

ANUARIO  
DE LA  
COMPETENCIA

A N U A R I O  
D E L A  
C O M P E T E N C I A  
2 0 1 6

2016



*fundación*



El **Anuario de la Competencia 2016** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2015).

El **Anuario de la Competencia** cumple esencialmente dos objetivos: promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia como fuente de información periódica y actualizada.

Para la consecución de estos objetivos, el **Anuario** recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 2016 y comentarios de casos concretos dictados en este año.





# ANUARIO DE LA COMPETENCIA

## ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2016

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2016

ANUARIO DE LA COMPETENCIA  
2016

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2016

Dirección  
Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona*

*Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios*

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2016

**María ÁLVAREZ SAN JOSÉ**

*Subdirectora Adjunta, Asesoría Jurídica de la CNMC  
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado  
Doctora en Derecho*

**Sergio BACHES OPI**

*Abogado  
Broseta abogados*

**Luis BERENGUER FUSTER**

*Senior Advisor de Broseta  
Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia*

**Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE**

*Doctora en Derecho  
Subdirectora Adjunta de Industria y Energía  
de la CNMC*

**Amalia CORDERO MARTÍNEZ**

*Subdirección de Ayudas Públicas e Informes  
de Proyectos Normativos de la CNMC*

**Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ**

*Abogado - Exmagistrado*

**Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS**

*Abogado. Magistrado en excedencia  
Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia*

**Javier GARCÍA-VERDUGO**

*Asesor Económico del Presidente de la CNMC  
Profesor Titular de Economía Aplicada*

**Lorena GÓMEZ CRUZ**

*Ayudante de Investigación, Asesoría Económica de la CNMC*

**Gea GÓMEZ-PABLOS PINTO**

*Subdirección de Ayudas Públicas e Informes  
de Proyectos Normativos de la CNMC*

**Alberto HERRERA PARA**

*Inspector de Competencia en la Subdirección de Sociedad  
de la Información, Dirección de Competencia de la CNMC*

**Pedro HINOJO GONZÁLEZ**

*Vocal Asesor de la Subdirección de Estudios e Informes.  
Departamento de Promoción de la Competencia  
de la CNMC*

**Javier HUERTA**

*Socio del Despacho Huerta y Solana, competencia  
y sectores regulados*

**Alfonso LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO**

*Director del Departamento de Investigación de Defensa  
de la Competencia de Andalucía*

**Almudena LUNA DE TOLEDO FERNÁNDEZ**

*Área de Competition Economics (Forensic) de KPMG  
Asesores en España*

**Francisco MARCOS**

*IE Law School*

**José María MARÍN QUEMADA**

*Presidente de la CNMC*

**María Jesús MARTÍN MARTÍNEZ**

*Adscrita a la Dirección de Competencia de la CNMC*

**Antonio MAUDES GUTIÉRREZ**

*Director del Departamento de Promoción  
de la Competencia de la CNMC*

**Carlos MERINO TRONCOSO**

*Investigador Principal, Asesoría Económica  
de la CNMC*

**Adriana NIETO ACOSTAMADIEDO**

*Área de Competition Economics (Forensic) de KPMG  
Asesores en España*

**Amadeo PETITBÒ**

*Catedrático de Economía Aplicada*

[REDACTED]

[REDACTED]

**Sergio SINOVAS CABALLERO**

*Magister Legum  
Subdirector Adjunto de Cárteles y Clemencia  
de la CNMC*

**María SOBRINO RUIZ**

*Subdirectora de Estudios e Informes. Departamento  
de Promoción de la Competencia de la CNMC*

**Gonzalo SOLANA**

*Socio del Despacho Huerta y Solana, competencia  
y sectores regulados*

[REDACTED]

**Helena VIEDMA ORTIZ-CAÑAVATE**

*Inspectora de Competencia en la Subdirección  
de Sociedad de la Información, Dirección de Competencia  
de la CNMC*

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2016

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona  
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO  
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2016

Madrid  
2016

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

Tel: (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

## ANUARIO

# DE LA COMPETENCIA

2016

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fundación ICO  
© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ (91) 304 33 03  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-9123-250-6

Depósito legal: M. 5.735-1998

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

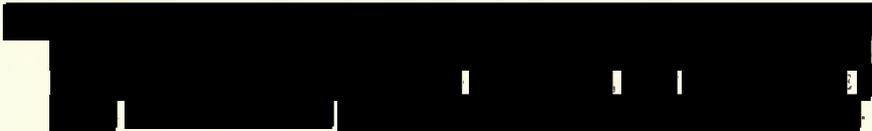
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)  
MADRID, 2016



## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación.....	9
<b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
Artículo del Presidente de la CNMC con motivo del XX aniversario del Anuario ICO (José María MARÍN QUEMADA).....	13
La aplicación del Derecho de la competencia en la regulación y en la gestión del uso del suelo (Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS).....	21
Actividad administrativa, libre competencia y unidad de mercado (Luis BERENGUER FUSTER y Sergio BACHES OPI).....	53
Prácticas desleales en las cadenas de suministro de productos de consumo diario (Javier HUERTA y GONZALO SOLANA).....	81
Las multas ¿son realmente disuasorias? (Amadeo PETITBÒ).....	103
Inspecciones de las autoridades de competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....	125
Fundamentos económicos de la economía colaborativa (Antonio MAUDES GUTIÉRREZ, María SOBRINO RUIZ y Pedro HINOJO GONZÁLEZ).....	167
Análisis de la regulación sobre justicia gratuita. La visión desde la defensa de la competencia y la unidad de mercado (Alfonso LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO).....	187
La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos (Alberto HERRERA PARA y Helena VIEDMA ORTIZ-CAÑAVATE).....	215
La nueva metodología para la determinación de las tarifas de propiedad intelectual (Adriana NIETO ACOSTAMADIEDO y Almudena LUNA DE TOLDO FERNÁNDEZ).....	243
Experiencias recientes en legitimación activa para la eliminación de barreras a la competencia efectiva en los mercados (Gea GÓMEZ-PABLOS PINTO y Amalia CORDERO MARTÍNEZ).....	263

El contexto regulatorio en el control de concentraciones. Casos recientes en los mercados minoristas energéticos en España (María Jesús MARTÍN MARTÍNEZ).....	287
	
Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015) (Javier GARCÍA-VERDUGO, Carlos MERINO TRONCOSO y Lorena GÓMEZ CRUZ).....	345
Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC): ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas? (Francisco MARCOS) .....	381
La persecución institucional del <i>Bid Rigging</i> en España: actuaciones recientes de la autoridad de competencia (Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE y Sergio SINOVAS CABALLERO) .....	415
La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ).....	441

## SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea .....	479
2. Europa no comunitaria.....	481
3. América.....	481
4. Asia y Australia.....	482
5. África.....	483
6. Organizaciones internacionales.....	483
7. Otras direcciones de interés .....	484

## PRESENTACIÓN

*Un año más la Fundación ICO presenta el Anuario de la Competencia, edición con la que lleva colaborando desde su inicio en 1996, habiéndose consolidado como uno de los proyectos más relevantes dentro de sus sucesivos planes de actuación.*

*En estos más de veinte años, el Anuario se ha convertido en una obra de referencia, conocida y reconocida por todas aquellas personas interesadas en materias relacionadas con la economía y el Derecho de la competencia. La obra cumple esencialmente dos objetivos: promover el debate y la reflexión, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia, como fuente de información periódica y actualizada. El Anuario de la Competencia constituye una fuente de información dinámica, en la que los especialistas que colaboran año tras año constituyen por sí mismos una garantía de rigor y seriedad de su contenido y por ende, contribuyen a mantener la calidad y prestigio de esta publicación, dando cuenta de las principales novedades aparecidas y con apartados muy prácticos como el de direcciones de internet, tan útiles para el lector que desea complementar o profundizar sobre los temas tratados en esta publicación.*

*En esta nueva edición podemos destacar el análisis de cuestiones tan interesantes y variadas como el contexto regulatorio en el control de concentraciones; la estimación del daño ocasionado por las regulaciones anticompetitivas; las prohibiciones de prácticas anticompetitivas o el estudio monográfico de la gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia, entre otras. Asimismo, se analizan las experiencias recientes en legitimación activa para la eliminación de las barreras a la competencia efectiva en los mercados, que permiten a las autoridades de Competencia, tanto nacional como autonómicas, impugnar ante la jurisdicción competente aquellos actos de las Administraciones Públicas de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.*

*Este último aspecto entronca directamente con la actividad que desarrolla el ICO. El Instituto, en estos años, ha contribuido a dar respuesta a las necesidades de los sectores productivos españoles, con estricta observancia de las normas de competencia, en línea con la actividad que desarrollan los bancos de fomento en la Unión Europea.*

*La lógica económica fundamental de estas entidades públicas debe residir en su capacidad para facilitar financiación en los ámbitos donde las deficiencias del mercado den lugar a una oferta insuficiente de financiación privada, o donde los operadores privados no intervienen. Las normas sobre ayudas estatales de la UE se basan en el mismo principio y están concebidas para garantizar que las intervenciones de aquellas estén correctamente orientadas para subsanar las deficiencias del mercado y, de este modo, contribuir al desarrollo económico y financiero, y ello sin perturbar los mercados, excluir a los operadores privados o mantener en actividad empresas que de otro modo habrían salido del mercado.*

*La Comisión Europea estima que las deficiencias de mercado pueden dar lugar a una reducción de las inversiones y, por tanto, a un crecimiento futuro más lento del que sería económicamente eficiente. En este sentido, la justificación económica y principal razón de ser de los bancos de fomento es que, como entidades públicas, están en mejores condiciones que los operadores privados para superar estas deficiencias del mercado.*

*Pero además, según la propia Comisión Europea, una estrecha colaboración entre las entidades públicas y privadas puede contribuir a mantener unas condiciones de competencia equitativas en los mercados financieros, especialmente cuando los bancos de fomento distribuyen sus productos indirectamente a través del sector bancario comercial. Esta estrecha interacción con el sector privado permite que la entidad pública no solo adapte su gama de productos en función de las deficiencias del mercado, sino que además dé una señal positiva sobre las posibilidades de financiación bancaria de determinados tipos de proyectos que quedan al margen de la política de inversión tradicional de los bancos, y atraiga fondos privados a sus ámbitos de actividad, sin impedir la actividad del sector privado, postulado que este Instituto suscribe en su integridad.*

*A la vista de la «doctrina» de la Comisión Europea sobre las funciones de los bancos de fomento, parece claro el papel de estas entidades públicas, que desempeñan una función esencial en el mercado, con su participación efectiva y con una estricta observancia de las normas de competencia. Estas entidades contribuyen a mejorar el impacto en la inversión, el crecimiento y el empleo, colaborando y cumplimentando la actividad del sector privado, todo ello en beneficio del conjunto de la sociedad.*

*No podemos terminar sin agradecer un año más, a la Universidad Autónoma de Barcelona y en especial a todos los profesionales que han participado en la elaboración de esta obra, sus análisis exhaustivos y certeros de cada una de las cuestiones abordadas contribuyendo al prestigio de esta publicación, auténtica referencia en el ámbito de la economía y el Derecho de la competencia en España.*





## ARTÍCULO DEL PRESIDENTE DE LA CNMC CON MOTIVO DEL XX ANIVERSARIO DEL ANUARIO ICO

José María MARÍN QUEMADA

Se cumplen veinte años de la publicación del primer Anuario ICO de Competencia, veinte años en los que los sistemas español y comunitario de defensa de la competencia han experimentado una profunda transformación. Atrás quedaron las primeras leyes nacionales y reglamentos que se sustituyeron por un marco más moderno, ágil y eficaz para la defensa de la competencia. El Reglamento Comunitario 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, fueron los elementos fundamentales de esta modernización. En el marco de estas normas, las autoridades de competencia comunitarias, nacionales y autonómicas han logrado llevar a cabo de manera muy eficiente las tareas que les han sido encomendadas. La seguridad jurídica, la eficacia, la transparencia y responsabilidad frente a la sociedad o la promoción de una regulación económica eficiente son algunos de los grandes éxitos de esta transformación.

En estos años, el diseño institucional ha jugado también un papel esencial en la nueva arquitectura para la defensa de la competencia en España. Se ha producido, por una parte, una clara evolución hacia una mayor independencia de las autoridades de competencia respecto al poder político. Por otra, a través de la creación más reciente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se ha avanzado hacia un enfoque integrado de regulación y competencia que promueve una mayor coherencia en la aplicación de las políticas sectoriales y de defensa de la competencia en mercados regulados, aunque por motivos obvios en este artículo me centraré más en la vertiente de competencia del mandato legal recibido por la CNMC.

La CNMC es una institución muy joven que, en sus poco más de tres años de vida, ha conseguido no solo mantener el nivel de actividad de las

preexistentes comisiones que se fusionaron para su creación, sino intensificar su labor. Cabe destacar una actividad muy potente en áreas como la lucha contra los cárteles, la promoción de la competencia y la consecución de una regulación eficiente y proporcionada. Al mismo tiempo, se han asumido responsabilidades adicionales impuestas por nuevos desarrollos normativos, como es el caso de la Ley de Garantías de Unidad de Mercado. En su aplicación la CNMC juega un papel muy relevante, velando por el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio nacional.

La Dirección de Competencia de la CNMC sigue teniendo como prioridad la persecución de las prácticas que restringen la competencia, sobre todo los cárteles. En una estimación reciente realizada por la CNMC, utilizando una metodología elaborada a partir de ejercicios similares de otras autoridades internacionales, los cárteles desmantelados entre 2011 y 2015 han supuesto un ahorro para los consumidores de 620 millones de euros anuales, ahorro que procede de las mejores condiciones de acceso a bienes y servicios al desaparecer los cárteles. A estos beneficios para los consumidores se unen los efectos de las sanciones a las entidades infractoras, que en 2015 alcanzaron la cuantía más elevada de la historia en España, más de 550 millones de euros. No obstante, la actividad de la institución no puede valorarse simplemente por la cuantía de las multas impuestas.

En efecto, la cuantía de las multas cuenta solo parte de la historia y conviene detenerse en analizar si el impacto de las sanciones sobre las empresas es suficientemente disuasorio. En mi opinión, todavía no se han alcanzado los niveles de disuasión que serían deseables. Es indudable que el Consejo de la CNMC es responsable en buena medida de que las multas sean disuasorias, pero no puede olvidarse que los tribunales comparten esta responsabilidad para alcanzar los objetivos del Derecho de la competencia. En este sentido, a raíz de la nueva jurisprudencia iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2015, la CNMC ha desarrollado un nuevo método de determinación de sanciones que permite cumplir con la legalidad a la vez que se aseguran la disuasión y proporcionalidad de las sanciones.

Adicionalmente, para aumentar el nivel de disuasión, en 2016 la CNMC ha comenzado a imponer sanciones a directivos responsables de las infracciones contra la competencia, aunque el arco sancionador previsto con este fin en la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 se ha quedado muy corto y actualmente los costes reputacionales exceden en gran medida la sanción pecuniaria.

Con la vista puesta en el futuro, en este artículo me referiré a tres grandes desafíos que destacan de manera especial en la actualidad: las implicaciones de la economía digital, la posible reforma de la Ley española de defensa de la competencia y el debate sobre el diseño institucional de las autoridades de regulación y competencia.

La digitalización de la economía se ha convertido sin duda en tema común de debate en muchos de los foros nacionales e internacionales de

la comunidad *antitrust*. Y no es para menos si se tiene en cuenta la veloz transformación que están experimentando muchos sectores. La aparición de empresas cuyo negocio se basa en nuevas tecnologías y plataformas digitales ha abierto el debate sobre la adecuación de los marcos normativos y analíticos vigentes para abarcar las implicaciones de estos nuevos modelos de negocio sobre la dinámica competitiva de los mercados.

Los puntos abiertos a discusión son muchos y muy variados: desde la definición de mercados de producto sobre la base de la sustituibilidad de la oferta y de mercados geográficos, que han sido superados por las ventas *online*, pasando por la consideración del valor y volumen de las transacciones en lugar del volumen de ventas como mejor reflejo del valor económico, o las dudas surgidas en torno a la cuota de mercado como *proxy* del poder de mercado. No en vano muchas autoridades de competencia han iniciado procesos de reflexión sobre la capacidad de sus marcos normativos para avalar el análisis de competencia que exigen estos nuevos mercados. La Comisión Europea ha puesto en marcha recientemente una consulta pública para evaluar la suficiencia del actual Reglamento comunitario de control de concentraciones en lo que respecta, entre otras, a esta cuestión.

En definitiva, se trata de una revolución que trasciende lo tecnológico y altera los comportamientos de los agentes, sus incentivos y la esencia del funcionamiento de los mercados. Todo ello exige un análisis en profundidad de sus implicaciones y podría requerir la adaptación de la normativa y de los instrumentos vigentes a la creciente complejidad y sofisticación que requiere su análisis. La política de defensa de la competencia debe ser capaz de responder a los retos derivados de las nuevas estrategias empresariales en mercados más digitalizados y en un mundo cada vez más globalizado.

En todo caso, parece que en nuestro país la revisión del marco normativo y de los instrumentos del sistema de defensa de la competencia en su conjunto resulta oportuna trascurridos ya diez años desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC). Nadie pone en duda el buen funcionamiento de la LDC ni la necesidad de preservar los elementos más positivos que introdujo, como la creación de un órgano especializado independiente del Gobierno en materia de defensa de la competencia que opera bajo el principio de separación entre instrucción y resolución, o la introducción del programa de clemencia para facilitar la detección de cárteles, por citar dos ejemplos muy evidentes.

La experiencia acumulada en estos años aconseja la introducción de algunas mejoras y aclaraciones en el articulado que contribuyan a reforzar la seguridad jurídica en la instrucción y resolución de expedientes, así como la plena adaptación a las novedades del marco normativo e institucional acaecidas en el transcurso de estos años. Me refiero lógicamente al cambio en el diseño institucional que trajo consigo la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, pero también a otras normas posteriores con efectos relevantes sobre las funciones y el procedimiento de las autoridades de competencia. En el ámbito nacional conviene destacar la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de mercado, el nuevo Texto Refundido de la Ley de Contra-

tos del Sector Público —que abre la posibilidad a que la CNMC imponga la prohibición de contratar a las empresas sancionadas por competencia bajo determinados supuestos—, la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (antes Ley 30/92), y la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, que son de aplicación supletoria a la LDC. En el ámbito comunitario destacan también novedades legislativas de relevancia para las autoridades de competencia, como la Directiva 2014/104 de Acciones por Daños, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública (actualmente en fase de tramitación parlamentaria en el Congreso), sin olvidar las recomendaciones de la Comisión Europea para la aplicación de la normativa comunitaria de competencia recogidas en las Directrices sobre aplicación del art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de 2009 y en las Directrices horizontales sobre aplicación del art. 101 del TFUE de 2011.

La revisión de la LDC debe venir precedida de una profunda reflexión sobre la conveniencia de introducir también novedades que pudieran aumentar la eficacia de la actuación de la CNMC, especialmente en materia sancionadora. Algunos instrumentos que otras autoridades de competencia ya están aplicando con efectividad podrían incorporarse a nuestro ordenamiento. Me refiero, entre otros, a los acuerdos transaccionales (*settlements*), y también a los programas de cumplimiento (*compliance*). La CNMC está decidida a impulsar el desarrollo de estos programas en el seno de las empresas, como ya hacen muchas otras autoridades, y a reconocer que un programa de cumplimiento efectivo debe tenerse en consideración a la hora de valorar la responsabilidad de las empresas y a la hora de determinar la sanción. La CNMC está contribuyendo ya en la actualidad al debate público en torno a este tema, sobre el que ha organizado y participado en distintos foros.

Esta revisión podría facilitar también un mejor encaje dentro de la LDC de la mencionada posibilidad de prohibir a las empresas sancionadas su participación en licitaciones públicas de modo que no menoscabe el programa de clemencia, cuyas exenciones deberán ampliarse para recoger expresamente este nuevo supuesto. Igualmente deviene necesario revisar y definir el régimen de cuantificación de multas a la vista de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en esta materia, con el fin de mejorar la seguridad jurídica y potenciar la disuasión.

El proceso de reforma iniciado en 2005 que culminó con la aprobación de la Ley 15/2007 ya puso de manifiesto la importancia de contar con la contribución de los expertos en la materia y de los agentes afectados por su aplicación (empresas, asociaciones de consumidores y otras Administraciones, entre otros). Este proceso de consulta pública contribuyó a que la norma contara con un amplio respaldo parlamentario a los principios inspiradores de la reforma, así como a su conveniencia y oportunidad. Después de diez años de aplicación práctica de la LDC conviene volver a abrir este debate, para mejorar su eficacia construyendo sobre lo que ya está consolidado. Este proceso debería culminar con un apoyo mayoritario en

su tramitación parlamentaria que legitime las mejoras planteadas y asegure la estabilidad normativa.

En cuanto al debate sobre el diseño institucional de las autoridades de competencia, una vez asentada la necesidad de independencia de estas instituciones, plenamente aceptada, cobra fuerza la reflexión sobre el modelo integrado de regulación y competencia, ya sea en relación con los llamados sectores de red sujetos a regulación y supervisión, o en materias relacionadas como la protección de los consumidores.

En cuanto al primer aspecto, parece cada vez más evidente que la defensa de la competencia y la supervisión regulatoria deben reconocerse como dos caras de la misma moneda, como ha afirmado recientemente la Comisión Europea<sup>1</sup>. No hay que olvidar nunca que la competencia es el valor «por defecto» en una economía de libre mercado como la española. Los sectores regulados deben ser siempre una excepción a la regla general, cuando no sea posible la competencia (monopolios naturales), esté distorsionada por otros fallos de mercado o existan razones de interés general (como el servicio universal).

Además, cuando se preserva la competencia y se cumplen las reglas del juego en las distintas áreas de la economía, se consigue una mayor productividad en esos sectores, lo que se traduce en un mayor crecimiento de la economía y en una mayor creación de empleo. Un entorno competitivo tiende a favorecer un empleo de mayor calidad, puesto que el principal activo de las empresas suele ser el capital humano, que es muy determinante de la capacidad de las empresas para competir en el mercado. El impulso de la competencia es especialmente necesario cuando, como en el caso español, no existe una política monetaria independiente y el margen de maniobra de la política fiscal es muy reducido. Por otro lado, un mayor nivel de competencia efectiva también se traduce en una menor desigualdad social. Esto se entiende bien al recordar que los grandes perjudicados de los acuerdos anticompetitivos son siempre los ciudadanos con menor renta disponible, especialmente cuando esas conductas ilícitas afectan a bienes y servicios esenciales como la luz, el agua, los alimentos o los productos sanitarios.

En segundo lugar, son cada vez más las autoridades de competencia que han asumido, entre sus funciones, las de protección al consumidor en sentido estricto. En el modelo español y bajo la vigente distribución de competencias, la mayoría de estas funciones han sido cedidas a las Comunidades Autónomas, que cuentan con Consejerías o Institutos de Consumo que resuelven las quejas de consumidores en ámbitos de muy distinta naturaleza. La variedad y tipicidad de posibles ilícitos de consumo es amplísima y, como tal, exige un personal formado y con dedicación plena a esta materia que además suele estar asociada a avalanchas de denuncias de particulares insatisfechos con la provisión de algún bien o servicio contratado.

---

<sup>1</sup> *Report From the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Report on Competition Policy 2014, COM(2015)247 final, [SWD(2015) 113 final], de 4 de junio de 2015.*

En la esfera internacional, son varias las autoridades de competencia que han recibido mandatos también en materia de consumo. Como casos más claros cabe citar, en Europa, la autoridad holandesa (*Competition and Markets Authority*) que se erige como modelo de máxima integración en el que se aúnan las funciones de regulación y competencia (al igual que la CNMC) pero asumiendo adicionalmente las de protección del consumidor. Por su parte, la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos combina en su mandato la defensa de la competencia efectiva en los mercados con la protección del consumidor frente al fraude y las prácticas desleales.

Evidentemente, la labor de las autoridades de competencia guarda estrecha relación con los fines que persiguen las autoridades de consumo, esto es, la protección en última instancia del bienestar del consumidor. La defensa de la competencia ha sido tradicionalmente la garante de la competencia en los mercados a través de la cual, en última instancia, se beneficia el conjunto de los consumidores, y por ello es habitual encontrar en la normativa de competencia de las diferentes jurisdicciones referencias al interés general o al bienestar de los consumidores en su conjunto. La LDC no es una excepción a este respecto e incluye algunos tipos infractores cercanos a la normativa de consumo, como es el caso del art. 3 por actos de competencia desleal. Este artículo exige la acreditación de un acto desleal que, además, debe tener la capacidad de falsear la libre competencia y afectar al interés público.

En nuestro país, la asunción de competencias de consumo por parte de las autoridades de competencia plantearía no pocas dificultades: desde la necesidad de contar con los medios materiales y humanos adecuados para su correcta aplicación hasta el encaje legal con el sistema competencial de las Comunidades Autónomas. Cosa distinta es reconocer que, precisamente por la existencia de ese punto de conexión con el bienestar del consumidor, pudiera ser útil y eficiente reforzar los mecanismos de coordinación y colaboración entre ambas esferas institucionales. Algunas autoridades autonómicas (como la Agencia Catalana de Competencia) han puesto en marcha iniciativas de esta naturaleza, que prevén la puesta en común de quejas frecuentes o de gran dimensión que afectan a numerosos usuarios, con el fin de llevar a cabo acciones conjuntas que garanticen la defensa de los derechos de los consumidores y la competencia efectiva de los mercados. Por ello, teniendo en cuenta la amplia experiencia de las autoridades autonómicas de consumo, su personal cualificado para la materia y la naturaleza —más individual que generalizada— de las denuncias que estas tramitan, parece que sería muy deseable fomentar su coordinación con las autoridades de competencia. Es más incierto, en cambio, que sea conveniente incurrir en los costes económicos y de adaptación que supondría la fusión en un mismo organismo de las funciones de defensa de la competencia y de protección de los consumidores.

Para terminar, me gustaría dedicar unas líneas a la necesidad de regeneración institucional de nuestra democracia, que tiene que ver con la calidad de las instituciones, su independencia y su rigor. Es un reto pasado, presente

y futuro, y que está relacionado con la confianza necesaria para consolidar la recuperación en el ámbito económico y para superar la inquietud social. Los frecuentes casos de corrupción política y económica han provocado un enorme coste y un profundo malestar en nuestra sociedad. Necesitamos reglas del juego claras que limiten la discrecionalidad política. La CNMC tiene un papel importante en este sentido, como lo tienen las otras autoridades independientes que deben actuar como contrapeso del poder político y económico.

Afortunadamente, esta regeneración no requiere medios económicos adicionales, sino sobre todo la voluntad política de poner en práctica una exigencia clara de nuestra sociedad. En la CNMC necesitamos ser efectivamente independientes del poder político. No es necesario inventar nada nuevo, basta cumplir la normativa comunitaria sobre autoridades independientes y asumir las mejores prácticas internacionales en esta materia. Y también debemos preservar nuestra independencia respecto de los grupos de interés, que emplean abundantes recursos para que sus propuestas estén presentes en los medios de comunicación y en la agenda de los gobiernos.

Para contrarrestar ese poder, nuestra gran aliada será siempre la transparencia en nuestros procesos de decisión, y el esfuerzo por comunicar con claridad la perspectiva que consideramos más beneficiosa para el interés general de la sociedad española. En esta línea, es conocida la creación en la CNMC de un registro de grupos de interés. La actuación de estos grupos es perfectamente razonable y no debe ser vista con recelo, pero debe ser transparente. Nuestro objetivo ha sido la creación de un mecanismo institucional que permita minimizar la capacidad de cualquier grupo para relacionarse con la CNMC de forma impropia, contraria o no alineada con los intereses generales que debemos proteger. Esta transparencia solo puede resultar molesta a los que pretenden rehuir el debate público de sus propuestas y a los que defienden de manera encubierta intereses particulares no alineados con los de la sociedad.

El reto de cara al futuro es asegurar el mantenimiento de la independencia de la CNMC, la eficacia en su actuación y la transparencia de sus decisiones. Así lo entendimos desde el principio cuando se creó la CNMC, es en esta línea de trabajo en la que hemos concentrado todo nuestro esfuerzo y la que seguiremos defendiendo en el futuro.



# LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA REGULACIÓN Y EN LA GESTIÓN DEL USO DEL SUELO

Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS

Abogado. Magistrado en excedencia. Expresidente  
de la Comisión Nacional de la Competencia

## I. LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS ACTUACIONES PÚBLICAS EN UN MERCADO OBJETO DE INTENSA REGULACIÓN: EL MERCADO DE SUELO

Como ya se ha comentado en otro lugar (véase J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, «La neutralidad del regulador en la actividad económica. Aplicación a la actividad urbanística», en el libro *Derecho de la Empresa y de los Mercados Financieros*, Ramón y Cajal-Aranzadi, 1.ª ed., 2016, pp. 678 y ss.), «al analizar los componentes desencadenantes de la crisis económica actual en España, existe un consenso sobre la importancia que ha jugado la especulación inmobiliaria. En efecto, el mercado del suelo es un factor esencial que influye de manera determinante no solo en el mercado de la vivienda, sino también en el sistema financiero; en la gestión de recursos públicos, etc.».

La importancia del mercado de suelo y su influencia en la economía ha motivado que por tres veces la Autoridad española de competencia lo haya estudiado en sus informes.

En primer lugar, y con título «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios», el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó en el año 1993 un informe en relación a una materia más amplia, la legislación sobre precios administrados, exclusividades, situaciones de monopolio y condicionamiento al ejercicio profesional, con la finalidad de que sirvieran como identificación para el estudio de los costes del sistema de regulación de un conjunto de sectores. Entre estos se identificó el mercado del suelo. Ya en este primer estudio se propugnó introducir una mayor competencia en el sector, y en concreto en la formación del precio del suelo, también buscando evitar posibles distorsiones en dicha formación del precio.

En segundo lugar, y por la misma institución, se publica en 1995 el informe «La competencia en España: Balance y nuevas propuestas». En este informe sobre el mercado del suelo se incluye el análisis para evaluar cuáles de las recomendaciones realizadas en el informe del año 1993 se habían llevado a cabo, verificándose únicamente la creación de la Comisión de expertos (Comisión que presentó un informe el año 1994 una vez concluidos sus trabajos) y subrayando el enfoque inadecuado, según el TDC, por el que había optado el Gobierno para la consecución de una mejora en el funcionamiento del mercado del suelo.

Por último, y en tercer lugar, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) publicó en el año 2013 el informe «Problemas de competencia en el mercado del suelo en España». Es la primera vez que se opta por un específico sobre el mercado de suelo y se estudia dicho mercado como *input* económico esencial para desarrollar otras actividades económicas, y por tanto se incide más sobre las bases económicas del funcionamiento de dicho mercado que sobre la legislación urbanística existente. Se incorpora un análisis empírico sobre determinados comportamientos existentes en dicho mercado fruto de su regulación y, por último, se formulan unas propuestas de carácter regulatorio y también recomendaciones.

Entre las aportaciones de este informe debemos destacar las que hacen referencia a una descripción del mercado de suelo en España.

Así se deduce del informe que en este mercado es fácil detectar indicios de un mercado territorialmente fragmentado, sometido a una elevada discrecionalidad de los poderes públicos y no sometido a las reglas de la competencia.

El suelo es un *input* productivo para la mayoría de sectores económicos y estas ineficiencias suponen un lastre para toda la economía y para los consumidores finales, que terminan pagando las ineficiencias, entre otras cosas, en los precios de las viviendas [...] o en las crisis del sistema financiero que, como se ha demostrado, ha mermado la calidad de vida del país en su conjunto. El suelo supone también un activo importante en manos de promotores, bancos, etc., lo que aconseja y exige que el mercado funcione de la manera más eficiente posible.

Por ello, es necesario observar cómo se regula, organiza y gestiona la disponibilidad y el intercambio de suelo. De una manera indiciaria puede afirmarse que el origen de los problemas en el mercado del suelo tiene que ver con la intervención pública:

- Por un lado, la intervención pública puede estar justificada por algunos problemas derivados del uso que se le puede dar al suelo. Por ejemplo, nadie quiere que le pongan una fábrica al lado de su vivienda o síndrome NIMBY (*Not In My BackYard*). Esas justificaciones se denominan económicamente «fallos de mercado», en referencia a que el mercado en determinados casos muy acotados y precisos no consigue por sí solo las situaciones óptimas: externalidades, bienes públicos, problemas de información.

- Pero, por otro lado, los mecanismos de intervención no guardan siempre una relación de proporcionalidad con los problemas que pretenden resolver. De esta forma, se utilizan formas de intervención desproporcionadas, que no corrigen los supuestos fallos que las motivan (o en las que se tratan de justificar) y que pueden incluso agravarlos, por ejemplo en el caso de información asimétrica.

Cuando hacemos la afirmación de la incidencia de la intervención pública en el funcionamiento del mercado de suelo partimos de una realidad fácilmente constatable: el modelo español de urbanismo es esencialmente intervencionista, efecto incrementado por las reformas de las leyes del suelo de los últimos años.

Si bien, la intervención pública se basa *a priori* en la existencia de fallos de mercado (externalidades negativas, infraprovisión de bienes públicos, economías de escala y externas en el desarrollo de infraestructuras), a la hora de diseñar esa intervención no se han tenido en cuenta los fallos del sector público y se ha optado por un intervencionismo regulatorio intenso basado en la planificación, que ha tenido como consecuencia, en ocasiones, dar rienda suelta a la arbitrariedad del planificador, segmentar el mercado del suelo y generar escasez.

La planificación limita la competencia en el mercado, perpetúa las rentas oligopólicas y fomenta las actividades improductivas de «búsqueda de rentas». Por una parte, la limitación de la oferta y la discrecionalidad administrativa actúan como barreras de entrada. Por otra parte, la segmentación del suelo (temporal, espacial o por usos) impide que los distintos suelos compitan entre sí en la formación de precios.

Esta estructura genera situaciones que entran en conflicto con la Ley de Defensa de la Competencia, pues es fácil detectar en el funcionamiento del urbanismo español lo siguiente:

- Génesis de acuerdos y prácticas restrictivas.
- Abuso de posición dominante.
- Competencia desleal.

Sin llegar a esta patología antijurídica, cuyo objeto no es el estudio en estas líneas, lo cierto es que la fuerte intervención pública regulatoria sobre el mercado de suelo ha ocasionado las siguientes características en el mismo, que son fácilmente reconocibles cuando se opera en dicho mercado. Entre estas características podemos resaltar, en lo que ahora importa, las siguientes:

- *La planificación urbanística*, al nivel de detalle con el que se ha diseñado en España, introduce rigideces en la oferta de suelo. Urbanizar depende en última instancia del criterio del planificador y no siempre es posible responder a los cambios en la demanda de suelo y de la coyuntura. Así, se encarece el producto urbanístico.
- *La programación temporal y la incompatibilidad de usos del suelo*. La capacidad de respuesta de la oferta depende del ritmo temporal

al que la planificación permite urbanizar y de los usos que el planificador confiere al suelo. Usos que son incompatibles entre sí y que segmentan la oferta e impiden la competencia entre los distintos tipos de suelo en la formación de precios.

- Es un diagnóstico común de cualquier inversor u operador económico que quiera actuar en el mercado inmobiliario que existe una gran *incertidumbre*, que es una consecuencia directa de la anterior característica reseñada. La planificación supone prever en un horizonte muy lejano en el tiempo las necesidades de la población, la demanda, la oferta. Como con frecuencia dicha planificación no suele coincidir con las necesidades reales, al mismo tiempo es preciso estar modificándola constantemente o concretándola mediante revisiones parciales de los planes, lo que introduce incertidumbre sobre el valor del suelo (no depende del mercado, sino de la decisión de un tercero: el planificador/gestor).
- En este mercado siguen existiendo *privilegios de los operadores públicos*. La iniciativa pública se ha ido generalizando —no es subsidiaria de la iniciativa privada— y se basa principalmente en la expropiación de terrenos, por los que se pagan generalmente precios inferiores a los de mercado. Estas ventajas contribuyen a la expulsión del sector privado. Es un efecto idéntico al que generan los patrimonios municipales de suelo, con reserva de suelo para actuaciones públicas. El resultado es la creación de monopolios públicos de suelo que pueden distorsionar de forma apreciable los precios en el mercado y propiciar el comportamiento especulativo de la Administración, especialmente si parte de su financiación está relacionada con el urbanismo. Pero por otra parte también tienen el efecto perverso de inflar precios de transacción, pues los operadores privados, sobre todo el que ofrece suelo, lo ofrece al precio fijado por la administración para la subasta de sus bienes públicos. En definitiva se facilita la concentración de la propiedad en manos de los decisores públicos, pudiendo dar lugar a abusos importantes en este ámbito (ej.: la cesión gratuita de suelo de algunos ayuntamientos a una empresa pública autonómica)
- También aparece, como patología de la regulación, *el ayuntamiento monopolista*. En efecto cuando se produce una alteración del planeamiento, los agentes beneficiados compensan a los municipios (una parte de las plusvalías o una compensación si se trata de un convenio). Esto provoca que los municipios tengan el incentivo perverso de hacer una planificación muy restrictiva del suelo para posteriormente obtener beneficios de los cambios en dicha planificación. Es decir, los ayuntamientos son monopolistas en la oferta de derechos de uso del suelo y tienen incentivos para abusar de dicha situación.
- Pero en la legislación moderna de suelo, y sobre todo desde el año 2007 a nivel estatal, ha aparecido otra figura que genera patologías desde el punto de vista del buen funcionamiento del mercado: *el*

*agente urbanizador*. Figura creada en algunas CCAA para suplir el absentismo del propietario en el desarrollo urbanístico, sustituye al propietario —gracias a los poderes coactivos que les confiere la Administración— para desarrollar un terreno, apropiándose de las rentas y plusvalías asociadas, a través de la expropiación concesional. Los agentes urbanizadores son empresas mercantiles que pueden aprovechar las prerrogativas coactivas que les concede discrecionalmente la Administración y apropiarse de las rentas monopólicas de la expropiación y de la urbanización.

- *Los retardos, riesgos y cargas que sufre la oferta*, por los trámites y costes asociados a la planificación urbanística que encarece el suelo, restringe la oferta y favorece los comportamientos especulativos, incluidos los de la propia administración. La planificación (planes, proyectos urbanísticos, compensaciones, PAU) retrasa el momento en que el suelo se convierte en urbano varios años (puede llegar a diez años). Todo ello aumenta la rigidez de la oferta, encarece el suelo, aumenta la incertidumbre y puede provocar la deslocalización de actividades económicas.
- *Convenios urbanísticos*. Como lógicamente el municipio no puede seguir y planificar detalladamente todas las necesidades municipales, buena parte de las revisiones del planeamiento termina llevándose a cabo a iniciativa de los particulares, dando lugar incluso a convenios modificativos de los planes suscritos entre ayuntamientos y particulares, en los que los beneficiados por las recalificaciones compensan a los ayuntamientos. De este modo, se resta transparencia y competencia al mercado del suelo: en lugar de basarse en un proceso competitivo, el nuevo suelo se determina en un convenio bilateral. Esto también acentúa la fragmentación del mercado del suelo nacional.
- *Inconsistencia temporal*: los ingresos del municipio dependen de la demanda de suelo, y por tanto son altamente dependientes del ciclo económico. Ello provoca que el municipio se dote de infraestructuras (por ejemplo, un polideportivo como compensación por un convenio) que luego no puede mantener.

Un ejemplo de distorsiones adicionales ha sido la temporalización de las facultades urbanísticas, que se introdujo en los años noventa. El suelo podía dejar de ser urbanizable si no se desarrollaba en el plazo determinado, además de sancionar al propietario. Esto no era, sin embargo, aplicable a la Administración Pública.

Es verdad que las distorsiones que se han producido en el funcionamiento del mercado de suelo, y en última instancia en el precio del producto transformado, sea vivienda o edificaciones para usos comerciales o industriales, no son fruto exclusivo de la regulación administrativa o de la intervención pública.

Como puso de manifiesto la Memoria publicada en marzo 2014 como consecuencia del encargo hecho por el Grupo de Trabajo de Territorio y Ur-

banismo del Consejo de Economistas de España a los economistas Agustí JOVER y Miquel MORELL, como consecuencia de la publicación del Informe de la CNC:

«Un elemento previo a la hora de incorporar postulados de la doctrina económica, es la correcta definición de la naturaleza del bien suelo.

Es fundamental entender que el bien suelo es un recurso escaso, no sustituible y no homogéneo, no renovable y no reproducible, además de constituir un bien inmóvil. Esta caracterización del bien suelo condiciona absolutamente la capacidad de respuesta ante cambios en la demanda de suelo. Pero tan importante es la anterior caracterización de la naturaleza del bien suelo como la caracterización de la demanda de dicho bien, ya que los mercados que operan en regímenes de competencia imperfecta no solo derivan de factores de oferta (como se limita a apuntar el Informe de la CNC) sino que también debemos tener en cuenta factores determinantes de la demanda (más adelante abordamos la diferente distribución de la demanda en el territorio, la composición de la riqueza de las familias y el proceso de “financiarización” del suelo).

Por consiguiente, el desajuste entre demanda y oferta deviene estructural y determina el mercado del suelo como un mercado imperfecto que no puede actuar nunca en régimen de competencia perfecta. Jamás podrá esperarse de un mercado imperfecto que el mecanismo de libre mercado consiga el equilibrio entre oferta y demanda».

Sin ánimo de polemizar sobre quién es el responsable de la inelasticidad del mercado de suelo, si podemos coincidir, y, de hecho los autores de este informe lo hacen en sus recomendaciones, que es un mercado necesitado de profunda reflexión sobre su regulación y funcionamiento.

Así en el informe de la CNC se deducía que el origen de las disfunciones del mercado era, en parte, la dispersión regulatoria existente al recordar el informe que sobre el espacio físico territorio, y en virtud del ejercicio de las competencias atribuidas a distintas Administraciones con incidencia en el mismo, se han venido desarrollando tres cuerpos normativos cuya regulación se ha hecho en leyes separadas. Por orden de aparición en nuestro ordenamiento jurídico tenemos, en primer lugar, el Derecho urbanístico, nacido y criado por las sucesivas legislaciones sobre el suelo y las técnicas de la planificación. En segundo lugar el Derecho ambiental, sin apoyatura legal única, pero cuyo conjunto de normas tienen orígenes en los estudios científicos, la sensibilidad frente a las catástrofes ambientales y, por supuesto, en la necesidad de preservar nuestro futuro como especie. Y por último, aunque solo sea en nuestro país, el Derecho de la ordenación del territorio diseminado en leyes autonómicas sobre la base de conceptos generales plasmados en un marco competencial territorial limitado.

El punto en común, tanto del Derecho ambiental como del Derecho que regula la ordenación del territorio, está en su origen y, lo que podríamos llamar, sus creadores. En efecto, tanto el Derecho ambiental como el de la ordenación del territorio deben mucho a ecólogos, biólogos y geógrafos. Y por tanto muchos de sus conceptos hay que entenderlos y estudiarlos desde esta perspectiva.

Estas tres regulaciones tienen su plasmación en el ámbito de la planificación: Planes urbanísticos, Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) y los Planes de Ordenación del Territorio (POT). Son, pues, tres planificaciones distintas cuyo efecto común es incidir sobre la actividad humana en el territorio. Su importancia común es tan esencial que hoy en día es difícil entender el Derecho de la propiedad inmobiliaria sin contemplar los límites que al ejercicio de este Derecho se introducen en los planes citados.

Estas tres ordenaciones influyen de manera evidente en la determinación del valor del suelo y en el funcionamiento del mercado del suelo como factor primario, no solo de la construcción, sino de muchas otras industrias (turismo, industria...).

Actividad de planificación, como género de la actuación de la Administración Pública, que se hace basada en títulos competenciales distintos, orígenes dispersos, profunda influencia del Derecho comunitario europeo en algunos casos como la variable ambiental, pero que tiene una característica común: contribuyen a regular el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria.

En consecuencia, del informe de la CNC en este punto, puede concluirse que:

- El suelo es un *input* productivo para la mayoría de sectores y estas ineficiencias en su regulación suponen un lastre para toda la economía y para los consumidores finales, que terminan pagando dichas ineficiencias, entre otras cosas, en los precios de las viviendas. El suelo supone también un activo importante en manos de promotores, bancos, etc., lo que aconseja y exige que el mercado funcione de la manera más eficiente posible.
- El mercado del suelo es un mercado territorialmente fragmentado, sometido a una elevada discrecionalidad de los poderes públicos y no sometido a las reglas de la competencia.
- Las normas urbanísticas, la inmensa mayoría de carácter reglamentario y poco sistemático, y el sistema de gestión del suelo entre los distintos niveles de AAPP (Estado Central, CCAA y Corporaciones Locales) hacen todavía más complejo y fragmentado este mercado.
- Si se considera que las medidas de liberalización y procompetitivas son fundamentales en una coyuntura económica como la actual para facilitar la reasignación de recursos a los sectores más eficientes y promover la recuperación; el mercado del suelo no puede ser una excepción. Porque como ya hemos dicho el suelo es un bien económico, susceptible de diversos usos, con fuertes interdependencias con el resto de la actividad económica, para la que es un *input* básico. Es cierto que también por su especial importancia para la satisfacción de muchas de las necesidades públicas de la sociedad, la intervención pública está justificada en este mercado pero no debemos olvidar que la intervención pública, aunque esté justificada por razones de eficiencia, incluida la social, también tiene costes.

- El sector público se enfrenta a problemas de información, a la hora de identificar las preferencias sociales y los costes y beneficios asociados a las políticas públicas de suelo.
- Además, cuando la intervención pública supone la limitación a la oferta de suelo y sus usos, aumenta el poder monopolístico de los propietarios e introduce unas rigideces que limitan la capacidad de reacción ante cambios en la demanda y escasez artificial de suelo, generando barreras de entrada en el mercado.
- Estas restricciones generan rentas oligopólicas para los distintos agentes que participan e incentivan las actividades de búsqueda de rentas, con el consiguiente coste social en términos de eficiencia.

Por tanto, esta regulación tiene importantes efectos en la competitividad del resto de sectores económicos, ya que la escasez de suelo puede ser un factor de estrangulamiento de la actividad económica, en general, y del mercado de la vivienda en particular. Además de generar distorsiones en el desarrollo urbanístico, alterar las decisiones de ahorro e inversión de los agentes y fomentar los comportamientos especulativos.

Esto afecta especialmente al establecimiento de estructuras comerciales, sobre todo a aquellas que requieren amplios espacios y deben cumplir determinadas exigencias técnicas, como ocurre con las estaciones de servicio o las grandes superficies.

Además, en el caso español existe un problema adicional relacionado con las competencias urbanísticas que recaen en CCAA y Ayuntamientos, para los que el suelo es una importante fuente de ingresos.

Es evidente que una planificación urbanística de estas características, por sus efectos, va a entrar en conflicto directo con el marco de competencia vigente en lo concerniente a conductas anticompetitivas y a competencia desleal.

La Memoria realizada en marzo 2014 como consecuencia del encargo hecho por el Grupo de Trabajo de Territorio y Urbanismo del Consejo de Economistas de España, aunque discrepa de muchas conclusiones del Informe de la CNC, establece las siguientes recomendaciones:

«— Crear un marco legal acorde con la diversidad de problemas que padece el territorio.

El territorio físico presenta características y disparidades diversas, y a la vez contrapuestas. [...] De lo anterior se deduce que los retos actuales del urbanismo son tan diferentes como lo es el mosaico de nuestro territorio y el comportamiento poliédrico de los distintos mercados.

— Fortalecer y agilizar la prospectiva urbanística.

Debemos reforzar la prospectiva vinculada al análisis del territorio y a los procesos de transformación del mismo que permitan, aún con incertidumbres no parametrizables, realizar previsiones de demanda que a su vez permitan definir una programación urbanística que defina los ámbitos y la capacidad de regeneración urbana, de crecimiento en suelo urbanizable y de reservas para el crecimiento de generaciones venideras junto a la protección de los espacios naturales que son parte de nuestro ecosistema.

La programación urbanística y su seguimiento y prospectiva es sinónimo de transparencia y de seguridad jurídica.

[...]

— Modificar la actual normativa básica y normativa autonómica de talla única a un marco legal adaptable a la diversidad de los retos territoriales.

Por lo que se refiere al marco legislativo, la herencia que tenemos proviene de una legislación básica del Estado en materia de suelo que ha tratado de establecer unas reglas comunes iguales para todo el territorio cuando el territorio es diverso. Y a otra escala, las CCAA han actuado, en general, con igual rigidez estableciendo idénticos instrumentos de planeamiento, idénticos estándares urbanísticos para gestionar un suelo con retos muy distintos.

La suma de todo ello genera un urbanismo excesivamente estandarizado que no es capaz de discriminar territorios de tallas muy diversas. Tanto la legislación básica estatal como la legislación autonómica han de incorporar de manera conjunta criterios que permitan facilitar marcos abiertos y adaptables para dar cabida a la diversidad de respuestas que demanda la muy diversa problemática territorial y urbanística.

[...]

— La cesión de aprovechamiento urbanístico, las reservas de techo para vivienda protegida o los estándares de sistemas de equipamientos y zonas verdes deberían poder modularse en función del reto prioritario de cada operación (resolver la falta de infraestructuras, conseguir reservas de techo para vivienda social en territorios con fuerte demanda, esponjar un centro urbano muy denso, reformar un polígono de actividad económica, etc.).

— Necesitamos que las normas base del Estado se abran a una regulación menos encorsetada y más plural y adaptable tanto en el espacio como en el tiempo y, desde luego, la legislación urbanística autonómica debe hacer lo propio. No se trata, en ningún caso, de renunciar al Estado del Bienestar conseguido a lo largo de los últimos lustros sino de priorizar las prestaciones y hacerlas posible.

— Respecto a la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, nos hartamos de hablar a favor de la necesidad de revitalizar, renovar, rehabilitar, reutilizar, etc., pero arrastramos unos costes de transformación de la ciudad construida superiores a los costes de crecimiento en extensión.

[...]

— Por lo que respecta a la capacidad de adaptación del marco legal en el tiempo, hemos de profundizar en la capacidad del planeamiento urbanístico general para poder dar respuesta a una demanda cada vez más difusa y cambiante a lo largo del tiempo (tanto la demanda de usos residenciales como la demanda de suelo para actividad económica), que permita adaptarse a las necesidades de la demanda que seguramente poco o nada tendrán que ver quince o veinte años después del periodo de vigencia del planeamiento municipal. En este punto, coincidimos con el Informe de la CNC en que hay un camino por recorrer relativo a la necesidad de trabajar una normativa urbanística y una definición de usos urbanísticos menos compleja y menos detallada que permita trabajar la planificación urbanística bajo criterios de oportunidad futura y adaptabilidad en el tiempo.

Por consiguiente, los nuevos paradigmas del mercado de suelo necesitan:

- Respuesta inmediata adaptando la legislación básica del Estado y las legislaciones urbanísticas de las CCAA.

- Pacto de respeto, transparencia y cooperación interadministrativa entre Estado, CCAA y Ayuntamientos en materia de suelo, urbanismo y edificación.
- Generar instrumentos que permitan contener el coste económico y financiero del tiempo

[...] Para acortar plazos es necesario encontrar instrumentos de planeamiento y de gestión que permitan acompasar la inversión con su recuperación y, previa a las propuestas, la voluntad política de agilizar y hacer más transparente la intervención pública en el urbanismo.

— En este sentido, la tramitación del planeamiento y la gestión urbanística tienen también un papel determinante y la intervención del público en esta fase del proceso de transformación urbanística es clave».

Como es lógico quien suscribe estas líneas está de acuerdo con las recomendaciones que se hacen en la Memoria, que entiendo complementan perfectamente el informe de la CNC y que apuntan, los dos, en la correcta dirección. Es necesario introducir criterios de reforma de la legislación en materia de suelo, pero también criterios interpretativos nuevos respecto de la legislación ya existente que permitan conseguir las adaptaciones propuestas en las recomendaciones transcritas, y que a su vez eviten cierres de mercado, falta de elasticidad entre oferta y demanda en dicho mercado, evitar rentas oligopólicas y, en definitiva, conseguir un mercado no distorsionado por arbitrariedades o interferencias regulatorias.

Mientras se produce el citado cambio regulatorio, el propósito de estas líneas es establecer nuevos mecanismos de control de la planificación urbanística apelando a la mejora regulatoria ya existente a través los mecanismos que el ordenamiento jurídico ofrece ahora al operador jurídico, pero, utilizados en demanda de la correcta regulación, introduciendo el diagnóstico sobre la distorsión del mercado de suelo ocasionado por la propia regulación. También reflexionar sobre nuevos criterios de impugnación de actos de uso y gestión del suelo.

Para ello tenemos que partir de un breve recordatorio de la regulación existente.

## II. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: EL PLAN COMO FIGURA ESENCIAL DE SU REGULACIÓN

El legislador estatal ha creído necesario establecer las bases comunes que deben regir el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria en todo el territorio nacional. Para ello no solo regula en materia de su competencia, sino que describe las influencias de otras normas, no necesariamente de origen estatal, con incidencia en este estatuto de la propiedad inmobiliaria que se encuentra definido en el art. 11 del RD Legislativo 7/2015 de la siguiente forma:

«Estatuto jurídico de la propiedad del suelo.

Artículo 11. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

3. Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

[...]».

Estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria que se acaba de definir en el art. 12 del mismo texto legal cuando regula el contenido del derecho de propiedad del suelo a través de la descripción de sus facultades y lo hace con el siguiente tenor:

«1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.

Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 26.

2. Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público».

Esta concepción del derecho estatutario de la propiedad inmobiliaria tiene amparo directo en la Constitución que, tras enunciar y reconocer «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» en el apartado 1.º del art. 33, establece, en el apartado 2.º, que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes», y garantiza, en el 3.º, que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes».

La propiedad inmobiliaria en particular, se ha visto afectada con la mayor intensidad por esa transformación «en lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular tanto respecto de la propiedad que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como (respecto) de la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado

en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas» (STC 37/1987, FJ 2.º).

Aparece, en consecuencia, la fundamentación jurídico-constitucional por la cual es hoy posible que, a través de la ordenación urbanística, se delimite, en ocasiones de forma esencial, el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre las diferentes clases en que se divide el suelo de un municipio.

Sin embargo, otra cuestión queda pendiente, la de cómo compaginar esa posibilidad de proceder a tal delimitación mediante las Ordenanzas y Normas urbanísticas integradas en los correspondientes Planes, al ser estas de naturaleza puramente reglamentaria, no legal.

Pues bien, el propio art. 33.2 CE flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, «que debe ciertamente regularse por la ley, pero también por la Administración de acuerdo con las leyes cuando estas recaben la colaboración reglamentaria de aquella [...] para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, solo por vía reglamentaria pueden establecerse» (STC 37/1987, FJ 3.º).

Naturalmente, existen límites para no anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad; se concretan «en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulten reconocibles en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho»; y, en el caso de la propiedad del suelo, en que las vinculaciones que eventualmente se imponga a los propietarios «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios» (STC 170/1989, FJ 8.º).

En este momento debemos recordar que el modelo sustancial o material de estatuto jurídico de la propiedad del suelo diseñado en la legislación estatal de 1990-1992 enjuiciada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, como tal, ni ha sido cuestionado ni tampoco objeto de reproches, ni siquiera velados, por el Tribunal Constitucional. Es decir, este no plantea la duda acerca de la validez de un modelo «intervencionista», por así decir, en los términos culminados con la LRRU y el TRLS-1992. Incluso, hay momentos en que desvela una cierta actitud de expreso respaldo hacia el mismo al considerarlo derivado de las exigencias *ex art.* 47 CE para todos los poderes públicos, y congruente con ellas [FFJJ 14.ºc), 17.ºf), etc.].

Pero el problema es que el competente para diseñar ese modelo «acabado» no es el legislador estatal sino el autonómico y por eso pueden surgir modelos autonómicos «divergentes» e incluso «desproporcionados» (*sic*)

que la STC 61/1997 [FJ 7.ºa)] admite que se desarrollen en el marco de la legislación estatal.

Todo ello es relevante porque la inequívoca configuración estatutaria presente en la legislación autonómica preexistente o sobrevenida, no ya solo con establecimiento de deberes sobre los propietarios, sino con la exigencia de cumplirlos en determinados plazos y el riesgo de padecer después diversas medidas de reacción ante el incumplimiento, resulta, así, de entrada, perfectamente respaldada, en su concepción global misma, por esta doctrina constitucional.

Los principales pronunciamientos jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo se pueden resumir en los siguientes sentencias que han servido para construir la figura recogida ahora a nivel legal en el art. 11 del RD Legislativo 7/2015: SSTs de 16 y 27 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1988, 7 de noviembre de 1988, 20 de febrero de 1989, 20 de marzo de 1989, 28 de noviembre de 1990, 27 de marzo, 26 de junio y noviembre de 1991, y 5 de febrero de 1992).

Como vemos la figura del Plan urbanístico se configura como la pieza esencial en la construcción jurídica del estatuto de la propiedad inmobiliaria. Por eso debemos dedicar unas líneas a su importancia y a su expansión normativa, pues con igual técnica reglamentaria, el Plan es un reglamento como es notorio, otros títulos competenciales han incidido sobre la regulación del suelo, y por su importancia debemos detenernos también en la planificación ambiental.

En efecto, respecto de la competencia para la planificación tenemos los siguientes preceptos constitucionales. De una parte (art. 149.1.13 y 23), se atribuye al Estado la planificación general de la economía, las bases de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. De otra parte, el art. 148.1.3 y 9, atribuye a las Comunidades Autónomas la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y la gestión de la protección del medio ambiente.

Por tanto son esencialmente el Estado y las Comunidades Autónomas los autores de la planificación con incidencia territorial. El Estado tendrá la exclusividad en la planificación general de la economía, pero la comunidad autónoma también tiene competencias de planificación económica bajo el título competencial Ordenación del territorio.

Este reparto competencial en materia de planificación con incidencia territorial ha ocasionado una primera imagen, que podríamos llamar de trazo grueso, y que puede resumirse en la constatada dispersión normativa. Para muchos sectores doctrinales esta dispersión normativa en materia de urbanismo, medio ambiente u Ordenación del territorio, es un defecto que hay que remediar.

Por otra parte, independientemente de los esfuerzos internos para aplicar e interpretar la diversidad normativa con incidencia territorial, pode-

mos encontrar el obligado elemento de cohesión interpretativa en nuestra integración normativa en el prevalente Derecho comunitario. En materia medioambiental ya se está produciendo, como veremos más adelante. En efecto la Jurisprudencia ha establecido desde hace ya algunos pronunciamientos la prevalencia del planeamiento ambiental sobre el urbanístico en sus SSTS Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 3.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 2000, recurso 216/1992, Ponente: Campos Sánchez-Bordona, Manuel; Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2003, recurso 8459/1999, Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo; Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de junio de 2004, recurso 392/2002, Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo; Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2005, recurso 78/2002. Ponente: Menéndez Pérez, Segundo, entre las originarias.

Posición claramente reforzada a partir de la Ley 42/2007 de 13 de noviembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Pues de la lectura de la misma se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- La prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística [art. 2.f)].
- Continua referencia a criterios científicos actualizados para la toma de decisiones ambientales. Definición de hábitats, catálogos, corredores biológicos, inventarios...
- Utilización de la figura del Plan como expresión de la finalidad de la Ley. Integración en el mismo de criterios de valoración científicos.
- Reconocimiento del papel de la Unión Europea en la fijación de la protección ambiental.

En efecto, la política europea en materia de medio ambiente se remonta al Consejo Europeo celebrado en París en 1972, en el que los Jefes de Estado y de Gobierno europeos (tras la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente) reconocieron la necesidad de establecer una política comunitaria en materia de medio ambiente que acompañara la expansión económica y pidieron un programa de acción. Mediante el Acta Única Europea de 1987 se introdujo un nuevo título sobre medio ambiente, que constituyó el primer fundamento jurídico para una política común en materia de medio ambiente, con el objetivo de preservar la calidad del medio ambiente, proteger la salud humana y garantizar un uso racional de los recursos naturales. En posteriores revisiones de los Tratados se reforzó el compromiso de Europa con la protección del medio ambiente y el papel del Parlamento Europeo en su desarrollo. Con el Tratado de Maastricht (1993), el ámbito medioambiental se convirtió en un ámbito político oficial de la UE, se introdujo el procedimiento de codecisión y la votación por mayoría cualificada pasó a ser la norma general en el Consejo. El Tratado de Ámsterdam (1999) estableció la obligación de integrar la protección medioambiental en todas las políticas sectoriales de la UE con miras a promover el desarrollo sostenible. La «lucha contra el cambio climático» pasó a ser un objetivo específico con el Tratado de Lisboa (2009), al igual que el desarrollo sostenible en las relaciones con países terceros.

La integración de consideraciones medioambientales en otros ámbitos políticos de la Unión Europea, aspecto que apareció por primera vez a raíz

de una iniciativa del Consejo Europeo celebrado en Cardiff en 1998 (el «proceso de Cardiff»), ha pasado a ser un importante concepto en las políticas europeas (ahora consagrado en el art. 11 del TFUE). En los últimos años, la integración de la política medioambiental ha alcanzado, por ejemplo, avances significativos en el ámbito de la política energética, tal como se refleja en el desarrollo paralelo del paquete de la UE sobre el clima y la energía o en la Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050, en la que se estudian maneras rentables de hacer que la economía europea sea más respetuosa con el clima y consuma menos energía.

### III. EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DE LA POTESTAD DE PLANIFICACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA ENJUICIAR LA BONDAD DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA EN LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

En las líneas inmediatamente anteriores hemos visto que el auténtico derecho regulatorio en el mercado del suelo se proyecta en el Plan, sea este urbanístico, territorial o medioambiental. Por otra parte también se observa que la intervención de las AAPP en el mercado de suelo puede definirse como una auténtica regulación de dicho mercado, en sentido estricto. Por tanto podemos concluir que lo que llamamos derecho urbanístico puede ser asimilado a un derecho regulatorio, y mucho más difícilmente como actividad de policía.

Porque describir al derecho urbanístico, o al urbanismo en general, como una «función pública» pudo ser suficiente para justificar la intervención de las Administraciones Públicas en la propiedad inmobiliaria, pero ya no es un concepto que sea útil cuando se constata que dicha intervención pública en la propiedad está produciendo más disfunciones que virtudes en el uso del suelo.

El derecho urbanístico, como auténtico derecho regulatorio, tiene que ser observado, analizado, y en su caso enjuiciado ante los tribunales, desde la perspectiva de su eficiencia en la regulación económica, y con arreglo a los principios propios de este tipo de derecho, esencialmente eficiencia, proporcionalidad, mínima intervención en la libertad de empresa consagrada constitucionalmente para conseguir en su caso auténtica neutralidad competitiva. Salvo los supuestos de excepciones contempladas específicamente en la ley.

Por eso, y como herramienta adicional del control de la legalidad del planeamiento, aparece el examen de la motivación de las decisiones que el planificador adopta respecto del ejercicio de una actividad económica, como puede ser el uso del suelo y sus consecuencias en el mercado.

Se postula desde estas líneas la entrada en el debate sobre la legalidad del Plan de todo lo relacionado con la buena regulación para garantizar la libertad de empresa, los derechos del propietario que se ven continuamente modulados con fundamento constitucional en la satisfacción de intereses

generales o de cualquier otro derecho, como el de la vivienda o el medio ambiente, pero que a veces se garantizan sin socializar correctamente sus consecuencias: haciendo recaer exclusivamente sobre el propietario del suelo, sin compensación individual equivalente, de esta satisfacción de intereses generales.

Vincular la regulación urbanística, y su control, a los efectos que produce en el mercado de suelo y en el contenido del derecho de la propiedad, nos permitirá, además, tener una herramienta que a la postre consiga establecer unos mínimos estándares de contenido homogéneo del derecho de la propiedad inmobiliaria en todo el territorio nacional, mediante la aplicación única de los criterios de buena regulación urbanística a todo el sistema legal derivado de la producción normativa, con rango reglamentario, de las comunidades autónomas y de los ayuntamientos.

El siguiente paso lógico será propugnar que se controle la bondad y legalidad de dicho derecho regulatorio de acuerdo con los principios que deben inspirarlo para garantizar su neutralidad competitiva, a través de las técnicas de control de la legalidad administrativa que el derecho ofrece: las alegaciones e intervenciones en vía administrativa y, en su caso, los recursos jurisdiccionales que pretendan poner de manifiesto la incorrección de una opción regulatoria urbanística concreta de acuerdo con los principios que deben informar el derecho regulatorio. Acciones que podrán ejercitar los titulares de derechos e intereses legítimos y también la CNMC a través de la legitimación específica contemplada en el art. 5.4 de la Ley 3/2013 de 4 de junio.

Es los análisis existentes, tanto el informe de 2013 de la CNMC como en la Memoria 2014 del Consejo de Economistas, se observó la necesidad de que existiera una buena regulación, a través del Plan urbanístico esencialmente, y que esta buena regulación pasaba por continuas referencias a la motivación de las decisiones regulatorias teniendo en cuenta la proporcionalidad, las necesidades del mercado, los intereses de los operadores económicos y de los consumidores finales respecto del funcionamiento de dicho mercado. En definitiva, una apelación al control de la motivación y proporcionalidad en la intervención regulatoria en dicho mercado.

Ello nos lleva a situar en el control de la discrecionalidad del Plan, a través del control de su motivación, la vía de entrada de los principios que deben informar el derecho regulatorio y sus efectos sobre la competencia en el mercado de suelo.

Control de la motivación del Plan con argumentos regulatorios que también puede extenderse a la planificación ambiental donde, invocando razones de protección al medio ambiente, pueden establecerse limitaciones sobre el crecimiento económico que no estén jurídica y científicamente avaladas. Estas decisiones formalmente ambientales, pero que pueden simplemente perseguir una regulación económica sobre determinados usos del suelo, incluyendo la del no desarrollo del mismo, pueden ser perfectamente cuestionadas apelando a criterios de mala regulación o de

distorsión artificial del mercado sin que existan razones que lo justifiquen. Es decir, incorporando al control de la actividad del planificador nuevos argumentos desde la óptica del derecho regulatorio y de la competencia, junto a otras técnicas de control de las motivaciones clásicas. Pues se ofrecerá al Tribunal una perspectiva más amplia sobre la legalidad del plan, incluyendo en esa obligada legalidad del mismo, la no vulneración de las normas del derecho de competencia y permitiendo, en su caso, que la ilegalidad de la opción regulatoria escogida en el Plan pueda ser declarada en sentencia, si se demuestra que la opción del planificador, desde su pretendida discrecionalidad contraviene los principios de la buena regulación económica sin suficiente cobertura legal. O dicho de otra forma, y más contundentemente, que la pretendida discrecionalidad del planificador urbanístico, territorial o medioambiental, no responda a la finalidad que la justifica, pues provoca restricciones al ejercicio de una actividad económica sin amparo legal.

#### IV. INVOCACIÓN DE BUENA REGULACIÓN EN EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL PLAN. HERRAMIENTAS

##### A. CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL PLANEAMIENTO

Como es sabido, el Tribunal Supremo ha dejado claro en numerosas sentencias que la potestad de planeamiento urbanístico que corresponde a la Administración tiene carácter discrecional, si bien debe ejercitarse en todo caso con la finalidad esencial de la satisfacción del interés general.

Este principio básico se plasma, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 (RC 1217/2008), que afirma en su FJ 4.º:

«Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en numerosas sentencias —sirvan de muestra las sentencias de 9 de marzo de 2011 (casación 3037/2008), 14 de febrero de 2007 (casación 5245/2003) y 28 de diciembre de 2005 (casación 6207/2002)— *que la potestad para revisar o modificar el planeamiento es discrecional (ius variandi) de modo que, dentro de los márgenes establecidos en la normativa aplicable, el planificador urbanístico dispone de libertad para escoger, entre las distintas alternativas posibles, la que considere más conveniente para la mejor satisfacción del interés público*».

En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Recurso de Casación 5951/2006, RJ 2011/1369), en su FJ 3.º, declara que:

«[...] En efecto, de lo dispuesto en los preceptos esgrimidos por la entidad recurrente en modo alguno se deriva la consecuencia que pretende. Esta Sala, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que *el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento ha de obedecer a finalidades estrictamente urbanísticas, circunscritas a la consecución de la mejor ordenación posible para la satisfacción del interés general, no hallándose en sí*

*misma vinculada por derechos adquiridos, ni por compromisos anteriores de la Administración.* Pueden citarse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003); así como la sentencia de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003) en la que insistimos precisamente en que “las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”».

Esta subordinación de la potestad de planeamiento a la consecución del interés general se recoge igualmente en la Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (Recurso de casación 1294/2008, RJ 2012/1042) que, en su FJ 7.º, dispone que:

«Son acertadas, pues, las consideraciones que se contienen en la sentencia del Tribunal *a quo* sobre *la necesidad de que las potestades de planeamiento estén subordinadas y encaminadas a la consecución del interés general*, compatibles con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la que, de forma reiterada, queda señalado que las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales, de manera racional, evitando la especulación —sirvan de muestra las SSTs de 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003)—».

Debe destacarse, no obstante, que el concepto de satisfacción del interés general ha sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido amplio, comprendiendo no solo los intereses generales actuales y presentes sino también las necesidades futuras. Esta idea se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 (Recurso de Casación 2930/2007, RJ 2011/6504), en su FJ 2.º:

«Y a ello cabe añadir que *la planificación urbanística está orientada a satisfacer no solo las necesidades presentes sino también las del futuro; lo que se ha venido en llamar el horizonte del plan.* En esa tarea prospectiva, con proyecciones de bastantes años, es admisible la utilización de criterios flexibles para dar respuesta, en su caso, a posibles cambios de coyuntura demográfica, sin que por ello se esté incurriendo en irracionalidad. Así, que la reserva de suelo para dotaciones básicas sea superior al que se indica en un informe realizado en 1997 con los datos de la población del año 1996 no es motivo suficiente para tachar de irrazonable la determinación cuestionada; y si bien la evolución demográfica previsible es un instrumento útil para valorar, en el momento de la planificación urbanística, las necesidades de equipamientos, tales datos no pueden utilizarse con criterios rígidos por tratarse de previsiones estimativas, siendo por ello admisible y razonable que se contemple un margen para hacer frente a posibles desviaciones. Por todo ello, el motivo debe ser desestimado».

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la potestad de modificación del planeamiento no queda vinculada por planes anteriores. Al respecto, la Sentencia de 14 de septiembre de 2011 (Recurso de Casación 2264/2008, RJ 2012/876) declara en su FJ 5.º que:

«En efecto, debemos partir del conocido principio urbanístico de que *la potestad de alteración de los Planes no queda vinculada por las ordenaciones anteriores*, pues, de otra forma, tal potestad carecería de objeto. Dicho de otra forma, para el ejercicio del *ius variandi* es consustancial que el planificador no está sometido o vinculado a la ordenación que se pretende modificar, lo que es independiente de que tales alteraciones deban ajustarse a derecho, respetando los límites en que se enmarca el ejercicio del *ius variandi* —especialmente en el aspecto de su justificación—, así como las consecuencias o efectos que tales cambios puedan producir en cuanto puedan hacer surgir el derecho/deber de indemnizar».

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha delimitado los criterios mediante los cuales se puede impugnar con éxito la extralimitación de la Administración en el ejercicio de su potestad planificadora. Concretamente, la Sentencia de 22 de septiembre de 2011 (antes citada), en su FJ 4.º, afirma que:

«Por ello hemos insistido también en que *el éxito de la impugnación que se dirija contra el ejercicio de tal potestad tiene que basarse en una actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo (actuales artículos 2 y 3 del vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).*

Este mismo criterio se acoge en la Sentencia de 3 de febrero de 2012 (Recurso de casación 855/2008, RJ 2012/3745) en el FJ 7.º:

«En todo caso, respecto del ejercicio del *ius variandi* y las propuestas de la iniciativa privada, aunque referidas a la modificación del plan, hemos señalado en Sentencia de 23 de abril de 2009 (recurso de casación núm. 8565/2004) que: “Y si bien no juzgamos necesario exponer con detalle la doctrina de esta Sala sobre los límites de la discrecionalidad y el ejercicio del *ius variandi*, sin embargo no está demás señalar que el denominado *ius variandi* constituye no solo una potestad, sino incluso un verdadero deber administrativo cuando las circunstancias concurrentes así lo demanden en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales. En este sentido, la invocación del mismo no puede servir de coartada para que la Administración apruebe, en todo caso, las modificaciones propuestas mediante iniciativa privada, pues compete a la Administración urbanística dicha potestad con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de suerte que ya sea promoviendo la Administración la modificación del plan o bien denegando la misma a los casos de iniciativa privada, en ambos supuestos la razón ha de ser la misma: la defensa y satisfacción de los intereses generales. *Por tanto, estas decisiones pueden ser*

*impugnadas en la medida en que se acredite que las mismas han incurrido en error, en mera arbitrariedad, han abandonado los intereses generales que deben presidir su actuación, supongan una desviación de poder o, en fin, concurra falta de motivación.* Cuestiones ajenas al debate casacional y que, en todo caso, no han desvirtuado la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, a la que antes nos referimos”».

Es importante subrayar que el cumplimiento de la satisfacción del interés general, en ocasiones, no constituye justificación suficiente para el ejercicio de la potestad de planificación. En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 11 de octubre de 2011 (Recurso de Casación 1373/2008, RJ 2011/7745) que, en su FJ 7.º, afirma que:

«Ahora bien, *que la nueva ordenación está justificada en el interés general no significa, indefectiblemente, que no se hayan traspasado los límites que deben presidir la potestad de planeamiento*, en concreto, el citado e invocado —como infringido— principio de equidistribución de beneficios y cargas, por cuanto la nueva calificación de la finca de los recurrentes —en los términos en los que se ha realizado— implica un sacrificio singular de la propiedad en beneficio del interés general, como alega la parte recurrente. [...] No son óbice para esta conclusión las alegaciones vertidas por las Administraciones en el sentido de que la ordenación prevista no supone, indefectiblemente, que la parcela deba seguir destinada al uso de cine porque se permiten otros usos, pues los usos alternativos que se proponen, son también de Equipamiento y Servicios Públicos, o deportivo, educativo o de carácter cultural y tales usos, especialmente en el Centro Histórico y como también se deduce de los párrafos anteriormente transcritos, son igualmente de escasa rentabilidad económica».

Como vemos, la motivación suficiente de la concurrencia de la satisfacción del interés general se configura como límite de la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad planificadora. La doctrina jurisprudencial de la necesidad de motivación del planeamiento se concreta igualmente en la normativa legal. Así lo reconoce la Sentencia de 18 de octubre de 2012 (Recurso de Casación 1408/2010, RJ 2012/10226) en su FJ 5.º:

«Es de resaltar que aun no siendo aplicable por razones temporales, *la necesidad de motivación de las determinaciones del planeamiento urbanístico se explicita en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, al indicar en su artículo 3.1 que “el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve”, positivizando así lo que en la jurisprudencia de esta Sala y en la doctrina venía siendo requisito de validez en el ejercicio de la potestad de planeamiento*».

La misma sentencia, en idéntico FJ 5.º, reconoce que la motivación debe incluirse en la memoria del instrumento de planeamiento en los siguientes términos:

«Sobre la exigencia de motivación de los planes de urbanismo es oportuno reiterar algunas consideraciones expuestas en nuestra STS de 14 de junio de 2011 (RC 3828/2007), reiteradas en la reciente STS de 12 de ju-

lio de 2012 (RC 3409/2010), en las que hemos dicho que “[la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución”. Así, entre otras, Sentencias de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004). En la primera de ellas se insiste precisamente en que “las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”. También *se ha afirmado en la jurisprudencia de esta Sala y Sección la necesidad de que el cumplimiento de este requisito teleológico se justifique y motive convenientemente en la memoria del instrumento de planeamiento* (sentencia de 20 de octubre de 2003), resultando dicha exigencia de motivación más rigurosa y precisa cuanto más reducido sea el ámbito territorial abarcado por la modificación, *constituyendo así la motivación que se contiene en la Memoria una garantía primaria frente a la arbitrariedad en las determinaciones del planeamiento*».

Por tanto podemos concluir que la tradicional técnica de control de la motivación del planeamiento a través, entre otras cuestiones, de las referencias a la satisfacción del interés general y a la memoria del Plan, pueden servirnos para cuestionar cualquier solución contraria a la buena regulación económica y procompetitiva que el Plan pueda haber adoptado, pues la satisfacción de los intereses generales de la economía permitirían esta legitimación de impugnación.

## B. CONTROL DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA DEL PLAN: EL DESARROLLO TERRITORIAL Y URBANO SOSTENIBLE

Establecidas las premisas de uso de la técnica del control de la motivación del Plan para propugnar la mejor regulación sobre el mercado de suelo a través del control de la discrecionalidad del planificador, debemos observar si las herramientas actuales que ofrece el ordenamiento jurídico permiten su utilización bajo la perspectiva económica del estudio del mercado y la necesidad de satisfacer las recomendaciones que sobre la buena gestión del mercado de suelo se han recogido en estas líneas con invocación de las recomendaciones del informe de la CNC de 2013 y de la memoria del Consejo de Economistas de 2014.

En el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, cuando se habla del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, art. 3, se afirma lo siguiente:

«1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de

este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes.

2. *En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a:*

[...]

3. *Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular: ...».*

Más adelante en el art 22, cuyo título es «Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, y garantía de la viabilidad técnica y económica de las actuaciones sobre el medio urbano», se dice lo siguiente:

«1. Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.

2. El informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación.

3. En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora:

a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.

b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.

c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.

Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada.

4. *La documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de transformación urbanística deberá incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará, en particular, el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.*

5. *La ordenación y ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano, sean o no de transformación urbanística, requerirá la elaboración de una memoria que asegure su viabilidad económica, en términos de rentabilidad, de adecuación a los límites del deber legal de conservación y de un adecuado equilibrio entre los beneficios y las cargas derivados de la misma, para los propietarios incluidos en su ámbito de actuación, y contendrá, al menos, los siguientes elementos:*

a) Un estudio comparado de los parámetros urbanísticos existentes y, en su caso, de los propuestos, con identificación de las determinaciones urbanísticas básicas referidas a edificabilidad, usos y tipologías edificatorias y redes públicas que habría que modificar. La memoria analizará, en concreto, las modificaciones sobre incremento de edificabilidad o densidad, o introducción de nuevos usos, así como la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada, para lograr un mayor acercamiento al equilibrio económico, a la rentabilidad de la operación y a la no superación de los límites del deber legal de conservación.

b) Las determinaciones económicas básicas relativas a los valores de repercusión de cada uso urbanístico propuesto, estimación del importe de la inversión, incluyendo, tanto las ayudas públicas, directas e indirectas, como las indemnizaciones correspondientes, así como la identificación del sujeto o sujetos responsables del deber de costear las redes públicas.

c) El análisis de la inversión que pueda atraer la actuación y la justificación de que la misma es capaz de generar ingresos suficientes para financiar la mayor parte del coste de la transformación física propuesta, garantizando el menor impacto posible en el patrimonio personal de los particulares, medido en cualquier caso, dentro de los límites del deber legal de conservación.

El análisis referido en el párrafo anterior hará constar, en su caso, la posible participación de empresas de rehabilitación o prestadoras de servicios energéticos, de abastecimiento de agua, o de telecomunicaciones, cuando asuman el compromiso de integrarse en la gestión, mediante la financiación de parte de la misma, o de la red de infraestructuras que les competa, así como la financiación de la operación por medio de ahorros amortizables en el tiempo.

d) El horizonte temporal que, en su caso, sea preciso para garantizar la amortización de las inversiones y la financiación de la operación.

e) La evaluación de la capacidad pública necesaria para asegurar la financiación y el mantenimiento de las redes públicas que deban ser financiadas por la Administración, así como su impacto en las correspondientes Haciendas Públicas».

Como vemos el Texto Refundido vigente sobre la legislación estatal del suelo nos ofrece dos herramientas útiles para el control de la motivación del planeamiento apelando a criterios de sostenibilidad y viabilidad económica. Por una parte el art. 3 al hablar de desarrollo sostenible invoca específicamente el principio de competitividad, y por otra el muy importante art. 22 introduce la necesidad del informe de sostenibilidad económica apelando, de una parte, a la responsabilidad fiscal de los poderes públicos en la transformación del suelo evitando, así, pesadillas futuras para la Hacienda Local fruto del capricho del planificador. Y de otra a la viabilidad económica desde el punto de vista del operador económico y su retorno de inversión. Por

tanto haciendo una suerte de estudio de mercado necesario para contemplar como lógica y no arbitraria la opción sobre oferta y demanda de un determinado producto que el planificador hace.

Por tanto podemos afirmar que los criterios de necesaria motivación de la sostenibilidad y viabilidad económica de las medidas propuestas por el Plan pueden servir para cuestionar el Plan mismo si las determinaciones singulares de este conducen a criterios no justificados en los informes de sostenibilidad económicos.

Debemos recordar que la exigencia del estudio económico-financiero o memoria económica no es privativa únicamente de los instrumentos de ordenación urbanística, sino que se ha hecho extensiva jurisprudencialmente a cualquier tipo de planeamiento tanto territorial como urbanístico, aplicando por analogía la normativa urbanística en defecto de previsión legal expresa respecto a los planes de ordenación del territorio. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2013, recurso 827/2011, declara nulo el Plan Territorial Especial Supramunicipal «Parque Periurbano del Naranco» en el Principado de Asturias, por insuficiencia del estudio económico-financiero:

«Es evidente, por tanto, que la denuncia de la demandante, reiterada en casación, acerca del defecto de Estudio Económico Financiero es cierta, con lo que no existe garantía alguna de la viabilidad económica del Plan Territorial Especial aprobado, en el que se prevé llevar a cabo determinadas expropiaciones, a pesar de lo cual no solo no se concretan las fuentes de financiación sino que carece de cualquier programación temporal, lo que contraviene la doctrina jurisprudencial interpretativa de lo establecido en los preceptos invocados como infringidos, contenidos en los artículos 63.4 y 77.2.g) del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio EDL 1978/2744, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 23 de febrero de 2000 (recurso de casación 6988/1994) EDJ 2000/1567, 17 de diciembre de 2009 (recursos de casación 4370/2006 EDJ 2009/300151 y 4762/2005 EDJ 2009/338477), 18 de diciembre de 2009 (recurso de casación 4424/2005) EDJ 2009/338478, 5 de julio de 2010 (recurso de casación 2674/2006), 12 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4167/2006) y 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 5455/2006) EDJ 2011/298342, lo que conlleva la estimación de este segundo motivo de casación».

En el mismo sentido, el Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote fue declarado nulo por carecer del preceptivo estudio económico-financiero (cfr. las sentencias que se reseñan en la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 26 de mayo de 2011, recurso 4754/2007).

Omisión de la existencia del estudio que debe asimilarse a la circunstancia de que exista dicha memoria económica pero que esté vacía de contenido y no satisfaga las exigencias legales y jurisprudenciales (cfr. el resumen sobre la jurisprudencia relativa al estudio o memoria económico-financiera de los instrumentos de planeamiento contenido en las SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 5.<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2012, recurso 51/2009; 17 de julio de 2014, recurso 488/2012; y 25 de febrero de 2015, recurso 858/2012) de este impor-

tante elemento de los planes de ordenación territorial, que incluso pueden tener previsiones sobre consecuencias retóricas para la hacienda pública, sea autonómica o local, como consecuencia de limitaciones de propiedad injustificadas o arbitrarias.

En efecto, las diferentes líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la garantía expropiatoria proclamada en el art. 33.3 CE tienen que ser aplicadas a la insuficiente memoria económica del Plan para exigir que se contemplen las indemnizaciones por pérdida de usos perfectamente posibles en el suelo según la clasificación preexistente al Plan, como pueden la pérdida de los aprovechamientos y las capacidades edificatorias contempladas en el desarrollo urbanístico.

Compensación económica ya reconocida a nivel legal por el establecimiento de limitaciones al aprovechamiento de los recursos naturales en los Parques Nacionales que tiene cobertura legal como limitación de la propiedad por razones medioambientales en los preceptos que ahora vamos a recordar.

El art. 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, declara que las disposiciones reguladoras de los parques naturales podrán crear áreas de influencia socioeconómica «con especificación del régimen económico y compensación adecuada al tipo de limitaciones». Esta previsión legal encuentra su reflejo en las leyes de creación de los Parques Nacionales. Cabe citar, en este sentido, el art. 3.1 de la Ley 16/1995, de 30 de mayo, por la que se creó el Parque Nacional de los Picos de Europa, que dispone que «la totalidad de los términos municipales implicados por la declaración del Parque Nacional de los Picos de Europa, que se relacionan en el Anexo II de la presente Ley, constituyen su área de influencia socioeconómica a los efectos de lo previsto en el art. 18.2 de la referida Ley 4/1989».

También aparecen en las leyes creadoras de los distintos Parques Nacionales preceptos que no se remiten a la ley de cabecera del grupo normativo, sino que entran directamente en la materia indemnizatoria. Por ejemplo, el art. 5.4 de la Ley 33/1995, de 20 de noviembre, que vino a crear el Parque Nacional de Cabañeros, dispone que «serán indemnizables las limitaciones que, como consecuencia del cumplimiento de los fines de esta Ley, pudieran establecerse sobre derechos reales consolidados en el territorio del Parque Nacional antes de su declaración».

El estudio de las compensaciones económicas que derivan de la imposición de limitaciones al aprovechamiento de recursos naturales ubicados en Parques Nacionales debe partir de la advertencia de que no toda limitación es indemnizable. Este es el caso de los planes técnicos que, según el art. 33.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, han de regir en «todo aprovechamiento cinegético [...] en terrenos acotados» mediante la determinación de «la cuantía y modalidades de las capturas a realizar». Utilizando conceptos de origen urbanístico, y muy arraigados en nuestro Derecho administrativo, hay que señalar que tales planes (cuya aprobación es obligatoria en

todos los cotos y no solo en los incluidos en parques nacionales) definen el contenido normal de los derechos de caza y no confieren derecho a los titulares de los cotos a exigir indemnización. Cuestión distinta sería que en un plan técnico se acordase la prohibición total de cazar varias especies por razones vinculadas al cumplimiento de los fines de un Parque Nacional; tal prohibición representaría un daño que el titular del terreno acotado no tendría el deber de soportar, y que la Administración competente habría de indemnizar.

El fundamento jurídico de dicho deber de indemnizar se sitúa en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, se trata de privaciones imperativamente acordadas, que no pretenden trasladar a la Administración de forma definitiva la titularidad de los elementos patrimoniales a los que afectan, sino que son el resultado de decisiones de gestión de los recursos naturales de los Parques Nacionales, decisiones necesariamente cambiantes con las circunstancias que las determinan, pero que llevan consigo daños que han de indemnizarse en los términos previstos en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El pago de las indemnizaciones se regula en la disposición adicional quinta de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, cuyo tenor es el siguiente:

«Las Administraciones Públicas asumirán el pago de las indemnizaciones por las limitaciones en los bienes y derechos patrimoniales legítimos, establecidas en los Parques Nacionales. Corresponderá a la Administración General del Estado el pago de aquellas que deriven de la legislación básica en la materia y del Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Corresponderá a las Comunidades Autónomas el pago de las indemnizaciones por las limitaciones restantes».

#### C. LA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL INTERÉS GENERAL, INCLUYENDO EL ECONÓMICO, A TRAVÉS DE LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DE PLANES Y PROGRAMAS

La importancia de la identificación del interés general, incluyendo el económico, de todo plan se plasma en el llamado procedimiento de evaluación ambiental-estratégica y se manifiesta particularmente en los procesos de información, consulta y participación pública, que es uno de los principios básicos de la Directiva 2001/42/CE, de la Ley 9/2006 y del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ratificado por España desde el 30 de marzo de 2005.

En este sentido de incumplimiento por parte de plan de la finalidad de la evaluación estratégica nos permitimos recordar las siguientes resoluciones de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

— *Sentencia de 18 septiembre de 2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RJ 2013/7347, FJ 7.º:*

«En el motivo tercero, se alega la infracción del artículo 3 de la Ley 9/2006 de 28 de abril ( RCL 2006, 885), sobre Evaluación de los efectos de planes y programas (LEPP), que establece los requisitos que han de cumplir los planes que tengan efectos significativos sobre el medio ambiente a efectos de someterlos a evaluación estratégica, sin que el plan recurrido encaje en el supuesto, pues la estricta adaptación del Plan al Plan Director —que traslada al planeamiento municipal la desclasificación de suelo urbanizable no programado (160 hectáreas), convirtiéndolo en no urbanizable destinado a espacios libres prevista en el Plan Director—, no tiene, según se expresa, efectos significativos sobre el medio ambiente, como tampoco los tienen las modificaciones menores que se adicionan, por lo que era suficiente la documentación medio ambiental que contenía el Plan impugnado.

Tampoco acogeremos este motivo.

Como indica la exposición de motivos de la LEPP de 2006, *su finalidad es precisamente adelantar la toma de decisión ambiental a la fase anterior a la aprobación del proyecto, configurando así la denominada Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos*. En consonancia con tal finalidad, la LEPP, que incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, *se inspira, como aquella, en el principio de cautela y en la necesidad de protección del medio ambiente, garantizando que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, desde la fase preliminar de borrador, antes de las consultas, a la última fase de propuesta de plan o programa. Este proceso no ha de ser una mera justificación de los planes, sino un instrumento de integración del medio ambiente en las políticas sectoriales para garantizar un desarrollo sostenible más duradero, justo y saludable que permita afrontar los grandes retos de la sostenibilidad como son el uso racional de los recursos naturales, la prevención y reducción de la contaminación, la innovación tecnológica y la cohesión social».*

— *Sentencia de 17 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) Caso Terre wallonne ASBL y otros contra Région wallonne. TJCE 2010/179:*

«32. Con carácter previo, debe subrayarse que *el objetivo esencial de la Directiva 2001/42, como se desprende de su artículo 1, consiste en someter a evaluación medioambiental los planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, durante su preparación y antes de su adopción».*

— *Sentencia de 28 de febrero de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) Caso Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL y Région wallonne contra Région wallone:*

«39. Mediante su cuestión y habida cuenta del desarrollo del litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en cir-

cunstancias como las del asunto principal, en el que conoce de un recurso dirigido a obtener la anulación de un acto nacional que constituye un “plan” o “programa” en el sentido de la Directiva 2001/42 y en el que estima que dicho plan o programa se adoptó sin cumplir la obligación establecida por dicha Directiva de llevar a cabo una evaluación de impacto medioambiental previa, ese órgano jurisdiccional, que estima no obstante que el acto impugnado constituye una ejecución adecuada de la Directiva 91/676, puede aplicar una disposición de su ordenamiento nacional que le permite mantener determinados efectos pasados de dicho acto hasta la fecha en que entren en vigor medidas que subsanen la irregularidad declarada.

40. Con carácter previo, procede recordar que el objetivo esencial de la Directiva 2001/42, como se desprende de su artículo 1, consiste en someter los planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, durante su elaboración y antes de su adopción, a una evaluación de impacto medioambiental (sentencias *Terre wallonne e Inter-Environnement Wallonie*, antes citadas, apartado 32, y de 22 de septiembre de 2011, *Valčiukienė* y otros, C-295/10, Rec. p. I-8819, apartado 37).

41. Esa Directiva establece normas mínimas respecto a la preparación del informe medioambiental, el desarrollo del procedimiento de consulta, la toma en consideración de los resultados de la evaluación de impacto medioambiental y la comunicación de información sobre la decisión adoptada al término de la evaluación (sentencias *Terre wallonne e Inter-Environnement Wallonie*, antes citadas, apartado 33).

42. Dado que la Directiva no contiene normas relativas a las consecuencias que se derivan de la infracción de las disposiciones de procedimiento que establece, *incumbe a los Estados miembros, en el marco de sus competencias, adoptar todas las medidas, generales o particulares, necesarias para que todos los “planes” o “programas” que puedan tener “efectos significativos en el medio ambiente” en el sentido de la Directiva 2001/42 sean objeto, antes de su adopción, de una evaluación de impacto medioambiental, con arreglo a los procedimientos y criterios que establece dicha Directiva* (véanse, por analogía, las sentencias de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld* y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 61; de 16 de septiembre de 1999, *WWF* y otros, C-435/97, Rec. p. I-5613, apartado 70, y de 7 de enero de 2004, *Wells*, C-201/02, Rec. p. I-723, apartado 65).

43. En efecto, según reiterada jurisprudencia, en virtud del principio de cooperación leal previsto en el artículo 4 TUE, apartado 3, los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1960, *Humblet/État belge*, 6/60, Rec. pp. 1125 y siguientes, especialmente p. 1146, y de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros, C-6/90 y C-9/90 Rec. p. I-5357, apartado 36). Dicha obligación incumbe a cada órgano del Estado miembro de que se trate en el marco de sus competencias (sentencias de 12 de junio de 1990, *Alemania/Comisión*, C-8/88, Rec. p. I-2321, apartado 13, y *Wells*, antes citada, apartado 64 y jurisprudencia citada).

44. *De ello se desprende que, puesto que la Directiva 2001/42 exige que los “planes” o “programas” deben someterse a una evaluación previa de sus efectos en el medio ambiente, las autoridades competentes están obligadas a adoptar todas las medidas generales o particulares destinadas a subsanar la omisión de dicha evaluación* (véase, por analogía, la sentencia *Wells*, antes citada, apartado 68)».

Por tanto la correcta evaluación estratégica de Plan y programa, con su obligada participación ciudadana antes de optar por la aprobación de una opción concreta de carácter planificador, se configura como una justificación y expresión del interés general para limitar una concreta actividad económica, bien sea de carácter edificador, comercial o industrial, que el Plan pueda acabar imponiendo por razones ambientales.

#### D. CONCLUSIÓN

Las citas legales y el cuerpo de doctrina jurisprudencial transcrito permite concluir que, independientemente de la vinculación del planificador a la realidad fáctica que pueda llevar a la clasificación del suelo como urbano, en cualquier caso, y para la determinación de la clasificación o calificación de cualquier tipo de suelo, no basta con invocar de forma apodíctica la satisfacción del interés general, sino que hay que proceder a una motivación puntual donde se concrete ese interés general en el estatuto de la propiedad inmobiliaria de un concreto ciudadano, en concreto apelando a la viabilidad económica, al retorno de la inversión y a las demás circunstancias contempladas en los arts. 3 y 22 del Texto Refundido vigente de la Ley de Suelo, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, ya comentado en este epígrafe .

O dicho de otra forma, si se imponen esenciales limitaciones al derecho de la propiedad fruto de la clasificación y calificación urbanística, la norma que es todo Plan de ordenación urbanística tiene que motivar de forma singular para el propietario la justificación de esas limitaciones.

Esta falta de lógica del Plan no puede salvarse, sin que medie una motivación *ad hoc*, insistimos, incluso de carácter económico y apelando a la sostenibilidad económica de la opción escogida, pues solo invocando genéricamente la satisfacción del interés general y la potestad discrecional en la planificación no se puede entender el interés general plasmado en un punto concreto del territorio y que obliga, en su caso, a una desclasificación de lo existente o a la limitación de una actividad en principio autorizada . Pues si no existe esa motivación la única conclusión que puede obtenerse es que el planificador ha actuado de manera arbitraria.

#### V. HERRAMIENTA ADICIONAL PARA EL CONTROL DE LA BUENA GESTIÓN URBANÍSTICA

Como es sabido el urbanismo no es solo planificación y clasificación / calificación del suelo. Una parte importante de las disfunciones en el mercado de suelo se deben imputar a la gestión urbanística, y no solo a la planificación. Es más, una buena clasificación y calificación del suelo, en sentido regulatorio, puede desvirtuarse con una mala aplicación de las reglas urbanísticas contenidas en el plan. Igual sucede en otros sectores de la economía, una buena regulación puede dar lugar a prácticas contrarias a la

buena competencia, y por eso existe la actividad de supervisor de competencia como actividad independiente a la propia del regulador.

En estas líneas no podemos extendernos sobre todas y cada una de las patologías que pueden darse en la gestión urbanística para favorecer al operador económico ya establecido, para cerrar el mercado, para establecer trabas al inicio de actividad, etcétera.

Lo que interesa destacar ahora es la existencia de una reciente herramienta para traer al urbanismo de gestión el debate sobre la idoneidad y cobertura legal de trabas innecesarias desde el punto de vista de la actividad económica, aunque justificables formalmente en normas sectoriales. Para ello nada mejor que utilizar las propias palabras de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia en su informe de 16 de octubre de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del art. 26 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), relativa a la denegación de una autorización para la instalación de una gasolinera en un centro comercial (UM/064/15).

Ante una denegación de autorización de instalación de una gasolinera, la CNMC considera que los motivos para denegarla no son ajustados a derecho y lo hace partiendo los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el art. 5 de la LGUM en los siguientes términos:

«1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

Así pues, de acuerdo con el artículo anterior, la imposición de requisitos a una actividad económica debe fundarse en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general de las incluidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, que literalmente dice:

«3.11. “Razón imperiosa de interés general”: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

En el presente caso, la CNMC consideró que la denegación de la licencia debido a que estén pendientes obras de urbanización resultaba innecesaria y desproporcionada en este caso, en vista de los siguientes motivos:

- A tenor del RD-ley 6/2000 no cabe oponer la ausencia de suelo cualificado para la instalación de una estación de servicio en un centro comercial.
- La instalación se pretende efectuar en una parcela en la que opera un centro comercial que dispone de la oportuna licencia desde 1994.
- El interesado ha aportado indicios de que la parcela en cuestión ya está urbanizada.
- El interesado ha aportado indicios de que la urbanización pendiente de ejecutar afectaría a ámbitos distintos de la Unidad de Actuación en la que se integra la parcela en la que se ubica el centro comercial.

En vista de lo anterior, se consideró por la CNMC que no cabía oponer impedimentos de orden urbanístico para denegar la autorización de instalación de una estación de servicio en el Centro Comercial objeto de reclamación por la falta de obras de urbanización en la unidad de ejecución.

También se denegó la autorización con base en que faltaría recabar informes de ciertas autoridades supraautonómicas, pero la CNMC consideró, en esencia, que corresponde a la autoridad competente, en la oportuna resolución, explicitar los motivos por los que los informes indicados se consideran necesarios. Y ello en vista de las alegaciones del operador según las cuales no sería preciso obtener dichos informes, en este momento, para obtener la correspondiente autorización. A ello hay que añadir que la carga de solicitar los informes que resulten oportunos para resolver recae sobre la propia Administración encargada de tramitar el expediente.

En vista de ello se consideró que tal actuación de la Administración municipal actuante, además de ser contraria a los principios de necesidad y de proporcionalidad, podría afectar al principio de simplificación de cargas, pues parecía imponer al operador una carga que no le corresponde. Dicho principio figura en el art. 7 de la LGUM, en los siguientes términos:

«La intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad».

Por eso la CNMC concluyó que la actuación del Ayuntamiento al denegar una autorización para la instalación de una estación de servicio en la parcela que ocupa un centro comercial, al estar pendientes obras de urbanización en la unidad de ejecución en que se integra esa parcela, es contraria a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en la LGUM.

Lo que interesa resaltar de este informe, que solicitaba la aplicación de la legitimación activa para impugnar la denegación, es que introduce un nuevo elemento de control de la legalidad urbanística en la gestión y uso del suelo, cual es el establecimiento de los principios de proporcionalidad

y de simplificación de cargas para el desarrollo de una actividad económica contemplados en la LGUM, que de esta forma también forma parte de la legalidad que debe respetar cualquier acto autorizador del uso del suelo para actividades económicas.

## VI. CONCLUSIÓN

La idea que se pretende transmitir por esta reflexión es que es conveniente para la mejora de la regulación existente en materia de urbanismo, y para la mejora en la actividad autorizatoria del uso y gestión del suelo, que cada vez más se introduzcan reflexiones propias de la buena competencia tanto en el control de la opción clasificatoria y calificadora del suelo plasmada en un Plan urbanístico, territorial o ambiental, y que también se apliquen a los actos singulares de autorización de uso del suelo las normas que deban permitir el pleno ejercicio de la actividad económica en régimen de competencia. Para ello puede invocarse tanto el Texto Refundido de la Ley de Suelo en su redacción vigente, como la LGUM, a través, al menos, de la interpretación que se ha hecho de los preceptos de dichas normas citados en estas líneas.

Todo ello mientras se produce una adecuada regulación del régimen jurídico del suelo que propugne una menor dispersión del mismo, más flexibilidad, mayor capacidad de reacción ante cambios de la oferta y la demanda, pero sobre todo, menor intervención artificial y más transparencia de cara al operador económico en garantía de la seguridad jurídica de la inversión, frenando cualquier arbitrariedad administrativa que, en muchas ocasiones, bajo la formal y ampulosa defensa del interés general, puede estar beneficiando a un operador económico establecido que obtiene rentas oligopólicas. Porque no olvidemos que también se puede producir la «captura del regulador» urbanístico o medioambiental por algún titular de derechos o actividades económicas que prefiere no abrir el mercado ya existente, prefiriendo una rigidez regulatoria que le beneficia.

## ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, LIBRE COMPETENCIA Y UNIDAD DE MERCADO\*

Luis BERENGUER FUSTER

Abogado. Broseta Abogados

Sergio BACHES OPI

Abogado. Broseta Abogados

### 1. EL PROBLEMA DE ANALIZAR LOS EFECTOS O EL OBJETO CONTRARIO A LA COMPETENCIA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

Desde el inicio de la actuación en España de Autoridades de la competencia se planteó el problema de la aplicación de las normas de la competencia a las actuaciones de las Administraciones públicas. La cuestión queda reflejada muy gráficamente en las palabras de un empresario americano. Reflexionaba en el siguiente sentido: si deseo aumentar los beneficios, puedo llegar a un acuerdo para aumentar los precios o repartirme el mercado con mis competidores, pero resulta peligroso, porque si formo un cártel, puede ser detectado y puedo ser fuertemente sancionado por ello. Puedo también adquirir o fusionarme con otra empresa del sector; ahora bien, las fusiones son difíciles ya que existen estructuras paralelas que se duplicarán y culturas empresariales diferentes que dificultan la unión. Hay algo más sencillo: ¿debo conseguir que la Administración restrinja la competencia en mi beneficio, por ejemplo, estableciendo barreras de entrada para posibles competidores! Puedo contratar a un lobista, que no son caros, para que presione y que la Administración apruebe normas que me beneficien. Es lo más sencillo y rentable.

Esta reflexión pone de manifiesto una realidad, que consiste en constatar que las Administraciones públicas con frecuencia aprueban normas que restringen la competencia y, en ocasiones, actúan directamente en el mercado produciendo consecuencias restrictivas.

---

\* Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivas de los autores y no vinculan a ninguna otra persona, despacho, empresa o entidad pública o privada. Este artículo no constituye asesoramiento jurídico de ningún tipo y está escrito con una finalidad meramente académica. Este artículo recoge el estado de la cuestión analizada hasta el 30 de diciembre de 2016.

Este artículo analiza las cuestiones que se plantean cuando la Administración pública genera restricciones de competencia vulnerando las normas de defensa de la competencia y los mecanismos que se han ido estableciendo en nuestro ordenamiento jurídico para evitar estas actuaciones. El problema tiene una doble vertiente: por un lado se plantea la cuestión de si las actividades de las Administraciones públicas en el mercado<sup>1</sup> deberían estar sujetas a las normas de la competencia y, como consecuencia de ello, pueden ser objeto de sanciones si se produce una infracción; mientras que, por otro lado, se observa que la actividad, esencialmente normativa, de los poderes públicos ampara con frecuencia restricciones de la competencia. Resulta evidente que se trata de dos cuestiones diferentes, si bien el propio tratamiento normativo realizado en la legislación de la competencia tendía a que se contemplaran en cierta medida conjuntamente<sup>2</sup>.

## 2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO INFRACTORAS DE LAS NORMAS DE LA COMPETENCIA

En la legislación española de defensa de la competencia actualmente vigente (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, LDC) se plantea la cuestión en términos que pueden dar lugar a confusión: por un lado, se entiende que las normas de la competencia se aplican a las «empresas», entendiendo como tales a «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»<sup>3</sup>. Es decir, que, a tenor de esta definición de contenido amplio, si una Administración pública realiza una actividad económica, se le aplica la legislación de la competencia<sup>4</sup>. La

<sup>1</sup> Las Administraciones públicas pueden actuar en el mercado bien como oferentes bien como demandantes de bienes y servicios. En el primero de estos supuestos existe un consenso generalizado de que en tal supuesto se les aplica, sin excepción, las reglas de la competencia; circunstancia que no concurre en todos los supuestos en los que la Administración actúa como demandante, especialmente a partir de la Sentencia *FENIN* del Tribunal de Primera Instancia (TPI — ahora Tribunal General—) de 4 de marzo de 2003, Asunto T-319/99, y del Tribunal de Justicia (TJUE) de 11 de julio de 2006, como más adelante se expone.

<sup>2</sup> Véase a tales efectos el texto del art. 4 de la Ley de Represión de prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, y el art. 2, en sus sucesivas redacciones, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 1998, pp. 139 y ss.).

<sup>3</sup> Así reza la DA 4.ª, apartado 1 de la LDC («A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»). Debemos destacar que, a diferencia de lo establecido en los arts. 101 y 102 del TFUE, los arts. 1 y 2 de la LDC (tampoco el art. 3: «Falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal») no mencionan expresamente a las empresas como sujetos infractores. Asimismo, el capítulo correspondiente del TFUE en el que se incluyen los arts. 101 y 102 se denomina «De las normas aplicables a las empresas».

<sup>4</sup> Como ejemplo de una situación en la que una Administración pública actúa dentro de su *ius imperii*, véase la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 20 de marzo de 1998, Exp. 419/1998 *Cruz Roja de Fuengirola*, en la que el TDC resolvió que un acuerdo entre la Cruz Roja (que actuaba como operador económico en ese caso) y el Ayuntamiento de Fuengirola, concediendo a la primera ciertos privilegios para la instalación de máquinas expendedoras de refrescos

Audiencia Nacional, en su Sentencia en el asunto *Aplicaciones informáticas a la Docencia/CA Canarias 5*, declaró en el Fundamento de Derecho Tercero, que una Administración pública puede incurrir en infracciones a las normas de competencia «cuando actúe en el mercado ofreciendo bienes y servicios [...]. Si un ente público realiza actividades económicas o comerciales en el mercado, debe considerarse empresa a efectos de las normas de defensa de la competencia».

Por su parte, el art. 4.2 de la LDC dispone que las prohibiciones previstas en la LDC «se aplicarán a las situaciones de restricción a la competencia que deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por los poderes públicos o empresas públicas sin el debido amparo legal». Se puede plantear la duda de si esta disposición se aplica únicamente a los operadores privados que realicen conductas que resulten del cumplimiento de normas reglamentarias o del ejercicio de potestades administrativas carentes de amparo legal y, en su caso, también a las Administraciones públicas, pero exclusivamente cuando intervienen como operador económico<sup>6</sup>, o, por el contrario, abarca también aquellos supuestos en los que la Administración restringe la competencia aunque no actúe como operador económico sino en el ejercicio «de otras potestades administrativas» (se entiende no amparadas por norma de rango legal). Como exponemos más adelante, aunque la redacción de este precepto es poco clara y convendría corregirla en una futura reforma, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC, ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) ha interpretado esta disposición en un sentido amplio y ha incluido ese segundo grupo de situaciones

---

y de un bar en una feria no incurría en la prohibición de las conductas colusorias, en la medida en la que el Ayuntamiento actuaba como regulador. Esta fue también la postura de la Autoridad española de la competencia en la Resolución del TDC de 12 de diciembre de 1996, Exp. 376/96, *Cárteles Sidra*, FFDD 2.3.º y 2.4.º (confirmada por la SAN de 6 de mayo de 1999, Recurso núm. 234/97 y por la STS de 7 de octubre de 2002, Recurso núm. 8349/1999), en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 6 de octubre de 2010, Exp. S/0063/08, *Protocolo de Concesiones de Transporte por Carretera*, FD 1.º, en la Resolución de la CNC de 26 de abril de 2011, Exp. S/0107/08, *Plataforma del Mejillón*, FD 6.º Esta fue también la postura de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) en su Resolución de 20 de mayo de 2010, Exp. 22/2010, *Ayuntamiento de Naut Aran*, FD 3.º: «El Tribunal de la ACCO coincide con la DG en la consideración que, en relación con los hechos objeto de análisis, el Ayuntamiento de Naut Aran ha actuado en ejercicio de una potestad administrativa reglamentaria atribuida legalmente, como es la aprobación de la Ordenanza y no como operador económico en el sentido de la disposición adicional 4.ª de la LDC, hecho que excluye la aplicación a la conducta de las prohibiciones establecidas en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley. Por tanto, es procedente acordar la no incoación del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones del expediente 22/2010 en los términos propuestos por la DG».

<sup>5</sup> SAN de 10 de febrero de 2005, Recurso núm. 4541/2001.

<sup>6</sup> Como ejemplos de Administraciones públicas que actuaban como operador económico, véanse, entre otras muchas, la Resolución del TDC de 24 de julio de 1997, Exp. 393/96, *Aparejadores Cádiz*; la Resolución del TDC de 29 de diciembre de 1998, Exp. 422/98, *Arquitectos Andalucía*; la Resolución del TDC de 20 de junio de 2001, Exp. 631/00, *Velatorios Madrid*; la Resolución del TDC de 7 de abril de 2003, Exp. 535/02, *Periste*; la Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008, Exp. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta* (confirmada por la SAN de 15 de enero de 2010, Recurso núm. 262/2008); la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009, Exp. 495/00, *Funerarias Baleares* (confirmada por al SAN de 31 de marzo de 2010, Recurso núm. 144/2009), o la Resolución de la CNC, de 31 de agosto de 2010, Exp. S/0272/10, *Centro Internacional de Cultura Contemporánea*.

entre las susceptibles de incurrir en la prohibición de la normativa de la competencia<sup>7</sup>.

Asimismo, si se tiene en cuenta el contenido del art. 61.1 de la LDC, se puede argumentar que el ámbito subjetivo de los posibles infractores de la LDC abarca también la actuación de las Administraciones públicas cuando no actúan como operadores económicos, en la medida en que el precepto establece que: «Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones de esta ley»; es decir, que no se exige la realización de una actividad económica para apreciar una infracción.

Planteada así la cuestión, es pertinente analizar con cierto detalle cuál ha sido la evolución en la aplicación de la normativa española de la competencia a las actuaciones de las Administraciones públicas, tanto cuando actúan como operador económico, como cuando actúan en el ejercicio de su *ius imperii*.

Como veremos, las sucesivas Autoridades españolas de la competencia (primero el TDC, posteriormente la CNC y actualmente la CNMC) han ido ampliando los supuestos en los que se aplica la legislación de la competencia a las Administraciones públicas por sus actuaciones en el mercado, hasta el punto de llegar a sancionarlas por tales actuaciones si infringían las normas de defensa de la competencia, incluso en el ejercicio de sus potestades administrativas.

Inicialmente, las resoluciones de las Autoridades de la competencia podían, de acuerdo con una interpretación amplia del ámbito de aplicación *ratione personae* de la normativa de competencia, declarar como infractoras de las normas de la competencia a las Administraciones públicas cuando actuaban como operadores en el mercado (incluso si actuaban como facilitadores de conductas colusorias). Sin embargo, con el texto de la Ley 16/1989 poco podrían hacer cuando eran normas o actos sometidos al derecho administrativo los que amparaban restricciones de la competencia;

---

<sup>7</sup> Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, Exp. 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha* (FD 3.º). A favor de esta postura en nuestra doctrina, véase J. ORTEGA BERNARDO, «La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», *50 Aniversario de la Primera Ley de Competencia en España*, ICE, enero-febrero 2014, núm. 876, p. 58. En contra de esta tesis, por entender que las normas de defensa de la competencia solo se aplican a entidades que actúan como operadores económicos y que la actuación de las Administraciones públicas cuando actúan en el ejercicio de sus prerrogativas públicas no puede ser fiscalizada por las Autoridades de competencia aplicándoles el procedimiento sancionador de la LDC, sino que dicho control corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, véase, LI. CASES PALLARÉS, «Regulación y Competencia. Límites y conexiones», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, vol. 1, Madrid, Justel, 2010, pp. 440-462. También es partidario de esta postura el profesor F. MARCOS: «La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*, núm. 24/2007, CEU Ediciones, pp. 21 y 23 y, del mismo autor, «Restricciones públicas de la competencia», *Working Paper IE Law School*, AJ8-223, 6 de julio de 2015 Centro de Estudios Europeos/IE, p. 9.

más allá de lo previsto en el art. 2.2 de la expresada ley, es decir, realizar propuestas motivadas al Gobierno para que modificase o suprimiese las restricciones de competencia amparadas por normas legales<sup>8</sup>, lo que no dejaba de ser una actuación de promoción de la competencia dirigida al Gobierno.

Es cierto que el primer acercamiento que en su momento realizó al problema el extinto TDC se refería a los Colegios Profesionales, que son una modalidad peculiar de Administración pública<sup>9</sup>. Los Colegios Profesionales tenían una doble naturaleza jurídica, pues, si bien, por una parte formaban parte de la Administración Corporativa del Estado, por otra parte, eran asociaciones de operadores económicos, lo que conducía al siguiente razonamiento: si los Colegios Profesionales actuaban conforme a su legislación específica, actuaban con amparo legal y se situaban al margen de las normas de la competencia, pero si superaban ese marco legal, se les podían aplicar tales normas<sup>10</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia recaída principalmente en recursos interpuestos contra resoluciones del TDC que sancionaban a Colegios Profesionales por infracciones de las normas de la competencia va posiblemente más allá de lo manifestado por la Autoridad de la competencia y extiende la aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones públicas en general, y no exclusivamente a los organismos pertenecientes a la Administración Corporativa del Estado. Puede afirmarse, por tanto, que el Tribunal Supremo (TS) fue, en ese sentido, más allá de lo pretendido por el TDC, que, en principio, había limitado la aplicación de las normas de la competencia a los Colegios Profesionales, cuando estos actuaban sin amparo legal, es decir, yendo más allá de lo que le permitía su propia legislación.

Así, la Sentencia del TS (STS) de 19 de junio de 2007 (núm. de Recurso 9449/2004) confirma la Resolución del TDC en el asunto *Arquitectos Vasco-Navarros*, admitiendo la plena sujeción de la actuación de las Administraciones públicas a la legislación de la competencia «aun en los casos en los que las propias AAPP o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo».

<sup>8</sup> La redacción de este precepto no podía considerarse muy afortunada, en la medida en la que lo que se podía proponer era la modificación de la norma que ampara la restricción de la competencia, no «las situaciones de restricción de competencia».

<sup>9</sup> Pertenecen, como es bien sabido, a la denominada Administración Corporativa del Estado, concepto decimonónico que sería deseable que fuera desapareciendo en una concepción moderna del Estado.

<sup>10</sup> L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 1997*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 1998, pp. 139-172. En el artículo se analiza la zigzagueante aplicación del contenido del precepto contenido en el art. 2 de la Ley de 1989, y las resoluciones en las que se enlazaba la aplicación de dicho precepto con la relativa a las actuaciones de las Administraciones públicas contrarias a las normas de la competencia. Véase también, S. BACHES OPI: «Las restricciones a la libre fijación de precios en el mercado de los servicios jurídicos. Estado de la cuestión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, julio/agosto 2013, núm. 34, Nueva Época, pp. 26-45.

Con mayor rotundidad se pronunció el TS en la sentencia que confirmó la Resolución del TDC en el expediente *Consejo General de la Abogacía*<sup>11</sup>, cuando resolvió que:

«Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional —ni a la Administración Pública en general— de su sometimiento a la legislación de la competencia» (la cursiva es nuestra).

La aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones públicas ha ido progresivamente ampliándose. En primer lugar, y no resulta cuestionado ni cuestionable, se amplía el concepto de operador económico. En principio, cualquier Administración o empresa pública, cuando actúa como oferente de bienes y servicios, actúa como operador económico y, en consecuencia, puede infringir las normas de la competencia y ser sancionada por ello<sup>12</sup>.

Más discutible resultaba tal aplicación cuando una Administración pública actuaba como demandante de tales bienes o servicios, hasta que la Sentencia del entonces Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (hoy Tribunal General) en el asunto *FENIN*<sup>13</sup> estableció ciertos límites a la aplicación de la normativa de la competencia de la Unión a este tipo de situaciones, al resolver que, aunque la compra de determinados bienes por la Administración pública es una actividad económica, ello no convierte a la Administración adquirente en un «operador económico» a los efectos de la normativa de la competencia cuando esos bienes se utilizan en una actividad que carece de carácter económico:

«Los entes gestores del SNS (Servicio Nacional de Salud) no actúan como empresas cuando compran el material sanitario que venden las empresas de FENIN para prestar servicios sanitarios gratuitos a los afiliados al SNS [...]. El SNS se rige por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal, por lo que los entes gestores del SNS *no actúan como empresas en su actividad de gestión del sistema de salud*» (la cursiva es nuestra).

Por tanto, el TPI acepta, *a contrario sensu*, que cuando un organismo público actúa como comprador de bienes o servicios para actividades que tienen una naturaleza económica, no cabe duda de que se le pueden aplicar las normas de la competencia.

<sup>11</sup> STS de 4 de noviembre de 2008, núm. de Recurso 5837/2005.

<sup>12</sup> El hecho de que, como se ha indicado, buena parte de las resoluciones del TDC se refirieran a las actuaciones de Colegios Profesionales llevó a una generalización discutible: cuando una Administración actuaba sin el amparo legal previsto en el art. 2 de la Ley 16/1989, actuaba como operador económico. Sin embargo, en la citada Resolución del TDC de 20 de marzo de 1998 (*Cruz Roja de Fuengirola*) se resolvió que el Ayuntamiento de Fuengirola, al acordar con la Cruz Roja determinados acuerdos que podrían ser restrictivos de la competencia, actuó como regulador y no infringió el art. 1 de la Ley 16/1989. Como se expondrá, la Autoridad de la competencia cambia posteriormente de criterio cuando sostiene que las Administraciones públicas, al acordar restricciones de la competencia con operadores económicos, podían quedar incursas en la prohibición de acuerdos colusorios.

<sup>13</sup> Sentencia *FENIN* del TPI de 4 de marzo de 2003, asunto T-319/99.

Aunque en un plano estrictamente conceptual la diferencia entre una actuación como operador económico y una actuación en el ejercicio de facultades públicas (como regulador) es fácil de aprehender, en la práctica, tal distinción puede no resultar tan diáfana<sup>14</sup>, como revela la postura de la extinta CNC en relación con un convenio suscrito entre el SESCAM (Servicio de Salud de Castilla-La Mancha) y el Consejo de Colegios Oficiales de Castilla-La Mancha por el que los Colegios que se adhiriesen al acuerdo establecían turnos rotatorios entre las farmacias para el suministro directo a los centros socio-sanitarios públicos y privados de Castilla-La Mancha<sup>15</sup> de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud. Esto significaba que las farmacias se repartían por turnos el derecho a dispensar medicamentos con receta médica a aquellos pacientes residentes en estos centros que por su condición no podían acudir a la farmacia de su elección y a los que el centro gestionaba directamente con las farmacias la obtención de los medicamentos. El convenio establecía también la obligación por parte de las oficinas de farmacia de bonificar al SESCAM con un 6 por 100 del precio de facturación de estos medicamentos cuando dispensasen recetas de pacientes residentes en centros con más de cincuenta internos.

La Resolución de la CNC<sup>16</sup> supuso un desarrollo relevante, a la vez que controvertido, en el tratamiento de las restricciones a la competencia causadas por las Administraciones públicas, por cuanto que la postura de la Autoridad de competencia hasta la fecha era precisamente la contraria a la adoptada en la Resolución<sup>17</sup>. De hecho, en un primer momento, la entonces Dirección de Investigación de la CNC (DI, ahora la Dirección de Competencia) propuso el sobreseimiento del procedimiento sancionador incoado a la SESCAM y al Consejo de Colegios por entender que el SESCAM había actuado en el ejercicio de sus prerrogativas públicas relativas a las prestación del Servicio Nacional de Salud y no como operador económico, es

<sup>14</sup> Así lo reconocía expresamente el TS en su Sentencia de 18 de julio de 2016, Recurso núm. 2946/2013, Ponente: Eduardo Calvo Rojas, FD 4.º, tercer párrafo, a la que nos referiremos más adelante en este apartado 2.

<sup>15</sup> Se trata de centros donde residen ancianos, personas con discapacidad, enfermos mentales u otras personas que por su condición así lo requieran.

<sup>16</sup> Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, Exp. S/0639/08 *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*.

<sup>17</sup> En el voto particular discrepante a la Resolución, la vocal M.ª Jesús González López, destaca precisamente la ausencia de precedentes en este sentido y que la Resolución se apartaba de la solución aplicada por los precedentes para este tipo de acuerdos, citando en apoyo de este argumento la Resolución del TDC de 18 de junio de 2011, Exp. R 434 *Farmacias Madrid*, en el que el TDC confirmó la decisión del entonces Servicio de Defensa de la Competencia de sobreseer un expediente sancionador contra el Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Madrid (SRBS) y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM) por la firma de un acuerdo, similar al valorado en la Resolución *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*, en el mercado de suministro de medicamentos y productos sanitarios a las residencias socio-sanitarias públicas del SRBS, argumentando que el SBRS no actuaba como operador económico, sino como regulador de la prestación sanitaria al amparo de la vigente Ley del Medicamento. En la Resolución *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha* la mayoría del Consejo de la CNC no rehúye la existencia de este precedente, pero afirma que considera errónea la interpretación que de la derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (con el mismo alcance normativo que la Ley 29/2006) hizo el TDC para llegar a la conclusión de que la conducta del SRBS tenía cobertura legal (FD 5.º, pp. 18-19 de la Resolución).

decir, que actuaba como regulador de la prestación de este servicio a través de las oficinas de farmacia.

Sin embargo, tras las alegaciones de la denunciante y las informaciones aportadas por el SESCAM la DI corrigió su valoración inicial del convenio e incoó un expediente sancionador, por entender que al «organizar las compras de medicamentos a los vendedores (oficinas de farmacias), afectando a la competencia entre ellos en la medida en que establece un reparto de mercado» y, adicionalmente, al procurarse una bonificación del 6 por 100 sobre el precio de facturación en los términos que hemos descrito *supra*, que representaba el beneficio que obtiene el SESCAM, este organismo había actuado en realidad como un operador económico.

El Consejo de la CNC adoptó la postura de la DI, si bien, al parecer, sin prestar atención a la bonificación del 6 por 100 como indicio de actividad económica<sup>18</sup>, aunque partiendo de la premisa de que el SESCAM había actuado como un operador económico<sup>19</sup>. En primer lugar, la CNC sostiene que no cuestiona el derecho del SESCAM a escoger la modalidad de gestión del servicio público de prestación farmacéutica (gestión directa o indirecta a través de las oficinas de farmacia), pero que, una vez, el SESCAM escoge la vía de la gestión indirecta del servicio, se convierte en «cliente» de las oficinas de farmacia y plenamente sometido en tanto que operador económico a las normas de la competencia de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente art. 2.1 de la Ley 16/1989 (y 4.2 de la LDC cuando se dicta la Resolución), que dispone que la prohibición de prácticas colusorias se aplica incluso a las restricciones de la competencia que se derivan «del ejercicio de otras potestades administrativas» o que «sean causadas por la actuación de los poderes públicos» sin amparo legal<sup>20</sup>.

Aunque el SESCAM se convierte en «cliente» de las oficinas de farmacia, la CNC matiza que el convenio analizado no regula la actividad de compra (conducta individual) de productos farmacéuticos que se usan para la prestación de un servicio público que no tiene carácter económico, por estar regido por el principio de solidaridad (el TDC se remite implícitamente por tanto al asunto *FENIN*), sino cómo y qué oficinas de farmacia van a vender a las residencias socio-sanitarias los productos farmacéuticos recetados a los pacientes en ellos ingresados.

Tras este razonamiento, la CNC recuerda de nuevo que el SESCAM se sitúa fuera de sus potestades públicas y, por ello, dentro del ámbito de aplicación de las normas de la competencia «cuando, acuerda, consiente o ampara una conducta claramente anticompetitiva de reparto de mercado»<sup>21</sup>, para finalmente analizar si dicha conducta está ampara por Ley *ex art.* 2.1

<sup>18</sup> Sin perjuicio de que la CNC resolviese en su Resolución que esta bonificación no constituía una restricción a la competencia como sostenía la DI en su Propuesta de Resolución.

<sup>19</sup> Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, Exp. S/0639/08 *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*, FD 1.º, p. 10.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 8-10.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 9-10.

de la entonces vigente Ley 16/1989, a lo que la CNC responde negativamente tras analizar la normativa sectorial.

Según la CNC, el reparto de mercado que conlleva el sistema de turnos rotatorios no cumplía con la finalidad de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, por cuanto que ninguno de sus preceptos (en especial el art. 84) ampara expresamente el establecimiento de un sistema rotatorio como el acordado. Si bien esta Ley permite en dicho art. 84 a la Administración sanitaria ordenar la planificación de las farmacias y le permite el establecimiento de barreras de entrada al mercado de suministro de medicamentos a la población en general a través de oficinas de farmacias, en modo alguno faculta a ninguna autoridad sanitaria a concluir convenios con la representación corporativa de las farmacias incumbentes que conduzcan a un reparto entre dichas farmacias del mercado en la venta de productos farmacéuticos a centros socio-sanitarios<sup>22</sup>. Este sistema, insiste la CNC, restringe la competencia porque produce un reparto de mercado, lo que a su vez, implica limitar la capacidad de los centros de negociar bonificaciones con las farmacias en función del volumen de facturación y evita que determinadas oficinas de farmacia se conviertan en suministradores de centros socio-sanitarios que no se encuentran en su localidad<sup>23</sup>.

La Resolución contó con un voto particular discrepante de la Consejera M.<sup>a</sup> Jesús González López, en el que, contrariamente a la mayoría del Consejo, argumentaba que el SECAM no había actuado como un operador económico, sino en el marco de sus potestades regulatorias y sin que fuera necesario una habilitación legal concreta y explícita para el establecimiento de turnos en las farmacias; es decir, que había actuado como parte del Sistema Nacional de Salud por lo que no resultaba de aplicación la LDC<sup>24</sup>. Para la vocal discrepante, la vía para cuestionar la compatibilidad con la normativa de la competencia de la actuación del SESCAM se debe circunscribir a la legitimación activa que le confería a la CNC el art. 12.3 de la LDC para acudir a la vía contencioso administrativa (actual art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, LCCNMC).

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 14. La Resolución declara responsables de la infracción al Consejo de Colegios Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y al SECAM, pero no les impone ninguna sanción, esencialmente por la confianza legítima que en ellos podría haber generado la Resolución del TDC de 18 de junio de 2001, Exp. R 343/00 Farmacias Madrid (*cit. supra*) acerca de la licitud de su conducta.

<sup>24</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado en nuestra doctrina, J. GUILLÉN CARAMÉS, «Alcance de las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por las Administraciones Públicas. ¿Qué medidas de reacción tiene el derecho de la competencia frente a las mismas? (A propósito de la resolución Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha», *Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados. Regulación y competencia*, Barcelona, Autoritat Catalana de la Competència, 2013, pp. 173-181. Según este autor, el SESCAM actuó en el marco de sus competencias, ya que el «Convenio» es el instrumento jurídico en el que se plasma el ejercicio de una potestad pública como es la de la prestación de un servicio público por el SESCAM, y que, de hecho, a través del Convenio se delegan determinadas funciones públicas de organización y gestión del servicio público sanitario en el Consejo de Farmacéuticos, lo que debería quedar al margen de la LDC (p. 179).

Recurrida la decisión, la Audiencia Nacional (AN) confirmó la Resolución de la CNC<sup>25</sup>, aplicando un razonamiento que se puede decir basado en un «criterio de necesidad» del sistema de reparto de turnos. Según la AN, para determinar si la conducta del SESCAM fue ejercida al amparo de sus prerrogativas públicas es preciso preguntarse si el sistema de turnos rotatorios previsto en el convenio es «estrictamente necesario» para el fin público de garantizar la debida asistencia farmacéutica en los centros socio-asistenciales de Castilla-La Mancha; concluyendo la AN que no existen elementos fácticos de los que se derive dicha necesidad, y afirmando que a este supuesto se le aplica plenamente el art. 4.2 de la LDC<sup>26</sup>.

La Sentencia de la AN fue recurrida en casación y confirmada por el TS<sup>27</sup>. El TS analiza en primer lugar si la conducta del Colegio de Farmacéuticos y del SECAM es restrictiva de la competencia y, en segundo lugar, si goza de amparo legal *ex art.* 4.1 de la LDC. A la primera de estas cuestiones, el TS responde afirmativamente, alineándose plenamente con la CNC, mientras que con respecto a si dicha conducta restrictiva de la competencia se beneficiaba de la excepción *ex lege* del art. 4.1, el TS, recordando su Sentencia de 27 de octubre de 2005 (Recurso núm. 8093/2002), resuelve que el hecho de que tanto el Colegio de Farmacéuticos como el SECAM hayan actuado en el ejercicio de sus respectivas competencias, no significa que automáticamente el convenio suscrito entre ellos sea conforme con el Derecho de la competencia, puesto que el art. 4.1 de la LDC debe ser interpretado en el sentido de que excluye del ámbito de la antijuricidad de la LDC solamente a aquellas conductas contrarias al art. 1 de la LDC que están específicamente contempladas en una Ley<sup>28</sup>, lo que no era el caso en este asunto.

El TS concluye que es el apartado 2 del art. 4 de la LDC el que aplica al convenio analizado, recordando que en el Derecho de la competencia opera «un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico o económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado», y que, con independencia de si la conducta infractora se ha realizado en el ejercicio de una competencia legalmente atribuida, lo relevante es si esa conducta ha sido específicamente autorizada por una Ley<sup>29</sup>.

Este razonamiento es interesante porque lo que da a entender el TS es que lo relevante para resolver este asunto no es si el SECAM actúa o no como operador económico, sino si su conducta, que se juzga restrictiva de

<sup>25</sup> SAN de 6 de junio de 2012, Recurso núm. 283/2009.

<sup>26</sup> *Ibid.*, FD 3.º.

<sup>27</sup> STS de 9 de marzo de 2015, Recurso núm. 294/2013, Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

<sup>28</sup> *Ibid.*, FFDD 2.º y 3.º El razonamiento del TS en esta sentencia se entiende plenamente cuando se lee la STS de 27 de octubre de 2005 a la que se remite cuando interpreta el art. 4.1 de la LDC (2.1 de la Ley 16/1989), ya que en esta última su razonamiento está explicado con una mayor profusión y claridad.

<sup>29</sup> STS de 9 de marzo de 2015, Recurso núm. 294/2013, FD 3.º

la competencia, está específicamente amparada por una Ley y este *ratio decidendi* permite vislumbrar la que sería la próxima evolución en el ámbito de las restricciones causadas, amparadas o consentidas por las Administraciones públicas.

Esta evolución se observa precisamente cuando la Autoridad de competencia empieza a aplicar las normas de la competencia a una entidad pública que, aunque actúa como órgano regulador (es decir, no como operador económico), suscribe, o simplemente facilita o ampara, acuerdos con uno o varios operadores económicos que restringen la competencia, y sin que dicha conducta esté contemplada en una Ley.

Esta fue la solución adoptada por la CNC en su Resolución de 6 de octubre de 2011 en el expediente *Productores de uva y vino de Jerez*<sup>30</sup>, en la que sostuvo que una Administración pública, aunque no actúe en el mercado como operador económico, infringe las normas de la competencia cuando, actuando sin amparo legal, facilita acuerdos anticompetitivos entre operadores económicos. En el caso analizado por la CNC, se declaró la responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en la formación de un cártel entre productores de uvas y mosto para la elaboración de vino de Jerez y organizaciones de agricultores, consistente en la fijación de los precios mínimos de la uva y del mosto de Jerez entre 2002 y 2007.

Para justificar esta condena, sin precedentes en la aplicación de la LDC hasta esa fecha, el Consejo de la CNMC recurre básicamente a dos argumentos: uno de tipo teleológico y otro de orden sistemático.

Por un lado, la CNC sostiene que la conducta de la Consejería contribuye a reforzar los efectos restrictivos del cártel y que de existir un amparo legal la conducta de la Consejería la Autoridad de competencia no podría ejercer la capacidad de represión que le otorga la LDC, por lo que cabe aplicar la LDC a las conductas de las Administraciones públicas que restrinjan la competencia, aunque estas no actúen como un operador económico en el mercado:

«La participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador (impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico

<sup>30</sup> Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09. Para un extenso comentario a esta Resolución y de la sentencia de la AN que la anula, véase J. COSTAS COMESAÑA y J. HORTALÀ I VALLVÉ, «La Tipificación de la Actividad de la Administración como facilitadora de Cártels», *Anuario de la Competencia 2013*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2014, pp. 13-31. El artículo fue escrito antes del pronunciamiento del TS. Véase también, un comentario crítico a la postura adoptada por la CNC en el artículo de F. MARCOS, «La intervención de la Junta de Andalucía en el cártel de las uvas y del mosto de Jerez (RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09)», *Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados. Regulación y competencia*, Barcelona, Autoritat Catalana de la Competència, 2013, pp. 65-92. También del mismo autor, «Restricciones públicas de la competencia», *Working Paper IE Law School*, AJ8-223, 6 de julio de 2015, Centro de Estudios Europeos/IE, donde afirma que, a su juicio, el art. 4.2 de la LDC se aplica únicamente a los operadores privados que a raíz de una norma reglamentaria o una actuación administrativa incurran en una práctica anticompetitiva (p. 9).

y sin amparo legal *ex art. 4 LDC*, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa»<sup>31</sup>.

El argumento sistemático se vincula: (i) a la redacción del art. 1 de la LDC, ya que, resalta la CNC, no se menciona expresamente a las «empresas» como únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias; (ii) al art. 4 de la LDC (conductas exentas por Ley), por cuanto que tampoco la LDC excluye de su aplicación a las realizadas por personas físicas o jurídicas que no tengan la consideración de operador económico<sup>32</sup> y (iii) al hecho de que el art. 61.1 de la LDC a la hora de definir los sujetos infractores alude con carácter genérico a las «personas físicas o jurídicas»<sup>33</sup>.

En segunda instancia, la AN anuló la Resolución<sup>34</sup> al sostener que solo las conductas de los sujetos que actúan como operadores económicos están incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la LDC y, en esta línea, el hecho de que el órgano administrativo se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa no permite considerarle sujeto infractor por el mero hecho de que dichas conductas no estén amparadas por una Ley en el sentido del art. 4.1 de la LDC<sup>35</sup>.

En definitiva, la AN resuelve que se ha de calificar la actuación de la Administración pública en función de si interviene como operador económico o no, pues en el segundo caso las normas de la competencia no le son aplicables y carece entonces de sentido analizar si su conducta tiene o no cobertura legal, pues el art. 4.1 únicamente se aplica a las conductas realizadas por operadores económicos. La AN se remite, en el Fundamento de Derecho Tercero y entre otras, a la Sentencia del TJUE en el asunto *Compass-Datenbank*<sup>36</sup> en el que el TJUE sostiene, citando sentencias anteriores, que: «(36) No tienen en cambio carácter económico, que justifique la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado TFUE (RCL 2009, 2300), las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público».

Y en el presente caso, la AN constata que la CNC no cuestiona que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía actuara en el ejercicio de sus potestades públicas y por ello resuelve que la CNC incurrió en un error de derecho al declarar la responsabilidad de esta administración como facilitadora de un cártel, en lugar de ejercer, en su caso, su legitima-

<sup>31</sup> Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09, FD 12.º, pp. 85-86.

<sup>32</sup> *Ibid.*, FD 12.º, p. 87.

<sup>33</sup> *Ibid.* FD 11.º, p. 74.

<sup>34</sup> SAN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2013, Recurso núm. 626/2011, Ponente: Lucía Acín Aguado. La AN se alinea por tanto con el voto particular discrepante a la Resolución de la CNC formulado por la consejera M.ª Jesús González López.

<sup>35</sup> SAN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.ª) de 16 de julio de 2013, Recurso núm. 626/2011, FD 3.º

<sup>36</sup> Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, Asunto C-138/11.

ción activa para impugnar la actuación de esta Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa al amparo del entonces vigente art. 12.3 de la LDC (actualmente el art. 5.4 de la LCCNMC):

«No procede analizar por tanto si existe o no amparo legal de la actividad realizada en el supuesto que el órgano administrativo se haya excedido en el ejercicio de sus competencias ya que no ha actuado en ningún caso como operador en el mercado. La existencia de amparo o no legal de la actividad realizada en ejercicio de esa actividad se examina una vez que se ha declarado la existencia de una conducta prohibida por la Ley para lo que se requiere que objetivamente se haya realizado una conducta contraria a la competencia y exige examinar la calidad con la que ha participado el sujeto en la conducta colusoria»<sup>37</sup> (la cursiva es nuestra).

La AN también rechaza el argumento sistemático al que recurrió la CNC para justificar la condena de la Consejería, con una doble argumentación: (i) el art. 63 de la LDC concreta las personas que pueden cometer infracciones de la LDC y las circunscribe a «los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones», es decir, no incluye a las Administraciones públicas que no actúan como operadores económicos y (ii) en el presente caso se infringía también el art. 101 del TFUE y, por tanto, se debe tener en cuenta el concepto de empresa comunitario que, a pesar de la distinta terminología que utiliza la normativa de la Unión Europea y la española para definir el ámbito subjetivo de las normas de la competencia, en ambos cuerpos normativos se coincide en el hecho de que la conducta debe ser realizada por un agente económico, que puede ser la Administración pública siempre que actúe bajo esa condición<sup>38</sup>.

Finalmente, la AN rechaza la pretensión de la CNC de aplicar la figura del cooperador necesario o de facilitador a la Consejería sobre la base de la sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2008, Asunto T-99/04 *Treuhand*, resolviendo que en dicho asunto el facilitador era una empresa y operador en el mercado y, dado que la Consejería no actuó como un operador económico, no procede aplicarle esa figura<sup>39</sup>.

Poco después de pronunciarse la sentencia de la AN, y antes de que el TS se pronunciase sobre el recurso de casación presentado por la Abogacía del Estado, la CNC declaró de nuevo en el Exp. S/314/10 *Puerto de Valencia*<sup>40</sup> la vulneración de la normativa de la competencia por una Administración pública que no intervenía como operador económico en el mercado. En su Resolución, la CNC declaró la infracción del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE por la Administración Portuaria de Valencia, que actuó como operador económico<sup>41</sup> y, por la Consejería de Infraestruc-

<sup>37</sup> SAN de 16 de julio de 2013, Recurso núm. 626/2011, FD 3.º

<sup>38</sup> *Ibid.*, FD 3.º

<sup>39</sup> *Ibid.*, FD 3.º *in fine*.

<sup>40</sup> Resolución de la CNC, de 26 de septiembre de 2013, Exp. S/314/10 *Puerto de Valencia*.

<sup>41</sup> *Ibid.*, FD 8.º, punto 10: «En estas actuaciones la APV no estaba actuando en su calidad de administración pública, sino como un agente de los mercados que confluyen en la actividad portuaria, porque no olvidemos que si bien la APV puede en ciertos aspectos considerarse una autoridad admi-

turas y Transporte de la Comunidad Valenciana, que no había intervenido en la práctica anticompetitiva como operador económico, remitiéndose a su razonamiento en la Resolución de 6 de octubre de 2011 en el asunto *Productores de Uva y Vinos de Jerez*. Al igual que en este precedente, la CNC condenó a la Consejería de Infraestructuras por haber facilitado un cártel:

«En definitiva, es responsable de la conducta aquel sujeto que participa en ella de forma activa, consciente y voluntaria, para procurar un resultado común a todos los demás partícipes. Resulta además coherente con la doctrina del facilitador el que el responsable de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC no sea necesariamente un operador económico, lo que conduce a contrastar, de nuevo, lo señalado en la SAN de 16 de julio de 2013»<sup>42</sup>.

Se observa también en esta nueva Resolución, al igual que en la Resolución sobre los *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, que la CNC decide no imponer sanción alguna a la Autoridad pública infractora, si bien la argumentación que encontramos entre una y en otra para motivar esta postura es diferente.

En el primer caso, la CNC alude a un argumento de confianza legítima, es decir, a la novedad, que se reconoce como una modificación de su postura precedente, que supone declarar la responsabilidad de una Administración que no actúa como un operador económico<sup>43</sup>; mientras que en la Resolución en el asunto *Puerto de Valencia* la CNC adopta un criterio más de oportunidad, y, aun afirmando que la amplitud de los términos en los que está redactado el art. 61 de la LDC podría justificar la aplicación del régimen sancionador previsto en el art. 63 de la LDC, reconoce que duda de que la imposición de una multa a una Administración pública constituya el «cauce más efectivo para disuadir al sujeto de incurrir de nuevo en prácticas prohibidas» cuando la actuación de dicho sujeto viene presidida por la satisfacción del interés general (art. 103 de la CE) y, además, la imposición de una multa a una Administración (financiada por vía impositiva general) afectaría al erario, es decir, que a la postre tendría un impacto sobre el conjunto de los ciudadanos<sup>44</sup>.

Mientras tanto, la SAN de 16 de julio de 2013 en el asunto *Productores de Uvas y Vinos de Jerez* fue recurrida en casación por la Abogacía del Estado y el TS estimó su recurso, anulando íntegramente la SAN<sup>45</sup>, y ratificando así la imputabilidad y responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en los términos de la Resolución

nistrativa [...], es también un operador económico que como gestor compite con otros puertos para la atracción de los fletes y en la prestación de los distintos servicios portuarios».

<sup>42</sup> *Ibid.*, FD 9.º, punto (ii).

<sup>43</sup> Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, FD 12.º *in fine*.

<sup>44</sup> Resolución de la CNC, de 26 de septiembre de 2013, Exp. S/314/10, *Puerto de Valencia*, FD 9.º, punto (iii).

<sup>45</sup> STS de 18 de julio de 2016, Recurso núm. 2946/2013, Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

de la CNC. EL TS fundamenta su postura y fallo en los argumentos que resumimos a continuación<sup>46</sup>:

- i) Una interpretación conciliadora de los arts. 1 y 63 de la LDC, consistente en destacar que la redacción del art. 1 de la LDC, al no referirse a las empresas como sujetos pasivos de la prohibición, es aplicable a las Administraciones públicas que en el ejercicio de sus prerrogativas, pero sin amparo legal, participan o facilitan prácticas anticompetitivas; mientras que la referencia del art. 63.1, relativo a la imposición de sanciones a los infractores de la LDC, a los «agentes económicos», se debe a que dichas sanciones se cuantifican como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa infractora, criterio que no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una Administración pública, y sin que la existencia del art. 63 excluya que una Administración pública pueda incurrir en una infracción de la LDC, bien actuando como operador económico, bien en el ejercicio de sus potestades públicas.
- ii) Una interpretación de los pronunciamientos de los tribunales de la Unión Europea en el sentido de que la aplicación de la normativa de competencia de la Unión no depende de la naturaleza privada o jurídico-pública de la entidad o institución imputada, ni de las características externas de su actuación o de la forma que esta adopte, sino que lo relevante es la capacidad de dicha conducta para restringir la competencia.
- iii) Una desconfianza en el criterio de distinción basado en la actividad económica o no de la entidad cuya conducta se analiza para determinar la sujeción de tal entidad a la LDC, pues se trata de un parámetro que en la práctica no siempre resulta sencillo de aplicar.
- iv) Una interpretación del art. 4.2 de la LDC en el sentido de que el ámbito subjetivo de la LDC incluye también a las Administraciones públicas, aunque actúen en el ejercicio de su *ius imperii* y no como operadores económicos, cuando su actuación carece de cobertura legal en el sentido del art. 4.1 de la LDC<sup>47</sup>. Según el TS, el tenor del art. 4.2 pone de manifiesto que en el Derecho de defensa de la competencia opera «un concepto amplio y funcional de empresa», de manera que no relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado restrictivo de la competencia.
- v) Y, finalmente, el TS recurre a un criterio de «efecto útil» de la labor represora de las conductas restrictivas de la competencia por parte de la CNMC, y reconoce que si bien hay supuestos en los que un acto administrativo formalmente adoptado o una disposición de carácter general (por ejemplo, un Reglamento) que

<sup>46</sup> *Ibid.*, FFDD 3.º y 4.º.

<sup>47</sup> Obviamente, ninguna duda alberga el TS acerca de la aplicación de la LDC a la Administración pública cuando actúa como operador económico.

restringan la competencia pueden ser impugnados por la CNMC o las autoridades autonómicas acudiendo a los arts. 5.4 de la LCCNMC (antiguo art. 12.3 de la LDC) o al art. 13.2 de la LDC, respectivamente, lo cierto también es que la capacidad de reacción de las autoridades de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria, «sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando». Sin duda, el TS tiene en cuenta en este razonamiento que la legitimación activa de las autoridades de competencia al amparo de la LCCNMC y de la LDC para recurrir a la vía contencioso-administrativa se limita a los actos adoptados formalmente por una Administración pública, y no a las meras actuaciones administrativas, como era el caso de la conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

En conclusión, el análisis de todos estos casos revela que existen dos posturas jurisprudenciales y doctrinales enfrentadas y que ambas se fundamentan en argumentos que encuentran soporte en el texto de la LDC: por un lado, la de aquellos que defienden que la LDC únicamente se aplica a las entidades e instituciones que actúan como operadores económicos, es decir, a conductas que tienen lugar en el mercado, y, por otro lado, la de los que defienden que esta es una postura que limita excesivamente el ámbito de aplicación de la LDC e interpretan su articulado en el sentido de que su ámbito subjetivo abarca también las actuaciones de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus prerrogativas administrativas que restringen la competencia y carecen de cobertura legal. Por el momento, el TS se ha decantado por esta segunda solución, lo que significa que las Administraciones no pueden ni deben obviar esta contingencia *antitrust* en sus actuaciones, y no ya solo por las posibles repercusiones que por la vía de una posible reclamación patrimonial por los perjudicados pudieran derivarse para el erario, sino también por el coste reputacional que implica una condena en este ámbito.

Dicho esto, es evidente que las dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación de una norma no son buenas desde el punto de vista de la seguridad jurídica que debe presidir su aplicación. Por ello, cabe plantearse si la solución más adecuada no sería introducir una disposición en la LDC que aclare este extremo en un sentido u otro, lo que ciertamente dotaría de una mayor seguridad jurídica a los posibles infractores que la solución pretoriana actualmente vigente.

### 3. LA ACTIVIDAD REGULADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS QUE RESTRINGE LA COMPETENCIA

Tradicionalmente han existido en nuestro ordenamiento limitaciones para impedir conductas anticompetitivas por las Administraciones públicas

en el ejercicio de su potestad regulatoria. El tratamiento de la cuestión se modificó sustancialmente al promulgarse la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 2007, que introdujo un novedoso precepto en el art. 12.3 de su texto, según el cual se concedía legitimación activa a la CNC para interponer recursos ante la jurisdicción competente contra los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo así como contra las disposiciones generales con rango inferior a ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Esta redacción se mantiene en el art. 5.4 de la LCCNMC<sup>48</sup>.

Pese al importante avance que supuso la introducción de este precepto, sus propios términos podían ser interpretados de forma confusa, y, precisamente por ello su utilización fue realizada con suma cautela por parte de la CNC, aunque, como se señaló con ocasión de los debates que ampliamente tuvieron lugar con ocasión de la publicación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (enero 2005) y posteriormente del proyecto que se convertiría en la Ley 15/2007, la gran virtualidad de este precepto consistía en resaltar que existía un mecanismo para revisar la actuación y normativa administrativa desde la óptica de la competencia, lo cual serviría de advertencia a los poderes públicos para que evitaran en su actuación amparar limitaciones a la libre competencia. Como observa el Prof. Francisco MARCOS: «La eficacia de este instrumento opera tanto con carácter preventivo como reactivo, pues puede argüirse con su uso tanto frente a la propuesta normativa como frente a la adopción de iniciativas infralegales anticompetitivas por los poderes públicos»<sup>49</sup>.

La CNC, y luego la CNMC, han hecho uso de su legitimación activa impugnatoria en varias ocasiones<sup>50</sup>. La sentencia del Tribunal Superior

<sup>48</sup> El art. 12.3 de la LDC fue derogado por la letra *e* de la disposición derogatoria de la LCCNMC, que prevé en su art. 5.4 la facultad de la CNMC para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Por su parte, el art. 13.2 de la LDC (vigente) concede esa misma facultad, respecto de los actos de las administraciones autonómicas y las locales, a las Autoridades autonómicas de la competencia. El órgano jurisdiccional competente es el que corresponda al órgano que ha realizado el acto o dictado la disposición ya que, a diferencia de lo que más adelante se señalará, no se produce ninguna alteración de la competencia, ni territorial ni objetiva, de la correspondiente jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>49</sup> F. MARCOS, «Restricciones públicas de la competencia», *Working Paper IE Law School*, AJ8-223, 6 de julio de 2015, Centro de Estudios Europeos/IE, p. 10.

<sup>50</sup> Aparte de los casos que se mencionan, la CNMC ha invocado el art. 5.4 en los siguientes casos: LA/01/2015, *Taxis Málaga* (requerimiento de modificación de las ordenanzas municipales de Málaga que establecen un *numerus clausus* al otorgamiento de licencias y otras limitaciones al ejercicio de la actividad del taxi); LA/03/2015, Turismo Canarias (requerimiento de modificación del Decreto de Canarias que restringe la competencia efectiva en el sector de los servicios de alojamiento —prohibición de oferta de viviendas de uso turístico en zonas turísticas—. El Gobierno de Canarias suspendió dicho Decreto); LA/02/2015, *Taxis Córdoba* (*id.* *Taxis Málaga*); LA/05/2014, Decreto de Alquiler Turístico de la Comunidad de Madrid (recurso contra la disposición de un Decreto de la Comunidad de Madrid que establece que las viviendas de uso turístico no pueden contratarse por un periodo inferior a cinco días —disposición anulada por Sentencia del TSJ de Madrid de 31 de mayo de 2016, Recurso núm. 65/2015—); LA/04/2014, Instrucciones de contratación (recurso contra una

de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2012 (Recurso núm. 418/2010) estimó el recurso interpuesto por la CNC contra el Plan de la Generalidad Valenciana de Modernización del Transporte de Viajeros por Carretera por conceder prórrogas que incumplían el correspondiente Reglamento de la Unión Europea y restringían la competencia<sup>51</sup>. Sin embargo la sentencia del TSJ de Galicia de 24 de mayo de 2012 (Recurso núm. 4348/2010) desestimó el recurso interpuesto por la CNC contra un Plan similar de la Xunta de Galicia, si bien el TS en su sentencia de 14 de mayo de 2016 (Recurso núm. 3718/2012) casó la sentencia del TSJ de Galicia y anuló el referido plan<sup>52</sup>.

En buena medida la existencia de este precepto está relacionada con los mecanismos y principios de la buena regulación (*better regulation*). En efecto, aun con toda su importancia, el principio de la libre competencia no constituye un principio absoluto y, por tanto, si entra en colisión con otros principios, resulta preciso analizar si las restricciones a la competencia son necesarias para preservar esos otros principios, o si resultan proporcionadas al fin que persiguen.

La CNMC ha considerado positivamente la potencialidad de este precepto para evitar restricciones de la competencia<sup>53</sup>, al tiempo que su mera existencia supone un reforzamiento de las consideraciones realizadas en los informes preceptivos que la CNMC ha de elaborar sobre cualquier proyecto normativo que pueda afectar a la competencia. Tras la entrada en vigor de la vigente LDC en 2007, la entonces CNC realizó una serie de estudios que contenían recomendaciones y guías para que la regulación resultara más beneficiosa para la competencia<sup>54</sup>. En estos documentos se incorporaban, como se ha indicado, los principios de una buena regulación (*better regulation*), es decir, aquellos tendentes a conseguir que la regulación solo limitara la competencia en aquellos casos que existieran razones imperiosas de interés general que respondieran a los principios de necesidad, proporcionalidad y ausencia de soluciones menos restrictivas de la competencia.

---

instrucción de la Generalidad de Cataluña que imponía como criterio de adjudicación de las licitaciones autonómicas el de la proximidad de las delegaciones o la estructura de gestión de las empresas participantes; la Generalidad suprimió dicha restricción antes de resolverse el recurso); LA/02/2010, Instaladores de redes eléctricas.

<sup>51</sup> El recurso de casación interpuesto contra esta sentencia fue desestimado por la STS de 14 de marzo de 2016 (Recurso núm. 3718/2012).

<sup>52</sup> Hay que tener en cuenta que los recursos interpuestos no se basaban en un concepto abstracto de restricción de la competencia, sino que se fundamentaban en un Reglamento de la UE que ampliaba la competencia en el mercado de transportes de viajeros por carretera, en la medida en la que prohibía determinadas prórrogas y limitaba los periodos de concesión en dicho mercado, abriendo el mercado a la competencia.

<sup>53</sup> El Plan Estratégico de la CNMC para 2016 establece como la Acción Estratégica 10 la potenciación de la legitimación activa de la Autoridad. Por su parte, el Plan de Actuación 2015 de la CNMC buscaba reforzar la legitimación activa vía un mayor conocimiento de la misma y la colaboración pública (Actuación 10.1 y Actuación 16.3). Disponibles en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion> [consultados por última vez el 30 de diciembre de 2016].

<sup>54</sup> En junio de 2008, publicó un documento titulado «Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia»; posteriormente, en enero de 2009, se elaboró una «Guía para la elaboración de memorias de competencia en los proyectos normativos».

En buena medida estos principios fueron incorporados a la legislación en la Ley de Economía Sostenible<sup>55</sup>, en cuyo art. 4 se reflejaban entre los principios que debían regular la buena regulación los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>56</sup>. Se va llenando, de esta manera, el contenido de la legitimación activa que corresponde a la Autoridad de la competencia, en el sentido de que la normativa debe responder a determinados principios, esencialmente de necesidad, proporcionalidad y ausencia de alternativa menos perniciosa para la competencia. Y la presencia de estos principios puede ser comprobada, o negada, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, tras una controvertida elaboración, la Unión Europea aprobó en el año 2006 la Directiva de Servicios en el Mercado interior<sup>57</sup>, a la que fue adaptada la legislación española mediante las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre (conocida coloquialmente como Ley Paraguas) y 25/2009, de 22 de diciembre (o Ley Ómnibus), estableciendo los principios a los que se debería someter la regulación del sector servicios para no contradecir los principios de la indicada Directiva, al tiempo que modificaba un buen número de normas anteriores para evitar esa contradicción.

La Directiva, si bien tiene como objeto facilitar la constitución del mercado interior, facilitando la prestación de servicios por empresas de los diferentes países de la UE, sin que sean admisibles discriminaciones por razón del origen de las empresas de servicios, al mismo tiempo incorpora principios de la ya mencionada *better regulation*, esto es, que la regulación en materia de servicios debe facilitar el ejercicio de la actividad empresarial, y, en cualquier caso, las restricciones que se puedan establecer a dicha actividad, o, si se quiere, las restricciones a la libre competencia, tienen que basarse en razones imperiosas de interés general, que deben superar el triple test de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión de la competencia. En realidad el objetivo estaba necesariamente unido a aquello que constituía la finalidad de la Directiva, es decir, facilitar el mercado interior en el sector de servicios y, en buena medida, si se incorporaron tales principios a la Directiva debe interpretarse en el sentido de impedir que mediante una regulación ineficiente y restrictiva de la competencia se dificultara el mercado interior en este ámbito. En buena medida debe tenerse en cuenta que la libre competencia va unida indefectiblemente al mercado interior.

A este marco jurídico, que ponía el acento en promover (y revisar en su caso por vía jurisdiccional) las normas y actuaciones administrativas restrictivas de la competencia, se unía un cierto debate político en el sentido de considerar, para algunos sectores, que el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas había producido una fragmentación del mercado español. En ese escenario tiene lugar la aprobación, no exenta

<sup>55</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

<sup>56</sup> Este artículo ha sido derogado el 1 de octubre de 2016 por la DD 1.ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>57</sup> Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

de polémicas, de una norma tendente a garantizar la unidad del mercado: la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)<sup>58</sup>. Y ello, como se expondrá, no podía llevarse a cabo si no se respetaban los principios de la buena regulación.

#### 4. LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (LGUM)

La LGUM, desde el principio de su Exposición de Motivos, pone el acento en varios principios:

- La fragmentación del mercado dificulta la competencia efectiva.
- Se debe garantizar la unidad de mercado «para crear un entorno mucho más favorable a la competencia y a la inversión».
- La Ley se inspira en la Directiva de Servicios, aplicando sus principios a sectores excluidos de la aplicación de esta.
- Igualmente, la Ley está inspirada en los criterios de la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea «en particular en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación».

Con independencia de los efectos de la LGUM en cuanto a la aplicación del principio de eficacia nacional, que no es el que ha sido necesario aplicar en el mayor número de ocasiones, y que, por otra parte, queda al margen del contenido del presente artículo, la mayor aportación de la norma consiste en haber incardinado los principios de necesidad y proporcionalidad en el concepto de unidad de mercado, en buena medida, como se indica en la propia Exposición de Motivos, aplicando los criterios de la jurisprudencia de la Unión Europea que consideran que la aplicación de esos principios resultan esenciales para la construcción del mercado interior, como bien se puso de manifiesto en la Directiva de Servicios.

Debe, en consecuencia, quedar bien claro desde el principio que, frente a los infundados temores expresados por algunos, la principal aportación de la LGUM no es recortar las competencias autonómicas, sino hacer efectivos esos principios que facilitan el ejercicio de la actividad empresarial<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, especialmente por parte de los grupos nacionalistas, se expusieron manifestaciones en el sentido de que el proyecto de ley se enmarcaba en un pretendido proceso de recentralización de competencias económicas. Se debe tener en cuenta que está pendiente la resolución por parte del Tribunal Constitucional de los recursos interpuestos a instancias del Parlamento y el Gobierno de Cataluña, y el Gobierno de Andalucía. Curiosamente, como se ha puesto de manifiesto la aplicación de la LGUM, no se ha centrado en aquello que se presumía como conflictivo (por ejemplo, el principio de eficacia nacional) sino sobre los principios de necesidad, proporcionalidad y simplificación de cargas, es decir, sobre extremos no necesariamente relacionados con las competencias autonómicas (J. HORTALÀ I VALLVÉ, en el prólogo a *Guía útil sobre la Ley de Unidad de Mercado: mecanismo de protección de los operadores económicos*, de M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, A. ESTOA PÉREZ, G. FERNÁNDEZ ARRANZ y P. SOLER, Madrid, Francis Lefebvre. El Derecho, 2015).

<sup>59</sup> Según se ha puesto de manifiesto (M. ÁLVAREZ *et al.*, *loc. cit.* Apartado 15) en el informe del Banco Mundial «Doing Business» España ocupaba en el año 2013 el puesto 142 de 189 Estados

Y es en ese escenario en el que se puede adelantar la conclusión de que la LGUM constituye un paso respecto de los mecanismos previstos en la legislación vigente, especialmente respecto del reconocimiento de la legitimación activa de la CNMC o de la legislación de adaptación de la Directiva de Servicios.

#### A. LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y MÍNIMA DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA

Como se ha señalado, estos principios<sup>60</sup> estaban incorporados a la legislación española con anterioridad a la promulgación de la LGUM, fundamentalmente a raíz de la adaptación de la Directiva de Servicios<sup>61</sup>, mediante una serie de precedentes del precepto contenido en el art. 5.2 de la LGUM, cuando formula el principio de proporcionalidad en el sentido de exigir que cualquier limitación al ejercicio de la actividad económica, basado en cualquier caso en una razón imperiosa de interés general, «deberá ser proporcionada a la razón de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

Ahora bien, si estos principios ya estaban vigentes en la legislación nacional, en cualquier caso, la aportación de mayor trascendencia de la LGUM, además de extenderlos a sectores de actividad más allá del sector

---

analizados, mientras que un año después ascendió hasta el puesto 74. Según el expresado Informe, la mejora se debió, entre otras causas, a la LGUM, conclusión tal vez exagerada porque la eficacia de una norma es imposible detectarla en tan breve periodo de tiempo, pero no es obstáculo para indicar, una vez más, que la LGUM significa un avance sobre los mecanismos anteriormente vigentes (LDC, legislación de adaptación de la Directiva de Servicios o la Ley de Economía sostenible) profundizando en los principios que ya estaban en esas normas.

<sup>60</sup> Se ha señalado que en realidad los principios de necesidad y proporcionalidad son el mismo principio. Lo mismo podría decirse del principio de mínima distorsión de la competencia, pues en realidad más que principios diferentes responden a una idea central, esto es, que las restricciones al libre ejercicio de la actividad económica (libertad de empresa) solo pueden ser admisibles cuando son necesarias para la consecución de un interés de imperiosa necesidad, resultan proporcionadas a ese fin y no existe una alternativa menos gravosa. En realidad, como señaló la CNC, se trata de fases de un proceso que debe realizarse para determinar si un acto o disposición administrativa responde a los principios de la buena regulación: el primer paso consiste en analizar si la limitación resulta necesaria, el segundo si es proporcionada al fin que persigue y, finalmente, si no existe una alternativa menos restrictiva. Solo en el supuesto de que la disposición supere esos tres análisis, se considerara una «buena regulación» (J. J. PERNAS GARCÍA, «El principio de necesidad y de proporcionalidad en la Ley de Garantía de Unidad del Mercado», en M.ª J. ALFONSO MAS (dir.), *El nuevo marco de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de garantía de unidad de mercado*, Madrid, La Ley, 2004, p. 425).

<sup>61</sup> El principio de proporcionalidad tenía su formulación, a la hora de admitir, aun como excepcional, el requisito de la autorización para el ejercicio de una actividad económica [art. 5.c) LGUM] al considerar que la autorización únicamente podrá establecerse cuando constituya «el medio más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, porque no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado». Por su parte, la Ley Ómnibus había introducido un art. 39 bis en la entonces vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, que establecía que las Administraciones Públicas que exijan requisitos para el ejercicio de una actividad «deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen».

de servicios, consiste en haber arbitrado unos mecanismos para garantizar su efectiva aplicación.

Por otra parte, una aportación igualmente reseñable de la LGUM se encuentra, y ello en línea con la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, en incardinar los principios de necesidad y proporcionalidad con el de unidad de mercado. Desde el primero de sus preceptos (art. 1.1) la LGUM determina que su objeto consiste en «establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional», y en el Capítulo II<sup>62</sup>, incluye entre los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación los de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (art. 5), en el sentido de que los límites a una actividad económica o su ejercicio deben ser necesarios para salvaguardar una razón imperiosa de interés general, y que cualquier límite basado en una razón imperiosa de interés general «deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para el ejercicio de la actividad económica» (art. 5.2).

La restricción a la competencia está incluida en el concepto de restricciones a la actividad económica, en la medida en que normalmente los límites al ejercicio de esta comportan una restricción a la libre competencia, por ejemplo, introduciendo barreras de entrada o estableciendo reservas de actividad.

## B. MECANISMOS JURISDICCIONALES: EL RECURSO ESPECIAL DE LA LGUM

El art. 27 de la LGUM prevé un recurso contencioso-administrativo especial contra los actos y disposiciones que puedan vulnerar los principios establecidos en la propia ley.

La primera cuestión que se plantea con este precepto es si deroga otras vías de recurso que puedan presentar, bien los interesados, bien la propia CNMC en uso de su legitimación activa actualmente prevista en el art. 5.4 de la LCCNMC. La respuesta necesariamente ha de ser negativa: el art. 27 de la LGUM no deroga el art. 5.4 de la LCCNMC, por lo que nos encontramos ante una cierta paradoja: frente a un acto o disposición administrativa que vulnere los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, en la medida en la que se considere, como evidentemente ha de considerarse, que de esa norma «se derivan obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados» puede ser recurrido, por el mismo organismo, la CNMC, por dos mecanismos diferentes, el previsto, por un lado, en el art. 5.4 de la LCCNMC, y, por otro, el previsto en el art. 27 de la LGUM.

---

<sup>62</sup> En el Capítulo II se incluyen los principios que constituyen esa garantía, es decir, los de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad, eficacia nacional, simplificación de cargas y transparencia.

A pesar de la diferente formulación, los conceptos de una y otra norma son totalmente equiparables. En efecto, de una limitación para el ejercicio de la actividad empresarial se derivan obstáculos para el mantenimiento de la competencia, y naturalmente no todos los actos y disposiciones que limiten la competencia son recurribles, sino exclusivamente los que no respondan al triple test de necesidad, proporcionalidad y máxima distorsión. Igualmente en el concepto del art. 5.4 de la LCCNMC pueden englobarse los actos que vulneren el principio de no discriminación, que supone un obstáculo para el mantenimiento de la competencia efectiva.

Por el contrario, resulta al menos más dudoso que un acto o disposición que vulnere otro de los principios de la LGUM, el principio de eficacia nacional<sup>63</sup>, pueda incardinarse en el concepto del mencionado art. 5.4. Por un lado, una limitación al principio de eficacia nacional puede suponer una restricción de la competencia en la medida en la que, limitando esa eficacia, se crea una barrera de entrada a determinados operadores, pero, por otra parte, un conflicto derivado de la vulneración del principio de eficacia nacional puede tener relación con la distribución de las competencias territoriales, que quedarían al margen de tal mecanismo. Una reflexión acerca de ese alcance puede llevar a la conclusión de que, dejando al margen las cuestiones directamente relacionadas con las cuestiones derivadas de conflictos de competencia territorial<sup>64</sup>, no existe inconveniente en afirmar que un acto o disposición que vulnere el principio de eficacia nacional contiene una barrera de entrada a determinados operadores y, por tanto, puede quedar englobado en el amplio concepto de acto o disposición del que se deriva un obstáculo para la competencia, y, en consecuencia, puede ser recurrido por la CNMC en ejercicio de la legitimación activa que le concede el art. 5.4 de la LCCNMC.

En consecuencia, los actos que infrinjan los principios de la LGUM, y de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de la competencia en el mercado pueden ser recurridos por una de las dos vías señaladas. Pero el problema radica en el hecho de que se trata de dos recursos contencioso-administrativos con especificidades procesales diferentes, fundamentalmente con competencia objetiva diferente.

En efecto, el recurso que puede interponer la CNMC con arreglo al art. 5.4 mencionado debe ser conocido por el órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo que corresponda por razón del territorio al órgano del que emane el acto o que haya dictado la disposición. No se alteran, en consecuencia, las reglas de competencia procesal establecidas en la Ley 6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Por el contrario, la LGUM altera las reglas de la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer los recursos interpuestos al amparo

<sup>63</sup> Cualquier operador legalmente establecido, o cualquier bien legalmente producido y puesto en circulación, podrá ejercer la actividad económica o circular en todo el territorio nacional.

<sup>64</sup> En cierta medida el contenido de las sentencias de la AN recaídas hasta el momento vienen a señalar que las cuestiones relativas a la distribución de competencias deben ser analizadas en procedimientos diferentes a los establecidos en el recurso contencioso-administrativo previsto en el art. 27 de la LGUM.

de lo dispuesto en su art. 27. En la LGUM se establece un procedimiento específico, añadiendo un Capítulo IV al Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y, al tiempo, se modifica el art. 11.1 de esa Ley, concediendo la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos interpuestos por la CNMC al amparo de lo dispuesto en el art. 27 de la LGUM.

Esta modificación plantea un buen número de problemas. En primer lugar supone la ruptura del principio de la propia LJCA, según el cual la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa viene determinado por el órgano que realiza el acto o dicta la disposición impugnada, y no por quien interpone el recurso. Al atribuir la competencia en cualquier caso a la Audiencia Nacional cuando el recurso lo interponga la CNMC<sup>65</sup> sobre la base de lo previsto en el art. 27 de la LGUM se quiebra ese principio<sup>66</sup>. Es más, paradójicamente, si la CNMC, como se ha señalado, opta por interponer el recurso por la vía del art. 5.4 de la LCCNMC, no se altera ese principio. Tampoco se altera ese principio cuando los interesados puedan recurrir, aun cuando sea por motivos relacionados con el incumplimiento de los principios establecidos en la LGUM.

En segundo lugar, cuando se trata de actos administrativos o disposiciones emanadas de las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales, la LOPJ establece en su art. 74.1 la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos y disposiciones de las Entidades Locales y las Administraciones de las CCAA. El hecho de que ese precepto no haya sido modificado se explica porque la LGUM es una ley ordinaria y no puede modificar una ley orgánica, pero en cualquier caso ese precepto de la LOPJ parece contrario a la competencia que la LGUM concede a la AN.

Ese mismo precepto supone, además, otra paradoja: al residenciar la totalidad de los recursos que se pueden interponer al amparo del art. 27 de la LGUM en la AN, concede competencia para conocer estos recursos a un órgano inferior al que, en otros casos, correspondería. Así, si se interpone un recurso contra un acto o disposición del Gobierno de la Nación (por ejemplo, un Real Decreto) el art. 58.1 de la LOPJ establece que la competencia corresponde al TS; pues bien, si se trata de un recurso interpuesto contra ese mismo acto o disposición del Gobierno por la CNMC al amparo del art. 27 de la LGUM, la competencia corresponde a un órgano inferior, es decir, a la AN. Resulta como mínimo llamativo que, por esa vía, la AN

---

<sup>65</sup> Como se ha señalado con anterioridad, cuando la propia CNMC interpone un recurso al amparo del art. 5.4 de la LCCNMC, no se rompe ese principio, en la medida en la que en ese supuesto el órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo competente es el que corresponde al órgano que haya dictado la disposición.

<sup>66</sup> Esta objeción se puso de manifiesto por la extinta CNC en su informe (IPN 89/13) sobre el Anteproyecto de la LGUM. En el mismo sentido, al informar sobre dicho Anteproyecto, se pronunció el Consejo General del Poder Judicial (2013).

pueda declarar la nulidad de un Real Decreto, cosa que únicamente podía hacer el TS si se aplicase la LOPJ.

El núm. 2 del mencionado art. 27 establece que la CNMC podrá interponer el recurso, «de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar en procedimiento contencioso-administrativo». Cabe plantearse la cuestión de si la petición de cualquier operador económico a la CNMC debe ir precedida de una reclamación a la Secretaría del Consejo para la Garantía de la Unidad de Mercado (SECUM) bajo el art. 26 de la LGUM («Procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes»), y la respuesta es negativa, ya que no existe precepto en el que fundamentar, al menos suficientemente, tal necesidad. Así lo ha venido interpretando la CNMC, que no ha exigido tal reclamación previa antes de presentar el recurso contencioso-administrativo bajo el art. 27. Ello no obstante, en un buen número de casos en los que un operador económico se ha dirigido a la CNMC, previamente había presentado una reclamación ante la SECUM, evidentemente por considerar que un informe favorable del Consejo de la CNMC dictado en dicho procedimiento administrativo previo podría reforzar la argumentación de un ulterior recurso contencioso-administrativo.

La peculiaridad del recurso contencioso-administrativo previsto en la LGUM se aprecia también en sede de medidas cautelares, en cuyo apartado se recogen especificidades que es necesario resaltar. Frente al régimen general establecido en la LJCA, el art. 127, quáter, apartado 1 de la LJCA<sup>67</sup> faculta a la CNMC a solicitar en el escrito de interposición del recurso la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto impugnado, así como cualquier otra medida que asegure la efectividad de la sentencia. La especificidad de esta medida respecto del criterio general de la LJCA para las medidas cautelares consiste en que, una vez solicitada la suspensión, se considera concedida automáticamente (*inaudita altera parte*) con la admisión a trámite del recurso y sin necesidad de prestación de fianza. Es decir, que la suspensión se produce *ex lege*, sin necesidad de resolución judicial.

Según el art. 127, quáter 2, de la LJCA, la Administración demandada puede solicitar el levantamiento de la medida cautelar en el plazo de tres meses desde su adopción, pero para solicitar el levantamiento deberá justificar los daños que el mantenimiento de la suspensión causa para el interés general o de terceros. De esa petición se dará traslado a la CNMC para que manifieste lo que considere oportuno (en el plazo de dos días) y a la vista de tales alegaciones, la AN resolverá en el plazo de cinco días.

Cabe plantearse si el plazo de tres meses contenido en el art. 127, quáter 2, se refiere a que la Administración deberá dejar transcurrir ese plazo antes de solicitar el levantamiento, o, bien al contrario, significa que la solicitud de levantamiento de la medida cautelar ha de presentarse en el plazo

<sup>67</sup> Introducido por la DF 1.ª de la LGUM.

de los tres meses siguientes a la fecha de la suspensión. A nuestro juicio, la segunda interpretación parece la más ajustada a Derecho, ya que si lo que el legislador hubiera querido decir es que en cualquier caso la suspensión automática ha de tener una suspensión de tres meses, lo habría expresado así de forma explícita.

Los casos que hasta la fecha han sido tramitados al amparo del art. 27 de la LGUM revelan que la tendencia de la CNMC ha sido la de no solicitar estas medidas cautelares y, según nuestras informaciones, la petición de cautelares se ha reservado para aquellos casos en los que la CNMC considera la existencia de una infracción flagrante. Asimismo, la AN habría rechazado la petición de cautelares de la CNMC en al menos dos ocasiones.

### C. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Hasta el momento de redactar el presente artículo, y, con independencia de las reclamaciones planteadas ante la SECUM, y de los conflictos en su seno solucionados, la CNMC se ha mostrado especialmente activa a la hora de interponer los recursos previstos en la LGUM contra los actos que la vulneran<sup>68</sup>.

Con independencia de los conflictos basados en el principio de eficacia territorial, principalmente ligado a la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, puede afirmarse que los recursos basados en los principios de necesidad y proporcionalidad, que se encuentran esencialmente ligados a la concepción de la libre competencia, constituyen la esencia de los recursos interpuestos por la CNMC. Sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales habidos hasta el momento no permiten averiguar con claridad cuáles son los criterios de la AN para la interpretación de los principios de necesidad y proporcionalidad, en la medida en la que el debate se ha centrado en materia de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.

En la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN de 31 de marzo de 2016 (Recurso núm. 50/2015, Ponente: Santiago Soldevila Fragoso), la CNMC interpuso recurso contra un Decreto del Principado de Asturias que regulaba los requisitos y ámbito de actuación de las unidades móviles para los servicios de prevención de riesgos laborales. Consideraba la CNMC que en la regulación recurrida se vulneraban principios de la LGUM, y, en concreto, los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, en la medida en la que se establecían requisitos para el ejercicio de determinada actividad económica que no respondían a esos principios. La sentencia no entra en el análisis

---

<sup>68</sup> La CNMC es una de las primeras autoridades de competencia y regulación en el mundo que dispone de este instrumento. En el sitio web de la CNMC se recogen, bajo el capítulo «Unidad de Mercado», el buen número de actuaciones realizadas en este orden por la Autoridad de la Competencia, <https://www.cnmec.es/ambitos-de-actuacion/unidad-de-mercado> (consultado por última vez el 30 de diciembre de 2016).

de esos motivos del recurso, ya que considera que el conflicto planteado suscita una cuestión relativa al reparto competencial entre el Estado y las CCAA, cuyo cauce de solución no reside en los mecanismos previstos en la LGUM. En consecuencia, no se pronuncia sobre los principios de necesidad y proporcionalidad.

Por otra sentencia de la misma Sala y fecha (31 de marzo de 2016), en el recurso núm. 396/2015 y con el mismo Ponente, se resuelve el recurso igualmente interpuesto por la CNMC contra una resolución de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León por la que se denegaba a una empresa la renovación de la autorización sanitaria para el funcionamiento del servicio de prevención sanitaria; resolución dictada al amparo del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre de 2003, por el que se establecían los requisitos básicos para el ejercicio de tal actividad de prevención. Fundamentalmente la cuestión debatida venía referida a la procedencia del requisito de que la entidad que ejerciera la actividad económica referida tuviera un establecimiento físico en el territorio de la comunidad autónoma en la que ejerciera sus funciones. El recurso se basaba en la vulneración de los principios de la LGUM de eficacia territorial, no discriminación, necesidad y proporcionalidad. La sentencia no entra en la consideración de la posible vulneración de estos principios en la medida en la que constata que los actos de la Comunidad Autónoma que han sido recurridos resultan de la aplicación de una normativa estatal «por lo que no resulta de aplicación la LGUM, ya que puede razonablemente concluirse que cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado».

De lo anteriormente expuesto puede deducirse que en los primeros pronunciamientos jurisprudenciales hasta el momento existentes, la AN se ha resistido a analizar si las disposiciones y actos recurridos responden a los principios de necesidad y proporcionalidad, que, conforme ha quedado anteriormente expuesto, forman parte del principio de unidad de mercado a tenor de lo dispuesto en la LGUM, para centrarse únicamente en una interpretación de las disposiciones autonómicas que exclusivamente contempla el concepto de unidad de mercado, no como una exigencia para facilitar el ejercicio de la actividad empresarial, sino desde el punto de vista de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA.



# PRÁCTICAS DESLEALES EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO DE PRODUCTOS DE CONSUMO DIARIO

Javier HUERTA

Socio del Despacho Huerta y Solana,  
competencia y sectores regulados

Gonzalo SOLANA

Socio del Despacho Huerta y Solana,  
competencia y sectores regulados

## I. CONSIDERACIONES INICIALES

La evolución de las estructuras y de las pautas de actuación de los operadores económicos que participan en las modernas cadenas de suministro y distribución de algunos productos, tanto alimentarios como no alimentarios de consumo diario, se ha convertido en una fuente de preocupaciones para las Administraciones Públicas europeas. Los Estados no disponen de una normativa directa y eficaz para combatir algunas de las prácticas perniciosas que se generan en las modernas cadenas de suministro y distribución y las autoridades de defensa de la competencia tienen dificultades para actuar con suficientes garantías.

En efecto, el mercado de la distribución de determinados productos, especialmente de los de consumo diario, ha experimentado en las dos últimas décadas una profunda transformación, que podemos calificar de nuevo escenario competitivo. La evolución del mercado se ha manifestado estructuralmente en empresas de mayor tamaño, sobre todo en el ámbito de la distribución minorista. También es destacable el aumento de los casos de integración vertical entre fabricantes y distribuidores, lo que ha dado lugar a importantes cambios estructurales y al nacimiento de nuevas prácticas comerciales que pueden deteriorar las condiciones de competencia efectiva en los mercados.

Esta evolución ha sido fruto de numerosos factores, entre los que se pueden citar, sin voluntad de ser exhaustivos, los nuevos hábitos de consumo, el auge de la distribución moderna y del formato de cesta de la compra única, la concentración que se viene produciendo en el sector de la distribu-

ción, el poder de negociación que la distribución ha venido incrementando frente a los fabricantes, derivado de su posición de intermediación entre fabricantes y consumidores, y la integración vertical de los distribuidores que asumen al mismo tiempo el papel de fabricantes de sus propios productos.

Todas estas circunstancias han contribuido al auge de unos modelos de negocio que anteriormente no existían o que eran escasamente relevantes por tratarse de singularidades o de casos aislados y que suponen nuevas prácticas de actuación en el mercado ante las que las normas o las prácticas administrativas actuales de defensa de la competencia se muestran insuficientes.

Así lo han entendido las Autoridades comunitarias que, ya en el año 2009, publicaron un estudio sobre cómo *Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*<sup>1</sup>, que dio lugar a la posterior creación, en 2010, de un Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria, con vistas a hallar una solución a este problema. Asimismo, en enero de 2013, la Comisión Europea publicó un Libro Verde sobre las Prácticas Comerciales Desleales en la Cadena de Suministro Alimentario y No Alimentario<sup>2</sup>.

También la mayor parte de las autoridades de defensa de la competencia se han mostrado preocupadas por la evolución producida en los mercados integrados en la cadena de suministro. Así, la Red Europea de Competencia publicó en mayo de 2012 un Informe sobre la aplicación de la normativa de competencia y las actividades de supervisión del mercado por las autoridades europeas de competencia en el sector alimentario. En este contexto, la extinta Comisión Nacional de la Competencia española publicó en 2011 un Informe sobre las Relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario.

Todos estos trabajos han puesto de relieve la existencia de prácticas desleales y anticompetitivas en los mercados relacionados con las cadenas de suministro, especialmente en el ámbito de los productos alimentarios, y han aportado sugerencias y soluciones más o menos operativas frente a dichos problemas, aunque no han logrado en la práctica acabar con los problemas que identifican.

Por otra parte, la evolución experimentada no parece haberse detenido y los mercados de la cadena de suministro están demostrando un dinamismo especial para continuar adaptándose a las condiciones sociales y económicas de cada momento a partir de los nuevos modelos ya implantados. Por ello es necesario lo antes posible que los Estados dispongan de unas reglas básicas para su ordenación específica y de unos procedimientos para hacerlas eficaces. Las legislaciones y las medidas regulatorias suelen ir temporalmente por detrás de las necesidades sociales y económicas pero, en este

---

<sup>1</sup> *Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa*, COM (2009), 521, de 28 de octubre de 2009.

<sup>2</sup> COM (2013), 37.

caso, los problemas vienen siendo identificados desde hace tiempo y ello debería permitir la adopción inmediata de medidas para evitarlos o para darles solución.

A continuación se analizan las principales implicaciones desde la perspectiva de la defensa de la competencia de los cambios más recientes detectados en las cadenas de suministro en la distribución comercial y del concepto y normativa aplicable a las prácticas desleales, tanto desde ámbito comunitario como español. Posteriormente se revisan los casos de prácticas desleales más habituales y las reacciones legislativas en este sector, en particular la Ley de la Cadena Alimentaria. Finalmente, se plantean las posibles acciones de las Autoridades de defensa de la competencia y se presentan las principales conclusiones.

## II. CAMBIOS RECIENTES EN LAS CADENAS DE SUMINISTRO CON INCIDENCIA EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Aunque muchos de los estudios y de las prácticas detectadas se han focalizado en el ámbito de la cadena de suministro alimentario, en realidad los problemas se plantean en relación con las actuaciones de las compañías que intervienen en la cadena de las operaciones comerciales y, más en particular, entre las empresas participantes en el ámbito del suministro y la distribución de bienes destinados al consumo diario personal o familiar de los consumidores en general, tanto si se trata de productos alimenticios como de otros destinados a satisfacer sus necesidades cotidianas.

Esto es así desde el momento que en la distribución moderna los grandes distribuidores, en especial, no se limitan a vender productos homogéneos, sino que es práctica habitual proceder a vender productos alimenticios juntamente con otros productos de consumo, en los mismos locales y con arreglo a los mismos criterios y condiciones. Al propio tiempo, la gran distribución de productos de otro tipo, como los textiles o los de higiene, se comercializan a veces empleando las mismas técnicas de suministro y distribución que los productos alimenticios.

Aunque la cadena de suministro no es idéntica en todos los sectores comerciales, en todo caso se constata que está integrada por todos los operadores económicos que contribuyen a poner los productos al alcance de los consumidores, como son los productores, los transformadores, los distribuidores mayoristas y los minoristas, cuya actuación afecta al precio final que estos deben pagar por los productos que adquieren.

En varios sectores económicos la evolución de los mercados ha dado lugar a situaciones de desequilibrio económico muy importante entre algunos operadores económicos, que afectan de forma especial a los fabricantes y productores, que tienen que negociar la venta de sus productos con poderosas empresas de distribución o con grandes centrales de compras que concentran a la mayor parte de los pequeños y medianos minoristas. Este desequilibrio del poder de negociación está dando lugar a la aparición, o al

menos a la posibilidad de que aparezcan prácticas antijurídicas que la Comisión Europea viene denominando prácticas desleales, que se caracterizan por la actuación contraria a la buena fe y a la lealtad por parte de quien se aprovecha de su posición de superioridad para imponer condiciones a la otra parte, que esta no hubiera aceptado en un mercado con mayor equilibrio competitivo.

### III. CONCEPTO Y NORMATIVA APLICABLE A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

A continuación, se revisan los rasgos generales del Derecho comunitario al concepto de prácticas comerciales desleales y del Derecho español, destacando seguidamente algunas de las características particulares nacionales más relevantes.

#### A. RASGOS GENERALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Las instituciones comunitarias, al estudiar las prácticas generadas por las grandes diferencias en cuanto al poder negociador que se han ido creando en las cadenas de suministro a las que nos venimos refiriendo, muestran su preocupación por el hecho de que estas prácticas puedan limitar la libertad contractual de una de las partes en beneficio de la otra.

De esta manera, centran la idea de deslealtad en la reducción o en la anulación de la libertad de una de las partes para negociar los términos de un contrato y en el hecho de que la parte con mayor poder de negociación se valga de su posición de superioridad para imponer condiciones unilaterales a la más débil.

Así, el Libro Verde de 2013, antes citado, señala que «en ciertos casos en los que una de las partes contratantes se encuentra en una posición de mayor fuerza para negociar, puede unilateralmente imponer condiciones a la contraparte que se halla en una situación más débil, configurando así en exceso la relación comercial de tal forma que favorezca exclusivamente sus propios intereses económicos. En particular, la parte contratante podrá utilizar condiciones notablemente desequilibradas y, debido a su posición de fuerza, no las negociará por separado. En tales situaciones, la parte más débil puede no estar en condiciones de rechazar esas exigencias desfavorables impuestas unilateralmente, por miedo a no celebrar el contrato o, incluso, a ser expulsada del mercado».

#### B. DERECHO ESPAÑOL

Aunque la Ley de Competencia Desleal de 1991 hace pivotar el concepto general de deslealtad no en la falta de libertad contractual sino en el hecho de que un acto realizado en el mercado resulte objetivamente contra-

rio a las exigencias de la buena fe, esta diferencia se establece únicamente por razón de que la Ley de Competencia Desleal regula una pluralidad de conductas realizadas en el mercado de muy diversa naturaleza y efectos, cuyo punto de unión es el de ser contrarias a la buena fe. Sin embargo, una de ellas, la explotación de dependencia económica, que se regula en el art. 16, tiene idéntico fundamento que el de los actos desleales a que se refiere la doctrina comunitaria, que no es otro que la anulación o la limitación de la libertad de negociación de una de las partes en un acuerdo motivada por un ejercicio abusivo de la capacidad negociadora de la parte más fuerte.

Sin embargo, este concepto se extiende en la práctica no solo a los términos de la negociación de un contrato, sino también a los actos posteriores de ejecución del mismo y, en general, a todas aquellas actuaciones comerciales de una empresa que se halla en situación de superioridad con respecto a los operadores económicos con los que interactúa en la cadena de distribución.

Estas prácticas desleales se asemejan objetivamente a los casos de abuso de posición dominante de una empresa en el mercado y tienen una naturaleza jurídica muy parecida a estos. Se diferencian básicamente por la circunstancia de que la empresa que incurre en ellas no tiene una posición de dominio en el conjunto del mercado de referencia en el que compite con otras situadas en el mismo plano de la cadena de distribución.

La semejanza es tan acusada que la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, en su reforma de la Ley 52/1999, incluyó en su art. 6 el abuso de dependencia económica entre los casos de abuso de posición dominante, estableciendo la prohibición de la explotación abusiva por una o varias empresas «de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

La inclusión del abuso de dependencia económica en la prohibición del abuso de posición dominante estaba basada en la coincidencia de algunos de los elementos que caracterizan a ambas figuras: el desequilibrio muy acusado de poder de mercado y su aprovechamiento para obtener beneficios con prácticas contrarias a los principios de la buena fe que debe presidir la actuación concurrencial en el mercado. Sin embargo, la reforma fue objeto de numerosas críticas, ya que el abuso de dependencia económica ya se encontraba regulado por la Ley de Competencia Desleal. Así, esta subcategoría del abuso de posición dominante fue suprimida por la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, quedando incluida en dicha Ley por la vía indirecta de la competencia desleal regulada en su art. 3.

De este modo, el concepto legal de prácticas desleales por abuso de dependencia económica viene dado por el art. 16 de la Ley de Competencia

Desleal, que contiene una prohibición general, una presunción y unos casos concretos de deslealtad.

La prohibición general incluye todos los actos de explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse ante ella otras empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.

Esta prohibición sería, en principio, suficiente para permitir a los Tribunales una aplicación del precepto a todos los casos en los que por el demandante se acreditase un perjuicio derivado del ejercicio del comercio de forma contraria a la buena fe, aprovechando la situación de superioridad económica en que se encontrase la parte demandada. No obstante, el legislador ha querido ser aún más explícito y ha incluido, a modo de muestra, una serie de casos que son constitutivos de esta práctica abusiva, entre los que se encuentra la ruptura unilateral e injustificada de una relación contractual sin respetar un plazo de, al menos, seis meses de preaviso, y la obtención de ventajas comerciales que no estén recogidas en un contrato de suministro.

Por otra parte, se facilita la prueba de los hechos a la parte perjudicada al establecer la presunción de deslealtad para todas aquellas conductas que obliguen a un proveedor a conceder a su cliente de forma regular, además de los descuentos o condiciones habituales, otras ventajas adicionales que no se dan a compradores similares.

### C. CARACTERÍSTICAS PECULIARES DEL DERECHO ESPAÑOL

Los actos desleales por abuso de dependencia económica tienen unas características muy similares a las prácticas abusivas reguladas por la Ley de Defensa de la Competencia, si hacemos excepción de la exigencia de posición de dominio absoluta en el mercado que se exige para la apreciación de estas últimas. Es necesario, por tanto, que exista un aprovechamiento privilegiado de la posición dominante relativa en relación con la empresa que sufre sus consecuencias y que ese aprovechamiento abusivo afecte negativamente a las condiciones de competencia en el mercado de referencia que se defina para la consideración de los hechos. También parece necesario que la posición en el mercado de la empresa dominante pueda permitirle actuar con independencia de comportamiento frente a una eventual reacción en el mercado de los demás operadores.

Sin embargo, existe una característica que diferencia de forma destacada ambas infracciones desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Mientras que en los casos de abuso de posición dominante del art. 2 de la LDC se da por sentada la afectación a la libre competencia en el mercado nacional, o en el territorio que se haya acotado al definir el mercado relevante, en los casos de abuso de la relación de dependencia será necesario acreditar que se ha producido una afectación al interés público, aunque se tratase de conductas análogas o muy similares.

Esta característica opera en la práctica en contra de los afectados por este tipo de infracciones, ya que la CNMC se ha mostrado escasamente receptiva ante las alegaciones de afectación del interés público, lo que dificulta en gran manera el control de estas conductas desleales por las Autoridades de defensa de la competencia.

Finalmente, es una característica común a estas conductas desleales la concurrencia del «factor miedo» que, como ha señalado el Comité Económico y Social Europeo<sup>3</sup>, es una realidad conocida, en particular en la relación entre las cadenas de distribución minorista y las pymes productoras de alimentos. La razón de ello se encuentra en que esta clase de prácticas desleales son normalmente impuestas por la empresa que se encuentra en situación de superioridad a otras empresas que no tienen otra posibilidad que la de aceptarlas, ya que no cuentan con la capacidad económica necesaria para asumir los costes de cambio de su socio comercial o ni siquiera tienen posibilidad de conseguir otro alternativo.

La consecuencia de esta característica es que normalmente las empresas perjudicadas no tienen incentivos para denunciar las prácticas desleales ante el riesgo evidente de que, si lo hicieran, pueden perder su relación comercial con la parte más fuerte y, en muchos casos, podrían ponerse en riesgo de sufrir graves pérdidas e incluso de desaparecer del mercado. La realidad demuestra que la gran mayoría de las demandas que se interponen al amparo del art. 16 de la Ley de Competencia Desleal están dirigidas contra prácticas de ruptura total del contrato, pues en estos casos la parte más débil, no teniendo nada que perder, acude con mayor facilidad a solicitar el auxilio de los Tribunales.

#### IV. CASOS DE PRÁCTICAS DESLEALES

Las conductas desleales por abuso de dependencia económica pueden darse en todas las cadenas de suministro en las que se presentan casos de gran diferencia de poder económico entre los operadores que actúan en los distintos eslabones de la misma: sector alimentario, concesionarios de automóviles, productos textiles, *software* y plataformas informáticas, etc.

Sin embargo, estas conductas se han manifestado con mayor insistencia en el sector alimentario y en la gran distribución comercial, lo que ha dado lugar a que los estudios y trabajos comunitarios sobre las mismas se hayan centrado principalmente en la cadena de suministro de productos de gran consumo, alimentario y no alimentario. En España la principal contribución a esta materia ha sido el Informe sobre las Relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario, publicado por la extinta CNC en el año 2011.

<sup>3</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa. COM (2013), 37, (2013/C 327/06).

Por esta razón limitaremos nuestro examen a las prácticas detectadas en este sector, sin perjuicio de reconocer que algunas de ellas se reproducen, *mutatis mutandi*, en otros sectores económicos en los que la capacidad negociadora de alguna de las partes es muy superior a la de las demás que operan en el mercado.

La Comisión Europea, en el Libro Verde antes mencionado, no ha incluido un catálogo de conductas desleales, aunque a título de ejemplo sí cita algunas de ellas: no proporcionar información suficiente sobre las cláusulas contractuales, exigir el pago de bienes o servicios que carecen de utilidad para el contratante, modificar unilateral o retroactivamente las cláusulas del contrato, reclamar pagos por servicios ficticios, o impedir a los contratantes abastecerse en otros Estados miembros, lo que origina una división territorial del mercado único.

Por su parte, el Informe de la CNC identificaba hasta 18 prácticas entre los fabricantes y los minoristas, dividiéndolas en tres categorías: i) pagos comerciales (por ejemplo, en transporte y colocación de los productos); ii) contribuciones a actividades auxiliares llevadas a cabo por el minorista (por ejemplo, para la promoción); iii) pagos atípicos (por ejemplo, aquellos que los fabricantes consideran responsabilidad de los minoristas).

Estas prácticas se podrían llevar a cabo tanto por las grandes empresas de la distribución minorista como por las agrupaciones que constituyen los pequeños y medianos minoristas para que actúen como centrales de compras o incluso como fabricantes de sus propios productos.

Destacando algunas de las más relevantes, podemos sistematizarlas de la forma siguiente:

i) *El uso de la información: la política de precios y el posicionamiento de productos*

Uno de los aspectos más delicados en la relación existente entre los distribuidores y los fabricantes es el uso de la información que poseen los distribuidores acerca de los productos de MDF (productos comercializados bajo marca del fabricante). Los distribuidores poseen esta información, principalmente, como consecuencia de:

- la relación vertical entre fabricante-distribuidor;
- el acceso directo que tiene el distribuidor a este tipo de productos, y
- el conocimiento que poseen los distribuidores acerca de sus costes.

La relación proveedor-cliente que se da entre fabricantes y distribuidores aporta a estos últimos información directa sobre precios y costes de los productos.

Por otra parte, al seleccionar productos de MDD (productos de marca del distribuidor) encargándolos a un fabricante para ponerlos en el mercado

en exclusiva (con o sin su enseña), poseen información indirecta sobre los márgenes que pueden obtener los fabricantes de marca. Es decir, los distribuidores se convierten también en jugadores del mismo mercado que los fabricantes de marca, dándose así una doble relación, vertical y horizontal, entre distribuidores y fabricantes.

Todos estos factores constituyen una ventaja competitiva de los distribuidores que podrían más tarde utilizar en beneficio propio, a través de sus marcas propias.

## ii) *La política de precios*

Los distribuidores son los encargados de establecer los precios de venta al público de todos los productos de sus lineales, tanto del producto de MDD como el de MDF.

Esto genera riesgos de que los distribuidores pudieran dedicarse a incrementar significativamente los precios de los productos de MDF para aumentar las diferencias entre los precios de MDF y MDD, lo que puede llevar a que el consumidor adquiera más productos de MDD o a favorecer a los productos de algún fabricante frente a otros. A este respecto, el Informe de la CNC sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario del año 2011 señala lo siguiente:

«En cuanto a los precios, el análisis por tipos de producto pone de relieve que las MDD son más baratas, en la práctica totalidad de los casos, que las MF. En 2009, para un conjunto de 107 productos, las marcas de distribuidor eran, en términos medios, un 37,1% más baratas».

Por lo que parece, podría existir un problema de transparencia de precios en los productos de MDD. Tal y como planteó la Comisión Europea, en el asunto *Kesko/Tuko*, los consumidores podrían tener menor capacidad de discernimiento sobre el precio de un producto de MDD, entre otras razones, porque existe poca o nula publicidad de estos productos y porque cada distribuidor tiene su propia MDD. Por ello, para los consumidores sería más difícil hacer una comparativa directa de precios, puesto que el consumidor medio no tiene igual conocimiento de la ecuación «calidad/precio» que en los productos de MDF.

Además los productos de MDD de cada distribuidor no son vendidos por su competencia, lo que hace más difícil establecer cualquier comparación posible.

Tan importante es el factor del precio que, atendiendo a los análisis cualitativos realizado por el Ministerio de Agricultura a través de los estudios del Panel de Consumo Alimentario y del Observatorio del Consumo y la Distribución Alimentaria, los consumidores manifiestan que el precio constituye el factor fundamental en su decisión de adquirir productos alimenticios de MDD.

### iii) *La ubicación de productos en el lineal*

Los distribuidores controlan la ubicación de los productos en los lineales de los establecimientos de distribución. De nuevo, aquí se presenta el problema derivado de que sea el propio distribuidor el que tenga la decisión final y la capacidad de elegir el lugar de posición de sus productos y el de los de MDF.

Como se ha indicado anteriormente, los distribuidores son clientes de los productores de MDF pero también son competidores directos a través de sus propios productos. Como la ubicación de los productos depende de los distribuidores, estos poseen una ventaja evidente tanto en términos de asignación de espacio útil como de comercialización y promoción visual y, por tanto, una oportunidad adicional de *marketing* y comunicación frente a las MDF menos favorecidas.

Los distribuidores podrían aprovechar su capacidad de «posicionadores» para:

- Fijar el precio de venta a sus productos de MDD en función del precio de los productos de MDF.
- Controlar el nivel de ventas de un producto u otro a través del posicionamiento de cada producto, ya sea de marca del fabricante o MDD, en los lineales de los distribuidores.

Es importante señalar que una importante proporción de los consumidores lleva a cabo su toma de decisiones de compra —sobre todo, para productos de gran consumo— en los propios establecimientos. Diversos estudios consultados demuestran que solo alrededor de una tercera parte de las compras realizadas se prevén con anterioridad. De ahí que, a igualdad de rapidez a la hora de vender un producto, los distribuidores podrían preferir vender más productos de MDD que de marca del fabricante debido a la diferencia en rentabilidad que ello les podría suponer.

Resulta pues razonable que, debido al control de acceso al mercado de las marcas del fabricante por parte de los distribuidores, se produzca una reducción o disminución del número de productos de marca del fabricante en los lineales de los centros de distribución.

Con todo, parece complicado encontrar una solución al problema de la ubicación de los productos en el lineal. Por una parte, la propia relación que existe entre distribuidor y fabricante hace imposible que, por definición del papel que desempeñan los distribuidores en la cadena, no tengan acceso físico al producto ni sepan tampoco a qué precio compran dichos productos a los fabricantes. Por otra, si no son los distribuidores quienes hacen una selección de los productos y de las posiciones que ocupan los productos en los lineales, serían los fabricantes quienes lo determinen.

A este respecto, es interesante como reflexión, aunque poco realista en la práctica, la teoría sustentada por los autores franceses M. GLAIS y A. FADY, que sostienen que sería necesario obligar a la gran distribución a

comunicar a todos los proveedores que lo solicitan unas condiciones generales de acceso a los lineales. Esta transparencia precontractual permitiría a la Administración detectar las condiciones preferenciales no justificadas de las que pudieran beneficiarse las MDD y garantizaría una igualdad efectiva de los proveedores en sus condiciones de acceso al mercado.

Los autores citados fundan su teoría en la de las *essential facilities*, o infraestructuras esenciales, conforme a la cual una empresa que se encuentra en posición dominante en la puesta a disposición de instalaciones que son esenciales para el aprovisionamiento de bienes o de servicios en otro mercado abusa de su posición dominante si rechaza, sin justificaciones objetivas, dar acceso a dichas instalaciones.

#### iv) *El packaging*

El *copycat packaging* es un fenómeno que surge poco después de la aparición de las MDD y que consiste esencialmente en que un distribuidor o un fabricante de MDD realiza una copia casi exacta del envase, embalaje, colores, formas, etc. de productos de marcas del fabricante competidoras, generalmente marcas conocidas y reconocibles.

Con esto, los productores de MDD reducirían considerablemente en gastos de I+D+i, ahorrándose también gastos en publicidad y *marketing* dada la similitud de estos productos con los que en principio copia. Todo esto llevaría a que las MDF tengan menos incentivos a la hora de invertir en innovación.

Además, a través del *copycat packaging* es posible inducir a error al consumidor, puesto que este podría llegar a confundirse en su elección, adquiriendo un producto de MDD cuando en realidad quería comprar uno de MDF ya conocido. A este respecto, el informe de la CNC sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario del año 2011 indicaba que:

«El uso o la imitación de la imagen del proveedor en beneficio de la marca del distribuidor (conductas conocidas como de “copycat”) parece ser relativamente frecuente en las categorías de productos de aguas y conservas (más de un 50% de respuestas afirmativas de los proveedores consultados)».

Son varias las autoridades de Competencia europeas que han mostrado su preocupación por la aparición del *copycat packaging*. La UK Competition Commission señaló, en un informe de 2010, su preocupación por el impacto que podría causar en los consumidores la reducción de la inversión de los fabricantes en innovación y calidad de producto. De las pruebas revisadas para la elaboración de su informe se concluye que existe una inquietud a futuro en relación a los niveles de innovación e inversión de los fabricantes, que probablemente no podrán ser mantenidos.

La autoridad española de competencia también se ha posicionado con respecto al *copycat packaging*. La CNC en su Informe sobre las relaciones

entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario del año 2011, mostraba su preocupación acerca de «la excesiva antelación con la que los distribuidores exigen información sobre los nuevos productos a sus proveedores facilita los abusos asociados a las conductas de *copycat* y de imitación en general», y proponía para combatir estos abusos una serie de mecanismos asociados al empleo del art. 3 de la LDC, que examinaremos más adelante.

En todo caso, la CNC puso de manifiesto que el mayor poder de compra de los distribuidores y las prácticas que del mismo se derivan puede reducir los incentivos de los fabricantes a realizar nuevas inversiones y a innovar, ya que al ver reducidos los beneficios de su actividad económica es probable que no le resulte rentable invertir más, con el consiguiente riesgo de que se genere una reducción en la investigación y en la innovación. Es decir, al reducir los márgenes de los fabricantes, el mayor poder de compra puede afectar negativamente a la capacidad de aquellos para invertir e innovar.

Así, especialmente los actos que podrían realizar los distribuidores con el propósito de favorecer a las MDD en perjuicio de las MDF (políticas de precios mediante subvenciones cruzadas incrementando los márgenes de las MDF y reduciendo los de las MDD, posicionamientos estratégicos en los lineales que benefician a las MDD, imposición de condiciones mediante amenazas de eliminación de referencias, negativas a aceptar nuevos productos, aceptar las campañas promocionales propuestas por los proveedores de MDF) no solo perjudican a los proveedores que los soportan, sino también a los consumidores al rebajar los incentivos a invertir y a innovar.

v) *Los pagos por promociones y las promociones comerciales.*  
*Marketing y promoción*

En relación con el uso de la información, también aparece el problema derivado de los pagos por promociones y de las promociones comerciales, tal y como se recoge en el informe de la CNC sobre relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario del año 2011.

En primer lugar, porque la gran distribución puede negarse a aceptar promociones o reducciones de precio ofertadas por los fabricantes de marcas independientes, para aprovechar así los precios de sus productos de MDD o para beneficiar a algunos fabricantes frente a otros. También pueden surgir casos en los que los distribuidores exijan pagos, no contemplados en los contratos de suministro, a los fabricantes que pretendan realizar campañas o promociones comerciales de sus productos.

Por otra parte, existe una ventaja de información para los distribuidores por el hecho de conocer de antemano qué promociones van a realizar las marcas del fabricante y en qué condiciones. Como se indicaba anteriormente en relación con la ubicación de los productos en el lineal, casi dos terceras partes de las decisiones de compra se toman en los centros de distribución. Esto supone la aparición de ventajas evidentes para los distri-

buidores que inciden en las estrategias de *marketing* y promoción para los distribuidores, que conocen los comportamientos del consumidor *in situ*.

## V. REACCIONES LEGISLATIVAS: LA LEY DE LA CADENA ALIMENTARIA

El legislador español es consciente de que el mercado de la distribución alimentaria en España ha generado claras asimetrías en el poder de negociación entre productores y distribuidores, en favor de estos últimos, que están dando lugar a deficiencias que ahondan el equilibrio competitivo. Para intentar corregir esta situación, se publicó la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para la Mejora del Funcionamiento de la Cadena Alimentaria (en adelante, LCA).

Esta Ley, que se mostraba ambiciosa en los objetivos planeados de garantizar el correcto funcionamiento de la cadena alimentaria, no ha conseguido por el momento aportar los elementos necesarios para solucionar por sí misma todos los problemas de las relaciones entre productores y distribuidores. No obstante, proporciona criterios interpretativos muy valiosos a la hora de calificar las posibles distorsiones competitivas que con mayor probabilidad pueden presentarse en este mercado, especialmente cuando se trata de las relaciones comerciales de las grandes empresas distribuidoras con los fabricantes de productos destinados a su venta por aquellos.

Así, en el capítulo segundo, bajo la rúbrica de «Prácticas comerciales abusivas», incluye algunas tan destacadas como las modificaciones unilaterales de los contratos, la utilización indebida de la información comercial sensible y los actos de publicidad desleal, los actos de imitación y los de confusión, remitiéndose expresamente a lo establecido por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

La importancia de identificar claramente estas posibles infracciones y de proceder a una precisa calificación jurídica es notable, ya que, como señaló la extinta CNC en su Informe sobre las Relaciones entre Fabricantes y Distribuidores en el Sector Alimentario del año 2011:

«Cuanto más generalizada esté la utilización por parte de la gran distribución de determinadas prácticas comerciales y cuanto menor sea la competencia efectiva en el mercado de la distribución, mayor es la probabilidad de consecuencias perjudiciales para la competencia y para el bienestar de los distribuidores».

De esta manera, la LCA, aunque no facilite instrumentos propios para perseguir de manera eficaz estas prácticas, sí identifica como conductas contrarias a la libre competencia las anteriormente señaladas y abre la posibilidad de que otras conductas desleales o abusivas merezcan la misma calificación.

Por otra parte, la LCA establece un catálogo de infracciones y de sanciones que no parecen muy adecuadas para aportar soluciones frente a los

problemas de competencia que se han detectado en los actuales modelos de la distribución comercial alimentaria.

Así, la Ley únicamente considera sancionables en el ejercicio de la potestad sancionadora que atribuye al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente las infracciones relativas a la formación y al contenido de los contratos entre proveedores y distribuidores, a los plazos y condiciones de los pagos y a la transferencia y empleo de información sensible.

A estas infracciones, salvo en casos de reincidencia, les atribuye la consideración de infracciones leves y les asigna una sanción económica escasamente desincentivadora.

A ello podemos añadir la inexistencia de mecanismos que aseguren la confidencialidad de la identidad del denunciante. Este hecho debería haber sido considerado por el legislador, ya que es evidente que en un mercado caracterizado por el desequilibrio de poder de negociación entre los grandes distribuidores y los fabricantes no es fácil que estos últimos decidan enfrentarse con sus clientes y asumir los riesgos de sufrir represalias comerciales que les dañarían mucho más que las propias prácticas anticompetitivas que sufran.

## VI. POSIBLES ACTUACIONES DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como se ha señalado con anterioridad, las grandes cadenas de distribución se han transformado en competidores reales de los fabricantes a través de las MDD cuando hasta hace poco tiempo su relación era únicamente de proveedor-cliente. Esta nueva estructura de relación, tanto horizontal como vertical, sumada al aumento del poder de negociación de los distribuidores frente a los productores de MDF, puede generar distorsiones a la competencia.

Atendiendo a las resoluciones de las Autoridades de competencia y a los informes sectoriales examinados es posible combatir bajo la normativa de competencia la mayoría de las prácticas detectadas en el presente informe.

En particular, las denominadas conductas desleales en el sector de la distribución alimentaria pueden, en principio, combatirse con los medios legales de protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para garantizar la libre competencia efectiva, es decir, en la LDC y en la LCD. Los arts. 1, 2 y 3 de la LDC tipifican, respectivamente, las infracciones de acuerdos colusorios, abusos de posición dominante y competencia desleal.

El problema, como veremos a continuación, es que las conductas analizadas no encajan en la definición de los artículos habitualmente aplicados por las Autoridades de competencia: no será generalmente aplicable el art. 1 de la LDC, puesto que no hay colusión ni concertación, y difícilmente podrán acogerse estas conductas bajo el paraguas del art. 2 de la LDC,

puesto que, salvo quizás en determinadas regiones, no existe posición de dominio de ningún operador.

De esta manera, el art. 3 de la LDC, que se aplica a aquellos actos de competencia desleal que afectan al interés público al distorsionar la competencia en un mercado, parece el más propicio para iniciar cualquier tipo de acción frente a los abusos de las MDD.

A continuación, se hace un análisis más pormenorizado de la aplicabilidad de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC a estos casos.

#### A. ACUERDOS DEL ART. 1 DE LA LDC

En un escenario de competencia efectiva entre los distribuidores minoristas es difícil que se lleven a cabo acuerdos horizontales entre estos que tengan por efecto o por objeto vulnerar la libre competencia en sus relaciones con los proveedores respectivos. Tampoco es fácil aventurar la existencia de posibilidades reales de esta clase de acuerdos entre productores.

Sin embargo, sí son frecuentes los acuerdos verticales entre fabricantes y distribuidores que generalmente se desarrollan en el marco de las actividades habituales del sector. Estos acuerdos normalmente carecen de objeto o de efectos anticompetitivos, aunque no puede descartarse que, en algún caso concreto, pudieran ir dirigidos a perturbar el equilibrio competitivo.

Así sucederá, por ejemplo, con los acuerdos de «cliente más favorecido», que pueden conducir a facilitar un alineamiento de los precios mayoristas y obligan a que los productores tengan que informar al distribuidor de los precios que aplican a otros distribuidores.

Estos acuerdos, en general, son susceptibles de alterar gravemente el régimen de competencia preexistente, aunque normalmente estos efectos no afectan inmediatamente al mercado, lo que dificulta considerablemente su prueba.

#### B. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DEL ART. 2 DE LA LDC

Las infracciones de abuso de posición dominante son, en principio, de más difícil aplicación teniendo en cuenta que el presunto infractor debe, de entrada, encontrarse en posición de dominio en el mercado, lo que no sucede con ninguno de los grandes grupos de distribución minorista a nivel nacional.

Son numerosas las conductas consideradas como más frecuentes en las relaciones comerciales entre fabricantes y distribuidores que, en determinadas ocasiones, podrían encajar entre las prácticas abusivas reguladas por la LDC: trato injustificadamente discriminatorio, amenazas de eliminar referencias sin previo aviso, establecimiento de márgenes desproporcionados

en los precios de venta al público de MDF, negativas a aceptar reducciones de precio de venta al público y otras promociones de las MDF, entre otras.

Teniendo en cuenta el requisito exigido por el legislador de que el autor de la conducta se encuentre en posición dominante, las posibilidades de aplicación del art. 2 de la LDC dependen básicamente de la definición de mercado relevante que corresponda aplicar en cada caso concreto.

Es destacable que el abuso de posición dominante se configura en nuestra LDC de manera muy amplia. No solo incluye los perjuicios ocasionados a las empresas afectadas sino que, en general, se configura asimismo como un medio para la protección de los consumidores, de forma tal que son sancionables los actos de limitación de la producción o del desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los consumidores. Esto abre unas perspectivas de aplicabilidad y de legitimación muy amplias, aunque muy poco o nada exploradas hasta el momento.

Como señaló la CNC en su informe de 2011 antes citado.

«Aunque determinadas prácticas de gestión discriminatoria de la categoría no sean susceptibles de ser calificadas de desleales hacia los proveedores, *pueden derivar en comportamiento abusivo hacia los consumidores por parte del distribuidor, que pudieran ser susceptibles de infringir el artículo 2 de la LDC* si conducen a un empeoramiento de las condiciones de la oferta en términos de precio, cantidad, variedad o calidad en los mercados descendentes de venta minorista en los que el distribuidor ostenta una posición dominante, habida cuenta de que los mercados relevantes tienden a ser locales y de la existencia de fuertes barreras a la entrada de otros distribuidores».

Naturalmente, para que esta clase de conductas pudiera ser sancionada se necesitaría que la CNMC adoptase una posición activa en la investigación de los hechos. En todo caso sería un indicio claro de la existencia de infracción, con perjuicio de los consumidores, la constatación de unas condiciones de venta al público comparativa y sensiblemente peores ya sea en precio, calidad, innovación, etc., en un mercado en el que el distribuidor se encontrara en posición de dominio.

### C. COMPETENCIA DESLEAL EN EL ART. 3 DE LA LDC

Las mayores posibilidades de actuación se están canalizando a través del art. 3 de la LDC, que sanciona los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Se trata de un precepto complejo y de difícil interpretación, ya que requiere que, junto a la conducta típica de competencia desleal, regulada por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, concorra un requisito específico: que el falseamiento de la libre competencia debe tener una entidad relevante para afectar al interés público. Es decir, que no se trate de una cuestión meramente privada entre el fabricante y el proveedor sino que trascienda el

ámbito del interés particular, tanto como para merecer la intervención de la Administración encargada de velar por la libre competencia.

La extinta CNC, en su informe emitido en relación con el Anteproyecto de Ley de la Cadena Alimentaria, se pronunció en el sentido de que las conductas incluidas en el texto de esta norma como conductas abusivas

«están ya tipificadas en el ordenamiento jurídico vigente, de forma particular en la Ley de Competencia Desleal, ya sea en alguno de los tipos específicos de competencia desleal o ya sea a través de la cláusula general de competencia desleal»<sup>4</sup>.

De acuerdo con esta interpretación de la CNC la mayor parte de las actuaciones abusivas que se produzcan en el ámbito de las relaciones proveedor-distribuidor del sector alimentario deberían ser perseguidas por la vía del art. 3 de la LDC, siempre y cuando constituyan una vulneración de la libre competencia con afectación del interés público.

Por otra parte, es destacable que la extinta CNC<sup>5</sup> reconoció expresamente que se pueden dar las condiciones necesarias para que se aplique el art. 3 de la LDC en el sector de la gran distribución, lo que abre las puertas a que las autoridades de competencia instruyan asuntos afectados por la competencia desleal, cuando señaló que:

«Junto a esa relación vertical entre proveedor y distribuidor puede existir una relación horizontal o de competencia efectiva entre ellos, en la medida en que el distribuidor comercialice su propia marca en competencia con la marca de fábrica de titularidad del mismo proveedor que le provee de su marca de distribuidor o blanca. En este contexto jurídico y económico, según diversa información pública, determinados distribuidores *se estarían apalancando en su eventual situación de poder en la relación vertical para obtener información comercialmente sensible e imponer conductas contractuales o comerciales, que podrían ser aptas para distorsionar las condiciones de normal competencia entre su marca de distribuidor y la marca de fabricante en el sentido del art. 3 de la LDC*».

Para la calificación de un hecho como conducta desleal las autoridades de competencia no tienen por qué ceñirse de forma estricta a los casos de competencia desleal definidos en los arts. 5 a 18 de la LDC, sino que también sería posible la sanción de conductas atípicas al amparo de la cláusula general del art. 4 de la Ley, que considera desleal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

Aunque el concepto de la buena fe en el ámbito concurrencial no se encuentra suficientemente perfilado por la doctrina jurídica y la jurisprudencia, para que fuera tenido en cuenta en una posible aplicación del art. 3 de la LDC sería preciso que se relacionase con las normas objetivas de conducta que emanan del principio de competencia económica y que pesan sobre todos los agentes que desarrollan una actividad económica en el mercado<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Informe IPN 84/12.

<sup>5</sup> Exp. S/0165/09. Gran Distribución Galicia.

<sup>6</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 28 de noviembre de 2008.

La aplicación de los supuestos de competencia desleal a la infracción, regulada por el art. 3 de la LDC, permite a la CNMC investigar y, en su caso, sancionar las conductas anticompetitivas que más fácilmente tienen lugar en el ámbito de las relaciones comerciales entre fabricantes y la gran distribución.

Para estos fines, son particularmente relevantes los arts. 11, 13, 16, así como el 5 y 15 de la LCD, que a continuación se analizan desde esta perspectiva.

#### *Art. 11 de la LCD*

Sanciona los actos de imitación de prestación e iniciativas empresariales ajenas, cuando tal imitación resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o del riesgo ajeno. Igualmente se considera desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor, cuando se realice con la intención de impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado.

Aunque en principio los actos de imitación son libres si no vulneran las reglas de la propiedad industrial, se considerarán desleales cuando van dirigidos a generar confusión en el consumidor, exacerbando las similitudes del producto imitado y ocultando las diferencias con este.

Dentro de esta conducta pueden incluirse con frecuencia los casos de *copycat packaging* en los que se dan las circunstancias mencionadas.

#### *Art. 13 de la LCD*

Declara desleales los actos de violación de secretos, tanto bajo la forma de divulgación de los mismos, como bajo la de su aprovechamiento o explotación en beneficio propio.

En el mercado de la distribución alimentaria es frecuente que los grandes grupos de distribución exijan a sus proveedores, especialmente a los fabricantes de MDD, que facilitan información técnica y comercial de sus productos para el proceso de negociación o de ejecución de los contratos. El uso abusivo de esta información, para fines distintos a los que justificaron su entrega, sería sancionable tanto conforme a la Ley 13/2013 de la Cadena Alimentaria como por el art. 13 de la LCD, aunque no siendo posible aplicar las dos sanciones simultáneamente, ya que se vulneraría el principio de *non bis in ídem*, es necesario optar por la aplicación de una u otra Ley.

En este caso, al ser la Ley de la Cadena Alimentaria una Ley especial para este sector resulta de aplicación preferente, por lo que los hechos de violación de secretos derivados de la información estratégica obtenida por los distribuidores de sus proveedores serán sancionados por esta.

Sin embargo, en los casos en que la información utilizada deslealmente hubiera sido obtenida por otros medios o fuera de los procesos de ejecución o de negociación de los contratos, sí sería posible acudir a los órganos de defensa de la competencia

### *Art. 16 de la LCD*

El art. 16 de la LCD es especialmente útil para enfrentarse a las actuaciones desleales, pues sanciona dos conductas que podrían considerarse como susceptibles de producirse en las relaciones entre los fabricantes y la gran distribución en el mercado al que nos venimos refiriendo, como son los actos de discriminación y el abuso de dependencia económica.

En cuanto a los actos de discriminación, la CNC identificó en su informe de 2011 algunas conductas habituales, destacando los casos de gestión de categoría por parte del distribuidor empleando prácticas discriminatorias respecto a algunos fabricantes de marca propia, ya sea mediante la eliminación de referencias de algún proveedor en particular para sustituirla por una MDD, ya mediante la colocación estratégica de los productos en sus lineales en beneficio de las MDD, incluso mediante la utilización de la política de precios y/o promociones en perjuicio de las MDF.

En realidad, estas conductas no son fácilmente perseguibles. Para ello, se requiere aportar al órgano de defensa de la competencia una prueba, o al menos un principio de prueba suficientemente sólido, acerca de la existencia del trato discriminatorio aplicado a diferentes fabricantes así como del perjuicio sufrido.

Más sencillo resulta encontrar supuestos de dependencia económica, cuestión respecto de la cual la LCD es más clara y precisa que en otros casos. En efecto, aunque no defina el concepto de dependencia económica, sí establece una presunción de su existencia en aquellos casos en los que el proveedor se vea obligado a conceder a su cliente de forma regular unas ventajas adicionales que no se ofrecen a compradores similares.

Esta figura viene a constituir una variable del abuso de posición dominante, aunque sin exigir que la empresa infractora se encuentre en posición de dominio en el mercado en general pero sí en particular respecto al proveedor perjudicado, es decir, cuando toda o la mayor parte de las expectativas de negocio de este dependen de sus ventas a un solo cliente sin disponer de alternativas reales equivalentes.

La LCD además de las actuaciones discriminatorias, incluye en este artículo los casos en los que existiendo una situación de dependencia económica, el distribuidor rompe unilateralmente, aunque sea de forma parcial, la relación comercial existente sin un preaviso mínimo de seis meses y en otros en los que el distribuidor obtiene de su proveedor precios condiciones de pago o de suministro y otras condiciones de cooperación comercial no incluidas en el contrato, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales.

Estas prácticas aparecen citadas como posiblemente frecuentes en el Informe de la CNC de 2011, en el que se menciona expresamente a

«las desreferenciaciones sin aviso previo y, en general, todas las que suponen una discriminación contra las marcas de fabricante, llevadas a cabo mediante modificaciones unilaterales injustificada de las condiciones de suministro pactadas, pueden ser calificadas como desleales, por explotar la posible relación de dependencia económica que los proveedores puedan tener respecto a sus distribuidores».

### *Arts. 5 y 15 de la LCD*

Finalmente, los arts. 5 y 15 de la LCD facilitan también la posibilidad de incoar expedientes por los órganos de defensa de la competencia al sancionar aquellos actos que proporcionan al infractor una ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de leyes y todos los que se reputen desleales por ser objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe.

Aunque la jurisprudencia suele aplicar la cláusula general del art. 5 LCD de manera muy restrictiva, la CNC en su informe de 2012 relativo al anteproyecto de Ley de la distribución agroalimentaria ya pone de manifiesto su aplicabilidad en materia de competencia, al señalar que las prácticas consideradas abusivas por el anteproyecto

«ya están tipificadas en el ordenamiento jurídico vigente, de forma particular en la LCD, ya sea en alguno de los tipos específicos de competencia desleal, ya sea a través de la cláusula general de competencia desleal».

Hasta el momento la CNMC, como anteriormente la CNC, se ha mostrado reacia a la aplicación del art. 3 de la LDC, realizando una interpretación muy restrictiva de la concurrencia del presupuesto de afectación al interés público. Así la CNMC resume el criterio de los órganos de competencia españoles señalando que el interés público debe ser analizado

«teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o el servicio afectado, de suerte que si tras ese análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva [...] no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal»<sup>7</sup>.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos intentado demostrar a lo largo de este artículo, las Autoridades de defensa de la competencia disponen de mecanismos para hacer frente a las prácticas desleales que se pueden dar en las cadenas de suministro de productos de consumo diario.

<sup>7</sup> Resoluciones S/0350/11 y S/0353/11 CESPAN y S/0377/11 AMAZON.

Aunque en una situación de dependencia económica con respecto a los grandes grupos de distribución los fabricantes carecen de incentivos para denunciarlos, puesto que correrían el riesgo de sufrir represalias difíciles de demostrar y suelen optar por soportar las prácticas abusivas como único medio de mantenerse en el mercado, tanto el legislador como las Autoridades de defensa de la competencia deben de actuar para garantizar que las nuevas prácticas que se están desarrollando en este sector no provoquen un deterioro de las condiciones de competencia efectivas existentes en los mercados afectados.

La ausencia de mecanismos legales ágiles y eficaces para evitar que determinados distribuidores que comercialicen y/o fabriquen MDD se aprovechen de las inversiones de las MDF en investigación e innovación, implica que dichos comportamientos se sigan produciendo ante una cierta pasividad de las autoridades, provocando graves distorsiones en los mercados en perjuicio de los consumidores y del interés público.

Por ello, parece absolutamente necesario que se arbitren unos medios para que tales prácticas puedan ser detectadas y sancionadas sin riesgo para los potenciales denunciante. Estas posibles medidas incluyen necesariamente que se faculte a las Autoridades administrativas competentes para inspeccionar o comprobar el funcionamiento de los mercados, así como para denunciar los abusos detectados ante los órganos de defensa de la competencia.



# LAS MULTAS ¿SON REALMENTE DISUASORIAS?

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

## 1. INTRODUCCIÓN

La evidencia de que la competencia efectiva es beneficiosa para los consumidores y el conjunto de la economía ha fomentado la elaboración y la aplicación del Derecho de la competencia. Tradicionalmente, en el estudio de los casos se ha dado más importancia al análisis jurídico que al análisis económico pero la evidencia pone de relieve que los asuntos sometidos al escrutinio de las Autoridades de defensa de la competencia (ADC) son complejos y exigen la combinación —y, por supuesto, los conocimientos— de los análisis jurídico y económico.

Uno de los procedimientos utilizados para frenar las tentaciones de aquellos que vulneran las normas de defensa de la competencia es la imposición de sanciones. Incluso, la magnitud de las sanciones es exhibida como un indicador de la eficiencia por parte de las ADC. Sin embargo, tal supuesto no ha sido demostrado, el montante de las sanciones no obedece a criterios rigurosos e inequívocos y cuando se menciona la magnitud de las sanciones impuestas no se toma en consideración el dato realmente relevante: la sanción efectivamente impuesta tras las correspondientes revisiones jurisdiccionales. La comparación entre las sanciones fijadas por las ADC y las realmente impuestas y el tiempo transcurrido entre ambas sería un buen tema de estudio cuya autoría debería recaer en las propias ADC.

Dicho esto, otra cuestión relevante merece ser destacada. Para ser efectivas, las sanciones —tras la correspondiente revisión jurisdiccional— deben ser inequívocamente disuasorias. Se cuenta con referencias que permiten apuntar que, con demasiada frecuencia, no lo son. Por una parte, las cuantías fijadas por las ADC contienen elevadas dosis de benevolencia. Por otra parte, su capacidad de disuasión mengua —en ocasiones significativamente— tras la oportuna revisión jurisdiccional. El origen del problema reside en las lagunas que acompañan la cuantificación inicial de las sanciones, no siempre bien estimadas ni suficientemente razonadas. A ello debe sumarse la tendencia de las ADC a huir de la estimación de los efectos de las con-

ductas prohibidas sobre la base de argumentos frágiles aunque bendecidos por las autoridades comunitarias.

Mi aportación solo pretende llamar la atención sobre los mencionados asuntos a la espera de disponer de los recursos y la información necesarios para abordarlos con rigor. Sin embargo, creo más oportuno que sean las propias ADC quienes lleven a cabo dicha misión que, sobre todo, es una exigencia.

El trabajo efectuado se ha distribuido en seis apartados. En el primero se aborda la cuestión de los beneficios extraordinarios a la luz del análisis económico. En el segundo, se repasa la regulación sobre las sanciones. El tercero se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del día 29 de enero del año 2015. En cuarto lugar, se exhiben tres ejemplos que ponen de relieve el olvido de la necesaria estimación de los beneficios ilícitos en la determinación de la cuantía de las sanciones. En el quinto apartado se ofrecen algunas referencias elementales para la estimación de dichos beneficios. Y, para terminar, se incluyen las conclusiones.

## 2. ABUSOS DE POSICIÓN DE DOMINIO, ACUERDOS Y BENEFICIOS EXTRAORDINARIOS

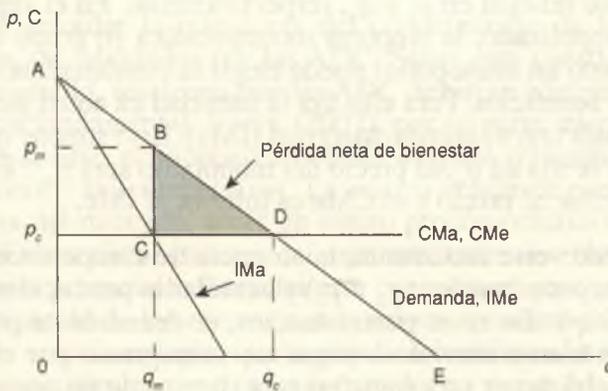
Un análisis de la estructura de los mercados en las modernas economías desarrolladas pone de relieve que las posiciones de dominio alcanzadas mediante decisiones administrativas, el desarrollo interno de las empresas o como consecuencia de acuerdos entre empresas potencialmente competidoras, son la característica habitual. El mayor riesgo inherente a dichas posiciones de dominio es su abuso. Dicho abuso tiene elevados efectos negativos sobre los consumidores, sobre la eficiencia empresarial y sobre el nivel de bienestar del conjunto de la sociedad. En particular, sus efectos se manifiestan sobre los precios, la cantidad ofrecida, la calidad de los bienes y servicios, el trato al cliente o los gastos dirigidos a mantener la posición de dominio, entre otras cuestiones. Con el fin de impedir o atenuar dichos efectos negativos, las sociedades modernas se han dotado de instrumentos de defensa de la competencia: normas y ADC.

En el caso español, la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC2007) resume, en su Preámbulo, la plataforma económica tradicional que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la competencia moderno. Cuanto se anuncia en el Preámbulo no es muy original, ni tiene validez universal. En todo caso, se apoya en premisas sencillas pero robustas y generalmente aceptadas como demuestra el hecho de que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía o a la economía industrial o de los mercados<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Los cursos de las universidades norteamericanas y europeas ofrecen buenas referencias en relación con esta cuestión. Ejemplos de textos aconsejables son SCHERER y ROSS (1990), TIROLE ([1988] 1990), PINDYCK y RUBINFELD ([1995] 2001), MOTTA (2004) o CARLTON y PERLOFF (2005).

La relevancia del análisis económico para interpretar los aspectos relevantes de la aplicación del Derecho de la competencia, se pone de manifiesto empleando un gráfico sencillo (Figura 1) que ha sido objeto de reconsideración y crítica pero que, en lo esencial, sirve como punto de partida para poner de relieve el carácter dañino del abuso de posición de dominio así como de los acuerdos cartelizados entre empresas potencialmente competitivas, en general, y el riesgo de los monopolios, en particular<sup>2</sup>.

**Figura 1.** Monopolio y competencia



La curva de demanda (D) puede interpretarse como una relación entre cantidades ( $q$ ) y precios ( $p$ )<sup>3</sup> de un bien o servicio correspondiente a cada nivel de consumo y mide el valor que tiene para el consumidor una unidad marginal de  $q$  en cada nivel de consumo. Bajo determinadas condiciones técnicas, la función de demanda es decreciente, traduciendo el hecho de que lo que el comprador está dispuesto a pagar por cada unidad de  $q$  (su valoración marginal) es menor a medida que aumenta la cantidad poseída del bien o servicio. En otros términos, cada punto de la curva refleja la cantidad marginal<sup>4</sup> que los consumidores estarían dispuestos a pagar por cada unidad del bien o servicio. En consecuencia, el área que queda por debajo de la curva de demanda refleja la cantidad total ( $p \cdot q$ ) que los consumidores están dispuestos a pagar por una determinada cantidad del bien o servicio.

Con el fin de simplificar el análisis y poner de manifiesto las virtudes del mercado y de la competencia, pueden suponerse dos casos extremos:

<sup>2</sup> Este apartado se basa en los textos utilizados en otros trabajos. Véase, p. ej., PETITBÔ (2013, 2014).

<sup>3</sup> Los precios, en los mercados con competencia perfecta, incluyen los beneficios normales correspondientes a una situación competitiva, con independencia de los beneficios extraordinarios, por lo general asociados a la innovación o al ejercicio de la posición de dominio —individual o colectiva— en el mercado. Las conductas perseguidas por las ADC tienen como referencia principal los beneficios extraordinarios relevantes obtenidos por los operadores económicos que incumplen la regulación de defensa de la competencia en perjuicio de sus clientes y de los consumidores durante un periodo de tiempo suficientemente extenso.

<sup>4</sup> Adquisición de las unidades del bien o servicio, una a una.

en primer lugar, un mercado suministrado por un conjunto de empresas<sup>5</sup> que compiten entre sí; y, en segundo lugar, un mercado dominado por una empresa monopolística (o por un grupo de empresas que actúan de común acuerdo para maximizar sus beneficios conjuntos). Supóngase, también, que los costes medios (CMe), en ambos casos, son constantes y, en consecuencia, iguales a los costes marginales (CMA). La demanda del mercado se representa por la línea AE, que equivale al ingreso medio (IME). De acuerdo con el análisis económico, cuando las empresas compiten, el precio de los bienes y servicios se iguala al CMA. En este caso, los  $p$  y las  $q$  de equilibrio se reflejan en  $p_c$  y  $q_c$ , respectivamente. En el supuesto de un mercado monopolizado, la empresa monopolística (o grupo de empresas que actúan como un monopolio) puede elegir la combinación de  $p$  y  $q$  que maximice sus beneficios. Para ello fija la cantidad en aquel punto C donde el CMA se iguala con el ingreso marginal (IMa). Esto supone que si la cantidad ofrecida se fija en  $q_m$ , el precio del monopolio será  $p_m$ <sup>6</sup>. En este punto el CMA es inferior al precio y el CMe es inferior al IME.

Como puede verse fácilmente, la ausencia de competencia, en principio, supone mayores precios ( $p_m > p_c$ ) y cantidades producidas y ofrecidas menores ( $q_m < q_c$ ). En estas circunstancias, el demandante puede decidir no comprar el bien o servicio o pagar un sobreprecio por el mismo, en cuyo caso tendrá lugar una transferencia directa de recursos de los demandantes —clientes— hacia el monopolista individual o colectivo y, en consecuencia, una pérdida neta —irrecuperable— de bienestar<sup>7</sup> para el conjunto de la sociedad. Por otra parte, la «vida tranquila» (HICKS, 1935) que supone la posición de dominio contribuye a reducir los incentivos a competir y, en muchos casos, a innovar. En consecuencia, en estas circunstancias no se alcanzan los resultados anunciados por KNIGHT (1923) al referirse a los mercados y a las sociedades competitivas en los cuales la organización económica tiende a asignar cada recurso productivo de manera que añada el mayor valor posible al dividendo nacional valorado en términos monetarios y a gratificar a cada participante en el proceso productivo con la fracción del dividendo social conseguido gracias a su cooperación.

Por todo ello no resulta extraño que, ante el riesgo de que las empresas puedan beneficiarse abusivamente de su inequívoca posición de dominio en sus mercados respectivos, se sugiera el análisis de los abusos de dicho poder, de las ineficiencias asignativas, productivas y dinámicas y del coste social correspondiente así como de políticas «proactivas»<sup>8</sup> con el objetivo de promover y defender la competencia.

<sup>5</sup> Por regla general, un número elevado de empresas.

<sup>6</sup> Como se refleja en la figura, el precio incluye beneficios extraordinarios, por encima de los beneficios normales percibidos por los empresarios en los mercados competitivos. El mayor precio perjudica a los demandantes en beneficio del monopolista.

<sup>7</sup> Reflejada por el triángulo BCD sombreado. En otros términos, la competencia perfecta permite alcanzar la eficiencia productiva y asignativa.

<sup>8</sup> Véase la Ley catalana por la que se crea la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia.

La actividad de las ADC y —por extensión— de los organismos reguladores debe tener como objetivo la maximización del excedente del consumidor y la mejora continua de la eficiencia empresarial y del bienestar. Cualquier otra alternativa se aleja de su función fundamental.

Por su parte, el empleo del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión la forma de las conductas y sus efectos. La estimación precisa de estos es una tarea compleja pero no por ello debe ser abandonada. El análisis sistemático de los efectos mejorará las técnicas utilizadas y contribuirá a perfeccionar el análisis empírico.

Conviene recordar la relevancia del conocimiento de los efectos de las conductas, tan olvidados por las ADC. Sobre esta cuestión, REY *et al.* (2006), por ejemplo, sostienen que las ADC deberían contemplarlos como una referencia fundamental. JENNY (2007), por su parte, es contundente al respecto: «El análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas procompetitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto procompetitivo (o ser pro-eficiencia) o, en otras circunstancias del mercado, tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial». Resuelta esta cuestión, el paso siguiente debe ser la cuantificación de los efectos con la mayor aproximación posible con dos objetivos: en primer lugar, que se pueda determinar el impacto real del ilícito anticompetitivo pues no todas las conductas tienen los mismos efectos y, en segundo lugar, para que las sanciones sean realmente preventivas y disuasorias.

### 3. LA REGULACIÓN SOBRE LAS SANCIONES

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC1989), sorprendentemente, no clasificaba las sanciones de acuerdo con la gravedad de las infracciones. El art. 62 de la LDC2007 corrigió dicha limitación y estableció que las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves aunque con líneas de demarcación difusas —«márgenes de apreciación», se dice— que abren la puerta a la discrecionalidad de las ADC y, en consecuencia, a los recursos ante los órganos jurisdiccionales<sup>9</sup>. Por su parte, el art. 63 establece la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) para imponer sanciones a quienes infrinjan lo dispuesto en la LDC2007.

Sobre la base de la mencionada clasificación, la LDC2007 establece el rango de las sanciones que oscilan desde cero —«hasta el 1 por 100»— en el caso de las infracciones leves, «hasta el 10 por 100» del «volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa» en el caso de las infracciones muy graves. También se contempla la posibilidad de sancionar con «una multa de hasta

<sup>9</sup> También aumentan la actividad de los profesionales del Derecho expertos en temas de defensa de la competencia.

60.000 euros» a cada uno de los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de las empresas que hayan intervenido «en el acuerdo o decisión», excluyendo, sorprendentemente, a aquellas personas que hayan tomado la decisión de medidas calificadas como abuso de posición de dominio.

En su art. 64, la LDC2007 establece algunos criterios<sup>10</sup> para la determinación de las sanciones entre los que, a efectos del presente trabajo, destaca el apartado f): «Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción».

La Disposición adicional tercera de la LDC2007 permite a la CNC publicar Comunicaciones aclarando los principios que orientan su actuación en la aplicación de dicha Ley y, en particular, en relación con sus arts. 1, 2 y 3. Por su parte, el Reglamento de Defensa de la Competencia vigente (RDC)<sup>11</sup> establece, en su art. 79, que la CNC puede, bajo determinadas condiciones, dictar Comunicaciones que, en cualquier caso, deberán ser publicadas en la página web de la Comisión y en el *Boletín Oficial del Estado*. Sobre la base de sus potestades, la CNC dictó, en el año 2009, una Comunicación (COM2009) sobre la cuantificación de las sanciones derivadas del incumplimiento de los mencionados arts. 1, 2 y 3 de la LDC2007 y 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>12</sup>. Se pretendía que los criterios incluidos en la COM2009 fueran de carácter general pero se abría la puerta a la consideración de otros criterios no explicitados en la Comunicación «y conformes, en todo caso con lo establecido en la Ley». Con singular prudencia, la COM2009 establecía que la misma sería objeto de revisión en el plazo de dos años a partir de la primera aplicación en una resolución sancionadora.

El objetivo de la COM2009 era «mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su *efecto disuasorio* (cursiva AP) y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos».

De acuerdo con la COM2009, la cuantificación de la sanción por infracción de los mencionados artículos se realizaría en tres fases: a) determinación del importe básico de la sanción<sup>13</sup>; b) aplicación de un coeficiente de ajuste a dicho importe básico en función de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes<sup>14</sup>; y c) ajuste, cuando proceda, de la cifra

<sup>10</sup> En el apartado I se dice: «El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios».

<sup>11</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 50, de 28 de febrero).

<sup>12</sup> Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

<sup>13</sup> Dicho importe básico se situará entre el 10 y el 30 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción (Apartados III.14 y III.15) de la Comunicación y aumentará de acuerdo con la duración de la infracción siendo el peso relativo de cada año adicional decreciente con la duración, de acuerdo con unos valores incluidos en la Comunicación. La fórmula para obtener el importe básico de la sanción figura en el Anexo a la Comunicación.

<sup>14</sup> La aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes, referidas al art. 64 LDC2007 supondrá un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje incluido entre el 5 y el 15 por 100.

obtenida en la fase *b*) a los límites establecidos en la LDC2007 y al *beneficio ilícito* obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción. Lo relevante a los efectos del presente trabajo es que, de acuerdo con el art. 19 COM2009, «Cuando sea posible calcular el *beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del infractor, la multa no podrá ser inferior al mismo*» (cursivas añadidas). Todo parece impregnado de sentido común.

La COM2009, asimismo, en su Apartado VII, contemplaba la posibilidad de aplicar sanciones a los representantes legales o personas que integrasen los órganos directivos que hubieran intervenido en los acuerdos o decisiones objeto de sanción los cuales deberían hacer efectiva la sanción. El límite máximo de la sanción, se establecía en 60.000 euros y la referencia para su determinación era un porcentaje comprendido entre el 1 y el 5 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción, en función de las circunstancias. La consideración de la posibilidad de sancionar a los actores de las infracciones es manifiestamente razonable, aunque, a mi juicio, demasiado prudente. Deberían reforzarse este tipo de sanciones para asegurar que fueran efectivamente disuasorias.

#### 4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS del día 29 de enero del año 2015<sup>15</sup> dio al traste con la COM2009. Terminó con la aplicación del sentido común a la determinación de la cuantía de las sanciones y con la adaptación a nuestro procedimiento de la metodología de la autoridad comunitaria. Y lo hizo sobre la base del contenido de la LDC2007. Haber dado una solución jurídica al problema desde el TS bastante tiempo antes no era difícil y hubiera ahorrado problemas y costes. Pero, sorprendentemente, no se hizo.

La citada STS traía causa del recurso de casación interpuesto tras la sentencia de la AN, del día 24 de junio de 2013, que estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «BCN Aduanas y Transportes, S. A.» y anuló otra parte del mismo referido a la determinación del importe de la sanción fijado en la resolución de la CNMC, dictada en el procedimiento S/0269/10 (Transitarios 2), de fecha 3 de diciembre de 2011.

La Sala de instancia centró su razonamiento en la individualización de las sanciones e interpretó la expresión «multa de hasta un 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora», correspondiente a las «infracciones muy graves», de acuerdo con el art. 63.1 LDC2007 en un doble sentido. En primer lugar, consideró que el límite del 10 por 100 no es un mero «umbral de nivelación» que opere *a posteriori* sobre el importe de la sanción determinado sobre la base de criterios que permitan fijar un

<sup>15</sup> MARCOS (2016) sostiene que «el principal reto de la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia en España reside en la revisión judicial de las decisiones de las autoridades administrativas y en la colaboración judicial con las autoridades de defensa de la competencia». Entre las sentencias consideradas se incluye la STS citada.

«importe de base» mayor. Y, en segundo lugar, estimó que el volumen de negocios sobre el que debe aplicarse el porcentaje es el que corresponde al «ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción». En otras palabras, a aquella parte del mercado afectada, directa o indirectamente, por la infracción; no a la cifra de ventas total. Por supuesto, hay razones para defender esta interpretación. Pero también hay razones para defender otras interpretaciones. Las referencias deberían ser los efectos reales de las infracciones y la voluntad disuasoria de las sanciones. Una combinación que debe interpretarse a la luz de la inteligencia jurídica y de los objetivos realmente perseguidos.

Sostiene la mencionada STS que no resulta aceptable la argumentación del abogado del Estado, apoyada en la COM2009, sobre la cuantificación de las sanciones. Asimismo, afirma el Alto Tribunal que los criterios del abogado del Estado pueden aceptarse en aplicación del art. 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea «pero no se aviene con la norma legal española», de acuerdo con lo dispuesto en el art. 63 LDC2007. Se trata de una argumentación sin fisuras jurídicas, aunque tardía.

El núcleo de la argumentación del TS reside en el hecho de que aun cuando las ADC nacionales y comunitarias apliquen las mismas normas sustantivas «lo hacen con procedimientos y sanciones que —hasta este momento— no son objeto de una regulación armonizada». Y, de forma contundente, afirma que «los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla»; algo, también, de sentido común.

Adicionalmente, no cabe objeción alguna a la referencia al «volumen de negocios»<sup>16</sup> como referencia para la determinación del importe de la sanción. Es un buen indicador de la capacidad y situación económica de la empresa infractora. El legislador pudo haber elegido otro criterio, pero se inclinó por este. Prefirió la actual referencia para referirse al conjunto de la actividad del operador económico, no a una fracción de la misma<sup>17</sup>. Es difícil oponerse a este criterio si se persigue un efecto disuasorio efectivo de las sanciones. También podría referirse la sanción al daño causado en el mercado relevante afectado como primera referencia y tomar como referencia última la cifra de negocios total de la empresa infractora. Pero la ley tomó una referencia y esta es la que prevalece hasta que la norma se perfeccione.

El art. 64.1 LDC2007 es interpretado por la STS haciendo referencia a que el importe de la multa debe tomar en consideración criterios tales como: la dimensión y características del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa infractora en dicho mercado, los *beneficios ilícitos* obtenidos o el hecho de que la sanción debe fijarse en un *nivel suficientemente disuasorio*.

<sup>16</sup> Sustituible por «volumen de negocio total».

<sup>17</sup> Como recuerda el voto particular correspondiente a la SAN, en el proceso de redacción de la LDL2007 se rechazaron las propuestas que «específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan solo las realizadas en el mercado afectado por la infracción».

rio (cursivas AP). Cuestiones obvias en los procedimientos sancionadores en el campo de la defensa de la competencia.

Tras unas consideraciones de carácter metodológico<sup>18</sup>, se sostiene contundentemente que «corresponde a la ley —y no a quien la ejecute o interprete— establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico».

En consecuencia, fiel a su razonamiento, el Alto Tribunal declara la nulidad de la multa impuesta y ordena a la CNMC a un nuevo cálculo de la sanción sobre la base de lo dispuesto en los arts. 63 y 64 de la LDC2007.

Dado que la STS choca, aunque sea tangencialmente, con la posición mantenida por la CNC sobre la base de la COM2009, no debe resultar extraño que quien fuera su presidente en el momento de redactar la Comunicación, la comente en el marco de los principios exigidos por la cortesía institucional. En efecto, el expresidente de la CNC, Luis Berenguer, en un artículo compartido, se ha pronunciado en relación con la STS en lo referido al cálculo de las multas<sup>19</sup>. Tras constatar la «enorme incertidumbre e inseguridad jurídica entre los operadores económicos, los profesionales del Derecho<sup>20</sup> y las propias ADC (estatales y autonómicas)», analizar las sanciones en materia de la competencia en el ordenamiento jurídico español y examinar la doctrina de la AN y del TS en materia de cálculo de multas, los autores del trabajo concluyen que a partir de la mencionada sentencia del TS se «incrementa el grado de seguridad jurídica para los potenciales infractores respecto de la *insostenible* situación precedente» y se acepta que la doctrina del TS «restituye la potestad sancionadora de las ADC al momento anterior a marzo de 2013». En aquel momento, la AN circunscribió el «volumen de negocios» exclusivamente al mercado afectado por la infracción, si bien los autores consideran que la propia doctrina del TS no resuelve definitivamente la incertidumbre implícita en el método del cálculo de las multas. Como complemento, a la luz de la experiencia, los autores del trabajo sugieren modificaciones en la regulación, entre las que destaca «el deber de motivar suficientemente» la determinación de las sanciones «para que las entidades infractoras no tengan la impresión, como sucede ahora, de que la cuantía de las multas se fija “a capón” (*sic*)». No cabe duda de que la motivación es algo que no debería recordarse porque es una pieza imprescindible en cualquier procedimiento.

## 5. EL FRECUENTE OLVIDO DE LOS BENEFICIOS ILÍCITOS (EXTRAORDINARIOS) EN LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS SANCIONES

En el contexto del presente trabajo interesa averiguar si, realmente, se cumple el principio de que las sanciones deben ser efectivamente disuasori-

<sup>18</sup> Beneficio esperado < Coste de la sanción; aplicación de un factor de probabilidad, por ejemplo.

<sup>19</sup> Véase BERENGUER y BACHES (2015). Véase también PEDRAZ (2016).

<sup>20</sup> Y de la Economía, por supuesto.

rias<sup>21</sup>. Para ello, a continuación, se examinarán tres ejemplos que revelan que la CNMC no ha tomado en consideración todas las previsiones de la LDC2007. Ha faltado convencimiento y determinación. En la LDC2007 se unieron Servicio y Tribunal para simplificar procedimientos y para que la Sala de competencia resolviera sobre la base de una instrucción rigurosa e ilustrada que cubriera todo aquello previsto en la LDC2009. Algo que no siempre sucede. La instrucción, con demasiada frecuencia, es incompleta. Y no hay reacciones al respecto.

El primer ejemplo se refiere a la Resolución recaída en el Expte. 5/DC/0504/14 A10, de fecha 26 de mayo de 2016<sup>22</sup>. Se dice en la Resolución que la conducta examinada exhibe «una infracción única y continuada, constitutiva de un cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios así como de las condiciones de distribución y dispensación de absorbentes para incontinencia de orina (AIO) financiadas por el Sistema Nacional de Salud (SNS) destinados a pacientes no hospitalizados. Constituye por tanto una infracción *muy grave*» (cursiva añadida).

Pero la Resolución va más allá. Afirma que el cártel estuvo activo durante casi dos décadas, la cuota de mercado conjunta de los infractores en el mercado relevante era del 95 por 100, siendo el mercado geográfico relevante todo el mercado nacional. Además, admite la Resolución una gravedad adicional: al tratarse de bienes sanitarios de primera necesidad costeados por el presupuesto público, ha contribuido a aumentar el gasto público en estos productos en detrimento de otros bienes de primera necesidad. Es decir, un cártel que afecta a todo el mercado nacional, una cuota de mercado conjunta del 95 por 100 y una duración de casi veinte años. Se trata de una conducta, ciertamente, muy grave. ¿Qué puede ser más grave que un cártel de estas características? Sin embargo, la frialdad analítica de la instrucción rebaja la capacidad disuasoria de la autoridad responsable de la defensa de la competencia.

Adicionalmente, reconoce la Resolución, aunque no cuantifica los efectos totales, que «efectivamente se produjo la fijación del precio de venta de laboratorio muy por encima del precio obtenido en una licitación competitiva» de manera que «ha quedado acreditado que los precios de los AIO dispensados por el canal farmacéutico son mucho más elevados que los adquiridos en el canal institucional. En efecto, el sobreprecio se aproxima al 100 por 100, es decir, casi el doble que el precio pagado por el SNS en el canal institucional».

Sin embargo, a pesar de lo dicho y sin que se estimen los beneficios extraordinarios del cártel durante su periodo de vigencia, sostuvo el Consejo que «el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un

---

<sup>21</sup> La literatura relacionada con el carácter disuasorio de las sanciones se inclina por concluir que solo en una reducida proporción de casos las sanciones son efectivamente disuasorias. Véase, p. ej., CONNOR (2007), COMBE y MONNIER (2011) o SMUDA (2014), citados por PASCUAL (2015).

<sup>22</sup> Un ejemplo de la perversidad del sistema de clemencia.

tipo sancionador global del 5,3 por 100, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa». Tal razonamiento no deja de ser sorprendente y supone el olvido de la función encomendada a la CNMC en los casos de abuso de posición de dominio por acuerdos cartelizados entre empresas potencialmente competitivas.

La Resolución dice que no ha sido necesario realizar ningún ajuste de proporcionalidad «ya que todas las empresas se encuentran significativamente por debajo de la que podrá considerarse el límite de proporcionalidad. Para realizar cualquier valoración de proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)». Y concluye con una afirmación que, en el marco de la voluntad del legislador, no se sostiene, ni se puede sostener: «Las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas», cuando realmente lo son. Además, dadas las características de la infracción no hay duda alguna de que son incentivadoras de las conductas prohibidas por la LDC2007, cuando lo que debe hacer la CNMC es, precisamente, lo contrario: actuar con toda la contundencia que permite la LDC2007 para desincentivar la comisión de infracciones en materia de defensa de la competencia.

El segundo ejemplo se refiere a la Resolución recaída en el Expte. S/0425/12 Industrias Láctea 2, de fecha 26 de febrero de 2015, declarando acreditada una infracción del art. 1 LDC2007 y de la LDC 1989 así como del art. 1 del TFUE. Los infractores sancionados fueron dos Asociaciones y nueve empresas. La sanción ascendió a, prácticamente, 88 millones de euros.

La mencionada sanción puede parecer elevada pero, una vez leída la Resolución y conocida la estimación de la CNMC del beneficio extraordinario (ilícito) obtenido por las empresas participantes en el cártel, «por su felonía», puede sostenerse que, lejos de ser disuasoria, una vez más, es incentivadora de nuevos desmanes anticompetitivos.

En efecto, de acuerdo con la propia Resolución, las empresas infractoras llevaron a cabo diversas conductas restrictivas durante los años 2000-2013. Tales conductas consistieron en el intercambio de información sensible con el fin de adoptar una estrategia común dirigida a controlar el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca, provocando efectos negativos en el mercado en perjuicio, sobre todo, de la industria ganadera. Y, con toda seguridad, de los consumidores.

De acuerdo con la Resolución de la CNMC, se trata de una conducta calificada —una vez más— como muy grave, que ha incidido sobre un consumo básico en un contexto geográfico regional. De acuerdo con el texto común en este punto de las resoluciones, los factores considerados por el Consejo conducen a «considerar que el reproche sancionador debe situarse

con carácter general en el tramo medio de la escala, sin perjuicio de los ajustes al alza o a la baja que corresponde hacer en la fase de individualización de las sanciones atendiendo a la conducta de cada empresa». En este caso, no se trata del tramo medio-alto sino del «tramo medio» sin que se justifiquen los matices ni, posiblemente, existan argumentos robustos para la sutileza del eventual matiz.

En la Resolución se considera el beneficio ilícito como criterio de responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 64.1 LDC2007. Se recuerda que se trata de evitar «que la comisión de las infracciones tipificadas no resulten más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas» (art. 131.2 Ley 30/1992). Sin embargo, en este caso, dicho principio no se cumple.

Realmente, la Resolución debe ser destacada porque en la misma se avanza considerablemente en relación con la consideración de los criterios que conducen a la determinación de las sanciones. A ello ha contribuido la reciente y esclarecedora STS citada. El guión de la argumentación ha sido el art. 64 LDC2007. Sin embargo, dejando al margen cuestiones de menor importancia, sorprende que la Resolución no haya atendido razonadamente —con la intención que el caso exige— a «las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la concurrencia» y se haya apoyado, sobre todo, en el «principio de proporcionalidad». En efecto, de acuerdo con los datos que figuran en la Resolución —no obtenidos directamente sino estimados sin demasiada contundencia argumental— el «beneficio ilícito» obtenido por las nueve empresas cartelistas ha sido de más de 815 millones de euros mientras que la sanción impuesta no ha llegado a los 88 millones de euros. Sorprende, en consecuencia, la decisión de la CNMC por la gran diferencia entre ambas cantidades pues se ha prescindido de tomar en consideración el carácter fundamental del efecto disuasorio que debe presidir la Resolución pese a que en la misma se mencionaron trabajos que arrojan luz sobre esta cuestión. Acaso se ha dado mayor importancia al hecho de que «el tipo sancionador que se aplica sobre el volumen total de ventas en 2014 para determinar la multa deberá ser reducido cuando conduzca a una clara desproporción entre la multa resultante y la estimación del beneficio ilícito obtenido por la empresa en comparación con la equivalente relación entre uno y otro factor para el resto de empresas. Pero tal argumentación ni se justifica ni se entiende. Otros elementos no explicitados deben haber sido determinantes en el momento de la decisión final.

Otrosí: la CNMC no ha considerado el agravante de la reiteración prevista en la legislación olvidando que, en el año 1997, el TDC ya se pronunció sobre un caso similar.

El tercer ejemplo, y último que se toma en consideración, se refiere a la Resolución recaída en el expediente S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, de 30 de junio de 2016. En la parte dispositiva, la Resolución declara la existencia de una infracción única y continuada de

lo dispuesto en el art. 1 LDC2007 y en el art. 101 TFUE, «consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, que se ha llevado a cabo al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014». En el apartado séptimo de la Resolución (determinación de la sanción) se afirma que se trata de una conducta continuada, durante quince años, afectando al mercado nacional, calificada como «muy grave» y se recuerda la necesidad de la disuasión y la proporcionalidad, remitiendo el texto, una vez más, a la citada STS. De nuevo se trata de una infracción «muy grave» con quince años de vida que tuvo lugar en un mercado capturado por iniciativa de la propia administración.

Realmente, el presente caso es peculiar dado el mercado afectado por la conducta sancionada y las características del comprador. Algo particularmente grave pues la captura del comprador ha sido manifiesta sin que queden claras las contrapartidas, si las hubo.

Lógicamente, como consecuencia del acuerdo entre las empresas licitadoras, ADIF —los contribuyentes, por supuesto— pagó «un precio muy superior» por los desvíos ferroviarios en relación con el que hubiera pagado en una licitación pública en un contexto de competencia efectiva. El Consejo considera que «el reproche sancionador [...] debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 6,5 por 100, sin perjuicio de los ajustes que corresponde hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa». De nuevo, una infracción «muy grave», de larga vida, merece un reproche sancionador situado en el tramo «medio-alto». Cabe preguntarse qué debe hacerse por parte de los infractores de las normas de defensa de la competencia para que la CNMC considere que una conducta debe ser sancionada con la sanción máxima. Y la pregunta se basa, por supuesto, en la falta de argumentación de los criterios utilizados.

Sorprende que, en este contexto, el Consejo se refiera a la estimación del beneficio ilícito exclusivamente para la valoración de la proporcionalidad, no para la imposición de una sanción que debe tener un carácter inequívocamente disuasorio. Remitiéndonos a la STS, esta recuerda que «para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito». De acuerdo con las estimaciones realizadas, cuyo cálculo no se explicita, «las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, ya que el beneficio ilícito potencial estimado más probable es más de doce veces la multa que se propone [...] lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas». Pero olvida la Resolución algo realmente relevante: no son desincentivadoras. Por el contrario, una vez más resultan benevolentes e incentivadoras. Adicionalmente, puede decirse que las causas consideradas como atenuantes difícilmente pueden entenderse como tales.

## 6. LA ESTIMACIÓN DE LOS BENEFICIOS ILÍCITOS (EXTRAORDINARIOS)

La Figura 1 tiene su origen en un artículo de HARBERGER (1954) que abrió un debate sobre la relevancia de los beneficios asociados al ejercicio abusivo de la posición de dominio y a sus consecuencias<sup>23</sup>: la asignación ineficiente de recursos y la pérdida neta de bienestar asociadas al monopolio (el conocido como triángulo de Harberger<sup>24</sup>). Sus conclusiones, referidas al sector manufacturero, fueron contundentes: el monopolio no parece afectar seriamente al bienestar agregado a través de las ineficiencias en la asignación de recursos. Sus estimaciones sobre los efectos de los monopolios sobre el bienestar, referidas a la economía de Estados Unidos en el periodo 1924-1928, apuntaban a una pérdida neta de bienestar del 0,1 por 100 del PIB<sup>25</sup>. A su juicio, otras cuestiones impactaban sobre la ineficiencia con mayor intensidad: las tarifas, los impuestos sobre el consumo, los subsidios, los sindicatos o la política agrícola, por ejemplo. El estudio de HARBERGER no pasó desapercibido y mereció, rápidamente, una respuesta crítica de carácter metodológico por parte de STIGLER (1956) quien también se refirió a los estudios de KAPLAN (1954) y WESTON (1953). El debate estaba abierto con el método de cálculo de los beneficios extraordinarios del monopolio como telón de fondo. En todo caso, STIGLER sostuvo que las pérdidas serían mayores si el trabajo de las ADC fuera menos intenso, lo que equivale a subrayar el papel relevante de las autoridades.

En el debate intervino POSNER (1975) quien introdujo mejoras en la metodología utilizada por HARBERGER pero llegó a las mismas conclusiones generales acerca de los costes sociales de los monopolios y la regulación, aunque con resultados cuantitativos distintos<sup>26</sup>. Asimismo, POSNER sostuvo que los costes del monopolio son superiores en los sectores regulados en comparación con los sectores no regulados. Por su parte, COMANOR y LEIBENSTEIN (1969, citado) consideraron que la introducción de competencia en un mercado monopolizado tendría dos efectos: la eliminación de las rentas de monopolio y la reducción de los CMe. Tales efectos deben ser considerados en la estimación de la pérdida de bienestar debido a la conducta de los monopolios. Adicionalmente, en el análisis de estas cuestiones también debe tomarse en consideración la Ineficiencia-X (LEIBENSTEIN, 1966) generada por el mal uso de los recursos por parte de las empresas monopolistas.

Cierto las referencias al debate mencionando el trabajo de COWLING y MUELLER (1978) quienes, tras discutir las distintas aportaciones efectua-

<sup>23</sup> Hay precedentes acerca de este tipo de preocupaciones. Véase, p. e., HADLEY (1897). Debo esta referencia a COMANOR y LEIBENSTEIN (1969).

<sup>24</sup> HARBERGER nunca habló del «Triángulo de Harberger». De acuerdo con HINES Jr. (1998), la primera referencia al respecto se encuentra en ROSENBERG (1969). Véase HARBERGER y BAILY (eds.) (1969).

<sup>25</sup> HARBERGER consideró que el sobreprecio del monopolio era del 6 por 100 y supuso que la elasticidad de la demanda era constante e igual a 1.

<sup>26</sup> POSNER, *op. cit.*, apuntó un asunto de interés: el análisis coste-beneficio de las leyes antimopolio.

das a partir del trabajo de HARBERGER, plantean una nueva reflexión sobre la base de cuatro críticas metodológicas y estimaciones que, a su juicio, superan las limitaciones de dicho trabajo. En su opinión, las estimaciones efectuadas deben ser objeto de reconsideración al alza. Utilizando la metodología de HARBERGER, COWLING y MUELLER estiman que la pérdida de bienestar agregada en el caso de la Gran Bretaña se estimaba entre el 0,2 y el 3 por 100 del producto bruto corporativo en relación con el periodo 1968-1969 pero, de acuerdo con sus cálculos, en realidad dichas cifras oscilan entre el 3,9 y el 7,2 por 100. En definitiva, sus estimaciones sugieren «pérdidas significativas de bienestar debido al ejercicio del poder de monopolio». Y no menos relevante: desde la perspectiva de la lucha contra los abusos de poder de dominio, dichos autores sostienen que la política de defensa de la competencia no se basa en un ataque frontal contra el poder de mercado sino en ataques selectivos contra los violadores más flagrantes de dichas normas.

En un documento de la Comisión Europea (2011) basado en datos de la OCDE<sup>27</sup>, se sostiene que, tomando una selección de cárteles como referencia, se ha estimado que «el incremento medio de los precios era de entre el 15 y el 20 por 100, pudiendo llegar a más del 50 por 100». Si un cártel dura varios años, las empresas participantes se beneficiarán de esos precios más elevados todos los años que dure el mismo». De este hecho concluye la Comisión que «la sanción debe tenerlo en cuenta para cumplir su objetivo de prevención en el conjunto del sector».

No cabe duda de que los estudios dirigidos a estimar los beneficios extraordinarios de las empresas monopolistas y la pérdida neta de bienestar aportan conocimiento pero no están exentas de críticas. La cuantificación precisa de dichos beneficios supone un trabajo arduo que se lleva a cabo sobre la base de información cuantitativa imperfecta<sup>28</sup>. Pero su mérito radica en el hecho de haber puesto de manifiesto una cuestión de envergadura: el abuso de posición de dominio —a partir de posiciones monopolistas o de acuerdos entre empresas potencialmente competitivas— tiene efectos negativos sobre los demandantes y el conjunto de la economía. Refuerza esta cuestión el hecho de que, en contra de lo que algunos economistas sostienen, los cárteles no tienen una vida efímera, causando daño durante largos periodos de tiempo<sup>29</sup>. En cualquier caso,

<sup>27</sup> Véase el documento posterior de la OECD (2012a). En dicho documento se afirma que para la mayor parte de ententes el sobrecoste se sitúa entre el 10 y el 20 por 100 y que las ententes con sobrecostes del 40 por 100 representan menos del 10 por 100.

<sup>28</sup> Sobre las dificultades metodológicas y de orden empírico para determinar los beneficios extraordinarios véase OECD (2012a), *op. cit.*

<sup>29</sup> Las Resoluciones de la CNMC muestran muchos casos de la larga vida de los cárteles. El recurso a los «chivatos», más que al trabajo de investigación de la CNMC, ha permitido poner de manifiesto muchos de estos casos. Por su parte, la OECD (2012b) sostuvo que muchos de los cárteles examinados operaron «durante muchos años, incluso décadas, especialmente en aquellos países que no perseguían activamente los cárteles». En dicho documento se sostiene que el daño causado por los cárteles es considerable y, pese a las dificultades de su estimación, se aventura una cantidad anual de «miles de millones de dólares». En este documento se estima que, en promedio, los beneficios derivados de la fijación de precios es del 10 por 100 del precio de venta.

siguiendo el razonamiento de HINES Jr. (1998, citado), el trabajo pionero de HARBERGER puede someterse a crítica pero el hecho relevante es que sin llevar a cabo el ejercicio de estimar los efectos del abuso de posición de dominio los grandes problemas no pueden salir a la luz y aquellos relacionados con los fallos del mercado carecerían de apoyo empírico y su conocimiento no progresaría.

En relación con estas cuestiones cobra interés el asunto de la fijación de las sanciones dado el beneficio extraordinario percibido por quienes abusan de su poder de monopolio individual o colectivo. Desde la perspectiva del análisis económico es posible definir criterios acerca del importe de las sanciones mínimas. PADILLA y ZOIDO (2008), por ejemplo, sostienen que «la sanción mínima que asegura la disuasión de las infracciones resulta del producto de la ganancia ilícita esperada y de la inversa de la probabilidad de ser detectado y sancionado». Y de su análisis concluyen que «la teoría económica sugiere que las multas óptimas deben tener en cuenta la probabilidad de detección y los beneficios adicionales obtenidos como consecuencia de la conducta ilícita, que dependen, a su vez, entre otros factores, del impacto de la infracción sobre los precios y del volumen de negocio afectado, pero no apoya que las multas se fijen en niveles superiores al mínimo que asegura la disuasión». Cuestión relevante que debería merecer toda la atención por parte de las ADC.

En efecto, los análisis efectuados sugieren que la intervención de las ADC puede conllevar incrementos de precios<sup>30</sup> y la información contenida en los expedientes puede servir para iniciar movimientos estratégicos que perjudiquen a las empresas rivales. PADILLA y ZOIDO (2008, citado), por ejemplo, tras considerar pertinente la aplicación de sanciones como instrumento disuasorio, sostienen que si las sanciones son demasiado elevadas «pueden tener efecto adversos sobre el bienestar social y de los consumidores, tanto a corto como a largo plazo, incrementando los precios y desincentivando la inversión». En consecuencia, resulta consecuente que aboguen por avanzar tanto desde el punto de vista teórico como del análisis empírico de la experiencia pasada.

Sobre estas cuestiones PASCUAL (2015 citado), tomando como referencia la mencionada STS, recuerda los principios teóricos y prácticos para la determinación de las sanciones por parte de las ADC. A su juicio, tales principios son: *a)* en estos momentos, las sanciones son el principal instrumento disuasorio para evitar las conductas anticompetitivas; *b)* debe actuarse sobre los incentivos de los infractores potenciales de forma que infringir no resulte rentable; *c)* el principio de proporcionalidad impone ciertas limitaciones a la imposición de multas óptimas<sup>31</sup>; *d)* el beneficio ilícito encuentra su aproximación más practicable en un múltiplo de las ventas relacionadas

<sup>30</sup> Véase OECD (2012a), *op. cit.*

<sup>31</sup> Es obvio que tales «limitaciones» benefician a los infractores. Resulta de interés ver sus efectos sobre el interés general. En todo caso, de ser así, este hecho sugiere la necesidad de revisar el procedimiento sancionador.

con la infracción; e) la norma de las ADC consiste en partir de un múltiplo del volumen de ventas afectado, imponiendo un límite superior que evite los efectos indeseados de la sanción<sup>32</sup>. Las conclusiones del trabajo de PASCUAL, en línea con lo dicho por BERENGUER y BACHES (2015, *op. cit.*), conducen a una propuesta razonable que debería ser atendida: «consagrar en el texto de la ley parte de la metodología que venía aplicándose antes de la sentencia<sup>33</sup>, haciendo los ajustes necesarios, devolviendo, de esta forma, la práctica de la autoridad española a la corriente imperante en el resto de jurisdicciones internacionales más relevantes y mejorando la transparencia y predictibilidad del sistema».

No es frecuente que las ADC españoles estimen, ni siquiera aproximadamente, el daño causado o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia del abuso de posición de dominio. Pero hay excepciones a dicha regla como se puso de manifiesto en el contexto de los debates desarrollados en la OECD (2012b).

Recientemente, SILOS (2016) presentó un ejercicio llevado a cabo sobre la base de los datos correspondientes al mercado del taxi. El ejercicio permitía conocer, con suficiente aproximación, válida en el contexto de los análisis en el campo del derecho de la competencia, los beneficios extraordinarios derivados de normas ineficientes restrictivas de la competencia. El ensayo realizado es una referencia —sencilla pero contundente, sujeta a matices pero con suficiente calado— que puede aplicarse sin excesivas dificultades en los procedimientos seguidos ante las ADC con el fin de estimar el daño causado por las infracciones al derecho de la competencia relacionados con los abusos de posición de dominio individual o colectivo y, en consecuencia, estimar la sanción disuasoria más adecuada. El poder del órgano instructor facilita que durante el proceso de instrucción sea posible afinar los cálculos pero el punto de partida ya está diseñado. Adicionalmente, el inicio de la práctica de estimar los beneficios extraordinarios de las actuaciones anticompetitivas conducirá a su perfeccionamiento, tal como demuestra la evidencia teórica y empírica. Pero hay que empezar y tener la voluntad de mejorar los mecanismos de estimación de los beneficios extraordinarios y fijación de sanciones.

El ejercicio mencionado traía causa del proceso de recurso tramitado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en aplicación del art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. Dicho proceso se refería a la Ordenanza Municipal del Servicio del Taxi, aprobada el día 20 de mayo de 2015, publicada el día 9 de junio siguiente en el *Boletín Oficial de la provincia de Málaga* (CNMC 2015).

El trabajo llevado a cabo se apoya en el mencionado «Triángulo de Harberger». El asunto no reviste gran complejidad pues incluye, las ventajas de su simplicidad en relación con la cuantificación del impacto —uno de

<sup>32</sup> En este punto vale el comentario de la nota anterior.

<sup>33</sup> Se refiere a la STS.

los efectos— de la norma aprobada y, al mismo tiempo, las limitaciones del propio análisis<sup>34</sup>. Debe insistirse en que el método empleado debe interpretarse como un punto de partida que debe seguir un camino de perfección basado tanto en la discusión en el seno de los procedimientos como en la búsqueda de métodos mejores que permitan cuantificar los efectos de las conductas en casos de mayor complejidad.

Concretamente, el año de referencia es 2012 y los datos sobre los que se realiza el análisis son:

Valor de la licencia	62.742,90 €
Renta monopolística anual	2.886,20 €
Número de carreras	2.432,30
Renta extra por carrera	1,19 €
Ingreso por carrera	10,98 €-11,71 €
Reducción del precio con eliminación de restricciones	10,8 %-10,1 %
Aumento de la oferta con eliminación de restricciones	155 licencias

Tales datos dan lugar a valores que pueden ser aplicados a la Figura 1<sup>35</sup>.

$p_m$	10,98 €
$p_c$	9,79 €
$q_m$	3.485.485,9 €
$q_c$	3.862.492,4 €
$p_m B C p_c$	4.135.886 €
BCD	223.578 €
$p_m B D p_c$	4.359.464 €

<sup>34</sup> En el propio Informe se indica: «Las estimaciones de reducción de precio y pérdida anual de bienestar que se han presentado se pueden considerar como un umbral mínimo, puesto que no incluyen pérdidas de bienestar que no han podido ser cuantificadas. En primer lugar, la competencia aumenta la eficiencia productiva y dinámica, lo que se traslada a costes y, en un mercado competitivo, a precios. Esta reducción de coste no ha sido cuantificada en el ejercicio cuantitativo. En segundo lugar, en un entorno competitivo el tiempo de espera de los consumidores sería menor que en el actual entorno de monopolio, donde la disponibilidad de taxis es menor y el tiempo de espera mayor..., el mayor tiempo de espera genera un coste muy considerable para los consumidores de servicios de taxi. No obstante esta pérdida de bienestar por tiempo de espera no ha sido cuantificada en el ejercicio cuantitativo.

Por tanto, la pérdida de bienestar anual de 4.359.464 millones de euros es claramente una “estimación conservadora del daño que la regulación del taxi en Málaga ocasiona en los consumidores”». Véase CNMC (2015), *op. cit.*

<sup>35</sup> Se supone que el número medio de carreras no varía.

Con el mismo método, y con sus correspondientes limitaciones, se estimaron umbrales bajos del valor de BCD para los años 2013 y 2014: 4.213.971 y 4.560.611 millones de euros, respectivamente. Además, en el trabajo de SILOS se exhiben resultados correspondientes a otros mercados geográficos que ponen de relieve la relevancia económica del traspaso de rentas de los consumidores a los propietarios de taxis, con el beneplácito de los reguladores que, por regla general, son los ayuntamientos.

En resumen: los trabajos de la CNMC ponen de relieve que solo excepcionalmente se aplica el análisis económico a la determinación cuantitativa de los beneficios del abuso de posición de dominio. El caso descrito revela que los umbrales inferiores pueden ser estimados sin demasiadas complejidades y mejorados con algo más de análisis. Su aplicación permitiría dar cumplimiento a la estimación de los efectos de las conductas prevista en la LDC2007. Que la cuantificación de los efectos no sea la norma en las Resoluciones y que el trabajo se sustituya, siguiendo la costumbre de las autoridades europeas, con una vaga referencia a que se trata de conductas prohibidas *per se*, además de rebajar la contundencia de las decisiones refleja lo que he venido en calificar como «pereza administrativa». Las propias ADC tienen los mecanismos para estimar los efectos y en la instrucción pueden recabarse los datos necesarios. Ciertamente hay dosis de fragilidad en los análisis, perfectamente detectables, pero, paso a paso, la propia experiencia permitiría perfeccionar los procedimientos de estimación de los beneficios ilícitos derivados de regulaciones ineficientes o de abusos de posición de dominio.

## 7. CONCLUSIONES

Dado que los datos disponibles revelan que las sanciones impuestas no siempre son efectivamente disuasorias, el presente trabajo ha destacado la pertinencia de estimar los efectos de las conductas anticompetitivas, incluyendo los beneficios extraordinarios (ilícitos) obtenidos, como una referencia fundamental en el proceso de fijación de las sanciones por parte de las ADC. Es necesario, en consecuencia, que las resoluciones sean suficientemente motivadas y que los principios del análisis económico sean aplicados con rigor para eliminar el riesgo de que los oportunos recursos prosperen en su trámite ante los órganos jurisdiccionales. Mejoraría el rigor del procedimiento si se modificara la LDC2007 en la línea apuntada por la COM2009.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- BERENGUER, L., y BACHES, S. (2015): «El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y su aplicación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», en CASES, Ll. (dir.) (2015).
- CARLTON, D. W., y PERLOFF, J. M. (2005): *Modern Industrial Organization*, 4.ª ed., Pearson.

- CASES, Ll. (dir.) (2015): *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, Universitat Autònoma de Barcelona, Marcial Pons.
- CNMC (2015): *Informe económico sobre las restricciones sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga. 22 de diciembre*. Ponente: Mateo Silos Ribas.
- COMANOR, W. S., y LEIBENSTEIN, H. (1969): «Allocative Efficiency, X-Efficiency and the Measurement of Welfare Losses», *Economica*, New Series, vol. 36, agosto, pp. 304-309.
- COMBE, E., y MONNIER, C. (2011): «Fines against hard core cartels in Europe: the myth of overforcement», *Antitrust Bulletin*, vol. 56, núm. 2, verano, pp. 235-275.
- COMISIÓN EUROPEA (2011): «Fines for breaking EU Competition Law», *ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet\_fines\_eu.pdf*, noviembre.
- CONNOR, J. (2007): «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels», *Contribution to Economic Analysis*, 282, pp. 177-215.
- COWLING, K., y MUELLER, D. C. (1978): «The social cost of monopoly power», *The Economic Journal*, vol. 88, diciembre.
- HADLEY, A. T. (1897): «The good and evil of industrial combination», *The Atlantic Monthly*, marzo, pp. 377-385.
- HARBERGER, A. C. (1954): «Monopoly and Resource Allocation», *The American Economic Review*, vol. 44, *Papers and Proceedings of the Sixty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association*, mayo, pp. 77-87.
- HARBERGER, A. C., y BAILY, M. J. (eds.) (1969): *The taxation of income from capital*, Brookings Institution.
- HICKS, J. R. (1935): «Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly», *Econometrica*, enero, pp. 1-20.
- HINES Jr., J. R. (1998): «Three sides of Harberger triangles. Working paper 6852» (<http://77www.nebr.org/papers/w6852>), National Bureau of Economic Research.
- JENNY, F. (2007): «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», *Concurrences*, 4.
- KAPLAN, A. D. H. (1954): *Big Enterprise in a Competitive System*, Brookings Institution.
- KNIGHT, F. H. (1923): «The Ethics of Competition», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 37 (4), pp. 579-624, reproducido en KNIGHT ([1923]1935).
- ([1923]1935): *The Ethics of Capital and Other Essays*, George Allen & Unwin Ltd.
- LEIBENSTEIN, H. (1966): «Allocative Efficiency vs. "X-Efficiency"», *American Economic Review*, vol. LVI, pp. 392-415.
- MARCOS, F. (2016): «Incontinencia judicial en defensa de la competencia», *La Ley*, junio.
- MARSHALL, A. ([1890] 2005): *Principios de Economía*, Fundación ICO.
- MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2006): *El abuso de posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- (2008): *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- OECD (2012a): «Quantification of harm to competition by national Courts and Competition Agencies», Directorate for financial and Enterprise Affairs. Competition Committee, DAF/COMP(2011) 25, 27 de noviembre.
- (2012b): «Report on the Nature and impact of hard core cartel sand sanctions against cartels under national competition laws», Directorate for financial, fis-

- cal and enterprise affairs Competition committee, DAFPE/COMP(2002) 7, 9 de abril.
- PADILLA, J., y ZOIDO, E. (2008): «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2008): pp. 36-65.
- PASCUAL, C. (2015): «Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia», *Papeles de Economía Española*, núm. 145, pp. 71-80.
- PEDRAZ, M. (2016): «La posible futura armonización de la imposición de sanciones por infracciones de las normas de defensa de la competencia. Coincidencias y divergencias entre el Derecho europeo y el Derecho español», *Revista Aranzadi Unión Europea*, 5, mayo.
- PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014) (coord.): *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Fundación Wolters Kluwer.
- PETITBÒ, A. (2013): «La defensa de la competencia. Derecho y economía», en RUIZ OJEDA (dir.) (2013).
- (2014): «Los cárteles y la ruptura de la competencia. La utilidad del análisis económico. Un ejemplo de monosopnio», en PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014).
- PINDYCK, R. S., y RUBINFELD, D. L. ([1995] 2001): *Microeconomics*, 5.ª ed., Prentice Hall.
- POSNER, R. (1975): «The social Costs of Monopoly and Regulation», *The Journal of Political Economy*, vol. 83, núm. 4, agosto, pp. 807-828.
- REY, P. et al. (2006): «Un enfoque económico del artículo 82», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2006).
- ROSEMBERG, L. G. (1969): «Taxation of income from capital, by industry group», en HARBERGER, A. C., y BAILY, M. J. (eds.) (1969).
- RUIZ OJEDA, A. (dir.) (2013): *Fundamentos de Regulación y Competencia. El Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Iustel.
- SCHERER, F. M., y ROSS, D. (1990): *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3.ª ed., Houghton Mifflin Co.
- SILOS, M. (2016): «El análisis económico: pieza esencial de la política de competencia», *IX Jornadas de la Competencia*, Bilbao, 21 de octubre.
- SMUDA, F. (2014): «Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law», *Journal of competition Law and Economics*, 10, 1, pp. 63-86.
- STIGLER, G. (1956): «The Statistics of Monopoly and Merger», *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 1, febrero, pp. 33-40.
- TIOLE, J. ([1988] 1990): *La teoría de la organización industrial*, Ariel Economía.
- WESTON, J. F. (1953): *The Role of Mergers in the Growth of Large Firms*, University of California Press.



## INSPECCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

Abogado. Exmagistrado

Las prácticas colusorias y los abusos de posición dominante ya veían prohibidas en el Tratado de Roma<sup>1</sup> y así han continuado hasta la actualidad, arts. 101 y 102 de TFUE. En nuestro derecho interno desde la Ley 110/1963 de Prácticas Restrictivas de la Competencia, por la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 que sustituyó a aquella y por la vigente LDC de 2007<sup>2</sup>.

Si bien, en la legislación española, se considera además prohibida, por contraria a la competencia, los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público<sup>3</sup>.

De las prácticas anticompetitivas, sin duda, la más extendida y la que mayor daño produce a los mercados y a los consumidores, son las conductas colusorias. En nuestro país, donde la libre competencia tardó mucho en ser promocionada<sup>4</sup> y en donde los principales sectores productivos estaban en régimen de monopolio, principalmente monopolios estatales, determinó que en muchos casos se pactaran precios o repartos de mercado, sin conciencia exacta de su prohibición y de las importantes multas a que podían enfrentarse por ello. De ahí que los pactos colusorios se llevaban a cabo en su mayoría por escrito con todo lujo de detalles y después de varias reuniones de los implicados sin tomar especiales medidas para no ser descubiertos, ya que incluso se realizaban en las propias organizaciones empresariales. Por ello que las autoridades españolas de la competencia impusieran multas muy moderadas a los que infringían la LDC. El paso del tiempo y también la publicidad de las sanciones que se imponían a las empresas infractoras van determinando un mejor conocimiento de la LDC, las ventajas que aporta la libre competencia y también que los que toman la senda de la infracción para obtener mayores beneficios sin atender los perjuicios que

---

<sup>1</sup> Arts. 85 y 86.

<sup>2</sup> Arts. 1 y 2.

<sup>3</sup> Art. 3 de la LDC.

<sup>4</sup> Hasta nuestra entrada en la CEE.

suponen para los consumidores, el mercado y para los competidores leales, lleven a cabo las prácticas concertativas de forma más oculta y sofisticada.

La Comisión Europea, a fin de poder concentrar sus esfuerzos en la persecución de las prácticas anticompetitivas, precisa ser descargada del examen concreto de las peticiones de autorizaciones singulares, supuestos del art. 81.3 del Tratado<sup>5</sup>, sustituyéndolas por exención legal, y además aumentando las facultades de inspección que se extienden a los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros del personal de las empresas o asociaciones de empresas. Así se hace realidad el Reglamento 1/2003 del Consejo que sustituye al también Reglamento 17/1962 que durante muchos años posibilitó las inspecciones por parte de la Comisión Europea con las matizaciones que estableció la jurisprudencia del TJCE. Nuestro derecho interno se pondrá al día con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que incorpora las Reformas del Reglamento CE 1/2003.

En la brevedad de este trabajo nos centraremos en examinar las inspecciones que para velar por el cumplimiento de la LDC<sup>6</sup> se encomiendan en la actualidad a la CNMC por la Ley de su creación<sup>7</sup>, en los términos que especifica el art. 27 con funciones muy similares a las que ya regulaba el art. 40 de la LDC de 2007 y la anterior LDC de 1989, que se amplían, así como el control jurisdiccional que con menor o mayor acierto ha llevado a cabo la AN y el TS.

También nos referiremos a las inspecciones de la Comisión Europea, toda vez que, además, se ponen de manifiesto algunos problemas que su práctica han conllevado y como han sido resueltos por el TJUE y el Tribunal General, por su trascendencia en la aplicación de nuestro derecho interno sobre la materia.

## 1. FACULTADES DE INSPECCIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA: DEL REGLAMENTO 17/1962 AL REGLAMENTO 1/2003 CE

### A. SITUACIÓN, ANTECEDENTE

Como se apunta antes, a la Comisión encomienda al derecho comunitario la persecución de las conductas anticompetitivas dotándola de facultades de investigación, instrucción de los expedientes sancionadores y decisión sobre los mismos, ejerciendo el posterior control jurisdiccional el Tribunal de Justicia.

Centrándonos en las facultades de investigación de la Comisión debemos señalar ante todo que le vinieron conferidas por el Reglamento 17 del Consejo del 16 de febrero de 1962, posteriormente modificado.

<sup>5</sup> Hoy art. 101.3 del TFUE.

<sup>6</sup> Arts. 1, 2 y 3.

<sup>7</sup> Art. 29 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Estas facultades las concreta el citado Reglamento en cuatro principales:

- Investigaciones en sectores económicos en los que aprecie irregularidades<sup>8</sup> solicitando información sobre las estructuras económicas de las empresas.
- Encomendar a las autoridades nacionales la práctica de verificaciones<sup>9</sup> que si bien facilitarían la eficacia administrativa ha sido en el pasado poco empleada por la Comisión, tal vez por desconfianza con las autoridades nacionales de competencia.
- Solicitud de información a las empresas<sup>10</sup>.
- Verificación. Permite el control de libros y demás documentos profesionales de las empresas obteniendo incluso copia de los mismos, solicitar explicaciones verbales en las dependencias empresariales y acceder a los locales, terrenos o medios de transporte<sup>11,12</sup>.

Indudablemente estas dos últimas, solicitud de información y verificaciones, son las de mayor relieve y donde pueden verse amenazados los derechos de los inspeccionados. A las posibles extralimitaciones ha puesto coto en muchos aspectos el Tribunal de Justicia en una ya hoy consolidada jurisprudencia.

La Comisión podrá recabar toda la información que considere necesaria para aplicar el derecho de la competencia tanto a las autoridades de los Estados miembros como a las empresas o asociaciones de empresas<sup>13</sup> sin necesidad de que estas sean sospechosas de infracción. Puede para ello actuar a través de simple requerimiento o mediante decisión, en el último caso con fuerza vinculante y obligación de su cumplimiento, pudiendo, en base a su potestad sancionadora, imponer multas en los supuestos de no recibir la información requerida o ser esta inexacta<sup>14</sup>.

Es en el terreno de las verificaciones donde las potestades inspectora de la Comisión alcanzan mayor relieve y donde pueden verse principalmente afectados derechos fundamentales de los inspeccionados.

Para realizar verificaciones en las sedes de las empresas, los agentes de la Comisión podrán acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas para conseguir información controlando libros y papeles profesionales, hacer copias o extractos de estos y solicitar explicaciones verbales. Su actuación puede llevarse a cabo mediante simple autorización o, lo que es más habitual, mediante decisión expresa, siendo además esta

---

<sup>8</sup> Art. 12 del Reglamento.

<sup>9</sup> Art. 13 del Reglamento.

<sup>10</sup> Art. 11 del Reglamento.

<sup>11</sup> Art. 14 del Reglamento.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., «Funciones Inspectoras de las Autoridades de Defensa de la Competencia y sus límites», *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Aranzadi, 2010, pp. 217 y ss.

<sup>13</sup> Art. 11.1 del Reglamento 17.

<sup>14</sup> Art. 15.1.b) del Reglamento 17.

la que permite obligar a soportar la inspección<sup>15</sup>. La adopción de estas decisiones pueden llevarse a cabo por la Comisión sin audiencia previa de la empresa objeto de inspección (STJCE de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*). La negativa de la empresa puede generar la imposición de multas<sup>16</sup> y también multas coercitivas por cada día de retraso<sup>17</sup>.

Los Estados miembros deben facilitar a la Comisión la asistencia necesaria para ejecutar la verificación<sup>18</sup>, aplicándose el derecho interno en supuestos de oposición del inspeccionado.

Un tema controvertido ha sido el alcance que debe de tener la decisión de la Comisión respecto al objeto y finalidad de la verificación. El TJCE ha estimado que la Comisión no está obligada a comunicar todas las informaciones de que dispone sobre las supuestas inspecciones ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de las mismas (STJCE de 17 de octubre de 1989, *Dow Chemical*). Pero en la decisión deben constar las razones que motivan la verificación cumpliendo así lo establecido en el art. 190 del Tratado y para que la empresa afectada esté en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración y preservar su derecho a la defensa (STJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*).

Esto no significa que se tengan que enumerar todos los documentos que se pretende examinar, ya que la importancia de algunos solo se podrá determinar en el curso de la investigación y además pueden aparecer otros documentos desconocidos relacionados con aquellos (STJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*).

También pueden los agentes de la Comisión solicitar explicaciones verbales, concretas y específicas en las dependencias donde se lleva a cabo la verificación, a la vista de los libros o documentos profesionales examinados.

Como ya se adelantaba, en el ejercicio de las potestades inspectoras de la Comisión, dado su ámbito y amplitud, se pueden ver comprometidos derechos fundamentales de los inspeccionados. El control de la legalidad sobre los actos de las instituciones comunitarias que corresponde al TJCE ha dado lugar al pronunciamiento del mismo sobre el alcance de aquellas potestades con respecto a los derechos de los afectados.

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE se extraen los supuestos en que la legalidad de las inspecciones de la Comisión tiene que limitarse. Examinemos a continuación los casos que resultan más controvertidos y que ha debido de precisar el TJCE<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Art. 14.3 del Reglamento 17. FERNÁNDEZ LERGA, C., *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*, Aranzadi, pp. 321 y ss.

<sup>16</sup> Art. 15.1.c) del Reglamento 17.

<sup>17</sup> Art. 16.1.d) del Reglamento 17.

<sup>18</sup> Art. 14.6 del Reglamento 17.

<sup>19</sup> CASES PALLARÉS, Ll., *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, pp. 152 y ss.

a) *Confidencialidad de la correspondencia con los abogados*

Dada la potestad de acceso de los agentes de la Comisión a todos los libros, papeles y documentos de la empresa, puede acontecer que entre estos documentos se encuentre la correspondencia intercambiada entre el empresario y su abogado.

Toda vez que el Reglamento 17 no contiene ninguna limitación expresa a este respecto, hubo de pronunciarse el TJCE. El Tribunal fija dos condiciones para que opere la confidencialidad.

En primer lugar que la correspondencia intercambiada sea en el marco y con los fines del derecho a la defensa del cliente. En segundo lugar, que se trate de un abogado independiente, esto es, no ligado a la empresa por un vínculo salarial. La confidencialidad responde a la exigencia de que todo justiciable debe poder dirigirse con total libertad a su abogado, cuya profesión misma comporta ofrecer de forma independiente consejos jurídicos a aquellos que los necesitan (STJCE de 18 de mayo de 1982, *AM & S*). Si bien en algunos supuestos, pero no en todos, el abogado interno de la empresa es el que confecciona los documentos siguiendo las instrucciones de los directivos y lleva a cabo su negociación con terceros, pudiendo materializar las cláusulas de aquellos pactos anticompetitivos, se deja su correspondencia fuera de la protección de confidencialidad, aunque no siempre debiera ser así.

A los abogados internos de las empresas en otros muchos casos se les solicitan consejos y se les confía la defensa de los intereses de la empresa ante las autoridades de competencia, no siendo en todos los casos el que se confíe a abogados externos. En estos últimos supuestos a las comunicaciones e informes del abogado interno también debe amparar la confidencialidad

b) *Derecho a la no autoinculpación*

La ausencia de previsión acerca del derecho a no autoinculparse determinó que el Tribunal se pronunciara al respecto. Así señala, con carácter general, que los ordenamientos de los Estados miembros únicamente reconocen el derecho a no declarar contra sí mismo en el marco del proceso penal (STJCE de 18 de octubre de 1989, *Orkem*). No obstante el Tribunal vincula el derecho a la no inculpación con el derecho de defensa, que es principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario (STJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelín*). Aunque la Comisión tenga potestad de obligar a la empresa a que facilite toda información necesaria y a que presente los documentos que obren en su poder, incluso si sirviese para probar contra ella, la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (STJCE de 18 de octubre de 1989, *Orkem*).

c) *Inviolabilidad del domicilio*

Las verificaciones que el Reglamento 17 permite en los domicilios de las empresas van sin duda a enfrentar pronto este poder de la Comisión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas inspeccionadas.

Resultan a este respecto sumamente ilustrativas las STJCE de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux*, la de la misma fecha *Dow Chemical Ibérica* y la de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*.

El Tribunal señala la necesidad de que la Comisión se someta al procedimiento que el Estado miembro establezca para vencer la oposición a una verificación al tiempo que establece la necesidad de que aquellos aseguren la eficacia de la acción de la Comisión.

El TJCE precisa los contornos de este control por los órganos de los Estados miembros, sean estos judiciales o no, al señalar que después de comprobar la autenticidad de la decisión de verificación puede verificar si las medidas coercitivas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de verificación, así como velar por el respeto del derecho nacional en la aplicación de dichas medidas. Pero los órganos nacionales no pueden entrar en la apreciación acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas por la Comisión ya que estas valoraciones tanto de hecho como de derecho solo están sometidas al control de la legalidad del TJCE.

En algunos casos resultará difícil apreciar estas sutilezas.

d) *Limitación en la aplicación de las informaciones obtenidas por la Comisión*

Establece el art. 20.1 del Reglamento 17 que las informaciones recogidas no podrán ser utilizadas nada más que para el fin para el que fueron pedidas.

Se ha cuestionado si las informaciones antes obtenidas por la Comisión en virtud de un mandato de verificación podían ser utilizadas bien por esta, para finalidades no contempladas en el mandato, bien por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros en procedimientos de aplicación del derecho comunitario o incluso del derecho nacional de competencia.

Es muy ilustrativa al respecto la STJCE de 16 de julio de 1992, *Asociación Española de Banca Privada*, que resuelve la petición de información del TDC español.

El TJCE pone de relieve que el Reglamento 17 regula el procedimiento que tramita la Comisión y no el que pueden seguir las autoridades españolas. Al ser distinto el procedimiento que tramita la Comisión del que tramitan las autoridades nacionales, se rige la recogida de pruebas de estas autoridades por su derecho nacional.

## B. LA AMPLIACIÓN DE LAS POTESTADES INVESTIGADORAS QUE ESTABLECE EL REGLAMENTO 1/2003 CE

El Reglamento 1/2003 del Consejo, como señalamos antes, sustituye al Reglamento 17 al que deroga. No por ello queda invalidado todo lo que hasta ahora hemos referido de las potestades de verificación de la Comisión toda vez que el nuevo Reglamento, al meno en esta materia, lo que hace es ampliar las potestades que el anterior daba a la Comisión sin merma en ningún aspecto de ninguna de ellas. Es por ello que nos hayamos extendido más de lo esperado en el análisis de una legislación derogada ya que hemos tenido así la posibilidad de examinar las pautas y determinar los límites que la jurisprudencia del TJCE ha hecho y que continuará vigente.

El Reglamento 1/2003 incide en una cuestión que tiene importante repercusión en la jurisdicción. Hasta ahora las facultades de la Comisión en la persecución de las prácticas contrarias a los arts. 81 y 82 del Tratado se limitaban a la inspección de las sedes de las empresas, aunque tuviera amplias facultades para ello. En el supuesto de que alguien se opusiese a la entrada de los inspectores de la Comisión en las dependencias empresariales, al menos en nuestro país, debía obtenerse el correspondiente mandamiento judicial, pues a este respecto, es aplicable la legislación interna.

El Reglamento 1/2003 del Consejo viene a aumentar las facultades inspectoras de la Comisión, posibilitando el que se lleven a cabo inspecciones en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas<sup>20</sup>. Para ello debe tener una sospecha razonable de que en aquellos que se pretende inspeccionar se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección, y que puedan servir para demostrar una infracción grave del Tratado.

En este nuevo supuesto el propio Reglamento prevé que la decisión de inspección de la Comisión solo se ejecute previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado<sup>21</sup>.

A los anteriores efectos, el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas que contempla no son arbitrarias ni desproporcionadas, teniendo en cuenta, en especial, la gravedad de la presunta infracción, importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa en cuestión y de la probabilidad razonable de que la documentación objeto de la inspección se encuentra en los locales para los que se solicita el mandamiento.

A tal efecto el Juez podrá pedir a la Comisión explicaciones detalladas sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas.

---

<sup>20</sup> Art. 21.

<sup>21</sup> Art. 21.3.

No obstante, el Juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se sigue reservando al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión. Las facultades de los jueces nacionales que quedan señaladas, es preciso que se ejerzan a fin de establecer los justos límites de la inspección, no debiendo ser óbice para ello que el control de la legalidad de la decisión de la Comisión siga reservada al Tribunal de Justicia.

También debe objetarse la ampliación de poderes de la Comisión respecto de la solicitud de explicaciones a representantes de las empresas, lo que podría contravenir el principio de no tener que declarar contra sí mismo que informa nuestro derecho interno. No podrá traspasarse con las peticiones de información o explicaciones que fundamentalmente deben referirse a documentos, la línea que marca el respeto el derecho fundamental de no autoinculparse<sup>22</sup>.

Finalmente, hay que decir que el Reglamento 1/2003 supone una descentralización en la aplicación del derecho de la competencia por cuanto expresamente prevé que las autoridades nacionales sean competentes, en concurrencia con la Comisión, para aplicar las prohibiciones de la Ley arts. 101 y 102 TFUE, si bien, la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las autoridades nacionales para aplicar dichos preceptos (art. 11.6 del Reglamento).

Para garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario, establece el art. 16 del Reglamento, que cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos o prácticas en virtud de dichos artículos del Tratado que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la adoptada por la Comisión.

## 2. FACULTADES DE INSPECCIÓN QUE CONFIEREN LA LDC DE 1989 Y SU SUCESORA LA LDC DE 2007

### A. INSPECCIONES A QUE HABILITA LA LEY 16/1989 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Se hace necesario, aunque solo sea recordar, que la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia preveía inspecciones que se concretaban en el Reglamento.

Al SDC encomendaba la Ley la instrucción de expedientes por posibles prácticas prohibidas<sup>23</sup> realizando al efecto las indagaciones necesarias<sup>24</sup> requiriendo, de todo tipo de personas naturales o jurídicas, así como de

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

<sup>23</sup> Art. 22.1 de la Ley 110/63.

<sup>24</sup> Art. 22.3 de la Ley 110/63.

oficinas públicas, cualquier información o documento de interés, pudiendo encargar a cualquier funcionario público las indagaciones necesarias, a cuyo efecto se le confieren las mismas facultades que a los Inspectores de Tributos<sup>25</sup>.

En el posterior Reglamento del SDC<sup>26</sup> se detallan con amplitud estas facultades investigadoras pudiendo alcanzar al domicilio de interesado o donde se realice la actividad investigada.

La impecable, para su tiempo, Ley 110/1963 resultó en la práctica ineficaz a pesar de contener una normativa casi perfecta para luchar contra las prácticas anticompetitivas, principalmente debido a que la capacidad sancionadora correspondía al Consejo de Ministros, ya que el TDC solo la tenía de propuesta a aquel<sup>27</sup>, todo ello en un país donde los principales sectores productivos estaban en manos de monopolios estatales. Ahí está la clave de su ineficacia en la práctica.

La entrada en vigor de la Ley de 1989 de Defensa de la Competencia va a cambiar totalmente el panorama de la defensa de la competencia haciendo realidad el derecho constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado<sup>28</sup>.

Por lo que respecta a las inspecciones para la persecución de las prácticas anticompetitivas, la Ley española acoge los principios y facultades que otorga el Reglamento comunitario 17/1962, posteriormente modificado.

La vigencia de la CE de 1978 determina que las autoridades de la competencia en el ejercicio de la función inspectora deben someterse a los imperativos de la misma y, por tanto, al respeto de los derechos fundamentales de los inspeccionados.

La LDC encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia SDC, entre otras, la función de instruir expedientes por las conductas incluidas en la Ley<sup>29</sup> facultando para realizar inspecciones e investigaciones en los términos que señalaban los arts. 32 a 34 LDC.

Se comienza por establecer el deber de colaboración de toda persona natural o jurídica, obligadas a facilitar los datos e informaciones necesarias para el cumplimiento de la Ley, precisando la reforma realizada por el art. 19 de la Ley 52/1999 que debe cumplimentarse en plazo de diez días. Su incumplimiento puede acarrear sanción de multa que la citada Ley reformadora eleva a cantidades que van desde los 60,10 euros por día a 3.005,06 euros también por día.

Se habilita para el acceso a los locales de las empresas, con consentimientos de los ocupantes o mediante mandato judicial. Para ello, se exige

---

<sup>25</sup> Art. 23 de la Ley 110/63.

<sup>26</sup> Aprobado por Decreto de 5 de febrero de 1970.

<sup>27</sup> Art. 15.1.b) de la Ley 110/63.

<sup>28</sup> Art. 38 de la CE.

<sup>29</sup> Art. 31.a) de la LDC.

que el Director del SDC habilite expresamente a un funcionario cuya designación debe constar en un oficio, donde se señalen los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones que habrán de ser objeto de la inspección, la fecha en la que debe practicarse y el alcance de la investigación<sup>30</sup>.

La proporcionalidad entre la concreción de estos datos, principalmente los documentos y operaciones objeto de la inspección y el alcance de la investigación y la habilitación que se proporciona a los inspectores, ha sido y continúa siendo la mayor dificultad en la determinación del marco legal de la inspección<sup>31</sup>.

En el caso de recurrirse al mandamiento judicial, se planteó la duda de si debía de recurrirse al juez de Instrucción o al juez de lo Contencioso-administrativo. Como señala el Tribunal Constitucional en su STC 199/1998, no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos, por lo que el art. 8.6 de la LJCA de 1998 zanja definitivamente la cuestión al señalar que las autorizaciones de entrada en domicilios para ejecución de actos de la Administración Pública, corresponderá otorgarlos a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Por su parte, el art. 34.3 de la LDC, al ser modificado, vino a señalar que la autorización para la entrada en domicilios la solicitará el director del Servicio de la Competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, quien resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, previsiones que ha mantenido la vigente LDC de 2007<sup>32</sup>.

Si bien se ha resuelto el problema que planteaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así la primera que surge de la nueva regulación, es la relativa a la competencia territorial del Juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1, regla 1 de la LJCA.

Importante facultad de los inspectores es el obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso contables y si procediese retenerlos por plazo de diez días<sup>33</sup>. La potestad de retener documentos no estaba prevista en el derecho comunitario como observa algún autor<sup>34</sup>.

Se añade posteriormente a las anteriores funciones la de que en el curso de las inspecciones, los funcionarios podrán solicitar explicaciones verbales *in situ*<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Art. 34 de la LDC.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

<sup>32</sup> Art. 40.4.

<sup>33</sup> Art. 33.2.

<sup>34</sup> CASES PALLARÉS, Ll., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, p. 322.

<sup>35</sup> Según redacción dada por el apartado 2 del art. 95.3 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre.

La obstrucción a la labor inspectora, se sanciona con multa de hasta 150.000 pesetas diarias. Después se modifica para aumentar considerablemente la multa por obstrucción a la labor inspectora para establecerla de hasta el 1 por 100 del volumen de ventas del ejercicio anterior<sup>36</sup>.

Durante la vigencia de la Ley 16/1889, no se suscitaron especiales problemas en las inspecciones, que además fueron muy escasas, una o, a lo sumo, dos al año.

Varios factores contribuyeron a ello. En especial, la menor sofisticación de los infractores a la hora de realizar prácticas anticompetitivas, el mayor respeto por las autoridades de competencia que podían imponer importantes multas por la obstrucción de la labor inspectora, todo lo cual creó un buen clima de relación entre el TDC y las empresas, que, por lo general, colaboraron ante las solicitudes de información.

También, cabe destacar que, los órganos jurisdiccionales encargados de revisar en sede judicial las Resoluciones del TDC, revocaron aquellas en escasas ocasiones.

## B. LAS INSPECCIONES DE LA CNC AL AMPARO DE LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como no ha pasado desapercibido, la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia supuso, ya durante el primer año de andadura, un incremento exponencial de la actividad inspectora por parte del nuevo órgano al que encarga la Ley de Defensa de la Competencia, quien durante el primer año de funcionamiento inspeccionó a más de cuarenta empresas, fruto principalmente de su política de dar prioridad a la persecución de los cárteles<sup>37</sup>. De las memorias de actividades de la propia CNC, extraemos que durante el 2008 se llevaron a cabo 36 inspecciones, 37 en 2010 y 113 durante los siguientes años hasta completar el 2013, llegando a 37 en el año 2014.

La intensa actividad desplegada lleva a que la Comisión Nacional de la Competencia CNC bata el récord en el número y volumen total de las sanciones impuestas, como también el de sentencias, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, que revocan sus Resoluciones.

Sigue la nueva LDC las directrices que marca el Reglamento 1/2003 CE, también en lo que respecta al reforzamiento y ampliación de las funciones inspectoras.

Mas no puede olvidarse que, tanto en el marco del Derecho comunitario como en el del Derecho interno español, la ampliación de facultades en la

<sup>36</sup> Redacción dada por el apartado 3 del art. 95.3 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, al art. 33.4 de la LDC.

<sup>37</sup> CANTOS BOQUEDANO F., y SANTOS LORENZO S., «Los Límites de los Poderes de Inspección de la Comisión Nacional de la Competencia», en *Acuerdos horizontales entre empresas*, Colección Derecho, Fundación Rafael del Pino, pp. 255 y ss.

inspección, no habilita para que puedan ser violados derechos fundamentales de los inspeccionados.

Las novedades en las funciones inspectoras de la Ley 15/2007 se concretan en las siguientes:

- Se reconoce la condición de agente de la autoridad al personal de la CNC que participe en una inspección debidamente autorizado por el director de Investigación.
- El personal habilitado podrá acceder no solo a los locales de la empresa inspeccionada, sino también a cualquier terreno y medio de transporte de aquella.
- De igual forma se habilita para acceder al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.
- Se faculta a los inspectores para precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de las empresas durante el tiempo y en la medida que sean necesarios para la inspección.

Al principio la nueva Ley producía cierto sobresalto ya que no se limitaban las funciones inspectoras a concretos objeto de la inspección como hiciera la anterior LDC. Hubo que esperar a la publicación del Reglamento para comprobar que expresamente la autorización por escrito del director de Investigación debe indicar «el objeto y finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma»<sup>38</sup>. La perturbación en sus derechos para las empresas donde se puedan ver comprometidos incluso algunos derechos fundamentales tales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el derecho de defensa y a no autoinculparse, el derecho a la intimidad personal, así como el derecho a la protección de datos personales, obligaban a una concreción del objeto, sujetos y finalidad de la inspección que al fin establece el Reglamento<sup>39</sup>. No obstante lo anterior y el que deba limitarse la inspección a lo estrictamente necesario, una investigación de tal alcance como la que posibilita la nueva Ley pudiera suponer en algunos casos vulneración de algún derecho fundamental si no se actúa con cautela y en los límites legales. Se observará que la inspección que en tiempos anteriores fue tal vez excesivamente pasiva, se realiza por el contrario en los últimos tiempos con técnicas y formas demasiado agresivas.

Debe recordarse que toda vez que la orden de inspección tiene que establecer el objeto de esta, los sujetos inspeccionados y la finalidad de la inspección, lo que viene en definitiva a configurarla y establecer sus límites, cualquier actuación más allá de estos parámetros podrá suponer un abuso de poder, que puede llevar a la violación de derechos constitucionalmente protegidos, algunos de los principales, antes enumerados<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Art. 13.3 del Reglamento.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

Veremos a continuación algunos de los supuestos que se producen en la práctica donde es necesario tener en consideración los límites legales de la actuación inspectora, interpretados de forma muy particular y laxa por la CNC.

a) *Precisión del objeto de la inspección y de los documentos relacionados con la misma*

El art. 40.2.b) de la LDC habilita a la inspección para «verificar los libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material».

Pero como veíamos antes, el Reglamento establece que para proceder a la inspección deben ir provistos de una autorización del director de Investigación en la que, entre otros, se indique el objeto y finalidad de la inspección, los datos y documentos que hayan de ser objeto de la misma y el alcance la inspección<sup>41</sup>.

Como tiene señalado el TJCE, en el orden de investigación es obligado que conste cuál ha de ser el objeto de la investigación a fin de que la empresa investigada comprenda el alcance de su deber de colaboración y pueda ejercer su derecho de defensa (asuntos acumulados C-46/87, 227/88 *Hoehst/Comisión*).

Parece claro que en ningún caso estarán permitidas inspecciones genéricas sin fundamentos concretos y fines específicos que impliquen inspeccionar por si se encuentra algo o con el solo fundamento de simple sospecha de posible infracción. Ello por otro lado no implica que los inspectores solo puedan acceder a los documentos que expresamente consten en el orden de investigación, pues es evidente que no resulta posible imaginar de antemano todos, pero no pueden extender la inspección a documentos no relacionados con el objeto de la investigación.

Lo mismo cabe decir para el supuesto en que se haya recurrido a una autorización judicial, pues en la misma también constarán los mismos límites que recordábamos antes.

Hay que resaltar la exigencia de precisión que el TJCE señala en el contenido de la decisión de investigación. Así la STJCE de 22 de octubre de 2007, *Raquette Freres, S. A.*, exige:

- Una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas.
- Explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción.

---

<sup>41</sup> Art. 13.3 del Reglamento.

- Explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción.
- Una indicación lo más precisa posible de qué es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios.

Sin embargo, se observa que la CNC aplicó criterios muy distintos, defendiendo la postura de que durante la inspección puede copiar todos los documentos que tenga por conveniente y que puede llevárselos sin discusión alguna con la inspeccionada si resulta ello procedente. En opinión de la CNC, si existe discrepancia, podrá ello dirimirse ante los tribunales, pero no durante la inspección ya que de otra forma se entorpecería su eficacia y normal desarrollo. Esta postura ha sido mantenida por la CNC en sus Resoluciones de 3 de octubre de 2008, expedientes *CP España*, *STANPA* y *L'Oreal*.

Para comprender la dimensión del problema debe señalarse que nos estamos refiriendo a inspecciones en donde el mayor volumen de documentación se almacena en ordenadores y donde la actitud de los inspectores es volcar el contenido completo de las bases de datos para llevárselas y posteriormente analizarlas, realizado lo cual se apartan del expediente y se devuelven aquellas que no tengan relación con la inspección. Ello a juicio de la CNC no supone actuación irregular alguna (Resolución de 3 de octubre de 2008, *CP España*). Creemos que este tipo de actuaciones exceden de los límites que al efecto establece la Ley y que puede comprometer el respeto, que en todo momento se debe tener con los derechos fundamentales de los inspeccionados.

La CNC defendió su derecho a copiar durante la inspección todos los documentos que tenía por convenientes sin admitir que la inspeccionada pudiera tener argumentos en contra a considerar la legalidad de que pudiera disponerse de determinados documentos. De existir discrepancia, según el parecer de la CNC, deberá discutirse ante los Tribunales pero nunca durante la inspección.

Dado el carácter perentorio de la inspección y la imposibilidad de examinar uno por uno los documentos copiados y delimitar así qué es lo que afecta o no a la inspección, el examen posterior por el equipo inspector en modo alguno atenta contra el derecho a la defensa ni produce perjuicio irreparable a la empresa (Resolución de 3 de Octubre de 2008 *CP España* y Resolución de la CNC de 28 de diciembre de 2009 *Campezo*).

La CNC en las inspecciones se ha negado a facilitar los términos de búsqueda de documentos en los ordenadores de las empresas y de sus empleados, al considerar que el acceso a dicho motores de búsqueda podría hacer peligrar la efectividad de la investigación (Resolución de 3 de octubre de 2008, *L'Oreal*). En la práctica, se han llevado en muchas inspecciones

ingentes cantidades de documentos que nada tenían que ver con el objeto de la inspección o que, incluso, estaban protegidos por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, o eran de carácter privado. Y ello a pesar de que la LDC de 2007 ya recogió la jurisprudencia consolidada del TJCE que desarrolla y concreta el Reglamento<sup>42</sup> (véase por todas, asunto 94/00 *Roquete Frères* y asunto 159/79 *AM CxS Europe*).

Tanto la Orden de Investigación como, en su caso, la judicial deben fijar con claridad el objeto de la investigación para que la empresa investigada comprenda el alcance de la inspección, cosa que no hicieron ni las autoridades de competencia ni los jueces, y también para que pueda ejercer su derecho de defensa como ya señaló el TJCE en el asunto *Hoechst AG*, antes citado. Se pretende evitar inspecciones genéricas que posibiliten acciones más propias de pescadores desaprensivos, para las que es bueno cualquier cosa que caiga en sus redes, que de autoridades de la competencia obligadas a velar por el cumplimiento de la LDC dentro de términos de estricta legalidad y sin violentar derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como son los de inviolabilidad del domicilio, la intimidad personal o familiar, la protección de los datos personales o el derecho a la legítima defensa.

La tesis de la CNC de considerar que tienen cobertura jurídica suficiente para acceder a los ordenadores de la empresa sin control o filtro alguno y llevarse todo el material que consideren oportuno, sin discriminación de lo que esté o no esté relacionado con la inspección, es incompatible tanto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como con la del TJCE<sup>43</sup>.

El TC tiene establecido que durante una inspección domiciliaria no es suficiente contar con la orden judicial que autorice el registro, sino que además debe controlarse que la autoridad no actúa de forma arbitraria o abusando de la autorización judicial a la hora de practicar el registro o la inspección, ya que la integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de que la Administración la ejerza o no con prudencia<sup>44</sup>.

Por su parte, el TDC se hizo eco de esta STC al señalar en su Resolución de 18 de junio de 2003 que la actuación inspectora de la Administración debe estar rodeada de las mismas garantías que se exigen en la investigación judicial, tal y como tiene declarado el TC en STC de 23 de febrero de 1995.

El TJCE también se ha pronunciado a este respecto señalando como principio general del Derecho comunitario la protección del administrado frente a la actuación arbitraria y desproporcionada de la Comisión Europea durante una inspección<sup>45</sup>. También en diversas ocasiones se manifestó el TJCE en relación a que la Administración actúe respetando el principio de proporcionalidad, precisando así que deben ser siempre las instituciones

<sup>42</sup> Art. 13.3 en relación con el art. 40.4 de la LDC.

<sup>43</sup> CANTOS BAQUEDANO, F., y SANTOS LORENZO, S., *op. cit. ut supra*, nota 37.

<sup>44</sup> STC, Sala 1.ª de 23 de febrero de 1995.

<sup>45</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 1962, *San Michele y otros*.

comunitarias respetuosas con no rebasar los límites de lo que resulta necesario y apropiado para el logro de sus objetivos legítimos, debiendo recurrirse a la medida menos onerosa cuando exista la posibilidad de escoger entre varias adecuadas.

b) *Secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente*

La unanimidad de la doctrina, también la jurisprudencia, reconocen que las facultades de investigación de la Administración están limitadas por el derecho fundamental a la legítima defensa que tienen todos los administrados.

Para hacer realidad este derecho constitucional se exige por un lado el deber de secreto profesional, que tiene el abogado de los documentos relacionados con el asesoramiento legal de su cliente, y, por otro, el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y su cliente, que ampara a este de no desvelar documentos directamente relacionados con el asesoramiento legal que le ha proporcionado su abogado.

La obtención indiscriminada y masiva de documentos por parte de los inspectores adquiere especiales dimensiones si entre los mismos se accede a comunicaciones del abogado con su cliente sometido a inspección en los que le asesora legalmente.

El TDC en su Resolución de 22 de julio de 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, reconoció la aplicación a la materia que nos ocupa del principio del secreto de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, citando además como se ha configurado como un principio del derecho comunitario a partir de la STJCE de 18 de enero de 1982, asunto *AM & S* y del auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, asunto *Hilti*.

En la Sentencia del Tribunal General, de 17 de septiembre de 2007, asunto *Akzo, Novel y otros*, se reconoce en este contexto que la empresa sometida a inspección tendrá derecho a negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar incluso someramente documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad. Pero además señala que el hecho de que la Comisión no pueda utilizar los documentos protegidos como elementos de prueba no es suficiente para reparar o eliminar los perjuicios que resulten del hecho de que la Comisión adquiera conocimiento del contenido de dichos documentos.

En definitiva, la devolución del documento no subsana ni resulta suficiente para reparar los perjuicios que supone el conocimiento por la CNC de un documento protegido como es la comunicación de abogado a cliente, que supone, de por sí, violación del derecho protegido.

Por su parte nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta cuestión señalando que si en el curso de una inspección al pedir los datos y antecedentes se penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales entre el cliente y su abogado, podrá

el inspeccionado negarse a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. En el supuesto de no existir acuerdo sobre cuál es la zona específica de las relaciones cubiertas por el secreto profesional, los Tribunales de Justicia son los encargados de tal delimitación según se señala en la sentencia (STC de 26 de noviembre de 1984). En definitiva ante la posibilidad de una presunta violación del secreto profesional deben ser los Tribunales los que diriman antes de permitir el acceso al documento y no, como interpretaba la CNC, que el control de los Tribunales se realizaría con posterioridad al acceso si el inspeccionado invocaba el derecho protegido.

El TJCE fijó dos condiciones para que opere la confidencialidad de la correspondencia con abogados.

En primer lugar que la correspondencia intercambiada sea en el marco y con los fines del derecho a la defensa del cliente. En segundo lugar, que se trate de un abogado independiente, esto es, no ligado a la empresa por un vínculo salarial. La confidencialidad responde a la exigencia de que todo justiciable debe poder dirigirse con total libertad a su abogado, cuya profesión misma comporta ofrecer de forma independiente consejos jurídicos a aquellos que los necesitan (STJCE de 18 de mayo de 1982, *AM & S*). Si bien en algunos supuestos el abogado interno de la empresa es el que confecciona los documentos siguiendo las instrucciones de los directivos y lleva a cabo su negociación con terceros, pudiendo materializar las cláusulas de aquellos pactos anticompetitivos y por ello se deja su correspondencia fuera de la protección de confidencialidad, aunque no siempre es así.

A los abogados internos de las empresas en otros muchos casos se les solicitan consejos y se les confía la defensa de los intereses de la empresa ante las autoridades de competencia, no siendo en todos los casos que se confíe a abogados externos. En estos últimos supuestos a las comunicaciones e informes del abogado interno también debiera amparar la confidencialidad. Este tema que últimamente estaba resultando muy polémico y había creado una corriente de opinión favorable a que se amparase la confidencialidad de la correspondencia de los abogados internos ha sido resuelto recientemente por el TJCE en el sentido de considerar que el abogado interno aun en el supuesto de que esté colegiado no goza de la suficiente independencia y por tanto no está amparado por la confidencialidad en sus comunicaciones con el cliente para el que trabaja (STJC de 24 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 *AKZO Novel - Comisión*).

### c) *Protección del domicilio*

La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que hoy nadie discute. Reconocido como tal en nuestra Constitución<sup>46</sup>, como en la restricción de todo derecho fundamental rige el principio de reserva de Ley<sup>47</sup> que

<sup>46</sup> Art. 18.2.

<sup>47</sup> STC 70/2002 de 30 de abril.

en este caso ampara la LDC<sup>48</sup>. Por ello, una vez más debemos insistir que la orden de inspección debe contener de forma clara los requisitos que concreta el art. 13.3 del RDC: objeto y finalidad de la inspección; sujetos investigados; datos, documentos y otros elementos que hayan de ser objeto de inspección; fecha en la que la inspección vaya a practicarse y alcance de la misma.

Por otro lado, este derecho fundamental no solo comporta el que para acceder al domicilio se tenga que contar con el consentimiento del titular del derecho, o, en otro caso, con una autorización o mandamiento judicial —según los supuestos—, sino que también hay que controlar que la autoridad no actúe de forma arbitraria o más allá de lo que establece la autorización judicial. Según tiene señalado el TC, en la entrada y reconocimiento del domicilio juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido para evitar el sacrificio innecesario excesivo de los derechos fundamentales<sup>49</sup>. Y según también ha dicho el TC, «el principio de proporcionalidad inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad, se opone frontalmente a la arbitrariedad de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución»<sup>50</sup>.

Por su parte, también el TEDH viene exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución<sup>51</sup>.

Según ha establecido el TJCE, «el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias, no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos»<sup>52</sup>.

En definitiva el principio de proporcionalidad va a exigir que el objetivo perseguido por una verificación de las autoridades de competencia, no solo sea legítimo sino que se empleen los medios adecuados y menos gravosos en su consecución, evitándose con ello el sacrificio innecesario de derechos fundamentales, tales como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad de los empleados y directivos y el derecho a la protección de sus datos personales, todos ellos reconocidos no solo en nuestro país sino también a nivel de la UE<sup>53</sup>.

Un tema todavía no resuelto es el determinar quién debe prestar el consentimiento en el caso de inspecciones a una empresa, esto es, qué persona

<sup>48</sup> Art. 40 de la LDC desarrollado por el apartado 2 del art. 13 del Reglamento.

<sup>49</sup> STC 66/1985.

<sup>50</sup> STC de 23 de febrero de 1995.

<sup>51</sup> STEDH de 30 de marzo de 1989, caso *Chappell*, y de 16 de diciembre de 1992, caso *Niemietz*.

<sup>52</sup> Asunto C133-93 *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*.

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *Las inspecciones de las autoridades de defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados*, Anuario del Derecho de la Competencia, 2010.

está capacitada para permitir el acceso a la invasión del domicilio. Deberá decidirse por quien sea el representante legal al no encontrar en la Ley ninguna referencia<sup>54</sup>.

Especial relieve de protección debe alcanzar el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando se ejerce la función de verificación, que la vigente LDC incorpora por primera vez, en los domicilios privados de los empresarios, directivos u otros empleados. Ello es debido, a su carácter excepcional dentro del elenco de funciones de investigación que proporciona la LDC y desarrolla su Reglamento. La LDC en su art. 40.a) habilita para acceder al domicilio particular de aquellos antes señalados. A diferencia de las facultades que se establecen más arriba respecto de los domicilios de las empresas que se extiende a los terrenos y medios de transporte, aquí se limita al domicilio. Más las inspecciones que pueden llevarse a práctica en los domicilios de los empresarios, administradores y otros miembros del personal, que no se concretan, tendrá el carácter de extraordinarias toda vez que el Reglamento establece que deben existir indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave. La finalidad y objeto de la inspección junto con la acreditación de indicios fundados de que se encuentre documentación de la empresa relacionada con aquella, siempre y cuando sirvan para probar una infracción grave o muy grave, son los elementos que legalizan tan excepcional facultad. Sin la concurrencia pues de todos y cada uno de los requisitos señalados no procederá la inspección domiciliaria. De no existir consentimiento del afectado para la entrada en su domicilio deberá obtenerse autorización judicial, para lo que deberá motivarse ante el Juez el acudir a esta medida excepcional, pues de no estar plenamente justificada, fácil es que no se conceda.

Se tendrá en cuenta en estos supuestos de inspecciones en domicilios privados que tanto por lo señalado en la Ley como en su Reglamento, estas tienen objetivos concretos que no podrán sobrepasarse. En especial debe señalarse que se centrarán en los libros y documentos de la empresa y no en los privados, cuidando que el principio de proporcionalidad, que especialmente rige en una inspección en domicilios privados, no conculquen derechos fundamentales como el de la intimidad, el derecho a la protección de los datos personales de los titulares del domicilio en que se realiza la inspección y de secreto de las comunicaciones, cuya protección alcanza a los correos electrónicos privados

#### d) *Derecho de defensa*

Si bien a través de recursos o revisiones posteriores puede corregirse en algunos supuestos la vulneración del derecho de defensa, su protección constitucional, obliga a que, *a priori*, se impida su violación.

---

<sup>54</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J., *Régimen jurídico de la inspección en el derecho de la competencia*, Aranzadi, p. 218.

El Tribunal de Justicia tiene señalado en STJCE de 18 de octubre de 1989, *Orkem*: «Si bien el derecho de defensa debe respetarse en los procedimientos administrativos que puedan dar lugar a una sanción, el mencionado derecho puede quedar dañado irremediablemente en la fase de investigación previa con la obtención de pruebas ilegales».

También el TJCE en asuntos acumulados C46/87, 227/88, *Hoechst AG c. Comisión*; asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, *Dow Chemical Ibérica, S. A. y otros c. Comisión*, tiene declarado que «es una exigencia fundamental no solo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que estas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa».

Las características especiales del procedimiento en materia de defensa de la competencia lo distinguen de otros procedimientos sancionadores. Así, aunque no exista en el momento de la inspección procedimiento sancionador incoado y se estuviese en una fase de investigación previa, los medios que habilita la Ley al sancionar fuertemente la posible obstrucción a la labor inspectora y la consideración de tal situación a criterio de los inspectores, es evidente que se coloca a la inspeccionada en una situación de indefensión al no poder impedir, bajo amenaza de sanción, el que se lleve a cabo la inspección. Así el art. 62 de la LDC prevé que el no someterse a la inspección ordenada o no facilitar la información requerida, será sancionable con multa. En tales circunstancias, difícil resulta resistirse a una inspección aunque la misma se extralimite en sus funciones al no concretar el objeto y finalidad de la misma<sup>55</sup>.

Como señala el TPI, Sentencia de 8 de julio de 2008, en el asunto T99/04, *AC- Truhana AG c. Comisión*, la Dirección de Investigación, en fase de investigación reservada, debe evitar que el derecho de defensa pueda quedar irremediablemente comprometido en este momento, ya que las medidas de investigación practicadas no pueden «disociarse desde un punto de vista material de la existencia de una sospecha, y por tanto de una imputación implícita», porque es preciso informar a la empresa afectada, al tiempo de la primera mediada adoptada respecto a ella, del objeto y finalidad de la inspección, «lo que exige precisar las presunciones de infracción, y que en ese contextos conozca el hecho de que puede estar expuesta a imputaciones ligadas a esa posible infracción, para que pueda tomar las medidas que estime oportunas en oposición a los cargos y preparar así su defensa en la fase contradictoria del procedimiento administrativo».

No se trata pues de actos de mero trámite, ni cabe ampararse en que al no existir una acusación concreta en la fase previa de investigación no se produce indefensión.

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 53.

e) *El derecho de no autoinculparse*

También debemos referirnos a la proporción que debe mediar en supuestos en los que los inspectores, con fundamento en la facultad que les proporciona el art. 40.2.f), soliciten a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o asociaciones de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección. Evidentemente con ello no se puede violentar el derecho fundamental a no autoinculparse, pero aquellas funciones tampoco pueden considerarse como carentes de contenido.

El deber de colaboración que impone la LDC obliga a que tendrán que responder de aquello que conozcan sobre la existencia de un documento o de su paradero y en definitiva colaborar con los inspectores en el desarrollo de la inspección en lo que esté relacionado con su objeto y finalidad sin que puede violentarse en ningún supuesto el derecho a no autoinculparse. Este principio a la no inculpación ha evolucionado en su tratamiento por la jurisdicción comunitaria siguiendo la jurisprudencia del TEDH<sup>56</sup>.

f) *Derechos de las personas físicas que pueden verse afectados por las inspecciones*

No solo en el supuesto de inspecciones realizadas en los domicilios privados de administradores y otros directivos de las empresas podrán verse comprometidos los derechos fundamentales que como personas físicas les reconoce el ordenamiento jurídico. Si bien en aquellos supuestos podría infringirse por la inspección su derecho a la inviolabilidad del domicilio, como ya veíamos antes, y su derecho a la intimidad personal y familiar que reconoce el art. 10.2 de la CE, supuestos de otros derechos fundamentales como el derecho a la protección de los datos personales y el derecho al secreto de las comunicaciones podrían verse afectados no solo en casos de inspecciones en domicilios privados sino también en los más comunes de inspecciones en los domicilios de las empresas. Estos derechos corren serios riesgos de ser infringidos toda vez que se utilizan volcados indiscriminados de datos que se contienen en los ordenadores personales, tanto fijos como portátiles e incluso las agendas electrónicas de los directivos y otro personal de las empresas inspeccionadas. En muchos supuestos no se tiene conciencia clara de que, también en las inspecciones que llevan a cabo las autoridades de la defensa de la competencia, se debe ser riguroso en el respeto de los derechos fundamentales de las personas físicas.

Brevemente se examina a continuación el contenido de los derechos fundamentales a la protección de los datos personales y de secreto de las comunicaciones, así como algunas cautelas que deben adoptarse para que no resulten infringidos con ocasión de las actuaciones inspectoras.

---

<sup>56</sup> CARAYAR GUTIÉRREZ, E., «Facultades de investigación de la autoridad», *Modernización del Derecho de la Competencia*, Colección Derecho, Fundación Rafael del Pino, pp. 486 y ss.

a.1) El derecho fundamental a la protección de los datos personales<sup>57</sup>

Desde la definición que de este derecho fundamental hace el TC en su ya célebre STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, ya nadie discute su vigencia y contenido.

Como dice el TC en su referida Sentencia «el derecho fundamental a la protección de los datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado». Y un poco más adelante afirma: «El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre estos datos».

El derecho a la protección de los datos de carácter personal también ha sido reconocido como derecho fundamental autónomo por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>58</sup>.

Este derecho fundamental viene protegido en nuestro país por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y a nivel comunitario europeo por la Directiva 95/46 CE principalmente y por el Reglamento ya en vigor cuyas exigencias están definidas a 2018. Hoy la Directiva ha sido sustituida a nivel europeo por el Reglamento UE 679/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los datos<sup>59</sup>.

Se señala en la ley española que dato de carácter personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables<sup>60</sup>.

También la LOPD establece qué es lo que se entiende por tratamiento de datos: «Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resultan de comunicaciones, consulta, interconexiones y transferencias»<sup>61</sup>.

A la vista de lo anterior es evidente que los funcionarios de la CNC, hoy de la CNMC, en el ámbito de una inspección, realizan no solo tratamientos de datos, en su acepción más genérica, sino también tratamiento de datos personales.

Como señala el TC: «El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las dichas garantías; y también el deber de prevenir los

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M., *op. cit. ut supra*, nota 12.

<sup>58</sup> Aprobada en la cumbre de Niza el 12 de diciembre de 2000 (art. 8).

<sup>59</sup> El art. 99 del Reglamento señala su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el *DOVE*, pero difiere su aplicación al 26 de mayo de 2018, fecha en que será también efectiva la derogación de la Directiva 15/1999 que lleva a cabo el art. 95 del mismo Reglamento.

<sup>60</sup> Art. 3.a) de la LOPD.

<sup>61</sup> Art. 3.a) de la LOPD.

riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información»<sup>62</sup>.

Examinaremos de forma sucinta qué datos están habilitados a tratar, con qué límites, para qué finalidades y en qué circunstancias.

Según se deriva de la propia definición que la LOPD da de datos de carácter personal y del ámbito objetivo de aplicación que concreta el art. 2 del Reglamento de desarrollo de la Ley<sup>63</sup>, es evidente que la legislación sobre protección de datos no se aplicará a las personas jurídicas, ya que se protegen los datos de carácter personal, concernientes a personas físicas.

También señala el art. 2.2 del Reglamento la no aplicación a los ficheros que se limitan a incorporar los datos de personas físicas, que prestan sus servicios a personas jurídicas, consistentes únicamente en su nombre, apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax. Tampoco se aplicará a los empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros.

Así pues la LOPD se aplicará a todo tratamiento de datos de carácter personal referidos a personas físicas con las solas excepciones señaladas.

Como se señala antes, los inspectores de la CNC tratarán datos personales como consecuencia de ejercer sus funciones inspectoras, toda vez que fundamentalmente a través de los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores no se repara en distinguir y evitar que se acceda, entre otros datos personales, a los correos electrónicos personales y otros documentos privados de los directivos y personal de las empresas inspeccionadas.

Hay que señalar que el tratamiento de datos de carácter personal solo podrá realizarse con el inequívoco consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa<sup>64</sup>. Entre las excepciones que se establecen al consentimiento del afectado, interesa aquí la previsión del art. 10.3.a) del Reglamento que excepciona del consentimiento cuando «a) los datos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario».

Pero además, en todo tratamiento de datos deberán observarse todos los principios que al efecto marca la LOPD, en especial, y a los efectos que aquí interesan, el de calidad de datos, que obliga a que los datos de carácter personal solo podrán recogerse y someterse a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito de las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan

<sup>62</sup> STC 292/2000.

<sup>63</sup> Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>64</sup> Art. 6.1 de la LOPD.

obtenido<sup>65</sup>, no pudiendo usarse para finalidades distintas de aquellas para las que se hubiesen recogido<sup>66</sup>.

En consecuencia con todo lo anterior, aplicado al supuesto de las inspecciones de las autoridades de defensa de la competencia se pueden señalar algunas conclusiones:

- Si bien los inspectores de la CNC están legitimados para acceder a los locales de la empresa y sus asimilados para verificar libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial y obtener copias<sup>67</sup>, no están habilitados para acceder a bases de datos ni obtener ninguno de ellos ni someterlo a tratamientos si estos son ficheros personales de los directivos y demás empleados que contienen datos personales ajenos a la labor empresarial, tales como los correos electrónicos personales de aquellos.
- En las inspecciones que pudieran acordarse en los domicilios particulares de los administradores y demás personal de la empresa, para lo que habilita el citado art. 40 de la LDC, deberá limitarse la labor inspectora a supuestos en que existan indicios fundados de que en dichos domicilios privados pueden encontrarse libros u otros documentos relacionados con la empresa, limitándose en su caso la inspección a estos. En ningún caso podrá accederse a los ficheros privados de aquellos, informatizados o no, que contengan datos personales.
- Los vaciados masivos de ficheros informatizados, sin previa comprobación de que no contienen datos personales, pueden suponer una grave infracción de la legislación sobre protección de datos, que puede ser denunciada por el afectado ante la AEPD, quien podrá intervenir incluso dictando medidas cautelares que impidan tratamientos masivos de estos datos<sup>68</sup>.

## a.2) El secreto de las comunicaciones

Recientemente se ha vuelto a plantear por la doctrina si el auto judicial que habilita en vía penal la entrada y registro domiciliario es suficiente cobertura judicial para entender autorizado también el acceso a los contenidos de los ordenadores que pudieran intervenir y más en concreto para acceder a los correos electrónicos que se encuentren gravados en su memoria. O por el contrario, bien el propio auto de entrada y registro u otra resolución judicial independiente deben contener motivaciones específicas sobre la interceptación de la correspondencia o las comunicaciones privadas, para acceder al contenido de los correos electrónicos<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Art. 4.1 de la LOPD.

<sup>66</sup> Art. 4.2 de la LOPD.

<sup>67</sup> Art. 40 de la LDC.

<sup>68</sup> Art. 37 de la LOPD.

<sup>69</sup> CHOCLÁN MONTALVO, S. A., «La necesidad de segundo mandamiento para el acceso a los contenidos de los mensajes de correo electrónico», *Otrosí*, núm. 3, julio 2010, pp. 17 y ss.

El correo electrónico es una forma de comunicación privada que recibe la protección que le brinda el ordenamiento jurídico; en particular la protección constitucional de secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial<sup>70</sup>. La resolución judicial que autoriza el acceso al contenido del correo electrónico debe como en todo supuesto de restricción de un derecho fundamental contener los requisitos constitucionales habilitados para ello. Tanto en el supuesto en que la comunicación se esté produciendo en el momento de la interceptación, esto es, que la comunicación esté en proceso de transmisión, como en el supuesto de que el correo haya sido recibido y leído por su destinatario y posteriormente archivado. La protección jurídica alcanza a ambos supuestos como tiene señalado el Tribunal Constitucional en SSTC 114/1984, 34/1996 y 70/2002, entre otras.

Como también tiene señalado el TC, el mensaje de correo electrónico constituye un medio de comunicación privada que tiene la protección constitucional de secreto, conceptualmente indisoluble de la intimidad, «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás»<sup>71</sup>. Pero además, incluso el art. 197.1 del CP ofrece tutela frente a intromisiones en el correo electrónico. Por su parte el art. 35 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones recuerda la necesidad de autorización judicial para la interceptación de contenidos, con pleno respeto del derecho al secreto de las comunicaciones en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, el art. 579.1 de la LeCrim dispone que el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiese o recibiese, luego solo pueden intervenir los mensajes de correo electrónico que remitiese o recibiese el imputado, sin que la medida pueda alcanzar a todos los eventuales usuarios de los equipos informáticos<sup>72</sup>.

Todo lo hasta aquí dicho es trasladable al supuesto de las inspecciones de las autoridades de competencia. Si bien la LDC habilita para acceder a los equipos informáticos de las empresas, una vez que el legal representante de la inspeccionada ha consentido en la entrada en el domicilio de la empresa o dicha entrada la ha habilitado una autorización judicial, se podrá inspeccionar exclusivamente la documentación correspondiente a la empresa inspeccionada. Ni aquella Ley, ni ninguna otra, posibilita ni permite de las autoridades de competencia el acceso a correos personales de los directivos ni demás personal de la inspeccionada. Así los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores de las empresas que algunas veces llevan a cabo los inspectores podrían contravenir el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas físicas, pudiendo incluso estar tipificada dicha actuación en los ilícitos que señala el art. 197 del CP. La problemática que se plantea con este tipo de actuaciones no es baladí y obliga al menos a los interesados a reflexión, a fin de acomodar mejor las intervenciones inspectoras al marco de la legalidad sin que ello suponga restar eficacia a

<sup>70</sup> Art. 18.3 de la CE.

<sup>71</sup> SSTC 73/1982 y 57/1994, entre otras.

<sup>72</sup> CHOCLÁN MONTALVO, S. A., *op. cit. up supra*, nota 69.

una función de la importancia y necesidad como es las verificaciones en el ámbito de la competencia.

Al hilo de las anteriores reflexiones sobre algunas de las exigencias que la legalidad impone en un Estado de Derecho, bueno es recordar que, según tiene declarado el TC, un proceso penal instrumentado para la *inquisitio generalis* es incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra nuestra Constitución<sup>73</sup>.

Sin demasiada imaginación, trasladada la anterior doctrina al procedimiento administrativo sancionador en defensa de la libre competencia, debemos concluir insistiendo en que no es compatible con las exigencias constitucionales la realización de inspecciones sin precisar su objeto, las causas y la finalidad de cada una en concreto.

### 3. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS INSPECCIONES DE LA CNC

#### A. AUTORIZACIONES JUDICIALES

Si consideramos que las inspecciones de la CNC han ido más allá de su habilitación legal infringiendo en varios casos derechos fundamentales de los inspeccionados, no por ello se encontró el amparo deseado y esperado en vía jurisdiccional en los primeros tiempos.

Además, en las primeras sentencias en que se estiman los recursos porque la inspección actuó infringiendo los términos de su habilitación legal, bien en la falta de concreción de los parámetros que debe fijar la Orden de Investigación, o en el propio acto administrativo de la inspección, por violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia de abogado-cliente, los argumentos son poco sólidos y no se mantienen en sentencias inmediatas posteriores.

Debemos de llamar también la atención sobre la generalidad de las autorizaciones judiciales para acceso a domicilios en diversos casos y por Juzgado de lo contencioso-administrativo de diversas provincias. Decíamos antes que en muchas ocasiones las Ordenes de Inspección de la CNC eran de una generalidad que resulta incompatible con las exigencias del art. 13 del RDC en relación con el art. 40 de la LDC. Pues ahora, cabe afirmar lo mismo de diversas autorizaciones judiciales que se limitan a copiar la Orden de Inspección sin entrar en el control que al juez exige la Ley, ni justificar su decisión.

Al propio tiempo, hay autorizaciones impecables en que se circunscribe el ámbito de la inspección y se justifica la decisión judicial, principalmente en los Autos dictados por diversos Juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid.

---

<sup>73</sup> SSTC 32/1994, de 31 de enero; 63/1996, de 16 de abril; 41/1998, de 24 de febrero y 87/2001, de 2 de abril.

## B. ASUNTOS *STANPA* Y *CAMPEZO*: UN PASITO PARA ADELANTE Y OTRO PASITO PARA ATRÁS

La Asociación Nacional de Peluquería y Cosmética (*STANPA*) recurrió las inspecciones llevadas a cabo por la CNC por considerar que se había infringido el principio de inviolabilidad del domicilio<sup>74</sup> al haber accedido los inspectores a documentos ajenos al objeto de la Orden de Inspección referida al sector de productos de la peluquería profesional fabricados en España.

*STANPA* entendía que el transcurso de la inspección se habían copiado gran volumen de documentos ajenos al objeto de la inspección por lo que recurrió la citada inspección ante el Consejo de la CNC que desestimó el recurso<sup>75</sup> al señalar la imposibilidad de delimitar la documentación referida al objeto de la inspección, así como a las dificultades de realizarla en el momento de la inspección una ingente cantidad de información, por lo que la realizaba después devolviendo, en su caso, los documentos no necesarios, circunstancias que, a su criterio, justificaban las inspecciones en los términos llevadas a cabo.

### a) *Recurso de STANPA ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*

Se recurrió ante la Audiencia Nacional la Resolución del Consejo de la CNC por considerar que infringía la inviolabilidad del domicilio<sup>76</sup>, por acceder a documentos que nada tenían que ver con el objeto de la inspección, y también por infracción del derecho de defensa<sup>77</sup> por haberse incautado la CNC en la inspección de un informe de un despacho de abogados sobre los posibles riesgos derivados de intercambio de información en el seno de la Asociación *STANPA*.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 30 de septiembre de 2009 estimó parcialmente el recurso de *STANPA* en lo referente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, al considerar que el apoderarse en la inspección, para su unión al expediente, de documentación ajena al sector de la peluquería profesional excedía el objeto que circunscribía la Orden de Inspección de entrada y registro y por tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio que protege el art. 18.2 de la CE.

Por otra parte, la Sala de la Audiencia Nacional desestimó que la incautación del informe del despacho de abogados suponga en sí misma una violación del derecho de defensa en el sentido que lo protege el art. 24 de la CE, ya que la no utilización de dicha información de abogado a cliente

<sup>74</sup> Art. 18.2 de la CE.

<sup>75</sup> Resolución de 3 de octubre de 2008.

<sup>76</sup> Art. 18.2 de la CE.

<sup>77</sup> Art. 24 de la CE.

imposibilita la existencia de indefensión material alguna. La argumentación que da la AN a este respecto no convence, toda vez que los Tribunales europeos se habían pronunciado sobre esta cuestión en diversas ocasiones y con claridad meridiana: los inspectores no pueden siquiera acceder a un documento confidencial<sup>78</sup>.

Pero la estimación de infracción del principio de inviolabilidad del domicilio abría una primera vía después de haber desestimado los anteriores casos planteados por el mismo motivo.

#### b) *Recurso de STANPA ante el Tribunal Supremo*

Al conocer el TS del recurso contra la SAN, en su Sentencia de 27 de abril de 2012, rechazó la interpretación dada por la AN al señalar que no hay vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio al estimar que deben prevalecer, frente a este derecho, la protección de la libre competencia y la necesidad de evitar obstáculos que impidan la labor inspectora de la CNC, a la que en definitiva viene a reconocer poderes omnímodos de investigación. Para fundamentar su criterio se invoca la Sentencia *Dow Chemical* del TJUE de 17 de diciembre de 1989, en la que se señala que la autoridad de competencia ha de poder buscar toda la información necesaria que no sea conocida ni cuyos elementos estén plenamente identificados, sin que previamente haya que identificar los elementos a los que se pretende acceder. El TS hace así una interpretación equivocada de la STJUE que cita. En esta se dice que no es exigible a la autoridad de competencia que identifique previamente los documentos a los que pretende acceder en el curso de una inspección, pero lo que no dice es que la búsqueda de documentos no deba restringirse a los sectores de actividad identificados en la Orden de Inspección, como además exige el art. 13 del RDC. El Tribunal General en Sentencia de 14 de noviembre de 2012, asunto *Nexans/Comisión*, anuló la decisión de inspección de la Comisión Europea, por haberse excedido del objeto de la inspección.

Por lo que respecta a la invocada violación del derecho de defensa al haberse accedido a un informe jurídico de un despacho de abogados a su cliente STANPA, el TS rechaza que tal infracción se haya cometido, como ya hizo la AN, pero por motivos distintos. Para el TS no se violó la protección de la confidencialidad de las comunicaciones, de abogado con su cliente, ya que en ningún momento durante la inspección se invocó esta protección, ni tampoco en los diez días siguientes que concedía la CNC.

En definitiva, el TS casó la Sentencia al anular la justificación dada por la AN cuando señala que se había infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Esta STS podría interpretarse en el sentido de validar

---

<sup>78</sup> Véase la STJUE de 18 de mayo 1982, asunto *AM & S Europe/Comisión*, Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2007, asuntos acumulados T-125/2003 y T253-2003, *AKZO Novel y otros/Comisión*.

inspecciones en las que se confiscaron documentos fuera del objeto de la investigación<sup>79</sup>.

Los argumentos, tanto de la AN como del TS, son poco convincentes en ambos casos al justificar que no se violó el derecho de defensa, especialmente privilegiado, en las comunicaciones abogado-cliente.

c) *Irregular inspección llevada a cabo en la sede de Campezo*

Campezo es un grupo empresarial cuya principal actividad es la construcción y reparación de carreteras y su asfaltado. También una de sus empresas se dedicaba, entre otras actividades, a los aparatos elevadores para obras y su alquiler.

La inspección se llevó a cabo simultáneamente en diversas dependencias de las distintas empresas del Grupo Campezo y principalmente en la sede la su empresa matriz, donde tenían, además, el domicilio social otras empresas pertenecientes al Grupo Campezo y compartían determinados servicios que desde la matriz se prestaban a las filiales.

La CNC a través de su Dirección General de Investigación optó, al investigar al Grupo Campezo Obras y Servicios, S. L. y a sus filiales Campezo Construcción, S. A. y Guipasa, S. A., por la obtención y utilización de una autorización judicial. Así, acudió a los juzgados de lo Contencioso-administrativo de Donostia-San Sebastián obteniendo del Juzgado núm. 3 de aquellos la autorización judicial.

El Auto judicial con acertado criterio señala que el juez no debe conceder la autorización como un mero automatismo formal, sino que se le ha otorgado la potestad de controlar que no se produzcan más limitaciones que las necesarias para la ejecución del acto, aunque no puede hacer un examen completo de la legalidad del acto administrativo, debiendo valorar una serie de parámetros que extrae de la doctrina del TC en sus SSTC 78/1992 y 160/1991, y que concreta en las siguientes:

- a) Que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización.
- b) La necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración.
- c) Que el acto sea dictado por la autoridad competente.
- d) Que el acto aparezca fundado en derecho.
- e) Que el acto sea necesario para alcanzar el fin perseguido.
- f) Que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.
- g) La eventual afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas derivada de la ejecutoriedad del acto administrativo.

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, J. «Inspecciones domiciliarias de competencia: Saber que se busca y que se puede buscar», *Revista Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 75, Idei, pp. 219 y ss.

En el FJ 3.º se analizan dichos puntos comenzando por decir:

«Estos puntos han de ser analizados desde un criterio de proporcionalidad que evite entradas que no resulten estrictamente necesarias para la consecución del fin perseguido por la Administración y para ello resulta esencial el contenido de la solicitud de la Administración, que en casos como el presente, que no puede pretender efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias y que ha de someter su actuación, estrictamente al principio de proporcionalidad en la medida de acceso al domicilio».

A continuación se contiene la justificación que ha de conducir a otorgar la autorización: identificación del acto administrativo para cuya ejecución se solicita la entrada, el órgano que la dicta y el obligado.

Dice el Auto judicial en su FJ 3.º, párrafo 2.º:

«Pues bien, tal y como se hace constar por la Comisión Nacional de la Competencia, con fecha 9 de octubre de 2009 la Directora de Investigación de la CNC ha adoptado la orden de investigación, ordenando a GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L. que se someta a la inspección que comenzará el día 15 de octubre de 2009, estando prevista pueda continuar en días posteriores, *toda vez que esa Dirección de Investigación ha tenido conocimiento de la existencia de posibles prácticas anticompetitivas prohibidas en el art. 1 de la LDC y art. 81 del Tratado de La Comunidad Económica Europea (TCE) en el mercado de fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas*, consistentes en adopción de acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado, la fijación de precios y la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de ese mercado.

Se debe significar que el escrito presentado cuenta con los requisitos antes numerados, al identificar el acto administrativo para cuya ejecución se solicita la entrada, el órgano administrativo, que lo dicta, así como el obligado por el referido acto» (la cursiva es nuestra).

Finalmente y sin que el Auto judicial se refiera a otro acto administrativo que se pretenda ejecutar que no sea el comprobar y obtener pruebas de las posibles prácticas contrarias al art. 1 de la LCD y art. 81 del TCE en el mercado de la fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas, se otorga la autorización en la parte Dispositiva, estableciendo el siguiente acuerdo:

«ACCEDER a la solicitud formulada por el Abogado del Estado en nombre de la Comisión Nacional de la Competencia y en consecuencia: se autoriza a los funcionarios de la Comisión Nacional de Competencia que se expresan a continuación, a entrar en el local de la empresa Grupo Campezo Obras y Servicios S.L., ubicada en el de los Amezketa, 10- bajo y primera planta de Donostia o en cualquier otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas a fin de proceder a la inspección ordenada por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, que se llevará a cabo el día 15 de octubre de 2009, prolongándose por el tiempo máximo necesario para llevar a cabo la inspección, dando cuenta a este Juzgado del término de la misma».

La inspección ordenada por la Dirección de Investigación no puede ser otra que la señalada en FJ 3.º del Auto, al que antes nos referimos.

Sin embargo, al llevar a cabo la inspección se muestra el Auto judicial que la autoriza para acceder al domicilio y una vez dentro de los locales, los inspectores comienzan a investigar toda la documentación, tanto en formato papel, como electrónico y solicitar información de la actividad de la matriz y dos de sus filiales, Campezo Construcción, S. A. y Guipasa, S. A., en el ámbito de la contratación, suministro y ejecución de obras. Pese a que los representantes de las inspeccionadas hicieron patente su disconformidad con que la inspección se realizara en un ámbito distinto y más amplio del autorizado por el Auto judicial, los inspectores exhibieron una Orden de Investigación de fecha 9 de octubre de 2009 por la que la directora de Investigación de la CNC autorizaba a investigar a Campezo por su posible participación en acuerdos y recomendaciones colectivas y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del art. 1 de la LDC en los mercados de construcción y ejecución de obras, al adoptar acuerdos cuyo objeto sería el reparto del mercado y la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicios en el territorio nacional. Al insistirse sobre la discrepancia entre dichos documentos y de prevalencia, en todo caso, de la autorización judicial, por los representantes de Campezo, los inspectores se limitaron a responder que la inspección estaba autorizada por la Orden de Investigación y es la que iban a aplicar y que, en todo caso, el Juzgado se habría confundido, haciendo además constar que si trataban de impedir o dificultar la inspección, podían ser sancionados con multas por obstrucción a la labor inspectora.

Así consta todo ello en el acta de inspección de fecha 15 de octubre de 2009.

Recurrida ante el Consejo de la CNC, tanto la inspección por llevarse a cabo sobre objeto distinto del que constaba en la autorización judicial, infringiendo los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la defensa, como la Orden de Investigación, por demasiado genérica infringiendo así el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC, el Consejo dictó Resolución, en fecha 28 de diciembre de 2009, por la que inadmitía el recurso por estimar que se trata de actos de mero trámite no incluíbles en el art. 47 de la LDC.

#### d) *Recurso de Campezo ante la Audiencia Nacional*

La empresa matriz y las dos filiales del Grupo Campezo afectadas por la citada inspección domiciliaria, recurrieron ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN, alegando la vulneración de tres derechos fundamentales: inviolabilidad del domicilio, del derecho de defensa y del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. La primera infracción que denuncia el recurso se fundamenta en que el objeto y finalidad de la inspección contenido en el Auto judicial que la autoriza, es dis-

tinto y mucho más concreto que el que contiene la Orden de Investigación que, después de acceder al domicilio, utilizan los inspectores. Estos hechos y el que se obtengan documentos ajenos al sector de los aparatos elevadores y las escaleras mecánicas, excede de la autorización de entrada en el domicilio y, por tanto, viola el art. 18.2 de la CE.

Estos mismos hechos causan indefensión a los inspeccionados<sup>80</sup>, toda vez que, al realizarse la inspección sobre objeto distinto, se les priva de ejercer su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses. Se produce indefensión, no subsanable posteriormente, cuando, como en el presente caso, se accede a practicar una inspección en base a Auto judicial que establece un objeto concreto y después se emplea una Orden de Investigación con objeto distinto y mucho más amplio y cuando se produce la queja del representante de los inspeccionados, se amenaza con la posibilidad de sanción del 1 por 100 de la cifra de facturación, por obstrucción a la función inspectora.

Todo este proceder se considera por los inspeccionados en el recurso que además infringe el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC.

Finalmente, se alega infracción del derecho a la protección de los datos personales, por cuanto con el volcado masivo de los ordenadores se captaron correos y documentación personal de diversos directivos y empleados, tales como fotos, declaraciones de IRPF, o incluso, comunicaciones íntimas, y ello pese a la protesta de los diversos interesados.

La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 20 de mayo de 2011, hace una interpretación errónea de la aplicación del art. 18.2 de la CE y del contenido de la autorización judicial que permite el acceso al domicilio. Si bien señala el conflicto «porque precisamente el registro se extendió más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro de la sede de la entidad actora» (fundamento jurídico segundo), más adelante, en el fundamento jurídico tercero, que señala «el problema se centra en la determinación del ámbito de entrada y registro», concluyendo que el auto judicial refiere en su parte dispositiva, que es lo que limita la autorización de entrada y registro, que la misma se haga en relación con el ámbito material acordado por la Dirección de Investigación de la CNC, la cual señala como ámbito de la inspección los mercados de contratación, suministros y ejecución de obras, por lo que se termina por estimar que la inspección se realizó en el ámbito marcado por el auto judicial que la autorizaba.

En definitiva, en disquisición un tanto incongruente, la Sentencia de la AN dice que el Auto judicial en su fundamento jurídico tercero hace referencia a la conducta imputada pero no al ámbito de entrada y registro<sup>81</sup>. A este ámbito, continúa la Sentencia, se refiere la parte dispositiva del citado Auto, y lo hace autorizando la entrada y registro, refiriéndose expresamente

<sup>80</sup> Art. 24 de la CE.

<sup>81</sup> FJ 3.º párr. 4.º

al local de Grupo Campezo y cualquier otro establecimiento de su matriz y filiales y en relación al ámbito material acordado por la DI. Por todo ello, concluye que la inspección se realizó en el ámbito de la autorización judicial no vulnerándose el derecho consagrado en el art. 18 de la CE<sup>82</sup>.

El último párrafo del FJ 3.º zanja la alegada infracción de la violación del derecho de defensa al decir: «Tampoco se aprecia violación del derecho de defensa —art. 24 de la CE— toda vez que su vulneración se vincula en la demanda a la extralimitación en el registro, que, como vemos, no se ha producido».

El FJ 4.º se encarga de rebatir la alegada violación de los derechos a la intimidad y a la protección de los datos, constitucionalmente protegidos. La argumentación resulta sorprendente, por cuanto que a mitad del FJ se comienza por afirmar: «Que se encontraron documentos propios de los empleados y de la empresa es algo probado puesto que se aprehendió todo el contenido de los discos duros, pero hemos de examinar si esa incautación supone una vulneración sustantiva de los derechos alegados». A continuación se señala que no existió violación de los derechos puesto que «la Administración actuante no dirigió su actuación a la aprehensión de los documentos privados de los empleados y de la empresa ni de sus correos, lo que ocurrió fue que al volcar el contenido de los discos duros de los ordenadores, también copió documentos personales de los empleados». En definitiva, no solo no considera violados los derechos de la intimidad y a la protección de datos personales, que se evidencia, por cuanto da por probado volcados masivos, sino que además justifica como normal el proceder de la CNC al volcar los discos duros de los ordenadores sin ningún criterio de búsqueda circunscrito al objeto de la inspección.

Después de que la AN había dado un paso positivo para frenar las inspecciones masivas y sin control legal de la CNC en la Sentencia STANPA al considerar que se había infringido el principio de inviolabilidad del domicilio, en la Sentencia Campezo considera que no existió violación de dicho derecho fundamental, según acabamos de ver. Además en ambos casos, la Sentencia fue redactada por el mismo Ponente: un pasito para adelante y otro pasito para atrás.

#### e) *Sentencia del Tribunal Supremo estimatoria del recurso de Campezo*

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TS al conocer el recurso de casación interpuesto por las entidades afectadas del Grupo Campezo, en Sentencia de 10 de diciembre de 2014, estima el primero de los motivos del recurso en el que se aducía infracción del art. 18.2 de la CE por vulneración de la inviolabilidad del domicilio, al no estar referida la autorización judicial al objeto de la investigación. Al estimar el primer motivo del recurso, no considera necesario analizar los otros dos. En efecto, se denunciaba en el

<sup>82</sup> Véase resto FJ 3.º

primer motivo del recurso que, pese a limitar el Auto judicial la inspección al mercado de los elevadores y escalera mecánicas, la inspección en la sede de *Campezo*, se llevó a cabo en base a la Orden de Investigación referida a las posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras, después además de haber accedido al domicilio con apoyo en el Auto judicial. Tal actuación, a juicio de la recurrente, comportaba infracción del art. 18.2 de la CE y del derecho que ampara.

El TS consideró que el objeto de la inspección venía delimitado por el Auto y que lo relevante era el objeto de la inspección definido en su fundamentación jurídica mucho más restringido que el que señala la Orden de Investigación. Toda vez que se copian infinidad de documentos referidos al mercado de la contratación, suministro y ejecución de obras, no se atiende la inspección a los términos del Auto judicial, produciéndose así una actuación contraria a derecho.

Por ello, continúa, debe pues estimarse el motivo y por las propias razones declarar nula, a todos los efectos, la inspección realizada sin el adecuado amparo judicial, sin que pueda, por tanto, ser tomada como base para cualquier expediente relativo a la empresa recurrente, así como la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 28 de febrero de 2009 que inadmitió el recurso contra dicha actividad inspectora.

#### C. CONCRECIÓN DEL OBJETO Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN: SSTS *UNESA* Y *TRANSMEDITERRÁNEA*

Los recursos de casación interpuestos por *UNESA* y *Transmediterránea* fueron resueltos por el Tribunal Supremo por Sentencias de 10 de diciembre de 2014 y 27 de febrero de 2015, respectivamente. En ambos recursos se impugnaban principalmente las órdenes de investigación de la CNC por incumplir lo dispuesto en el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC, al no definir suficientemente el alcance de la investigación.

En el caso *UNESA*, la Directora de Investigación de la CNC había dictado el 2 de noviembre de 2009 Orden de Investigación para «verificar la existencia y alcance de la posible coordinación en el seno de dicha Asociación», autorizando llevar a cabo una inspección domiciliaria en su sede.

Para tratar de justificar la necesidad de inspección, se reproduce en la Orden de Investigación parte de la Resolución del Consejo de la CNC de la misma fecha en la que se indicaba la necesidad de extremar la vigilancia sobre la posible coordinación de comportamientos de los asociados de *UNESA*.

Se solicitó autorización judicial, si bien, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 15 de Madrid, en su Auto de 2 de noviembre de 2009 autoriza la inspección en la sede de *UNESA*, en términos también inconcretos, por la supuesta «existencia de posibles prácticas anticompetitivas en el seno de *UNESA* en relación con el diseño de la coordinación de estrategias y comportamientos competitivos de las empresas asociadas».

Presentado recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN, se dictó Sentencia en fecha 2 de junio de 2011 por la que se consideró que no había sido infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio y las demás alegaciones de la recurrente a excepción de que también se recurrió la inadmisión por el Consejo de la CNC del recurso de la misma parte por considerar que era acto de mero trámite. La Sala de la AN, si bien en la fundamentación jurídica acoge el recurso en este aspecto al considerar que aunque se considere de trámite, al tratarse de protección de derechos fundamentales, es de trámite cualificado y cabe recurso vía art. 47 de la LDC, aunque en la parte dispositiva no se hace referencia a esta estimación. En cuanto al fondo del asunto, la AN considera que toda vez que se obtuvo autorización judicial, el juez controló la legalidad de la Orden de Investigación en relación con la inviolabilidad del domicilio<sup>83</sup>, por lo que aquí cabe examinar si dentro del domicilio de la inspeccionada, la actuación inspectora comporta violación del secreto de la comunicación abogado-cliente, o del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados de UNESA y del derecho de defensa, llegando la Sala a la conclusión de que ninguno de estos derechos había sido vulnerado.

El TS en su STS de 10 de diciembre de 2014 entra en el examen del recurso y después de rechazar el motivo primero, estima el segundo por considerar que tanto las órdenes de investigación como las autorizaciones judiciales deben contener especificaciones que indiquen de manera suficiente el objetivo y finalidad de la investigación de manera que permitan saber a las empresas qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación<sup>84</sup>, ya que según se ha indicado en la jurisprudencia europea<sup>85</sup> la definición del objeto y finalidad de las inspecciones resulta elemento fundamental para el respeto a los derechos de defensa.

Por tanto, la definición del objeto y finalidad de la inspección resulta una exigencia fundamental para el respeto de los derechos de defensa de los inspeccionados y también para que puedan comprender cuál es el alcance del deber de colaboración con la autoridad de competencia<sup>86</sup>.

En consecuencia, se estima el recurso, se casa la Sentencia y se anula, asimismo, el Acuerdo de la CNC que inadmitió el recurso; también se anula la Orden de Investigación y las actuaciones inspectoras.

Los recursos de *Transmediterránea* corrieron la misma suerte que los de *UNESA*.

La Directora de Investigación dictó Órdenes de Investigación contra *Transmediterránea* y *Transmediterránea Cargo* respecto de sus oficinas sitas en Alcobendas y Palma de Mallorca. Redactadas en los mismos términos se señalan como objeto «verificar la existencia, en su caso, de actuaciones

<sup>83</sup> FJ 3.º

<sup>84</sup> FJ 5.º

<sup>85</sup> STS de 25 de junio de 2014, asunto *Nexans/Comisión* y de 24 de noviembre de 2014, asunto *Orange/Comisión*.

<sup>86</sup> FJ 5.º

de las entidades inspeccionadas que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y por los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Se pretende justificar la delimitación del objeto y, para ello, se continúa: «consistentes, en general, en acuerdos para el reparto del mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales no equitativas y, así como, cualquier otra conducta que pudiera contribuir al riesgo del mercado».

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, confirma la legalidad de las Ordenes de Investigación, diciendo que contenían suficiente información sin necesidad de mayores concreciones, tanto en el ámbito objetivo como en el temporal.

Por el contrario, para el TS no merecen las Órdenes de Investigación que tengan contenido mínimo delimitativo del objeto y finalidad de la inspección. Así en su STS de 27 de febrero de 2015 declara que las dos Ordenes de Investigación, redactadas de forma idéntica, resultan sumamente genéricas e incurrir en claro déficit en cuanto a la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación, pues se refieren como conductas inspeccionadas a aquellas contrarias a los arts. 1 y 2 LDC y arts. 101 y 102 TFUE, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercados, la fijación de precios, fijación de condiciones comerciales, imposición de precios, imposición de condiciones comerciales no equitativas, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado del transporte marítimo regular de peaje, vehículos en régimen de pasaje y carga<sup>87</sup>. Considera el TS que tales órdenes no delimitan, como exige el art. 40 de la LDC en relación con el art. 13 del RDC, las conductas objeto de investigación. Por ello, estima el recurso anulando las Ordenes de Investigación citadas por infracción del art. 40 de la LDC y del art. 13 del RDC en relación con el art. 20.4 del Reglamento 1/2003, anulando también el Acuerdo del Consejo de la CNC de 2 de junio de 2010 que inadmitió el recurso.

El TS, tanto en la Sentencia *UNESA*, como en la Sentencia de *Transmediterránea*, consideró que las Ordenes de Investigación que autorizaban las inspecciones no delimitaron suficientemente el objeto y finalidad de la investigación al no definir claramente cuáles eran las conductas objeto de investigación, ni en qué actividades y ámbito geográfico concreto aquellas habían podido tener lugar<sup>88</sup>.

#### 4. LAS INSPECCIONES QUE LA LEY 3/2013 DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA HABILITA

La Ley 3/2013, de 4 de junio, creó la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) cuyo objeto es velar por el correcto

<sup>87</sup> FJ 9.º

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ, J., *op. cit. ut supra*, nota 79.

funcionamiento de los mercados y la libre competencia en beneficio de los consumidores y usuarios. Para ello, no solo asume las funciones de aplicar la Ley 15/2007, de 13 de julio de cuya misión se venía ocupando la CNC, sino también otras muchas que le otorga el Capítulo II, entre los que destaca la supervisión y control de determinados sectores que venía siendo realizadas por distintos órganos cuyas principales funciones asume, quedando las meramente administrativas encomendadas a determinados departamentos ministeriales, en los términos que establece la Ley. Sigue siendo, a nuestro juicio, la principal misión de la CNMC la aplicación de la LDC en lo que respecta al control de concentraciones económicas y de sancionar las conductas que supongan impedir, restringir o falsear la libre competencia.

Como no podía ser de otra manera, la Ley 3/2013 encomienda a la nueva entidad CNMC las funciones de inspección y sancionadoras necesarias para garantizar la efectiva aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia<sup>89</sup>. En consecuencia el art. 27 de la misma Ley habilita para que los funcionarios de la CNMC lleven a cabo inspecciones domiciliarias en términos similares a los contenidos en el art. 40 de la LDC, que se deroga.

Para llevar a cabo una inspección los funcionarios actuantes deberán estar autorizados por escrito por el director de Competencia de la CNMC. Para el supuesto de que la empresa se oponga a la inspección o haya riesgo de que pudiera así ocurrir, deberá obtenerse una autorización del Juzgado de lo Contencioso-administrativo del lugar en que vaya a llevarse a cabo la inspección, en los términos que ya venían establecidos.

La CNMC ha publicado recientemente en su página web un documento titulado «Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia». Dicha nota informativa, como su propio nombre indica, no tiene ninguna fuerza normativa pero sí resultará de utilidad para que las empresas conozcan, para el supuesto en que vayan a ser inspeccionadas, la forma en que se pretenderá llevar a cabo la inspección, los fundamentos legales de las funciones inspectoras y las consecuencias de negarse a la inspección u obstruirla.

Debe darse la bienvenida a documentos como este, que, aunque sin fuerza normativa, reglan y clarifican las inspecciones, dotando de mayor transparencia a las actuaciones de la Dirección de Competencia e informando a las empresas de la forma en que se van a realizar en su caso las inspecciones, y la fundamentación legal de las funciones que desarrollan.

No obstante, pese a la opinión favorable que en general nos merece el documento, hay algunos supuestos en los que debemos manifestar nuestro desacuerdo. Así en la Nota informativa se dice que los inspectores de la CNMC personados en la sede de la empresa sometida a inspección se

---

<sup>89</sup> Art. 29 de la Ley 3/2013.

identificarán y notificarán a la misma la correspondiente Orden de Investigación<sup>90</sup>, hasta aquí estamos de acuerdo. También tenemos que estar de acuerdo con el primer inciso del párrafo A-5, en cuanto que ajustándose a la legalidad afirma que en los supuestos de oposición o riesgo de oposición a la inspección, la CNMC solicitará la correspondiente autorización de entrada en domicilio.

No podemos compartir el criterio que a continuación se explicita en el mismo párrafo. Se dice: «La notificación del correspondiente Auto Judicial se producirá cuando la empresa o sus representantes legales se opongan a la inspección, o se produzca, a juicio de los inspectores, retraso injustificado en la entrada, y en todo caso, siempre que dicho Auto así lo disponga». Evidentemente en contadísimos casos va a contener el Auto una disposición concreta de este tipo, entre otras razones, porque los jueces entienden que solicitado y obtenido el Auto Judicial la entrada se va a producir en base y fundamento al mismo, es lo que ocurre siempre en la vía penal a la que están más acostumbrados a otorgar autorizaciones de entrada en domicilios. Además, el Auto judicial puede contener matizaciones y/o restricciones a las facultades que previamente estableció el director de Competencia en su Orden de Investigación.

El inspeccionado, pese a su obligación de permitir la entrada para inspeccionar, precisa conocer si esta se basa solo en la Orden administrativa o si se ha producido control judicial sobre la misma, ya que tal autorización no debe ser automática sino que al juez se le ha otorgado la potestad de controlar que no se produzcan más limitaciones de las necesarias, y aunque no puede hacer un examen completo de la legalidad del acto administrativo, sí debe valorar una serie de parámetros entre los que destaca la afectación de otros derechos fundamentales y libertades públicas. Así se establece por la doctrina del TC, contenida, entre otras, en las SSTC 78/1992 y 160/1991.

Por ello, y a fin de no dañar los derechos de defensa del inspeccionado, debe este conocer si la Orden de Inspección ha sido sometida o no a control judicial y cuál ha sido la argumentación del juez para autorizar la entrada y sus términos.

La autorización judicial es, en definitiva, una garantía más para el inspeccionado, que debe valorar para su defensa, así como los razonamientos y, en su caso, limitaciones que haya podido establecer el juez en su resolución.

Entendemos que si previamente a intentar la inspección en el domicilio de la empresa, se recurrió a la autorización judicial, el contenido de la misma no puede ser hurtado a la empresa inspeccionada.

Resulta adecuado que se señale en el párrafo A-3 que la Orden de Investigación es recurrible ante la Sala de Competencia del Consejo de la

---

<sup>90</sup> Párrafo A-3.

CNMC en plazo de diez días. Se echa de menos que no se diga lo mismo de la posibilidad de recurrir el acto administrativo de la inspección que vendrá plasmado en el Acta de Inspección. Con frecuencia, el recurso se lleva a cabo contra ambos. Debemos entender que la Resolución del Consejo debe advertir a las partes de su facultad de recurrir en vía jurisdiccional ante la AN.

Bueno es el recordatorio de la exigencia legal que se hace al decir que los inspectores actuarán de manera proporcionada durante la inspección en el marco de la Orden de Investigación<sup>91</sup>. Pero esta previsión no parece conectarse con otra norma anterior que hace depender la información en relación con el objeto y alcance de la inspección de la Orden de Investigación con el momento procesal en que se produzca la misma e incluirá las presunciones que la Dirección de Competencia se propone verificar<sup>92</sup>. No se comprende bien lo que quiere decir esta norma, pero, en todo caso, no puede imponer menos garantías de la delimitación de la inspección, su finalidad y documentación que se pretende examinar, todo ello, en los términos que exige el art. 27 de la Ley 3/2013.

Se señala, en otra de las normas, la posibilidad de la empresa de ser asistida por abogado, interno o externo, pero se hace constar que la presencia de abogado no será requisito necesario para el inicio de la inspección<sup>93</sup>. Si bien estas precisiones son acordes con la legislación, no es menos cierto que las empresas (pequeñas y medianas) no cuentan, por lo general, con abogado fijo en la plantilla, por lo que al producirse la inspección por sorpresa, tienen que localizar al abogado externo o, incluso, de realizarse la inspección en una dependencia distinta de los edificios de la empresa, sita en otra ciudad, el abogado externo tendrá que localizar un colega en dicha ciudad para que asista a la inspeccionada. Hasta la fecha, no ha habido grandes incidencias a la hora de esperar a que el abogado acuda para asesorar en la inspección, pero bueno hubiera sido que hubiese hecho constar que se esperará un tiempo prudente para comenzar la inspección (por ejemplo, máximo de dos horas o tiempo menor según el conocimiento que se tenga de la práctica).

Una norma importante es la del párrafo B-13 y concretamente el control que parece establecer para frenar los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores que venía realizando la inspección en tiempo de la CNC.

Se dice en aquella que para la selección de documentación relevante en formato electrónico se realizaron filtrados sucesivos utilizando determinados criterios de búsqueda sobre la información inicialmente seleccionada. Dichos criterios de búsqueda serán facilitados a la empresa al finalizar la inspección, se concluye.

---

<sup>91</sup> Párrafo B-8.

<sup>92</sup> Párrafo A-4.

<sup>93</sup> Párrafo B-9.

Esta norma tiene conexión con la que contiene el último párrafo de la que se establece en el parágrafo B-12. Aquí se dice que para evitar que se recaben, por los inspectores, documentación relacionadas con la intimidad de las personas o con las comunicaciones abogado-cliente, la empresa y sus trabajadores deberán colaborar con el equipo inspector poniendo en su conocimiento dichas circunstancias e identificando dicha información a fin de que no sea recabada. Finalmente, en relación con este importante tema, en el parágrafo B-16, se establece que al finalizar la inspección, la documentación copiada inicialmente y no seleccionada durante las fases de filtrado será entregada a la empresa o destruida y los archivos digitales no seleccionados, borrados de forma segura de los dispositivos electrónicos de la CNMC.

Evidentemente, esta autorregulación que se impone la CNMC en el ejercicio de sus funciones inspectoras supone un paso importante en el cumplimiento de las exigencias legales al tiempo que un freno a los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores que hacía su antecesora, la CNC, aunque no creemos que sea suficiente para cumplir en los términos que han establecidos los Tribunales europeos sobre el respecto a los documentos confidenciales y en especial a las comunicaciones abogado-cliente sobre los que la jurisprudencia europea tiene establecido que no podrá, en ningún caso, tener conocimiento de la misma aunque inmediatamente se devuelva o se destruya<sup>94</sup>, pues ello no sirve para reparar los perjuicios derivados del conocimiento por la autoridad administrativa de un documento protegido por la comunicación abogado-cliente, cuyo mero hecho es por sí una violación del carácter protegido.

Muchas autoridades de la competencia de diversos países europeos, con posterioridad a la inspección, pero, en todo caso, antes de analizar el contenido de los documentos identificados durante la inspección, piden a los representantes de la empresa inspeccionada y a sus abogados que revisen el contenido de la documentación copiada para identificar los documentos que no se encuentran dentro del objeto de la investigación, son de naturaleza privada o están protegidos por el secreto abogado-cliente. La autoridad de competencia se compromete a no acceder a la documentación obtenida en la inspección hasta que la revisión por parte de la empresa no se ha llevado a cabo<sup>95</sup>.

En la actual autoridad española de la competencia CNMC se aprecia, en definitiva, un cambio de talante, interés, por lo general, de hacer las cosas bien, al tiempo que se ha abandonado el carácter inquisitorial empleado por la CNC, aunque sin menoscabo de sus funciones de velar por la competencia y, en su caso, descubrir y sancionar al infractor, para lo que no se precisan tantas inspecciones ni el que se lleven a cabo de forma tan agresiva con el volcado del contenido de todos los discos duros de los ordenadores.

---

<sup>94</sup> Por todas, véase Sentencia asunto *Akzo*, antes citada.

<sup>95</sup> CANTOS BAQUEDANO, F., y SANTOS LORENZO, S., *op. cit. ut supra*, nota 36.

Así en el año 2014 la CNMC realizó ocho inspecciones y en el periodo comprendido entre enero de 2015 y enero de 2016 se llevaron a cabo un total de diez inspecciones en 35 empresas. La prioridad de la autoridad de la competencia sigue siendo la lucha contra los cárteles, para lo cual incorporan sancionar también a las personas físicas que directamente participaron en los mismos, tal y como posibilita la Ley, aunque últimamente no eran sancionadas.

## FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Antonio Muñoz y Ferraz

Departamento de Economía II y Estadística  
Universidad Complutense de Madrid

Marta Zubizarreta Ariz

Departamento de Estadística y Métodos Cuantitativos

Universidad Complutense de Madrid

Patricia López-Cerdas

Departamento de Estadística y Métodos Cuantitativos  
Universidad Complutense de Madrid

## EL IMPACTO ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Resumen: Este artículo analiza el impacto económico de la economía colaborativa en España. Se estudia el efecto de la economía colaborativa en el sector de los viajes, concretamente en el mercado de alquiler de viviendas. Se analizan los efectos de la economía colaborativa en el precio de alquiler de viviendas, en el número de viviendas disponibles y en el número de viviendas ocupadas. Se concluye que la economía colaborativa tiene un efecto positivo en el precio de alquiler de viviendas y un efecto negativo en el número de viviendas disponibles y en el número de viviendas ocupadas.

Palabras clave: Economía colaborativa, alquiler de viviendas, precio de alquiler, número de viviendas disponibles, número de viviendas ocupadas.

JEL Classification: J24, J31, J41, J42, J43, J44, J45, J46, J47, J48, J49, J50, J51, J52, J53, J54, J55, J56, J57, J58, J59, J60, J61, J62, J63, J64, J65, J66, J67, J68, J69, J70, J71, J72, J73, J74, J75, J76, J77, J78, J79, J80, J81, J82, J83, J84, J85, J86, J87, J88, J89, J90, J91, J92, J93, J94, J95, J96, J97, J98, J99, K11, K12, K13, K14, K15, K16, K17, K18, K19, K20, K21, K22, K23, K24, K25, K26, K27, K28, K29, K30, K31, K32, K33, K34, K35, K36, K37, K38, K39, K40, K41, K42, K43, K44, K45, K46, K47, K48, K49, K50, K51, K52, K53, K54, K55, K56, K57, K58, K59, K60, K61, K62, K63, K64, K65, K66, K67, K68, K69, K70, K71, K72, K73, K74, K75, K76, K77, K78, K79, K80, K81, K82, K83, K84, K85, K86, K87, K88, K89, K90, K91, K92, K93, K94, K95, K96, K97, K98, K99, L21, L22, L23, L24, L25, L26, L27, L28, L29, L30, L31, L32, L33, L34, L35, L36, L37, L38, L39, L40, L41, L42, L43, L44, L45, L46, L47, L48, L49, L50, L51, L52, L53, L54, L55, L56, L57, L58, L59, L60, L61, L62, L63, L64, L65, L66, L67, L68, L69, L70, L71, L72, L73, L74, L75, L76, L77, L78, L79, L80, L81, L82, L83, L84, L85, L86, L87, L88, L89, L90, L91, L92, L93, L94, L95, L96, L97, L98, L99, M11, M12, M13, M14, M15, M16, M17, M18, M19, M20, M21, M22, M23, M24, M25, M26, M27, M28, M29, M30, M31, M32, M33, M34, M35, M36, M37, M38, M39, M40, M41, M42, M43, M44, M45, M46, M47, M48, M49, M50, M51, M52, M53, M54, M55, M56, M57, M58, M59, M60, M61, M62, M63, M64, M65, M66, M67, M68, M69, M70, M71, M72, M73, M74, M75, M76, M77, M78, M79, M80, M81, M82, M83, M84, M85, M86, M87, M88, M89, M90, M91, M92, M93, M94, M95, M96, M97, M98, M99, O11, O12, O13, O14, O15, O16, O17, O18, O19, O20, O21, O22, O23, O24, O25, O26, O27, O28, O29, O30, O31, O32, O33, O34, O35, O36, O37, O38, O39, O40, O41, O42, O43, O44, O45, O46, O47, O48, O49, O50, O51, O52, O53, O54, O55, O56, O57, O58, O59, O60, O61, O62, O63, O64, O65, O66, O67, O68, O69, O70, O71, O72, O73, O74, O75, O76, O77, O78, O79, O80, O81, O82, O83, O84, O85, O86, O87, O88, O89, O90, O91, O92, O93, O94, O95, O96, O97, O98, O99, R11, R12, R13, R14, R15, R16, R17, R18, R19, R20, R21, R22, R23, R24, R25, R26, R27, R28, R29, R30, R31, R32, R33, R34, R35, R36, R37, R38, R39, R40, R41, R42, R43, R44, R45, R46, R47, R48, R49, R50, R51, R52, R53, R54, R55, R56, R57, R58, R59, R60, R61, R62, R63, R64, R65, R66, R67, R68, R69, R70, R71, R72, R73, R74, R75, R76, R77, R78, R79, R80, R81, R82, R83, R84, R85, R86, R87, R88, R89, R90, R91, R92, R93, R94, R95, R96, R97, R98, R99, S11, S12, S13, S14, S15, S16, S17, S18, S19, S20, S21, S22, S23, S24, S25, S26, S27, S28, S29, S30, S31, S32, S33, S34, S35, S36, S37, S38, S39, S40, S41, S42, S43, S44, S45, S46, S47, S48, S49, S50, S51, S52, S53, S54, S55, S56, S57, S58, S59, S60, S61, S62, S63, S64, S65, S66, S67, S68, S69, S70, S71, S72, S73, S74, S75, S76, S77, S78, S79, S80, S81, S82, S83, S84, S85, S86, S87, S88, S89, S90, S91, S92, S93, S94, S95, S96, S97, S98, S99, T11, T12, T13, T14, T15, T16, T17, T18, T19, T20, T21, T22, T23, T24, T25, T26, T27, T28, T29, T30, T31, T32, T33, T34, T35, T36, T37, T38, T39, T40, T41, T42, T43, T44, T45, T46, T47, T48, T49, T50, T51, T52, T53, T54, T55, T56, T57, T58, T59, T60, T61, T62, T63, T64, T65, T66, T67, T68, T69, T70, T71, T72, T73, T74, T75, T76, T77, T78, T79, T80, T81, T82, T83, T84, T85, T86, T87, T88, T89, T90, T91, T92, T93, T94, T95, T96, T97, T98, T99, Y11, Y12, Y13, Y14, Y15, Y16, Y17, Y18, Y19, Y20, Y21, Y22, Y23, Y24, Y25, Y26, Y27, Y28, Y29, Y30, Y31, Y32, Y33, Y34, Y35, Y36, Y37, Y38, Y39, Y40, Y41, Y42, Y43, Y44, Y45, Y46, Y47, Y48, Y49, Y50, Y51, Y52, Y53, Y54, Y55, Y56, Y57, Y58, Y59, Y60, Y61, Y62, Y63, Y64, Y65, Y66, Y67, Y68, Y69, Y70, Y71, Y72, Y73, Y74, Y75, Y76, Y77, Y78, Y79, Y80, Y81, Y82, Y83, Y84, Y85, Y86, Y87, Y88, Y89, Y90, Y91, Y92, Y93, Y94, Y95, Y96, Y97, Y98, Y99, Z11, Z12, Z13, Z14, Z15, Z16, Z17, Z18, Z19, Z20, Z21, Z22, Z23, Z24, Z25, Z26, Z27, Z28, Z29, Z30, Z31, Z32, Z33, Z34, Z35, Z36, Z37, Z38, Z39, Z40, Z41, Z42, Z43, Z44, Z45, Z46, Z47, Z48, Z49, Z50, Z51, Z52, Z53, Z54, Z55, Z56, Z57, Z58, Z59, Z60, Z61, Z62, Z63, Z64, Z65, Z66, Z67, Z68, Z69, Z70, Z71, Z72, Z73, Z74, Z75, Z76, Z77, Z78, Z79, Z80, Z81, Z82, Z83, Z84, Z85, Z86, Z87, Z88, Z89, Z90, Z91, Z92, Z93, Z94, Z95, Z96, Z97, Z98, Z99.



# FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA\*

Antonio MAUDES GUTIÉRREZ

Director del Departamento de Promoción  
de la Competencia de la CNMC

María SOBRINO RUIZ

Subdirectora de Estudios e Informes.  
Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC

Pedro HINOJO GONZÁLEZ

Vocal Asesor de la Subdirección de Estudios e Informes.  
Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC

## 1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA COLABORATIVA?

La economía colaborativa se puede definir como las relaciones entre individuos (de igual a igual, *peer-to-peer*) para obtener, conceder o compartir el acceso a bienes y servicios infrautilizados organizado generalmente mediante plataformas de internet<sup>1</sup> (*online*) con un componente social. Esta definición no está exenta de controversia<sup>2</sup>, ya que hay autores que prefieren desligar la parte de «*demand sharing*», donde existe un intercambio entre las dos partes, de las conductas de «*open sharing*», donde una parte ofrece unilateralmente sus servicios sin esperar nada a cambio<sup>3</sup>.

---

\* Diciembre de 2016. Las opiniones expresadas en el presente artículo son de los autores. Los autores desean agradecer las aportaciones de Alfonso GONZÁLEZ APARICIO y Raquel TÁRREGA LÓPEZ. Los errores u omisiones que pudieran existir son en cualquier caso responsabilidad exclusiva de los autores.

<sup>1</sup> J. HAMARI, M. SJÖKLINT y A. UKKONEN, «The Sharing Economy: Why People Participate in Collaborative Consumption», *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 67(9), 2016, pp. 2047-2059. R. BELK, «Sharing», *Journal of Consumer Research*, 36, 2010, pp. 715-734.

<sup>2</sup> En inglés la expresión más utilizada para abordar el concepto es «*sharing economy*». Aunque la traducción más fiel podría ser «economía de compartición» la expresión que se ha generalizado más en castellano es «economía colaborativa» (pese a que el término de «*collaborative economy*» se usa menos que el de «*sharing economy*»). Y es ese matiz «colaborativo» lo que puede generar ciertos reparos a la hora de aplicarse a transacciones de mercado, aunque sea un término que se adapte bien a la realidad de compartir (colaborar) para un mejor aprovechamiento de recursos infrautilizados.

<sup>3</sup> R. BELK, «You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online», *Journal of Business Research*, 67, 2014, pp. 1595-1600.

Las anteriores disquisiciones semánticas tienen interés desde un punto de vista sociológico, pero no son tan significativas para las autoridades de competencia y de regulación. Para estas instituciones lo relevante a efectos del estudio de este fenómeno es saber si nos encontramos ante operadores (*undertakings*) y actividades económicas. De acuerdo con la definición moldeada por la jurisprudencia, una actividad económica consiste en la producción de bienes y servicios orientados al mercado y guiados, por tanto, por criterios económicos (a diferencia de otros principios como los de autoridad o solidaridad). Así pues, el concepto de operador es funcional y aspectos como la forma jurídica o el ánimo de lucro no determinan *per se* si estamos o no ante una actividad económica<sup>4</sup>.

Por tanto, desde la óptica de competencia el fenómeno se ha de abordar independientemente de si existe ánimo de lucro, pues el impacto sobre el mercado puede ser disruptivo en cualquier caso. Tampoco es relevante el hecho de que se produzca o no intercambio de dinero, pues este es un mero numerario que actúa como unidad de cuenta, para registrar pagos y deudas, y medio de pago, pues es aceptado por su grado de intercambiabilidad (alta probabilidad de ser aceptado por otros individuos en futuras transacciones). Es decir, la esencia de la ciencia económica es satisfacer necesidades humanas gestionando eficientemente los recursos escasos. En dicho contexto, los intercambios en plataformas digitales basados en el regalo, el intercambio o por un precio, revisten naturaleza económica con independencia de que el dinero esté presente o no.

Si pretender realizar un acotamiento demasiado estricto del concepto de economía colaborativa, es pertinente citar una serie de elementos que están presentes de manera general en las manifestaciones actuales de este innovador fenómeno<sup>5</sup>, que se encuentra en rápida evolución.

El primer aspecto que cabe destacar es el uso de recursos —bienes y activos— infrautilizados. El concepto de recursos debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto productos tangibles como intangibles. Entre los primeros se encontrarían bienes muebles o inmuebles, como por ejemplo el alojamiento o el vehículo. Los valores intangibles podrían ser, entre otros, el tiempo, el dinero o el capital humano.

Pero esta no es una novedad del momento actual, pues el aprovechamiento social de bienes infrautilizados es tan antiguo como la propia humanidad. Existen factores tecnológicos y sociales que posibilitan que una nueva generación de modelos de negocio permitan estos intercambios a un nivel cuantitativo y cualitativo netamente superior. Estos elementos que se explican a continuación son consustanciales a este desarrollo de la economía colaborativa en el siglo XXI y han convertido este fenómeno en una innovación disruptiva capaz de transformar los mercados.

---

<sup>4</sup> A. JONES y B. SUFRIN, «EU Competition Law, Text, Cases and Materials», 6.ª ed., New York, Oxford University Press, 2016.

<sup>5</sup> CNMC, «Conclusiones preliminares del Estudio de los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa», 2016.

En primer lugar, el factor impulsor de este cambio estructural es la revolución digital que afecta a la información, a las comunicaciones y a las facilidades para una mayor interacción social *online*. La digitalización, junto a otras innovaciones estrechamente relacionadas que se verán más adelante, como la ubicuidad de los teléfonos móviles, los servicios de geolocalización, los mecanismos de reputación *online* o los sistemas de pago sin dinero físico explican que el uso compartido de recursos infrautilizados esté alcanzando escalas sin precedentes en un número creciente de países y mercados.

Además de la digitalización —que es un factor común a otras innovaciones en diversos mercados—, la novedad principal que caracteriza la economía colaborativa es el empleo de plataformas digitales en mercados de dos o más lados. Estas plataformas facilitan las transacciones al poner en común (de manera real o virtual) a distintos grupos de agentes que necesitan de una cierta interacción<sup>6</sup>. Esta interdependencia de los individuos permite a las plataformas aprovechar las denominadas «externalidades de red» (directas e indirectas), fenómeno que desarrollaremos más adelante. En el caso de la economía colaborativa los individuos (*peers*) se pueden situar a ambos lados del mercado secuencial o simultáneamente, emergiendo la figura del «prosumidor», que es a la vez, o está capacitado para ser, «productor» y «consumidor». Es por esta razón que algunas fuentes autorizadas prefieren hablar de economía P2P (*peer-to-peer*, de igual a igual) en lugar de economía colaborativa<sup>7</sup>.

Las plataformas logran además un emparejamiento (*matching*) más eficiente entre oferta y demanda, con mecanismos como el ajuste dinámico de precios a través de algoritmos, cuestión que también abordaremos más adelante. Estas plataformas se valen asimismo de nuevas herramientas tecnológicas (como internet o los *smartphones*) y sociales (como las redes sociales y los sistemas de reputación en internet). La rapidez para casar transacciones hace que algunos expertos prefieran referirse a estos nuevos modelos de prestación de servicios como «economía a demanda» (*on demand economy*) y no como economía colaborativa<sup>8</sup>.

El presente artículo tiene como objeto desarrollar y ampliar estos fundamentos económicos de la economía colaborativa, ahondando especialmente en las ventajas de eficiencia que se acaban de mencionar. Tras este primer apartado introductorio, el segundo apartado se adentra en los factores de desarrollo de este fenómeno, con el ánimo de entender las poderosas dinámicas que lo impulsan. El tercer apartado explica los efectos en forma ganancias de eficiencia de estos nuevos modos de prestación de servicios.

---

<sup>6</sup> D. S. EVANS y R. SCHMALENSSEE, «Industrial Organization of Two-Sided Platforms», en D. S. EVANS, «Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses», *Competition Policy International*, 2011.

<sup>7</sup> Autoritat Catalana de la Competència, «Transacciones entre iguales (P2P) y competencia», ES 7/2014, julio 2014.

<sup>8</sup> Monopolkommission, «Digital markets: The Sharing Economy and FinTechs», *XXIst Main Report - Competition*, 2016.

El cuarto apartado se centra en las implicaciones en materia de regulación económica eficiente y competencia. Por último, el quinto apartado recoge las principales conclusiones y las recomendaciones para los reguladores y las autoridades de defensa y promoción de la competencia.

## 2. FACTORES DE DESARROLLO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Existen múltiples factores que explican el desarrollo de la economía colaborativa. Una buena manera de detectarlos es recordar los elementos que la caracterizan, que acabamos de citar en el apartado introductorio.

Así pues, si un elemento consustancial a la economía colaborativa es el aprovechamiento de recursos infrautilizados, entonces puede pensarse que la crisis económica ha sido un factor desencadenante, al menos con carácter coyuntural, por dos razones. Por el lado de la oferta, los agentes pueden desear emplear recursos ociosos, generalmente monetizando, para superar una fase recesiva en sus ingresos. Ejemplo de estos activos infrautilizados pueden ser la vivienda, el vehículo y otros bienes duraderos (siendo uno de los ejemplos más paradigmáticos el de la taladradora doméstica<sup>9</sup>, usada solo entre 13 y 18 minutos durante toda su vida útil), pero también el capital humano o simplemente el tiempo libre. Por el lado de la demanda, en un contexto de desempleo y carestía de crédito los consumidores pueden verse impulsados a satisfacer sus necesidades en términos de acceso a servicios en lugar de la tenencia de bienes en propiedad.

Pero la crisis económica no ha sido un factor esencial para el florecimiento de la economía colaborativa, pues esta se sigue desarrollando a medida que mejora la situación económica y también ha prosperado en países que no han experimentado estas dificultades macroeconómicas. Por ello es preciso localizar los factores estructurales que explican realmente el fenómeno (más allá del papel de «acelerador» que ha podido tener la crisis) y que pueden clasificarse en tres grupos<sup>10</sup> (que están interrelacionados).

En primer lugar, encontramos factores tecnológicos en el campo de la información y comunicaciones: el desarrollo de internet y la web 2.0 (con mayor interacción entre usuarios en comparación con la web 1.0), la llegada del internet móvil y los «teléfonos inteligentes» (*smartphones*), la eclosión de un ecosistema de aplicaciones móviles, el uso de la navegación y geolocalización por GPS, etc. Estas innovaciones reducen enormemente los costes de transacción, especialmente de información y búsqueda, permitiendo realizar intercambios que antes no eran viables económicamente.

<sup>9</sup> R. BOTSCHAN y R. ROGERS, *What's mine is yours. How collaborative consumption is changing the way we live*, Harper Collins e-books, 2010.

<sup>10</sup> Monopolkommission y CNMC, «Conclusiones preliminares del Estudio de los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa», 2016.

En segundo lugar, encontramos factores de índole sociocultural. El más relevante es el desarrollo de las redes sociales y la pérdida de anonimato que asumen los individuos participantes en las plataformas de economía colaborativa a cambio de la necesaria credibilidad y reputación que les permita acceder al disfrute de bienes, servicios y experiencias. Esto lleva al establecimiento de relaciones de confianza entre personas antes desconocidas, siendo este valor de la confianza clave para permitir transacciones entre iguales<sup>11</sup> (P2P), reduciendo adicionalmente los costes de transacción y solucionando en grado suficiente el problema de información asimétrica que originaba un fallo de mercado tal que impedía, en el mundo no digital, la consumación de los intercambios. De hecho, la falta de confianza entre los individuos que no se conocían previamente, por ejemplo por amistad o ser miembros de la misma familia, impidió en el pasado el crecimiento de estos mercados más allá de la anécdota económica. Otra cuestión relevante en el ámbito sociocultural es la preferencia (especialmente por parte de consumidores jóvenes y urbanos, *millennials*) por un consumo en régimen de acceso y no de propiedad, ya sea por preocupación por la sostenibilidad medioambiental o por un desvanecimiento de la valoración de la necesidad de propiedad de un bien.

En tercer lugar, están los factores económicos, en este caso de carácter estructural, a diferencia del carácter coyuntural de la crisis económica. Ya hemos mencionado la dramática reducción de costes de transacción fruto de factores tecnológicos y sociales, permitiendo un casamiento (*matching*) más eficiente de oferta y demanda. A ello hay que añadir un contexto de desintermediación bancaria, que permite el florecimiento de nuevas empresas (*start-ups*) de alto contenido tecnológico e innovadoras, como lo son la práctica totalidad de las plataformas implicadas en la economía colaborativa.

Este contexto de desintermediación bancaria también estuvo inicialmente relacionado con la crisis, pero en la práctica subyacen en él factores estructurales más profundos, como la aplicación de nuevas tecnologías al sector financiero (FinTech). De hecho, la economía colaborativa es al mismo tiempo causa y consecuencia, pues ha contribuido a esta revolución de las finanzas con fenómenos como el del *crowdfunding* (plataformas de financiación participativa).

Los factores que acabamos de comentar son transversales a toda la economía colaborativa, pero, por añadidura, es pertinente resaltar que existen sectores donde este fenómeno ha cobrado inicialmente especial fuerza. Los análisis realizados<sup>12</sup> destacan especialmente el sector del ocio o turismo

<sup>11</sup> Pensemos en el caso donde el oferente alquila un activo valioso (como su vivienda o su vehículo) para seguir manteniendo a continuación su propiedad. En estas relaciones es clave confiar en una conducta responsable del usuario, que mantenga el valor del activo para el propietario.

<sup>12</sup> PwC, «The Sharing Economy», *Consumer Intelligence Series*, 2015. Comisión Europea, «A European agenda for the collaborative economy», 2016. COM(2016) 356, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 2 June 2016.

(en mayor medida alojamiento pero también restauración), el transporte de pasajeros, las finanzas, los servicios técnicos y profesionales y los servicios a hogares<sup>13</sup>.

En estos sectores se aprecian combinaciones distintas de los factores tecnológicos, socioculturales y económicos antes mencionados. Por ejemplo, en el caso del turismo, la oferta viene inducida por la necesidad de monetizar un activo claramente infrautilizado como la propiedad inmobiliaria. Mientras, la demanda no solo procede de la ya existente, sea por turismo o por negocios, sino también de nuevas formas de turismo<sup>14</sup> (que suelen ser más prolongadas y con más impacto en la comunidad local) que no se movilizarían de no existir esta oferta de turismo colaborativo o de alojamiento compartido (que permiten disfrutar de otras experiencias).

Por su parte, en el transporte también es palpable la presencia de recursos ociosos, dado que la mayoría de los vehículos privados están parados más de 23 horas al día y el escaso tiempo en el que se usan suele ser por un único ocupante<sup>15</sup>. Esto impulsa la oferta de este tipo de servicios de transporte colaborativo. Por su parte, la demanda viene inducida por unas necesidades de movilidad incesantes<sup>16</sup> que deben ser satisfechas a un coste asequible (en términos de tiempo y dinero), aparte de por cambios socioculturales que demandan movilidad compartida.

En el caso de las finanzas colaborativas, los factores específicos que explican su desarrollo van más allá del resentimiento del canal de crédito bancario durante la crisis financiera. El fenómeno de la financiación participativa (*crowdfunding*) permite a algunas empresas (especialmente aquellas pequeñas, nacientes e innovadoras) obtener recursos de forma menos onerosa de una base inversora más amplia, fruto especialmente de los menores costes de transacción y del establecimiento de mecanismos de reputación y confianza para solventar la asimetría informativa<sup>17</sup>.

Este mismo factor de la asimetría informativa es clave para explicar el potencial de la economía colaborativa para servicios técnicos y profesionales y servicios a hogares. Tradicionalmente en estas actividades el cliente adolecía de una falta de información *ex ante* sobre las características del proveedor. Pero los mecanismos de reputación y confianza que introducen las nuevas plataformas digitales permiten que se desarrolle en estos ámbitos la economía colaborativa, que puede además ofrecer una mayor personalización.

---

<sup>13</sup> También los servicios a hogares y el ocio y entretenimiento en forma de emisión en *streaming* de música y vídeos.

<sup>14</sup> HR&A Advisors, *Economic Impacts of AirBnB*, 2013.

<sup>15</sup> OCDE, «Competition and innovation in land transport», 2016. DAF/COMP/WP2(2016)6, Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Background Note by the Secretariat, 28 de noviembre.

<sup>16</sup> A las que contribuyen cambios en las dinámicas de poblamiento, como una acumulación de población en las coronas metropolitanas.

<sup>17</sup> A. AGRAWAL, C. CATALINI y A. GOLDFARB, «Some Simple Economics of Crowdfunding», *NBER Working Paper 19133*, 2013.

En definitiva, hemos visto los múltiples vectores que están detrás de la economía colaborativa. En su inmensa mayoría son dinámicas estructurales, lo que muestra que, previsiblemente, el fenómeno es imparable. De hecho estas explicaciones sobre los factores de desarrollo de la economía colaborativa pueden reducirse a una idea. La digitalización ha permitido la aparición de un nuevo modelo de negocio, la economía colaborativa, que dados los condicionantes tecnológicos, sociales, culturales y económicos de la sociedad del siglo XXI ofrece unas ganancias de eficiencia sobre otros modelos tradicionales que, gracias a la libre elección de los usuarios, le permite crecer a más velocidad, mejorando variedades, calidades y precios. El siguiente apartado se adentra precisamente en esos efectos de la economía colaborativa sobre la eficiencia.

### 3. EFECTOS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y GANANCIAS DE EFICIENCIA

Si la economía colaborativa y sus nuevos modos de prestación de servicios están penetrando y generando nuevos mercados, incluso ante innovaciones regulatorias adversas en muchas jurisdicciones, es porque presentan claras ganancias de eficiencia respecto a otros modelos más tradicionales de organizar las transacciones por parte de operadores ya instalados. Estas mejoras en la eficiencia en el mercado se pueden clasificar en cinco grandes categorías<sup>18</sup>: las mejoras en la asignación de recursos, los ajustes dinámicos en el sistema de precios, la reducción de costes de transacción, la corrección de asimetrías informativas y el aprovechamiento de externalidades de red en mercados de múltiples lados.

La primera de estas fuentes de eficiencia es la más obvia, pues en mercados sin fallos significativos, como el alojamiento y el transporte individual, la mejor asignación de recursos es una consecuencia lógica del aprovechamiento de recursos infrautilizados y ociosos a través de la libertad de empresa y de elección, es decir, de la libre competencia. La libertad de los individuos de interactuar en estas plataformas digitales está aumentando empíricamente el uso de un activo (como un vehículo o una vivienda) y/o permite destinarlo para usos múltiples (personal y comercial).

Esto aumenta la eficiencia estática, tanto desde un punto de vista asignativo (capacidad de los recursos de fluir allá donde son más útiles) como productivo (capacidad de fabricar un bien u ofrecer un servicio al menor coste). Pero también aumenta la eficiencia dinámica<sup>19</sup> (capacidad de generar incentivos para la innovación y el mantenimiento de la eficiencia asig-

<sup>18</sup> Monopolkommission, 2016. B. EDELMAN y D. GERADIN, «Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies like Airbnb and Uber?», *Stanford Technology Law Review*, 19, 2016, pp. 293-328. V. DEMARY, «Competition in the Sharing Economy», *IW policy paper 19/2015*, Institut der deutschen Wirtschaft Köln (Cologne Institute for Economic Research), 2014.

<sup>19</sup> Deloitte Access Economics, «The sharing economy and the Competition and Consumer Act», *Report to the Australian Competition and Consumer Commission*, 2015.

nativa y productiva). La mayor rentabilidad extraída de esos activos lleva a sus titulares a invertir en mejoras de la calidad y el servicio, incluyendo no solo inversiones en capital físico sino también en capital humano.

En esta mejora en la asignación de recursos juegan un papel fundamental cuestiones ya mencionadas como la interacción de usuarios y proveedores en plataformas a través de «teléfonos inteligentes» que permiten simultáneamente la geolocalización, su portabilidad, la comunicación o realizar pagos *online*. De esta manera florece la «economía a demanda» que permite casar más rápidamente oferta y demanda. El caso del transporte es, en estos momentos, el más paradigmático, pues estas plataformas, con un uso cada vez más inteligente de ingentes cantidades de datos digitales, permiten minimizar los trayectos que los vehículos realizan vacíos y reducen el tiempo de espera para el usuario, aumentando la calidad y la variedad y mejorando su bienestar.

La segunda de las fuentes de eficiencia, el ajuste dinámico en el sistema de precios, está en realidad muy conectada con la ya comentada asignación más eficiente de recursos. Efectivamente, una gran parte de la casación (*matching*) de oferta y demanda se debe a la variación de los precios para minimizar los desajustes entre ambas fuerzas del mercado, de forma que a los precios de equilibrio no queden consumidores sin satisfacer ni oferta ociosa.

Esto provoca lógicamente que el precio se reduzca en periodos «valle» de baja demanda y se incremente en periodos «pico» de alta demanda. De nuevo el uso de este modelo (*surge pricing*) es más intenso en el transporte de pasajeros, donde el objetivo de los incrementos de precio en los periodos «pico» no es exclusivamente «apropiarse» del excedente del consumidor sino también atraer puntualmente al lado de la oferta en momentos en los que, por el motivo que sea, esta es deficitaria, pues en el transporte la oferta —y la demanda— puede ser más elástica que en otros ámbitos (como el alojamiento turístico<sup>20</sup>).

Por ejemplo, en el momento de una fuerte nevada, es más probable un exceso de demanda y una retirada de la oferta de desplazamientos. En dicho caso un incremento de precios puntual podría ser eficiente para animar al lado de la oferta a realizar los trayectos, así como incentivar al lado de la demanda para que no salga a la carretera. En dicho caso se facilitaría un vaciado del mercado a un nivel más eficiente.

En la actualidad, este modelo utilizado por algunas plataformas genera controversias por su diferencia con el esquema tradicional que rige el transporte de pasajeros (particularmente en las ciudades) con regulación en precios máximos y cantidades. En los periodos «pico» en los que el precio subiera por encima de la tarifa regulada podría pensarse que el consumidor preferiría el modelo regulado. No obstante, hay que recordar que el ajuste

---

<sup>20</sup> Aunque gracias a la economía colaborativa y al alojamiento compartido, la oferta turística se está haciendo más elástica, lo que favorece una mayor cobertura en los periodos «pico».

en el modelo regulado es vía cantidades, con consumidores que no reciben el servicio pero que (en buena medida) estarían dispuestos a pagar más por recibirlo. Con el aumento de precio en periodos «pico» se busca atraer al mercado esa oferta adicional que permita satisfacer la mayor demanda y, al mismo tiempo, desincentivar la demanda, animando vía precios a que algunos usuarios elijan modos alternativos de transporte o voluntariamente no entren en el mercado. Finalmente, también hay que recordar que esos periodos «pico» suelen ser limitados en el tiempo y el espacio y que el precio de estas plataformas se mantiene generalmente por debajo del precio máximo regulado<sup>21</sup> con niveles similares o superiores de calidad, con el consiguiente impacto positivo en el bienestar del consumidor<sup>22</sup>. Sea como fuere, la competencia entre plataformas digitales y entre estas y los modelos tradicionales, permitirá determinar hasta qué punto el *surge pricing* o bien otro esquema de precios es más eficiente para el empleo de recursos en momentos de incremento de la escasez.

La tercera vía de ganancias de eficiencia es la reducción de los costes de transacción. La participación de usuarios y proveedores en una misma plataforma y la interacción *online* reducen los costes de información y búsqueda de una contraparte con la que realizar una transacción a través de los instrumentos de un tercero, la plataforma, en principio no incentivado en favorecer a uno de los lados del mercado. Caen también los costes de intermediación, ya que la interacción entre usuario y proveedor puede, teóricamente, ser directa como alternativa, al menos después de un primer intercambio. Asimismo, esta comunicación inmediata intermediada por la plataforma facilita una negociación más ágil de las condiciones de la transacción *ex ante* y un contacto *ex post* para cuestiones como el pago, la garantía o la atención al usuario, también específicos de cada plataforma y variables competitivas de impacto en la competencia entre ellas. De hecho en ocasiones la plataforma centraliza algunas de estas funciones como una forma de diferenciarse de otras plataformas competidoras, añadiendo valor y aprovechando economías de escala.

En la interacción entre usuario y proveedor también es fundamental la cuarta fuente de eficiencias, esto es, la corrección, o al menos reducción significativa, de asimetrías en la información. Como hemos comentado, no es casualidad que la economía colaborativa se haya desarrollado inicial-

<sup>21</sup> G. PETROPOULOS, «Uber and the economic impact of sharing economy platforms», *Bruegel Blog Post*, 22 de febrero de 2016.

<sup>22</sup> P. COHEN, R. HAHN, J. HALL, S. LEVITT y R. METCALFE, «Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber», *NBER Working Paper 22627*, septiembre 2016.

CNMC, «Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el Real Decreto 1057/2015 y en la Orden FOM/2799/2015, en materia de vehículos de alquiler con conductor», *Subdirección de Análisis Económico, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 2016.

CNMC, «Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Córdoba», *Subdirección de Análisis Económico, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 2015.

CNMC, «Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga», *Subdirección de Análisis Económico, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, 2015.

mente en sectores (turismo, transporte, finanzas, servicios profesionales y a hogares, etc.) donde tradicionalmente existía una desventaja informativa para el consumidor o, alternativamente, una ventaja informativa para el proveedor, en dos sentidos.

Por una parte, el proveedor tiene una ventaja informativa *ex ante*, pues el usuario no puede conocer su calidad fácilmente de forma previa a la transacción. Esto da lugar a problemas de «selección adversa», pues la falta de información perjudica precisamente a los proveedores de mayor calidad, que pueden acabar abandonando el mercado al ver que no obtienen una remuneración significativamente superior a los oferentes de menor calidad.

Por otra parte, el proveedor tiene una ventaja informativa *ex post*, pues, una vez contratado el servicio y pactadas las condiciones, el proveedor puede no tener incentivos suficientes a esforzarse. Especialmente porque en muchos de estos sectores las interacciones son «de una sola vez» y el proveedor y el usuario no tienen por qué volver a encontrarse. Esto da lugar a problemas de «riesgo moral», dados los incentivos que tiene el proveedor para adoptar un comportamiento que la literatura económica denomina como «oportunistas».

Estas asimetrías informativas se citaban como una justificación de la regulación tradicional para restringir el acceso (alegando la necesidad de asegurar ciertos estándares de calidad) y el ejercicio (para proteger al consumidor del comportamiento oportunista). Pero estos problemas informativos son afrontados por la economía colaborativa mediante mecanismos de reputación *online* que valoran tanto al proveedor como al usuario y que facilitan dicha información digital a todos los usuarios de la plataforma —y a la propia plataforma— de forma acumulativa, transparente, sin prácticamente coste y crecientemente verificable. Esto corrige la asimetría informativa, tanto *ex post*, pues reduce los incentivos para un comportamiento oportunista, como *ex ante*, dado que se puede valorar diversas condiciones que aproximan la calidad percibida de la contraparte de forma previa a la transacción.

Por tanto las plataformas podrían tener incentivos y capacidad de autorregularse vía estos mecanismos de reputación que aseguran la calidad en la provisión del servicio. Esto será especialmente cierto si los incentivos existentes dentro de la plataforma se fortalecen con una robusta competencia entre plataformas, así como con los denominados operadores tradicionales, que intentan adoptar aceleradamente algunas de estas innovaciones digitales, en ocasiones restringidos por su propia regulación sectorial. Este aumento de la información, tanto en cantidad como en calidad (por su confiabilidad, acumulabilidad, inmediatez y comparabilidad), hace replantear la necesidad de un intervencionismo regulatorio que hace residir la comprobación de la calidad de la prestación de manera desproporcionada en el sector público y en la denuncia tradicional del consumidor, cuestión que será abordada con más detalle en el último apartado.

Finalmente, la última fuente de eficiencias mencionada es la presencia de efectos o externalidades de red<sup>23</sup>. El valor que los usuarios otorgan a la plataforma depende más que proporcionalmente del número de agentes que efectivamente participen en la misma. Desde un punto de vista teórico, estas externalidades pueden ser directas o indirectas.

En los efectos directos el valor que cada consumidor individual asigna a la plataforma crece más que proporcionalmente a medida que lo hace el número total de consumidores. Es decir, los agentes en su mismo lado del mercado. El ejemplo más paradigmático sería una red de telefonía, donde un usuario valora la red en mayor medida atendiendo a que le conecte con muchos más. En economía colaborativa pueden existir externalidades directas porque los usuarios valoran que existan más consumidores para confiar más en las valoraciones y en los mecanismos de reputación. Pero, al mismo tiempo, si hay más demandantes puede existir congestión si la oferta no responde en la misma medida y, a menudo, de manera sincronizada en el tiempo. Por eso en las plataformas de economía colaborativa son generalmente más relevantes las externalidades de red indirectas, al estar implicadas plataformas que operan en mercados de dos lados que ponen en común a oferentes y demandantes.

En los efectos indirectos el valor que los agentes asignan a la plataforma depende del número de individuos en otros lados del mercado (en el caso de los consumidores podrían ser el número de proveedores en su mercado o en mercados complementarios). La mayor profundidad y extensión del mercado señalizada por el mayor número de proveedores del servicio atrae a consumidores por la variedad y la diferenciación y el mayor número de consumidores atrae a productores que pueden ser más selectivos sobre qué tipo de cliente quieren. A su vez, esta mayor presencia de consumidores atrae a nuevos oferentes en un círculo virtuoso<sup>24</sup>.

La capacidad de las plataformas de economía colaborativa de aprovechar estos efectos de red puede generar dinámicas de concentración del poder de mercado y barreras de entrada, debate en el que entraremos en el apartado siguiente. Pero, en cualquier caso, está claro que esta explotación de externalidades de red aumenta la competitividad en coste, en variedad y en calidad de estos modos innovadores de prestación de servicios. A ello habría que sumar el aprovechamiento de economías de escala si la plataforma ofrece ciertos servicios centralizados en áreas donde existen rendimientos crecientes (promoción, gestión de pagos, servicios postventa) mientras que mantiene la descentralización en la oferta del servicio en sí, donde se obtienen ganancias por conservar mayor personalización.

Estas cinco fuentes de eficiencia dejan de lado otros aspectos positivos de la economía colaborativa como la corrección de externalidades

---

<sup>23</sup> V. DEMARY, 2014.

<sup>24</sup> Que, en principio, podría ser compatible con la existencia de deseconomías de red en algunos mercados a partir de niveles determinados de oferentes y/o demandantes.

medioambientales negativas<sup>25</sup>, las posibles mejoras en la distribución de la renta<sup>26</sup>, la contribución al desarrollo económico<sup>27</sup>, la posibilidad de que las plataformas operen como retenedores fiscales de la renta de los usuarios en sectores donde la detección de ingresos tributables es compleja por la atomización de los operadores<sup>28</sup> o la propia facilitación de la actividad reguladora y supervisora del sector público en relación con la calidad o la seguridad, con el menor coste que dicho ahorro de recursos públicos podría implicar para el contribuyente<sup>29</sup>. Pero en este apartado hemos optado por centrarnos en las cuestiones con implicaciones directas sobre la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente en el propio mercado afectado.

La constatación de estas ventajas de eficiencia de la economía colaborativa implica preguntarse por el impacto en la competencia efectiva en el mercado y por el grado en el que el consumidor se beneficia en la práctica. Estas son las cuestiones que se abordan en el siguiente apartado.

#### 4. IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA

La economía colaborativa puede interpretarse como una expansión disruptiva de la oferta en el mercado, con la entrada de nuevos operadores ajenos al sector y con todos los elementos propios de un pionero o *maverick* y, en definitiva, con obvios efectos procompetitivos<sup>30</sup>. En general, la entrada de las plataformas en mercados ya existentes acelera la innovación y aumenta la cantidad ofrecida de ciertos servicios, con mayor variedad y

---

<sup>25</sup> Por el mayor aprovechamiento de recursos infrautilizados y el uso de un mismo activo para múltiples usos (personal y comercial). En el caso del transporte las externalidades medioambientales positivas de la economía colaborativa son especialmente palpables, por la ya comentada minimización de los tiempos y trayectos en los que los vehículos permanecen vacíos. En el caso del turismo también es evidente la ventaja de aumentar la oferta turística a través de edificios ya construidos y viviendas particulares en lugar de mediante la construcción de nuevos emplazamientos. En general, tanto en el transporte como en el turismo, la oferta se está haciendo más elástica y eso tiene efectos positivos en términos económicos y medioambientales.

<sup>26</sup> Los individuos de bajos ingresos se benefician por el lado de la oferta, ante la posibilidad de monetizar recursos infrautilizados (ya sean bienes tangibles o su propio capital humano y tiempo libre), y por el lado de la demanda, al acceder a bienes y servicios a un menor coste y sin requerir crédito (por el disfrute en términos de alquiler y no de propiedad).

<sup>27</sup> La contribución al crecimiento económico se debe a aspectos cuantitativos, por la creación de nueva actividad económica (que compensa los efectos negativos sobre los operadores instalados, pues la economía colaborativa atrae a nuevos consumidores), y cualitativos, por el carácter innovador y tecnológico de estas plataformas.

<sup>28</sup> Véase CNMC, «Conclusiones preliminares del estudio de nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa», 2016. Con posterioridad a las mismas, destaca a nivel internacional el caso de Estonia, donde alguna plataforma, UBER, colabora con la agencia tributaria del país facilitando información de las rentas de los usuarios con objeto de que las mismas puedan ser gravadas.

<sup>29</sup> El recurso a plataformas de internet hace que aumente la trazabilidad de las transacciones, con lo que el sector público tiene un control más fácil del cumplimiento por parte de los agentes de sus obligaciones fiscales, laborales y regulatorias. Esto supone un potencial aforamiento de recursos económicos e impositivos y un menor coste para la actividad administrativa (sin entrar en la reducción de la necesidad de regulación que se analiza en el último apartado).

<sup>30</sup> J. V. KENNEDY, *Why Internet Platforms Don't Need Special Regulation*, The Information Technology & Innovation Foundation, octubre 2015.

diferenciación, tanto vertical (en grados de calidad) como horizontal (en diversas características).

La lógica de la interacción de las fuerzas del mercado implica que el incremento de la oferta con la entrada de nuevos proveedores más competitivos rebajará el precio de equilibrio y aumentará la cantidad intercambiada porque el menor precio atrae más demanda de consumidores que «ya estaban en el mercado»<sup>31</sup>. Pero además esta mayor variedad puede crear más demanda<sup>32</sup> si nuevos consumidores se ven atraídos por estas innovadoras formas de disfrutar del turismo, la movilidad u otros servicios a hogares (como la restauración).

La nueva oferta, ya esté conformada por empresas en su concepción tradicional y/o por «prosumidores», es capaz de producir a un menor coste y/o a una mejor relación calidad/precio, a tenor de las ganancias de eficiencia que aportan estos nuevos modelos. Esto tiene un efecto disciplinante sobre todo el mercado, comprimiendo el margen de beneficios y obligando a las empresas a bajar precios y/o a ofrecer una mayor calidad o variedad. En definitiva, el consumidor está más empoderado para tomar las decisiones que satisfacen mejor sus preferencias y los proveedores son más conocedores de las preferencias de estos gracias a los datos digitales fácilmente acumulados como subproducto del funcionamiento diario.

Pero existe una viva discusión sobre en qué medida pueden existir otros factores que limiten la competencia y dificulten que el consumidor se beneficie de estas ganancias de eficiencia. Los debates se pueden dividir en dos grandes grupos. El primero se basa en la posible generación de barreras de entrada, con las consiguientes dinámicas de concentración y poder de mercado<sup>33</sup>. El segundo es el potencial incremento del riesgo de conductas anti-competitivas. Hay que tener en cuenta que los proveedores del servicio en sí, por lo menos con las plataformas actualmente existentes<sup>34</sup>, se atomizan en forma de pequeños «prosumidores», con lo que es difícil que se den contextos de poder de mercado<sup>35</sup> o de conductas anticompetitivas<sup>36</sup>. Pero, en la actualidad, es al nivel de la plataforma donde surgen estas dos preocupaciones.

Respecto al debate sobre las barreras de entrada y el poder de mercado, ya hemos comentado que las plataformas en ocasiones aprovechan econo-

---

<sup>31</sup> En una representación gráfica de oferta y demanda en los ejes de precios y cantidades, esto equivaldría a un desplazamiento a lo largo de la curva de demanda.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> Federal Trade Commission, «The “Sharing” Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators», *A Federal Trade Commission Staff Report*, noviembre 2016.

<sup>34</sup> A nivel teórico, en mercados aún no existentes, que podrían surgir potencialmente gracias a la próxima generación de telecomunicaciones (5G) como podría ser el de las operaciones quirúrgicas a distancia, sería planteable la aparición de *superestrellas*. Es decir, operadores individuales o grupos reducidos de oferentes que por su extraordinaria calidad relativa, a pesar del tamaño, tengan poder de mercado, frente a otros usuarios e incluso frente a la plataforma. Este artículo no profundizará en este tipo de innovaciones previsibles pero aún no concretadas. Quedan apuntadas para cuando ocurran.

<sup>35</sup> Por ejemplo, es más difícil generar barreras de entrada mediante el aprovechamiento de economías de escala.

<sup>36</sup> Por ejemplo, es más difícil instrumentar acuerdos anticompetitivos en un contexto de múltiples proveedores de pequeño tamaño.

mías de escala al centralizar servicios, lo cual puede generar una barrera para que accedan, se consoliden y compitan efectivamente plataformas más pequeñas.

Además, las plataformas tienen modelos muy intensivos en la explotación de datos. En estos casos se pueden generar economías de escala y de alcance por los elevados costes fijos que puede suponer recolectar y gestionar una base de datos. Entre estos costes fijos están tanto inversiones materiales como aspectos más inmateriales referidos a la replicabilidad efectiva de una base de datos (que de no ser posible, por ejemplo por pertenecer a una administración pública y/o porque solo se concedan a un operador en el mercado, llevaría a la consideración de los datos como un *input* esencial sobre el que podría llegar a imponerse la obligación de dar acceso a un coste razonable).

Más relevantes aún que las economías de escala estáticas son las economías de aprendizaje (o economías de escala dinámicas). Los datos otorgarían al que primero dispone de ellos ventajas competitivas difíciles de revertir porque mejoran los algoritmos utilizados para la búsqueda de contrapartes o la determinación de precios. Incluso en este ámbito de los datos se habla de «economías de velocidad» (*economies of speed*) porque el primer operador en disponer de datos puede obtener ganancias duraderas al anticipar tendencias de mercado (*nowcasting*)<sup>37</sup>.

Por otro lado, al ritmo actual de digitalización e innovación, y con desarrollos próximos ampliamente generadores de datos de potencial utilidad, como el Internet de las Cosas, un punto de vista contrario sería considerar a los datos como un activo necesario, pero fácilmente obtenible. En esta línea, catalogar los datos como un activo esencial podría implicar no entender correctamente la naturaleza poco costosa, reproducible, no rival y casi omnipresente de los datos digitales. Datos generados cada vez de forma más abundante como subproducto de nuestra existencia diaria. Hoy por hoy, esta cuestión es eminentemente empírica y debería analizarse caso por caso.

Por otro lado, las cuestiones más relevantes relacionadas con las barreras de entrada y el poder de mercado emanan de las ya comentadas externalidades de red indirectas. La atracción de agentes por un lado del mercado (consumidores o proveedores) atrae individuos del otro lado, generándose una retroalimentación positiva que dificultará que nuevas plataformas comiencen con un tamaño de mercado más pequeño y puedan «seducir» a agentes de las más grandes. Es decir, las plataformas necesitarían cierta masa crítica para ser viables<sup>38</sup> y de hecho a partir de esa cierta escala podrían dificultar el acceso de competidores, generándose un efecto de «bloqueo» (*lock-in*).

No obstante, estos efectos de red indirectos están sujetos a límites<sup>39</sup> y, nuevamente, el tema es eminentemente empírico. En ciertos sectores la

<sup>37</sup> D. L. RUBINFELD y M. GAL, «Access Barriers to Big Data», *Berkeley Law*, 2016.

<sup>38</sup> D. S. EVANS y R. SCHMALENSSEE, «Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses», *Review of Network Economics*, 9 (4), 2010.

<sup>39</sup> Federal Trade Commission, 2016, y Monopolkommission, 2016.

heterogeneidad de los consumidores pueden proporcionar un nicho a plataformas más pequeñas que ofrezcan una mayor diferenciación. Por ejemplo, una plataforma especializada en servicios profesionales o a hogares puede aprovechar la segmentación geográfica de los mercados. En cambio, en un sector como el alojamiento turístico una plataforma con presencia nacional o global ofrece ventajas obvias, si bien en este sector también hay margen para una especialización por segmentos aprovechando la heterogeneidad de los consumidores. Adicionalmente siempre hay campo para nuevas innovaciones disruptivas que permitan a un nuevo entrante acceder a un mercado ya existente o crear otro conexo que con el tiempo englobe al previo<sup>40</sup>.

El principal límite a las externalidades de red indirectas es la posibilidad de los «prosumidores» de compaginar distintas plataformas (*multi-homing*) para ofrecer sus servicios o satisfacer sus necesidades. En estos sectores se dice que la «competencia está a un clic»<sup>41</sup> (*competition is a click away*) para reflejar de manera metafórica —o literal— la facilidad que tiene cualquier proveedor o consumidor de ofrecer o demandar servicios en una plataforma alternativa.

Pero en la práctica sí hay «costes de cambio» (*switching costs*) de una plataforma a otra<sup>42</sup>. Los consumidores incurren en unos «costes de búsqueda» (*search costs*) de nuevas plataformas (por mínimos que sean si efectivamente la «competencia está a un clic») y después tendrán que incurrir en unos «costes de aprendizaje» (*learning costs*) para dominar el manejo de la nueva herramienta. Pero lo más relevante en las plataformas de economía colaborativa son los «costes de lealtad» (*loyalty costs*) inducidos por el hecho de que un agente (ya sea un consumidor o un proveedor) se labra costosamente una reputación *online* en una plataforma o plataformas con las que opera cuidando las valoraciones que emite y que recibe en la misma. Pasar a operar en otra(s) le supondría una desventaja que puede actuar como una significativa barrera de salida. Por ello, muchos de los debates sobre datos y competencia se centran en la necesidad de asegurar la portabilidad de los datos de los usuarios de unas plataformas a otras, para reducir los costes de cambio y que el *multi-homing* sea efectivo.

No obstante, hay fuentes autorizadas<sup>43</sup> que relajan las dinámicas anti-competitivas asociadas a los efectos de red indirectos y que consideran que los costes de cambio son de una magnitud poco significativa. La economía

<sup>40</sup> Un ejemplo podría ser el caso de *AirBnb*. Con su tamaño inicial como *start up* en California es probable no le hubiese sido posible competir eficazmente con portales ya establecidos como Booking o Trivago. La creación y consolidación de un nuevo mercado previamente infradesarrollado o inexistente le ha permitido alcanzar el suficiente tamaño para, recientemente, entrar en otros mercados conexos al del alojamiento sin propiedad, incrementando en consecuencia la competencia sobre portales ya existentes.

<sup>41</sup> Esta expresión se ha quedado de hecho desfasada por la emergencia de «teléfonos inteligentes» y «tabletas» donde ni siquiera hace falta un «clic» y basta un gesto aún más ágil como es deslizar un dedo (*swipe*).

<sup>42</sup> Monopolkommission, 2016, y M. DEMARY, 2014.

<sup>43</sup> D. S. EVANS y R. SCHMALENSEE, «Why Winner-Takes-All Thinking Doesn't Apply to the Platform Economy», *Harvard Business Review*, 4 de mayo de 2016.

digital está además caracterizada por la innovación disruptiva y reducidos costes fijos y barreras de entrada. En este contexto, empresas con posiciones de dominio aparentemente inamovibles pueden verse afectadas por entrantes que explotan nuevas ventajas competitivas. En estos casos de nuevo operarían externalidades de red y fenómenos de retroalimentación que erosionarían rápidamente esa posición de dominio.

El segundo debate se refiere al potencial incremento del riesgo de conductas anticompetitivas. El primer impacto evidente podría ser el incentivo a la fusión entre plataformas para aprovechar esas fuerzas antes mencionadas: economías de escala, de alcance y de aprendizaje, pero también las externalidades de red indirectas.

También existe la discusión de si las plataformas pueden tener más incentivos a establecer acuerdos de exclusividad o de vinculación con un lado del mercado (por ejemplo, los proveedores) para prevenir el *multi-homing*<sup>44</sup>. El incentivo sería no solo intentar minimizar el crecimiento de otras plataformas sino también aprovechar los mencionados efectos de red, pues manteniendo a los agentes de un lado del mercado (los proveedores) se logra atraer a los del otro lado (los consumidores). Pero estas estrategias pueden carecer de efectividad si los costes de cambio son nulos o suficientemente reducidos para los agentes (que elegirían otra plataforma que no impusiese estas cláusulas de vinculación o exclusividad) y si los costes de entrada para nuevas plataformas son bajos<sup>45</sup>. Así que la plataforma podría verse encaminada a optar por la integración vertical<sup>46</sup> y controlar directamente a los proveedores del servicio (de hecho algunas plataformas ya determinan condiciones de la transacción), conducta que requeriría también el escrutinio en materia de competencia.

De manera análoga, las plataformas pueden verse tentadas a recurrir a una estrategia de precios predatorios que maximice la atracción de agentes a su plataforma, conteniendo el crecimiento de competidores, aun a costa de la rentabilidad propia y sus posibilidades de crecimiento endógeno. Hay que tener en cuenta que, dado el funcionamiento de los mercados de múltiples lados, las plataformas ya actúan normalmente cargando un precio subsidiado en un lado del mercado para atraer un mayor volumen de individuos como estrategia de captación de agentes del otro lado. Sin ser esa una conducta de precios predatorios, no hay que descartar que existan casos donde la plataforma cargue precios que no cubran sus ingresos por ambos lados, con el objetivo de excluir a competidores<sup>47</sup> o de ganar entrada en el mercado.

---

<sup>44</sup> T. DOGANOGLU y J. WRIGHT, «Exclusive dealing with network effects», *International Journal of Industrial Organization*, 28 (2), marzo 2010, pp. 145-154.

Y. CHAO y T. DERDINGER, «Mixed Bundling in Two-sided Markets: Theory and Evidence», *Working Paper*, Carnegie Mellon University, 2012.

<sup>45</sup> J. P. CHOI, «Tying in two-sided markets with multi-homing», *Journal of Industrial Economics*, 58, 2010, pp. 607-626.

<sup>46</sup> Federal Trade Commission (2016).

<sup>47</sup> A. FLETCHER, «Predatory Pricing in Two-Sided Markets: A Brief Comment», *Competition Policy International*, 3 (1), primavera 2007.

La cuestión se complica al pasar al análisis de acuerdos colusivos entre competidores, porque al marco de plataformas que estamos aplicando hay que añadir la complejidad que introduce el recurso a algoritmos informáticos que toman automáticamente decisiones de precios y cantidad ofrecida.

Respecto al potencial de prácticas concertadas en plataformas que operan en mercados de varios lados, la literatura<sup>48</sup> no es concluyente. En general, la colusión se torna más compleja, por la dificultad de sopesar el impacto de la coordinación en un lado sobre el resto, o incluso no rentable, porque elevar precios y restringir la producción puede limitar el crecimiento del otro lado del mercado. En cualquier caso, tampoco cabe descartar una colusión más sencilla, en solo un lado del mercado o utilizando segmentos (como criterios geográficos).

Y en relación al recurso de algunas plataformas (entre ellas algunas de economía colaborativa) a los algoritmos informáticos para decisiones de precio y cantidad ofrecida, el debate aún está en una fase incipiente. Pero hay autores<sup>49</sup> que ya señalan riesgos, como la mayor transparencia respecto a la fijación de precios y otras variables de oferta y la posibilidad de que estos algoritmos se coordinen de manera automática para maximizar beneficios. Asimismo, estos algoritmos pueden ser herramientas muy poderosas para instrumentar y ejecutar acuerdos colusivos pactados de una manera más tradicional.

En conclusión, hemos visto el potencial procompetitivo que tiene la economía colaborativa a la par que comprobábamos la dificultad de valorar la magnitud de los riesgos para la competencia efectiva en el mercado. Ante esta compleja tesitura, el apartado final versa sobre las lecciones que deben extraer las autoridades de competencia y regulación.

## 5. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

A lo largo del artículo hemos comprobado que la economía colaborativa, como nuevo modelo de negocio digital, es un desarrollo imparable, tanto por sus factores subyacentes como por sus ventajas de eficiencia (que le permiten ganar terreno respecto a otras formas más tradicionales de organizar las transacciones, que a su vez se están actualizando para incluir parte de los nuevos instrumentos digitales). Por tanto las instituciones, entre ellas las autoridades de competencia y regulación, deben adaptar sus marcos de actuación a este fenómeno tecnológico, económico y social.

---

<sup>48</sup> J. C. ROCHET y J. TIROLE, «Tying in Two-sided Markets and the Honor All Cards Rule», *International Journal of Industrial Organization*, 26 (6), noviembre 2008, pp. 1333-1347. I. RUHMER, «Platform Collusion in Two-sided Markets», *Working Paper*, Center for Doctoral Studies in Economics, University of Mannheim, 2011.

<sup>49</sup> M. E. STUCKE y A. EZRACHI, «How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive», *Harvard Business Review*, 27 de octubre de 2016.

El potencial de la economía colaborativa como elemento dinamizador de la competencia en los mercados es indudable. Por ello, los eventuales riesgos que puedan existir para la competencia deben evaluarse caso por caso, sin adoptar un enfoque restrictivo *ex ante* que no esté rigurosamente justificado desde el punto de vista de los principios de necesidad y proporcionalidad propios de la regulación económica eficiente.

En el apartado anterior hemos visto cómo la eclosión de plataformas de economía colaborativa puede ofrecer riesgos para la competencia por dinámicas de concentración y posibles conductas anticompetitivas. Pero también surgen oportunidades para la competencia fruto del carácter disruptivo y dinámico de la economía digital<sup>50</sup>, con ventajas comparativas que cambian rápidamente de unos operadores a otros. Los riesgos y oportunidades varían en función del tipo de actividad económica, con lo que no se pueden extraer lecciones generales y cabe insistir en el enfoque «caso a caso».

Aparte de las cuestiones de persecución de conductas anticompetitivas (*enforcement*), las autoridades de competencia también deben implicarse en la promoción (*advocacy*) de una regulación económica eficiente que contribuya a la competencia efectiva en el mercado. La regulación debe guiarse por los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>51</sup>, asegurando que, en su caso, la intervención está justificada y que se efectúa con la mínima distorsión para la competencia.

Como hemos constatado a lo largo del artículo, la economía colaborativa permite la corrección de ciertos fallos de mercado, particularmente las asimetrías informativas. Las plataformas tienen capacidad de autorregularse vía estos mecanismos de reputación que aseguran la calidad en la provisión del servicio. Este aumento de la información, tanto en cantidad como en calidad (por su confiabilidad y comparabilidad), ha dejado (aún más) patente que cierta regulación no cumple los principios de necesidad y proporcionalidad.

Además, es preciso recordar que el hecho de operar en mercados de varios lados también confiere a las plataformas un rol de autorregulación. En este tipo de contextos es descartable una competencia a la baja en calidad (*race to the bottom*) que justifique una regulación de ciertos estándares. La razón es que las demandas de ambos lados del mercado son interdependientes.

Por ejemplo, si la calidad en el lado de los proveedores bajase, podría pensarse que eso les favorece porque pueden operar con menores costes. Pero en el otro lado del mercado los consumidores (empoderados por la mayor información) responderían negativamente y abandonarían la plataforma, lo que a su vez perjudicaría a los productores por las externalidades de red indirectas. Si productores dejan la plataforma, más consumidores

---

<sup>50</sup> K. STYLIANOU, «Regulation and antitrust policy in the face of hypercompetition», *Competition and Regulation in Digital Markets Conference*, University of Leeds, 9 de septiembre de 2016.

<sup>51</sup> Contenidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

seguirían, generándose una retroalimentación negativa. Esto explica que algunas plataformas regulen el acceso (si bien de forma mínima, en general) y el ejercicio (determinando ciertas condiciones de la transacción).

Las Administraciones Públicas se encuentran con una oportunidad de aprovechar esta corrección de asimetrías informativas y esa dinámica de «autorregulación» de las plataformas para reevaluar el cuerpo legal existente alineándolo en mayor medida con la promoción de la competencia y el interés general. El resultado debería ser una carga normativa más racional, respetuosa con los principios de necesidad y proporcionalidad, con el potencial de beneficiar tanto a nuevos entrantes como a operadores ya instalados. El coste para la administración de la actividad regulatoria y supervisora debería reducirse.

Sin embargo la mayoría de Administraciones Públicas en España, en lugar de aprovechar para adoptar un enfoque regulatorio más flexible<sup>52</sup>, están optando por una aproximación restrictiva a la economía colaborativa, con innovaciones legislativas que pretenden blindar al operador ya instalado restando a este, a menudo y de forma involuntaria, los instrumentos imprescindibles para que puedan competir con flexibilidad. El mejor periodo transitorio es aquel en el que los operadores ya instalados, conocedores de su mercado, disponen de la flexibilidad regulatoria necesaria, en calidades, variedad, precios y cantidades, para hacer frente a la nueva competencia.

El esfuerzo es vano, a tenor del ya mencionado carácter imparable de la economía colaborativa. Incluso si no lo fuese, restringir adicionalmente la competencia y la entrada vía normativa solo incrementará el problema futuro. Además, pondrá en el sector público la carga de la persecución de estos nuevos modelos de negocio innovadores, que están capacitados para generar ingresos fiscales adicionales y reducir costes administrativos. Jurídicamente, en el caso de España, la persecución de modelos de negocio que operan en otros países miembros de la Unión Europea, podría implicar limitaciones a la libertad de establecimiento y, en el propio ordenamiento español, de la libertad de empresa.

De cualquier forma, las restricciones injustificadas a la competencia son perjudiciales para el bienestar general, dadas las claras ventajas de eficiencia y las oportunidades para mejorar la competencia y fomentar la innovación.

Por ello las Autoridades de Competencia y Regulación no deben escatimar esfuerzos en asegurar el respeto de los principios de regulación económica eficiente. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) cuenta con la potestad<sup>53</sup> de realizar informes de proyectos normativos y estudios e informes de mercado, facultad que debe ejercer

<sup>52</sup> CNMC, «Conclusiones preliminares del Estudio de los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa», 2016. Autoritat Catalana de la Competència, «Transacciones entre iguales (P2P) y competencia. Un paso adelante». ES 10/2016, mayo 2016.

<sup>53</sup> En virtud de los arts. 5.1 y 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

plenamente y con rigor. La CNMC también dispone de la posibilidad<sup>54</sup> y, en ocasiones, la obligación<sup>55</sup> de impugnar normas y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados o que sean contrarios a la regulación económica eficiente, área en la que la CNMC está siendo particularmente activa.

<sup>54</sup> En virtud del art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>55</sup> En virtud del art. 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

# ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN SOBRE JUSTICIA GRATUITA. LA VISIÓN DESDE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA UNIDAD DE MERCADO

Alfonso LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO

Director del Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía

## 1. INTRODUCCIÓN

La denominada justicia gratuita se configura en los ordenamientos jurídicos como un derecho fundamental que debe ser garantizado por los Estados. En nuestro ordenamiento jurídico, la organización de este derecho ha sido confiada a los Colegios de Abogados en sus distintos ámbitos territoriales, lo que puede suponer una organización desigual en cada territorio, por una parte, así como la posible aparición de restricciones derivadas de las decisiones de cada Colegio en la organización del sistema, por otra.

Para el demandante del servicio, la gratuidad del mismo se configura como un derecho en nuestro sistema jurídico. Ahora bien, la cuestión fundamental estriba en que la organización del sistema se ha delegado en los distintos Colegios de Abogados, hasta 83<sup>1</sup> en nuestro país, lo que supone en la realidad la existencia de una enorme diversidad en cuanto a las condiciones de acceso y de ejercicio para los operadores en todo el territorio, con el riesgo evidente de compartimentación del mercado. En relación con esta última acepción, *mercado*, se hará especial incidencia en las páginas siguientes, porque se ha convertido en una de las cuestiones más discutidas del asunto, toda vez que parece que no hay dudas al respecto de que las normas y acuerdos de los Colegios de Abogados están sujetas a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

En estas páginas se tratará de analizar la compatibilidad, o no, de la existencia de un derecho de acceso a la justicia gratuita pleno, para todos y en igualdad de condiciones, con la organización del sistema en nuestro país, desde el punto de vista del demandante del mismo. Asimismo, se analizará la posible existencia de restricciones de acceso o al ejercicio de la actividad relacionada con la justicia gratuita para los abogados, que puedan

---

<sup>1</sup> Véase <http://www.abogacia.es/conozcanos/la-institucion/colegios-y-consejos/>.

derivarse de su organización colegial actual y que no encontrarían justificación. En relación con esta segunda vertiente, hemos tenido la oportunidad de conocer el pronunciamiento de algunas autoridades de competencia, así como en revisión jurisdiccional de las decisiones administrativas, la de un Tribunal Superior de Justicia. A todo ello se hará referencia en los apartados siguientes.

Finalmente, se planteará una reflexión acerca del grado de cumplimiento de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) por parte de los Colegios de Abogados en relación con sus acuerdos, decisiones y normas.

## 2. LA JUSTICIA GRATUITA COMO DERECHO FUNDAMENTAL. SU TRASLACIÓN AL DERECHO POSITIVO

Los Estados modernos han asumido que la auténtica tutela judicial no resultaría del todo efectiva sin una asistencia, complemento o gratuidad garantizada por los mismos, para determinadas personas con escasos recursos. Esta idea deriva indirectamente de lo dispuesto en los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, referida a procesos penales, así como, de forma más directa, por el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950<sup>2</sup>, igualmente para el orden penal.

En la actualidad, y en relación con el Derecho positivo en la Unión Europea, su Tratado de Funcionamiento, se refiere en su art. 81 a la tutela judicial efectiva en el ámbito civil, y en el art. 82 establece la posibilidad de que el Parlamento Europeo y el Consejo, puedan establecer normas mínimas mediante Directivas para la regulación de «los derechos de las personas durante el procedimiento penal». Como consecuencia de la previsión anterior, se han dictado la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* y la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, y se encuentra en tramitación la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a la asistencia jurídica gratuita provisional a los sospechosos o acusados privados de libertad y a*

<sup>2</sup> Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. El Convenio determina que «todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c) a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan».

*la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de la orden de detención europea*<sup>3</sup>.

En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico nacional, el art. 24 de la Constitución Española (CE), reconoce a todas las personas el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a la defensa y asistencia de letrado. El art. 119 de la CE además determina que la «justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

En desarrollo de lo previsto por la CE, el art. 20 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, remite a la ley ordinaria la regulación de un sistema de justicia gratuita que dé efectividad a los derechos constitucionales citados, por lo que fue dictada la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante, Ley 1/1996).

La Ley 1/1996 ha sido desarrollada por el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio (en adelante, RAJG).

Como en otras Comunidades Autónomas, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejercicio de las competencias en materia de ordenación de los servicios de justicia gratuita y orientación jurídica gratuita y de procedimiento administrativo derivado de las especialidades organizativas de sus órganos administrativos, se aprobó mediante Decreto 67/2008, de 26 de febrero, el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita de Andalucía (en adelante, RAJGA).

### 3. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASESORÍA JURÍDICA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA GRATUITA COMO MERCADO

La cuestión que se analiza a continuación, es seguramente una de las más controvertidas y discutidas en relación con la justicia gratuita, o quizás debemos decir prestación de servicios de asistencia jurídica de forma gratuita para determinados demandantes. Esta prestación de servicios no deja de ser un mercado por el hecho de que para su usuario final sea gratuito.

Se trata de un submercado de asistencia jurídica en el que la demanda se encuentra garantizada, no hay libertad de elección del letrado que le represente o asista<sup>4</sup>, y no existe competencia en precios, elementos todos ellos que desincentivan la competencia entre los operadores. Se configura como un mercado en el que se crean barreras de entrada y se limita la com-

<sup>3</sup> Para determinados procesos civiles, el Consejo de la entonces Comunidad Europea dictó la Directiva 2003/8/CE, del Consejo, de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

<sup>4</sup> Con algunas excepciones tales como la víctima de la violencia de género en Andalucía, en el ámbito del Derecho de familia, contencioso-administrativo y laboral en Galicia, y en las jurisdicciones civil, social y contencioso-administrativa en el País Vasco, entre otras.

petencia entre operadores para acceder a él. En este orden de cosas, como se analizará en apartados posteriores, es fácil deducir que cualquier otra restricción sería grave, porque de desincentivar la competencia se puede llegar a limitarla de forma absoluta si la organización de los Colegios establece barreras de entrada o limitaciones al ejercicio excesivas, y que no respondan a un fallo del mercado o supongan eficiencias evidentes.

Los usuarios deberían tener el mismo derecho, aunque no financien el servicio, a que exista el mayor nivel de competencia efectiva en los parámetros que sean posibles, como el de la calidad. Permitir una mayor competencia entre los operadores, por ejemplo, sin compartimentar territorialmente en exceso el servicio, sin duda redundaría en beneficio del propio sistema.

#### A. LA OFERTA<sup>5</sup> DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. CONDICIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA

La oferta la conforma la totalidad de abogados colegiados ejercientes que se incorporen de forma voluntaria al turno de oficio y las respectivas listas para la asistencia letrada al detenido o preso, en cualquier Colegio de Abogados. Estas listas están sujetas a las restricciones normativas y, en la práctica, colegiales que se impongan en cada uno de los casos.

Se analizará a continuación si la asistencia jurídica gratuita que prestan los abogados es una actividad económica y las consecuencias de la calificación o no de tales actividades como prestación de un servicio público a efectos de defensa de la competencia. Para ello, debe analizarse si los operadores que actúan en el mercado, los abogados y la asociación de los mismos en sus respectivos Colegios, tienen la consideración de empresa y de asociación de empresas, a efectos de la aplicación de las normas de competencia.

En un asunto relativo al abuso de posición de dominio, el extinto Tribunal de Justicia de la CE (TJCE), en Sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser vs. Macrotron*, C-41/90, analizó la condición de *empresa* del entonces Instituto Federal de Empleo de Alemania (*Bundestaif für Arbeit*, BA) que ostentaba, en virtud de ley, el monopolio de la actividad consistente esencialmente, por un lado, en poner a los demandantes de empleo en contacto con los empresarios y, por otro, en gestionar los subsidios de desempleo. La sentencia se refiere a la primera actividad que define como «monopolio de colocación» que se desarrolla por el BA de forma imparcial y gratuita. El conflicto que resuelve el TJCE se refiere a la posibilidad de que el BA hubiera abusado de su posición de dominio en el mercado de la colocación para lo que, en contra de lo mantenido por la República Federal

---

<sup>5</sup> Solo se analizará el mercado en relación con la oferta de servicios, puesto que se trata del elemento más relevante para el análisis de las restricciones exógenas o impropias. En relación con la demanda, basta con acudir a los arts. 2 y ss. de la Ley 1/1996.

Alemana, debería considerarse al BA empresa en términos del entonces Tratado CEE. EL TJCE considera, a estos efectos, que el elemento fundamental que caracteriza una actividad como económica es que esta consista «en ofrecer bienes y servicios en el mercado». La parte demandada y el gobierno alemán sostenían que la actividad de BA no estaba sometida a las normas de competencia, en la medida en que los servicios de colocación se ofrecían gratuitamente. La sentencia referida señala que el concepto de empresa a efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia es amplio y funcional, puesto que «comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». En el mismo sentido existe jurisprudencia consolidada nacional y comunitaria, así como doctrina de las autoridades de competencia<sup>6</sup>.

Otras cuestiones que se discuten acerca de la actividad del abogado que voluntariamente participa en el sistema de la justicia gratuita son el carácter público de la actividad, la reglamentación existente o la condición fija de la retribución que se percibe como contraprestación. Pues bien, de nuevo el TSJCE, en Sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión contra Italia, C-35/96, considera al agente de aduanas como empresa y ello con independencia de que el ejercicio de su profesión exija poseer una autorización, implique cumplir determinados requisitos, tenga carácter público y las tarifas estén reguladas y sean fijas. Según el TSJE, «la actividad de los agentes de aduanas tiene un carácter económico. En efecto, estos ofrecen, mediante retribución, servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras, relativas, sobre todo, a la importación, exportación y tránsito de mercancías, así como otros servicios consistentes en efectuar las formalidades aduaneras, relativas, sobre todo, a la importación, exportación y tránsito de mercancías, así como otros servicios complementarios, como servicios propios del ámbito monetario, comercial y fiscal. Por otro lado, asumen los riesgos financieros vinculados al ejercicio de esta actividad (Sentencia de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión*, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. P. 1663, apdo. 541). En caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, el agente de aduanas deberá soportar por sí mismo los déficit». Como se puede observar, la asunción del riesgo financiero vinculado al ejercicio de la actividad es una nota distintiva del carácter de empresa, que lo diferencia de otras actividades como la de la sanidad o educación públicas, en las que los operadores (médicos, profesores, entre otros) no asumen riesgo financiero alguno por el ejercicio de su profesión.

<sup>6</sup> Sentencia del TJCE de 18 de julio de 1998 en el asunto C-35/96, *Comisión contra Italia*, apartado 36, Sentencia del mismo Tribunal de 17 de febrero de 1993 en el asunto C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*, apartado 17 y Sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1997 en el asunto C-55/96, *Job Centre*, apartado 21; en el ámbito nacional pueden ser citadas a modo de ejemplo, la STS de 18 de julio de 16, recurso 2946/2013, la Resolución del TDC de 31 de mayo de 1995, Expediente R112/95, *Funerarias de Madrid 1*, Resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2009 en el Expediente 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*, FD 3.º, confirmada por SAN de 6 de junio de 2012, recurso núm. 283/2009.

De acuerdo con el concepto de empresa, a efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la actividad de prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita debe ser considerada una actividad económica en aplicación del Derecho de la competencia, y ello basado en los siguientes factores:

- El análisis desde un punto de vista material de estos servicios, que comprenden el asesoramiento y orientación previos al proceso, la asistencia del detenido o preso y la defensa y representación en juicio, etc., no difieren de los prestados a clientes particulares.
- Los abogados que prestan los citados servicios lo hacen de forma voluntaria, inscribiéndose en las listas establecidas para cada uno de los servicios y turnos.
- Los abogados actúan con ánimo de lucro, en tanto estos servicios son remunerados mediante la subvención individualizada según tipo y proceso.
- Los abogados asumen el riesgo financiero del servicio, con independencia del carácter fijo de la tarifa.
- Los abogados actúan con plena independencia y autonomía de criterio, de acuerdo con lo establecido en el art. 23 de la LAJG<sup>7</sup>.

En consecuencia, de lo anterior debería concluirse que la actividad desarrollada por los abogados al ofrecer servicios de asistencia jurídica gratuita es una actividad de carácter económico, que se produce en el mercado de servicios jurídicos. En este sentido, la articulación de la demanda en relación con estos servicios de forma diversa a la procedente del cliente particular, en tanto precisa del reconocimiento del derecho por las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, no impide considerar esta actividad como económica. Tampoco la caracterización de esta demanda afecta a la calificación del concreto segmento de los servicios de asistencia jurídica gratuita prestados por abogados como una parte del mercado de servicios jurídicos.

De acuerdo con diversas resoluciones en materia de defensa de la competencia<sup>8</sup>, la actividad desarrollada por los abogados debe reputarse como actividad económica y el mercado podría definirse como el de prestación de servicios jurídicos (incluyendo la elaboración de informes, asistencia jurídica y representación y defensa ante los jueces y tribunales). Así lo ha expuesto claramente el extinto Tribunal de Justicia de las Comunidades Eu-

<sup>7</sup> Dicho artículo establece lo siguiente: «Los profesionales inscritos en los servicios de justicia gratuita, a los que se refiere esta ley, desarrollarán su actividad con libertad e independencia de criterio, con sujeción a las normas deontológicas y a las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita».

<sup>8</sup> A modo de ejemplo se pueden citar las Resoluciones del TDC, de 11 de octubre de 2001, en el expediente 504/00, *Abogados Madrid*, del Consejo de la CNC, de 31 de octubre de 2012, en el expediente SA MAD/0002/11, *Colegio de Abogados de Alcalá de Henares*, de 21 de febrero de 2008, en el expediente S/0028/07, *Competencia Desleal*. Más recientemente, Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, de 29 de septiembre de 2014, S/14/2014, *Colegio de Abogados de Málaga* y Resoluciones de la CNMC, de 30 de junio de 2015, SACAN/29/13, *Asistencia Jurídica Gratuita en Canarias* y de 1 de septiembre de 2015, S/0491/13, *Colegio de Abogados de Guadalajara*.

ropeas (en adelante, TJCE) en la Sentencia de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99<sup>9</sup>, en el que se establece lo siguiente:

«48. Los abogados ofrecen, a cambio de una retribución, servicios de asistencia jurídica consistentes en la elaboración de informes, redacción de contratos o de otros actos así como la representación y la defensa ante los órganos jurisdiccionales. Además asumen los riesgos económicos derivados del ejercicio de dichas actividades, ya que, en caso de desequilibrio entre gastos e ingresos, son los propios abogados los que han de soportar las pérdidas.

49. Por consiguiente, los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de la profesión esté regulado».

Asimismo, y aunque referida a la libertad de establecimiento, la Sentencia del mismo TJCE de 21 de junio de 1974 en el asunto 2/74, hizo expreso pronunciamiento de la consideración de las actividades de los abogados en materia de justicia gratuita como actividades ajenas al ejercicio del poder público, considerándolas por tanto actividades sometidas al principio de la libertad de establecimiento. Así determinó en su párrafo 52 «que, en particular, no se pueden considerar como una participación en el poder público las actividades más típicas de la profesión de Abogado, como el asesoramiento y la asistencia jurídica, así como la representación y la defensa de las partes ante los Tribunales, aun cuando la intervención o asistencia del Abogado sea preceptiva o constituya una exclusividad impuesta por la ley». Este último inciso ha de interpretarse a la luz de las Conclusiones del Abogado General Sr. Henry Mayras seguidas por la sentencia, presentadas en el caso el 28 de mayo de 1974, cuando manifiesta que «cuando los abogados desempeñan esta actividad [representación y defensa ante los Tribunales] son colaboradores con la Justicia. Generalmente disponen del monopolio de la defensa ante los Tribunales. Están vinculados a su cliente por el mandato *ad litem*. El procedimiento civil o penal determina su función y las condiciones en que han de intervenir en los procesos, por último pueden ser nombrados de oficio y deben asegurar la defensa de quienes gozan del beneficio de la pobreza. Pero ninguna de estas consideraciones nos lleva a la convicción de que los Abogados desempeñen, por ello, una actividad relacionada con el ejercicio del poder público. Estas tareas implican una colaboración con la Justicia, pero no confieren al Abogado ninguna prerrogativa de poder público».

Por otra parte, y en lo referente a la financiación de los servicios, en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso señalar que a los efectos de la aplicación de la LDC, su Disposición Adicional cuarta, siguiendo la jurisprudencia señalada anteriormente, determina que «se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con inde-

<sup>9</sup> Caso *Wouters*.

pendencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». En consecuencia, el hecho de que la prestación de los servicios sea remunerada por medio de una indemnización con cargo a los presupuestos públicos, no es un elemento a tener en cuenta al definir como económica la actividad de los abogados que prestan los servicios de asistencia jurídica gratuita.

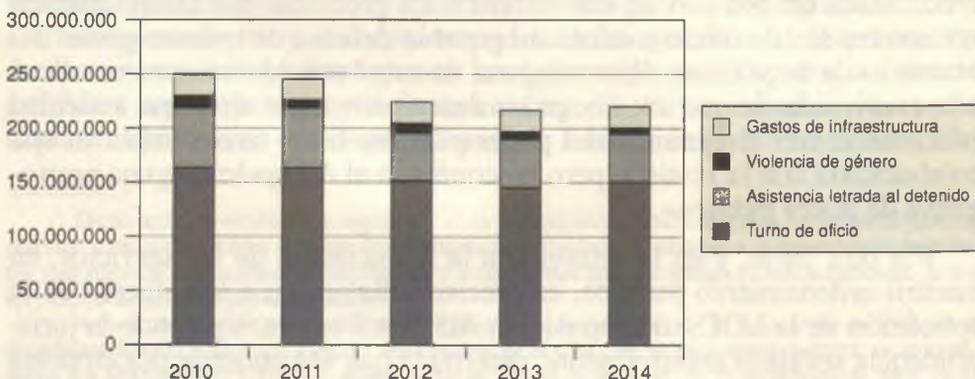
Finalmente, y en relación con el concepto de empresa, debe traerse a colación la reciente STS de 18 de julio de 2016, que, ampliando el tradicional concepto de empresa, señala que la LDC es aplicable a todo sujeto «aún cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto». Continúa el Alto Tribunal afirmando que «debe notarse que, en el plano subjetivo, el artículo 1 de la Ley se refiere a las conductas prohibidas [...] sin que de ese enunciado se excluyan las conductas llevadas a cabo por entidades de naturaleza jurídico pública». Asimismo, añade que «la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que esta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia».

## B. ALGUNOS DATOS DEL MERCADO

A continuación se ponen de manifiesto, de manera gráfica, algunos datos<sup>10</sup> relacionados con este mercado con la finalidad de comprender la entidad económica del mismo.

En el periodo comprendido entre los años 2010 y 2014, el gasto de las administraciones públicas para el mantenimiento del sistema de justicia gratuita se ha aproximado a 1.200 millones de euros, notándose un sensible descenso desde 2012:

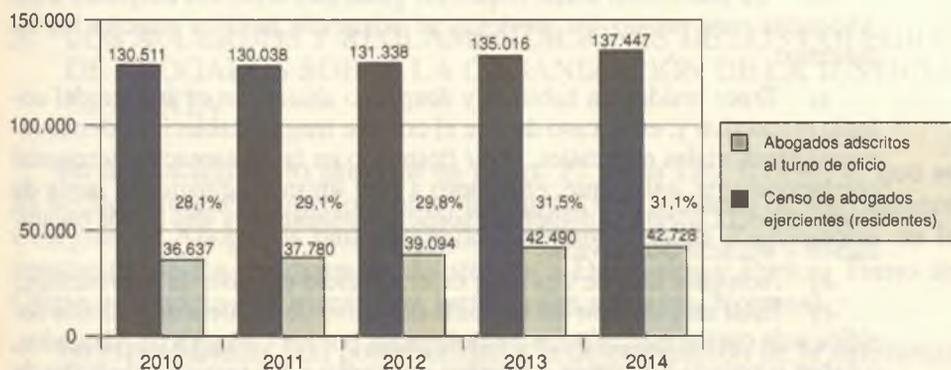
**Figura 1.** Gasto en Justicia Gratuita en España (euros)



<sup>10</sup> Datos obtenidos del IX Informe del observatorio de Justicia Gratuita. Disponible en <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/07/IX-Observatorio-Justicia-Gratuita-y-portada.pdf>.

Durante los mismos años, el porcentaje de abogados que han participado en el sistema se ha mantenido cercano al 30 por 100 sobre el total de ejercientes:

**Figura 2.** Abogados adscritos al turno de oficio en España



#### 4. CONDICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS DE ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO DE JUSTICIA GRATUITA

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 1/1996, corresponde al Consejo General de la Abogacía Española y a sus respectivos Colegios, la regulación y organización, a través de sus Juntas de Gobierno, de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.

Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, que son los órganos competentes para el reconocimiento del derecho, recibirán de los respectivos Colegios de Abogados un listado de abogados colegiados ejercientes adscritos a los servicios, con indicación de las especializaciones, en su caso (art. 11 de la Ley 1/1996).

De acuerdo con el art. 25 de la Ley 1/1996<sup>11</sup>, el Ministerio de Justicia, de manera coordinada con las Comunidades Autónomas competentes, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios profesionales.

<sup>11</sup> Redacción dada por Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Los requisitos de formación y especialización a los que se refiere la Ley 1/1996 han sido regulados mediante la Orden de 3 de junio de 1997<sup>12</sup>, que no se limita a los mismos sino que establece una serie de limitaciones territoriales. Así, el art. 1 de la mencionada Orden dispone lo siguiente:

«1. Se establecen como requisitos generales mínimos exigibles a los Abogados para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita los siguientes:

a) Tener residencia habitual y despacho abierto en el ámbito del colegio respectivo y, en el caso de que el colegio tenga establecidas demarcaciones territoriales especiales, tener despacho en la demarcación territorial correspondiente, salvo que, en cuanto a este último requisito, la Junta de Gobierno del Colegio lo dispense excepcionalmente para una mejor organización y eficacia del servicio.

b) Acreditar más de tres años en el ejercicio efectivo de la profesión.

c) Estar en posesión del diploma del curso de Escuela de Práctica Jurídica o de cursos equivalentes homologados por los Colegios de Abogados, o haber superado los cursos o pruebas de acceso a los servicios de turno de oficio y asistencia letrada al detenido establecidos por las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados.

2. Excepcionalmente, la Junta de Gobierno de cada colegio podrá dispensar motivadamente el cumplimiento del requisito establecido en la letra c) del punto anterior, si concurrieren en el solicitante méritos y circunstancias que acreditasen su capacidad para la prestación del servicio».

En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía ha establecido requisitos complementarios de formación y especialización mediante la Or-

<sup>12</sup> La Orden de 3 de junio de 1997, por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, además de no ser un mandato de la Ley 1/1996 (lo que se deriva del verbo «podrá» del art. 25 de la Ley 1/1996) excediéndose de los requisitos a los que alude su título, se encarga de regular la experiencia mínima, además de determinadas exigencias territoriales de domicilio y despacho.

A este respecto deben tenerse en cuenta varias circunstancias que afectarían a la Orden. Entre ellas, la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio («Ley Paraguas»), y de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (conocida como «Ley Ómnibus»). Resulta de interés destacar que las leyes mencionadas, de transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior («Directiva de Servicios») suponen la consagración del principio de libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio, de forma que se eliminan por las autoridades competentes (entre las que se incluyen a los Colegios profesionales) todos los regímenes de autorización, con la excepción de aquellos que cumplan la triple condición de no ser discriminatorios, ser necesarios y proporcionados.

Asimismo, y en relación con el establecimiento de restricciones territoriales al ejercicio de una actividad de prestación de servicios, el art. 11.1.a) de la «Ley Paraguas» determina que la normativa que regule el acceso o ejercicio de una actividad de servicios no puede supeditarse a restricciones de carácter territorial. La excepción a este principio se admite mediante ley, en situaciones en las que exista una razón imperiosa de interés general, siempre que no sea discriminatorio y no proporcionado.

Parece que la Orden de 3 de junio de 1997 estaría superada por las leyes antedichas.

Para una mayor información sobre este asunto, puede consultarse el artículo «Repercusiones de las Leyes 17/2009 y 5/2009 en el ejercicio profesional de la abogacía» de Lorenzo Álvarez de Toledo, publicado en la *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, núm. 45, 2011, pp. 21-33.

den de 11 de junio de 2001, en relación con cursos que obligatoriamente deberán impartir los propios Colegios andaluces de Abogados en las materias objeto de los turnos de asistencia al detenido o preso y de los turnos especializados (art. 33 del RAJGA)<sup>13</sup>.

## 5. LOS ACUERDOS Y REGLAMENTACIONES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA GRATUITA

En aplicación de lo previsto en el art. 22 de la Ley 1/1996, al que se ha hecho referencia anteriormente, las Juntas de Gobierno de los distintos Colegios de Abogados han adoptado diversas Normas Reguladoras de la prestación de los servicios de Asistencia a Detenidos y Presos, Turno de Oficio y Servicio de Orientación Jurídica (en adelante, Normas).

En este apartado, con posterioridad a la determinación de la naturaleza de los Colegios de Abogados como asociación de empresas, se realizará una revisión de las restricciones<sup>14</sup> más frecuentes y la consideración de las mismas a la luz de las Resoluciones actualmente publicadas: Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 29 de septiembre de 2014, S/14/2014 Colegio de Abogados de Málaga y Resoluciones de la CNMC de 30 de junio de 2015, SACAN/29/13 Asistencia Jurídica Gratuita en Canarias y de 1 de septiembre de 2015, S/0491/13 Colegio de Abogados de Guadalajara.

### A. COLEGIO DE ABOGADOS COMO ASOCIACIÓN DE EMPRESAS AL APROBAR LAS NORMAS. SOMETIMIENTO DE LAS MISMAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los responsables últimos en la redacción de las Normas son todos y cada uno de los 83 Colegios de Abogados que existen. La consideración de un colegio profesional en Derecho de la competencia se asimila a la de una asociación de empresas, tal y como puso de manifiesto el entonces TS-JCE en la ya referida Sentencia de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 (*Wouters*), que consideraba al Colegio de Abogados de los Países Bajos una asociación de empresas al redactar en 1993 un reglamento interno sobre colaboración, en desarrollo del art. 28 de la Ley de 23 de junio de 1952, por la que se crea el Colegio de Abogados de los Países Bajos y se establecen el reglamento interno del Colegio y las normas disciplinarias aplicables a

<sup>13</sup> Los requisitos que puedan establecer las CCAA parece que no tendrían cobertura legal tras la modificación del art. 25 de la Ley 1/1996, operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se elimina el inciso final relativo a «sin perjuicio de los requisitos complementarios que puedan establecer las Comunidades Autónomas competentes». No obstante, la regulación estatal no se ha modificado y la misma debería dictarse de forma coordinada con las CCAA.

<sup>14</sup> Parte de las mismas derivan de la aplicación de la Orden de 3 de junio de 1997, en muchos casos, con restricciones más allá de la misma.

los abogados y a los procuradores (*Advocatenwet*). El referido art. 28, se refería a la competencia de la Junta de Delegados del Colegio para adoptar reglamentos en aras de un correcto ejercicio de la profesión, incluidos los relativos a la asistencia a los abogados de edad avanzada o en situación de incapacidad laboral total o parcial, así como a los parientes de los abogados fallecidos. Asimismo, los reglamentos necesarios relativos a la administración y organización del Colegio de Abogados de los Países Bajos. En relación con el reglamento interno de 1993, el TSJCE considera que el Colegio de Abogados de los Países Bajos actúa como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por lo demás, una actividad económica. A este respecto, añade el TSJCE, el hecho de que el art. 26 de la *Advocatenwet* encomiende, asimismo, al Consejo General la defensa de los derechos e intereses de los abogados en cuanto tales no permite excluir *a priori* a esta organización profesional del ámbito de aplicación del art. 85<sup>15</sup> del Tratado, ni siquiera cuando ejerce su función reguladora del ejercicio de la abogacía. Concluye el TSJCE que debe considerarse que una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos constituye una asociación de empresas a efectos del entonces art. 85, apartado 1, del Tratado y ello con independencia del estatus jurídico del colegio, como corporación de Derecho público.

Asimismo, el TSJUE en Sentencia de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, se pronunció sobre el carácter de la *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* portuguesa (OTOC) como asociación de empresas cuando adopta un reglamento sobre control de calidad, que, entre otras cuestiones, imponía a todos los expertos contables la obligación de obtener una media anual de 35 créditos de formación en los últimos dos años, en formación dispensada por la OTOC o aprobada por esta, doce de los cuales debían obtenerse siguiendo la formación exclusivamente prestada por la propia OTOC, y al decidir qué organismos de formación están autorizados para efectuar acciones de formación y cuáles de estas acciones proporcionan créditos de formación.

La cuestión relevante que plantea el TSJUE en este asunto es que un colegio profesional como la OTOC no ejerce prerrogativas del poder público, sino que se configura más bien como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por otro lado, una actividad económica, y que carece de importancia a este respecto que la OTOC se rija por un estatuto de Derecho público.

Para el TSJUE, una norma o reglamento de un Colegio profesional no se entendería dictado por una asociación de empresas y, en consecuencia, estaría excluido del ámbito de aplicación de las normas sancionadoras de defensa de la competencia, cuando un Estado miembro confiere competencias normativas a una asociación profesional, definiendo los criterios de interés general y los principios esenciales a los que se ha de atener esa normativa y conservando su facultad de decisión en última instancia. Estas

<sup>15</sup> Actualmente, art. 101 del TFUE.

circunstancias no se daban en el presente asunto puesto que el Reglamento del OTOC había sido dictado sin intervención del Estado, precisamente sucede lo mismo con la aprobación por parte de cada Colegio de Abogados de sus Normas.

Así, el TSJUE, en relación con el Reglamento del OTOC, realiza las siguientes consideraciones:

- La potestad normativa que se reconoce a la OTOC no se ve acompañada de requisitos o criterios que deba observar en la adopción de actos como el Reglamento controvertido. A este respecto, el Estatuto de la OTOC se limita a atribuir a esta las tareas de «promover y favorecer el perfeccionamiento y formación profesional de sus miembros, especialmente a través de la organización de acciones y programas de formación profesional, cursos y coloquios» y de «concebir, organizar y ejecutar sistemas de formación obligatoria para sus miembros».
- Estas disposiciones dejan, por tanto, a la OTOC un amplio margen de apreciación en cuanto a los principios, requisitos y modalidades que deben regir el sistema de formación obligatoria de los expertos contables.
- En particular, el Estatuto de la OTOC no le confiere el derecho exclusivo de dispensar acciones de formación destinadas a los expertos contables ni establece las condiciones para el acceso de los organismos de formación al mercado de la formación obligatoria de los expertos contables. Las normas que regulan estas cuestiones figuran, sin embargo, en el Reglamento controvertido.

Asimismo, consta que este Reglamento fue adoptado por la OTOC sin intervención del Estado.

La circunstancia de que un colegio profesional, como la OTOC, esté legalmente obligado a establecer un sistema de formación obligatoria para sus miembros no permite excluir del ámbito de aplicación del art. 101 del TFUE las normas emanadas de dicho colegio profesional, siempre que le sean exclusivamente atribuibles.

En nuestro caso, corresponde a los Colegios de Abogados, en aplicación del art. 22 de la Ley 1/1996, la regulación y organización, a través de sus Juntas de Gobierno, de los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas. Por otra parte, el art. 25 de la Ley mencionada, otorga la posibilidad de que el Ministerio de Justicia e Interior establezca unos requisitos de formación y especialización. Pues bien, por medio de la Orden de 3 de junio de 1997, la Administración se ha excedido en el encargo legislativo al establecer requisitos que van más allá de la formación y especialización. Pero con independencia de la calificación que nos merezca la mencionada Orden, lo cierto es que los Colegios de Abogados, al dictar sus normas, conservan su facultad de decisión en última instancia y no el Estado, y contarían con un amplio margen para dictarlas, por lo que, en aplicación de la doctrina del TSJUE, las Normas se encuentran plenamente sometidas al Derecho de la competencia.

## B. LAS RESTRICCIONES CONTENIDAS EN LAS NORMAS A LA LUZ DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

La existencia, en las diversas Normas de los Colegios, de unas condiciones de acceso y pertenencia a las listas para la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita que, unido a un régimen de incompatibilidades, tendría como resultado la compartimentación del mercado afectado. Del análisis de las Normas que se encuentran publicadas en las distintas páginas web de los Colegios de Abogados, a continuación se resumen las principales restricciones, por categorías <sup>16</sup>:

### — Restricciones de carácter territorial:

- La exigencia de colegiación como ejerciente en un Colegio determinado <sup>17</sup>, concretamente, en el que dicta las Normas.
- La obligación de tener residencia habitual dentro del territorio del Colegio.
- La imposición de tener despacho único y principal en el partido judicial en el que se desarrollen los servicios, o despacho en el ámbito provincial en los supuestos menos extremos.

### — Restricciones relativas al ejercicio:

- Exigencia de una antigüedad como ejerciente para la incorporación (tres o cinco años).

<sup>16</sup> El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (CDCA), en Resolución S/14/2014, Colegio de Abogados de Málaga, de 29 de septiembre de 2014, clasificaba las restricciones que fueron sometidas a su juicio, siguiendo el único criterio legal —*ex art. 31 de la Ley 1/1996*— de la siguiente forma:

- Restricciones a la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita no vinculadas con la exigencia de prestación real y efectiva:
  - La exigencia de incorporación como ejerciente en el Colegio de Abogados de Málaga.
  - La exigencia de residencia habitual dentro del territorio del Colegio de Abogados de Málaga.
- Restricciones a la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita vinculadas a la necesidad legal de prestación real y efectiva de los mismos:
  - La incompatibilidad de la prestación de los servicios en el Colegio de Abogados de Málaga con la adscripción a la lista de turno de oficio de otro Colegio de Abogados.
  - La incompatibilidad de la prestación de los servicios en más de un partido judicial.
  - La exigencia de despacho (único y principal) en el partido judicial en el que se desempeñe el servicio.

<sup>17</sup> El vigente art. 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, tras la modificación operada por la «Ley Omnibus» establece que basta la incorporación a un solo Colegio territorial para ejercer en todo el territorio español. A este respecto, la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 19 de julio de 2011, en la que se termina convencionalmente un expediente sancionador incoado al Colegio de Economistas de Madrid por, entre otros requisitos, exigir la colegiación como ejerciente en la propia Corporación a economistas que quisieran acceder al Turno de Actuación Procesal, se manifiesta lo siguiente:

«La restricción en el acceso al Turno de Actuación Procesal y, por ende, a las listas del Colegio de Economistas de Madrid, supondría una barrera de entrada injustificada al mercado de prestación de servicios en los que pueden participar los economistas colegiados, con independencia al Colegio al que pertenezca, de acuerdo con el principio de colegiación única expuesto anteriormente, afectando así a la competencia efectiva en dicho mercado y constituyendo una práctica contraria a la LDC» (FD 5.º).

— La exigencia de formación previa, supeditada a la obtención del diploma de la Escuela de Práctica Jurídica de un Colegio de Abogados, o la superación de otros cursos autorizados por la Junta de Gobierno del Colegio.

— Adicionalmente a lo anterior, debe tenerse en cuenta la posible incompatibilidad, estableciéndose un régimen disciplinario al efecto, en los siguientes casos:

- Por la prestación de servicios en más de un partido judicial.
- Por la prestación de los servicios en más de una especialidad.
- O la incompatibilidad para la inscripción en las listas de turno de oficio de otro Colegio de Abogados.

Con carácter general, las autoridades de competencia han declarado los requisitos citados anteriormente prohibidos por la LDC ya que:

- Actúan como barreras de acceso y compartimentan los mercados.
- Limitan la competencia efectiva, en la medida que potencialmente reducen el número de profesionales que pueden ejercer dicha actividad, excluyendo a otros profesionales.
- Limitan las actuaciones de los profesionales a otros territorios incluso a distintas jurisdicciones.
- Discriminan entre profesionales.

A continuación, se analizan las resoluciones de competencia que a la fecha han sido dictadas sobre la cuestión objeto de estudio en este artículo.

a) *Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, S/14/2014, de 29 de septiembre de 2014, Colegio de Abogados de Málaga*

Si bien esta Resolución ha sido anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía mediante Sentencia de 28 de marzo de 2016<sup>18</sup>, haremos una breve descripción de sus argumentos.

El CDCA se pronunció sobre las restricciones contenidas en las Normas del Colegio de Abogados de Málaga, que, como consecuencia de una denuncia y de la instrucción efectuada, fueron sometidas a su juicio, esto es, la exigencia de incorporación como ejerciente en el Colegio de Abogados de Málaga, la exigencia de residencia habitual dentro del territorio del mismo, la incompatibilidad de la prestación de los servicios en el Colegio de Abogados de Málaga con la adscripción a la lista de turno de oficio de otro Colegio, la incompatibilidad de la prestación de servicios en más de un partido judicial, así como la exigencia de despacho único y principal en el partido judicial en el que se desempeñe la actividad.

No fueron sometidas a juicio del CDCA y, en consecuencia, no se pronunció sobre el resto de requisitos de carácter general de las Normas del

<sup>18</sup> Esta sentencia será objeto de comentarios en páginas posteriores.

Colegio de Málaga<sup>19</sup>, tales como la de llevar más de tres años en el ejercicio efectivo de la profesión, y las de formación<sup>20</sup>.

El CDCA afirma que «el establecimiento de requisitos de acceso a las listas, así como el régimen de incompatibilidades, persigue restringir la entrada de letrados a las mismas y supone un claro perjuicio no solo para potenciales interesados en prestar el servicio, sino también para los solicitantes de este servicio que verían restringido el conjunto de letrados que podrían ser designados, hecho aún más grave para la víctima de violencia de género que además tiene reconocida por el RAJGA la posibilidad de elegir». Añade el CDCA que la «limitación del conjunto de letrados que podrían prestar el servicio, en base a los citados requisitos anticompetitivos, y no a otros requisitos objetivos relativos a la capacitación de los letrados que son específica e inequívocamente exigidos por la ley (artículo 25 de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita), supone que el ciudadano beneficiario de asistencia jurídica gratuita vea restringido injustificadamente también el conjunto de letrados que les pueden ser designados, o que puede elegir libremente, en el caso de violencia de género. Esto puede implicar, con absoluta claridad, una reducción de la oferta, de la variedad y calidad del servicio, por lo tanto, un claro perjuicio para las personas que tuvieran reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita».

Sobre lo anterior, el CDCA concluyó que «la naturaleza anticompetitiva de las citadas normas<sup>21</sup> resulta clara, sin que exista proporcionalidad, ausencia de discriminación, o justificación que establezca que las restricciones imputadas resultan indispensables para asegurar la prestación real y efectiva de la asistencia jurídica gratuita».

b) *Resolución de la CNMC de 12 de marzo de 2015,  
Expte. SAMAD/04/2013 ICAM/ICAAH*

En este asunto, el Consejo de la CNMC resuelve en relación con una propuesta trasladada por el Servicio de Defensa de la Competencia de la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de

<sup>19</sup> Disponibles en [http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006012/1465200405569\\_es\\_ES.html](http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006012/1465200405569_es_ES.html).

<sup>20</sup> Estar en posesión del diploma del Máster en Abogacía, o de cursos equivalentes homologados por los Colegios de Abogados, o haber superado las pruebas de acceso a los Servicios del Turno de Oficio y Asistencia al Detenido que, en su caso, acuerde convocar la Junta de Gobierno; o realizar las prácticas en el Servicio de Orientación Jurídica en las condiciones que establezca la Junta de Gobierno. Con respecto a los Turnos especiales, haber superado los cursos de especialización, en aquellos casos en que sean necesarios conforme a la normativa aplicable o se establezcan por acuerdo de la Junta de Gobierno, que tendrán una validez de dos años en caso de no incorporarse al turno especial. Una vez incorporado es necesario recibir una jornada formativa de reciclaje cada dos años para poder permanecer en el turno especial.

<sup>21</sup> La obligación de estar incorporado como ejerciente en el Colegio de Abogados de Málaga, y de tener residencia habitual dentro del territorio del Colegio, y despacho único o principal en el Partido Judicial en el que se desempeñará el servicio, así como el régimen de incompatibilidades.

la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, sobre la adecuación o no de las normas del turno de oficio de los Colegios de Abogados de Madrid y de Alcalá de Henares. En este asunto subyace un conflicto entre las normas de colegios tan cercanos como el de Alcalá de Henares y Madrid, discriminatorias para los pertenecientes al segundo respecto de los colegiados en el primero. El hecho que se produce es que un abogado con despacho en Madrid tendría opciones de participar del turno de oficio de Alcalá de Henares y no a la inversa.

El órgano instructor, consideraba que debía no incoarse y archivar las actuaciones efectuadas contra ambos colegios «en virtud del Principio de Seguridad Jurídica, y a su vez, del Principio General del Derecho de *lex posterior derogat anterior*, inicio formal de diálogo con el Consejo General de la Abogacía del Estado y con la Administración General del Estado (*sic*), que permita la aprobación de nueva norma que derogue expresamente la OM/97». El Consejo de la CNMC resuelve declarar no acreditada infracción alguna en relación con las normas del Colegio de Abogados de Alcalá de Henares, no por los motivos expuestos por el órgano instructor, sino que, a diferencia del Colegio vecino de Madrid, no exigía a los abogados que pretendieran incorporarse en su turno de oficio que tuvieran su residencia y despacho profesional en su demarcación territorial. Por el contrario, el Consejo de la CNMC insta al servicio instructor a continuar con la instrucción del expediente en relación con las normas del Colegio de Abogados de Madrid.

En relación con las normas del Colegio de Abogados de Alcalá de Henares, sostiene el Consejo de la CNMC que el incumplimiento de la Orden Ministerial que regula el turno de oficio, desde el punto de vista competitivo no es susceptible de sanción por las autoridades de competencia ya que, por el contrario, supone mayores niveles de competencia al eliminar barreras de entrada en el mercado.

Por contra, en relación con las normas del Colegio de Abogados de Madrid, el Consejo de la CNMC, señala que «puede existir una distorsión a la competencia por la exigencia de dicho requisito que se traduce en una barrera de entrada para los abogados al turno de oficio de Madrid y que no es exigida en otras regiones. Además, la exclusión de otros abogados de los partidos judiciales próximos a Madrid, constituye una compartimentación territorial que limita la competencia, favoreciendo a los abogados con despacho en el restrictivo ámbito territorial que define el Colegio de Abogados de Madrid en detrimento de los que no lo están y sin que exista justificación objetiva para estas restricciones. Igualmente se trata de una práctica que actúa en perjuicio de los posibles beneficiarios de la justicia gratuita en la Comunidad de Madrid y otras localidades cercanas, dado que la compartimentación del mercado efectuada incide en los posibles abogados a los que se pueda acceder».

c) *Resolución de la CNMC de 1 de septiembre de 2015, Expte. S/0491/13, Colegio de Abogados de Guadalajara*<sup>22</sup>

El Consejo de la CNMC señala lo siguiente en relación con las restricciones que se mencionan a continuación:

- En relación con la obligación de estar colegiado en un determinado Colegio: «La exigencia de estar incorporado al Colegio de Abogados de Guadalajara para ejercer la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita en su demarcación territorial supone una restricción de la competencia contraria al principio de colegiación única previsto en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, toda vez que compartimenta geográficamente el mercado y limita la oferta de abogados a aquellos colegiados en Guadalajara».
- Por lo que se refiere a los requisitos de residencia y despacho profesional en la provincia de Guadalajara, la mencionada Resolución considera que «ambos constituyen una clara compartimentación de territorial que limita la competencia, favoreciendo a los abogados radicados en el territorio de la demarcación colegial en detrimento de los que no lo están, sin que dicha restricción pueda entenderse exenta en virtud de la Orden del Ministerio de Justicia de 1997, norma que carece del rango legal exigido por el Art. 4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia».
- La exigencia de experiencia profesional, tanto de tres años para el turno general, como de cinco para el penal, es considerado por el Consejo de la CNMC como «una barrera injustificada de acceso al turno de oficio para abogados de reciente colegiación, o simplemente con menos años de experiencia que los exigidos por el Colegio pero que, sin embargo, tengan capacidad técnica suficiente derivada del requisito de haber superado los cursos de formación correspondientes. A diferencia de este último requisito, previsto en el artículo 25 de la Ley 1/1996, el de experiencia profesional carece de amparo legal, sin que la previsión contenida a tal efecto en el Art. 33 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita pueda, a la luz del Art. 4 de la LDC, suplir esa carencia».

En la resolución aquí analizada, en la que el mercado afectado definido es el de la totalidad del servicio de justicia gratuita, el Consejo de la CNMC no se limita a sancionar al Colegio de Abogados de Guadalajara, sino que en su FD 4.º, considera al Consejo General de la Abogacía de España (CGAE) responsable de infringir el art. 1 de la LDC por unas manifestaciones realizadas con ocasión de las reuniones de su Pleno de 21 de

<sup>22</sup> Sobre esta Resolución puede consultarse «El turno de oficio, cuestionado por la CNMC» de R. VALLINA, publicado en *Diario la Ley*, núm. 8.626, sección Tribuna, de 16 de octubre de 2015. El autor plantea un comentario crítico en relación con tres aspectos, la aplicación de las normas de competencia a un servicio público, el concepto de recomendación colectiva y la falta de análisis de los efectos procompetitivos.

noviembre de 2013, de su Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de 12 de diciembre de 2013 y de una respuesta dada a solicitud del Defensor del Pueblo en noviembre de 2013.

Las declaraciones a las que se refiere la CNMC y cuyo Consejo considera susceptible de infracción se refieren a la consideración del presidente del CGAE, recogida en acta, de que el hecho de que tres Colegios de Abogados (Valencia, Madrid y Alcalá de Henares) hubieran eliminado de sus normas la exigencia de tener residencia habitual en sus respectivos ámbitos territoriales era «muy grave y pidió unidad de acción». Asimismo, considera el Consejo de la CNMC hecho constitutivo de la infracción la respuesta al Defensor del Pueblo en la que ponía de manifiesto que los Colegios de Alcalá de Henares y de Madrid deberían proceder a modificar sus normas incorporando el requisito de residencia en la demarcación o circunscripción de la que se trate. Finalmente, y ante la constatación de que la aplicación de la Orden Ministerial de 1997 no era la misma en todo el territorio nacional (sobre todo en relación con los requisitos de residencia y despacho), el plenario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita recogió en acta la necesidad de «recordar» a todos los Colegios «la necesidad de que se cumpla con rigor la OM de 3 de junio de 1997». Estas manifestaciones recogidas en acta fueron hechos tenidos en cuenta en la Resolución comentada para considerar acreditada la infracción por parte del CGAE.

d) *La Resolución de la CNMC de 30 de julio de 2015, Expte. SACAN/29/2013, Asistencia Jurídica Gratuita en Canarias*

En esta Resolución, el Consejo de la CNMC aprueba, tras requerir una ampliación de los compromisos trasladados por el órgano instructor de la Comunidad Autónoma de Canarias, asumir los compromisos definitivos propuestos en procedimiento de terminación convencional, por los Colegios de Abogados de Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife y Santa Cruz de las Palmas.

Los compromisos presentados por los colegios a los que les fue incoado expediente sancionador, tendían a eliminar las restricciones que el órgano instructor consideró que existían en el mercado de prestación de servicios de asesoría jurídica en el sistema de justicia gratuita y que clasificó en las categorías de territorialidad, infraestructuras necesarias para atender al defendido, incompatibilidades, formación, especialización y ejercicio.

De acuerdo con los compromisos propuestos por los Colegios referidos y aprobados por el Consejo de la CNMC, las modificaciones de las normas relativas al turno de justicia gratuita debían contener las siguientes condiciones en cada una de las categorías de restricción:

- Territorialidad: la eliminación de cualquier requisito de residencia y respeto a la colegiación única. De alguna forma, se traslada la responsabilidad de la inexistencia de demoras o el cumplimiento de la efectiva tutela judicial al propio abogado que solicite voluntaria-

mente su inclusión en las listas. Se elimina, asimismo, cualquier vinculación a partido judicial alguno y la incompatibilidad de ejercer la actividad en varios de ellos.

- Infraestructuras: se elimina el requisito de despacho profesional. Aplicación de nuevas fórmulas de atención personalizada y disponibilidad de espacios físicos adecuados, de nuevo, de la responsabilidad en el propio abogado que deberá atender a su defendido de forma adecuada disponiendo para ello de la infraestructura necesaria.
- Incompatibilidades: deberán suprimirse de todas aquellas que no estén previstas en norma con rango de ley.
- Formación, especialización y ejercicio: solo podrá exigirse cumplir con los requisitos mínimos de formación y especialización que se determinen por las normas legales de aplicación o en desarrollo de las mismas.

e) *Algunas consideraciones sobre los pronunciamientos de las autoridades de competencia*

De acuerdo con las resoluciones anteriormente citadas, por una parte, no existiría duda alguna en relación con los supuestos planteados ante las autoridades de competencia de que la prestación de servicios de asesoría legal y representación de los abogados en el sistema de justicia gratuita constituye un mercado y, por otra, que la regulación que de él efectúan los distintos Colegios a través de las normas que dictan, está sometida al Derecho de la competencia como acuerdos de asociaciones de empresa<sup>23</sup>.

La consideración de que estamos ante un derecho, el de la tutela judicial efectiva, no desvirtúa la afirmación anterior, del mismo derecho se trata ya lo pague el demandante del servicio ya sea subvencionado por la administración. Desde el punto de vista de la oferta, como ya se ha expuesto en el apartado de este artículo relativo al mercado, los abogados deberían estar en condiciones de competir entre ellos en igualdad de condiciones, con independencia de que nos encontremos ante un precio fijo<sup>24</sup>. Asimismo, desde el punto de vista de la demanda, no parece que pueda justificarse la limitación del número de abogados que puedan ocuparse de su asunto, o incluso, en los supuestos de violencia de género en Andalucía o en el ámbito del Derecho de familia, contencioso-administrativo y laboral en Galicia, limitada su capacidad de elección, todo ello justificado en la difícil situación socioeconómica de los demandantes.

Lo fundamental es que el mandato recibido por los Colegios para que, en su caso, dicten normas para organizar la prestación del servicio, debería centrarse en la disposición legal de que sea prestada de forma real y efectiva, y no en establecer barreras territoriales de protección a sus colegiados o

<sup>23</sup> Lo mismo ocurre con las normas dictadas por otros colegios profesionales relativas a turnos, como las de procuradores y notarios.

<sup>24</sup> La existencia de tarifas en otros sectores no excluye su condición de mercado, como es bien sabido.

parcelación por partidos judiciales para simplificar el sistema como único objetivo, en el mejor de los casos. La terminación convencional planteada por los Colegios de Abogados de Canarias abre un camino por el que se traslada la responsabilidad del ejercicio al abogado que desee inscribirse para prestarlo, ello, si es acompañado por el debido control por parte del Colegio de que los servicios son prestados de forma real y efectiva, podría ser suficiente para garantizar el derecho sin limitar la competencia.

En relación con los criterios territoriales, sin duda, debe reconocerse que es esencial, para garantizar que la tutela jurisdiccional de los derechos y la asistencia al detenido o preso sean derechos reales y efectivos de acuerdo con el art. 31 de la Ley 1/1996, que el beneficiario pueda comunicarse con su letrado y aportar toda la documentación e información precisas en apoyo de sus pretensiones con la suficiente inmediatez.

Sin embargo, restricciones vigentes en numerosas normas colegiales tales como la exigencia de despacho único o principal en el ámbito del partido judicial en el que se desarrollarán los servicios y determinadas incompatibilidades, parecen, a la luz de los pronunciamientos de las autoridades que se han comentado, en todo caso requisitos desproporcionados en relación con el objetivo perseguido, cerrando el mercado a la competencia de letrados plenamente disponibles y habilitados para prestar sus servicios profesionales de forma real y efectiva al beneficiario de la asistencia jurídica gratuita.

En todo caso, en el supuesto más restrictivo, el cumplimiento de lo previsto art. 31 de la Ley 1/1996 no puede justificar la compartimentación del mercado afectado en partidos judiciales, lo que obliga a los letrados ya instalados a circunscribir la prestación de sus servicios en el segmento afectado a los órdenes y procedimientos e instancias que se desarrollen en el partido en el que tengan despacho único o principal. Y, por otro lado, impiden, como ya se ha señalado, la entrada de profesionales disponibles y habilitados que no cuenten con despacho en el partido judicial o presten los servicios controvertidos en otro partido judicial o Colegio de Abogados. En este sentido, pese a que estas medidas pudieran en ciertos supuestos vincularse con la mejor distribución de los servicios, entendida como una mejor y más cercana prestación de los mismos a sus demandantes, las restricciones a la competencia resultarían en todo caso desproporcionadas en relación con el objetivo previsto y consentirían a los letrados con despacho único o principal en el partido judicial concreto la eliminación total de la competencia en la prestación de los servicios afectados<sup>25</sup>.

En definitiva, la exigencia de incorporación como ejerciente en un Colegio determinado y la exigencia de residencia habitual o de despacho úni-

<sup>25</sup> Resulta significativo en apoyo de esta conclusión lo establecido en el Informe sobre las restricciones a la competencia en la normativa reguladora de la actividad de los procuradores de los Tribunales publicado por la CNC en mayo de 2009 (párrs. 222 a 231) y en el apartado 3.1.3 del Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios, también publicado por la CNC el año 2012 y disponibles en la página web de la CNMC.

co o principal en el Colegio/partido judicial correspondiente, además de ir en contra del principio de colegiación única y de discriminación por razón de establecimiento o residencia, no pueden considerarse justificadas, ni por la necesidad de que el servicio se realice con la debida inmediatez o sin demora injustificada, ni por la necesidad de la existencia de despacho físico al que poder dirigirse, sin que suponga un gasto excesivo o dificultad física de la persona atendida.

Tampoco parece justificada la incompatibilidad de la prestación de los servicios en distintos turnos del mismo colegio<sup>26</sup>, con la adscripción a los servicios de otro Colegio de Abogados o incluso otro partido judicial, salvo por la coincidencia de actuaciones, algo que en principio no se ha demostrado por parte de los colegios en ninguno de los asuntos sometidos a su juicio y que parece que resultaría más difícil cuanto más abierto sea el acceso a los servicios y por tanto sea mayor el número de profesionales dispuestos a prestarlos.

En cuanto a la formación y especialización, no parece razonable que se haga referencia solo a la formación realizada o autorizada por los Colegios. Lo anterior, al margen de ser discriminatorio, no parece proporcionado por cuanto debería ser válida cualquier formación que cumpla unos requisitos mínimos de contenido y horas, con independencia de quién la imparta. A mayor abundamiento, no parece razonable imponer condiciones de acceso a los abogados que participen en el turno de oficio y que no se les exige para el ejercicio fuera del turno.

En cuanto a la experiencia, con independencia de que su exigencia carece de amparo legal, no parece que ni los años de ejercicio ni de colegiación sean el único argumento para determinar si un profesional tiene o no la debida experiencia, máxime cuando además de la titulación correspondiente para ejercer como abogado, el letrado haya superado la formación que legalmente esté establecida para optar al turno.

### C. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (TSJA) DE 28 DE MARZO DE 2016

La sentencia a la que se refiere este apartado anuló la Resolución del CDCA de 29 de septiembre de 2014 y se trata del único pronunciamiento jurisdiccional, hasta la fecha, en relación con el asunto que nos ocupa.

Con carácter preliminar, y como ya se ha comentado en el apartado relativo a la Resolución del CDCA, el TSJA únicamente entra a valorar las restricciones conocidas por la autoridad administrativa cuya decisión fue recurrida, es decir, las de carácter territorial, dejando al margen, en consecuencia, el resto de restricciones comentadas en este artículo.

---

<sup>26</sup> El 71 por 100 de los abogados estarían en contra de limitar el número de especialidades a las que se puede pertenecer, de acuerdo con el análisis publicado en el IX Informe del Observatorio de Justicia Gratuita de la Abogacía Española, pp. 163 y ss. (véase nota 1).

A juicio del TSJA, el servicio de asistencia jurídica gratuita es un servicio público y la función atribuida por ley a los colegios profesionales para la regulación de la organización del servicio implica la realización de funciones netamente administrativas. Lo anterior, no implica, de acuerdo con la sentencia referida, que a tenor de lo dispuesto en el art. 4.2 de la LDC, las normas de los colegios estén al margen de las normas de competencia.

En relación con el concepto de empresa, el TSJA, acogiendo la doctrina del TSJUE, señala que el mismo comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y su modo de financiación. Concluye en este apartado relativo a la existencia o no de mercado el TSJA afirmando que «el Colegio profesional con su regulación influye en un mercado, el de los profesionales de la abogacía, una de cuyas actividades profesionales genuinas, por cuanto solo pueden ser prestadas por estos profesionales, es la de incorporarse y prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita, una regulación restrictiva que condiciona el libre acceso a las listas del turno de asistencia jurídica gratuita afecta necesariamente al mercado capitalizado por estos profesionales, esto es, en términos de la sentencia *Wouters*, solo “una actividad que por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos [...] no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado”, circunstancia esta que no se da pues la actividad de que se trata tiene trascendencia económica y afecta al mercado de los profesionales de la abogacía por lo ya dicho».

Determinada la sujeción de las normas del turno del Colegio de Abogados de Málaga al Derecho de la competencia, continúa la Sentencia del TSJA, en su FD 4.º, analizando en concreto las restricciones territoriales consistentes en estar colegiado en el Colegio de Abogados de Málaga, estar domiciliado en Málaga y tener despacho profesional abierto (se omite en la sentencia el carácter de principal o único) en el partido judicial donde se haya de prestar el servicio. A juicio del TSJA, «[N]o cabe indagar demasiado en la naturaleza restrictiva de estas medidas que inciden negativamente en el mercado interior fragmentándolo territorialmente, limitando por ende de manera sustancial la oferta de profesionales con posibilidades de servir en el turno de asistencia jurídica gratuita». Añade el TSJA que estaríamos objetivamente ante una restricción de la libre competencia.

De manera que, hasta lo comentado, el TSJA considera sujetas las normas del Colegio al Derecho de la competencia, y analizadas las condiciones territoriales, determina que las mismas constituyen objetivamente una restricción a la libre competencia e inciden negativamente en el mercado interior fragmentándolo territorialmente y limitando la oferta de manera sustancial. Todo parece indicar que comparte las conclusiones de la Resolución recurrida.

En este punto, el TSJA señala que el Derecho de la competencia admite determinadas excepciones para sancionar una restricción que calificaba de sustancial, evidente, objetiva y con incidencia negativa en el mercado. Analiza a continuación esas excepciones que concreta en la posible con-

currencia de razones imperiosas de interés general de acuerdo a criterios de necesidad y proporcionalidad, enlazando esta premisa con la supuesta existencia de eficiencias constatables, aludiendo en este caso al «expediente previsto en el artículo 1.3 de la LDC».

Considera el TSJA que en el presente caso concurre una razón imperiosa de interés general de las definidas en el art. 3.11 de la «Ley Paraguas», en particular, la afectación a derechos fundamentales de usuarios del servicio de asistencia jurídica gratuita. Pero esta concurrencia no es suficiente, de acuerdo con la sentencia aquí comentada, para justificar las restricciones de las normas del Colegio.

La cuestión que determina la anulación de la Resolución del CDCA recurrida para el TSJA es que a falta de mayores razonamientos de la autoridad de competencia (a la que denomina en varias ocasiones «órgano regulador») la limitación territorial que se impone, entrando en juego el derecho a la *libertad de ambulatoria* que consagra el art. 17 de la CE, es al juicio del Tribunal, una medida proporcionada. Finalmente, en justificación de las restricciones existentes en las normas del Colegio de Abogados de Málaga, el TSJA hace referencia a la sentencia del entonces TSJCE en el asunto *Wouters* ya comentada, para asimilar la justificación que se hace en ese caso de las restricciones impuestas por el Colegio de Abogados de los Países Bajos a la de las normas del Colegio español y, en particular, la de sus restricciones territoriales.

Si bien el TSJA considera que para aquellas modalidades asistenciales desprovistas de la nota de perentoriedad (las restricciones aplican para todas las modalidades del turno), «se puede admitir una mayor flexibilización de la comarcalización del servicio», esto es, el propio Tribunal admite que las restricciones no estarían justificadas en todos los casos. No obstante, finaliza el TSJA considerando que «las medidas restrictivas adoptadas por el ICAM responden a la finalidad de dotar de mayor eficiencia al servicio —en la línea de lo contemplado por los arts. 1.3 de LDC y 101.3 de TFUE—, sin que de otro lado se haya logrado evidenciar su desproporción o inadecuación en aras a la consecución de esta finalidad, ni una afectación al mercado de la intensidad de que tratan los subapartados 1), 2) y 3) del art. 1.3 de LDC, por lo que se excluye en este caso la presencia de una finalidad espuria de segmentación territorial del mercado con el ánimo de falsear la libre competencia».

De acuerdo con lo anterior, una restricción, con el evidente efecto de compartimentar el mercado, o «comarcalizarlo», si ha sido dictada con otra finalidad, no constituye infracción. Con independencia de esta consideración, lo cierto es que los arts. 50.2 de la LDC y 2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado<sup>27</sup>, establece la carga de la prueba de la existencia de eficiencias en

<sup>27</sup> Actualmente arts. 101 y 102 del TFUE.

la parte que las alegue. Sin embargo, el TSJA reprocha a la autoridad autonómica la falta de prueba y, al parecer, de la regulación alternativa, cuestión que excedería de las competencias atribuidas al CDCA.

## 6. ¿UNIDAD DE MERCADO?

Finalmente, con independencia del análisis de la prestación del servicio de asesoría jurídica en el sistema de justicia gratuita a la luz del Derecho de la competencia, resulta necesario atender a la paradoja que actualmente se produce en el mercado español con la existencia de 83 Colegios de Abogados y la vigencia de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM), al mismo tiempo.

Con carácter previo al análisis de las obligaciones establecidas por la LGUM, interesa comenzar este apartado con un ejemplo práctico que se puede producir en nuestro territorio, que puede ilustrar acerca de la situación actual del mercado y responder a la pregunta con la que se titula este apartado. Así, un abogado residente en Coslada (Madrid), con despacho en ese municipio, tres años de antigüedad en el ejercicio y con un curso de Escuela de Práctica Jurídica, podría acceder a prestar sus servicios, además de en su municipio, en Torrejón de Ardoz, Arganda y Alcalá de Henares, todos ellos de Madrid, pero no en cualquier otro de la provincia incluyendo Madrid capital. Por el contrario, un abogado residente en Madrid, con despacho en esta capital podría acceder a cualquiera de los turnos de todos los municipios mencionados y en gran parte de los turnos de Madrid capital. Todo parece indicar que, en este particular mercado, no se podría hablar, no ya de unidad de mercado nacional, sino de unidad en la provincia de Madrid. La situación particular descrita no parece que tenga una justificación objetiva razonable, máxime dada la distancia entre los mismos y el tiempo que se tardaría en ir de uno a otro de acuerdo con el siguiente cuadro:

(km/min.)	Alcalá	Coslada	Madrid	Torrejón
Alcalá	0/0	21/29	36/35	11/20
Coslada	23/26	0/0	16/30	12/18
Madrid	41/35	19/28	0/0	25/34
Torrejón	19/12	12/20	29/39	0/0

Fuente: elaboración propia a partir de datos de Google Maps.

Se podrían plantear multitud de casos como el anterior entre todas las provincias y dentro de las que exista más de un Colegio.

La LGUM considera a los colegios profesionales como autoridad competente, y, en consecuencia, sus normas quedan sujetas al cumpli-

miento de los principios que consagra, así como a los mecanismos de protección de los operadores económicos que se vean afectados por las mismas. Veamos si la situación descrita encuentra acomodo en los principios de la LGUM.

El art. 3 de la LGUM consagra el principio de no discriminación, y, a tal efecto, señala en su apartado 1 que todos «los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento». Asimismo, en su apartado 2, prohíbe que «cualquier disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico».

Las normas dictadas por los colegios podrían entenderse comprendidas en el concepto de norma de calidad en lo relativo a formación y antigüedad, y de la lectura de las disponibles en las páginas web de los colegios, podemos encontrar una gran variedad de exigencias de formación, y de antigüedad (no respaldada por ley alguna) que van desde el previsto en la Orden Ministerial de 1997, analizada anteriormente, de tres años, hasta de diez años, en algunos supuestos.

El art. 5 de la LGUM establece el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes. Así, cuando en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, de conformidad con lo previsto en el art. 17 de la LGUM, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio<sup>28</sup>. Cualquier límite o requisito establecido, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Si asimilamos el procedimiento que elaboran los colegios profesionales para la inclusión o no de sus operadores en una determinada lista como requisito necesario para acceder a una actividad, al régimen de autorización, la lista de razones imperiosas de interés general se reduce a las descritas en el apartado a) del art. 17.1, que para los operadores económicos son: el orden público, la seguridad pública, la salud pública

---

<sup>28</sup> El orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

o la protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad.

Por otra parte, el art. 16 de la LGUM, relativo a la libre iniciativa económica, determina en cuanto al acceso y su ejercicio que será libre en todo el territorio nacional y solo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales. Por su parte, el art. 18 de la norma aquí comentada describe las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, entre ellas:

- Que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio.
- Que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio.
- Que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio.
- Que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

De lo anterior podría fácilmente deducirse que los requisitos establecidos por los Colegios de Abogados en sus normas para el acceso al turno, tendrían carácter discriminatorio, no serían necesarias y proporcionales, y limitarían la libertad de establecimiento y circulación.

Finalmente, el abogado de Coslada al que nos referíamos al comienzo de este apartado, en virtud del art. 19 de la LGUM, debería, *a priori*, poder acceder al turno de oficio de cualquier partido judicial de su provincia, o del territorio español, de acuerdo con el tenor literal del mencionado artículo que establece lo siguiente:

«Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar».

## 7. ALGUNAS CONCLUSIONES

La justicia gratuita se configura como un derecho para los demandantes de la prestación de servicios de asesoría legal, representación y asistencia jurídica, con escasos recursos económicos o en especial situación de vulnerabilidad. El contenido del derecho consiste, básicamente, en la recepción del servicio de forma gratuita por parte del demandante del mismo, en igualdad de condiciones de calidad que si de un demandante particular se tratara.

Para garantizar el contenido del derecho que aquí se trata, no parece justificado que al operador en el submercado de justicia gratuita se le exijan

más requisitos que al que opera de forma libre en el mismo mercado. A priori, en la actualidad<sup>29</sup>, un abogado para ejercer debe contar con la titulación (grado), formación específica (Máster de acceso a la abogacía), experiencia (prácticas externas) y evaluación, así como estar colegiado. Precisamente esa colegiación parece que puede ser el instrumento más adecuado para el control de un correcto ejercicio de la profesión tanto en el mercado libre como en el de justicia gratuita.

Los Colegios de Abogados, como responsables de la organización del servicio, han dictado en la mayoría de los casos normas tendentes a facilitar la gestión del servicio más que a mejorar la calidad del mismo. Sobre la base de una norma reglamentaria, la Orden Ministerial de 1997, han introducido en el mercado una serie de requisitos que podrían compartimentar el mercado de forma innecesaria. Desde la entrada en vigor de las Leyes Paraguas y Ómnibus, el sistema demandaba una revisión en profundidad que, hasta la fecha, no se ha culminado con el malogrado Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que estaba llamada a revisar las cuestiones más restrictivas del sistema actual.

En numerosas ocasiones, en el debate sobre la aplicación de las normas de Derecho de la competencia a la organización que del sistema efectúan los Colegios de Abogados, se plantea la posible existencia de eficiencias que compensaran las restricciones impuestas. Pues bien, al contrario, considero que la existencia de una mejor regulación centrada en el verdadero contenido del derecho, obviando las restricciones que no resulten realmente indispensables redundaría, como en cualquier mercado, en beneficio de los demandantes. La introducción de una mayor libertad en el sistema, apostando, por ejemplo, por la libre elección del abogado<sup>30</sup> por parte del demandante, atraería al sistema las ventajas de la competencia efectiva.

En este orden de cosas, el papel que juegan los Colegios de Abogados debería orientarse desde el control *ex ante* de los operadores, al control *ex post* de la calidad del servicio. Para ello, el Estado debería, por una parte, legislar de forma adecuada los principios que se han desarrollado en las apartados anteriores y, por otra, dotar de mayores recursos a las entidades a las que ha delegado la organización del servicio para que lo hagan en las mejores condiciones posibles, incluida la competencia efectiva de acceso y ejercicio por parte de los operadores y su posterior control.

---

<sup>29</sup> Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales.

<sup>30</sup> La libre elección del abogado, vigente, como ya se ha expuesto, en algunos supuestos y órdenes en algunas CCAA, está siendo ya reclamada por algunos agentes implicados en la organización del servicio. Sirva como ejemplo la ponencia de Miguel Ángel Aragués, gerente del Colegio de Abogados de Zaragoza, de título «Análisis de las prestaciones de Justicia Gratuita», en las V Jornadas de Justicia Gratuita, celebradas en Segovia los días 14 y 15 de abril de 2016.

# LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN ESPAÑA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. NOVEDADES Y RETOS

Alberto HERRERA PARA

Inspector de Competencia en la Subdirección de Sociedad de la Información, Dirección de Competencia (CNMC)

Helena VIEDMA ORTIZ-CAÑAVATE

Inspectora de Competencia en la Subdirección de Sociedad de la Información, Dirección de Competencia (CNMC)

## 1. INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar el tema de la gestión de los derechos de propiedad intelectual<sup>1</sup> en España en relación con el Derecho de la competencia conviene recordar que, si bien tanto de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual como de la defensa de una competencia efectiva en el mercado se derivan efectos positivos desde el punto de vista de la eficiencia asignativa y de la mejora del bienestar general, la relación entre derechos de propiedad intelectual y libre competencia precisa de un equilibrio que puede resultar complicado alcanzar.

Para que este equilibrio sea posible, es necesaria una adecuada configuración legal de los derechos de propiedad intelectual y de su gestión que los proteja proporcionadamente, sin que su necesaria garantía obstaculice el desarrollo de la actividad de otros actores en la medida en que esto sea posible.

La adecuada configuración de los derechos de propiedad intelectual y de su gestión contribuye a la mejora de la seguridad jurídica en la que se desenvuelven los operadores económicos, y además reduce la necesidad de intervención de las autoridades de competencia, pudiendo incluso llegar a hacerla innecesaria o, en su caso, minimizar su impacto, ya que

---

<sup>1</sup> Las indicaciones a los derechos de propiedad intelectual contenidas en el presente artículo engloban conjuntamente los derechos de autor y derechos afines, también denominados derechos conexos, según terminología empleada de forma generalizada por gran parte de la doctrina.

está intervención se realiza *a posteriori* y con una finalidad correctiva que impida un ejercicio anticompetitivo de estos derechos por sus titulares o gestores.

En España la salvaguarda de la libre competencia corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)<sup>2</sup>. En el ámbito europeo esta tarea recae en la Comisión Europea, compartiéndola con los Estados miembros en su vertiente sancionadora.

Por su parte, la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, corresponde a las entidades de gestión y se ha venido realizando en régimen de monopolio legal<sup>3</sup>, *de facto*, en base a lo estipulado en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>4</sup> (TRLPI) de 1996, siendo además esta gestión colectiva obligatoria para determinados supuestos.

Por otra parte, la pertenencia de España a la Unión Europea conlleva que la configuración legal de los derechos de propiedad intelectual y las relaciones entre estos y la libre competencia deban encuadrarse en un marco europeo en el que coexisten distintos regímenes nacionales que condicionan la regulación de estas relaciones a nivel supranacional.

En este sentido, el Derecho comunitario, en ocasiones, ha recortado el alcance de estos derechos para prevenir posibles abusos, salvaguardar la libre competencia e impedir restricciones injustificadas a la libre circulación de bienes que pudieran poner en peligro la unidad del mercado, dada la capacidad de los derechos de Propiedad Intelectual para actuar como barreras a la libre circulación de bienes y la diversidad de regímenes citada.

<sup>2</sup> Previamente a sus antecesoras la Comisión Nacional de Competencia (CNC) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

<sup>3</sup> Como ha sido puesto de manifiesto por diversos precedentes comunitarios y nacionales en la materia, como los citados a continuación, así como en el «Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual» elaborado por la CNC en el año 2009:

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 9 de abril de 1987 (402/1985) y de 13 de julio de 1989 (110/1988); Decisiones 71/224/CEE, 72/268/CEE y 82/204/EEC de la Comisión Europea (conocidas como Decisiones GEMA), así como la Decisión de la Comisión Europea en el caso COMP/37.219 - *Banghalter & de Homem Christo / SACEM*, conocida como *Decisión Daft Punk*; Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 27 de julio de 2000, en el marco del expediente 465/99 Propiedad Intelectual Audiovisual; Resolución del extinto TDC, de 25 de enero de 2002, en el marco del expediente 511/01 VALE MUSIC/SGAE; Resolución del extinto Consejo de la CNC, de 9 de diciembre de 2008, en el marco del expediente 636/07 FONOGRAMAS; Resolución del extinto Consejo de la CNC, de 23 de febrero de 2011, en el marco del expediente 2785/07 AIE; Resolución (de terminación convencional) del extinto Consejo de la CNC, de 23 de marzo de 2011, en el marco del expediente S/0156/09, AISGE; Resolución del extinto Consejo de la CNC, de 19 de diciembre de 2011, en el marco del expediente S/0208/09 AISGE CINES; Resolución del extinto Consejo de la CNC, de 2 de marzo de 2012, en el marco del expediente S/0157/09 EGEDA; Resolución del extinto Consejo de la CNC, de 14 de junio de 2012, en el marco del expediente S/0297/10 AGEDI/AIE; Resolución del extinto Consejo de la CNC, de 3 de julio de 2012, en el marco del expediente S/0220/10 SGAE; Resolución del Consejo de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 en el marco del expediente S/0460/13 SGAE-CONCIERTOS; Resolución (de terminación convencional) del Consejo de la CNMC de 9 de julio de 2015, en el marco del expediente S/0466/13 SGAE AUTORES; Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de noviembre de 2015, en el marco del expediente S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO.

<sup>4</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Así pues, a nivel europeo se hace necesario conciliar la territorialidad inherente a los derechos de propiedad intelectual con la libre circulación de mercancías en el mercado único, algo que en reiterada jurisprudencia<sup>5</sup> del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha plasmado en la doctrina del «principio del agotamiento del derecho»<sup>6</sup>, que implica que un titular de derechos paralelos en diferentes países de la UE no puede utilizar ninguno de estos derechos para impedir la libre circulación de sus productos en el territorio de la Unión Europea, una vez que dichos productos han sido introducidos en el mercado con su consentimiento.

En suma, queda clara la necesidad de contar con un marco legal adecuado de los derechos de propiedad intelectual y de su gestión que a su vez sea respetuoso y refleje los principios regulatorios establecidos tanto a nivel comunitario como por las normas de competencia nacionales.

En el caso español, la existencia de un monopolio legal ha incidido significativamente en el ámbito de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual en España, que se ha caracterizado por la intensa intervención por parte de las autoridades administrativas encargadas de aplicar el Derecho de la competencia en nuestro país, especialmente en lo que se refiere a los abusos de posición dominante por parte de las entidades de gestión, tanto en sus relaciones con los titulares de los derechos que gestionan como con los usuarios de estos derechos.

La regulación de la gestión colectiva en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 se ha demostrado deficiente e insuficiente en la medida en que la ausencia de ciertos límites y controles a las entidades de gestión, a las que otorga un elevado poder de mercado, ha redundado en una elevada litigiosidad entre las entidades de gestión y los usuarios de derechos de propiedad intelectual, especialmente en lo que se refiere a las tarifas a aplicar, que ha llevado a múltiples denuncias cruzadas e incluso a la existencia de sentencias que decretan la nulidad de las tarifas generales aprobadas por diversas entidades de gestión.

Puesto que, sin lugar a dudas, el ámbito administrativo sancionador no es el terreno más adecuado para dar solución a los conflictos tarifarios, diversos sectores llevaban tiempo reclamando la existencia de un sistema arbitral o de supervisión administrativa, similar al existente en otros países que, entre otros aspectos, aumentase la seguridad jurídica para titulares y usuarios de derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, en los últimos años se han producido importantes avances en la armonización de la normativa comunitaria en materia de propie-

---

<sup>5</sup> En relación con los derechos de autor, resulta clave en este sentido la sentencia de 8 de junio de 1971 *Deutsche Grammophon GmbH vs Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co.*

<sup>6</sup> A pesar de que, técnicamente, el principio del agotamiento del derecho afecta a la libre de circulación de mercancías y no al Derecho de la competencia, su puesta en práctica ha tenido una gran repercusión en el sentido de mejorar las condiciones de competencia en los países de la Unión Europea al desincentivar el establecimiento de precios discriminatorios entre los diferentes países por parte de los operadores económicos.

dad intelectual. Hasta la fecha, las instituciones de la Unión Europea han legislado sobre armonización sustantiva y sobre el respeto y la observancia de los derechos de propiedad intelectual. La acción armonizadora de las instituciones comunitarias ha dado como resultado diversas directivas, recomendaciones o comunicaciones sobre la materia.

Como resultado de lo anterior en noviembre de 2014 se aprobó la reforma del TRLPI de 1996. Esta reforma introduce mecanismos de control de las tarifas fijadas por las entidades de gestión que se espera contribuyan a reducir la litigiosidad característica del sector antes aludida. Asimismo traspone varias Directivas Europeas al ordenamiento jurídico español, concretamente la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011<sup>7</sup>, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas<sup>8</sup>.

No obstante el alcance parcial de la reforma y el hecho de que no traspone otras directivas de ámbito europeo hacen necesario que en un futuro cercano se produzca una nueva reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, siendo deseable que sea integral. De hecho, el propio texto legal prevé que, en el transcurso de un año, el Gobierno debería haber iniciado los trabajos preparatorios encaminados a abordar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual, aunque dada la situación política nacional esta reforma integral aún no se ha abordado.

A continuación pasamos a analizar los principales cambios que se han derivado de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en lo que se refiere al control de las conductas de las entidades de gestión, aspecto de la reforma que puede considerarse de mayor relevancia desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

Posteriormente analizaremos la Directiva 2014/26 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Esta directiva debería haber sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en abril de 2016 e introduce aspectos de gran interés desde el punto de vista del Derecho de la competencia puesto que la previsión de los Operadores de Gestión Independientes (OGI) puede tener repercusiones en el monopolio legal, *de facto*, de las entidades de gestión españolas y aumentar la presión competitiva frente al poder de mercado que estas ostentan en la actualidad.

---

<sup>7</sup> Mediante la cual se amplía el plazo de protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en veinte años, pasando de ser el plazo de cincuenta a setenta años

<sup>8</sup> Cuyo objetivo principal es establecer un marco legislativo que garantice la seguridad jurídica en la utilización de las obras huérfanas por parte de las instituciones culturales y los organismos públicos de radiodifusión de la Unión Europea.

## 2. CAMBIOS EN EL SISTEMA DE CONTROL DE LAS CONDUCTAS DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

En España, la ausencia de una previsión de sistemas de control efectivo de las conductas de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en la legislación sectorial, especialmente en relación con los criterios de fijación y aplicación de tarifas y respecto a la resolución de los conflictos con los usuarios de su repertorio, ha incidido en la elevada litigiosidad que ha caracterizado el panorama español de gestión de estos derechos. Litigiosidad que se ha desarrollado paralelamente en dos frentes: ante las autoridades de competencia y en sede judicial.

En el caso de la Autoridad de Competencia española, los múltiples casos de conductas anticompetitivas que ha analizado en relación con la gestión de derechos de propiedad intelectual, y que en un amplio porcentaje se refieren a abusos de la posición dominante de las entidades de gestión, han permitido fijar una serie de criterios de transparencia, equidad y no discriminación que las entidades de gestión deben cumplir en su actividad de cara a evitar la vulneración de la normativa de competencia.

Estos criterios desarrollados por las autoridades de competencia han sido ratificados a su vez por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en el ámbito civil como en el contencioso-administrativo.

La traslación de estos criterios a la normativa sectorial así como el refuerzo de los sistemas de control de la actividad de las entidades de gestión y de resolución de conflictos con usuarios se ha producido mediante la aprobación, el 4 de noviembre de 2014 de la Ley 21/2014, que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>9</sup> (TRLPI) y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2015.

La reforma del TRLPI de 2014 que, como se ha indicado antes, es una reforma parcial que incorpora determinadas directivas europeas al ordenamiento jurídico español, introduce a su vez otras modificaciones encaminadas al refuerzo de la lucha contra la vulneración de los derechos de autor en Internet y al reconocimiento del derecho de las empresas editoras, periodistas y fotógrafos a ser compensados económicamente por la explotación de sus contenidos por parte de los agregadores de noticias (la conocida como «tasa google»).

Asimismo, la reforma tiene entre sus objetivos la mejora de la transparencia, el control y la vigilancia de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual por las Administraciones Públicas.

De cara a la consecución de este último objetivo, la reforma del TRLPI de 2014 introduce ciertas medidas destinadas a atajar los problemas exis-

<sup>9</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

tentes en la fijación y aplicación de las tarifas por las entidades de gestión y en los conflictos con los usuarios, entre las cuales merece la pena destacar:

A. EL REFUERZO DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL Y VIGILANCIA EFECTIVOS DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Este refuerzo a su vez se logra a través de diversas actuaciones entre las que cabe citar: *(i)* la recopilación de un catálogo detallado y sistemático de obligaciones de las entidades de gestión respecto a sus asociados y a las Administraciones Públicas, que incluyen la rendición anual de cuentas y la realización de auditorías; *(ii)* el establecimiento de un cuadro de infracciones y sanciones que permitan exigir a las entidades de gestión responsabilidades administrativas por el incumplimiento de sus obligaciones legales. En el caso de las sanciones económicas, estarán vinculadas a un porcentaje de la recaudación del año anterior de la entidad de gestión que variará según sea la gravedad de la infracción, pudiendo llegar hasta el 2 por 100. Además, *(iii)* como paso previo a la inhabilitación de una entidad, se establece la posibilidad de que se intervenga la entidad nombrando un gestor interino con el objetivo de reconducir su funcionamiento para que se cumplan las obligaciones establecidas en la ley.

B. EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE RECAUDACIÓN DE VENTANILLA ÚNICA COMO MEDIO DE FACTURACIÓN Y PAGO

Con esta iniciativa se pretende simplificar y reducir los costes de transacción para los usuarios, evitando la multiplicación de gestiones para liquidar las cuentas con las entidades de gestión por el uso de los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual.

C. EL REFUERZO DE LAS FUNCIONES DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL (CPI), SIN PERJUICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LA CNMC

Este refuerzo es quizás uno de los más relevantes desde el punto de vista del tema que nos ocupa ya que, como veremos después, aparte de las funciones de arbitraje preexistentes, se encomienda a la Sección Primera la función de velar por que las tarifas generales sean equitativas y no discriminatorias.

Para ello la Ley introduce criterios objetivos para su fijación que reflejan los criterios que tanto las autoridades de competencia, nacional y comunitaria, como la jurisprudencia han ido aplicando repetidamente en los últimos años de cara a valorar la equidad de las tarifas y su conformidad con la legislación de competencia.

Centrándonos así en la relación entre la gestión de los derechos de propiedad intelectual y el Derecho de la competencia, uno de los aspectos más relevantes de la reforma del TRLPI de 2014 serían las previsiones que la ley contiene respecto a la metodología para la determinación de tarifas generales equitativas y no discriminatorias por parte de las entidades de gestión.

Esta metodología ha sido posteriormente desarrollada en la Orden Ministerial ECD/2574/2015<sup>10</sup>, dictada el 2 de diciembre de 2015 según lo previsto en el nuevo TRLPI.

Conforme a lo estipulado en la reforma del TRLPI previamente a la aprobación de la Orden, se solicitó informe a la CNMC. El 8 de octubre de 2015 la CNMC emitió el «Informe sobre el borrador de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual»<sup>11</sup>.

En su informe, la CNMC se mostró crítica con el borrador de orden remitido, señalando que la nueva reglamentación debería contribuir más eficazmente a la prevención de conductas anticompetitivas y a la introducción de mayor claridad en el sector. En ese sentido, la CNMC manifestó que el borrador presentado evidenciaba algunas carencias relevantes, por lo que realizó diversas recomendaciones, que fueron parcialmente recogidas en el texto definitivo.

La Orden desarrolla el art. 157.1.b) del TRLPI y, pese a estar llamada a concretar y aclarar la metodología aplicable para la determinación de las tarifas generales que las entidades de gestión deben establecer por la utilización del repertorio que gestionan, se trata de una orden difusa y vaga cuya falta de concreción ha sido criticada desde diversos sectores que esperaban mayor concreción por parte de un desarrollo reglamentario.

La Orden ECD/2574/2015 determina que las entidades de gestión deberán establecer un catálogo de tarifas generales simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio. Añade que el importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, buscando el justo equilibrio entre ambas partes y atendiendo al valor económico de la utilización, en la actividad del usuario, de los derechos sobre la obra o prestación protegida.

En particular, en su art. 4, se establecen los siguientes criterios que las entidades de gestión deberán tener en cuenta en la determinación de las tarifas:

<sup>10</sup> Orden Ministerial ECD/2574/2015 por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las EGDPI.

<sup>11</sup> IPN/CNMC/020/15; <https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informessobrenormativa.aspx?num=IPN%2FCNMC%2F020%2F15&ambito=Informes+de+Propuestas+Normativas&b&p=16&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&estado=0&sector=0&av=0>.

- El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario; intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad económica del usuario.
- La amplitud del repertorio de la entidad de gestión, ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.
- Ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.
- El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.
- Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de explotación.
- Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

En su redacción, la Orden incluye una serie de modificaciones respecto de su borrador que reflejan algunas de las recomendaciones efectuadas por la CNMC en su informe. En este sentido, cabe destacar la relativa a la exigencia de que las tarifas se basen en el uso efectivo del repertorio y en el valor económico del servicio prestado, sin que los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio constituyan el único factor a tener en cuenta a efectos del cálculo de las tarifas. Además, la orden no incluye finalmente tarifas diferenciadas y reducidas para determinados usuarios<sup>12</sup> contenidas en el borrador, sobre las cuales la CNMC alertó de que podían resultar contrarias al principio de neutralidad competitiva, pudiendo además estas tarifas diferenciadas llegar a considerarse como ayudas de Estado.

Como puede apreciarse, los criterios recogidos en el art. 4 de la Orden reproducen el contenido del art. 157.1 del TRLPI tras la reforma y, aunque estos criterios se desarrollan uno a uno en los arts. 5 a 9 de la Orden, el desarrollo se limita a definiciones generales cuya falta de concreción llevaría a concluir que la Orden, más que una metodología, lo que establece son las líneas o principios generales a seguir por la entidades a la hora de fijar sus tarifas por el uso del repertorio que gestionan.

Con el fin de garantizar que las tarifas generales que deben aprobar las entidades de gestión sean tarifas generales equitativas y no discriminatorias, la ley, como medida *ex ante*, impone a las entidades de gestión la obligación de establecer tarifas generales simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, atendiendo al valor económico de la prestación. Esta obligación debía cumplirse en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Orden conforme a la Disposición Transitoria segunda del TRLPI.

---

<sup>12</sup> Concretamente, usuarios que gestionan servicios públicos de radio y televisión sin ánimo de lucro y obligados legalmente a fomentar la cultura.

Difícil tarea, habida cuenta de que, a pesar del establecimiento de ciertos criterios o líneas generales, la determinación de una tarifa equitativa a pagar por los derechos de propiedad intelectual resulta harto complicada, especialmente si se compara con la determinación de precios de otro tipo de mercados. Esta complicación es consecuencia directa de la naturaleza inmaterial de los derechos de propiedad intelectual gestionados (y de las dificultades a la hora de determinar el coste de creación de una obra de la que se derivan derechos de propiedad intelectual o la existencia de costes marginales de uso prácticamente nulos), así como de otros factores como el hecho de que en el mercado de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual no existe competencia, por lo que no es posible simular las condiciones de la misma, lo que dificulta la aplicación de otros métodos empleados por la jurisprudencia a la hora de determinar un precio justo<sup>13</sup> o como las dificultades existentes a la hora de fijar qué elementos constituyen bases homogéneas.

Tras la presentación de las nuevas tarifas por parte de las entidades de gestión dentro del plazo estipulado por la ley, a pesar de que aún queden pendientes las negociaciones de diversos convenios específicos con asociaciones representativas de usuarios, resultará fundamental la tarea a desempeñar por la Sección Primera de la CPI, a quien corresponde la aplicación de la metodología prevista en la Orden ECD/2574/2015 y la revisión de la conformidad con esta de las tarifas presentadas por las entidades de gestión.

Como se ha indicado antes, la Sección Primera de la CPI, ha visto reforzadas sus funciones con la reforma del TRLPI. Estas funciones, así como su composición, se recogen en el art. 158 del TRLPI, desarrollado reglamentariamente mediante el Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, que tiene por objeto regular el régimen jurídico organizativo, de procedimiento y funcionamiento de la misma.

La Sección Primera tiene su origen en la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual, creada por la Ley de Propiedad Intelectual del año 1987. A través de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 se le atribuyeron también competencias de mediación, pasando a denominarse Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual. En 2006 pasa a denominarse Comisión de Propiedad Intelectual (CPI), permaneciendo en todo caso adscrita al Ministerio de Cultura o a la Secretaría de Estado de Cultura.

Desde el año 2011, con la Ley de Economía Sostenible, la CPI<sup>14</sup> se divide en dos secciones, la Sección Primera, quien ejerce funciones de mediación y arbitraje, previo sometimiento de las partes, y la Sección Segunda<sup>15</sup>,

<sup>13</sup> Como el método *yardstick competition*.

<sup>14</sup> Órgano colegiado de ámbito nacional creado en base al art. 158 del TRLPI y actualmente adscrita al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

<sup>15</sup> La Sección Segunda aplica la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, siempre que estos, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o su actividad haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos.

al tiempo en que se refuerzan las funciones de mediación y arbitraje que hasta entonces tenía.

La reforma del TRLPI, mediante la Ley 21/2014, ha sumado dos nuevas funciones a la Sección Primera. En particular:

- La función de determinación de tarifas en caso de desacuerdo entre titulares y usuarios.
- El control *ex post* de las tarifas por uso de los derechos de propiedad intelectual.

Estas dos nuevas funciones se circunscriben al ámbito de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual (tanto legalmente obligatoria como voluntaria).

A pesar de la elevada litigiosidad que, como hemos visto, caracteriza el ámbito español de derechos de propiedad intelectual, especialmente en lo que se refiere a las tarifas fijadas por las entidades de gestión, las controversias que la Sección Primera ha podido conocer e intentar resolver hasta la fecha han sido muy escasas, sustanciándose los conflictos tarifarios entre entidades de gestión y usuarios en los tribunales y ante la Autoridad de Competencia.

La causa principal de este fracaso de la Sección Primera se encuentra en el hecho de que la mediación y arbitraje previstos legalmente requiriesen de la aceptación de las partes en conflicto, lo que hizo fracasar gran parte de las solicitudes de arbitraje que se presentaron.

En este sentido, la incorporación de las dos nuevas funciones dentro del ámbito tarifario por la Ley 21/2014 pretende mejorar la eficacia de la Sección Primera.

Aparte de la obligación de las entidades de gestión, antes citada, de aprobar unas nuevas tarifas generales que cumplan con los criterios establecidos legalmente en la reforma del TRLPI y su orden de desarrollo, la ley obliga a las entidades de gestión a negociar y contratar con las entidades representativas de los usuarios tarifas que respondan a ese criterio de equidad y no discriminación. En caso de falta de acuerdo entre la entidad de gestión y los usuarios entraría en juego la función de determinación de tarifas que la ley atribuye a la Sección Primera. Las partes tendrían un plazo de seis meses para alcanzar un acuerdo, al cabo del cual si este no es alcanzado y únicamente a petición de una de las partes en conflicto la Sección Primera entraría a ejercer la función de determinación de las tarifas, de acuerdo con los criterios que establece el TRLPI.

Esta es una diferencia sustancial con las funciones de mediación y arbitraje hasta entonces atribuidas y que exigen el consentimiento de ambas partes. Para el ejercicio de esta nueva función de determinación basta solo con que lo solicite una de las partes, el usuario o la entidad de gestión, para que la Sección Primera sea competente para la determinación de las tarifas que resuelvan ese conflicto. Además, la resolución que emita la Sección Primera tiene carácter general porque despliega efectos para usuarios iguales, similares o equivalentes y para el mismo tipo de derechos.

Además de esta función de determinación de tarifas, la reforma del TRL-PI, como una medida *ex post*, atribuye una función de control de las tarifas aprobadas por las entidades de gestión que la Sección Primera puede ejercer bien de oficio o bien tras una denuncia. De hecho, la Sección Primera en el ejercicio de esta función de control de las tarifas se encuentra actualmente analizando las tarifas presentadas por las entidades de gestión de cara a valorar su conformidad con los principios legalmente previstos y antes citados.

Con estas dos nuevas funciones de determinación de tarifas y control de tarifas, la Sección Primera se convierte en un órgano regulador de los mercados de derechos de propiedad intelectual, que debe actuar de forma independiente y respetando las competencias que tiene asumidas la CNMC<sup>16</sup>.

La independencia de la Sección Primera de la CPI en su actuación, tanto respecto del Gobierno como de los titulares de derechos y de los usuarios, es esencial. Por ello el Real Decreto que regula el funcionamiento de la Sección Primera señala en su art. 4 que esta actuará con sometimiento pleno a los principios de legalidad, imparcialidad, neutralidad, igualdad entre las partes y audiencia.

La independencia de la Sección Primera se sustancia también tanto en su composición, ya que sus miembros tienen que ser expertos de reconocida experiencia en el ámbito del Derecho de propiedad intelectual y del Derecho de competencia, como en el mandato quinquenal de sus miembros (prorrogables por un único mandato de otros cinco) durante los cuales el Gobierno no puede cesarlos, salvo por las causas tasadas en la normativa.

La Sección Primera se compone de cuatro vocales titulares y dos vocales suplentes por cada titular. Entre esos cuatro vocales, mediante Orden Ministerial, se ha designado al presidente y al vicepresidente<sup>17</sup>. La Sección Primera cuenta también con un secretario que actúa con voz pero sin voto. Además, está dotada de una secretaría técnica (lo que es una novedad respecto a la situación que había antes de la reforma) que cuenta actualmente con dos economistas y dos juristas que ayudarán a los miembros de la Sección Primera a interpretar las tarifas generales. La actual Sección Primera tuvo su sesión constitutiva el 29 de febrero de 2016.

Tal y como se ha señalado previamente, a pesar de que la Sección Primera deba actuar de forma independiente, ello no es óbice para que, en su

<sup>16</sup> Así lo ha reconocido expresamente el presidente actual de la Sección Primera, D. Julio Costas, en su intervención en el Congreso de los Diputados.

<sup>17</sup> Los vocales de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual son: a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte: José Luis Cádiz Deleito, como vocal titular, y Rosa de Couto Gálvez y Raquel Xalabarder Plantada, como vocales suplentes. Por el Ministerio de Justicia, a Domingo Bello Janeiro, como vocal titular, y a José María García Atienza y Mariano Yzquierdo Tolsada, como vocales suplentes. Por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a Borja Aduara Varela, como vocal titular, y a Jorge Pérez Martínez y Eugenio Fontán Oñate, como vocales suplentes. Y por el Ministerio de Economía y Competitividad, a Julio Costas Comesaña, como vocal titular, y a Diego Castro-Villacañas Pérez y María Aurora Álvarez San José, como vocales suplentes.

El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha designado a Julio Costas presidente, y vicepresidente a José Luis Cádiz.

funcionamiento, deba respetar las competencias que legalmente tiene atribuidas la CNMC, especialmente habida cuenta de la posición de dominio que ostentan las entidades de gestión en España y la amplia experiencia de la Autoridad de Competencia española en relación con los abusos de dicha posición de dominio en el pasado.

El hecho de que el análisis de la existencia de abusos de posición dominante sea competencia de la CNMC, sumado a las previsiones del TRLPI en relación con las nuevas atribuciones de la Sección Primera, suscitaba dudas respecto a un posible choque competencial y a las relaciones entre ambas partes.

En este contexto, el 12 de abril de 2016 se reunieron representantes de la Sección Primera de la CPI y de la CNMC ya que, tal y como señaló D. Julio Costas, presidente de la Sección Primera, en su comparecencia de ese mismo día en la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados<sup>18</sup>, «la coordinación entre ambas y el establecimiento de criterios interpretativos uniformes es fundamental dadas las competencias de la CNMC en relación con la determinación y control de tarifas».

Por ello, es de esperar se celebren ulteriores reuniones tras el análisis de las nuevas tarifas presentadas por las entidades de gestión por parte de la Sección Primera. Análisis cuyas conclusiones resultarán fundamentales de cara a sustanciar la necesidad de intervención, o no, por las autoridades administrativas correspondientes, así como para determinar a quién compete dicha intervención en función de las circunstancias que presente cada caso concreto.

No obstante, todavía existe incertidumbre sobre si, ante la falta de acuerdo, en lugar de recurrir a la Sección Primera, las partes afectadas van a seguir prefiriendo solventar sus diferencias en los tribunales (el recurso habitual de las entidades de gestión para demandar a los usuarios) o ante la Autoridad de Competencia (vía normalmente elegida por los usuarios y por otras entidades para demandar a las entidades de gestión).

Por otra parte, la necesidad de coordinación de la Sección Primera con la Autoridad de Competencia también se dará con el ejercicio de la función de determinación de tarifas, mediante la cual la Sección Primera establece la tarifa que se considera equitativa y no discriminatoria, ya que es preceptiva la solicitud de un informe previo de la CNMC. Respecto al ejercicio de esta función por la Sección Primera conviene subrayar que si bien las partes en conflicto pueden recurrir la resolución ante la jurisdicción contenciosa, esta únicamente determinará si la resolución se ajusta o no a derecho.

Por ello, en principio, existen incentivos a que la Sección Primera sea llamada a ejercitar la función de determinación de tarifas, ya que ni los tribunales ni la autoridad de competencia establecen la tarifa a pagar al resolver las denuncias presentadas. La Autoridad de Competencia resuelve que

<sup>18</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L11/CONG/DS/CO/DSCD-11-CO-42.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/DS/CO/DSCD-11-CO-42.PDF).

la tarifa es abusiva por no equitativa o discriminatoria o por ambas razones, pero no establece cuál sería la tarifa equitativa.

Pese a la existencia de incertidumbre señalada, el riesgo de la posible colisión de competencias entre la Sección Primera y la CNMC, se habría minimizado, en opinión de D. Julio Costas, al carecer la Sección Primera de competencias sancionadoras.

En este sentido, hay que tener en cuenta que si en el ejercicio de su función de control de tarifas la Sección Primera observa que una determinada tarifa no se ajusta a esos criterios, las competencias de la Sección Primera se limitan a ordenar la información y enviársela a la CNMC para que, en su caso, determine si hay indicios de un abuso de posición de dominio a la vista de la información remitida. Todo ello sin perjuicio de que la Sección Primera de la CPI pueda invitar a la entidad de gestión a reformular sus tarifas para evitar la remisión del caso a la CNMC.

En este nuevo contexto, previsiblemente la CNMC va a jugar un papel menos protagonista en la resolución de conflictos y en el control de la actuación de las entidades de gestión, en beneficio de la Sección Primera de la CPI, sin perjuicio de que el papel de la CNMC siga siendo determinante, teniendo en cuenta sus funciones de informe en los conflictos que tramite la Sección Primera de la CPI, así como el mantenimiento de sus funciones sancionadoras contra actuaciones abusivas de las entidades de gestión.

### 3. LA DIRECTIVA 2014/26/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. LOS OGI

Un análisis, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, de las modificaciones normativas operadas recientemente en relación con el régimen de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, no sería completo sin una especial mención a las novedades introducidas por la Directiva 2014/26/UE<sup>19</sup>, una vez que ha transcurrido el plazo de trasposición establecido en dicho texto legal<sup>20</sup> sin que se hayan adoptado por España las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones a tales efectos.

Si bien, a fecha actual, la trasposición formal de la Directiva al ordenamiento jurídico español no ha sido llevada a cabo, es cierto que la reforma del TRLPI de 2014 y su desarrollo reglamentario, a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, abordan ciertos aspectos recogidos en la Directiva, especialmente en lo que se refiere a ciertas obligaciones que deben cumplir las entidades de gestión colectiva en el desarrollo de sus funciones.

<sup>19</sup> Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Esta Directiva fue publicada en el *DOUE* el 20 de marzo de 2014.

<sup>20</sup> De conformidad con lo establecido en el art. 43 de la Directiva 2014/26/UE, el plazo de trasposición por los Estados miembros vencía el 10 de abril de 2016.

No obstante, como se verá a continuación, la Directiva aborda ciertos aspectos novedosos cuya incorporación al ordenamiento jurídico español es previsible que exija nuevos cambios legislativos, así como en la configuración de los sistemas de control de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en España. Novedades que pueden tener un impacto favorable desde el punto de vista del grado de competencia efectiva en el mercado.

La Directiva 2014/26/UE se aprueba con los objetivos de mejorar la capacidad de los miembros de las entidades de gestión colectiva de controlar las actividades de esta, garantizar un nivel de transparencia suficiente de las entidades de gestión colectiva y mejorar la concesión de licencias multiterritoriales de derechos de autor sobre obras musicales para su utilización en línea<sup>21</sup>.

A la vista de estos objetivos, parece claro que, en línea con lo expresado por el citado Informe de la Autoridad de Competencia española, la Directiva 2014/26/UE contempla entre sus principales preocupaciones la necesidad de mejorar el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva, tarea que ya se había señalado en la Recomendación 2005/737/CE de la Comisión<sup>22</sup>, la cual, desafortunadamente, no obtuvo el seguimiento deseado<sup>23</sup>.

Dicha Recomendación establecía una serie de principios, como la libertad de los titulares de los derechos de elegir sus entidades de gestión colectiva, la igualdad de trato de todas las categorías de titulares de derechos y el reparto equitativo de los derechos recaudados. Asimismo, invitaba a las entidades de gestión colectiva a facilitar a los usuarios información suficiente sobre las tarifas aplicables y el repertorio antes de las negociaciones entre ellos. Contenía asimismo recomendaciones sobre rendición de cuentas, representación de los titulares de derechos en los órganos decisorios de las entidades de gestión colectiva y resolución de litigios.

#### A. OPERADORES DE GESTIÓN INDEPENDIENTES

Con esta clara finalidad debe entenderse el reconocimiento por la Directiva analizada de la posibilidad de que la gestión de los derechos de propiedad intelectual pueda ser atribuida por sus titulares a agentes diferentes a las tradicionales entidades de gestión colectiva.

Se trata de los denominados operadores de gestión independientes (en adelante, OGI), que se diferencian de las entidades de gestión colectiva<sup>24</sup>,

<sup>21</sup> Según se indica en el considerando 55 de la Directiva 2014/26/UE.

<sup>22</sup> Recomendación 2005/737/CE de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (DO L 276 de 21 de octubre de 2005, p. 54).

<sup>23</sup> Considerando 6 de la Directiva 2014/26/UE.

<sup>24</sup> Objeto de definición en la letra a) del art. 3 de la Directiva 2014/16/UE.

en primer lugar<sup>25</sup>, por no pertenecer a los titulares de derechos, ni están controladas por estos<sup>26</sup>.

En consecuencia, quedan excluidos de la condición de OGI los productores audiovisuales, los productores de discos y los organismos de radiodifusión, que son operadores que conceden licencias de sus propios derechos, en determinados casos junto con derechos que les han sido transferidos, por ejemplo, los intérpretes, sobre la base de acuerdos negociados individualmente, y actúan en interés propio<sup>27</sup>.

Tampoco integrarán esta nueva categoría de agentes los editores de libros, música o periódicos, que conceden licencias de derechos que les han sido transferidos sobre la base de acuerdos negociados individualmente y actúan en interés propio.

En segundo lugar, estos OGI se caracterizan por configurarse con una finalidad lucrativa, es decir, al contrario de lo que sucede con las entidades de gestión colectiva, estos nuevos actores pueden constituirse adoptando una forma jurídica mercantil<sup>28</sup>.

Asimismo, el art. 3.b) de la Directiva parece sentar las bases de un sistema de autorización flexible, al indicar que estos operadores se autorizarán «por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto».

Con base en todo lo anterior, puede afirmarse que la Directiva 2014/26/UE ha configurado en favor de los OGI un régimen desprovisto de las barreras de entrada legales que caracterizan a las entidades de gestión colectiva, incentivando la creación y expansión en el mercado de estos nuevos agentes, que pueden compatibilizar la gestión colectiva de derechos con una finalidad eminentemente empresarial y sin que se vean constreñidos por las imposiciones derivadas de un régimen asociativo.

Si bien la actividad de las entidades de gestión colectiva continúa estando restringida a finalidades no lucrativas, en contra de las conclusiones alcanzadas por el referido Informe de 2009, parece que la Directiva 2014/26/UE también ha querido flexibilizar los requisitos de constitución de estas, al disponer el apartado a) del art. 3 la misma cláusula analizada en relación con su autorización.

<sup>25</sup> Considerando 15.

<sup>26</sup> El apartado b) del art. 3 de la Directiva establece que «no sea propiedad ni esté sometida al control, directa o indirectamente, en su totalidad o en parte, de los titulares de derechos».

<sup>27</sup> Considerando 16.

<sup>28</sup> Se ha detectado una errata en la versión traducida al español de la Directiva 2014/26/UE, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DUOE)* y en el *BOE*.

Mientras que, en la versión oficial en inglés, el apartado b) del art. 3 de la Directiva, que contiene la definición de los citados organismos, establece como segundo requisito de los mismos, «and which is [...] (ii) organised on a for-profit basis», la versión en castellano establece que «carezca de ánimo de lucro», lo que se trata, a nuestro juicio, de una errata fruto de una desafortunada traducción realizada sin la debida diligencia.

En este sentido, la Directiva no requiere que las entidades de gestión colectiva adopten una forma jurídica específica e incluye entre los posibles miembros de las entidades de gestión colectiva a otras entidades de gestión colectiva, asociaciones de titulares de derechos, sindicatos y otras organizaciones<sup>29</sup>.

Esto constituye, a nuestro juicio, una excelente oportunidad para que el legislador español aproveche la reforma pendiente del TRLPI para eliminar una de las actuales barreras a la entrada en el mercado de nuevas entidades de gestión colectiva, consistente en la preceptiva autorización del Ministerio de Cultura, regulada en los arts. 147 a 149 del citado texto normativo<sup>30</sup>.

A pesar de que la aparición de los OGI representa un hito dentro de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en la Unión Europea<sup>31</sup>, la Directiva 2014/26/UE no dedica un apartado específico de su articulado a su regulación, al contrario de lo que sucede en relación con las entidades de gestión colectiva, a las que la citada norma dedica en exclusiva su Título II «Entidades de gestión colectiva».

En el citado título se establecen normas y principios en relación con la representación de los titulares de derechos y la condición de miembro, así como sobre la organización de estas entidades (capítulo 1), sobre la recaudación, gestión y reparto de sus ingresos (capítulo 2), sobre la gestión de derechos en nombre de otras entidades de gestión colectiva (capítulo 3), sobre las relaciones con los usuarios (capítulo 4), dentro de las cuales se establecen determinados principios sobre la concesión de licencias (art. 16), así como determinadas normas y principios relativos al deber de transparencia e información de estas entidades (capítulo 5).

La regulación del régimen jurídico de los OGI se establece en el art. 2.4 de la Directiva, mediante una simple remisión de los artículos de este texto normativo que son aplicables a los referidos operadores<sup>32</sup>.

Puede interpretarse que el hecho de que la Directiva no haya dedicado un apartado específico de su articulado a la regulación de estos nuevos operadores constituye un reconocimiento implícito del tratamiento privilegiado que se sigue dispensando a las entidades de gestión colectiva, si bien también podría responder al deseo del legislador comunitario de dotar a los OGI de un régimen flexible de constitución y funcionamiento que favorezca su entrada y expansión en el mercado.

No obstante, lo que sí parece claro es que la Directiva 2014/26/UE, mediante la legitimación de la actividad de los OGI como gestores de de-

<sup>29</sup> Considerando 14.

<sup>30</sup> Como se pone de manifiesto en el Informe sobre gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual del año 2009.

<sup>31</sup> En otros ordenamientos jurídicos, la ausencia de finalidad lucrativa no es un requisito exigido a los operadores que gestionan derechos de propiedad intelectual, como es el caso de SESAC, entidad estadounidense que gestiona, con ánimo de lucro, derechos de autores y editores de obras musicales.

<sup>32</sup> «El artículo 16, apartado 1, los artículos 18 y 20, el artículo 21, apartado 1, letras a), b), c), e), f) y g), y los artículos 36 a 42 se aplicarán a todos los operadores de gestión independientes establecidos en la Unión».

rechos de propiedad intelectual, pretende provocar el ejercicio efectivo de presiones competitivas a la actividad desarrollada hasta ahora en régimen monopolístico por las entidades de gestión colectiva, afirmándose expresamente en el considerando 15 que «en la medida en que dichos operadores de gestión independientes realizan las mismas actividades que las entidades de gestión colectiva, deben estar obligados a facilitar determinada información a los titulares de derechos a los que representan, a las entidades de gestión colectiva, a los usuarios y al público».

Con respecto a estas funciones, la aplicación a los OGI del apartado 1 del art. 16 «Concesión de licencias», dota a estos operadores de la facultad (y a la vez también obligación) de conceder a los usuarios licencias para la utilización de los derechos de propiedad intelectual cuya gestión tengan atribuida, mediante la negociación de buena fe y el correspondiente intercambio de la información necesaria para ello.

Dada su condición de agente legitimado para gestionar derechos y conceder licencias, parece lógica la exclusión de la condición de OGI que el considerando 16 de la Directiva realiza en relación con los gestores de los autores y de los intérpretes o ejecutantes y los agentes que actúan como intermediarios y representan a los titulares de derechos en sus relaciones con las entidades de gestión colectiva, puesto que los citados operadores no gestionan derechos en el sentido de fijar tarifas, conceder licencias o recaudar dinero de los usuarios.

Asimismo, los OGI también quedan obligados al cumplimiento de las obligaciones de transparencia e información establecidas en el art. 18, en relación con la información mínima que deben facilitar *de oficio* a los titulares sobre la gestión de sus derechos, así como en el art. 20, respecto de la información que deben facilitar, previa solicitud razonada, «a toda entidad de gestión colectiva en cuyo nombre gestionen derechos en virtud de un acuerdo de representación, a todo titular de derechos o a todo usuario».

En concreto, esta información se refiere a: (i) las obras u otras prestaciones que representan, los derechos que gestionan directamente o en virtud de acuerdos de representación, y los territorios que abarcan o (ii) cuando dichas obras u otras prestaciones no se puedan determinar debido al ámbito de la actividad de la entidad de gestión colectiva, las categorías de obras o de otras prestaciones que representan, los derechos que gestionan y los territorios que abarcan.

En el marco de estas obligaciones de transparencia e información, los OGI también estarán obligados a hacer pública, como mínimo, la siguiente información: (i) estatutos, (ii) condiciones para ser miembro y las condiciones de revocación de la autorización para gestionar los derechos, en caso de que no estén incluidas en los estatutos, (iii) los contratos tipo de licencia y las tarifas estándares aplicables, descuentos incluidos, (iv) su política general de reparto de los importes que deben abonarse a los titulares de derechos, (v) su política general de descuentos de gestión y (vi) su política general de deducciones, distintas de los descuentos de gestión, aplicadas a

los ingresos de derechos y a cualquier ingreso procedente de inversiones de ingresos de derechos, incluidas las deducciones para servicios sociales, culturales y educativos<sup>33</sup>.

No obstante, no se prevé que los OGI tengan que publicar y mantener actualizadas en sus respectivas páginas web la información descrita, obligación que si se establece en relación con las entidades de gestión colectiva<sup>34</sup>.

A pesar de la liberalización que en materia de gestión de derechos de propiedad intelectual supone la aparición en escena de los OGI, la Directiva 2014/26/UE ha reservado a las entidades de gestión colectiva competencia exclusiva al menos en dos casos: (i) la concesión de licencias multiterritoriales de derechos en línea sobre las obras musicales y (ii) la gestión de los derechos calificados por las respectivas legislaciones nacionales como de gestión colectiva obligatoria<sup>35</sup>.

Los OGI están excluidos de la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales para la música en línea, debido a que ninguno de los considerandos relativos a esta cuestión ni el Título II de la citada Directiva, que regula la concesión de tales licencias, contemplan referencia alguna a estos operadores.

Adicionalmente, el art. 2, relativo al ámbito de aplicación de la Directiva, establece en su apartado 2 que «el título III y los artículos 34, apartado 2, y 38<sup>36</sup> serán aplicables a las entidades de gestión colectiva establecidas en la Unión que gestionen derechos de autor sobre obras musicales para su utilización en línea sobre una base multiterritorial», y en su apartado 4, al especificar qué preceptos correspondientes al régimen de las entidades de gestión colectiva son aplicables a los OGI, no realiza ninguna remisión al articulado del Título III.

Por lo que respecta a la gestión de los derechos de gestión colectiva obligatoria, el considerando 19 de la Directiva establece una reserva en favor de las tradicionales entidades de gestión colectiva, al señalar que:

«En caso de que un Estado miembro, en cumplimiento del Derecho de la Unión y de las obligaciones internacionales de la Unión y sus Estados miembros, previera la obligatoriedad de la gestión colectiva de los derechos, la elección de los titulares de derechos se limitaría a otras entidades de gestión colectiva».

En consecuencia, el texto de la propia Directiva se encarga de excluir expresamente en el caso expuesto tanto la gestión individual por parte de

<sup>33</sup> Art. 21.1 letras a), b), c), e), f) y g).

<sup>34</sup> Art. 21.2 de la Directiva.

<sup>35</sup> De conformidad con el TRLPI, son derechos de gestión colectiva obligatoria, por ejemplo, los derechos de remuneración en el caso de productores e intérpretes, el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable y el derecho de composición equitativa por copia privada.

<sup>36</sup> Artículos integrados en el Título IV de la Directiva 2014/26/UE que se refieren, respectivamente, al establecimiento de un procedimiento independiente e imparcial de resolución alternativa de litigios en el marco del Título III, y a la cooperación entre la Comisión Europea y los Estados Miembros para el desarrollo de la concesión de licencias multiterritoriales.

los respectivos titulares de derechos, como su atribución por estos a uno de los nuevos operadores de gestión de naturaleza mercantil.

Las limitaciones señaladas a los servicios de gestión de derechos y concesión de licencias, susceptibles de ser prestados por los OGI, constituyen, sin duda, una barrera legal a la entrada y expansión de estos operadores en el mercado, pues les imposibilitan ejercer presiones competitivas frente a las entidades de gestión colectiva y los convierten en ofertantes menos atractivos, tanto a los ojos de los titulares como de los usuarios de los derechos gestionados, creando en suma una demanda cautiva en favor de las entidades de gestión colectiva<sup>37</sup>.

A la vista de todo lo expuesto, puede concluirse que la entrada en escena de los OGI en el ámbito de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual puede suponer un contrapunto a la posición monopolística tradicionalmente ostentada por las entidades de gestión colectiva.

No obstante, habrá que estar pendiente de las reformas del TRLPI que adopte el legislador español con objeto de reconocer la existencia y legitimidad de estos nuevos agentes, así como de las alteraciones que experimenten los flujos comerciales en el mercado, para confirmar si, de forma efectiva, los OGI pueden ejercer presiones competitivas suficientes para desestabilizar la posición de dominio que vienen ejerciendo las entidades de gestión colectiva.

Sin ánimo concluyente ni predictivo, podemos afirmar que será difícil que se alcance la situación esbozada, puesto que, además de conservar en exclusiva la facultad de prestar determinados servicios, previamente indicados, las entidades de gestión colectiva parten con una gran ventaja competitiva, habida cuenta de los extensos repertorios de derechos y obras que vienen siendo gestionadas por estas.

De momento, solamente puede concluirse que, tras el vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 2014/26/UE, ya han comenzado a operar algunos OGI en el mercado, aunque actualmente no se disponga de datos estadísticos en relación con este fenómeno<sup>38</sup>.

## B. MEDIDAS RELATIVAS A LA ACTIVIDAD DE LA ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

Además del reconocimiento de la legitimidad de actores distintos a las entidades de gestión colectiva, la Directiva 2014/26/UE recoge otras medidas que, a nuestro juicio, pueden contribuir a la resolución de los problemas de competencia que tradicionalmente han venido generándose en el merca-

<sup>37</sup> En línea con lo afirmado en el Informe de la CNC del año 2009 antes citado.

<sup>38</sup> Por ejemplo, SOUNDREEF, surgida en el Reino Unido, que gestiona derechos relativos a obras musicales o MPLC, que gestiona derechos relativos a la comunicación pública de obras audiovisuales.

do de gestión de derechos de propiedad intelectual como consecuencia de la posición monopolística disfrutada por las citadas entidades.

En particular, el Título II de la citada norma comunitaria, relativo a la regulación de las entidades de gestión colectiva, contiene una serie de previsiones que, en nuestra opinión, contribuyen a evitar que las entidades de gestión colectiva, en el desarrollo de su actividad de gestión de derechos y de concesión de licencias, generen barreras de entrada con objeto de reducir la presión competitiva.

El establecimiento de estas barreras se ha realizado tradicionalmente, bien limitando las posibilidades de participación en el mercado de otras entidades, bien restringiendo las posibilidades de gestión individual por los titulares de los derechos.

Por ello, en primer lugar, la Directiva establece una serie de límites al alcance de la gestión de los derechos que los titulares confieren a las entidades de gestión colectiva<sup>39</sup>. Los problemas derivados de la escasa libertad de los titulares de derechos para modificar los términos de la autorización contractual conferida a las entidades de gestión han dado lugar a decisiones de las autoridades europeas, como la *Decisión Daft Punk*, del año 2002.

Con estas medidas, la Directiva pretende garantizar<sup>40</sup> que los titulares de derechos puedan elegir libremente la entidad de gestión colectiva a la que desean encomendar la gestión de sus derechos, así como facilitar tanto la retirada y/o la transferencia (total o parcial) de estos derechos o categorías de derechos de una entidad de gestión colectiva a otra, como la gestión individual de los mismos, independientemente del Estado miembro de nacionalidad, residencia o establecimiento de entidades de gestión colectiva y titulares de derechos.

La Directiva también prevé la posibilidad de que los titulares de derechos puedan establecer límites a la autorización para la gestión de sus derechos<sup>41</sup>, pudiendo elegir los «derechos, categorías de derechos o prestaciones», así como los territorios a que se refiere dicha autorización, independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos.

Esta previsión se refuerza mediante lo dispuesto en el apartado 7 del art. 5, al señalar que «en los supuestos en que un titular de derechos autorice a una entidad de gestión colectiva a gestionar sus derechos, otorgará consentimiento explícito para cada derecho o categoría de derechos o tipo de obras y otras prestaciones que autorice a la entidad de gestión colectiva a gestionar», especificando que todo consentimiento deberá constar por escrito.

La potestad de limitación de derechos por parte de los titulares se extiende a la posibilidad que estos tienen de revocar la autorización de gestión

<sup>39</sup> Art. 5 de la Directiva, relativo a los titulares de derechos.

<sup>40</sup> Considerando 19.

<sup>41</sup> Art. 5, apartado 2.

durante la vigencia de la misma o de retirar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras que elijan<sup>42</sup>, estableciéndose un plazo de preaviso razonable no superior a seis meses, pudiendo decidir la entidad de gestión colectiva que la revocación o la retirada surta efecto únicamente al final del ejercicio.

En ningún caso, una entidad de gestión puede supeditar el ejercicio de la retirada de derechos o la revocación de la autorización por el titular a que la gestión de los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones objeto de la revocación o la retirada se encomiende a otra entidad de gestión colectiva<sup>43</sup>.

Asimismo, la Directiva atribuye a los titulares de derechos la facultad de reservar para su gestión individual los derechos y obras que estime conveniente<sup>44</sup>, imponiendo a las entidades de gestión colectiva la obligación de informar a los titulares de derechos de, entre otros, los derechos expuestos, antes de obtener su consentimiento para gestionar cualquier derecho o categoría de derechos o tipo de obras y otras prestaciones<sup>45</sup>.

La regulación expuesta de la Directiva parece mucho más exhaustiva y garantista que lo establecido en la redacción actual del art. 153 del TRLPI, recientemente reformado, que dispone que la gestión de derechos que se encomiende a una entidad de gestión colectiva no podrá «imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura. Ello sin perjuicio de los derechos contemplados en la presente ley cuya gestión deba ejercerse exclusivamente a través de las entidades de gestión».

En segundo lugar, en línea con la reforma del TRLPI de 2014, la Directiva 2014/26/UE establece una serie de obligaciones de transparencia e información que las entidades de gestión colectiva deben guardar en relación con la recaudación, utilización y reparto de los ingresos provenientes de los derechos gestionados, así como respecto de los descuentos de gestión y otras deducciones aplicados sobre estos ingresos.

En tercer lugar, la Directiva establece una serie de principios y obligaciones en relación a los contratos de licencia que las entidades de gestión colectiva y los OGI<sup>46</sup> suscriben con los usuarios de los derechos cuya gestión tienen encomendada.

No obstante, como ya se ha señalado, la única obligación que se impone a los OGI es la de negociar de buena fe la concesión de licencias (además del intercambio con los usuarios de la información necesaria).

El resto de previsiones al respecto se establecen únicamente para las entidades de gestión colectiva. Parece que el legislador comunitario ha te-

<sup>42</sup> Art. 5, apartado 4.

<sup>43</sup> Art. 5, apartado 6.

<sup>44</sup> Art. 5, apartado 3.

<sup>45</sup> Art. 5, apartado 8.

<sup>46</sup> La referencia a estos principios y obligaciones se formula en el art. 16, apartado 1, que es de aplicación a los OGI.

nido en cuenta aquí el especial deber de transparencia que corresponde a las entidades de gestión como consecuencia de la posición de dominio que ostentan.

En este sentido la Directiva establece<sup>47</sup> que tanto las condiciones de concesión de las licencias como las tarifas que retribuyan la utilización del repertorio gestionado se basarán en criterios objetivos y no discriminatorios<sup>48</sup>, indicándose expresamente que «las tarifas aplicadas a los derechos exclusivos y a los derechos a remuneración serán razonables en relación con, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, teniendo en cuenta la naturaleza y ámbito de uso de las obras y otras prestaciones, y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión colectiva», imponiéndose la obligación a las entidades de gestión colectiva de informar a los usuarios de los criterios empleados para la fijación de las tarifas<sup>49</sup>.

Por último, en relación con las obligaciones de transparencia e información que la Directiva 2014/26/UE impone a las entidades de gestión colectiva<sup>50</sup>, con la finalidad de reforzar la confianza de los titulares de derechos, de los usuarios y de otras entidades de gestión colectiva en la gestión de derechos por estas entidades<sup>51</sup>, destaca la elaboración por las entidades de gestión colectiva de un informe anual de transparencia previsto en el art. 22 y cuyo contenido se especifica en el Anexo a la Directiva<sup>52</sup>, así como un informe especial relativo a la utilización de los importes deducidos por estas entidades para los servicios sociales, culturales y educativos.

Además, como se ha señalado anteriormente en relación con los OGI, el art. 20 impone, también a las entidades de gestión colectiva, la obligación de facilitar a los titulares de derechos, licenciarios de estos derechos y otras entidades de gestión a las que representen en virtud de un acuerdo de

<sup>47</sup> Art. 16, apartado 2.

<sup>48</sup> A este respecto, se puntualiza que «cuando concedan licencias sobre derechos, las entidades de gestión colectiva no estarán obligadas a basarse, para otros servicios en línea, en las condiciones de concesión de licencias acordadas con un usuario, cuando dicho usuario preste un nuevo tipo de servicio en línea que lleve a disposición del público en la Unión menos de tres años».

Esta previsión se justifica, según lo establecido en el considerando 32, en la necesidad de las entidades de gestión colectiva, que operan en entorno digital, de conceder periódicamente licencias sobre su repertorio para formas de explotación y modelos de negocio totalmente nuevos. En tales casos, a fin de favorecer unas condiciones propicias para el desarrollo de estas licencias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el Derecho de la competencia, conviene proporcionar a las entidades de gestión colectiva la flexibilidad necesaria para otorgar a la mayor brevedad, licencias individualizadas para servicios en línea innovadores, sin el riesgo de que las condiciones de estas licencias puedan utilizarse como precedente para la determinación de las condiciones de otros tipos diferentes de licencias.

<sup>49</sup> En relación con esta cuestión, nos remitimos a lo reflejado con anterioridad en relación con la Orden Ministerial ECD/2574/2015.

<sup>50</sup> Capítulo 5 del Título II.

<sup>51</sup> Como se indica en el considerando 34 de la Directiva 2014/26/UE.

<sup>52</sup> Entre la información de la entidad de gestión colectiva que debe recogerse en el citado informe, se encuentran, por ejemplo, entre muchos otros extremos, sus estados financieros, información sobre las negativas a conceder una licencia, información financiera sobre los ingresos de derechos, desglosados por categoría de derechos gestionados y por tipo de utilización, sobre el coste de la gestión de derechos y otros servicios prestados por la entidad de gestión colectiva a los titulares de derechos o sobre los importes que deben abonarse a los titulares de derechos.

representación, previa solicitud razonada, información relativa a las obras y prestaciones que representan y los derechos que gestionan, así como los territorios que abarcan.

La exigencia de transparencia en la información sobre el repertorio también se impone en el caso específico de los repertorios multiterritoriales<sup>53</sup>, debiendo las entidades de gestión colectiva que concedan licencias de este tipo facilitar, por medios electrónicos, la información solicitada, previa petición razonada, a los proveedores de servicios de música en línea, a los titulares cuyos derechos representan y a otras entidades de gestión colectiva, de forma que aseguren la identificación del repertorio de música en línea que representan<sup>54</sup>. Asimismo, se prevé que estas entidades establezcan procedimientos a través de los que los sujetos interesados citados soliciten la corrección de errores en relación con la información indicada<sup>55</sup>.

Las previsiones descritas favorecen la transparencia respecto a los repertorios gestionados por las entidades de gestión colectiva, contribuyendo de este modo a mejorar la competencia efectiva en el sector de la gestión de los derechos de propiedad intelectual, ya que la ausencia de información clara sobre los repertorios repercute en que las entidades y agentes que compitan entre sí se encuentren con dificultades a la hora de localizar a potenciales titulares a quienes ofertar la gestión de sus derechos.

Igualmente, por lo que respecta a los usuarios, el desconocimiento del repertorio gestionado por cada operador implica mayores dificultades para determinar a qué entidad dirigirse para obtener licencias, lo que se traduce en una obstaculización de las transacciones en el mercado y de la entrada de potenciales operadores.

En este contexto debe tenerse en cuenta que la falta de transparencia sobre los repertorios dificulta la gestión de sus costes y contribuye a la generación de los problemas tarifarios que predominan en el ámbito analizado, por lo que las medidas orientadas a su aumento mejoran la eficiencia asignativa en el mercado.

Por otro lado, la Directiva 2014/26/UE<sup>56</sup> establece una serie de previsiones destinadas a garantizar el cumplimiento efectivo de las disposiciones del Derecho nacional que se adopten en aplicación de la misma, entre las que destacan las relativas a los medios de resolución de conflictos extrajudicialmente, con independencia de que las partes puedan recurrir en todo caso a la vía judicial.

No obstante, se insta a los Estados miembros a que los litigios que surjan entre las entidades de gestión colectiva y los usuarios de derechos sobre las condiciones relativas a la condición de licencias existentes o propuestas,

<sup>53</sup> Art. 25 del Título III de la Directiva 2014/26/UE.

<sup>54</sup> En particular, se indica que esta información debe incluir: (i) las obras musicales representadas, (ii) los derechos representados, en su totalidad o en parte, y (iii) los territorios cubiertos.

<sup>55</sup> Art. 26.1.

<sup>56</sup> Título IV, «Medidas coercitivas».

así como sobre el incumplimiento de un contrato, se resuelvan bien con arreglo a procedimientos extrajudiciales imparciales o independientes resueltos por organismos especializados en materia de Propiedad Intelectual o bien mediante órganos jurisdiccionales adecuados para resolver litigios en materia mercantil<sup>57</sup>.

Entre estas medidas se encuentran: (i) la puesta en marcha de un procedimiento de tramitación de reclamaciones eficaz; (ii) la posibilidad de que los Estados miembros establezcan un procedimiento de resolución alternativa de conflictos entre entidades de gestión colectiva, titulares de derechos y usuarios, y (iii) el establecimiento de un procedimiento independiente e imparcial de resolución alternativa de litigios (como la mediación o el arbitraje)<sup>58</sup> entre las entidades de gestión colectiva que conceden licencias multiterritoriales, por un lado, y los proveedores de servicios en línea, los titulares de derechos de autor u otras entidades de gestión colectiva, por otro.

Asimismo, la Directiva establece<sup>59</sup> que los Estados miembros deberán garantizar procedimientos que permitan a los miembros de una entidad de gestión colectiva, a los titulares de derechos, a los usuarios, a las entidades de gestión colectiva y a las demás partes interesadas notificar a las autoridades competentes los posibles incumplimientos de las disposiciones de la Directiva, lo que es de aplicación también a los OGI.

En relación con esta cuestión, el considerando 50 indica que «los Estados miembros no deben estar obligados a crear nuevas autoridades competentes», por lo que parece claro que la CNMC y la Sección Primera de la CPI, sin perjuicio de los cambios que el legislador español pudiera introducir al respecto, serían las entidades competentes para conocer de las posibles infracciones de las entidades de gestión y OGI.

La competencia de la CNMC vendría dada en la medida en que las infracciones por parte de estos agentes afecten al libre funcionamiento del mercado, mientras que el rol a desempeñar por la Sección Primera puede ser especialmente interesante puesto que, entre las sanciones y medidas que pueden adoptar las autoridades nacionales competentes en caso de incumplimiento de las disposiciones que se adopten en aplicación de la Directiva, se contemplan<sup>60</sup> la destitución de los directores que hayan actuado de forma negligente, la realización de inspecciones en los locales de la entidad de gestión colectiva o, en los casos en que se haya concedido una autorización para que opere una entidad, la retirada de dicha autorización.

Por último, conviene señalar que el Título III, relativo a la concesión de licencias multiterritoriales sobre derechos de música en línea, establece distintas previsiones que constituyen una garantía al ejercicio de la libre competencia en el mercado indicado.

<sup>57</sup> Art. 35 y considerando 49.

<sup>58</sup> Considerando 49.

<sup>59</sup> Art. 36.

<sup>60</sup> Considerando 50.

Por ejemplo, además de las obligaciones de transparencia sobre los repertorios gestionados, mencionadas con anterioridad, se impone a las entidades de gestión competentes para conceder licencias multiterritoriales de derechos en línea sobre obras musicales, determinadas obligaciones en relación con la facturación e información transmitida a los proveedores de música en línea licenciatarios<sup>61</sup>, así como respecto del reparto a los titulares de derechos de los importes generados por la concesión de estas licencias.

Asimismo, y dado que es previsible que no todas las entidades de gestión colectiva que operan a fecha actual en los distintos Estados miembros cumplan con las condiciones establecidas para conceder este tipo de licencia, o bien no deseen prestar estos servicios, se establece la obligación<sup>62</sup> para aquellas entidades que sí concedan licencias multiterritoriales de aceptar el mandato de representación del repertorio musical de las entidades que así lo soliciten, debiendo gestionar estos derechos de forma no discriminatoria<sup>63</sup>.

En relación con esta cuestión, la Directiva especifica que todos los acuerdos de representación entre entidades de gestión colectiva que prevean la concesión de licencias multiterritoriales deben celebrarse en condiciones de no exclusividad, pues de otro modo se restringirían las opciones de los usuarios que deseen obtener licencias multiterritoriales, así como las de las entidades de gestión colectiva que busquen servicios de administración de su repertorio sobre una base multiterritorial.

Por su parte, la Directiva resalta la importancia de que los titulares de derechos puedan ejercer el derecho a conceder las licencias multiterritoriales solicitadas por los proveedores de servicios en línea directamente, o a través de otra u otras partes, retirando de su entidad de gestión colectiva sus derechos en la medida necesaria para la concesión de licencias multiterritoriales para usos en línea y dejando los mismos derechos en la entidad original para la concesión de licencias monoterritoriales, medida que será de aplicación a partir del 10 de abril de 2017.

La Directiva prevé, no obstante, una excepción aplicable a los derechos de música en línea exigidos para programas de radio y televisión, basada en las especificidades de los mismos y que en ningún caso deberá aplicarse con objeto de falsear la competencia.

#### 4. CONCLUSIONES

Como ya hemos señalado en la introducción, la adecuada configuración de los derechos de propiedad intelectual y de su gestión contribuye a la

<sup>61</sup> Art. 27.

<sup>62</sup> Art. 30.

<sup>63</sup> Obligación de mandato limitada a los derechos en línea o a las categorías de derechos en línea que ella misma representa y respecto de las entidades de gestión colectiva que agreguen repertorios y no debe hacerse extensivo a las que otorguen licencias multiterritoriales únicamente sobre su propio repertorio (considerando 46).

mejora de la seguridad jurídica en la que se desenvuelven los operadores económicos, y además reduce la necesidad de intervención de las autoridades de competencia, pudiendo incluso llegar a hacerla innecesaria.

Si bien la reforma del TRLPI de 2014 avanzó en la mejora de la configuración legal de estos derechos, esta ha sido calificada de claramente insuficiente por los diversos sectores afectados, tanto entidades de gestión de derechos como usuarios de estos.

Aparte de cuestionar aspectos concretos respecto al articulado de la ley o de su orden ministerial de desarrollo, la crítica que casi unánimemente se formula a la reforma de la Ley es su falta de concreción, lo que iría en detrimento de la seguridad jurídica de los actores afectados. La vaguedad del desarrollo reglamentario de la misma mediante orden ministerial tampoco ha contribuido a una mejora en cuanto a la reducción de la incertidumbre sobre qué es una tarifa equitativa, justa y razonable, aunque debe reconocerse que la propia naturaleza inmaterial de estos derechos se encuentra en la base de las dificultades ulteriores en la consecución de este propósito.

Es innegable la mejora que la reforma del TRLPI de 2014 representa respecto a los mecanismos de control de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual con el refuerzo de las funciones de la Sección Primera de la CPI, aunque, como hemos visto, queda por ver si gracias a los cambios implementados consigue reducirse eficazmente la litigiosidad histórica característica de estos mercados y, por ende, la necesidad de intervención de las autoridades de competencia. No obstante, la coordinación entre la Sección Primera y la Autoridad de Competencia será esencial de cara a la reducción de esta litigiosidad garantizando el respeto de los principios rectores del Derecho de la competencia.

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia serán esenciales también los cambios experimentados en el ámbito comunitario, con la aprobación de la Directiva 2014/26. Estos cambios afectan sustancialmente a la configuración del mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual, incorporando nuevos actores, como los denominados OGI, así como regulando un nuevo tipo de licencias de carácter multiterritorial.

Con la regulación de estas licencias la Comisión Europea culmina parte de los retos existentes en relación con la adaptación de la gestión colectiva al mercado único y, más específicamente, al mercado único digital, en el que se ha experimentado un rápido crecimiento de la demanda de acceso por parte de los consumidores a contenidos digitales y a servicios innovadores asociados, con una dimensión marcadamente transfronteriza.

En este sentido, a nuestro entender, y sin perjuicio tanto del desarrollo legislativo ulterior por los Estados miembros como de la dinámica que resulte de la aplicación efectiva del sistema, el régimen establecido por la Directiva 2014/26/UE sienta las bases para una adecuada implementación de un mercado único en el citado ámbito, garantizando la eliminación de barreras y limitaciones en los contratos de representación que se suscriban entre las correspondientes entidades de gestión colectiva.

Queda por ver sin embargo si la incidencia de la futura trasposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español, que debería haberse producido hace tiempo, reduce significativamente el elevado poder de mercado que ostentan las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en España en la actualidad.

Resulta así fundamental que se realice lo antes posible una nueva reforma del TRLPI que incorpore los cambios introducidos por la Directiva en este y en otros sentidos, cambios que pueden incidir significativamente en las competencias atribuidas a la Sección Primera que presumiblemente se verán ampliadas.

La tardanza en la incorporación del contenido de la Directiva al ordenamiento jurídico español puede tener efectos perniciosos en la seguridad jurídica de las partes, quienes pueden recurrir a vías alternativas para su aplicación, aumentando por consiguiente de nuevo la litigiosidad del sector que se pretendía reducir con las reformas introducidas.



# LA NUEVA METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS TARIFAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Adriana NIETO ACOSTAMADIEDO \*

Área de Competition Economics (Forensic) de KPMG Asesores en España

Almudena LUNA DE TOLEDO FERNÁNDEZ \*

Área de Competition Economics (Forensic) de KPMG Asesores en España

## 1. INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2015 el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes publicaba la Orden Ministerial ECD/2574<sup>1</sup> (en adelante, la Orden), poniendo de nuevo en el centro del debate sobre propiedad intelectual, la discusión sobre cómo las entidades de gestión colectiva de derechos deben determinar las tarifas generales. Estas han venido ganando protagonismo desde entonces, ya que la Orden ha «aterrizado» sobre un mercado con un alto nivel de heterogeneidad, exigiendo a las entidades de gestión presentar en el plazo de seis meses un nuevo catálogo tarifario, que debía estar acompañado de una memoria económica dedicada a justificar la lógica de las mismas.

La entrada en vigor de la Orden puede desplazar el centro de la actividad regulatoria en este mercado. Así, previa publicación de la misma, la autoridad de competencia y su revisión jurisdiccional han liderado, en gran medida, los ejercicios de evaluación del nivel de las tarifas, siempre bajo el marco de la normativa de competencia. Sin embargo, tras la publicación de la misma, el peso de las labores de evaluación y supervisión —y en especial de su concordancia con el valor de uso que otorgan los derechos—, se debería trasladar hacia la Comisión de Propiedad Intelectual, en adelante CPI, que contará con el acervo de doctrina acumulada en los últimos años en la aplicación del derecho de la competencia a estos mercados.

---

\* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de KPMG España.

<sup>1</sup> Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

En el presente artículo realizamos una reflexión de carácter económico sobre los elementos introducidos por la Orden y sus posibles implicaciones en el mercado, con el objetivo enriquecer el debate actual sobre el ejercicio de determinación de tarifas. Como punto de partida de esta reflexión, primero llevamos a cabo una descripción de los fundamentos económicos e institucionales que caracterizan al mercado de derechos de propiedad intelectual, ya que estos imponen una lógica acerca de cómo debería regularse, de forma económicamente eficiente, un marco de referencia para la determinación de las tarifas. A continuación repasamos distintos elementos introducidos por la Orden, para contrastarlos y evaluarlos a la luz de los fundamentos anteriormente expuestos. Como ejercicio final ofrecemos una serie de recomendaciones que, a nuestro juicio, harían el proceso de fijación de tarifas más fluido y permitirían que estas se acercasen más al valor de uso de los derechos, lo cual entendemos que es, en última instancia, el objetivo fundamental de la nueva metodología introducida por la Orden.

A modo de resumen y como explicaremos en detalle más adelante, la Orden ha hecho un esfuerzo importante por ordenar las tarifas existentes y ofrecer un marco de referencia más transparente y homogéneo para su diseño, lo que, sin duda, es un aspecto siempre deseable. No obstante, creemos que la nueva metodología puede resultar «sobre-reguladora», pues pretende cumplir con múltiples objetivos, en ocasiones encontrados entre sí. Asimismo, en su afán por ser exhaustiva, ha creado vacíos que hacen difícil su puesta en práctica. Entre otros aspectos, nos encontramos que a pesar de aportar numerosos elementos relativos a cómo debe ser la estructura de las tarifas, no ofrece las claves prácticas con las que aproximarse a los criterios esenciales que soportan los tipos tarifarios, que son la verdadera expresión del concepto de valor económico, en torno al cual gira conceptualmente la metodología establecida en la Orden.

## 2. ¿POR QUÉ REQUIERE ESTE MERCADO UN MARCO DE REFERENCIA ESPECÍFICO PARA EL DISEÑO DE LAS TARIFAS?

El mercado de derechos de propiedad intelectual en los cuales se centra este artículo<sup>2</sup> presenta fallos de mercado que justifican y hacen necesario un cierto grado de intervención o regulación sobre el mismo. Dichos fallos motivan la centralización de la gestión de los derechos como mecanismo que garantice una producción óptima de obras para la sociedad. En ausencia de la centralización, dado el alto grado de dispersión y heterogeneidad presentes en la producción y consumo de obras, y el desbalance existente entre los costes de producción y de uso, se producirían menos obras de las socialmente deseables, y se perderían externalidades positivas en el mer-

<sup>2</sup> Los derechos de propiedad intelectual sobre los que reflexionamos en este artículo son los derechos de autor relativos a la industria cultural. No tratamos, por tanto, temas relacionados con derechos de propiedad intelectual relativos a patentes, u otras tipologías de propiedad intelectual relacionadas con creaciones de tipo científico, por ejemplo.

cado (esto es, que usuarios potenciales accedan y exploten los contenidos en términos competitivos y que los titulares de los derechos obtengan un beneficio económico de dicha explotación).

No obstante, al igual que sucede en otros mercados con una estructura similar, la concentración de la oferta que se origina mediante la centralización dota de un cierto grado de poder mercado a las entidades de gestión. Tal y como puede suceder en mercados como el del gas o la electricidad, desde el punto de vista de los mecanismos de regulación típicamente utilizados con el fin de mitigar los potenciales efectos negativos del poder de mercado, lo habitual sería regular los precios vía costes, es decir, instando a los productores a cobrar precios cercanos al coste marginal de producción (o medio, para efectos prácticos), más un margen de rentabilidad razonable. Sin embargo, junto con la necesaria concentración de la oferta, el mercado de derechos de propiedad intelectual presenta otras características, no compartidas con mercados más tradicionales, que hacen difícil seguir el principio de regulación a partir de los costes. En concreto:

- Contrario a lo que ocurre con el consumo de electricidad, una discoteca que haga uso de la música como medio para hacer rentable su negocio podría «consumir» la música, sin necesidad de haber obtenido previamente la licencia necesaria para ello (en contraposición, nadie podría acceder al suministro de electricidad sin haber habilitado previamente el servicio a través de un proveedor estándar).
- Igualmente, la producción de las obras y contenidos conlleva un esfuerzo inicial que implica altos costes, mientras que el coste de explotación dentro de la totalidad del repertorio —o de facilitar el consumo de una obra adicional, una vez creada—, es bajo, o incluso nulo.

Por estas razones la regulación estándar vía costes no resultaría eficiente. Una solución alternativa podría ser la implementada en el mercado de propiedad industrial, en el cual el *pricing* de las patentes se define —o aproxima— a partir del beneficio económico obtenido por terceros que exploten dichas patentes. Un mecanismo de este tipo se inspira en el principio de *revenue sharing*, según el cual la asignación de recursos se basa en que los beneficios económicos obtenidos gracias a la explotación de un bien producido por un tercero, se compartan con quien lo produce. Esto, en realidad, no dista mucho de la lógica detrás de un mercado estándar, pues es la expresión, en términos de ingresos, de que el uso de un insumo dado en un proceso productivo requiere del pago de un valor (precio) que dependerá del beneficio económico que dicho uso proporcione (disponibilidad a pagar).

Adicionalmente, los derechos de propiedad intelectual comparten características con los bienes públicos que hacen que el mercado de la propiedad intelectual no pueda entenderse desde la perspectiva de un mercado en condiciones estándar de competencia. Esto implica que el ejercicio de determinación de tarifas no puede plantearse desde la óptica tradicional de definición de precios, basada en el equilibrio entre la oferta y la demanda.

En consecuencia, y como se desarrollará más adelante, la existencia de un marco general que sirva de referencia para el diseño de tarifas, se hace esencial para lograr un funcionamiento eficiente de este mercado. Dicho marco debe procurar que tanto los titulares de los derechos, como los usuarios que los explotan, obtengan un beneficio económico adecuado. A continuación, se desarrollan cada uno de los elementos que hacen particular al mercado de derechos de propiedad intelectual, y reflexionamos sobre sus consecuencias.

#### A. ATOMIZACIÓN DE LA OFERTA Y CONSECUENTE CONVENIENCIA DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN

Existen múltiples derechos reconocidos en la industria cultural, tantos como combinaciones entre titulares y obras hay. Las obras que son sujeto de los derechos de propiedad intelectual son muy variadas. Desde el punto de vista legal, toda creación artística o literaria constituye una obra. Por poner algunos ejemplos, la ley de propiedad intelectual reconoce entre ellas libros, impresos, escritos, composiciones musicales, obras dramáticas, teatrales, coreográficas, cualquier obra audiovisual, obras plásticas (pinturas, esculturas, dibujos, fotografías, cómics, por ejemplo), diseños arquitectónicos, entre otros. En cuanto a los titulares, según la obra, podemos hablar de productores, editores, escritores y guionistas, artistas (músicos, actores, intérpretes, pintores, compositores, etc.)<sup>3</sup>. En suma, una amplia lista de obras y titulares, a cada uno de los cuales podría corresponderle un derecho de propiedad intelectual, que puede ser explotado a través de distintas modalidades, como la reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de las obras. Esto conforma un amplio abanico de derechos, los cuales son explotados por diferentes tipos de usuarios —cada uno con sus características particulares—, lo que aumenta la heterogeneidad del mercado y hace necesaria la existencia de figuras mediadoras entre titulares y usuarios, papel que corresponde a las entidades de gestión.

La presencia de las entidades de gestión en el mercado, como representantes de los titulares, reduce los problemas derivados de una oferta atomizada, tales como las amplias asimetrías de información entre usuarios y titulares<sup>4</sup>, y la escasa capacidad de negociación individual de los titulares frente a usuarios de tamaño importante —especialmente si se trata de artistas nuevos—, que resultan en altos costes de transacción. Dichos costes se materializan en el esfuerzo necesario para identificar usuarios y recopilar información sobre los mismos, en los costes propios del proceso de negociación y firma de acuerdos, y en costes relacionados con la monitorización

<sup>3</sup> Tal y como recoge el TRLPI.

<sup>4</sup> Desde el punto de vista teórico, las asimetrías de información tienen lugar cuando una transacción entre dos partes no se da de manera transparente y por tanto una de las partes involucradas tiene más información que la otra, o bien, una de ellas oculta parte de la información que es de interés para la transacción, lo cual resulta en que los precios derivados de la misma no se determinen de manera correcta. Véase SHAPIRO y VARIAN (2008).

del uso y cumplimiento de los términos contractuales acordados. Todos estos costes se pueden reducir en términos medios gracias al efecto de escala obtenido a través de la agregación del repertorio de obras protegidas. Asimismo, se reducen los costes relativos a las transacciones dada la facilidad de establecer acuerdos estándares entre las partes interesadas, lo cual implica un menor uso de recursos en el proceso de negociación<sup>5</sup>. Cabe anotar, no obstante, que dadas las diferencias entre titulares y usuarios no siempre es sencillo que los contratos estandarizados se adapten a todos los casos. En consecuencia, es frecuente ver desacuerdos entre las partes que derivan en costes adicionales relacionados con litigios sobre el nivel y pago de tarifas. Estos son además costes que muchos autores no estarían en capacidad de asumir de manera individual.

Las entidades de gestión son un mecanismo común a los sistemas de propiedad intelectual establecidos en casi todas las jurisdicciones. En general, son autorizadas y respaldadas por un marco legal y deben responder a las necesidades reales del mercado, teniendo en cuenta a todos los actores involucrados, con el objetivo de ofrecer soluciones de licenciamiento viables<sup>6</sup>. Para la consecución de dicho objetivo deben diseñar las licencias y determinar las tarifas por la explotación de los derechos, conforme con el nivel de uso del repertorio protegido, tipo de uso y características del sector creativo que representen<sup>7</sup>.

## B. COSTE DE PRODUCCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL VERSUS EL COSTE MARGINAL DE USO

Otra consecuencia de la estructura atomizada y heterogénea en la producción, pero centralizada en la oferta final a los usuarios, es un desequilibrio entre la estructura de costes de producción de las obras y el coste marginal de cada obra dentro de la totalidad del repertorio administrado por cada entidad de gestión, lo que impide realizar una definición de precios en el mercado como el utilizado en otros mercados estándares. En un mercado en libre competencia, los precios se fijan bajo el equilibrio óptimo entre oferta y demanda. Esto implica que los productores fijan un nivel de precios equivalente al coste de producir una unidad adicional del bien en cuestión, es decir, los precios son iguales al coste marginal de producción. En el caso de los derechos de propiedad intelectual, si las entidades de gestión cobran un precio por el uso de cada obra protegida a partir del nivel del coste marginal que cada obra representa dentro de la totalidad del repertorio, los titulares de los derechos recuperarían una porción casi nula de sus costes

<sup>5</sup> Véase HANDKE (2013).

<sup>6</sup> KOSKINEN-OLSSON y LOWE (2012).

<sup>7</sup> También deben realizar otras tareas complementarias como negociar y contratar con los usuarios y sus representantes dichas licencias, llevar a cabo la recaudación de la remuneración correspondiente a los titulares de los derechos y realizar su posterior reparto, monitorizar el uso de los derechos por parte de terceros, y procurar que los usuarios de los derechos paguen por la explotación y llegar a cabo las acciones legales para que la recaudación llegue a buen término (*id.*).

de producción, los cuales son típicamente elevados. Esto causaría un resultado de mercado ineficiente, pues los titulares no tendrían incentivos para producir obras.

### C. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO UN BIEN PÚBLICO

Un elemento adicional que no haría aconsejable definir el precio de los derechos a semejanza de un mercado estándar tiene que ver con las características que los derechos de propiedad intelectual comparten con los bienes públicos. Estas características son la no-excluibilidad y no-rivalidad en el consumo, que generan lo que en teoría económica se conoce como externalidades positivas sobre el mercado. En estos casos la producción de los bienes genera beneficios no solo sobre quienes los adquieren, sino que benefician también a terceros. Bajo estas condiciones, la fijación de precios a nivel del coste marginal de producción derivaría en una provisión de los bienes por debajo del nivel socialmente deseable.

Hablamos, primero, de que los derechos de propiedad intelectual son no-excluibles, pues una vez que se crea una obra esta se puede explotar sin que necesariamente se haya pagado una licencia para ello, o, incluso, sin que se paguen los derechos por su uso. Por ejemplo, en el caso del derecho de explotación relativo a la comunicación pública de un fonograma, podría suceder que una emisora de radio empleara dicho fonograma en sus emisiones sin haber pagado la licencia previa ni hacer las liquidaciones posteriores relativas a su uso. En segundo lugar, los derechos de propiedad intelectual son no-rivales, ya que el uso de los mismos por parte de un individuo/entidad no impide que otros usuarios también exploten el derecho<sup>8</sup>. En el ejemplo mencionado, la emisión de un fonograma por parte de una radio en particular no impide que otra, u otras, lo emitan también.

### D. IMPLICACIONES REGULATORIAS DE ESTAS CARACTERÍSTICAS

En suma, las características esenciales del mercado de derechos de propiedad intelectual revelan fallos de mercado que le impiden obtener los resultados de libre competencia y motivan un arreglo institucional cuya implicación es la conveniencia de un componente regulatorio sobre cómo determinar los precios en el mercado. Por lo general, lo más habitual no es la articulación de un mecanismo de intervención directa o determinación del nivel de precios, sino la atribución a determinadas instituciones de cada país (por ejemplo, comisiones de propiedad intelectual o de competencia) de poderes para la determinación de pautas y para realizar un seguimiento, arbitrio y, en última instancia, fijación de los precios.

---

<sup>8</sup> Siguiendo el ejemplo de Coca-Cola, un bien es rival cuando el consumo de Coca-Cola por un individuo hace imposible que otro se tome la misma Coca-Cola.

Por todo lo anterior, la aproximación a la determinación de precios en este mercado, más adecuada a las características descritas, debería realizarse sobre la base del valor económico que la explotación de la propiedad intelectual genera, de modo que el valor obtenido por los usuarios en el ejercicio de su actividad económica sea compartido con los titulares. Esta aproximación, basada en el principio de *revenue sharing*, es utilizada en la industria de propiedad industrial para la regulación de las patentes y es empleada en jurisdicciones como la canadiense para evaluar el nivel de las tarifas por uso de fonogramas en la radio<sup>9</sup>.

Ahora bien, el reto de la aproximación al valor es que este es muy difícil de determinar. Uno de los principales problemas a los que se pueden enfrentar las entidades de gestión a la hora de determinar dicho valor, es que quien tiene la información relevante para llevar a cabo este ejercicio es el usuario, que no tiene incentivos al revelar la misma. Por ello, es habitual el uso de *benchmarks* o métodos comparativos para definir el valor de uso. Uno de los ejercicios de *benchmarking* más utilizado es el propuesto por la metodología *Willing Buyer-Willing Seller*, bajo la cual se recurre a fórmulas que pretenden recrear las condiciones que se producirían en un mercado si este tuviese todos los requisitos de normalidad<sup>10</sup>. La normativa de Estados Unidos recurre a este principio para la definición de tarifas, el cual se complementa en la práctica con criterios de razonabilidad del nivel de las tarifas propuestas.

Otro mecanismo regulatorio que resulta complementario a la definición de tarifas a través del valor de uso, es la creación de seudomonopolios bilaterales. Es decir, la promoción de estructuras de mercado que reequilibren las condiciones de negociación entre oferta y demanda, incentivando que los usuarios negocien en bloque con las entidades de gestión a través de asociaciones sectoriales.

Es por tanto deseable que las autoridades competentes diseñen directrices generales para la determinación de tarifas por uso de los derechos por parte de terceros. Esto permitirá que las tarifas en cuestión tiendan al valor de uso y, por tanto, logren el equilibrio óptimo entre los beneficios de usuarios y titulares, estableciéndose de forma equitativa y no discriminatoria.

### 3. ¿CUÁL HA SIDO LA EXPERIENCIA EN ESTE SENTIDO EN EL CASO DE ESPAÑA?

Con anterioridad a la llegada de la Orden el sistema de regulación de tarifas en España podría contemplarse como incompleto. A pesar de que

<sup>9</sup> El artículo de WALL (2009) explica cuál ha sido la estrategia de determinación de las tarifas por el uso de contenidos musicales en Canadá, y cuáles han sido las metodologías implementadas en dicho proceso.

<sup>10</sup> Por ejemplo, BOYER y AUDLEY (2007), recurren a esta método para inferir, a partir del comportamiento de las emisoras, el valor que dichos usuarios asignan al uso de la música y lo aplican al caso del mercado de Canadá.

el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>11</sup> definía una serie de criterios<sup>12</sup> y principios generales que las tarifas habrían de reflejar, no establecía las bases de lo que se consideraría un marco de referencia comúnmente aceptado para la determinación de las mismas. Entre otras consecuencias importantes para el sistema, la ausencia de metodología y de una autoridad que las fijase en caso de desavenencia, ha generado un alto nivel de litigios entre usuarios y titulares en torno al nivel de las tarifas (o más específicamente, entre usuarios y las entidades de gestión que representan por mandato a los titulares), lo que ha implicado importantes costes para ambas partes, en términos financieros y de esfuerzo.

Podríamos decir entonces que el mercado de derechos de propiedad intelectual ha estado sujeto a un sistema de regulación «huérfano» en cierto modo, en el que la ausencia de un regulador propio, así como la falta de unos mecanismos regulatorios universales y claros, han motivado conflictos y desacuerdos entre las partes interesadas. Este vacío ha sido suplido por la acción de la autoridad de competencia, cuya doctrina, avalada por los tribunales, ha venido evaluando el nivel de las tarifas cobradas para determinados derechos y usos. De esta forma, la autoridad de competencia ha establecido distintos criterios sobre las tarifas basados en los principios del derecho de la competencia, pero estos se han convertido en la práctica en medidasseudoregulatorias.

En su esfuerzo por determinar unos principios para el correcto establecimiento de las tarifas, la práctica de la autoridad de competencia resaltó dos preceptos como determinantes para garantizar que las tarifas establecidas fuesen compatibles con la normativa de competencia, ambos alineados con los criterios establecidos por el art. 157.1.b) del TRLPI:

- La necesaria relación de la tarifa con el valor económico que el uso del derecho le aporta al usuario.
- La existencia de una estructura tarifaria flexible que se adaptase a la importancia del uso de los derechos en el marco de la actividad del usuario.

En un nuevo intento de «ordenar» o «estandarizar» el proceso de determinación de las tarifas, en 2014 se modifica el TRLPI. Dicha modificación se introdujo a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la cual prevé la aprobación de una metodología para la determinación de las tarifas generales, que debería guiar en la interpretación y aplicación práctica del art. 157.1.b). Así, en diciembre de 2015 se aprueba la Orden Ministerial ECD/2574, disponiendo las entidades de un plazo de seis meses para aprobar las nuevas tarifas, adecuadas a la metodología establecida en la misma.

<sup>11</sup> Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en su redacción dada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre (TRLPI).

<sup>12</sup> Estos son el grado de uso efectivo del repertorio, la intensidad y relevancia del uso del repertorio, la amplitud del repertorio de la entidad de gestión, los ingresos económicos de los usuarios y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión.

Desde un punto de vista económico y regulatorio, reconocemos en esta metodología aspectos positivos y negativos, sobre los cuales reflexionamos a continuación.

#### 4. PROS Y CONTRAS DE LOS ELEMENTOS DE LA NUEVA METODOLOGÍA

Como comentábamos anteriormente, la Orden ha hecho un esfuerzo importante por ordenar las tarifas existentes y querer ofrecer un marco de referencia para su diseño, que confiera estabilidad, transparencia y cierta predictibilidad a las tarifas en sí mismas, aspecto siempre deseable tanto para titulares como para usuarios. Destaca también que, en línea con los precedentes establecidos por la ley y la jurisprudencia, la Orden hace hincapié en el concepto del valor de uso de los derechos por parte de terceros como eje del proceso de diseño y determinación de las tarifas.

No obstante, la Orden puede resultar contraproducente en algunos aspectos siendo «sobre-reguladora», pues pretende cumplir simultáneamente múltiples objetivos, muchas veces encontrados entre sí, lo que hace difícil su puesta en práctica y su control. Estos aspectos, lejos de facilitar y hacer más transparente el proceso de cálculo y control de las tarifas, podrían dificultarlo, sin terminar de eliminar la incertidumbre presente en el mercado y contribuyendo al mantenimiento de un elevado nivel de litigios. Desde nuestro punto de vista, la metodología plantea los siguientes problemas:

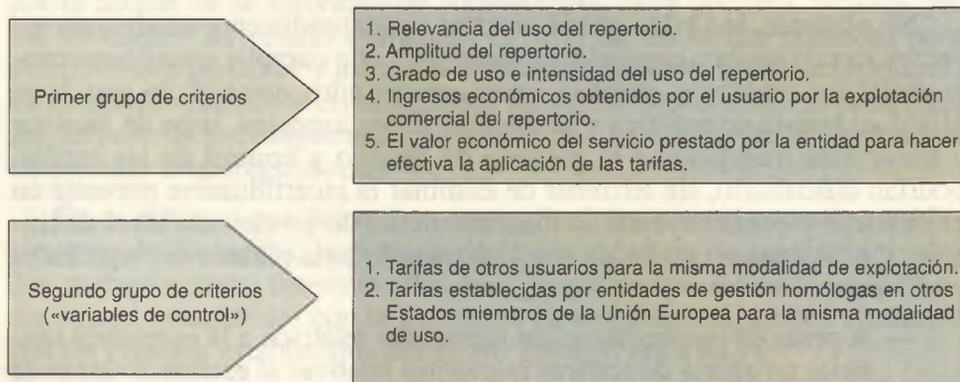
- A pesar de proporcionar los elementos relativos a la estructura tarifaria, no aporta directrices relevantes relativas al establecimiento de los tipos tarifarios.
- Obliga a las entidades de gestión a ofrecer un menú predefinido de tarifas, no siempre adecuado a la realidad de los diferentes derechos gestionados.
- Pese a reforzar el concepto de valor, somete las tarifas a pruebas de tipo comparativo que podrían resultar demasiado costosas o imposibles de practicar.
- Introduce una regulación vía costes de manera simultánea a una regulación basada en el valor del uso de los derechos.

Cabe aducir que los problemas enumerados de la nueva metodología pretenden, de forma bienintencionada, resolver algún aspecto concreto de lo que sería un diseño tarifario ineficiente. Sin embargo, el principal reproche que se le puede hacer a la Orden es que las pretendidas soluciones se imponen de forma inflexible y acumulativa, generando esa suerte de «sobre-regulación» de la que hablábamos, sin atender a la realidad heterogénea del mercado. A continuación, analizamos con mayor detalle los anteriores elementos y cómo influyen sobre el funcionamiento del mercado.

## A. EL VALOR ECONÓMICO DE LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS COMO EJE DEL CÁLCULO TARIFARIO: APLICACIÓN DE LOS SIETE CRITERIOS

El art. 4 de la Orden reitera los criterios básicos establecidos por el art. 157.1.b) del TRLPI que habrían de tenerse en cuenta para el cálculo del «valor económico de la utilización de los derechos en la actividad del usuario», como elementos definitorios en el establecimiento de las tarifas en condiciones razonables. Estos criterios se pueden clasificar en dos grupos según su contenido, en los cuales identificamos bien un papel de «criterios determinantes» del valor de la tarifa, o bien uno de función «comparativa» o «de validación»<sup>13</sup>. En la Figura 1 a continuación se presenta esta clasificación de forma esquemática.

**Figura 1**



Fuente: elaboración propia.

Conviene tener en cuenta que estos siete criterios surgen del esfuerzo histórico del regulador por evitar el establecimiento de tarifas que pudiesen tener efectos anticompetitivos en el mercado de los derechos de propiedad intelectual, con especial énfasis en un potencial abuso de posición de dominio<sup>14</sup> por parte de las entidades de gestión. Se trata de siete criterios de contenido y finalidad económicos, que ejercen como guía u orientación para que las entidades lleven a cabo una aproximación del valor económico

<sup>13</sup> El art. 13.3 corrobora la interpretación de los dos últimos criterios como elementos de «validación», al afirmar que «[l]as tarifas con otros usuarios para la misma modalidad de explotación, así como las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad, se utilizarán en la determinación de la correspondiente tarifa general a los efectos de garantizar que esta se ha establecido en condiciones razonables» (cursiva propia).

<sup>14</sup> Como señala la CNMC en su informe al Anteproyecto de Ley por el que se modifica el TRLPI [CNMC (2014), «Propuesta PRO/CNMC/0002/14 referente a la modificación del artículo 32.2 del proyecto de ley que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», de 16 de mayo]: tanto la exigencia de que las tarifas guarden relación con el valor económico de la prestación, como los criterios que se proponen, encuentran su raíz en el art. 2 de la LDC (y art. 102 del TFUE).

que el uso de las obras protegidas genera para los usuarios en el marco de su actividad. Las entidades de gestión quedan de esta forma encargadas de la estimación y medición de múltiples criterios que han de establecerse en lo que el regulador concibe como «condiciones razonables», con el principal obstáculo de que la aproximación práctica de este concepto teórico de valor resulta, en la mayoría de los casos, extremadamente compleja. Ejemplo de dicha complejidad es la distinción que realiza la Orden entre los criterios de intensidad, relevancia y grado de uso del repertorio, segmentados de forma artificial, cuando, en realidad, se trata de tres conceptos prácticamente análogos.

La estimación de este valor económico no está relacionada únicamente con los aspectos técnicos de los métodos comúnmente empleados para ello (técnicas de valoración como las aplicadas en otras jurisdicciones y mencionadas previamente en este artículo), sino que además, depende directamente de la disponibilidad por parte de las entidades de gestión de la información necesaria para el cálculo de la tarifa de acuerdo con los siete criterios establecidos por la Orden. La obtención de esta información puede resultar inviable, lo cual podría sin duda dificultar la labor de las entidades, los usuarios y el regulador a la hora de evaluar el correcto importe de las tarifas.

En la mayoría de los casos, la aproximación al concepto del valor de uso exige que las entidades empleen información que han de proporcionarle los propios usuarios. Por su parte, estos últimos no se ven incentivados a presentar ante la entidad datos referentes a sus ingresos, su uso del repertorio u otros aspectos, lo que genera un problema de asimetría de la información a la hora de calcular estos parámetros.

Por otra parte, habría sido deseable contar con más ejemplos, aunque fuese de manera enunciativa y no taxativa, que las entidades pudiesen interpretar como pautas de medición y aplicación de los criterios para la elaboración del catálogo de tarifas. El tipo de ejemplos a los que hacemos referencia están presentes de manera puntual en la doctrina, que con carácter previo a la Orden ha venido mostrando parámetros que el regulador consideraría válidos a la hora de estimar algunos de los criterios del art. 4, como es el caso de la intensidad de uso del repertorio, para la cual se han sugerido *proxies* tales como el número de usuarios potenciales (en el caso de hoteles), o el tiempo de emisión o proporción del repertorio dentro del mismo (televisión y radio)<sup>15</sup>. No se observan sin embargo en la doctrina parámetros estimativos del «grado de uso efectivo» del repertorio, concepto

---

<sup>15</sup> Como ejemplos de la doctrina en los que la autoridad de competencia se ha pronunciado acerca de la determinación de las tarifas en función del uso efectivo, pueden citarse: CNC (2012), Resolución (Expte. AC 2012/726, EGEDA/Hoteles) de 2 de marzo; CNC (2009), Resolución (Expte. AC 2009/1932, AIE/T5) de 23 de julio; Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sección 1.ª (2009), Sentencia (núm. 55/2009) de 18 de febrero; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 4.ª (2008), Sentencia (núm. 2008/307, caso *Kanal 5 y TV 4 contra Kanal 5 y TV 4*) de 11 de diciembre; CNC (2006), Resolución (Expte. AC 2006/974, Televisión) de 13 de julio; CNC (1998), Resolución (Expte. AC 1998/9053, Onda Ramblas/AGEDI) de 14 de diciembre.

que en ocasiones el propio regulador ha empleado de manera indistinta al de intensidad.

Por último, en relación con los dos últimos criterios «de validación» introducidos por el art. 4, consideramos necesario resaltar que, si bien el uso de técnicas comparativas que sirvan para establecer un orden de magnitud de referencia para las tarifas puede resultar útil a la hora de evaluar la razonabilidad de la cuantía aplicada, la ausencia de bases de comparación homogéneas, especialmente en el caso de la equiparación de derechos reconocidos en distintos Estados miembros, puede resultar de compleja aplicación práctica, siendo en ocasiones prácticamente imposible establecer bases homogéneas de comparación por las diferencias entre marcos jurídicos.

## B. LA «TRIPLE ESTRUCTURA TARIFARIA»

El art. 13 de la Orden establece la obligación para las entidades de gestión, consistente en tener que ofrecer tres tipos de tarifas generales para cada categoría de usuario: la tarifa general de uso efectivo, la tarifa general de uso por disponibilidad promediada y la tarifa de uso puntual (en adelante TUE, TDP y TUP respectivamente), de forma que la elección entre estas tres modalidades tarifarias queda a discreción del usuario.

En este mismo artículo, la Orden permitiría prescindir de la TUE en la oferta tarifaria (si por razones técnicas o económicas no resultase proporcional obtener o verificar la información necesaria para el cálculo de la misma), así como de la TUP («respecto de aquellas modalidades de explotación ajenas a este tipo de uso»)<sup>16</sup>, debiendo motivarse ambas excepciones en la memoria justificativa a redactar por las entidades. La previsión de esta dos excepciones constituye un aspecto positivo, en la medida que aportan flexibilidad al proceso de cálculo de las tarifas, una maleabilidad que resulta racional dada la complejidad de este mercado. La Orden parece por tanto adherirse en este caso al razonamiento lógico de que la oferta de una estructura tarifaria u otra no debería depender solo de la elección del usuario, sino además de las circunstancias que rodean al caso particular para el que se construye la tarifa.

Desde nuestro punto de vista, la TDP constituye un recurso conveniente y necesario para el establecimiento de tarifas en aquellos numerosos casos en los que una medición precisa del uso efectivo resulta técnica o económicamente inviable, pero no debemos olvidar que se trata por lo general de una aproximación del valor económico del derecho menos precisa que la representada por la TUE, y en ningún caso tiene sentido económico la coexistencia de ambas, especialmente si se le asigna el poder de elección discrecional a una de las partes de la negociación. Por tanto, respetando siempre el principio de proporcionalidad, entendemos que la aplicación de la TUE debería primar siempre que su cálculo resultase viable para las

<sup>16</sup> Art. 13.4 de la Orden.

entidades, lo cual depende en muchas ocasiones de la información de uso proporcionada por los usuarios.

Sin embargo, resulta confuso que la Orden no permita una excepción que justifique la ausencia de una TDP entre las opciones ofertadas. No resulta complicado visualizar cómo esta nueva estructura tarifaria exigida por la Orden implica un elevado riesgo de arbitraje por parte del usuario en aquellos casos en los que la entidad se ve obligada a ofrecer una TUE y una TDP para un único acto de explotación de un derecho. Teniendo en cuenta que la tarifa promediada se calcula a partir de los valores medios del art. 157.1.b) para cada categoría de usuarios, es evidente que algunos de ellos se situarán por encima de la media y otros por debajo. Los primeros encontrarán siempre más atractivo elegir la TDP frente a la TUE, ya que la estructura de uso efectivo daría lugar a una tarifa más elevada para ellos. De esta forma, la coexistencia de la TUE y la TDP desincentiva a aquellos usuarios cuya intensidad de uso o ingresos se encuentran por encima de la media de su categoría a no revelar la información necesaria para el cálculo de la TUE. ¿Por qué permitiría la Orden al usuario optar por la tarifa promediada cuando existe la posibilidad de calcular una tarifa que representa una aproximación más precisa del valor económico que deriva el usuario de la explotación del repertorio de las entidades? Resulta difícil concebir las razones por las cuales el regulador renunciaría al «estándar de oro» que él mismo ha venido estableciendo en los últimos años.

Desde todo punto de vista lógico, la necesidad de presentar tres tarifas no debería tener por objeto ofrecer un menú a la elección e interés del usuario, sino ofrecer alternativas a la TUE cuando la obtención de los criterios necesarios para su cálculo resulte imposible o demasiado costosa para las partes, lo cual es positivo para el usuario. Así, el carácter problemático de esta triple estructura tarifaria no residiría en el hecho de que existan distintos tipos de tarifas que puedan adaptarse a la pluralidad de derechos, usuarios y modalidades de explotación que existen dentro del mercado, sino en la obligación por parte de las entidades de ofrecer estas tres estructuras tarifarias de forma simultánea combinada con la asignación del poder de elección al usuario.

### C. DIVISIÓN DE LA TARIFA APLICADA EN DOS COMPONENTES

La Orden establece que cada una de las tres modalidades tarifarias ofrecidas a cada grupo debería estar determinada por los siguientes dos componentes, que determinarían el valor del uso del derecho en el marco de la actividad del usuario, y cuya suma sería la tarifa total:

1. El «*precio por el uso de los derechos respecto de las obras y prestaciones del repertorio en la actividad del usuario*»; que habría de determinarse en función de los criterios de amplitud, grado de uso del repertorio, e ingresos económicos obtenidos por el usuario en la explotación comercial del repertorio.

2. El «*precio del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de las tarifas*»; relacionado con aquellos costes en los que incurre la entidad de gestión que están directamente vinculados al establecimiento y cobro de la tarifa.

El componente ii) hace referencia al quinto criterio del art. 157.1.b) del TRLPI, sin embargo, el valor económico resultante de la actividad de las entidades no es necesariamente equivalente a la suma de los costes en los que estas incurren en su actividad gestora. Las entidades realizan una labor de mediación entre titulares de derechos y usuarios que, de tener que realizarse de forma individualizada entre ambas partes, y no a través de la centralización proporcionada por las entidades, no solo generaría unos costes totales de mercado muy superiores a los que actualmente soportan las entidades de gestión, sino que daría lugar a mercado completamente ineficiente. El valor económico generado en el mercado por la actividad de las entidades no se corresponde necesariamente con los costes concretos en los que estas incurren, de forma que la equiparación de ambos conceptos carece de sentido económico.

Adicionalmente, con esta interpretación del quinto criterio del art. 157.1.b), la Orden parece querer llevar a cabo una suerte de «regulación de costes» de las entidades, orientada al control del uso de los fondos ingresados por las mismas a través del cobro de tarifas, lo que corresponde a un cambio en los mecanismos de control más enfocado a un ejercicio de auditoría de costes. Entendemos que esto responde a un deseo del regulador de exigir transparencia en la gestión de las entidades y propiciar prácticas de gestión eficiente, aunque consideramos que un ejercicio de este estilo quedaría fuera del alcance de una orden ministerial dedicada al establecimiento de una metodología tarifaria.

Es importante resaltar, por otro lado, que el principal problema que genera la inclusión de este elemento de costes como parte constituyente de la tarifa no está relacionado con la extensión del alcance de la Orden, sino en la complejidad e inconsistencia que provoca la división de la tarifa en los dos elementos mencionados. Teniendo en cuenta el protagonismo que tanto la Orden, como la ley y la jurisprudencia han aportado al concepto de valor como pieza central de lo que sería una metodología de tarifas válida, este debería primar sobre la aproximación de costes a la hora de realizar el ejercicio de determinación de las tarifas.

Sin embargo, independientemente de que no consideremos la regulación de costes como la más apropiada dadas las características del mercado, nos resulta especialmente confusa la «doble regulación» que parece estar llevando a cabo la Orden. Tal y como establece la teoría económica, el precio de cualquier bien en un mercado libre oscilará siempre en un rango establecido por la máxima disponibilidad a pagar del consumidor y la cantidad mínima aceptada por el productor. Para que se produzca el intercambio de dicho bien en el mercado, la primera ha de ser igual o superior a la segunda. Pues bien, si nos encontramos ante un mercado en el que efectivamente se

está ofertando un producto (las obras protegidas) a cambio de un precio (las tarifas), es de suponer que el precio abonado por las mismas recoge, al menos, los costes en los que incurre la entidad. Los elementos i) y ii) estarían por tanto integrados, y no se trataría en ningún caso de dos partes independientes que tendrían que sumarse para obtener el valor de explotación de las obras para el usuario.

#### D. IMPORTANCIA DE TARIFAS PREEXISTENTES Y ACORDADAS

El art. 2.3 de la Orden señala que «se entenderá que se busca el justo equilibrio en la determinación del importe de las tarifas generales cuando se tengan en cuenta por las entidades de gestión como parámetros de comparación, las tarifas generales preexistentes y las tarifas aceptadas por los usuarios por la utilización del repertorio hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 21/2014». Podría pensarse que la Orden hace aquí un llamamiento a la posibilidad de considerar como válidas las tarifas preexistentes, que ya habrían sido previamente negociadas con los usuarios. Tal y como lo entendemos, este apunte conllevaría una bifurcación de opciones para las entidades:

- Si consideran que las tarifas preexistentes son razonables y equitativas, las entidades podrían optar por mantenerlas y llevar a cabo un ejercicio de justificación de las mismas, identificando los componentes exigidos por la Orden y explicando los criterios sobre los cuales están fundamentadas. No obstante, en este punto nos enfrentamos de nuevo a la obligación de ofrecer un menú tarifario con tres modalidades (siempre que no se apliquen las excepciones previstas). Esto podría significar que, aun cuando la tarifa existente refleje el valor de uso de los derechos, la entidad estaría en obligación de ofrecer de manera simultánea una TDP, lo que, como hemos dicho, puede dar lugar a distorsiones y a condiciones inequitativas entre usuarios con características similares.
- Si por el contrario consideran que es necesario modificar las tarifas para tener en cuenta los preceptos establecidos por la Orden, y en especial si estas resultan ser mayores a las preexistentes, las entidades de gestión deberán justificar las diferencias, argumentando por qué las tarifas preexistentes no se adaptan adecuadamente a los criterios establecidos en la Orden, y cómo se ha subsanado este problema.

En esta línea, la Orden adquiere un matiz algo más flexible, introduciendo las tarifas preexistentes como elemento base sobre el que podrían construirse las tarifas actuales, y concediendo a las entidades la posibilidad de mantener aquellas tarifas que reflejen el valor económico del uso de la obra protegida en la actividad del usuario.

En definitiva, y como conclusión general sobre los preceptos establecidos por la Orden, consideramos que esta puede no conseguir proporcionar

un marco de referencia para que el cálculo de las tarifas sea sencillo y claro (en línea con lo que consideraríamos la intención del regulador). Además, podría excederse en las exigencias que impone, lo que puede dar lugar a un marco de referencia rígido para la definición de tarifas, en lugar de la flexibilidad inicialmente buscada.

## 5. RECOMENDACIONES: ¿CÓMO SE PODRÍA ALCANZAR UN MEJOR ENCAJE CON EL VALOR DE USO?

Aunque a día de hoy no se ha alcanzado un consenso a nivel nacional o internacional sobre la metodología de cálculo que mejor reflejaría el valor económico de los derechos de propiedad intelectual, tras el último esfuerzo regulatorio que constituye la Orden, y como ya adelantábamos al principio de este artículo, el debate que rodea al cálculo de las tarifas por derechos de propiedad intelectual ha vuelto a tomar protagonismo, afectando sin lugar a dudas tanto a entidades como a usuarios. Las áreas grises que se han creado con los cambios introducidos por la Orden pueden causar más dificultades para que las partes logren ponerse de acuerdo sobre el nivel adecuado de las tarifas. Sobre todo, vemos que puede haber grandes áreas de conflicto en lo que respecta a la definición de las características y criterios que guíen lo que podría considerarse un marco de referencia para la definición de tarifas «globalmente aceptado».

Estos potenciales conflictos podrían resultar costosos en términos económicos para los agentes involucrados en el mercado de derechos de propiedad intelectual. Por esta razón, sumándonos a muchos otros que han participado en el debate relacionado con el diseño y cálculo tarifario, queremos explicar brevemente en esta última sección los elementos que, desde nuestro punto de vista, habría de recoger este marco de referencia. Estas recomendaciones toman como base fundamental las máximas de simplicidad, claridad y no discriminación, que han venido estableciendo la ley y la jurisprudencia, con el objetivo primordial de que las tarifas por uso de derechos de propiedad intelectual se acerquen en la mayor medida posible al valor que la explotación de los mismos confiere a sus usuarios.

Con respecto a la Orden, creemos que un marco de referencia que guíe de manera adecuada las tarifas debería centrar sus esfuerzos en:

1. Dar más claridad sobre los criterios que la Orden establece como esenciales en el proceso de determinación del precio de uso de los derechos.
2. Ofrecer mayor flexibilidad en dicho proceso y, en consecuencia, reducir algunas de las exigencias puntuales vigentes que pudieran generar zonas grises y debates entre entidades y usuarios.
3. Promover el debate equilibrado sobre el nivel de las tarifas, mediado por la autoridad competente (en este caso la CPI), entre las partes involucradas en la generación y el uso de los derechos, de manera que ambas partes justifiquen adecuadamente sus posiciones.

Primero, en línea con lo que entendemos era la intención inicial de la Orden, el regulador debería aportar directrices que constituyeran una «guía orientativa» simple y clara para el cálculo tarifario. Esta guía debería ofrecer más elementos para facilitar la interpretación de varios de los criterios que la Orden establece como esenciales en el proceso de determinación del precio de uso de los derechos. En particular, debería concentrarse en ofrecer mayores y más claros elementos de guía sobre la definición de los criterios de relevancia, intensidad y grado de uso de los derechos. Estos criterios, a pesar de encontrarse interrelacionados, no son excluyentes entre sí, ni constituyen individualmente condiciones suficientes para definir las tarifas. Igualmente, la Orden debería explicitar que, tanto los criterios mencionados como aquellos de tipo comparativo —tales como la comparación con tarifas establecidas para otros usuarios, o con tarifas establecidas por entidades de gestión de otros Estados miembros—, no se deberían entender ni como un *numerus clausus*, ni como elementos que siempre deban aplicarse obligatoriamente de manera simultánea.

En segundo lugar, a partir de estos criterios, y con el objetivo de dotar el sistema de más flexibilidad, dicho marco de referencia debería permitir a las entidades de gestión fijar tarifas que no se encuentren limitadas por rigideces derivadas de exigencias puntuales, como la relación de las mismas con el precio del servicio prestado por la entidad de gestión, ni con un esquema tarifario «tripartito» de carácter obligado. En este sentido un marco de referencia deseable debe contar con la flexibilidad necesaria para adaptarse a la casuística particular del mercado. Creemos que esta era la intención inicial de la Orden, y que en ese esfuerzo resultó demasiado exhaustiva en detrimento de la simplicidad, teniendo como consecuencia el efecto totalmente opuesto.

En línea con la idea de ofrecer alternativas más flexibles, y a modo de ejemplo, un posible esquema ofrecería la flexibilidad requerida dadas las características del mercado, pasaría por la construcción de una tarifa que partiese de un valor de referencia, pero que permitiese en todo momento que dicho valor inicial se modulara de acuerdo con las circunstancias de cada derecho, usuario y modalidad de explotación. Actualmente la Orden permite en cierta medida este tipo de esquema, pues da cabida a que las tarifas se modulen en términos de tres niveles de relevancia, a saber, relevancia principal, significativa y secundaria. No obstante, creemos que se podría dar mayor flexibilidad en este sentido, sin encasillar la relevancia en tres categorías específicas y predeterminadas, y que la Orden podría ofrecer otras alternativas para adaptar las tarifas a los distintos perfiles de uso que no estuvieran necesariamente ligadas a un criterio en gran medida subjetivo como es el de relevancia.

Dado el objetivo de alinear las tarifas con el valor que el uso de los derechos le aporta al usuario, consideramos comprensible que la metodología enumere alguno de los métodos que se podrían emplear para el cálculo de las tarifas a modo de guía u orientación, pero sin perder el carácter orientativo, ya que la predeterminación inflexible de determinadas condiciones a

tener en cuenta en el cálculo conlleva un riesgo de confusión y de fijación de precios desalineados con su valor de uso, con la consecuente generación de litigios entre las partes. En este sentido, esperaríamos mucha menos «micro-regulación» de una guía metodológica como la Orden, de forma que esta estableciese unas pautas en línea con las cuales se realizase el cálculo de las tarifas, y cuyos principios fuesen respetados, pero sin llegar a imponer taxativamente la inclusión y justificación detallada de criterios que en muchas ocasiones podrían resultar imposibles de estimar, cuánto menos de calcular con exactitud.

Por otra parte, en relación con nuestra petición de mayor flexibilidad, creemos que la metodología debería limitarse a establecer los principios según los cuales cada entidad determinará, para cada derecho y modalidad de explotación, aquella tarifa o conjunto de tarifas que mejor reflejen el valor económico del uso de los derechos en la actividad del usuario, sin exigir de manera simultánea la inclusión de elementos relacionados con el coste que supone para las entidades la prestación de sus servicios ni la oferta obligatoria de un esquema tarifario «triple» a toda costa, aun cuando esta pueda resultar excesivamente costosa o impracticable.

Finalmente, dada la dificultad y el desacuerdo previsible a la hora de optar por una metodología de definición de tarifas que se adapte de manera fiel a los principios ya mencionados, nuestra principal recomendación no tiene que ver con la provisión de una metodología cuantitativa única e irrefutable, sino con el establecimiento de procesos de debate transparente sobre el nivel de las mismas, en el marco de procesos arbitrales promovidos por la entidad más adecuada para esta tarea, la CPI. Dicho debate sería idealmente un proceso bilateral en el que la «carga de la prueba» recayese sobre ambas partes involucradas en el mercado; es decir, que hubiese una participación activa en el debate sobre las tarifas tanto por parte de usuarios como de las entidades de gestión. De esta manera, en caso de existir un desacuerdo entre las partes en relación con el importe de la tarifa establecida, ambos deberían presentar ante la comisión argumentos en defensa del valor que considerasen adecuado, basándose siempre en su mejor estimación del valor económico del uso de los derechos. De esta forma, la responsabilidad de presentar ante el regulador estudios, cálculos o razonamientos que sustentasen la cuantía defendida, recaería sobre ambas partes. Este tipo de procesos bilaterales son comunes en jurisdicciones como Canadá y Estados Unidos. En ambas jurisdicciones se cuenta con un mediador imparcial que en última instancia es quien decide el valor de la tarifa final (el *US Copyright Royalty Board* y la *Copyright Board of Canada*, respectivamente).

En definitiva y como conclusión, un marco de referencia para la determinación de las tarifas que podría otorgar una mayor adaptación a la realidad del mercado de derechos de propiedad intelectual debería cumplir un papel más «orientativo», constituyendo una guía flexible que evite la exigencia de requisitos demasiado rígidos que puedan aumentar el nivel de litigios entre las partes involucradas en las transacciones, y debería incentivar además un debate transparente e informado entre las mismas, mediado por la autoridad

competente. Consideramos que este último elemento es fundamental para enriquecer el establecimiento de tarifas en condiciones competitivas entre titulares y usuarios, y que resultaría en tarifas basadas en mejor y más amplia información sobre el valor de uso de los derechos, lo que en última instancia ofrecería condiciones más equitativas para ambas partes y mitigaría la discriminación entre usuarios con condiciones similares.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AUDLEY, P., y BOYER, M. (2007): «*The “competitive” Value of Music to Commercial Radio Stations*», *Review of Economic Research on Copyright*, Issues 4 (2), pp. 29-50.
- HANDKE, C. (2013): *The economics of collective copyright management*. Copia electrónica disponible en <http://ssrn.com>.
- KOSKINEN-OLSSON, T., y LOWE, N. (2012): *Educational Material on Collective Management of Copyright and Related Rights*, World Intellectual Property Organization.
- ROCHET, J. C., y TIROLE, J. (2004): *Two sided markets: an overview*, Institute d’Economie Industrielle working paper.
- SHAPIRO, C., y VARIAN, H. R. (1998): *Information Rules*, Harvard Business Review Press.
- WALL, G. (2009): *The Use of Economics in Copyright Tariff Setting: Where Is It Going?*, The Copyright Board of Canada, pp. 101-132.
- WATT, R. (2011): «*Revenue Sharing as Compensation for Copyright Holders*», *Review of Economic Research on Copyright*, Issues 8 (1), 51-97.



# EXPERIENCIAS RECIENTES EN LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS A LA COMPETENCIA EFECTIVA EN LOS MERCADOS

Gea GÓMEZ-PABLOS PINTO\*

Subdirección de Ayudas Públicas  
e Informes de Proyectos Normativos CNMC

Amalia CORDERO MARTÍNEZ\*

Subdirección de Ayudas Públicas  
e Informes de Proyectos Normativos CNMC

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las potestades más destacadas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) en su función de preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos es la legitimación activa. Esta capacidad permite al Consejo de la CNMC impugnar ante los Tribunales tanto actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados como normas contrarias a la regulación económica eficiente propia de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

La CNMC es una de las primeras Autoridades de competencia<sup>1</sup> y regulación en el mundo que dispone de este instrumento, que se ha convertido

---

\* Las autoras quieren agradecer la valiosa colaboración Pedro MAGARIÑO MANERO, becario en la Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos en la elaboración de este artículo.

Las opiniones expresadas son exclusivamente de las autoras y no representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1</sup> La Autoridad italiana de Competencia goza de esta potestad desde 2011, cuando le fue atribuida por el Decreto-ley 201/2011, en el marco de las reformas estructurales acometidas por el Gobierno de Mario Monti, en unos términos muy parecidos a los que se contemplan en la legislación española para la CNMC. Así, la Autoridad italiana de Competencia puede impugnar disposiciones generales de naturaleza administrativa, reglamentos o medidas de cualquier administración pública que restrinjan la competencia de un modo irrazonable, cuando la administración pública en cuestión no atiende la solicitud de anulación o modificación del acto o disposición previamente remitida por la Autoridad de Competencia. Los actos y disposiciones susceptibles de impugnación son de lo más diverso y

en la principal herramienta cuasicoactiva de la institución en su función de promoción de la competencia (*non enforcement*).

La legitimación activa se atribuyó por primera vez a la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC) y a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia con ocasión de la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Actualmente encuentra su acomodo en el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC).

En los nueve años transcurridos desde la incorporación de la legitimación activa de la Autoridad Nacional de Competencia —sea CNC o CNMC— a nuestro ordenamiento jurídico, esta se ha utilizado como último recurso ante situaciones de especial gravedad para la competencia efectiva que, a juicio de la autoridad de competencia, debían ser eliminadas del ordenamiento jurídico en sectores tales como la contratación pública, el transporte, los arrendamientos turísticos o la distribución comercial.

Las características y virtualidad práctica del instrumento se han ido decantando y asentando, durante ese tiempo, como consecuencia de la propia práctica administrativa y jurisprudencial y de distintos cambios acaecidos en el marco institucional, tales como la creación de la CNMC a través de la LCCNMC o la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM). Esta última incluye entre los mecanismos de protección de dicha unidad una legitimación activa de la CNMC que comparte algunas características con la legitimación activa en defensa del funcionamiento competitivo de los mercados.

Dedicaremos las páginas siguientes, por tanto, a intentar desbrozar las que creemos que son las dos líneas de cambio más relevantes en relación con la legitimación activa de la CNMC del art. 5.4 de la LCCNMC: cuál es su relación con la legitimación activa prevista en la LGUM y cómo se va configurando progresivamente el instrumento como resultado de la casuística administrativa y de la jurisprudencia. Para ello, comenzaremos con una breve exposición del marco regulatorio de la legitimación activa y continuaremos después con las interrelaciones entre la LGUM y la LCCNMC y con la evolución práctica y jurisprudencial de la figura recogida en el art. 5.4 de la LCCNMC<sup>2</sup>.

---

engloban desde decisiones de los gobiernos regionales o locales, a pliegos de contratación, decretos, denegaciones de licencias o autorizaciones. En los últimos dos años se han remitido en torno a treinta solicitudes de modificación/anulación por la Autoridad, de los que alrededor de un tercio han dado lugar a impugnaciones judiciales.

En Lituania, de conformidad con los datos disponibles al público de la Organización de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) —*Competition Law and the State. Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measures. Volume 2: Appendix of sample statutory excerpt (2015)*—, existe también una legitimación activa por parte de la autoridad de competencia para impugnar actos o disposiciones de las administraciones públicas que pueden considerarse contrarias a la competencia en los mercados, consagrada en el art. 18 de su Ley, de 23 de marzo, núm. VIII-1099, sobre la Competencia.

<sup>2</sup> No forma parte del objeto de este artículo el estudio en detalle de las impugnaciones llevadas a cabo sobre la base del art. 27 de la LGUM, cuya finalidad y procedimiento se diferencia claramente del establecido para el art. 5.4 de la LCCNMC.

## 2. MARCO NORMATIVO

La actividad desarrollada por las Administraciones Públicas a todos los niveles administrativos puede tener efectos contrarios a la competencia, que darán lugar a distintos mecanismos de reacción por parte de las Autoridades de Competencia. Así, cuando la Administración actúa como un operador económico en el mercado, la Autoridad de Competencia reaccionará a través de la aplicación de los arts. 1 a 3 de la LDC, siempre y cuando tal actuación no se encuentre amparada por el art. 4 de la LDC.

Si, por el contrario, la Administración en cuestión actúa en ejercicio de potestades públicas, de carácter normativo o regulador, revestida del *ius imperii*, el mecanismo inicial de promoción de la competencia a emplear para abordar dicha actuación son los informes *ex ante* y los informes de posición. Cuando estos se revelan insuficientes, la CNMC puede recurrir a la legitimación activa para dirigirse a la administración cuya actuación es lesiva para el interés general e iniciar el proceso de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con la finalidad de que se revise su adecuación al ordenamiento jurídico de la forma más eficiente y menos costosa posible.

### A. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA FRENTE A OBSTÁCULOS A UNA COMPETENCIA EFECTIVA EN LOS MERCADOS

La LDC atribuyó a las Autoridades de Competencia, tanto nacional como autonómicas, la capacidad de impugnar ante la jurisdicción competente aquellos actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Esta legitimación activa, recogida originalmente para la Autoridad Nacional de Competencia en el art. 12.3 de la LDC y para las autoridades autonómicas en el art. 13.2 de la misma norma, cambió su ubicación sistemática en lo que respecta a la Autoridad Nacional de Competencia con la aprobación de la LCCMC, encontrándose en la actualidad recogida en su art. 5.4 y residenciándose su empleo en la Sala de Competencia de la CNMC.

El recurso interpuesto por las Autoridades de Competencia sobre esta base se rige por lo dispuesto para el recurso contencioso-administrativo por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA en adelante), con las únicas especialidades —como el requerimiento previo del art. 44— previstas en la misma cuando la recurrente es una Administración Pública. Es decir, el Tribunal que conocerá del recurso será el competente de conformidad con las reglas generales establecidas en el Capítulo II del Título I de la LJCA y no se contemplan previsiones específicas en relación con posibles medidas

cautelares, suspensión, etc. No hay un procedimiento especial cuando la legitimación activa que se ejerce es la de los arts. 5.4 de la LCCNMC y 13.2 de la LDC.

En cuanto a la infracción del ordenamiento jurídico que daría pie a la interposición del recurso, en el pasado se ha discutido mucho<sup>3</sup> sobre si la referencia a «actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados» creaba o no una nueva infracción del Derecho Administrativo. Si fuera así, la mera introducción de tales obstáculos sería susceptible de generar *per se* la anulación del acto o disposición recurrido. En caso contrario, sería necesario que, junto al daño a la competencia, que operaría exclusivamente como elemento legitimador de la intervención de la CNMC, concurriese una vulneración autónoma del Derecho administrativo —de carácter formal o material— que sustentase la anulación.

Sin desmerecer la importancia de la cuestión, la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que en su art. 4 daba rango legal a toda una serie de principios de competencia económica y regulación económica eficiente, redujo mucho la importancia práctica de la cuestión. En efecto, la introducción de obstáculos a la competencia efectiva en los mercados, siempre que no se encuentre adecuadamente justificada en cuanto a su necesidad y proporcionalidad, contravendría esos principios del art. 4 de la LES e incurriría, por ende, en una vulneración del Derecho administrativo, que avalaría la anulación del acto o disposición en cuestión. Esos principios se recogen ahora en los arts. 129 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, bajo la voz «Principios de buena regulación», si bien pueden entenderse aplicables al conjunto de la actividad administrativa, no solo a la elaboración de disposiciones generales.

La LGUM también contribuyó a codificar como vulneraciones del Derecho administrativo las trabas a la competencia efectiva en los mercados, al

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, J. GUILLÉN CARAMÉS señala en «La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del Derecho de la Competencia», en la obra colectiva *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters, 2011: «Las autoridades de competencia podrán impugnar aquellas actuaciones de las Administraciones Públicas que constituyan un obstáculo a la libre competencia en los mercados, siempre que dicha actuación incurra en algún tipo de vicio a la hora de su aprobación o ejecución, bien porque no se encuentre directamente amparada en una norma con rango de ley, bien porque no persiga de forma clara y precisa el interés público —distinto al de la libre competencia— que tutele»; A. GONZÁLEZ PANIZO, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», en *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-UAB, 2010; *id.*, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013; J. GUILLÉN CARAMÉS, «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al derecho de la competencia», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013.

considerar antijurídicas<sup>4</sup> las limitaciones no suficientemente justificadas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios. En este sentido, aunque el art. 27 de la LGUM contenga su propia previsión de legitimación activa, la vulneración de la LGUM puede invocarse en impugnaciones del art. 5.4 de la LCCNMC y del 13.2 de la LDC.

Además de la eventual creación de una nueva infracción del ordenamiento jurídico que se acaba de discutir, la doctrina<sup>5</sup> se planteó si el objeto de la impugnación tenía que ser necesariamente actividad positiva de la Administración —normas de rango inferior a la ley o actos administrativos— o si cabían también las vías de hecho, la inactividad y los excesos sobre la delegación en los decretos legislativos. Esta disquisición doctrinal toma carta de naturaleza de la literalidad del art. 5.4, pero su interpretación integrada con el resto del ordenamiento jurídico lleva a considerar que las vías de hecho y las omisiones administrativas también son recurribles en sede del art. 5.4 de la LCCNMC y 13.2 de la LDC.

#### a) *La legitimación activa de la CNMC*

Tras la creación de la CNMC, la legitimación activa quedó recogida en el art. 5.4 de la LCCNMC, dedicado a las «Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos». De conformidad con el citado artículo, «en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Una cuestión que se ha planteado tanto doctrinalmente como en sede jurisdiccional ha sido el alcance territorial de la legitimación activa de la autoridad nacional. La propia capacidad de las autoridades autonómicas para impugnar actos y disposiciones de las administraciones autonómicas y locales de su territorio ha sido utilizada como argumento para excluir la legitimación de la autoridad nacional en relación con ellas. Como señala

<sup>4</sup> Véanse, a estos efectos, los capítulos II, *Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación* y IV, *Garantías al libre establecimiento y circulación* de la LGUM.

<sup>5</sup> Véase GUILLÉN CARAMÉS: «Puede hacerse una interpretación integradora del art. 12.3 con los preceptos citados de la LJCA, en el sentido de que no puede restringirse la legitimación de las autoridades de competencia a la impugnabilidad de los actos administrativos y disposiciones de carácter general de rango inferior a la ley, de tal modo que debe y puede extenderse dicha legitimación al resto de la actuación administrativa que de acuerdo con la LJCA puede ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como la inactividad, la vía de hecho y los decretos legislativos *ultra vires*», en «La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia: en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al derecho de la competencia», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013.

A. GONZÁLEZ PANIZO<sup>6</sup>, se trata de un debate «meramente teórico y que no encaja con una interpretación integradora de la normativa aplicable», toda vez que el propio art. 13.2 de la LDC aclara que la competencia de las autoridades autonómicas se reconoce sin perjuicio de las competencias de la autoridad nacional. En este sentido han venido a pronunciarse las sentencias<sup>7</sup> de distintos órganos jurisdiccionales ante los que se ha puesto en cuestión, por este motivo, la legitimación *ad processum* de la CNC/CNMC, tal y como se verá más adelante.

b) *La legitimación activa de las autoridades autonómicas de competencia*

Por su parte, tal y como se acaba de avanzar, la legitimación activa de las autoridades autonómicas de competencia se recoge en el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que «sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Esta disposición plantea la duda de si tal facultad les queda automáticamente conferida por la ley estatal o es necesario que se recoja también por su ley autonómica de creación. Aunque la redacción de la ley estatal es taxativa —*los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar*—, creemos que no cabe sino considerar necesario que la legitimación activa aparezca también reconocida en la ley autonómica de creación para tener virtualidad práctica, puesto que corresponde a las Comunidades Autónomas crear o no los órganos de competencia autonómicos y decidir sobre su estructura, dependencia funcional y atribuciones.

En este sentido, el uso de la legitimación activa por parte de las autoridades autonómicas de competencia ha sido limitado, con la excepción de la Autoridad Vasca de Competencia, que la tiene atribuida por su propia ley de creación —art. 3.4 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) — y que la ha utilizado contra las restricciones a la competencia contenidas en la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, en relación con la inclusión de cláusulas sociales en los contratos de obras del

<sup>6</sup> A. GONZÁLEZ-PANIZO, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: consideraciones generales, motivos de impugnación y supuestos de intervención judicial», en J. GUILLÉN (dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2013.

<sup>7</sup> Por ejemplo, STSJ de Galicia núm. 516/2012, de 24 de mayo; STS de 14 de marzo de 2016 (Rec. 1832/2013) y STS de 14 de marzo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. 3718/2012).

sector público foral<sup>8</sup>, así como en relación con varias adjudicaciones de concesiones de transporte público de viajeros por carretera en el territorio histórico de Guipúzcoa<sup>9</sup>.

## B. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA FRENTE A VULNERACIONES DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO O DE CIRCULACIÓN

La LGUM trata de dar respuesta a la fragmentación normativa del mercado español, sobre la base del principio de unidad de mercado recogido en el art. 139 de la CE, así como de los principios comunitarios de libertad de prestación de servicios, libertad de establecimiento<sup>10</sup> y reconocimiento mutuo. En este sentido, es clara la relación con la Directiva 2006/123/CE, de Servicios, y su normativa de transposición. Así, por ejemplo, el art. 5.1 de la LGUM exige a las administraciones que restrinjan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, que justifiquen la necesidad de tal limitación en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas).

El art. 27 de la LGUM establece la legitimación de la CNMC ante «cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente», pudiendo actuar «de oficio o a petición de los operadores económicos».

<sup>8</sup> Por lo que se refiere a la norma foral, dirigida a todos los órganos de contratación de las entidades que forman el Sector Público Foral del Territorio Histórico de Guipúzcoa, esta impone la aplicación de las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Guipúzcoa para la contratación pública de sus Administraciones, así como otras condiciones que no son exigidas por la legislación aplicable a los citados contratos. Esta imposición, contraria, en opinión de la AVC, a la normativa laboral vigente, podría producir el efecto de desincentivar a las empresas no previamente obligadas por tal convenio a participar en la licitación generando una ventaja para las empresas guipuzcoanas que ya aplican el convenio. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) desestimó el recurso, con un voto particular partidario de estimar el recurso en su totalidad, y ha sido recurrida en casación ante el TS por la AVC.

<sup>9</sup> En cuanto a la impugnación de las concesiones de transporte de viajeros por carretera, tras los correspondientes requerimientos previos de anulación en los que se indicaban a la Diputación Foral las razones por las que se consideraban las adjudicaciones contrarias a la competencia —insuficiente valor del criterio precio, posibilidad de ampliar el objeto de la concesión sin nueva licitación, cierre del mercado—, se plantearon sendos recursos contencioso administrativos ante el TSJPV, que solo se ha pronunciado, a día de hoy, sobre la de la línea entre Debarrena y Urola Kosta, desestimando el recurso contencioso administrativo (STSJV de 6 de julio de 2016). Es interesante, a este respecto, que el TSJPV no entra a considerar los argumentos de fondo proporcionados por la AVC ya referidos, al entender que los vicios alegados corresponden a un acto previo —y consentido— distinto del recurrido. Si lo que se estima contrario a la competencia son los criterios de adjudicación recogidos en los pliegos —por ejemplo—, es necesario recurrir en plazo los pliegos, sin que quepa esperar al acto final —la adjudicación— para recurrirla con base en vicios de actos previos no recurridos.

<sup>10</sup> Según jurisprudencia del TJUE (STJUE de 15 de octubre de 2015, asunto C-168/14) toda excepción a la libertad de establecimiento (art. 49 del TFUE) debe respetar cuatro condiciones: 1) aplicación de manera no discriminatoria; 2) justificación por razones imperiosas de interés general; 3) (necesidad) adecuación a la realización del objetivo que persiguen; y 4) (proporcionalidad) que no vayan más allá de lo estrictamente necesario.

La legitimación activa del art. 27 de la LGUM sigue, además, una tramitación procesal distinta a la habitual del recurso contencioso-administrativo. Se trata de un procedimiento administrativo recogido en el Capítulo IV —*Procedimiento de garantía de la unidad de mercado*— del Título V —*Procedimientos especiales*— de la LJCA, con varias especialidades procesales. Entre ellas destacan la competencia para conocer del recurso, que corresponde en este caso a la Audiencia Nacional, la especial celeridad del procedimiento y la previsión de la suspensión cautelar automática de la disposición o acto recurrido si la CNMC en su escrito de interposición del recurso así lo solicita.

### 3. RELACIÓN ENTRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ART. 5.4 DE LA LCCNMC Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ART. 27 DE LA LGUM

La atribución de legitimación activa a la CNMC para impugnar actos y disposiciones administrativas a través de dos normas diferentes —por el art. 5.4 de su ley de creación y por el art. 27 de la LGUM—, es susceptible de generar algunas dificultades en cuanto a cuándo y cómo pueden o deben utilizarse cada una de ellas. Dificultades estas a las que solo cabe aproximarse mediante una clarificación de la finalidad, objeto y características de ambas vías para la legitimación activa.

El art. 5 de la LCCNMC, dedicado a las «Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos», establece en su apartado 4 que «en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Por su parte, el art. 27 de la LGUM, dentro una ubicación sistemática que resulta muy esclarecedora —*Capítulo VII: Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación*—, establece la legitimación de la CNMC ante «cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente», pudiendo actuar «de oficio o a petición de los operadores económicos». De conformidad con el apartado 3 del art. 27, una vez presentada por el operador la petición, la CNMC valorará la procedencia de la interposición del recurso en un plazo de cinco días teniendo en cuenta el informe, en su caso, de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM).

A nuestro entender, tanto de la propia literalidad de cada una de ambas normas como de la experiencia hasta ahora en la utilización de una y otra

vía, cabe extraer dos diferencias de fondo fundamentales entre ambos supuestos de legitimación activa:

En primer lugar, el bien jurídico objeto de protección a través de la legitimación es distinto en ambos casos: la legitimación activa del art. 5.4 de la LCCNMC es un mecanismo de protección del interés general, de forma exclusiva, dirigido a promover la competencia efectiva en los mercados y sectores productivos de una manera genérica, mientras que la legitimación activa del art. 27 de la LGUM es un mecanismo de protección de los legítimos intereses de los operadores económicos concretos, obviamente alineados con el interés general protegido por la CNMC, y como tal se halla ubicada en el Capítulo VII de la LGUM.

En segundo lugar, el alcance de la discrecionalidad de la CNMC en cuanto al uso o no de la legitimación activa varía en ambos supuestos. Es precisamente la diferencia mencionada en el objeto de protección la que determina el distinto alcance de la capacidad de la CNMC para decidir sobre la interposición o no del recurso contencioso administrativo en uno y otro caso:

- La legitimación *ex art. 5.4* de la LCCNMC, que reside en la Sala de Competencia, está dirigida a promover la competencia en los mercados. Así, el recurso contencioso administrativo tiene un carácter ejemplificador, señalizador, tendente a establecer las reglas de juego, lo que determina una amplia potestad de la CNMC para decidir qué actos y disposiciones se impugnan, con criterios de oportunidad.
- Por el contrario, en la legitimación *ex art. 27* de la LGUM, que reside en el Pleno y está dirigida a proteger los intereses de operadores particulares, la discrecionalidad en cuanto a la interposición o no del recurso no parece objeto de debate, al entrar en juego los intereses legítimos de los operadores<sup>11</sup>. Así, aunque la CNMC cuenta con la capacidad de aceptar o rechazar la petición de interponer recurso, como no podía ser de otra manera, de la lectura del art. 27.3 parece deducirse que esta aceptación o rechazo no es discrecional y no puede venir determinada por criterios de oportunidad. De hecho, los rechazos a la impugnación del recurso deben venir motivados y sujetos al principio de transparencia del art. 37 de la LCNMC y a los propios principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM. Aparentemente, los únicos criterios en que podría fundarse la aceptación o rechazo de una petición de interposición de recurso *ex art. 27* por la CNMC son la concurrencia o no de una vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación en los términos recogidos en la LGUM. En este sentido parece apuntar la referencia a que la decisión se adopte sobre la base del informe de la SECUM, si lo hubiera.

<sup>11</sup> Sirva de ilustración sobre la importancia de los intereses legítimos de los operadores en el ámbito de la garantía de la unidad de mercado que el art. 127 de la LJCA contemple, junto con la corrección de la conducta infractora, el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante que dicha conducta haya causado.

Consideramos, por tanto, necesario mantener la separación entre ambas vías, que constituyen instrumentos de promoción de la competencia y la regulación eficiente distintos, con finalidades distintas: el art. 27 de la LGUM protege intereses particulares de cada operador económico y el art. 5.4 es un instrumento discrecional —nunca arbitrario— y exclusivo para la protección del interés general, fundamentado en el principio de oportunidad e «instrumento de último recurso» en la caja de herramientas de promoción de la competencia. Difuminar la distinción entre ambos instrumentos podría debilitar la efectividad de ambos y dañar, por ende, la reputación y la credibilidad de la CNMC en el ejercicio de la legitimación activa.

#### 4. EXPERIENCIA RECIENTE EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL ART. 5.4 DE LA LEY 3/2013, DE 9 DE JUNIO, DE CREACIÓN DE LA CNMC

Desde el año 2010 hasta la fecha se han llevado a cabo nueve impugnaciones<sup>12</sup> sobre la base del art. 5.4 de la LCCNMC. Distribución de energía eléctrica, transporte urbano e interurbano, viviendas turísticas, moratorias comerciales e instrucciones de contratación son las áreas en las que se han producido los nueve supuestos en los que la CNMC ha ejercitado la facultad que le otorga el art. 5.4 de la LCCNMC sobre legitimación activa.

Debe recalcar la prudencia de la institución en el recurso a esta facultad, tanto por el número de casos en los que se ha ejercitado como por la utilización previa y sistemática de la figura del requerimiento previo del art. 44 de la LJCA, dirigido a facilitar una solución extrajudicial del conflicto que permita lograr los objetivos de promoción de la competencia sin incurrir en los costes administrativos y de otro tipo derivados de la judicialización de la controversia, como por ejemplo el coste para la seguridad jurídica mientras el asunto se encuentra *sub iudice*.

<sup>12</sup> Los nueve expedientes —todos ellos disponibles en [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es)— son los siguientes:

- *Expedientes LA/01/2010 y LA/02/2010*. Recursos interpuestos respectivamente contra la prórroga de concesiones de autobuses urbanos en Galicia y Valencia
- *Expediente LA/03/2012*. Recurso interpuesto contra el Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear.
- *Expediente LA/04/2014*. Recurso contencioso administrativo contra las Instrucciones de contratación de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública.
- *Expediente LA/05/2014*. Recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.
- *Expedientes LA/01/2015 y LA/02/2015*. Recursos contra las Ordenanzas municipales del servicio del taxi de los Ayuntamientos de Málaga y Córdoba.
- *Expediente LA/03/2015*. Recurso contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- *Expediente LA/01/2016*. Recurso contra el Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, de aprobación definitiva de la Norma Territorial Cautelar previa a la formulación del Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca.

No obstante, como se verá en los distintos supuestos, los requerimientos se han saldado en general con el silencio de la entidad emisora de la disposición con rango inferior a la ley o con su negativa expresa a actuar en la línea propuesta por la autoridad de competencia, ratificándose en su postura y forzando por tanto la vía judicial. Como excepción, cabe señalar un caso<sup>13</sup> reciente —instrucciones de contratación de la Generalitat— que ha terminado exitosamente para ambas partes con la modificación de la disposición cuestionada sin necesidad de que se haya producido un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto.

Cabe destacar, respecto de la actividad impugnatoria de la CNMC —y previamente de la CNC—, que se realiza siempre conscientemente un elevado esfuerzo por utilizar de manera conjunta y coordinada, generalmente de forma secuencial, varios instrumentos de promoción de la competencia. El empleo bien engarzado de estos instrumentos contribuye más eficazmente a la eliminación del ordenamiento jurídico de actos y normas que restringen innecesariamente la competencia en los mercados. Así, el recurso a la legitimación activa suele ser en general el último instrumento, solo si fallan las otras vías de promoción de la competencia que han ido avisando a las administraciones, de forma pública y motivada, de la nocividad del artículo o los artículos de la norma introducida en el ordenamiento o del acto administrativo realizado.

Así, por ejemplo, en relación con las concesiones de autobuses, antes de plantear los recursos se elaboró un informe<sup>14</sup> sobre la cuestión y, más recientemente, en materia de viviendas de uso turístico y transporte urbano de viajeros, las impugnaciones han coincidido en el tiempo con los trabajos de elaboración de un estudio de mercado en materia de economía colaborativa<sup>15</sup> que, aunque aún no ha sido aprobado por el Consejo de la CNMC, ha proporcionado información relevante respecto del mercado y sus características.

En 2015 y 2016 se han producido varios pronunciamientos judiciales de enorme relevancia en materia de legitimación activa, entre los que se cuentan tres sentencias del TS —dos de ellas resuelven definitivamente a favor de la CNMC los asuntos referidos a las prórrogas de las concesiones de autobuses de Galicia y Valencia y una tercera devuelve al TSJ de Cataluña las actuaciones sobre las instrucciones de contratación de la Generalitat para que se pronuncie sobre el fondo— y una sentencia del TSJ de Madrid en relación con la normativa autonómica sobre apartamentos turísticos, recurrida por la CNMC en 2015.

También en estos dos últimos años se ha llevado a cabo una intensa actividad impugnatoria de la CNMC sobre la base del art. 5.4 que, si bien aún

<sup>13</sup> Instrucciones de contratación de la Generalitat de Catalunya.

<sup>14</sup> «Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica», CNC, 2008.

<sup>15</sup> Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, CNMC (marzo 2016).

no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, marca la línea de la institución en materia de economía colaborativa —alojamientos turísticos y transporte urbano— y de distribución comercial. En ellos se ha incorporado un nuevo instrumento que entendemos que puede resultar de gran utilidad para que los órganos jurisdiccionales puedan cuantificar el coste de las medidas atacadas por la CNMC, en ocasiones muy elevado: los informes periciales elaborados por la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC, que se pueden consultar para cada uno de estos expedientes —y para algunos de Unidad de Mercado también— en la web<sup>16</sup> de la institución.

Dedicaremos las próximas páginas a ambas cuestiones. Para mayor facilidad de la exposición dedicaremos un primer subapartado a los pronunciamientos judiciales y un segundo subapartado a las nuevas impugnaciones de la CNMC.

#### A. PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES

Tal y como se ha indicado anteriormente, en 2015 y 2016 se han producido varios pronunciamientos judiciales de indudable relevancia. Cabe destacar que en general, ya sea en el correspondiente TSJ o en el TS, se han aceptado las pretensiones de la CNMC, fortaleciendo el papel y lugar de la competencia en la regulación y coadyuvando a una regulación más eficiente. Las sentencias, además de pronunciarse sobre el fondo del asunto, han incidido sobre la naturaleza y el alcance de la legitimación activa de la CNMC.

Aplicaremos a la exposición un criterio temporal. Nos referiremos en primer lugar a la STS de 14 de diciembre de 2015, sobre las instrucciones de contratación de la Generalitat de Catalunya; en segundo lugar, a las dos SSTS de 14 de marzo de 2016, sobre las prórrogas de concesiones de autobuses urbanos en Galicia y Valencia; en tercer lugar, trataremos de extraer las principales implicaciones de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2016, en relación con la normativa de apartamentos turísticos de la Comunidad de Madrid.

##### a) *Instrucciones de contratación de la Generalitat de Catalunya*

El 9 de enero de 2014 se aprobaron, por parte de la Generalitat de Catalunya, las *Instrucciones de contratación de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública* (Instrucciones 1/2014, de 9 de enero).

---

<sup>16</sup> Pueden consultarse los informes económicos de la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC en el siguiente enlace: <https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informesecon%C3%B3micosenlegitimaci%C3%B3nactiva.aspx>.

Tras su análisis, la CNMC instó a la Generalitat a modificar uno de sus puntos, concretamente el 3.9, cuyo tenor literal es el siguiente: «Criterios de valoración: De acuerdo con la legislación vigente, se preverá entre los criterios de valoración de las proposiciones contractuales el de proximidad de las delegaciones o estructuras de gestión de las empresas licitadoras cuando este hecho tenga una relación directa con el objeto del contrato y pueda repercutir en una mayor eficiencia o satisfacción en el logro del objeto contractual». La CNMC advirtió de que la mención a la proximidad, desde un punto de vista geográfico, como criterio de valoración tanto de una oferta como de un ofertante, era restrictiva de la competencia, por representar una barrera de entrada a los operadores, e infringía la normativa de contratación pública tanto nacional como de la UE. En efecto, el establecimiento de requisitos territoriales supone una vulneración de los principios generales de no discriminación, igualdad de trato y libre concurrencia.

En mayo de 2014 el Consejo de la CNMC resolvió interponer recurso contencioso-administrativo contra el apartado 3.9 de la Instrucción en cuestión, que fue inadmitido por el TSJ de Cataluña mediante Auto el 10 de diciembre de 2014, al entender que las instrucciones no eran una norma con efectos *ad extra* y no eran, por tanto, impugnables. La Sala consideró que cualquier instrucción es equivalente a una orden de servicio por la cual los órganos administrativos dirigen las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, careciendo de efectos *ad extra*. A juicio del TSJ, lo único impugnable serían los pliegos (inspirados por esas instrucciones), que sí tienen efectos sobre los licitadores.

El Auto fue recurrido ante el TS, que dictó Sentencia el 14 de diciembre de 2015<sup>17</sup>, casándolo, anulándolo y acordando devolver las actuaciones al TSJ, al considerar que la admisibilidad del recurso estaba en el caso en cuestión muy ligada a las cuestiones de fondo y que, por tanto, no cabía dilucidarla en un trámite de alegaciones previas<sup>18</sup>.

Finalmente, y sin necesidad de pronunciamiento sobre el fondo por parte del TSJ, la Generalitat de Catalunya ha eliminado recientemente la referencia a la proximidad. Actualmente existe una nueva Instrucción<sup>19</sup>, la 2/2016, de 19 de abril, que aun sin consolidar el documento inicial, sí que suprime expresamente el controvertido punto 3.9.

<sup>17</sup> <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7563360&links=Catalunya&optimize=20151228&publicinterface=true>.

<sup>18</sup> «Estimamos que la Sala de Instancia no se ha limitado en este auto a examinar los requisitos procesales que pueden determinar la inadmisibilidad del recurso, sino que también se ha pronunciado sobre las cuestiones de fondo que plantea el recurso contencioso administrativo, como el contenido de la cláusula de la Instrucción impugnada, la interpretación y alcance de sus determinaciones y si las mismas innovan o no el ordenamiento en materia de contratación administrativa, sin que sea posible examinar en este trámite de alegaciones previas la admisibilidad del recurso cuando esté íntimamente ligada a la cuestión de fondo, como ocurre en el presente caso» (STS de 14 diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo).

<sup>19</sup> [http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-dactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica-/content/osacp/regulacio\\_i\\_criteris\\_contractacio/acords/Instruccio-2\\_2016.pdf](http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-dactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica-/content/osacp/regulacio_i_criteris_contractacio/acords/Instruccio-2_2016.pdf).

Si bien sería conveniente que además de la Instrucción referida se publicara un documento consolidado en el que figurara la redacción definitiva de las instrucciones de contratación, entendemos que la modificación de dicha Instrucción es un doble logro: no solo se ha permitido la remoción de un obstáculo a la competencia derivado de la imposición de un requisito desproporcionado e innecesario, sino que se ha reforzado, mediante su uso adecuado, la figura del art. 5.4 sin aumentar de modo innecesario la litigiosidad.

#### b) *Concesiones de autobuses en la Comunidad Valenciana y Galicia*

Aunque existen puntos en común entre los dos supuestos (Comunidad Valenciana y Galicia), cada uno debe ser considerado separadamente, sobre todo porque las resoluciones judiciales fueron distintas en uno y otro caso, y ha sido en sede del TS en donde se ha unificado el criterio.

La utilización de la concesión para la explotación de las líneas de transporte público regular de viajeros por carretera supone otorgar un monopolio para el concesionario, durante un periodo dilatado en el tiempo, con evidentes repercusiones en la competencia.

La doctrina en general y la CNMC en particular han sostenido que en tales ocasiones la competencia no se produce de manera permanente («en el mercado»), sino en el momento de la licitación de la concesión («competencia por el mercado»), con lo que deviene crucial asegurar la efectiva competencia de operadores en dicha fase. Además, los largos plazos de vigencia de las concesiones y su prórroga avalan la perdurabilidad de un monopolio y cierran la posibilidad a otros candidatos de pugnar por un lugar en ese mercado. Es importante, en consecuencia, que en la fase de ideación y adjudicación de la concesión, momento en que los distintos operadores interesados en el mercado tienen interés y opciones por competir (competencia «por el mercado»), se ofrezca un marco de actuación transparente, previsible y exento de utilización de mecanismos que debiliten aún más las posibilidades de generar competencia.

Precisamente por la relevancia de las concesiones de transporte y por las posibles dificultades de la competencia en el sector, la CNC acometió la elaboración de un informe sobre concesiones de transporte y sus prórrogas<sup>20</sup>, que las analizó desde el prisma de los criterios de necesidad, proporcionalidad, transparencia y flexibilidad. Este informe contribuyó de manera sustancial a detectar los problemas en el sector y la posterior impugnación, con éxito, de las prórrogas de Valencia y Galicia, en lo que constituyó una estrategia coherente y coordinada de promoción de la competencia.

---

<sup>20</sup> Los efectos restrictivos de la competencia de estos mecanismos de ampliación de plazo concesional, así como sus posibles consecuencias jurídicas, han sido desarrollados por la CNC en su «Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica», de 2008, que se puede consultar en su página web.

### a.1) Comunidad Valenciana

La Ley 16/2008, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera y de Organización de la Generalitat Valenciana establecía en su art. 83.2 que los ya concesionarios podían presentar planes de modernización de sus concesiones y que la Consejería competente en materia de transporte, analizados dichos planes de modernización, podría prorrogar las concesiones objeto de dichos planes, con una fecha tope que no rebasaría el 31 de diciembre de 2023.

Posteriormente, el Decreto 24/2010, de 29 de enero, del Consejo Insular, relativo al plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera, desarrolló dicho art. 83, posibilitando la convalidación y consecuente prórroga de las concesiones. El Decreto afectaba a las 72 concesiones vigentes en la Comunidad Valenciana y dejaba abierta la puerta a una prórroga general y automática de todas las concesiones de servicios de transporte si se presentaba un plan de modernización en los términos recogidos en el Decreto.

La CNC entendió que en el Decreto concurrían vicios que justificaban su impugnación en sede contencioso-administrativa sobre la base del art. 12.3 de la LDC y, tras formular un requerimiento previo de anulación que no fue atendido, interpuso recurso contencioso-administrativo<sup>21</sup>, ante el TSJ de la Comunidad Valenciana.

La STSJ<sup>22</sup>, dictada en 2012, y favorable a las tesis de la CNC, que estimó en todos sus extremos, es interesante desde varios ángulos:

- En primer lugar, porque realiza una reflexión sobre la propia naturaleza de la legitimación activa de la autoridad de competencia, avalando completamente dicha facultad, incluso cuando se trata de atacar actos de ámbito territorial inferior al estatal. Para el tribunal no hay duda de que la CNC está legitimada para impugnar las decisiones de los poderes públicos, incluso de ámbito autonómico y local, que afecten a la competencia en los mercados, aun cuando existan organismos de ámbito autonómico de defensa de la competencia.
- En segundo lugar, porque asume que la prórroga de las concesiones constituye una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados y estima necesario que se especifique una justificación del interés público protegido que legitima tal restricción; el establecimiento de un nexo sólido entre el interés público protegido y la medida adoptada, así como una garantía de proporcionalidad que determine que la prórroga generalizada es la opción menos gravosa y no otra.

<sup>21</sup> También otros operadores de transporte interpusieron recursos ante la misma jurisdicción, lo que se saldó con varias sentencias en el mismo sentido.

<sup>22</sup> Sentencia núm. 568/12, de 22 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

- En tercer lugar, la Sentencia hace propias las tesis de la CNC en cuanto a la primacía y el efecto directo del Reglamento 1370/2007, aceptando su plena vigencia a la fecha de aprobación del Decreto y la nulidad de las cláusulas del mismo dictadas en oposición a lo dispuesto por la norma comunitaria.

La Generalitat Valenciana recurrió en casación y finalmente el TS dictó sentencia en 2016<sup>23</sup>, ratificando lo establecido en su día por el TSJCV y desestimando la casación. Los puntos esenciales de la sentencia del TS coinciden en lo esencial con la sentencia ratificada. Así sucede en lo referente a la ausencia de conflicto con el ámbito competencial autonómico de la legitimación para recurrir normas de ámbito autonómico y local aun cuando existan organismos autonómicos legitimados para ello<sup>24</sup>, como en la contravención del Reglamento 1370/2007 por las prórrogas establecidas en el Decreto.

#### a.2) Prórroga de concesiones en Galicia

Muy similar en el supuesto de hecho y muy cercano en el tiempo al que acabamos de reseñar, se encuentra el caso de la prórroga de concesiones de transporte público de pasajeros en Galicia. Ello tiene que ver con el hecho de que, como bien señaló la STS que pone fin al procedimiento<sup>25</sup>, al igual que en otras comunidades autónomas, ante la entrada en vigor del ya citado Reglamento comunitario 1370/2007, Galicia procedió a renovar las concesiones interurbanas dentro de su ámbito territorial.

La CNC consideró que, dentro del juego complejo<sup>26</sup> que se articulaba, de modo análogo al de Valencia, entre la Ley, la Resolución de desarrollo y el Reglamento de la UE, el texto que determinaba la existencia efectiva de las prórrogas de las concesiones era la Resolución de 26 de febrero de 2010 y no la Ley. En julio de 2010, la CNC interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución ante el TSJ de Galicia, tras la inadmi-

<sup>23</sup> STS de 14 de marzo de 2016. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera. Recurso de casación núm. 1832/2013.

<sup>24</sup> «El hecho de que esta labor pueda ser asumida tanto por la Comisión Nacional de la Competencia como por el organismo autonómico correspondiente de defensa de la competencia no es más que un supuesto, como otros muchos, de competencias concurrentes en la defensa del Ordenamiento, que con independencia de la necesaria coordinación y cooperación institucional entre los organismos implicados, no presenta objeciones de inconstitucionalidad» (FJ IV).

<sup>25</sup> STS núm. 585/2016, de 14 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera.

<sup>26</sup> Así, la Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia, aprobó las bases del Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros de uso general por carretera de la comunidad autónoma. Posteriormente, la Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección General de Movilidad, por la que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia, desarrollaba la Ley en lo relativo al conjunto de medidas que debían cumplirse, concretándolas en relación con cada uno de los ámbitos que la ley apuntaba. Al igual que en el caso valenciano, entre la aprobación de la Ley y de la Resolución se produce la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007, que no permitía las prórrogas de las concesiones vigentes y simplemente respetaba su vigencia, dentro de determinados parámetros.

sión por parte de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia del requerimiento previo formulado, con argumentos muy similares a los esgrimidos para las prórrogas de concesiones de transportes de la Comunidad Valenciana.

El Tribunal falló<sup>27</sup> en contra de la pretensión de la CNC, al entender que la CNC no estaba recurriendo en realidad la Resolución, sino la propia Ley 5/2009, de 26 de noviembre, ya que esta era la que ponía en marcha el régimen de prórrogas. Al considerar que la impugnación de normas de rango legal quedaba fuera de la habilitación del art. 12.3 de la LDC, desestimó directamente la demanda sin entrar a conocer los argumentos de fondo. De este modo, la CNC interpuso recurso de casación en mayo de 2012.

En su Sentencia<sup>28</sup>, el TS, que ya había resuelto anteriormente<sup>29</sup> la cuestión de fondo, declarando la incompatibilidad de prórrogas a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, estimó el recurso de casación interpuesto por la CNC y determinó que las resoluciones que declaraban las prórrogas, otorgando a las concesiones una duración superior a los diez años, resultaban contrarias a derecho por infringir el art. 4.3 del Reglamento UE 1370/2007, de 23 de octubre.

Tiene especial relevancia el hecho de que el TS avaló la postura de la CNC<sup>30</sup>, defendiendo que por más que fuera la ley la que estableciera la posibilidad de prórroga, esta estaba condicionada a la aprobación de los ulteriores planes de modernización, que eran los que activaban aquella y sin los cuales las prórrogas no tenían razón de ser.

En cuanto a la vigencia y aplicabilidad del Reglamento 1370/2007, el TS recalca que, si bien la ley autonómica era anterior, la resolución impugnada era posterior a la entrada en vigor del reglamento comunitario, que le era plenamente de aplicación.

### c) *Viviendas turísticas en Madrid*

Al amparo de su facultad de legitimación activa, la CNMC formuló en octubre de 2014 un requerimiento previo sobre el Decreto 79/2014, de 10

<sup>27</sup> STSJ de Galicia núm. 516/2012, de 24 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda.

<sup>28</sup> STS de 14 de marzo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera. Recurso de casación núm. 3718/2012.

<sup>29</sup> Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y Sentencias de 15 de febrero (RC 2999/2013) y de 14 de marzo de 2016 (RC 1832/2013), que ratificaban al TSJ valenciano al anular el Decreto 24/2010 de la Comunidad Valenciana.

<sup>30</sup> «Resulta incontestable que aunque sea la Ley la que prevé la existencia y la directa aplicabilidad de la prórroga, esta no se produce hasta tanto no se dicte la resolución de aprobación del plan de modernización que desarrolla las bases contempladas en el anexo de la propia Ley. En consecuencia la previsión de la prórroga efectuada por la Ley queda sin aplicación alguna en tanto no se apruebe el plan de modernización. Por tanto, es la resolución que aprueba dicho plan la que, sin necesidad de un ulterior acto administrativo, determina la eficacia de la susodicha prórroga. En consecuencia, la alegada contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento comunitario invocado respecto a la duración máxima de las concesiones como consecuencia de la prórroga se debe a la resolución que la hace efectiva, y no a la previsión genérica de la misma contemplada en la Ley».

de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, como susceptible de imponer obstáculos a la libre competencia.

Si bien tras un proceso de diálogo intenso con la Comunidad de Madrid, varias de las restricciones detectadas fueron eliminadas, se mantuvieron las que eran calificadas como más graves: la necesidad de aportar un plano de la vivienda visado por un arquitecto o arquitecto técnico, la fijación de la estancia mínima en cinco días y la obligatoriedad de la inscripción en un registro administrativo *ad hoc* para llevar a cabo la actividad.

En ese mismo mes, la CNMC interpuso recurso ante el TSJ de Madrid, aunque exclusivamente contra el art. 17.3 del Decreto de la Comunidad de Madrid, a tenor del cual las viviendas de uso turístico no podrían contratarse por un periodo inferior a cinco días. Los otros dos requisitos considerados restricciones graves por la CNMC fueron objeto de recurso<sup>31</sup> por otros interesados, sin éxito.

La Sentencia de 31 de mayo de 2016 del TSJ de Madrid<sup>32</sup> estimó íntegramente el recurso de la CNMC y lo hace sobre la base de los argumentos de aquella:

- Las restricciones solo pueden imponerse cuando concurra una razón imperiosa de interés general, tal y como se entiende en la jurisprudencia del TJUE, y tal razón de interés general debe recogerse en la norma a modo de justificación de la medida restrictiva adoptada.
- La medida, a su vez, no puede ser completamente ajena al interés general que se pretende proteger, en el sentido de que debe ser adecuada para tal fin, con una incidencia real sobre el bien jurídico protegido.
- No debe ser posible alcanzar la finalidad pretendida a través de medidas menos restrictivas de la competencia ni menos gravosas para los operadores.

Con base en estos pilares, el argumento del TSJ de Madrid sigue el *iter* siguiente:

Los fines perseguidos por el Decreto son el control de la sobreoferta descontrolada, el fin del intrusismo y de la competencia desleal, la evitación de la opacidad fiscal y la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. De todos ellos, tan solo los dos últimos podrían considerarse razones imperiosas de interés general de acuerdo con la Directiva de Servicios. De hecho, el control de la sobreoferta es un objetivo prohibido como tal por la normativa de libre circulación de servicios. Además, la persecución del

---

<sup>31</sup> El recurso de la asociación Aloja Madrid abarcaba no solo la duración mínima de estancia, sino también los dos otros puntos mayores de la restricción, esto es, la obligatoriedad de aportar un plan de la vivienda realizado por un técnico y visado por su colegio profesional y la imposición de la inscripción en un registro administrativo *ad hoc* para llevar a cabo la actividad y la STSJ de Madrid núm. 292/2016 de 31 de mayo, que resolvía dicho recurso se emitió el mismo día que la que estimaba la demanda de la CNMC, sin estimar estos dos puntos adicionales.

<sup>32</sup> Sentencia 291/2016, de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2016.

intrusismo y la competencia desleal son ya objeto de protección por parte de otra normativa.

Siendo tan solo reconducibles al concepto de razón imperiosa de interés general, en última instancia, los dos últimos fines —protección de los consumidores y lucha contra la opacidad fiscal—, el TSJ constata desconexión de la medida adoptada —la fijación de una estancia mínima de cinco días— con cualquiera de ambos fines, y su incapacidad real para contribuir a su mejor protección, y termina por anular dicho precepto.

Este fallo es especialmente relevante para la CNMC, porque es el primero que se pronuncia sobre la incidencia en la competencia de las nuevas normativas autonómicas reguladoras de las viviendas de uso turístico surgidas a raíz de la reforma<sup>33</sup> en 2013 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en esta materia.

## B. ACTIVIDAD IMPUGNATORIA RECIENTE DE LA CNMC PENDIENTE DE RESOLUCIÓN JUDICIAL

### a) *Viviendas turísticas en Canarias*

El Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, introduce una nueva regulación en las viviendas vacacionales en la Comunidad Autónoma de Canarias. Estas viviendas venían conformando la denominada oferta de alojamiento no reglado y carecían de regulación específica hasta la aprobación de dicho Decreto.

El 23 de julio de 2015 la CNMC notificó al Gobierno de Canarias un requerimiento previo contra diversos artículos del Decreto, alegando la existencia de restricciones a la competencia efectiva en el mercado de viviendas turísticas que no cumplían con los parámetros de necesidad y proporcionalidad, que elevaban injustificadamente los costes de entrada en el mercado, reducían el número de competidores y los incentivos a que hubiera precios más eficientes y competitivos para los usuarios y daban la espalda a una tendencia imparable y a un nuevo modelo insertado en la economía colaborativa<sup>34</sup>. Entre ellas destaca la exclusión de la aplicación del Decreto a

<sup>33</sup> La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, introdujo el inciso *e*) en el art. 5 —Arrendamientos excluidos— de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por el que quedan excluidas del régimen general de arrendamientos urbanos, las viviendas turísticas si hay regulación sectorial autonómica: «La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial».

<sup>34</sup> A este respecto, la CNMC ya se había pronunciado en el IPN/CNMC/007/15 Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas de uso Turístico en Aragón señalando que la oferta de nuevos productos y servicios en el mercado de alojamiento turístico conlleva importantes beneficios desde el punto de vista de la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente toda vez que: i) supone una mayor oferta para el consumidor; ii) constituye una asignación más eficiente de los recursos infrautilizados; iii) genera externalidades positivas —como las medioam-

las viviendas turísticas situadas en zonas reservadas al uso turístico por la planificación urbanística, lo que impide, en la práctica, que las viviendas turísticas se sitúen en zonas dedicadas a tal uso<sup>35</sup>.

Ante la falta de modificación de la norma en cuestión, se interpuso recurso contencioso-administrativo el 3 de noviembre de 2015. El 17 de mayo de 2016 se remitió informe pericial de la Subdirección de Análisis Económico<sup>36</sup>. El último trámite de que se tiene constancia es la inadmisión de las medidas cautelares solicitadas por el Abogado del Estado en representación de la CNMC, comunicada el 20 de julio de 2016, sin que hasta la fecha haya recaído resolución jurisdiccional. Es de esperar, no obstante, que la sentencia del TSJ de Madrid ya analizada y la importancia otorgada por ella a los principios de necesidad y proporcionalidad en el ámbito de la regulación de la vivienda turística sea tenida en cuenta por el TSJ de Canarias.

#### b) *Ordenación del taxi en Málaga y Córdoba*

El 23 de julio de 2015, la CNMC notificó a los Ayuntamientos de Córdoba y Málaga sendos requerimientos previos contra diversos artículos de las Ordenanzas municipales del servicio del taxi, publicadas en los correspondientes boletines provinciales, sobre la base de la existencia de restricciones a la competencia efectiva que no cumplían con los parámetros de necesidad y proporcionalidad: *numerus clausus*, tarifas fijas, excesivos requerimientos de calidad o limitaciones a la potestad de autoorganización empresarial. Tales Ordenanzas se encuadran dentro del marco establecido para los transportes urbanos y metropolitanos de viajeros por la Junta de Andalucía en la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de ordenación de los transportes urbanos y metropolitanos de viajeros en Andalucía, y, sobre todo, en el Decreto 35/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo.

Según la CNMC, las ordenanzas contenían previsiones que ponían en riesgo la libertad de empresa y la potestad de autoorganización del empresario oferente del servicio de taxi, con repercusiones finales en la prestación eficiente y competitiva del servicio. Además imponían mayores cargas a los agentes económicos y prescindían del nexo causal que debe existir entre la restricción y el objetivo perseguido.

bientales— a crear un modelo de consumo basado más en el uso y no en la propiedad; iv) reduce los costes de transacción y los problemas de información asimétrica gracias a los sistemas de reputación; v) promueve la innovación; vi) propicia una posible reducción de precios y márgenes; vii) produce efectos favorables para la competencia entre los operadores tradicionales incumbentes a los que se les obliga a innovar y a reducir sus márgenes y precios.

<sup>35</sup> Esta restricción era de alcance porque podía suponer excluir entre el 75 y el 90 por 100 del total de las viviendas vacacionales alquilables, según estimaciones no oficiales.

<sup>36</sup> *Informe Económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas Vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias —LA/03/15—.*

Ante la falta de modificación de las normas en cuestión, el 3 de noviembre de 2015 se interpusieron sendos recursos contenciosos administrativos ante el TSJ de Andalucía, que siguen su curso sin que hasta la fecha haya recaído sobre ellos resolución judicial. Se ha sustanciado la demanda y se ha celebrado la prueba pericial, con la presentación del subdirector de Análisis Económico, en sede judicial, de las conclusiones de los estudios realizados sobre los efectos económicos de las restricciones impuestas por las ordenanzas de taxi de ambas ciudades<sup>37</sup>. Ambos informes, utilizando técnicas cuantitativas, calculan una pérdida de bienestar anual de los consumidores ocasionada por los límites cuantitativos y las restricciones de precio en los servicios de taxi que sitúan por encima de los cuatro millones de euros para Málaga y de dos millones y medio para Córdoba.

Estos dos supuestos ponen en el punto de mira la regulación de un sector que debe adaptarse y competir con los nuevos modelos de economía colaborativa. En efecto, la aprobación de esta normativa restrictiva se produce en un contexto mundial de innovación tecnológica en el sector del transporte terrestre de viajeros, que afecta tanto a los operadores ya instalados como a nuevos entrantes que prestan servicios de transporte a través de servicios *online* y de economía colaborativa. Las resistencias de adaptación del sector finalmente perjudican a consumidores y usuarios y reducen la capacidad de los operadores instalados para adaptarse y competir con modelos económicos. Además, limitan la posibilidad de mejorar la calidad de estos servicios, reducen la innovación en el sector y los incentivos a que haya precios más eficientes y competitivos para los usuarios.

#### c) *Recurso contra el Plan Director de Equipamientos Comerciales de las Islas Baleares*

Otro de los sectores en los que se ha desplegado la legitimación activa es el de las moratorias comerciales. El 29 de abril de 2016 la CNMC notificó al Consejo Insular de Mallorca un requerimiento previo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, de aprobación definitiva de la Norma Territorial Cautelar previa a la formulación del Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca<sup>38</sup>.

La CNMC considera que la Norma Territorial Cautelar crea un obstáculo injustificado al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de la distribución comercial en Mallorca, fundamentalmente porque impide la entrada de nuevos operadores y la expansión de los operadores instalados en el mercado de distribución comercial minorista en la isla de Mallorca. Para la CNMC, la medida adoptada por el Consejo Insular no

<sup>37</sup> Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Córdoba —LA/02/2015—.

Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga —LA/03/2015—.

<sup>38</sup> <http://www.caib.es/eboibfront/es/2016/10456/576976/acuerdo-del-pleno-del-consejo-insular-de-mallorca->.

se encuentra justificada desde el punto de vista de su necesidad y proporcionalidad, sin que la alegada existencia de una razón imperiosa de interés general quede acreditada, y sin que se acredite tampoco el nexo causal entre la medida adoptada y la finalidad perseguida, ni la inexistencia de otros modos de alcanzarla menos restrictivos para la libertad individual y de empresa. La CNMC subraya, asimismo, que aunque se recojan en normativa de carácter urbanístico, se trata de restricciones a la actividad comercial susceptibles de vulnerar la normativa de competencia y de libre circulación de servicios, tal y como han indicado ya en varias ocasiones los órganos jurisdiccionales<sup>39</sup>.

El 26 de julio de 2016 se presentó recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de las Islas Baleares. El 30 de septiembre de 2016 se ha admitido a trámite el recurso por el órgano judicial y se ha requerido al Consejo Insular para que remita el expediente administrativo. Es de esperar que el pronunciamiento del TSJ de las Islas Baleares se alinee con la reciente jurisprudencia que recalca insistentemente que cualquier restricción a la competencia debe basarse en imperiosas razones de interés general, siempre ponderadas con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

## 5. CONCLUSIONES

Como ha manifestado la propia CNMC en repetidas ocasiones, la razón de ser del art. 5.4 es facilitar una herramienta más, de gran potencia, dentro de las facultades de promoción (*advocacy*) que aquella ostenta, para que las Administraciones Públicas tengan ocasión de revisar sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia y la regulación económica eficiente.

En este sentido, desde la CNMC se ha realizado un esfuerzo por utilizar de manera conjunta y coordinada los distintos instrumentos de promoción de la competencia, con el fin de contribuir eficazmente a la eliminación del ordenamiento de normas y actos que restringen innecesariamente la competencia en los mercados. Así ha sucedido, por ejemplo, con la elaboración de informes y estudios previos a la iniciación de expedientes de legitimación activa en materia de concesiones de autobuses y en economía colaborativa. Destaca también, a estos efectos, la incorporación en los últimos expedientes de legitimación activa de los informes periciales elaborados por la Subdirección de Análisis Económico de la CNMC.

---

<sup>39</sup> En este sentido tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del TS subrayan que no es admisible una planificación de los centros comerciales fundada en factores económicos, comerciales o de valoración de la competencia del mercado de establecimientos de distribución minorista u otras semejantes. Por el contrario, sí consideran adecuada una planificación basada en razones de ordenación territorial o medioambiental, aunque nunca al servicio de motivaciones económicas encubiertas. Por todas, STJUE de 4 de junio de 2002, Comisión contra Portugal, asunto C-367/98, Sentencia de 24 de marzo de 2011, asunto C-400/08, y, en idéntico sentido, la STS de 3 de septiembre de 2015, que ha declarado nulo el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales del País Vasco por ser contrario a la Directiva europea 2006/123/CE y contravenir la Ley 17/2009, de trasposición de aquella.

Singular importancia para el devenir de la legitimación activa del art. 5.4 de la LCCNMC tiene su correcta delimitación con la legitimación activa en defensa de la unidad de mercado. Así, frente a una decisión de la CNMC que en el marco del art. 27 de la LGUM es reglada y debe adoptarse en función de la existencia de una vulneración de la libertad de circulación y establecimiento, la legitimación activa del art 5.4 de la LCCNMC se configura como un instrumento selectivo de señalización, basado en criterios de oportunidad, dirigido a la defensa del interés general.

En cuanto a las características e implicaciones concretas de la jurisprudencia en materia de legitimación activa, aún queda mucho margen para concretar y decantar los mensajes fundamentales, dada la relativa juventud del instrumento y la prudencia de que la institución ha hecho gala en su utilización.

Así, destaca el hecho de que la capacidad de impugnación de la CNMC alcanza normas y actos de cualquier administración territorial, con independencia de que exista una autoridad de defensa de la competencia autonómica en el ámbito territorial mencionado, a la que normalmente se le comunica la impugnación por si quisiera sumarse. Siempre existe una legitimación activa de la autoridad nacional de defensa de la competencia concurrente con que pudiera tener la autoridad autonómica en su caso.

Igualmente relevante y común a la jurisprudencia examinada es la importancia atribuida a la correcta aplicación de los criterios de necesidad y proporcionalidad cuando se introduce una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados, en consonancia con lo establecido en los arts. 129 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas. De conformidad con la normativa europea y nacional, los poderes públicos no están facultados para imponer, sin más, restricciones a las actividades económicas de los operadores.

En esta línea, los Tribunales vienen exigiendo tres elementos fundamentales para dar carta de naturaleza a las restricciones competitivas:

- En primer lugar, la justificación de la restricción sobre la base de una razón imperiosa de interés general (necesidad), que debe explicitarse en la memoria o en la exposición de motivos de la norma en cuestión.
- En segundo lugar, la adecuación de la restricción a la competencia introducida por la disposición o acto recurrido para proteger el bien jurídico a cuya protección dice dirigirse (nexo causal entre restricción y bien jurídico protegido).
- En tercer lugar, debe quedar probado que no existen otros modos de alcanzar la finalidad de la norma que fueran menos restrictivos para la libertad individual y de empresa (proporcionalidad).

En cualquier caso, consideramos que los últimos pronunciamientos judiciales han contribuido a fijar los límites de la intervención de los poderes públicos en la economía, y que reflejan un claro compromiso con los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción recogidos

en nuestro ordenamiento. Confiamos en que esta línea jurisprudencial se consolide en el futuro, muy especialmente en lo que se refiere a las impugnaciones todavía pendientes de fallo jurisdiccional.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTATI, A., y COCO, R. (2016): «Success rates of competition advocacy by Italian Competition Authority: analysis and perspectives», *Italian Antitrust Review*, núm. 1.
- CARPAGNANO, M. (2016): «The effects of competition advocacy on the pro-competitive regulation of the markets», *Italian Antitrust Review*, núm. 1.
- ESPINOSA GARCÍA, J., y CONTRERAS DELGADO DE COS, J. (2010): «Promoción de la competencia y ayudas públicas: el papel de la autoridad nacional de la competencia», *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-UAB.
- GONZÁLEZ PANIZO, A. (2010): «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-UAB.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir.) (2011): *Derecho de la Competencia y Regulación en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Thompson Reuters.
- (2013): *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2014): «Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado», *Revista Española Derecho Administrativo*.
- REBOLLO, M. (2014): «La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado», *Revista Española Derecho Administrativo*.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014): «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, Madrid, mayo-agosto.
- CNC (2008): *Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica*, Disponible en [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es).
- CNMC (2015): *Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Córdoba*.
- *Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga*.
- (2016): *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, disponible en [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es).
- CNMC: *Guía Práctica sobre impugnaciones del artículo 27 LGUM*, ICN Advocacy Working Group.
- ICN *Framework of Competition Assessment Regimes* (2015): Presented at the ICN 14th Annual Conference Sydney.
- UNCTAD (2015): *Research partnership platform. Competition law and the state. Volume 2: Appendix of sample statutory excerpts*.

# EL CONTEXTO REGULATORIO EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES. CASOS RECIENTES EN LOS MERCADOS MINORISTAS ENERGÉTICOS EN ESPAÑA

María Jesús MARTÍN MARTÍNEZ \*

Adscrita a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

Las Autoridades de Competencia realizan una supervisión *ex post* de la competencia en los mercados, referida a los procedimientos sancionadores, con el objetivo de restaurar la competencia, y de eliminar los efectos de prácticas pasadas. Asimismo, efectúan una supervisión *ex ante* referida a los procedimientos de control de concentraciones, procurando que las concentraciones económicas no obstaculicen la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

La regulación energética influye directamente en la evolución de los mercados energéticos. Por ello, las Autoridades de Competencia, tanto europea como nacionales, tienen en consideración el marco regulatorio aplicable a los mercados energéticos para definir los mercados relevantes y para evaluar tanto los efectos de una concentración económica sobre la dinámica competitiva de los mercados como, en su caso, los compromisos necesarios para la eliminación de los obstáculos a la competencia efectiva que puedan derivarse de una determinada concentración económica.

Respecto a los mercados mayoristas y minoristas de electricidad y gas natural, las Directivas Europeas en materia energética, incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, introducen normativa sobre regulación energética, con el objetivo de procurar la competencia en dichos mercados, en beneficio del consumidor.

La influencia del marco regulatorio en la evolución de la competencia de los mercados energéticos es determinante por ser estos especialmente

---

\* Desde octubre de 2008 a octubre de 2013, directora de Regulación y Competencia. Las opiniones expresadas en el artículo son de la autora y no del organismo.

vulnerables al poder de mercado. Además, tanto el suministro de gas natural como el de electricidad, que son actividades que se deben desarrollar en competencia, precisan del acceso a infraestructuras de red con características de monopolio natural. Asimismo, las Directivas Europeas en materia energética<sup>1</sup> han puesto una especial atención en los mercados minoristas de suministro a consumidores doméstico-residenciales, y a la protección que merece dicha demanda respecto a la de otros consumidores, debido a su elevada inercia, el elevado coste de información y, en consecuencia, a sus dificultades para encontrar ofertas comerciales óptimas. Estas características de la demanda influyen de forma esencial en la dinámica competitiva del mercado.

El marco regulatorio que aplica a los mercados minoristas de suministro de gas natural y electricidad en España<sup>2</sup> debe procurar que los comercializadores compitan en igualdad de condiciones y que puedan acceder a las infraestructuras de red de forma objetiva, transparente y no discriminatoria. También desde la regulación se exigen condiciones de separación de actividades a las sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial que realicen actividades de red, con características de monopolio natural, y aquellas que se desarrollen en libre competencia.

Asimismo, en otros mercados energéticos donde toda la cadena de suministro está liberalizada, como es el caso del mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicio, con el objeto de fomentar la competencia efectiva en dicho mercado, se ha introducido en España normativa tanto sobre la duración de la exclusividad en los contratos de aprovisionamiento de combustible como sobre la limitación a la apertura de nuevas estaciones de servicio en las redes de operadores con cuotas de mercado provincial superiores al 30 por 100. Así, la normativa introduce un grado de intervención para mitigar la elevada concentración de mercado.

En el presente artículo se analiza la influencia del marco regulatorio que aplica en los mercados minoristas de energía, en la evaluación del control de concentraciones contemplada en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Para ello, se pasa revista a las consideraciones regulatorias mostradas en los Informes Propuesta de las últimas operaciones de concentración con efectos en los mercados minoristas de energía, autorizadas en primera fase con compromisos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC).

No se pretende valorar si el marco regulatorio ha tenido o tendrá los efectos deseados sobre el desarrollo de la competencia efectiva de los mercados energéticos, sino meramente reflexionar sobre la incidencia de la

---

<sup>1</sup> Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. Directiva 2009/73/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

<sup>2</sup> Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, y normativa que las desarrollan.

regulación sectorial vigente en la evaluación efectuada por la CNMC en dichas operaciones de concentración.

La estructura del presente artículo es la siguiente. En el epígrafe 2 se pone de relieve la normativa sobre el control de concentraciones. En el epígrafe 3 se citan las consideraciones generales que tiene en cuenta la CNMC en las operaciones de concentración con compromisos, según se expresa en sus Informes Propuesta<sup>3</sup>. En el epígrafe 4 se describen las consideraciones efectuadas por la CNMC en el análisis de la operación de concentración C-0550/14 Repsol/Petrocat, derivadas del marco regulatorio y de la regulación introducida específicamente para mejorar la competencia en el mercado minorista de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio. En el epígrafe 5, se analizan las operaciones de concentración C-0758/16 GNF/Repsol GLP-Activos y C-0759/16 Naturgas/Repsol GLP-Activos, por sus efectos sobre el mercado minorista de suministro de gas natural a clientes residenciales. Se verá la influencia del marco regulatorio sobre la definición del mercado relevante, en los efectos de la operación sobre la competencia en el mercado y en la evaluación de los compromisos introducidos.

## 2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

El Reglamento comunitario de concentraciones pone de manifiesto la necesidad de preservar la competencia efectiva en mercados como los energéticos, con estructuras de mercado oligopolísticas, teniendo en cuenta las consecuencias que las concentraciones pueden tener en dichos mercados<sup>4</sup>. Los obstáculos para la competencia efectiva se derivan, generalmente, de la creación o refuerzo de una posición dominante<sup>5</sup>. Con esta intención, la Comisión Europea evalúa la compatibilidad con el mercado común o en una parte sustancial de él, de una concentración notificada, para determinar si obstaculiza significativamente la competencia efectiva en el mercado común.

En caso de que una concentración plantee problemas de competencia por cuanto pueda obstaculizar considerablemente la competencia efectiva, en particular, a consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante, las partes podrán intentar modificar la concentración para resolver los problemas de competencia y lograr así la autorización para su concentración. A tal efecto la Comisión podrá vincular a su decisión, condiciones y obligaciones destinadas a asegurar que las empresas afectadas cumplan los compromisos que han contraído con la Comisión para hacer la concentración compatible con el mercado común.

<sup>3</sup> Informes Propuesta de la Dirección de Competencia de la CNMC.

<sup>4</sup> Considerando 25 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

<sup>5</sup> Considerando 26 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

La Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, orienta sobre los compromisos de las empresas afectadas para modificar una concentración. Dichas modificaciones se describen, por lo general, como «soluciones», ya que su objetivo es eliminar los problemas de competencia detectados por la Comisión. Los compromisos deberán eliminar enteramente los problemas de competencia y deberán poder ser ejecutados de manera efectiva en un breve plazo de tiempo.

En España la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), establece, en su art. 10, los criterios de valoración sustantiva en una operación de concentración. La CNMC deberá adoptar su decisión atendiendo, entre otros factores, a la estructura de todos los mercados relevantes, a la posición en los mercados de las empresas afectadas, a la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional, etcétera.

Asimismo, a efectos de lo previsto en el art. 60 de la LDC, el Consejo de Ministros podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, y, entre otros, a la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

### 3. CONSIDERACIONES DE LA CNMC SOBRE EL CONTEXTO ECONÓMICO Y REGULATORIO EN EL QUE SE PRODUCE LA CONCENTRACIÓN

La LDC determina que la CNMC deberá valorar las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional.

En la evaluación de operaciones de concentración con compromisos y, en particular, en aquellas con efectos en los mercados energéticos, la CNMC ha expresado que el control de concentraciones no puede sustraerse a la consideración de las circunstancias y características de los mercados en que se produce la operación correspondiente. Y añade que el contexto económico y regulatorio en el que se produce la concentración debe ser descrito y analizado a lo largo del procedimiento y no puede ser obviado a la hora de adoptar la resolución final<sup>6</sup>.

En los expedientes sobre control de concentraciones en primera o segunda fase con compromisos, la Dirección de Competencia de la CNMC como órgano instructor analiza la suficiencia o no de los compromisos que presentan las empresas notificantes de la operación para resolver los

---

<sup>6</sup> Véase epígrafe de «Consideraciones generales sobre el control de concentraciones» en Expedientes: C/098/08 Gas Natural/Unión Fenosa, C/0550/14 Repsol/Petrocat, C/0758/16 GNF/Repsol GLP-Activos, C/0759/16 Naturgas/Repsol GLP-Activos.

obstáculos a la competencia efectiva planteados por la operación de concentración notificada<sup>7</sup>. La Sala de Competencia de la CNMC resuelve sobre los mismos, preservando la posibilidad de que la CNMC establezca condiciones si se considera que los compromisos presentados no son adecuados para resolver los problemas de competencia detectados.

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en su art. 69.5, determina que los compromisos presentados en primera fase solo podrán ser aceptados cuando el problema de competencia detectado sea claramente identificable y pueda ser fácilmente remediado. En los Informes Propuesta de la CNMC se concluye que este modelo «permite conjugar la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado, con el máximo respeto a los principios de proporcionalidad y mínima intervención por parte de la autoridad a la hora de condicionar las operaciones de concentración»<sup>8</sup>.

En los Informes Propuesta sobre operaciones de concentración de la CNMC con compromisos se introduce una valoración de la proporcionalidad de los mismos. El objeto es que los remedios eliminen los efectos restrictivos en la competencia que puedan derivarse de una operación de concentración concreta, si bien estos no deberían ir más allá de lo estrictamente necesario, en tanto no se pretende redefinir la estructura de las empresas o de los mercados con el fin de resolver problemas de competencia preexistentes o ajenos a la operación.

En los dos siguientes epígrafes se pasa revista a las consideraciones de la CNMC sobre las características y circunstancias regulatorias de los mercados minoristas de energía, así como al papel esencial que desempeña el marco regulatorio sobre la evaluación de las operaciones de concentración y de los compromisos propuestos.

#### 4. OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C-0550/14 REPSOL/PETROCAT

La operación C-0550/14 Repsol/Petrocat<sup>9</sup> consistió en la adquisición del control exclusivo por Repsol, S. A. (Repsol) sobre Societat Catalana de Petrolis, S. A. (Petrocat) mediante la compra del 45 por 100 del capital social de Petrocat hasta entonces propiedad de Cepsa Comercial Petró-

---

<sup>7</sup> El art. 59 de la LDC prevé que cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la CNMC, pueden proponer compromisos para resolverlos.

<sup>8</sup> Véase epígrafe de «Consideraciones generales sobre el control de concentraciones» en los Informes Propuesta de los Expedientes C-0098/08 Gas Natural/Unión Fenosa, C-0550/14 Repsol/Petrocat, C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos y C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos.

<sup>9</sup> <https://www.cnm.es/es-es/competencia/buscadorde/expedientes.aspx?num=C%2f0550%2f14&ambito=Concentraciones&b=c%2f0550%2f14&p=0&ambitos=Concentraciones,Recursos,Sancionadores+CCAA,Sancionadores+Ley+30,Vigilancia,Medidas+cautelares,Conductas&estado=0&sector=0&av=0>.

leo, S. A. (Cepsa). Según Repsol, Petrocat estaba participada por la propia Repsol (45 por 100), por Cepsa (45 por 100) y por el Institut Catala d'Energia —ICE— (10 por 100) sin que existiera un control conjunto por parte de estos<sup>10</sup>.

La CNMC valoró que la concentración afectaba a los siguientes mercados: i) al mercado de distribución minorista de carburantes a través de estaciones de servicio en las provincias de Cataluña, Madrid y Cádiz; ii) al mercado de distribución extra-red de combustibles o venta directa de combustibles y almacenamientos para su distribución nacional y, en particular, en Cataluña, y iii) al mercado de concesiones portuarias para el suministro de gasóleo B, concretamente, en dos puertos de Gerona. Respecto a los mercados definidos, si se consideraba como mercado geográfico relevante el nacional, la adición de cuota resultante de la operación no era significativa. Sin embargo, como se verá a continuación, la CNMC concluyó que la operación generaba solapamientos horizontales y verticales, en los mercados mayorista y minorista de dimensión geográfica inferior a la nacional.

#### A. EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS EN LA COMPETENCIA DE LOS MERCADOS AFECTADOS POR LA OPERACIÓN

En cuanto al *mercado minorista de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio*, a través del control exclusivo de Petrocat y tras las desinversiones previstas en el acuerdo suscrito entre las partes, Repsol adquiriría una red de 38 estaciones de servicio. De estas, Repsol ya era propietaria de 14 estaciones, de forma que la adición de cuota de mercado se limitaba a las 24 restantes.

En su análisis de competencia del mercado, la CNMC valoró que las estaciones de servicio eran gestionadas por Petrocat con una política comercial autónoma y diferenciada de Repsol. Ello suponía para el cliente final una alternativa a las de Repsol en aquellos municipios, fundamentalmente de Cataluña, en los que Petrocat y Repsol coincidían y podían competir en precios, imagen y servicio. La CNMC estimó que la adquisición de control por Repsol sobre Petrocat suponía una amenaza para el comportamiento competitivo en aquellos entornos en los que competían con las estaciones de Repsol, existiendo los incentivos por parte de Repsol para alinear sus precios en ambas redes, lo que redundaría, en definitiva, en una menor competencia intermarca y, a la vista del análisis efectuado de precios finales, en unos precios potencialmente superiores.

En cuanto al *mercado de ventas directas*, la CNMC evaluó que Repsol, cuya presencia en Cataluña es especialmente intensa, como resultado

---

<sup>10</sup> Según consta en el Informe Propuesta de la CNMC, la notificante señaló que Repsol y Cepsa no ejercían el control conjunto de Petrocat antes de la operación, sino que los tres accionistas (Repsol, Cepsa y el ICE) tenían los mismos derechos y no disponían de derecho de veto; no existían pactos parasociales al margen de lo previsto en los Estatutos de la sociedad y la aprobación de los acuerdos sobre materias relevantes en los tres últimos años fue por unanimidad de los tres accionistas.

de la operación, acentuaba su liderazgo y control del mercado en dicha zona, al producirse solapamiento horizontal de las partes en diversos mercados provinciales de ventas directas<sup>11</sup>. Algunas empresas consultadas en el test de mercado realizado por la CNMC, manifestaron su preocupación por los efectos unilaterales en el mercado de ventas directas en Cataluña y, en particular, en Tarragona en las ventas de gasóleo C. Se valoró que tras la operación existían incentivos a que las estaciones de servicio que pasaran a estar controladas por Repsol, se aprovisionarían de Repsol.

La CNMC estimó que la operación suponía un *refuerzo de la integración vertical* de Repsol, empresa líder en el mercado español de carburantes y uno de los tres únicos operadores con capacidad de refino en el mercado nacional. El refuerzo de dicha integración vertical se derivaba al dotar a Repsol de una red de estaciones que diera salida a sus excedentes de su refinería en Tarragona.

Del análisis de competencia efectuado, la CNMC concluyó que la operación suponía el refuerzo horizontal y vertical de Repsol en un sector altamente concentrado y liderado por dicha empresa, caracterizado por acuerdos de suministro exclusivo que limitaban la competencia intermarca e intramarca, y la desaparición de Petrocat como competidor, de especial relevancia a nivel provincial en Cataluña. En consecuencia, a efectos de eliminar los obstáculos en la competencia efectiva tanto en el mercado minorista de distribución de carburantes de automoción a través de estaciones de servicio, particularmente en los entornos en los que previamente Petrocat y Repsol competían, como en el mercado mayorista o de ventas directas, especialmente en Cataluña, la operación era susceptible de la introducción de compromisos.

En dicho análisis la CNMC tuvo en consideración que los operadores con capacidad de refino son los líderes en la distribución minorista de carburantes en estaciones de servicio (en adelante EESS), con ventajas sustanciales respecto al resto de operadores, debido a su integración vertical con actividades de refino en España, y a la capilaridad y estabilidad de sus redes minoristas de EESS. En este mismo sentido se pronunciaron algunos de los operadores en el test de mercado efectuado por la CNMC a tenor de dicha operación de concentración.

---

<sup>11</sup> A la vista del test de mercado realizado, la CNMC apreció que existían ciertas diferencias regionales de precios entre distribuidores, algunas de ellas posibilitadas por la cercanía de centros logísticos y la refinería de Repsol, lo que facilitaba la aplicación de precios más competitivos en determinadas áreas. Todo ello justificaba la existencia de un mercado regional inferior al nacional, en línea con algunos precedentes tanto comunitarios como de otras autoridades de competencia del entorno europeo. Asimismo, las diferencias de precios entre tipos de gasóleo y la consideración de cada uno de ellos como un producto distinto, vienen determinadas, fundamentalmente, por los impuestos con los que es gravado su consumo en función del uso final de cada producto (automoción, uso agrícola, pesquero, etc.).

## B. LOS COMPROMISOS

Los compromisos finales ofrecidos por Repsol en dicha operación de concentración fueron los siguientes:

- i) La realización en un plazo concreto, previa autorización de la CNMC y con carácter suspensivo de la ejecución, de las transacciones necesarias en las EESS afectadas por la Ley 11/2013 en las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Madrid.
- ii) La realización de un aprovisionamiento mínimo por otros operadores distintos al notificante de las gasolinas y gasóleos de las EESS gestionadas por Petrocat y para la actividad de ventas directas durante un periodo concreto.
- iii) Un compromiso específico para una estación de servicio propiedad de Repsol gestionada por Petrocat.

La CNMC valoró adecuados y suficientes dichos compromisos, en tanto evitaban que Repsol aumentara su red de EESS en las provincias indicadas, mitigaban los efectos del solapamiento en las ventas directas en Cataluña y favorecían el aprovisionamiento de Petrocat por otros operadores distintos a Repsol. Se evaluó por la CNMC que los compromisos resultaban proporcionados en relación a la dimensión de la operación, estructura de mercado, posición del notificante, situación financiera de la adquirida y efectos derivados de la operación, permitiendo «que Repsol realice las sinergias esperadas del control exclusivo de Petrocat y al mismo tiempo, valorados conjuntamente, consiguen eliminar los riesgos de efectos horizontales y verticales detectados en el análisis de la operación».

La CNMC en el análisis de la operación tuvo en cuenta las implicaciones de la operación de concentración en relación a la Ley 11/2013. Estos aspectos regulatorios afectaban directamente al mercado minorista de distribución de carburante de automoción a través de estaciones de servicio y, como se resume a continuación, fueron considerados en el compromiso de las transacciones necesarias para el cumplimiento de la Ley 11/2013.

## C. CONSIDERACIONES SOBRE EL ENTORNO REGULATORIO: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA DE LA LEY 11/2013

La Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013<sup>12</sup> establecía que «los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento, no podrán incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por

<sup>12</sup> Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos, con independencia de quién ostente la titularidad o derecho real sobre la misma». Dicha disposición fue derogada por la *Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos*, quedando sustituida por la Disposición Adicional cuarta de dicha ley<sup>13</sup>.

En la citada operación de concentración, la CNMC analizó que la adquisición por Repsol de EESS de Petrocat en provincias en las que, previamente a la operación, ostentaba una cuota en el mercado minorista por puntos de venta superior al 30 por 100 (como era el caso de las cuatro provincias catalanas y de Madrid), estaba sujeta a la prohibición recogida en la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013<sup>14</sup>.

Como consta en el Informe Propuesta de la CNMC, previamente a la presentación de los compromisos finales, Repsol señaló su intención de llevar a cabo las desinversiones en términos de EESS que fueran precisas para el cumplimiento de la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013, aunque consideraba que el cumplimiento de este marco regulatorio no debía condicionar el análisis de la operación, debido a que, en su opinión, no tenía efectos en la competencia en el mercado de distribución de carburantes en EESS, «con independencia del probable impacto de estas medidas regulatorias en dicho mercado».

Sin embargo, la CNMC valoró, tal y como se ha visto en el epígrafe 4.1, que la operación de concentración, por una parte, obstaculizaba la competencia del mercado minorista y, por otra parte, que Repsol aumentaba su red de EESS, si bien según el marco normativo vigente, Repsol debía quedar sujeto a las limitaciones impuestas por la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013, concretamente en las cuatro provincias catalanas y en Madrid.

---

<sup>13</sup> «1. Los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento, no podrán incrementar el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación, ni suscribir nuevos contratos de distribución en exclusiva con distribuidores al por menor que se dediquen a la explotación de la instalación para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos, con independencia de quién ostente la titularidad o derecho real sobre la misma.

No obstante lo anterior, podrán renovarse a su expiración los contratos preexistentes aunque con ello se supere la cuota de mercado anteriormente expresada.

Asimismo, los operadores al por mayor de productos petrolíferos con una cuota de mercado superior al 30 por ciento en dicha provincia o ámbito territorial, no podrán adquirir en régimen de propiedad ni explotar nuevas instalaciones cuando esto suponga un incremento de su cuota de mercado en función de las ventas anuales del ejercicio anterior, independientemente de que no se aumente el número de instalaciones en régimen de propiedad o en virtud de cualquier otro título que les confiera la gestión directa o indirecta de la instalación».

<sup>14</sup> Tal como consta en el Informe Propuesta de la CNMC, la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo confirmó que del grupo de las 24 EESS gestionadas por Petrocat, propiedad de esta o de terceros, que serían objeto de adquisición, todas ellas excepto una situada en la provincia Cádiz, estaban sujetas a la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013.

Finalmente, Repsol incluyó un compromiso denominado «de cumplimiento de la Ley 11/2013 (sección B)», por el que se comprometía a realizar todas las operaciones precisas para que no incrementara su red de EESS en Barcelona, Tarragona, Lérida y Madrid, todo ello de acuerdo con la prohibición contemplada en la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013. Para asegurar el pleno cumplimiento de dicha obligación evitando una distorsión competitiva en los entornos afectados de las EESS objeto del compromiso, Repsol se sometía a un procedimiento vigilado y sujeto a autorización bajo criterios de competencia de la CNMC.

Como conclusión, el compromiso introducido sobre la realización de las transacciones de baja, permuta o cesión a terceros de EESS en la red de Repsol, mitigaba el refuerzo de su posición de principal operador, derivado de la operación de concentración, de forma que Repsol no aumentaba el número de EESS en las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Madrid. La CNMC valoró que dicho compromiso contribuía a limitar la concentración horizontal de Repsol en las citadas provincias, a efectos, tanto del cumplimiento de la LDC en los términos en que la CNMC estimó adecuados, así como de la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013.

De todo ello cabe realizar la siguiente reflexión. Si la CNMC no hubiera considerado el marco regulatorio vigente y, en particular, la restricción impuesta por la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013, el compromiso para mitigar los efectos horizontales de la operación en el mercado de distribución minorista, pudo haber sido otro distinto que permitiera eludir la normativa que restringía el crecimiento de la red de EESS de Repsol en determinadas provincias con cuota superior a 30 por 100. Sin embargo, la valoración que merece el compromiso final, es que permitía resolver los problemas evaluados por la CNMC derivados de la operación, sobre la competencia en el mercado de distribución minorista de carburantes de automoción, y, a la vez, dar cumplimiento a la restricción impuesta por la Disposición Transitoria quinta de la Ley 11/2013.

## 5. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN C-0758/16 GAS NATURAL FENOSA/GLP REPSOL BUTANO-ACTIVOS Y C-0759/16 NATURGAS/GLP REPSOL BUTANO-ACTIVOS

Las concentraciones C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos<sup>15</sup> y C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos<sup>16</sup> con-

<sup>15</sup> <https://www.cnmc.es/es-es/competencia/buscadorde/expedientes.aspx?num=C%2f0758%2f16&ambito=Concentraciones&b=c%2f0758%2f16&p=0&ambitos=Concentraciones,Recursos,Sancionadores+CCAA,Sancionadores+Ley+30,Vigilancia,Medidas+cautelares,Conductas&estado=0&sector=0&av=0>.

<sup>16</sup> <https://www.cnmc.es/es-es/competencia/buscadorde/expedientes.aspx?num=C%2f0759%2f16&ambito=Concentraciones&b=c%2f0759&p=0&ambitos=Concentraciones,Recursos,Sancionadores+CCAA,Sancionadores+Ley+30,Vigilancia,Medidas+cautelares,Conductas&estado=0&sector=0&av=0>.

sistieron en la adquisición de puntos de distribución y suministro de gas licuado del petróleo canalizado, propiedad de Repsol Butano, S. A. (Repsol Butano), bien por parte de Gas Natural Distribución SDG, S. A., filial del grupo Gas Natural Fenosa (GNF), bien por parte de Naturgas Energía Grupo, S. A. (Naturgas), a través de Naturgas Energía Distribución, S. A. U., respectivamente.

Dichas operaciones de concentración se enmarcaban dentro de la estrategia del Grupo Repsol de desinversión de su negocio de gas licuado del petróleo (en adelante GLP) canalizado, adquirido por distintas distribuidoras de gas natural, en sucesivas operaciones de concentración autorizadas por la CNMC<sup>17</sup>.

El análisis de competencia realizado por la CNMC en las operaciones de concentración C-0758/16 y C-0759/16, tuvo como punto de partida la finalidad de estas operaciones de concentración. Esta era, precisamente, la transformación de los puntos de distribución y suministro de GLP canalizado a gas natural y, consecuentemente, la incorporación de dichos puntos a la red de distribución de gas natural iba a suponer, en definitiva, el suministro de gas natural a nuevos clientes, fundamentalmente domésticos. El número de puntos de suministro de GLP canalizado adquiridos a Repsol Butano por las distribuidoras gasistas era elevado: más de dos veces el número de nuevas altas de distribución de gas anuales<sup>18</sup>, volumen que se va a incrementar en los años siguientes con la expansión de la red de gas natural a partir de dichos puntos de suministro.

Asimismo, en el análisis de la competencia de los mercados afectados por dichas operaciones, la CNMC puso el foco de atención sobre el papel del distribuidor de gas natural en el proceso de altas de nuevos suministros, al ser este, directamente o a través del instalador subcontratado, el primer punto de contacto con el consumidor. Teniendo en cuenta la integración vertical de los grupos empresariales adquirentes (GNF y Naturgas) en actividades reguladas (distribución) y liberalizadas (suministro y aprovisionamiento de gas natural), la CNMC valoró que dichas operaciones de concentración, reforzaban la posición de las notificantes en el mercado minorista de suministro a clientes domésticos y pymes, afectando la dinámica competitiva del mercado.

---

<sup>17</sup> Resoluciones de la CNMC sobre las siguientes operadores de concentración: C-0710/15 Redexis/Repsol GLP, C-0767/16 Redexis/GLP Repsol Butano 2-Activos, C-0739/16 Gas Extremadura/Repsol GLP, C/0772/16 Madrileña Red de Gas/Repsol GLP-Activos, C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos y C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos.

<sup>18</sup> El número de altas activadas de gas natural fue 219.788 en 2015 según la Tabla 14 del «Informe anual de supervisión de cambios de comercializador. Año 2015» de la CNMC, <https://www.cnmc.es/es-es/energ%C3%ADa/cambiodecomercializador/informessupervisi%C3%B3ncambioscomercializador.aspx>.

A. EL MARCO REGULATORIO APLICABLE A LA DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL Y A LA TRANSFORMACIÓN DE REDES DE GLP CANALIZADO A REDES DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL

En los Informes Propuesta sobre las operaciones de concentración C-0758/16 y C-0759/16, la CNMC tuvo muy presente la regulación aplicable a los mercados afectados. Según la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, la distribución de gas natural es una actividad regulada mientras que la comercialización de gas se desarrolla en régimen de libre competencia. Asimismo, las sociedades mercantiles que desarrollen la actividad regulada de distribución deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de la misma sin que puedan, por tanto, realizar actividades como la producción o comercialización, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades. No obstante, la Ley 34/1998 establece que un grupo de sociedades puede desarrollar actividades incompatibles, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes y se cumplan los criterios de independencia establecidos en la propia ley. Asimismo, se exige a las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y no reguladas, que no creen confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización.

B. LA INFLUENCIA DEL MARCO REGULATORIO EN LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE, EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS SOBRE LA COMPETENCIA Y EN LA VALORACIÓN DE LOS COMPROMISOS

La CNMC analizó el *mercado de suministro de gas natural a clientes domésticos-comerciales*, y, en tanto la finalidad de la adquisición de puntos de suministro de GLP canalizado era su transformación a gas natural, centró su atención en el suministro de gas a los clientes resultantes de las nuevas altas. Por otra parte, respecto a su ámbito geográfico, la CNMC analizó el mercado nacional, de acuerdo con precedentes previos<sup>19</sup> y, también, el ámbito regional, al igual que el ámbito del mercado de distribución de gas natural. Ello, debido a la vinculación con el comercializador perteneciente al grupo propietario de las redes de distribución de gas natural, que es especialmente significativa en el suministro de nuevas altas de gas.

Según consta en los Informes Propuesta de ambas operaciones de concentración, en el test de mercado realizado por la CNMC, los agentes reconocieron que el suministro de gas en la nueva alta transformada presentaba diferencias sustanciales respecto el suministro del cliente que ya tiene comercializador. Las comercializadoras y las distribuidoras de gas natural

<sup>19</sup> Véanse precedentes, C-098/08 Gas Natural/Unión Fenosa, C-0685/15 Endesa/Madrileña Suministro de Gas/Madrileña Suministro de Gas Sur.

identificaron distintos factores desde el lado de la oferta, tales como los mayores costes de búsqueda del cliente, de captación y de gestión en la comercialización de gas de las nuevas altas respecto a las de clientes que ya cuentan con un suministrador de gas. Además, desde el lado de la demanda, los comercializadores identificaban como objetivo de los nuevos clientes de gas natural, la obtención de suministro de gas cuanto antes, mientras que en el cambio de suministrador el objetivo del cliente es, básicamente, la obtención de una mejora en la oferta de suministro en vigor.

Respecto a la elevada vinculación en las nuevas altas de gas natural entre el distribuidor y el comercializador del mismo grupo empresarial, la CNMC analizó que históricamente el porcentaje de las nuevas altas conectadas en las redes de las distribuidoras que son suministradas por las comercializadoras pertenecientes al propio grupo empresarial era significativamente elevado (87 por 100 para el Grupo GNF y 85 por 100 para el Grupo Naturgas en 2015)<sup>20</sup>.

La elevada vinculación entre las distribuidoras a las que se conectaban los nuevos puntos de suministro y las comercializadoras pertenecientes al mismo grupo empresarial, había sido detectada por la CNMC como Autoridad Reguladora del sector gasista<sup>21</sup>. De hecho la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC dictó Resolución con decisión Jurídica Vinculante, con fecha 18 de febrero de 2014, con el objetivo, precisamente, de mejorar la información a disposición del consumidor para la elección de suministrador<sup>22</sup>.

Más aun, según consta en los Informes Propuesta de sendas operaciones de concentración, en el test de mercado realizado por la CNMC los comercializadores consultados identificaron factores explicativos de la elevada vinculación vertical en el suministro de las nuevas altas de gas. Así, las comercializadoras distinguieron los siguientes factores desde el punto de vista de la oferta:

a) *La falta de información y asimetría en la información de las nuevas altas*

Un punto criticado por algunas comercializadoras de gas natural fue la desinformación sobre las nuevas altas y, en particular, sobre aquellas resul-

<sup>20</sup> Véase el gráfico 28 del «Informe Anual de Supervisión de los Cambios de Comercializador-Año 2015» de la CNMC, <https://www.cnmc.es/es-es/energ%C3%ADa/cambiodecomercializador/informessupervisi%C3%B3ncambioscomercializador.aspx>.

<sup>21</sup> Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que establece, en su art. 4, que cuando así resulte de la normativa de la Unión Europea o nacional, la CNMC tendrá la consideración de Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural.

<sup>22</sup> El distribuidor, junto a la documentación que aporte al solicitante de una acometida a tenor de lo dispuesto en el art. 25.2 del *Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones de gas natural*, debía incluir información sobre la existencia de la tarifa de último recurso, a la que pueden acogerse determinados consumidores de gas, así como sobre los suministradores que operan en el mercado español de gas natural.

tantes de la transformación de puntos de suministro de GLP canalizado. Por ello, resultaría difícil para las comercializadoras, llegar a las nuevas altas de gas natural y, más aún, a las que surgen de la transformación de suministros de GLP canalizado.

b) *Los mayores costes comerciales en las nuevas altas*

Según señalaron algunas comercializadoras en el test de mercado, en términos comerciales, el cambio de comercializador (*switching*) es un segmento que resulta más rentable que el suministro a las nuevas altas, debido a que la tramitación de una nueva alta conlleva unos mayores costes y es más complicada, al ser necesario recabar documentación técnica y la verificación previa de la seguridad de las instalaciones. Las distribuidoras de gas natural que contestaron al test de mercado, indicaron que la nueva alta lleva asociada una labor de campo en la instalación, que explica posibles demoras en su tramitación relacionadas con la ausencia del cliente o con la falta de documentación en el momento de realizar el alta. Además, en las nuevas altas las comercializadoras no conocen la curva de carga del cliente para analizar ofertas y presentan más riesgos de morosidad, en tanto que es difícil para las comercializadoras el acceso a datos sobre la solvencia del cliente que será una nueva alta. Finalmente, la capilaridad de las compañías verticalmente integradas permite llegar con una mayor facilidad a los puntos de suministro que son nuevas altas, debido a que disponen de canales de comunicación con los clientes, lo que mitiga, también en las nuevas altas, los costes de gestión comercial de estos grupos respecto a potenciales competidores.

c) *La importancia de la imagen de marca*

Según consta en los Informes Propuesta algunas comercializadoras manifestaron que la imagen de marca del comercializador perteneciente al grupo empresarial del distribuidor que efectúa la transformación de puntos de GLP a gas natural, implica, en realidad, unos costes comerciales menores que para el resto de competidores, que deberán realizar actuaciones adicionales para que los consumidores de las nuevas altas lleguen a conocerles y acepten sus ofertas. Ello en tanto que los consumidores conocen la figura del distribuidor de la zona, o al menos lo conocen en mayor medida que a los comercializadores no integrados. Señalaban que, en muchos casos, los consumidores consideran que lo habitual es que les suministre la comercializadora perteneciente al mismo grupo empresarial que la distribuidora. Según indicaron algunas comercializadoras afecta, también, el desconocimiento generalizado de un número importante de consumidores que no distingue entre las sociedades distribuidoras y comercializadoras pertenecientes al mismo grupo empresarial, debido a que la imagen corporativa de estas puede llegar a confundirse.

#### d) *La actuación de terceros*

Algunas comercializadoras pusieron de manifiesto en el test de mercado la importancia del papel de los instaladores, en el caso de los suministros resultantes de los trabajos de nuevas altas, debido a que, por lo general, son los instaladores que trabajan para la distribuidora quienes suelen realizar ofertas a los clientes para la instalación del nuevo suministro o para la sustitución de la instalación existente por una de gas natural.

Además de los anteriores factores, también desde el lado de la demanda, las comercializadoras identificaron características específicas del consumidor que es nueva alta de gas que influyen en la elevada vinculación vertical. En particular, destacaron la inercia de los consumidores residenciales hacia el comercializador perteneciente al grupo empresarial de la distribuidora de gas natural, en parte por el efecto de la imagen de marca del distribuidor de la zona en las nuevas altas, por la falta de información, o al menos por el difícil acceso a ella, sobre las diferentes alternativas de suministro, comercializadoras activas y sus ofertas de suministro, y por la clara intención del cliente que es nueva alta a obtener cuanto antes su suministro.

El comportamiento inercial o poco activo y el difícil acceso a información del consumidor residencial, ha sido sometido al análisis de las Autoridades de Competencia como un obstáculo para la competencia efectiva en el mercado minorista de suministro de gas y electricidad. La inercia de los consumidores residenciales de gas y electricidad, o la falta de actuación para buscar suministrador y ofertas de suministro, es un elemento que facilita que las comercializadoras puedan sacar provecho de su poder de mercado. Esta preocupación ha sido compartida, también, con las Autoridades Regulatorias de los sectores eléctrico y de gas natural.

En este sentido, recientemente, la Competition Markets Authority (CMA) en su «Energy market investigation»<sup>23</sup> y el regulador sectorial del Reino Unido, Ofgem, en su «Retail Energy Markets in 2016»<sup>24</sup>, concluyeron que una barrera para el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado minorista de suministro de electricidad y gas natural en el Reino Unido era la falta de información adecuada para los clientes residenciales. Destacaban que las «barreras de comportamiento de dichos clientes» dificultan una elección de oferta de suministro adecuada para el cliente. Según la CMA, para un funcionamiento adecuado del mercado de suministro de gas y electricidad, es preciso que el consumidor se involucre, actúe en el mercado y que sea capaz de poder elegir entre las distintas ofertas posibles de suministro energético. Por ello, la CMA propuso un conjunto de medidas, algunas encaminadas a proporcionar más información a los comercializadores sobre aquellos clientes más inactivos, incluso a través de

<sup>23</sup> CMA (junio de 2016): «Energy market investigation - Final report», <https://www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation>.

<sup>24</sup> Ofgem (agosto de 2016): «Retail energy markets in 2016», <https://www.ofgem.gov.uk/publications-and-updates/retail-energy-markets-2016>.

la creación de una base de datos de clientes inactivos por Ofgem, a facilitar información clara al cliente para que sea activo en sus decisiones, y otras con el objetivo de que las comercializadoras proporcionen publicidad de sus ofertas a las microempresas<sup>25</sup>.

### C. ANÁLISIS DE COMPETENCIA Y COMPROMISOS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN C/0758/16 Y C/759/16

Partiendo de la transformación progresiva en gas natural de los puntos de suministro de GLP canalizado adquiridos a Repsol Butano, la CNMC valoró en sendas operaciones de concentración que GNF y Naturgas, respectivamente, iban a reforzar la vinculación vertical entre el mercado de distribución de gas natural y el de suministro de gas a clientes domésticos y comerciales en aquellas provincias en las que, bien son distribuidoras monopolistas, o bien registran una elevada cuota de mercado. Ello en tanto el mercado de suministro de gas natural a clientes doméstico-comerciales está estrechamente vinculado al de distribución de gas natural, en particular en las nuevas altas.

Aunque la adquisición de los puntos de suministro de GLP de Repsol Butano y su futura transformación a gas natural, iba a permitir a los clientes acceder a un mercado de suministro de carburante liberalizado y elegir libremente comercializador, a diferencia del suministro del GLP canalizado que se efectúa en régimen de monopolio por el distribuidor de GLP, la CNMC analizó la fuerte vinculación de la titularidad de las redes en favor del comercializador perteneciente al mismo grupo empresarial, aún más significativa a nivel provincial.

La adquisición de los puntos de suministro de GLP canalizado como resultado de sendas operaciones de concentración suponía que GNF y Naturgas obtendrían varias veces el número de nuevas altas anuales que adquieren en competencia por el mercado de redes donde distribuyen gas natural. Así, la comparación del número de puntos de suministro de GLP canalizado adquiridos por todas las distribuidoras de gas a Repsol para su transformación a gas natural (463.838 puntos de suministro)<sup>26</sup> y del número anual de altas de gas obtenidas por las distribuidoras de gas en competencia por el mercado (219.788 puntos de suministro en 2015), reflejaba la importancia de las operaciones de concentración de adquisición de puntos de suministro de GLP canalizado de Repsol por las distribuidoras de gas.

<sup>25</sup> «*Domestic retail remedies*». Su propuesta comprende las siguientes medidas: i) crear un marco para la competencia efectiva; ii) ayudar a los consumidores a involucrarse en explotar los beneficios de la competencia (tomen decisiones bien informadas), y iii) proteger a los consumidores que son menos capaces de involucrarse en explotar los beneficios de la competencia.

<sup>26</sup> Suma de 75.008 puntos de suministro adquiridos por Redexis (C-0710/15 Redexis/Repsol GLP Y C-0767/16 Redexis/GLP Repsol Butano-Activos), 14.826 por Dicogexa (C-0739/16 Gas Extremadura/Repsol GLP), 249.715 por GNF (C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos), 82.457 por Naturgas (C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos) y 41.832 por Madrileña Red de Gas (C-0772/16 Madrileña Red de Gas/Repsol GLP-Activos).

Máxime teniendo en cuenta que el 72 por 100 de los puntos de suministro de GLP canalizado adquiridos correspondía a los grupos empresariales (GNF y Naturgas) integrados verticalmente.

Teniendo en cuenta las respuestas al test de mercado y el entorno regulatorio vigente, la CNMC evaluó que en el suministro de gas a las nuevas altas subyacían características y costes diferentes que en el de clientes que ya tienen suministrador de gas natural, que cuentan con el cambio de suministrador (*switching*) como un aspecto dinamizador del mercado. Además, la falta de conocimiento del mercado por parte de los consumidores residenciales y las características de la demanda afectada por la operación de concentración (clientes residenciales, con demanda inelástica al precio, altos costes de búsqueda y con precio minorista regulado), eran factores que dificultaban la búsqueda activa de suministrador de gas por parte del cliente. En este sentido, ante las dificultades encontradas por los consumidores domésticos a la hora de contratar nuevas altas de gas natural, la CNMC aprobó Resolución de 18 de febrero de 2014 con decisión jurídica vinculante. Sin embargo, a juicio de la propia CNMC, no se constataba un cambio significativo en la vinculación entre el comercializador perteneciente al grupo del distribuidor de la zona al que el consumidor se conectaba como una nueva alta de gas natural.

En consecuencia, la CNMC consideró que las citadas operaciones de concentración reforzaban la posición de GNF/Naturgas en el mercado de suministro de gas natural a clientes domésticos y pymes y, en particular, en el suministro de las nuevas altas de gas natural en las provincias en las que el grupo empresarial concentraba una elevada cuota de mercado como distribuidor de la zona, afectando negativamente a la dinámica competitiva del mercado de suministro.

GNF y Naturgas, respectivamente, presentaron compromisos con el objeto de que las operaciones de concentración no reforzaran su posición en el mercado y mitigaran la elevada vinculación existente en las nuevas altas de gas entre las comercializadoras pertenecientes a sendos grupos empresariales y sus distribuidoras. En definitiva, para que los nuevos puntos de suministro que se incorporen a la red de distribución, derivados de la transformación de los activos de GLP adquiridos a Repsol Butano, fueran comercializados por empresas no pertenecientes a sendos grupos empresariales, presentaron los siguientes compromisos:

- a) *Compromiso de no ofertar ni suministrar en las nuevas altas, por parte de las comercializadoras pertenecientes al grupo empresarial, durante un plazo de doce meses desde su transformación.* Ello, sin perjuicio de la obligación de suministro del Comercializador de Último Recurso del Grupo, establecida en la Ley 34/1998 y su normativa de desarrollo. De dicho compromiso se exceptuaban aquellos casos en los que el consumidor que ya hubiera sido suministrado en la nueva alta por el Comercializador de Último Recurso del Grupo, hubiera ejercido su derecho a elegir comercializador ajeno al grupo de los notificantes, desde que fuera efectivo su suministro

con el comercializador ajeno al grupo. Ello debido a que estos casos eran meros cambios de suministrador, y no nuevas altas de gas, que es donde se habían evaluado los problemas de competencia.

- b) *Compromiso relativo a proporcionar información a los competidores sobre los puntos de suministro transformados.* Ello, teniendo en cuenta los elevados costes de información y de captación de los comercializadores en relación a los puntos de suministro transformados, y para mitigar el refuerzo de la vinculación vertical de los comercializadores del grupo en las nuevas altas derivadas de las transformaciones de los puntos de suministro a gas natural conectados a las redes del distribuidor.
- c) *Compromiso relativo a proporcionar información al nuevo cliente,* teniendo en cuenta la desinformación respecto al proceso de alta de suministro y a efectos de diferenciar el procedimiento de conexión, efectuado por el distribuidor, del de suministro que puede realizar cualquier comercializadora.

Además, los notificantes se comprometían a que todas las empresas pertenecientes y colaboradoras del grupo empresarial en el proceso de nueva alta, actuaran de forma neutra, facilitaran la elección de suministrador en las nuevas altas e informaran adecuadamente al cliente de la restricción a comercializar para GNF y Naturgas derivada de los compromisos.

Los compromisos se valoraron por la CNMC como una solución adecuada, suficiente y eficaz para resolver los obstáculos a la competencia efectiva identificados en el mercado de suministro de gas a clientes doméstico-comerciales, en las nuevas altas de gas transformadas. En cuanto a la proporcionalidad de los compromisos, la CNMC consideró poder dar los compromisos por cumplidos una vez se hubiera finalizado la transformación de al menos el 90 por 100 de los puntos de suministro objeto de los presentes compromisos, previa solicitud motivada de los notificantes. Además, el ámbito de aplicación de los compromisos se circunscribió a aquellos clientes residenciales (acogidos a los grupos tarifarios 3.1 y 3.2)<sup>27</sup>, caracterizados por un mayor desconocimiento del mercado gasista y cuya captación tiene mayores costes de gestión, lo que hace que estos clientes sean menos rentables comercialmente que otros en baja presión, de mayor consumo, mejor informados y con unos menores costes de búsqueda de comercializadores y ofertas. Por último, la aplicación de los compromisos se vinculó a que los puntos de suministro transformables estuvieran ubicados en provincias en donde las distribuidoras del grupo tenían una cuota de mercado significativa (superior al 70 por 100).

Como conclusión, en las operaciones de concentración C-0758/16 y C-0759/16, el marco regulatorio en el que se desenvuelve el suministro de nuevas altas de gas fue tenido en cuenta de forma sustancial por la CNMC, tanto en la definición del mercado relevante, como en la identificación de

---

<sup>27</sup> Consumidores en baja presión y consumo anual igual o inferior a 5.000 kWh (grupo tarifario 3.1) y consumo anual superior a 5.000 kWh e inferior o igual a 50.000 kWh.

los problemas de competencia y en la evaluación de los compromisos propuestos.

## 6. CONCLUSIONES

El art. 10 de la LDC establece que la CNMC deberá valorar las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización a la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional.

Como se ha analizado a lo largo del presente artículo, la CNMC, en su evaluación de diversas operaciones de concentración, en particular con efectos en la competencia de los mercados energéticos, muestra que el control de concentraciones no puede sustraerse a la consideración del marco regulatorio en el que se produce la concentración. Este es descrito y analizado, y se tiene en cuenta a la hora de adoptar la resolución final por la CNMC.

Se ha contextualizado la influencia del marco regulatorio vigente sobre el análisis del control de concentraciones de la CNMC con efectos en la competencia en los mercados minoristas de hidrocarburos en España.

Así, por una parte, del análisis de la operación de concentración C-0550/14 Repsol/Petrocat, se ha visto que, en la valoración del compromiso relativo al mercado minorista de distribución de carburantes de automoción a través de EESS, la CNMC tuvo en consideración la regulación aplicada en este mercado y, en particular, la limitación al establecimiento de EESS en redes de operadores con cuotas de mercado provincial superior al 30 por 100. De no haber tenido en cuenta dicha regulación en el análisis de los compromisos, podrían haberse introducido otros compromisos, redundantes con la normativa sectorial o, en otro caso, que hubieran permitido esquivar la normativa introducida para reducir el poder de mercado de los principales operadores.

Por otra parte, de la valoración de las operaciones de concentración C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos y C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos, se extrae que la CNMC tuvo en consideración el contexto regulatorio aplicable al mercado de suministro de gas natural y, en particular, a las altas de gas. Ello se refleja en la definición del mercado relevante, en la identificación de los obstáculos para la competencia efectiva en el mercado y en la evaluación de la efectividad de los compromisos propuestos.





# VALORACIÓN ECONÓMICA DE LAS SANCIONES DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA (2011-2015)

Javier GARCÍA-VERDUGO

Asesor Económico del Presidente de la CNMC

Profesor Titular de Economía Aplicada

Carlos MERINO TRONCOSO

Investigador Principal, Asesoría Económica de la CNMC

Lorena GÓMEZ CRUZ

Ayudante de Investigación, Asesoría Económica de la CNMC

## 1. INTRODUCCIÓN

Como sucede con cualquier régimen sancionador, el principal objetivo de las sanciones en el contexto de la política de defensa de la competencia es disuadir tanto a las infractoras como al resto de las empresas de participar en conductas anticompetitivas, y no tanto el restablecimiento del daño causado por tales conductas. Así lo recoge con frecuencia la Comisión Europea, en línea con la literatura especializada. Por ejemplo, en la Comunicación con motivo del décimo aniversario del Reglamento 1/2003 se dice<sup>1</sup>: «Corresponde a los Estados Miembros asegurar que las sanciones son efectivas, proporcionadas y disuasorias. Independientemente del régimen sancionador vigente en una jurisdicción, es reconocido por todos que la defensa de la competencia no puede ser efectiva si no es posible imponer a las empresas sanciones civiles o administrativas que sean disuasorias». De manera más específica, las Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de multas<sup>2</sup> afirman: «Procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no solo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas

<sup>1</sup> Véase COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. *Diez años de Aplicación de la Normativa Antimonopolio del Reglamento (CE) núm. 1/2003: logros y perspectivas futuras*, COM/2014/0453 final.

<sup>2</sup> Véanse las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (2006/C 210/02)*, DO de 1 de septiembre de 2006, disponibles en la web de la Comisión Europea: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)).

de adoptar o mantener conductas contrarias a los arts. 81 y 82 del Tratado (efecto disuasorio general)».

La actividad sancionadora de las autoridades de competencia suele ser criticada desde varios frentes. Por un lado, están quienes opinan que las multas son insuficientes y carecen de efecto disuasorio. En contraposición se encuentran quienes acusan a las autoridades de fijar multas desmesuradas que violan el principio de proporcionalidad<sup>3</sup> y ponen en peligro la continuidad de las empresas sancionadas. Diversos estudios han tratado de dirimir esta polémica analizando las multas impuestas por las diferentes autoridades, pero los resultados difieren notablemente entre sí<sup>4</sup>.

Otra crítica frecuente es la falta de transparencia en los criterios específicos que deben ser tenidos en cuenta por parte de la autoridad de competencia a la hora de fijar las multas. Argumentan que las sanciones deben ser más previsibles para dotar a las empresas de mayor seguridad jurídica. Sin embargo, hay argumentos en sentido contrario que llevan a concluir que si las empresas pueden calcular de antemano con precisión la multa que se les va a imponer por una infracción, el efecto disuasorio disminuye<sup>5</sup>. Se trata, por tanto, de buscar un equilibrio adecuado entre previsibilidad y disuasión, aunque este tema se escapa del ámbito de este trabajo.

Como ya se ha mencionado anteriormente, son numerosos los estudios económicos que han sido llevados a cabo para intentar determinar cuál es el nivel óptimo de las multas por infracciones contra la competencia y, si

<sup>3</sup> H. HOUBA, E. MOTCHENKOVA y Q. WEN, «Legal Principles in Antitrust Enforcement», *Timbergen Institute Discussion Paper*, Paper núm. 2013-178/II, 2013. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Véase art. 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y Protocolo núm. 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>4</sup> OCDE, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes*, Competition Committee, Report to the OECD, 2002; J. M. CONNOR, «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels», *Journal of Industrial Competition & Trade*, núm. 6, 3-4, 2006, pp. 195-223; P. J. W. WILS, «Optimal antitrust fines: Theory and practice», *World Competition*, núm. 29 (2), 2006, pp. 183-208; P. BUCCIROSSI y G. SPAGNOLO, «Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers still go to Prison?», en V. GOSHAL y J. STENNEK (eds.), *The Political Economy of Antitrust*, Elsevier, 2007; OFFICE OF FAIR TRADING, *OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, OFT 423, 2012; G. J. WERDEN, S. D. HAMMOND y B. A. BARNETT, «Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions», *The Antitrust Bulletin*, núm. 56 (2), 2011, pp. 207-234; A. HEIMLER y K. MEHTA, «Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence», *World Competition*, núm. 35, 2012, pp. 103-119; M. L. ALLAIN, M. BOYER, R. KOTCHONI y J. P. PONSSARD, «Are cartel fines optimal? Theory and evidence from the European Union», CIRANO - Scientific Publications 2013s-24, 2013; E. COMBE y C. MONNIER, «Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement», *Antitrust Bulletin*, núm. 56 (2), 2011, 235-276; J. HARRINGTON, «Penalties and the deterrence of unlawful collusion», *Economics Letters*, vol. 124, issue 1, 2014, pp. 33-36; F. SMUDA, «Cartel overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law», *Journal of Competition Law and Economics* núm. 10 (1), 2014, pp. 63-86; I. LIANOS, F. JENNY, F. WAGNER VON PAPP, E. MOTCHENKOVA y E. DAVID, «An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis», *CLES Research paper series*, núm. 3, 2014, UCL Faculty of Laws.

<sup>5</sup> Véase WILS, en nota núm. 4, cfr. también los principios de armonización de las políticas de sanciones publicados por el Grupo de Trabajo de Multas de las Autoridades de Competencia Europeas: EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES, *Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence*, 2008.

bien los resultados son dispares, todos ellos están de acuerdo en que el volumen de negocio del mercado afectado, el beneficio ilícito obtenido por las empresas participantes y la probabilidad de detección y sanción de la conducta, deben jugar un papel fundamental. Nos centraremos en las sanciones por infracciones del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) o del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), más concretamente en las sanciones por cártel, aunque parte de lo que se va a decir a continuación puede aplicarse, con ciertas cautelas, a las sanciones por abuso de posición de dominio (infracciones del art. 2 de la LDC o 102 del TFUE)<sup>6</sup>.

La teoría económica que analiza la forma óptima de disuasión de las actividades ilícitas se ha organizado principalmente en torno a dos enfoques<sup>7</sup>. El primero se centra en la compensación, es decir, tiene como objetivo la restitución por parte del infractor de las ganancias que le ha proporcionado la actividad ilícita y, más en general, la reparación de los daños que esa actividad ha causado a la sociedad. En el ámbito de la defensa de la competencia, una multa compensatoria es la que trata de recuperar para la sociedad el beneficio ilícito (*excess profit*) obtenido por el cártel, a lo que en ocasiones se añade la consideración del daño causado a la economía<sup>8</sup>.

El segundo enfoque se centra en la disuasión y, por tanto, en el castigo ejemplar del infractor, más que en la restitución. Este enfoque considera que las empresas ponderan los costes y los beneficios esperados que se derivarán de su participación en una actividad ilegal, y por tanto analizan los incentivos que tienen para respetar la legalidad. En el caso de la defensa de la competencia, una multa disuasoria es la que consigue que no sea rentable para las empresas la formación o el mantenimiento de un cártel. Como se ha mencionado anteriormente, al hablar de multa disuasoria se distingue a su vez la disuasión específica y la disuasión general. La específica se centra en que la multa sea suficiente para desincentivar que las empresas que han participado en una infracción concreta vuelvan a hacerlo. La disuasión

<sup>6</sup> El abuso de posición de dominio es una conducta más difícil de enjuiciar por parte de las autoridades. Por ejemplo, el abuso exclusionario puede tener efectos positivos a corto plazo sobre el consumidor, y es más difícil calcular el perjuicio que ha causado.

<sup>7</sup> Ambos enfoques proceden de las aportaciones de G. S. BECKER, «Crime and Punishment: An economic Approach», *Journal of Political Economy*, núm. 76, 1968, pp. 169-217, W. H. LANDES, «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», *University of Chicago Law Review*, núm. 50, 1983, pp. 652-678. Véase nota núm. 4, WERDEN, HAMMOND y BARNETT (2011) para un resumen matizado de la aplicación de estos enfoques.

<sup>8</sup> En general, puede afirmarse que el daño causado por un acuerdo colusorio es superior al beneficio ilícito, ya que no todo el incremento de precios que se deriva de la cartelización se traduce en beneficio ilícito para los cartelistas (por ejemplo, un aumento de precios se traduce en una reducción de las ventas mayor o menor según el valor de la elasticidad-precio de la demanda), pero siempre se traduce en un daño para los consumidores.

Por otro lado, el daño de las conductas anticompetitivas no se limita a que los consumidores paguen un sobreprecio, sino que existen otros efectos relevantes. Por un lado, la colusión conduce a que se produzca y se consuma menos que en situación de competencia, por lo que algunos agentes no podrán consumir lo que desearían. Por otro lado, la ausencia de competencia reduce el incentivo a la innovación y las consiguientes ganancias de productividad, como ponen de manifiesto diversos estudios en línea con el trabajo seminal de S. J. NICKELL, «Competition and Corporate Performance», *Journal of Political Economy*, núm. 104 (4), 1996, pp. 724-746.

general es la que trata de evitar que terceras empresas no implicadas en la infracción decidan participar (o continuar) en una conducta similar<sup>9</sup>.

Unas multas muy reducidas podrían no ser compensatorias ni disuasorias. Pero una multa muy elevada podría resultar contraria al principio de proporcionalidad, y en el extremo podría llegar a producir la quiebra de la empresa, con el consiguiente perjuicio a los accionistas, acreedores o empleados de la empresa, y en última instancia a la misma competencia de acuerdo con WILS<sup>10</sup>. Por este motivo, algunos autores como WERDEN *et al.*<sup>11</sup>, abogan por aumentar el efecto disuasorio por otras vías, como la responsabilidad personal de los administradores y la criminalización de las infracciones contra la competencia, en línea con lo que sucede en países como Estados Unidos.

De todas formas, no hay que olvidar que en España y en los otros Estados miembros de la UE, y en la propia Comisión Europea, se prevén mecanismos para limitar los posibles efectos negativos de las sanciones. Por un lado, todas las autoridades de competencia establecen un límite máximo a las sanciones, aunque la interpretación de este límite varía según la legislación de cada país; normalmente se trata del 10 por 100 del volumen de negocio total del año anterior a la imposición de la multa, que se considera un indicador del máximo esfuerzo que puede pedirse a la empresa sin poner en peligro su continuidad, aunque la procedencia de este porcentaje no suele explicitarse. Por otro, tanto en algunos países como en la Comisión Europea se admite la solicitud de reducción de la multa por incapacidad contributiva (*inability to pay*). Aunque en España no se admite esta posibilidad, la obligación de poner la sanción como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa (art. 63 de la LDC) ya implica que si la situación de la empresa se ha deteriorado mucho recientemente, la multa será considerablemente más reducida, y podría llegar a ser nula si la empresa ha cesado su actividad.

En resumen, debe haber un equilibrio entre multas demasiado bajas, que no llegan a ser disuasorias, y multas excesivamente altas, que violan el principio de proporcionalidad y ponen en peligro la continuidad de las empresas. Pero para evitar cometer errores por exceso o por defecto es necesario contar con una referencia rigurosa (*benchmark*) de lo que puede considerarse en cada caso concreto una multa suficientemente disuasoria o compensatoria.

El resto del estudio se estructura como sigue. En la segunda sección se definen los parámetros de los que depende el beneficio ilícito y se analiza la mejor manera de estimarlos empíricamente. En la tercera sección se mues-

---

<sup>9</sup> El enfoque de disuasión frente al compensatorio es especialmente aconsejable cuando se acepta que el cártel puede ser considerado como equivalente a un hurto o una estafa, por lo que nunca persigue un fin legítimo, y lo lógico sería perseguir su completa disuasión. Como todo sistema sancionador es imperfecto, y no se alcanza a sancionar todas las conductas ilícitas que se producen, un sistema compensatorio nunca podría tener un efecto de disuasión general.

<sup>10</sup> Véase WILS (2006), en nota núm. 4.

<sup>11</sup> Véase WERDEN, HAMMOND y BARNETT (2011) en nota núm. 4.

tra la expresión de la multa óptima desde la perspectiva de la disuasión teniendo en cuenta la probabilidad de detección, y se considera cómo estimar este parámetro. En la sección cuarta se presenta una síntesis estadística de las sanciones impuestas por la autoridad española de competencia en los últimos cinco años (2011-2015). Finalmente, en la quinta sección se comparan esas sanciones con algunos valores de referencia calculados con las expresiones del segundo apartado, con el fin de determinar si puede afirmarse que han sido excesivas o, por el contrario, suficientemente disuasorias. La última sección presenta las conclusiones más importantes que pueden extraerse para orientar la política sancionadora de la CNMC.

## 2. ESTIMACIÓN DEL BENEFICIO ILÍCITO DE UN CÁRTEL

Como se ha visto, una multa disuasoria es aquella que desincentiva a una empresa a participar en un cártel, y esto se logra cuando no hay ganancia neta esperada por participar en una conducta prohibida, es decir, cuando la ganancia ilícita esperada de entrar en el cartel es menor que la pérdida esperada. Por tanto, para obtener un valor de referencia para las sanciones es necesario comenzar en cualquier caso con la estimación del beneficio que proporciona la pertenencia al cártel.

Conviene subrayar que estamos hablando de estimación del beneficio ilícito y no de «determinación» o «cálculo», porque la obtención aproximada de esta magnitud tiene enormes dificultades prácticas, entre otras, la falta de información y la necesidad de contemplar escenarios alternativos que no se han dado en la realidad. Por eso, las autoridades de competencia deben contar con cierto margen de discrecionalidad al estimar el beneficio ilícito, a la vez que deben utilizar este valor con prudencia.

El beneficio ilícito ( $\Delta\pi$ ) —también denominado *excess profit*— se define como la diferencia entre el beneficio obtenido por los miembros del cártel ( $\pi^M$ ) y el beneficio que hubieran obtenido en condiciones de competencia ( $\pi$ ).

Por su claridad, en este trabajo hemos utilizado el modelo de Buccirosi y Spagnolo, frecuentemente empleado en la literatura especializada, del que se obtiene la siguiente expresión del beneficio ilícito<sup>12</sup>:

$$\Delta\pi = f(S; m, k, \varepsilon) = k \frac{(1+m)(1-\varepsilon k) - \varepsilon m}{(1+m)(1+k)(1-\varepsilon k)} S$$

En ella se observa que el beneficio ilícito es una proporción del volumen total de ventas en el mercado afectado  $S$ , y ese porcentaje depende de tres parámetros:  $m$  es el margen de beneficio en el escenario competitivo (*competitive mark-up*),  $k$  es el porcentaje de aumento del precio como consecuencia de la cartelización (*cartel overcharge*), y  $\varepsilon$  es la elasticidad-

<sup>12</sup> Véase BUCCIROSSI y SPAGNOLO (2007) en nota 4.

precio de la demanda (en valor absoluto)<sup>13</sup>. El contenido y estimación de estos parámetros se desarrolla en los apartados A a C<sup>14</sup>.

#### A. EL MARGEN DE BENEFICIO COMPETITIVO O *COMPETITIVE MARK-UP* (*M*)

El margen de beneficio competitivo es el porcentaje de incremento sobre el coste marginal que determina el precio competitivo (*but-for price*). Formalmente, se define como  $m = (p - c)/c$ , donde  $p$  es el precio competitivo y  $c$  es el coste marginal<sup>15</sup>. El valor de  $m$  únicamente será cero cuando el precio es igual al coste marginal, es decir, en el modelo de competencia perfecta. En general, lo habitual será que el *competitive mark-up* sea positivo (por ejemplo, por tratarse de productos diferenciados, o por la presencia de economías de escala o de patentes). Interesa subrayar que cuanto mayor sea  $m$ , menor será el beneficio ilícito estimado, porque implica un mayor margen de beneficio en ausencia de colusión.

No es fácil estimar  $m$  porque no suele haber datos disponibles. ALLAIN *et al.*<sup>16</sup>, en su estudio sobre las propiedades disuasorias de las multas impuestas por la Comisión Europea, realizan simulaciones utilizando como valores más probables de  $m$  los que se encuentran en el intervalo 5-20 por 100.

COMBE y MONNIER<sup>17</sup> lo aproximan con el margen bruto de explotación (*operating margin*), que es el cociente entre el resultado bruto de explotación y el volumen de negocio. El resultado bruto de explotación (EBITDA, por las siglas en inglés) no incluye los gastos financieros netos, ni las amortizaciones netas ni los resultados extraordinarios. Se entiende que valora el núcleo esencial del negocio, sin consideraciones fiscales o de estructura financiera. Por su parte, el volumen de negocio es la facturación de la empresa sin deducir los costes de producción y comercialización. Las dos variables —*competitive mark-up* y margen bruto de explotación— no

<sup>13</sup> Si se utiliza el valor de la elasticidad con signo negativo, la expresión del beneficio ilícito sería análoga pero con un signo positivo en los términos donde aparece la elasticidad.

<sup>14</sup> Aunque la literatura especializada sobre la sanción óptima no suele tomar en consideración el daño causado por la conducta, conviene recordar que —como se ha mencionado en la introducción— este debería tenerse en cuenta, junto con el beneficio ilícito, para que la multa pueda ser verdaderamente compensatoria. De hecho, en el art. 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia viene recogido como uno de los criterios para la fijación de las sanciones. Por tanto, aunque en el análisis que sigue se prescindirá de los daños, interesa no perder de vista que determinar la sanción solo a partir del beneficio ilícito no llega a ser una sanción óptima desde el punto de vista compensatorio. La presencia de reclamaciones privadas de daños por conductas anticompetitivas reduce en parte esta necesidad. Es previsible que esta posibilidad se vea potenciada por la futura transposición de la Directiva europea de daños a la legislación española (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea). Sin embargo, incluso si estas acciones fueran frecuentes y tuvieran éxito suficiente, la indemnización por daños solo recuperaría el sobreprecio pagado, no los otros efectos de reducción de consumo y de innovación.

<sup>15</sup> En el modelo de BUCCIROSSI y SPAGNOLO (2007) el coste marginal se asume constante, aunque esta simplificación no afecta a la generalidad de las conclusiones.

<sup>16</sup> Véase ALLAIN, BOYER, KOTCHONI y PONSSARD (2013), en nota 4.

<sup>17</sup> Véase COMBE y MONNIER (2011), en nota 4.

son en general idénticas, pero bajo determinadas condiciones están muy correlacionadas<sup>18</sup>.

Como se trata de estimar el *competitive mark-up*, es decir, el incremento sobre los costes marginales que no es debido a la colusión, debe utilizarse el margen bruto de explotación correspondiente a un periodo anterior a la formación del cártel, aunque no siempre es posible determinar cuándo comenzó efectivamente la cartelización.

Si no se dispone de los valores de estas magnitudes reflejados en la contabilidad de una empresa, una aproximación válida sería utilizar los datos de las empresas líderes del sector, como hacen COMBE y MONNIER. Otra alternativa que parece más adecuada sería utilizar un margen bruto de explotación representativo del sector en el que opera la empresa, como los publicados por el Banco de España, que además permiten distinguir entre empresas de distintos tamaños<sup>19</sup>.

## B. EL INCREMENTO DE PRECIO DEBIDO AL CÁRTEL ( $K$ )

El incremento de precio debido al cártel se refiere al porcentaje en el que ha aumentado el precio con la cartelización respecto del precio competitivo. Es difícil de estimar porque no se dispone de información acerca de la situación competitiva que hubiese habido en ausencia del cártel (lo que se denomina contrafactual o *but-for scenario*). Cuanto mayor sea el *cartel overcharge*, más elevado es el beneficio ilícito.

Con frecuencia, los cárteles son considerados infracciones por objeto o *per se* debido a su especial gravedad —como sucede en España y en la UE—, por lo que no es necesario calcular con precisión la variación efectiva de precios causada por la conducta para determinar si ha habido infracción o no. Por este motivo, no es raro que en el momento de fijar la multa no esté disponible esta información, aunque los datos recogidos en el expediente pueden permitir realizar estimaciones sobre los incrementos de precios efectivamente producidos durante la colusión.

Si no existe información relacionada con una infracción específica, lo que sucede no raras veces, podrían tomarse como valores de referencia las estimaciones realizadas en la literatura especializada<sup>20</sup>. COMBE y MONNIER<sup>21</sup> realizan una revisión de las estimaciones y concluyen que los incrementos de precios producidos por los cárteles a lo largo de su vida activa

<sup>18</sup> Véase A. ESTRADA, P. GARCÍA, A. URTASUN y J. BRIONES, «Indicadores de precios, costes y márgenes en las diversas ramas productivas», Servicio de Estudios del Banco de España, Documento de Trabajo núm. 9801 (1998), para una explicación detallada especialmente el Apéndice II.

<sup>19</sup> Banco de España, *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras*: [http://app.bde.es/rss\\_wwww](http://app.bde.es/rss_wwww).

<sup>20</sup> De todas formas, conviene no subestimar las dificultades prácticas que conlleva usar estas estimaciones al determinar la sanción, sobre todo por el escaso valor probatorio que les conceden los jueces, que demandan información directamente relacionada con el caso concreto.

<sup>21</sup> Véanse COMBE y MONNIER (2011), en nota 4.

superan de media el 20 por 100, promedio que puede llegar a superar el 30 por 100 para los cárteles internacionales.

En su estudio ya citado sobre la disuasión de las multas impuestas por la Comisión Europea, ALLAIN *et al.* realizan simulaciones utilizando como más probables los valores de  $k$  que se encuentran en el intervalo 5-30 por 100. Por su parte, LIANOS *et al.*<sup>22</sup> realizan un amplio estudio comparativo y concluyen que los resultados de los principales trabajos en los que se realizan estimaciones del *cartel overcharge* son muy consistentes entre ellos, y muestran que el valor medio se encuentra entre el 10 y el 20 por 100, aunque detectan mucha dispersión, y por tanto subrayan la importancia del estudio caso por caso cuando sea posible.

BOYER y KOTCHONI<sup>23</sup> se basan en los resultados del trabajo de CONNOR<sup>24</sup>, y a la vez los corrigen, partiendo de que la base de datos de este autor no recoge observaciones sino estimaciones, por lo que están sujetas a errores de modelización y estimación, así como a sesgos de publicación. BOYER y KOTCHONI obtienen un valor medio corregido de 13,62 por 100 (con una mediana de 13,63 por 100) para una muestra truncada formada por los cárteles cuya estimación inicial sesgada de *cartel overcharge* estaba entre 0-50 por 100; y obtienen una media corregida de 17,52 por 100 (con una mediana de 14,05 por 100) para la muestra completa.

### C. LA ELASTICIDAD PRECIO DE LA DEMANDA ( $\epsilon$ )

Por último, la elasticidad precio de la demanda mide la reacción de los consumidores a un cambio en el precio del bien o servicio. Como la elasticidad-precio de la demanda es negativa para un bien normal, su demanda caerá cuando aumente su precio, por lo que la magnitud de la elasticidad en un mercado afecta en gran medida al beneficio ilícito obtenido por las empresas que forman parte de un cártel.

El valor absoluto de la elasticidad de la demanda puede oscilar en teoría entre cero (demanda perfectamente inelástica) e infinito (demanda perfectamente elástica)<sup>25</sup>. En general, cuando la elasticidad es inferior a uno, un aumento de precios conduce a un aumento de los ingresos totales; cuando es mayor que uno, un aumento de precios conduce a una reducción de los ingresos. No es sencillo estimar este parámetro para casos concretos, y es arriesgado estimar un valor fijo de la elasticidad-precio de la demanda para todo un sector. A falta de otra información, parece más prudente construir un intervalo de variación de este parámetro utilizando los resultados de es-

<sup>22</sup> Véase LIANOS, JENNY, WAGNER VON PAPP, MOTCHENKOVA y DAVID (2014), en nota 4.

<sup>23</sup> M. BOYER y R. KOTCHONI, «How much do cartels overcharge?», *Review of Industrial Organization*, vol. 47(2), 2015, pp. 119-153.

<sup>24</sup> J. M. CONNOR, «Price-Fixing Overcharges: Revised 2<sup>nd</sup> Edition», *Working Paper*, Purdue University, 2010.

<sup>25</sup> A partir de la expresión del beneficio ilícito, es fácil derivar el valor de la elasticidad para el cual, para un cártel con un *mark-up*  $m$  y un incremento de precio debido al cártel  $k$ , el beneficio ilícito es cero. Este valor es el valor de la elasticidad máxima para un cartel específico.

tudios empíricos, con un límite inferior igual a cero (cuando la demanda no es sensible a la variación de los precios) y un límite superior igual a  $\varepsilon = -2$ , teniendo en cuenta que la mayoría de las estimaciones sitúan la elasticidad de la demanda por debajo de dos en valor absoluto.

En la práctica suele considerarse que una elasticidad de 2 caracteriza una demanda muy elástica, 0 es una demanda rígida y 1 es el valor natural de referencia en el que un aumento porcentual del precio se traduce en una reducción de la demanda en la misma proporción. En el trabajo ya mencionado, ALLAIN *et al.* utilizan precisamente estos valores de la elasticidad precio de la demanda, junto con algún valor intermedio adicional.

#### D. ESTIMACIÓN DEL BENEFICIO ILÍCITO

Si se pudiese determinar el valor de los tres parámetros analizados en esta sección, se obtendría fácilmente el beneficio ilícito de la empresa y por tanto la multa compensatoria óptima. Por ejemplo, para unos valores de  $m = 0,15$ ,  $k = 0,13$  y  $\varepsilon = -2$ , el beneficio ilícito ( $\Delta\pi$ ) sería un 7,45 por 100 de las ventas en el mercado afectado.

Utilizando los extremos de los intervalos utilizados por ALLAIN *et al.* para indicar el rango de valores más probables de acuerdo con la literatura especializada, el beneficio ilícito oscilaría entre un 3,0 por 100 ( $m = 0,20$ ,  $k = 0,05$  y  $\varepsilon = -2$ ) y un 23,1 por 100 ( $m = 0,05$ ,  $k = 0,30$  y  $\varepsilon = 0$ ) del volumen de negocio en el mercado afectado.

### 3. MULTA DISUASORIA ÓPTIMA

La multa disuasoria es aquella que, desde el punto de vista de las empresas, hace que la formación o continuidad de un cártel no resulte rentable, porque la conducta generará más pérdidas que beneficios. Para poder calcular la multa disuasoria óptima necesitamos conocer, además del beneficio ilícito, la probabilidad de detección.

Cada empresa debe decidir si participar en el cártel va a generarle un incremento de las ganancias netas comparado con la situación competitiva y, cuando el cártel ha estado actuando durante algún tiempo, valorar si seguir la estrategia acordada por el cártel es más rentable que incumplirla o viceversa. Para analizar la estabilidad interna de los cárteles utilizaremos el enfoque de ALLAIN *et al.*, que permite realizar el análisis desde una perspectiva dinámica.

Estos autores analizan la formación y la estabilidad de un cártel en un hipotético sector en la que la probabilidad anual de detección es  $\alpha$ ; si el cártel es detectado será disuelto y cada empresa pagará una multa  $F^{26}$ . Asu-

<sup>26</sup> Tanto la probabilidad de detección como la sanción se asumen constantes a lo largo del tiempo.

men que el beneficio de no cumplir los acuerdos del cártel es al menos ligeramente superior que el beneficio de cumplirlos, ya que la empresa que los incumple fijaría un precio por debajo del que ha fijado el cártel, aumentando así sus ventas a costa de sus competidores cartelizados; a su vez, suponen que el beneficio de pertenecer al cártel es mayor que el beneficio en una situación de competencia. Además, los autores asumen para simplificar —si bien son conscientes de que es poco realista— que si una sola empresa del sector decide no participar en el cártel, o si una sola empresa del cártel decide no cumplir los acuerdos colusorios, las demás empresas adoptarán la estrategia competitiva a partir del periodo siguiente.

#### A. MULTA DISUASORIA ÓPTIMA DESDE UNA PERSPECTIVA DINÁMICA O EX ANTE

A partir de este marco, ALLAIN *et al.* calculan el valor que tiene para una empresa formar parte del cártel y seguir la estrategia acordada, así como el valor de las dos posibles desviaciones respecto a esa estrategia: no formar parte del cártel en ningún momento, o incorporarse inicialmente pero incumplir después los acuerdos.

Teniendo en cuenta que —por lo dicho anteriormente— la estrategia de apartarse de los acuerdos del cártel es ligeramente más beneficiosa para la empresa que cumplirlos, los autores derivan la expresión de la multa disuasoria óptima desde una perspectiva dinámica (*dynamic deterrent fine, DDF*), es decir, la condición suficiente para que la multa tenga efecto disuasorio:

$$F \geq \frac{\Delta\pi}{\alpha} \equiv DDF$$

Una multa igual o superior a *DDF* sería suficiente para que al menos alguna de las empresas del sector incumpliera el acuerdo de colusión, mientras que las demás responderían escogiendo la estrategia competitiva y el cártel se dismantelaría. Según la expresión anterior, una multa sería disuasoria si fuera al menos igual al beneficio ilícito anual multiplicado por un factor equivalente a la inversa de la probabilidad anual de detección. Por ejemplo, para una probabilidad anual de detección del 20 por 100 ( $\alpha = 0,2$ ) la multa tendría que ser al menos cinco veces ( $1/\alpha = 1/0,2 = 5$ ) el beneficio ilícito anual para ser disuasoria; para una probabilidad del 50 por 100 ( $\alpha = 0,5$ ) la multa tendría que ser al menos dos veces el beneficio ilícito anual. Sin embargo, tampoco debería superar significativamente ese valor de referencia de *DDF* si se quiere cumplir el principio de proporcionalidad, porque la expresión de la multa disuasoria óptima podría identificarse con un umbral a partir del cual la sanción podría comenzar a considerarse desproporcionada.

Teniendo en cuenta la expresión anterior de la multa óptima, puede comprobarse con facilidad que el efecto disuasorio puede ser potenciado

tanto aumentando la cuantía de las sanciones como incrementando la probabilidad de detección (por ejemplo utilizando más recursos en la investigación de conductas, o introduciendo un programa de clemencia)<sup>27</sup>. Cuando aumenta la probabilidad de detección, se reduce la multa necesaria para disuadir a las empresas.

Por otra parte, si bien hasta ahora se ha hecho referencia a la probabilidad de detección, en realidad se trata más precisamente de la probabilidad de detección y sanción, lo que obligaría a tener en cuenta también la mayor o menor eficacia y severidad de la autoridad de competencia. Podríamos añadir la probabilidad de que la sanción sea confirmada o no en la revisión judicial, porque la probabilidad de detección y sanción efectiva se vería sustancialmente reducida si los tribunales de apelación redujeran habitualmente y de forma significativa las sanciones impuestas por la autoridad de competencia. No obstante, para simplificar nos referiremos a partir de ahora únicamente a la probabilidad de detección, si bien debemos tener en cuenta este comentario más adelante cuando consideremos diferentes estimaciones de la probabilidad de detección.

ALLAIN *et al.* advierten de que la expresión de la sanción disuasoria que ofrecen en su trabajo ha sido definida bajo presunciones que en algunos casos son favorables a la formación y mantenimiento de un cártel, lo que implica que este valor de referencia de la multa óptima será superior en la mayor parte de los casos al efectivamente necesario para lograr la disuasión. Por ejemplo, asumen que abandonar el cártel es muy poco rentable, y que las empresas son extremadamente pacientes (la tasa de descuento es muy próxima a la unidad), por lo que la disuasión que se deriva de la posibilidad de recibir una multa en un futuro lejano se percibe casi con la misma fuerza que si se recibiera en la actualidad. Si se relajasen estas presunciones menos realistas, aumentarían los incentivos para desviarse y la estabilidad del cártel se vería reducida, lo que implica que la sanción óptima podría ser algo menor que la indicada.

En este mismo sentido actúa considerar que el coste reputacional en el que incurre la empresa sancionada es una parte de la sanción no reflejada en la multa monetaria. De nuevo, implicaría que la sanción óptima podría ser algo menor que la indicada según la expresión de la multa óptima derivada del modelo. En cambio, actuaría en sentido opuesto asumir que bastaría que una sola empresa no participe en el cártel para que continúe la situación de competencia en el mercado, y que sería suficiente que una sola empresa incumpla los compromisos del cártel para que se vuelva a esa situación de competencia (*trigger strategies*). También actuaría en este sentido la ausencia de un sistema eficaz de reclamación de daños, así como la consideración de posibles beneficios de la cartelización más allá de los incluidos

---

<sup>27</sup> La introducción de un programa de clemencia también reduce el coste esperado de una conducta anticompetitiva, porque utiliza el incentivo de una exención o reducción de la sanción. Sin embargo, si están bien diseñados, los programas de clemencia deberían contribuir positivamente a la lucha contra los cárteles. Véase M. MOTTA y M. POLO, «Leniency Programs and Cartel Prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, núm. 21, 2003, pp. 347-349.

en el modelo de ALLAIN *et al.* Si se tienen en cuenta este segundo grupo de consideraciones, la multa óptima debería ser más elevada que la indicada por la expresión de la multa óptima.

#### B. MULTA DISUASORIA ÓPTIMA DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL O *EX POST*

Interesa ahora considerar la relación que hay entre la probabilidad anual de detección y la probabilidad global de detección a lo largo de una infracción, y las diferencias prácticas cuando se utiliza una u otra. Siendo la probabilidad anual de detección de una infracción  $\alpha$  (constante), la probabilidad de detección a lo largo de la infracción será  $\alpha_n = 1 - (1 - \alpha)^n$ , donde  $n$  es el número de años que dura la conducta. Esta expresión muestra que la probabilidad de detección a lo largo de toda la infracción es el valor recíproco de la probabilidad de que la conducta no haya sido detectada en ninguno de los años. Lógicamente, cuantos más años dura una infracción, la probabilidad de detección global de la conducta es mayor. Por ejemplo, si la probabilidad anual de detección es un 20 por 100, la probabilidad de detección de un cártel que dura cinco años sería algo superior al 67 por 100.

Si consideramos que  $\Delta\alpha$  puede identificarse con el beneficio ilícito anual obtenido por término medio durante la infracción, la expresión de la multa disuasoria óptima teniendo en cuenta la probabilidad de detección durante la duración total del cártel (*overall deterrent fine, ODF*) sería:

$$F > \frac{n\Delta\pi}{1 - (1 - \alpha)^n} = \frac{n\Delta\pi}{\alpha_n} \equiv ODF$$

donde  $n\Delta\alpha$  es el beneficio ilícito obtenido durante toda la infracción. Siguiendo con el ejemplo numérico anterior, si la probabilidad global de detección de un cártel que dura cinco años es del 67 por 100 ( $\alpha_n = 0,67$ ), la sanción óptima viendo la infracción en su conjunto debería ser al menos  $1/0,67 = 1,5$  veces el beneficio ilícito total acumulado a lo largo de la infracción.

Mientras que el enfoque que utiliza el modelo de ALLAIN *et al.* se centra en el proceso de decisión de las empresas, y, por tanto, en la probabilidad de detección anual, podría argumentarse que la imposición de sanciones por parte de la autoridad de competencia —que es una perspectiva *ex post*— aconseja más bien considerar la infracción en su conjunto, y, por tanto, utilizar la expresión de la *ODF* que considera la probabilidad global de detección.

Los resultados que se derivan de aplicar los dos enfoques —dinámico o global— están lejos de ser iguales, pero la diferencia no es tan grande como podría parecer a primera vista, porque la duración de la conducta  $n$  afecta tanto al numerador como al denominador de la expresión anterior, aunque en distinta medida. De todas formas, puede afirmarse que  $ODF = DDF$  para  $n = 1$ ,  $ODF > DDF$  para  $n > 1$ , mientras que  $ODF < DDF$  para  $n < 1$ .

Por tanto, siempre que la duración sea superior a un año, adoptar la perspectiva global de la infracción conduce a unos valores de referencia superiores para las multas óptimas que los de la perspectiva dinámica.

Sin embargo, el enfoque global permite utilizar la mayor de las probabilidades globales de detección dentro de un mismo cártel —correspondiente a la mayor de las duraciones—, lo que parece más razonable que considerar distintas probabilidades individuales de detección para un mismo cártel, y esto produce valores de referencia más reducidos para las empresas con duraciones de la conducta por debajo de las que más tiempo han participado en él. Valorando en conjunto los pros y los contras de las dos opciones, parece más adecuado utilizar en adelante la perspectiva global de la infracción y los correspondientes valores de referencia de la multa óptima<sup>28</sup>.

### C. ESTIMACIONES EMPÍRICAS DE LA PROBABILIDAD DE DETECCIÓN DE CÁRTELES

De todas formas, se comprueba que la probabilidad de detección de la infracción debe jugar necesariamente un papel fundamental en la determinación de la multa para que esta tenga un efecto disuasorio. En un informe de la OCDE<sup>29</sup> sobre la lucha contra los cárteles se subraya con claridad:

*«Effective sanctions against cartels should take into account not only the amount of gain realized by the cartel but also the probability that any cartel will be detected and prosecuted. Because not all cartels are detected, the financial sanction against one that is detected should exceed the gain actually realized by the cartel».*

Sin embargo, la probabilidad de detección es difícil de estimar, ya que se dispone de datos sobre el número de cárteles que se han detectado, pero se desconoce cuántos siguen operando en el mercado. Por eso, seleccionaremos un valor de la probabilidad anual de detección que sea representativo de las estimaciones empíricas más fiables realizadas hasta el momento.

BRYANT y ECKARD<sup>30</sup> calcularon que, para el periodo entre 1961 y 1988, la probabilidad anual de detección en Estados Unidos se encontraba en el intervalo 13-17 por 100. Por su parte, COMBE *et al.*<sup>31</sup> han estimado, utilizan-

<sup>28</sup> Además, considerando que la sanción óptima compensatoria es igual a la ganancia ilícita obtenida durante el periodo de infracción, podemos establecer sin dificultad la conexión entre la multa óptima disuasoria y la multa óptima compensatoria. Esta última sería la multa óptima disuasoria para una probabilidad de detección del 100 por 100, es decir, cuando se asuma que la infracción sea detectada con total certidumbre. En este caso, la multa óptima compensatoria puede ser considerada igual al límite inferior de la multa óptima disuasoria, que en ningún caso debería ser inferior a esa cantidad, con las excepciones anteriores sobre la posibilidad o no de solicitar indemnizaciones por daños en los tribunales, además de costes reputacionales, etcétera.

<sup>29</sup> OCDE, *Fighting hard-core cartels: Harm, effective sanctions and leniency programmes*, Competition Committee, Report to the OECD, 2002.

<sup>30</sup> P. G. BRYANT y E. W. ECKART, «Price fixing: the probability of getting caught», *Review of Economics and Statistics*, núm. 73, 1991, pp. 531-540.

<sup>31</sup> E. COMBE, C. MONNIER y R. LEGAL, «Cartels: The Probability of Getting Caught», *Bruges European Economic Research Papers*, núm. 12, 2008.

do una metodología semejante, una probabilidad de detección en la Unión Europea entre 12,9 y 13,3 por 100 para el periodo 1969-2007. Quizá por este motivo, COMBE y MONNIER asumieron un 15 por 100 como un valor prudente de referencia para la probabilidad anual de detección.

En realidad, la probabilidad estimada por los autores anteriores es la probabilidad instantánea de detección de los cárteles que serían finalmente descubiertos. Como la proporción de cárteles que todavía no han sido descubiertos es desconocida, la probabilidad real de detección sería inferior a estas estimaciones. Por ejemplo, si solo se detecta un cártel de cada dos existentes, la probabilidad total de detección sería solo la mitad del 15 por 100 estimado como probabilidad anual, es decir, un 7,5 por 100<sup>32</sup>. Por tanto, las estimaciones realizadas deben considerarse como límites superiores de la probabilidad anual de detección.

Más recientemente, ORMOSI<sup>33</sup> ha estimado, para el periodo entre 1985 y 2009, una probabilidad de detección entre 10 y el 20 por 100. Por su parte, ALLAIN *et al.* asumieron como valor más razonable de la probabilidad de detección un 15 por 100, teniendo en cuenta ya la introducción de los programas de clemencia.

Valorando conjuntamente todas las estimaciones, parece prudente aceptar que la probabilidad anual de detección de una conducta anticompetitiva oscilaría en general en torno al 15 por 100, y que en ningún caso superaría en circunstancias ordinarias una probabilidad del 20 por 100.

#### 4. MULTAS IMPUESTAS POR LA CNC Y LA CNMC (2011-2015)

De cara a analizar las multas impuestas por la Autoridad española de competencia aplicando los criterios que se han abordado en los apartados anteriores, se ha elaborado una base de datos que contiene información sobre todos los expedientes sancionadores instruidos y resueltos por la CNC o la CNMC por infracciones contra el art. 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) durante los últimos cinco años completos, desde enero de 2011 a diciembre de 2015.

Aunque la Comunicación sobre multas publicada por la CNC en 2009 se refería también a las infracciones contra el art. 2 de la LDC, de hecho la determinación de las sanciones en los casos de abuso de posición de dominio no responde al análisis teórico en el que se basan habitualmente las publicaciones especializadas sobre sanciones de competencia, que es el que se ha recogido en los apartados anteriores. Por eso, se ha preferido en este documento no incluir las infracciones contra el art. 2 de la LDC.

Por motivos de homogeneidad, tampoco se han incluido los expedientes instruidos en los servicios de competencia autonómicos.

<sup>32</sup> Véase COMBE y MONNIER (2011), nota 4.

<sup>33</sup> P. ORMOSI, «A tip of the iceberg? The probability of catching cartels», *Journal of Applied Econometrics*, núm. 29 (4), 2014, pp. 549-566.

## A. INFORMACIÓN RECOGIDA PARA CADA EXPEDIENTE SANCIONADOR

Por cada expediente se ha compilado la siguiente información:

### a) *Empresas infractoras*

En el caso de que en la resolución una misma empresa sea multada de forma independiente por dos infracciones distintas, se contempla como dos registros diferentes. Si se impone conjuntamente una sanción correspondiente a varias infracciones, se considera que es un único registro. La base de datos incluye las empresas acogidas al programa de clemencia.

### b) *Volumen de negocios del mercado afectado (VNMA) sin ponderar*

Es el volumen de negocios de las empresas infractoras en el mercado afectado por la infracción. Hemos incluido esta variable sin ponderar, a diferencia de lo previsto por la Comunicación de multas de la CNC (2009), según la cual había que ponderar decrecientemente el VNMA a medida que los años en los que se produjo la infracción se alejaban del momento actual. En ocasiones, el VNMA no está disponible para los años de la infracción muy alejados del momento de imponer la sanción, por lo que esos datos han tenido que ser estimados a partir de los datos disponibles. En algunos expedientes no existe información sobre el VNMA, como sucede en el caso de empresas que participan en una práctica colusoria pero que no tienen actividad en el mercado afectado. En estos casos, la autoridad de competencia ha impuesto una multa a tanto alzado o asociada al volumen de negocios total.

### c) *Volumen de negocios total (VNT) del año inmediatamente anterior a la imposición de la multa*

Para permitir la comparación entre expedientes, se utilizará siempre el volumen de negocios en España de la entidad directamente sancionada por la resolución de la CNC o de la CNMC, o en su caso el volumen de negocios consolidado de los grupos de empresas que son responsables solidarios del pago de la multa según la misma resolución. En muchos casos esta información no está disponible para las asociaciones. Lógicamente, el volumen de negocios es cero en el caso de empresas que han cesado su actividad.

### d) *Multa*

Como el objetivo es valorar el método de imposición de sanciones, la multa que se ha considerado es la que aparece en la resolución o posterior-

mente en corrección de errores, pero no la recalculada después de sentencia judicial. Para los casos de clemencia (exención o reducción), se ha tomado la multa impuesta antes de que se eximiera del pago a la empresa o se redujera su importe.

#### e) *Duración*

Tiempo de duración de la infracción en meses con la mayor aproximación posible.

### B. EXPEDIENTES SANCIONADORES SELECCIONADOS

Los expedientes de la base de datos han sido divididos en tres grupos, según la fecha en la que fueron resueltos por el Consejo de la CNC o de la CNMC:

- a) CNC: expedientes resueltos desde enero de 2011 hasta el comienzo de la actividad de la CNMC (octubre de 2013).
- b) CNMC-1: expedientes de la CNMC hasta el 30 de enero de 2015, que es cuando se modificó el sistema de determinación de la multa para adaptarlo a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 29 de enero de 2015.
- c) CNMC-2: expedientes resueltos a partir del 1 de febrero de 2015, que utilizan un sistema adaptado a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La tabla siguiente resume el número total de expedientes sancionadores de competencia de la CNC y CNMC del periodo seleccionado —enero de 2011 a diciembre de 2015—, los excluidos por referirse a infracciones contra el art. 2 de la LDC (abuso de posición de dominio) y los expedientes por infracciones de art. 1 LDC finalmente utilizados en el análisis:

**Tabla 1.** Expedientes sancionadores por periodos

	<i>Total de expedientes (2011-2015)</i>	<i>Expedientes eliminados (art. 2 LDC)</i>	<i>Expedientes analizados (art. 1 LDC)</i>
CNC	80	17	63
CNMC-1	18	4	14
CNMC-2	19	1	18
<b>Total</b>	<b>117</b>	<b>22</b>	<b>95</b>

Fuente: CNMC.

La siguiente tabla recoge los datos estadísticos básicos sobre las multas en los 95 expedientes sancionadores por infracciones contra el art. 1 de la LDC, agrupados por autoridad de competencia y por año.

**Tabla 2.** Sanciones impuestas en expedientes sancionadores por periodo

		Núm. de expedientes	Núm. de empresas afectadas	Multa media (€)	Multa mínima (€)	Multa máxima (€)	Multa total (€)
CNC	2011	22	163	1.517.848	600	23.201.000	247.409.249
CNC	2012	21	72	2.699.636	196	36.110.800	194.373.768
CNC	2013	20	151	1.489.371	2.003	20.498.246	224.895.043
CNMC-1	2013	2	17	84.647	4.688	270.424	1.438.992
CNMC-1	2014	9	71	646.896	2.657	25.784.340	45.929.596
CNMC-1	2015	3	53	1.889.895	3.334	23.289.036	100.164.414
CNMC-2	2015	18	250	1.878.383	266	26.523.000	469.595.814
<b>Total</b>		<b>95</b>	<b>777</b>	<b>1.668.257</b>	<b>196</b>	<b>36.110.800</b>	<b>1.299.572.102</b>

Fuente: CNMC.

La tabla refleja que la Autoridad de Competencia de España ha impuesto multas entre 2011 y 2015 por importe total de 1,3 millones de euros a alrededor de 780 empresas. La multa promedio es ligeramente inferior a 1,7 millones de euros, si bien hay una gran variabilidad tanto de la multa media como del máximo y mínimo de cada periodo. Así, la multa mínima varía desde 200 euros hasta 4.700 euros, mientras que la multa máxima oscila desde 270.424 hasta más de 36,1 millones de euros. En definitiva, los datos muestran una elevada desviación estándar.

Al objeto de comprender estos datos es oportuno mencionar las modificaciones<sup>34</sup> realizadas en el método de fijación de sanciones de acuerdo con

<sup>34</sup> Desde la publicación de la Comunicación sobre la cuantificación de sanciones en febrero de 2009, la Autoridad Nacional de la Competencia ha seguido una metodología similar a las Directrices de la Comisión Europea. Así, en primer lugar, se determinaba el importe básico de la sanción, que se situaba entre un 10 y un 30 por 100 del volumen de ventas afectadas por la infracción teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, duración, así como los demás criterios para la determinación del importe de las sanciones previstos en el art. 64.1 de la LDC. El resultado habitual era que la mayoría de las multas superaban el límite legal del 10 por 100 del volumen de negocios total del año anterior por lo que la multa habitualmente impuesta era el tope legal. La Audiencia Nacional modificó esta metodología a partir de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 en dos aspectos. Por un lado, comenzó a interpretar la expresión «volumen de negocios total» del ar. 63 de la LDC como «volumen de negocios total del mercado afectado por la infracción» y, en segundo lugar, el límite del 10 por 100 ha de entenderse como parte de una escala o arco sancionador en lugar de un «umbral de nivelación» que operaría únicamente *ex post* para rebajar la cuantía de la multa en caso de exceder dicho porcentaje. El resultado práctico de esta nueva metodología fue una reducción significativa del importe de las sanciones tras la revisión realizada por la Audiencia Nacional. La STS, de 29 de enero de 2015, corrige la metodología de imposición de sanciones seguida en adelante por la autoridad de competencia

la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>35</sup>. En concreto, hasta la SAN de 2013<sup>36</sup>, las multas excedían frecuentemente el nivel del 10 por 100 del volumen total de ventas del año anterior, por lo que efectivamente se aplicaba el tope del 10 por 100 sobre las ventas totales. La consecuencia inmediata es que, a partir de esa sentencia, los valores medios de las multas descendieron significativamente. La STS de enero de 2015 establece la metodología definitiva para el cálculo de las multas, cuya aplicación práctica tiene como resultado inmediato unos tipos sancionadores que se mueven dentro de la escala sancionadora entre el 0 y el 10 por 100 en consonancia con la referida Sentencia.

A pesar de la relevancia de estos datos en términos monetarios, en la práctica son insuficientes para comparar adecuadamente las multas fijadas en diferentes expedientes. Es necesario tener en cuenta también el tamaño de las empresas así como la dimensión de la infracción para poder comparar entre los tipos sancionadores de las distintas empresas y expedientes.

### C. MULTAS EN RELACIÓN CON EL TAMAÑO DE LAS EMPRESAS

El cociente entre la multa impuesta y el tamaño de la empresa, medido con el volumen de negocios total (*VNT*), nos indica lo que podría denominarse el tipo sancionador aplicado en cada caso, de acuerdo con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo. El tipo sancionador constituye una primera variable para comparar las sanciones de distintos expedientes.

De las 777 empresas sancionadas que se seleccionaron en el apartado anterior, se han eliminado 83 empresas para las que, por un motivo u otro, no existe en el expediente información sobre su volumen de negocios total, por lo que únicamente se analizan 694 empresas en este artículo.

La tabla siguiente muestra los estadísticos descriptivos del tipo sancionador (multa/*VNT*) por empresa, agrupados según las diferentes etapas de la autoridad española de competencia, según han sido definidas anteriormente:

---

de España y cuyos principios pueden resumirse en que el tipo sancionador debe encontrarse en el intervalo comprendido entre el 0 y el 10 por 100, quedando el límite superior del 10 por 100 reservado únicamente a las infracciones más graves, y, en segundo lugar, el volumen de negocios total debe entenderse como el volumen total y no como el volumen de negocios del mercado afectado en el año anterior. Desde febrero de 2015 todas las multas están calculadas usando esta nueva metodología que es consistente con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de los arts. 63 y 64 de la LDC.

<sup>35</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S. A.*

<sup>36</sup> SAN de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010, *Bodegas Emilio Lustau S. A.* (Expediente CNC S/0091/08, *Vinos Jerez*).

**Tabla 3.** Estadísticos descriptivos del tipo sancionador por empresa (en tanto por 100)

<i>Grupo</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación Típica</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
CNC	4,00	2,45	3,94	0,0004	10
CNMC-1	3,60	2,96	3,20	0,01	10
CNMC-2	1,64	1,40	1,13	0,004	7
<b>Total</b>	<b>3,10</b>	<b>1,80</b>	<b>3,27</b>	<b>0,0004</b>	<b>10</b>

Fuente: CNMC.

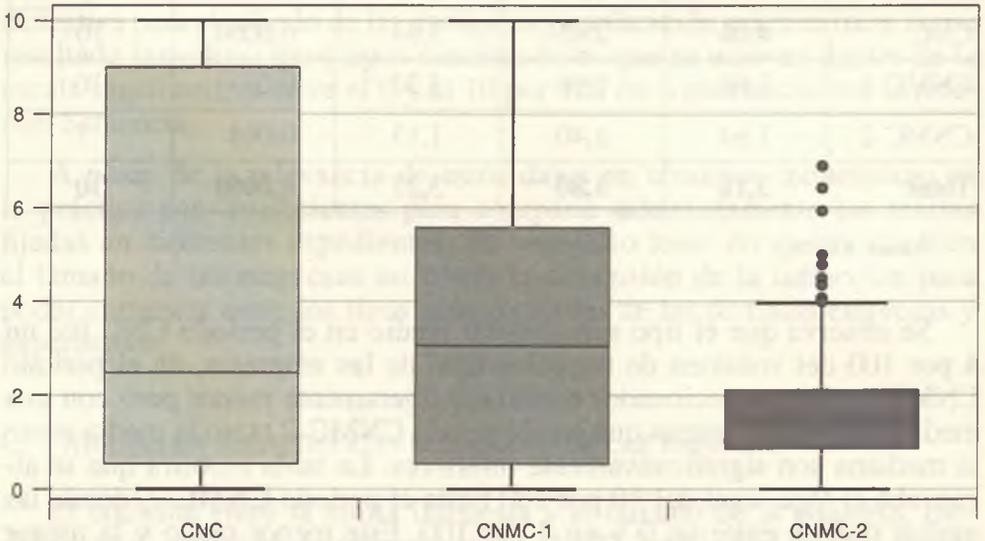
Se observa que el tipo sancionador medio en el periodo CNC fue un 4 por 100 del volumen de negocios total de las empresas, en el periodo CNMC-1 el tipo sancionador medio era ligeramente menor pero con una mediana mayor, mientras que en el periodo CNMC-2 tanto la media como la mediana son significativamente inferiores. La tabla muestra que se alcanzaba el tope legal del 10 por 100 hasta el periodo CNMC-2, donde las multas oscilan entre un 0 y un 7 por 100. Este menor rango y la menor desviación estándar demuestran que la dispersión de tipos sancionadores es menor en el periodo CNMC-2. Llegamos a la misma conclusión si analizamos la dispersión de tipos sancionadores aplicados a empresas en un mismo expediente: se registra la menor desviación típica por expediente en el periodo CNMC-2 tras la Sentencia del Tribunal Supremo.

La tabla muestra también que la media en todos los periodos es mayor que la mediana, lo que revela que la distribución de frecuencias es asimétrica y sesgada hacia la derecha. Esto significa que la mayoría de las multas se encuentran concentradas en el segmento inferior de la escala sancionadora, siendo menor la frecuencia de multas en el extremo superior del arco sancionador. En el caso de distribuciones asimétricas, la mediana y el rango intercuartil son medidas más adecuadas para describir tanto el centro como la dispersión del conjunto de datos.

Los datos de esta tabla se han representado con el conocido diagrama de caja en la Figura 2. Como es sabido, la altura de las cajas abarca el rango en el que se encuentra el 50 por 100 central de las observaciones (entre el primer y el tercer cuartil), y la línea que cruza las cajas indica el valor mediano del tipo sancionador. Cuánto más alta es la caja, mayor es la dispersión de tipos sancionadores en un periodo, y viceversa. La figura claramente muestra que la dispersión es menor durante el periodo CNMC-1 y CNMC-2 y mayor en el periodo CNC. La mediana es en todos los periodos inferior a la media, excepto en el periodo CNMC-2 donde media y mediana son muy similares y las multas se encuentran más concentradas en torno al valor medio que en otros periodos. En ese periodo, de acuerdo con la mediana, el

50 por 100 de las multas impuestas tienen un tipo inferior al 1,4 por 100 del volumen de negocios total de la empresa.

**Figura 1.** Dispersión del tipo sancionador por empresa (en tanto por 100)



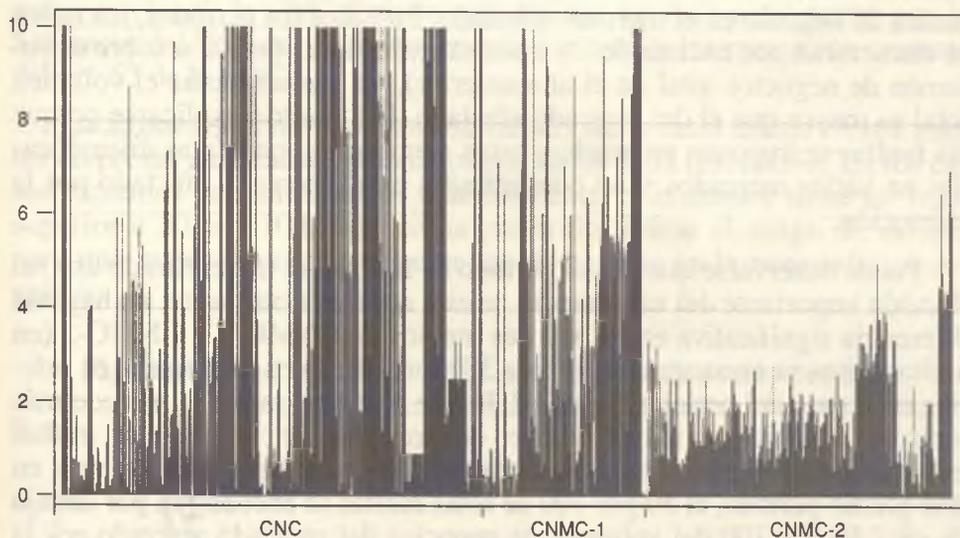
Fuente: CNMC.

La figura de la página siguiente muestra los tipos sancionadores de las empresas analizadas ordenados por fecha de resolución. Se ve claramente en esta figura que durante los dos primeros periodos las multas frecuentemente alcanzaban el máximo legal del 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa, y que la aplicación práctica de la referida Sentencia del Tribunal Supremo puso fin a esta tendencia. Estos resultados con el esfuerzo de la CNMC por aplicar sanciones de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo del límite legal establecido en el art. 63 de la LDC como un límite superior de un intervalo de sanciones.

#### D. MULTAS EN RELACIÓN CON LA DIMENSIÓN DE LA INFRACCIÓN

El cociente entre la multa impuesta y la dimensión de la infracción, medida con el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta, proporciona una segunda variable para comparar las sanciones impuestas en distintos expedientes y a diferentes empresas.

Análogamente a lo que se hizo para el tipo sancionador, se han eliminado en este caso 113 empresas para las que no existe información sobre el volumen de negocios del mercado afectado (VNMA), restando únicamente 664 empresas.

**Figura 2.** Gráfico tipo sancionador por empresa (en tanto por 100)

Fuente: CNMC.

La tabla siguiente muestra los estadísticos descriptivos de la ratio multa/*VNMA* por empresa, agrupados según las diferentes etapas de la autoridad española de competencia CNC, CNMC-1 y CNMC-2:

**Tabla 4.** Estadísticos descriptivos del ratio multa/*VNMA* por empresa (en tanto por 100)

<i>Grupo</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación Típica</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
CNC	5,21	3,45	5,15	0,03	33,53
CNMC-1	3,70	2,60	9,26	0,02	91,60
CNMC-2	3,70	1,58	5,96	0,0001	73,03
<b>Total</b>	<b>4,47</b>	<b>2,61</b>	<b>6,22</b>	<b>0,01</b>	<b>91,60</b>

Fuente: CNMC.

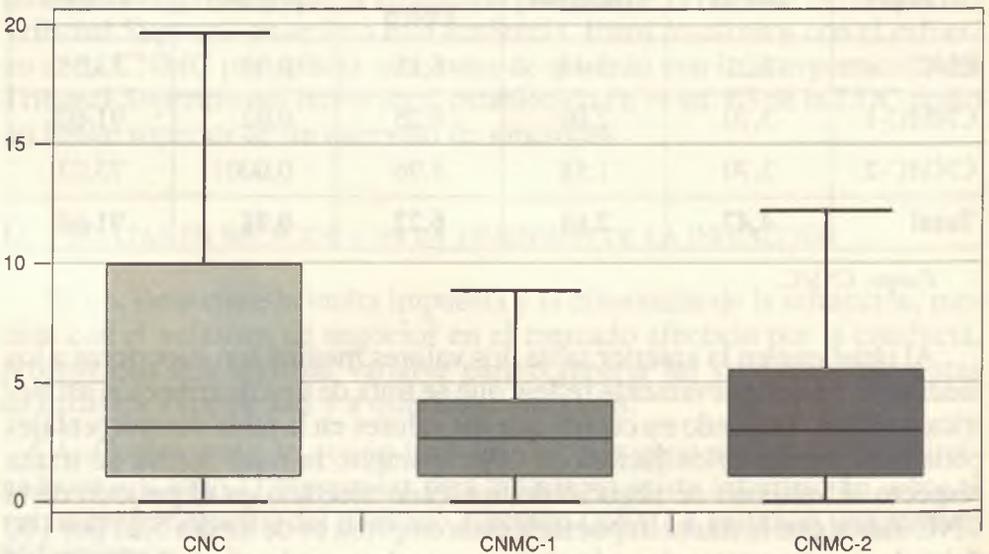
Al igual que en la anterior tabla, los valores medios son superiores a los medianos, lo que nuevamente refleja que se trata de una distribución asimétrica positiva. Teniendo en cuenta que los valores en la tabla son porcentajes podemos interpretarlos fácilmente. Por ejemplo, la ratio media de multa respecto al volumen de negocio del mercado afectado en el periodo de la CNC indica que la multa impuesta a cada empresa es de media 5,21 por 100 del volumen de ventas de cada empresa en el mercado afectado durante el periodo de infracción.

De la misma manera, en ese mismo periodo, la multa más elevada de acuerdo con ese indicador era ligeramente superior al 33,5 por 100 del volumen de negocio en el mercado afectado. En todos los periodos, los ratios se encuentran por encima de los tipos sancionadores (sanción sobre el volumen de negocios total en el año anterior), ya que en media el volumen total es mayor que el del mercado afectado. Esto podría explicarse porque las multas se imponen en muchos casos a empresas con ventas diversificadas en varios mercados y no concentradas en el mercado afectado por la infracción.

Puede observarse que tras el periodo de la CNC se ha registrado una reducción importante del valor medio de esta ratio. Por otra parte, no hay una diferencia significativa en los valores medios de CNMC-1 y CNMC-2 (en ambos casos se encuentra en torno a 3,7 por 100), pero la mediana es inferior en el caso del periodo CNMC-2, lo que significa que en el periodo más reciente ha habido un mayor número de empresas sancionadas con multas más reducidas en relación con la dimensión de la infracción. En efecto, en este último periodo, el 50 por 100 de estas multas se encuentran por debajo de un 1,58 por 100 del volumen de negocios del mercado afectado por la infracción.

En la Tabla 4 se observa que hay algunos valores extremos en comparación con la media dado que la máxima sanción del periodo CNC fue del 33,5 por 100 del VNMA correspondiente, para CNMC-1 fue un 91,6 por 100 y el 73 por 100 en el caso de CNMC-2. Si no se tienen en cuenta estos tres valores extremos, se puede comprobar en la Figura 3 siguiente que los valores relativos de la mediana se mantienen invariables, mientras que la

**Figura 3.** Dispersión de la ratio multa/VNMA excluyendo valores extremos (en tanto por 100)

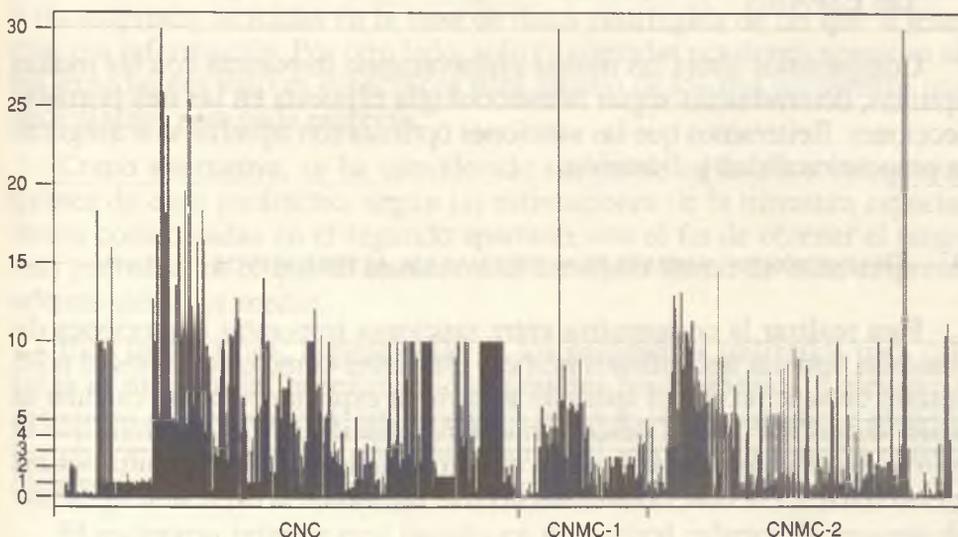


Fuente: CNMC.

dispersión entre los tipos sancionadores aplicados a las demás empresas de la muestra es en realidad menor en los dos periodos de la CNMC comparados con los de la CNC. Estos resultados son también consistentes con la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con la interpretación correcta del art. 63 de la LDC.

La figura siguiente muestra los valores de la ratio multa/*VNMA* para las empresas analizadas, ordenados por fecha de la resolución. En los casos extremos ya mencionados anteriormente, el indicador tiene un valor superior a 30 por 100, pero se ha preferido limitar el rango de valores para que puedan apreciarse mejor las diferencias en la zona inferior del gráfico.

**Figura 4.** Ratio Multa/*VNMA* por Empresa (en tanto por 100)



Fuente: CNMC.

Como hemos mencionado anteriormente, hasta enero de 2015, las multas superaban con frecuencia el límite legal máximo del 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa, debido a que el importe básico de la multa era un porcentaje (entre el 10 y el 30 por 100) del volumen de negocios del mercado afectado que era elevado en el caso de empresas monoproducción, incluso una vez descontados los factores mitigantes, en parte también por la elevada duración de los cárteles. La Sentencia del Tribunal Supremo supuso una modificación radical de la metodología de cálculo de sanciones ya que, de acuerdo con ella, la CNMC introdujo un test de proporcionalidad para empresas multiproducción con unos volúmenes de negocio totales sustancialmente superiores al volumen de negocio del mercado afectado, lo que llevaba a que la multa final calculada como proporción del volumen de negocios total fuese desproporcionada. La Sentencia del Tribunal Supremo también recomienda que el volumen de negocios del mercado afectado debe tener un papel primordial para

asegurar la proporcionalidad, especialmente en el caso de empresas multiproducto<sup>37</sup>.

En resumen, en este apartado hemos estudiado el nivel y dispersión de las sanciones impuestas por la Autoridad de Competencia de España durante el periodo 2011 a 2015. Necesitamos ahora calcular un nivel de sanción teóricamente óptimo para poder cuantificar el mayor o menor nivel de disuasión de cada sanción realmente impuesta. En la sección siguiente realizamos un análisis cuantitativo del nivel de disuasión de cada sanción impuesta durante el periodo de referencia.

## 5. ANÁLISIS DEL NIVEL DE DISUASIÓN DE LAS MULTAS IMPUESTAS POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA DE ESPAÑA

Comparamos ahora las multas efectivamente impuestas con las multas óptimas, determinadas según la metodología expuesta en las tres primeras secciones. Reiteramos que las sanciones óptimas son aquellas que aseguran la proporcionalidad y disuasión.

### A. DEFINICIÓN DE VARIABLES Y ESCENARIOS ALTERNATIVOS

Para realizar la comparativa entre sanciones impuestas y sanciones disuasorias óptimas necesitamos primero establecer cómo calculamos el nivel óptimo de sanción. En el apartado tercero ya explicamos cómo calcular la multa disuasoria óptima desde varias aproximaciones y concluimos que el método de cálculo más adecuado a nuestro estudio era el de la multa óptima global (*ODF*). Por ello, calculamos la *ODF* utilizando la expresión siguiente:

$$ODF = \frac{n\Delta\pi}{\alpha_n} = \frac{bi \times VNMA}{\alpha_n}$$

Seguiremos ahora dos pasos fundamentales al objeto de calcular las sanciones óptimas de cada empresa infractora. En primer lugar, estimamos el beneficio ilícito, y para ello necesitamos, por un lado, el volumen de negocio del mercado afectado por la infracción (*VNMA*), el margen de beneficio ilícito  $n\Delta\pi$ , que se define por los tres parámetros detallados en el apartado segundo: el margen competitivo *m*, el sobreprecio como con-

<sup>37</sup> Los resultados varían ligeramente cuando usamos valores medios por expediente en lugar de valores por empresa, es decir, la razón entre la multa media en un expediente y el mercado afectado medio del expediente. La mediana por expediente es mayor que la mediana por empresa en todos los periodos, pero la mediana para el periodo CNMC-2 sigue siendo la menor de todas. Sin embargo, debido al valor extremo mencionado anteriormente, el valor medio de la ratio es casi el mismo para el primer y último periodo (alrededor del 5 por 100) mientras que la desviación estándar para el periodo CNMC-2 es la mayor de las tres (6,8 por 100 versus 4,5 y 2,7). Si excluimos este valor extremo, tanto la media como la desviación estándar de la ratio en el periodo CNMC-2 son similares a los del periodo CNMC-1 y menores que en el periodo CNC.

secuencia del cártel  $k$  y la elasticidad-precio de la demanda  $\epsilon$ . En segundo lugar, es preciso estimar la probabilidad global de detección del cártel,  $\alpha$ , para lo que necesitamos la probabilidad anual de detección y la duración de cada infracción.

Una vez calculada la sanción óptima analizaremos cómo evaluar el nivel de disuasión de las sanciones efectivamente impuestas.

#### a) *Estimación del beneficio ilícito: escenarios*

El primer paso es estimar un valor razonable del beneficio ilícito que las empresas habrían podido obtener por su participación en un cártel. No se conoce el valor de  $VNMA$  para algunas de las empresas sancionadas por la autoridad de competencia española, por lo que limitaremos nuestro análisis a las empresas incluidas en la base de datos restringida de las que sí tenemos esa información. Por otro lado, solo en contadas ocasiones aparecen en los expedientes valores específicos para alguno de los tres parámetros que necesitamos para cada empresa.

Como alternativa, se ha considerado razonable utilizar los valores extremos de cada parámetro, según las estimaciones de la literatura especializada consideradas en el segundo apartado, con el fin de obtener el rango más probable en el que se encuentra el beneficio ilícito de cada empresa, además del valor medio.

Esto implica que, dependiendo de los parámetros utilizados para calcular el margen del beneficio ilícito (valores bajos, medios y elevados), definimos tres escenarios: un escenario inferior, uno promedio y otro superior. Para cada uno de ellos calculamos el valor de la sanción óptima disuasoria<sup>38</sup>.

El escenario inferior está basado en un umbral inferior de margen de beneficio ilícito calculado usando los siguientes valores de los parámetros:  $m = 0,20$ ,  $k = 0,05$  y  $\epsilon = -2$ , que se corresponden respectivamente con el mayor *mark-up* competitivo considerado probable, el menor sobreprecio impuesto por el cártel y la mayor elasticidad demanda posible. Con estos valores de los parámetros obtenemos un margen de beneficio ilícito  $bi = 0,030$ , es decir, un 3,0 por 100 del  $VNMA$ , que puede considerarse el mínimo dentro de lo probable.

El escenario superior utiliza un umbral superior del margen de beneficio ilícito, que se calcula usando los siguientes valores de los parámetros  $m = 0,05$ ,  $k = 0,30$  y  $\epsilon = 0$ , que se corresponden respectivamente con el menor *mark-up* probable, el mayor sobreprecio derivado del cártel, y la menor elasticidad. En este escenario, el margen de beneficio ilícito sería

<sup>38</sup> Además, si asumimos que  $\alpha = 1$ , utilizando valores idénticos de  $b$ , podríamos obtener para cada empresa tres otros valores que forman el intervalo más razonable así como el valor medio de la multa óptima compensatoria. Sin embargo, estos resultados son menos relevantes para los objetivos de nuestro estudio y, por tanto, no los hemos incluido en nuestro trabajo.

$b_i = 0,231$ , o un 23,1 por 100 del VNMA, que puede considerarse el máximo dentro de lo probable.

Por tanto, el beneficio ilícito de las empresas infractoras se encuentra entre el 3,0 y el 23,0 por 100 del VNMA. Para no basar los resultados en los valores extremos, también se han realizado los cálculos considerando el valor medio del margen de beneficio ilícito, que es el 13 por 100 ( $b_i = 0,13$ ) correspondiente al escenario promedio.

#### b) *Estimación de la probabilidad global de detección*

El segundo paso para poder calcular la multa óptima es obtener la probabilidad global de detección, que depende de la probabilidad anual de detección y de la duración de las conductas. La probabilidad global de detección se calcula de forma idéntica para los tres escenarios. Teniendo en cuenta las estimaciones del tercer apartado, hemos seleccionado como valor más probable de la probabilidad anual de detección en torno al 15 por 100.

La probabilidad global de detección  $\alpha_n$  muestra la probabilidad de que el cártel sea detectado partiendo de que la infracción tiene una duración de  $n$  años. Como se vio en el tercer apartado, la expresión general es la siguiente:

$$\alpha_n = 1 - (1 - \alpha)^n$$

Si bien la probabilidad global podría calcularse para cada empresa dependiendo de la duración de su participación individual en la conducta ( $n$ ), para el cálculo final de la multa óptima hemos preferido tomar la probabilidad global de detección máxima de cada expediente. En la práctica, todas las empresas que forman parte de un mismo cártel son detectadas a la vez, por lo que la probabilidad de detección que influye es la de las empresas que más tiempo lleven participando en la conducta. Es la opción más prudente, ya que, cuanto más alta sea la probabilidad de detección, menor será la multa necesaria para disuadir a las empresas.

Por tanto, para una probabilidad anual de detección del 15,0 por 100 ( $\alpha = 0,15$ ), la probabilidad global de detección de cada infracción oscilaría entre probabilidades anuales por debajo del 15 por 100 para duraciones inferiores a los doce meses, y una probabilidad global que se iría acercando al 100 por 100 para una duración suficientemente grande. Por ejemplo, una duración de diez años tendría una probabilidad global de detección ligeramente superior al 80 por 100, y para una infracción de quince años la probabilidad global superaría el 91 por 100.

#### c) *El ratio de disuasión*

Una vez establecidos los valores de los parámetros y escenarios en las dos etapas anteriores, nos centramos ahora en el cálculo de la ratio de di-

suasión para evaluar el nivel de disuasión de las sanciones impuestas por la autoridad nacional de competencia entre 2011 y 2015.

Esta ratio se calcula utilizando la multa realmente impuesta a cada empresa y el valor de la multa óptima disuasoria para la misma empresa asociada a los tres escenarios descritos anteriormente (inferior, promedio y superior):

$$\text{Ratio de disuasión} = \frac{\text{Multa impuesta}}{\text{Multa óptima}}$$

El cociente será igual a 1 cuando la multa impuesta por la autoridad haya sido igual a la multa óptima, será mayor que 1 cuando la multa haya superado la sanción óptima y no llegará a la unidad cuando la multa impuesta no alcance ese nivel de referencia.

Los tres escenarios son utilizados para estudiar si las multas impuestas por la autoridad de competencia española en los últimos cinco años han estado por encima o debajo de los valores *ODF* de referencia, lo que es equivalente a determinar si son suficientemente disuasorias o no. De todas formas, para descartar cualquier sesgo, de cara a las conclusiones finales se ha optado por utilizar como valores de referencia las sanciones óptimas calculadas en el escenario inferior (que corresponde al umbral inferior de margen de beneficio ilícito 3 por 100) y del escenario promedio (que corresponde al valor medio del margen de beneficio ilícito 13 por 100), mientras que se ha considerado que el límite superior del intervalo (con el umbral superior del margen de beneficio ilícito 23 por 100) resulta menos útil para valorar con carácter general el carácter disuasorio de las sanciones.

A continuación se presentan los resultados de comparar las sanciones impuestas por la autoridad española de competencia entre 2011 y 2015 con las sanciones óptimas.

## B. NIVELES DE DISUASIÓN EN EL ESCENARIO INFERIOR

Mostramos a continuación la comparativa con el valor mínimo de referencia de la sanción óptima, obtenido a partir de un margen de beneficio ilícito del 3,0 por 100.

La Tabla 5 resume el valor del cociente entre las multas impuestas en esos cinco años y la sanción disuasoria mínima de referencia en cada caso, agrupados por los periodos definidos previamente (CNC, CNMC-1 y CNMC-2). Las primeras dos columnas indican el número de empresas analizadas en cada subperiodo y el valor medio de la ratio; en las columnas siguientes se resumen los resultados de las empresas con una ratio mayor o igual que uno, y los de las que tienen una ratio menor que uno.

**Tabla 5.** Escenario inferior. Ratio multa impuesta/multa disuasoria óptima (umbral mínimo de  $b_i = 3$  por 100)

	Total		$\geq 1$			$< 1$		
	Valor medio	Núm. de empresas	Valor medio	Núm. de empresas	% del total	Valor medio	Núm. de empresas	% del total
CNC	0,60	338	1,48	69	20,4	0,38	269	79,6
CNMC-1	1,03	97	2,11	34	35,1	0,44	63	64,9
CNMC-2	0,52	229	1,83	31	13,5	0,31	198	86,5
<b>Total</b>	<b>0,64</b>	<b>664</b>	<b>1,72</b>	<b>134</b>	<b>20,2</b>	<b>0,36</b>	<b>530</b>	<b>79,8</b>

Fuente: CNMC.

La interpretación de los datos no es complicada, pero requiere prudencia a la hora de sacar conclusiones sobre el grado de disuasión de las multas. Como se ha indicado, un valor del cociente inferior a uno implica que la sanción efectivamente impuesta a esa empresa fue inferior a la sanción disuasoria óptima mínima de referencia. Partiendo de esta consideración, en general, puede concluirse que los valores inferiores a uno indican cierta falta de disuasión (*under deterrence*), en mayor medida cuanto más alejados de la unidad se encuentren los valores de la ratio. Por el contrario, una ratio de disuasión superior a uno significa que la sanción es excesivamente disuasoria (*overdeterrent*) y que a mayor ratio mayor capacidad disuasoria de la sanción.

El valor medio total de la ratio para todo el periodo es de 0,64, lo que implica que las multas impuestas entre enero 2011 y diciembre de 2015 han estado de media un 36 por 100 por debajo del nivel disuasorio óptimo. Lo que es más relevante, en torno a un 80 por 100 de las empresas han obtenido valores inferiores a uno, y el valor medio de la ratio para ese subconjunto es de 0,36, por lo que las multas impuestas a este grupo de empresas han estado de media un 64 por 100 por debajo de la sanción disuasoria óptima.

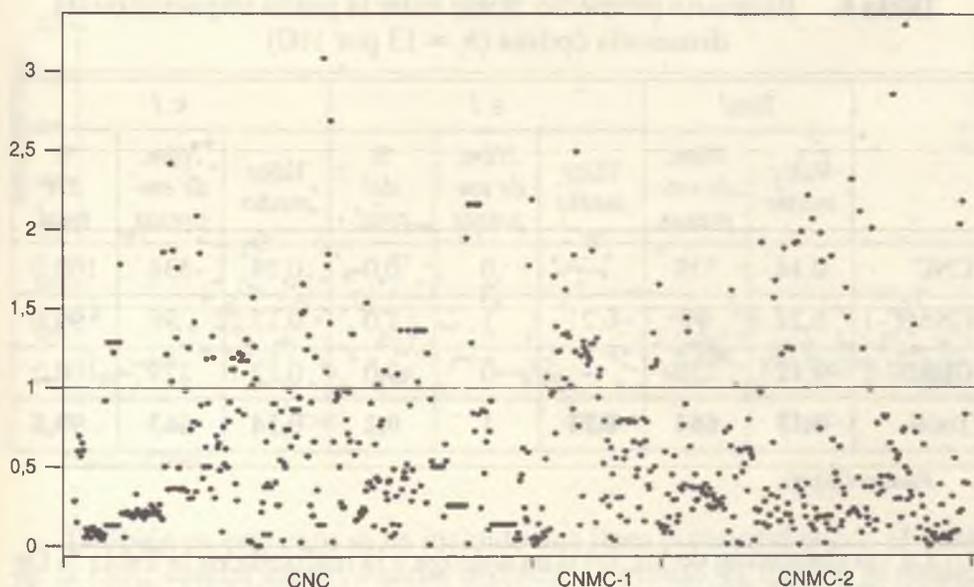
La proporción de empresas por debajo de uno varía entre los distintos subperiodos: el más alto es en el de CNMC-2 (tras la Sentencia del Tribunal Supremo), con más del 86 por 100 de las sanciones no disuasorias, muy próximo al del periodo CNC, con casi el 80 por 100, mientras que en el periodo CNMC-1 se registró la proporción mínima de sanciones no disuasorias, en torno al 65 por 100 de los casos. En los tres periodos, el valor medio de la ratio refleja que las sanciones impuestas están de media muy por debajo del nivel sancionador óptimo mínimo, ya que suponen entre el 31 y el 44 por 100 de ese nivel de referencia.

Debemos recordar, no obstante, que estos resultados corresponden con el escenario inferior, esto es, aquel que utiliza ratios de disuasión calcu-

lados con margen de beneficio ilícito del escenario inferior (3 por 100). Esperamos que en el escenario promedio aumente el nivel de disuasión en aquellos casos por debajo del nivel óptimo y disminuya en aquellos casos por encima del nivel óptimo.

La Figura 5 representa gráficamente los valores de la ratio para todas las empresas sancionadas durante el periodo comprendido entre 2011 y 2015, ordenadas por fecha de resolución, separando entre los periodos CNC, CNMC-1 y CNMC-2 e identificando los valores correspondientes a cada subperiodo con un color diferente<sup>39</sup>.

**Figura 5.** Escenario inferior: Ratio multa impuesta / multa óptima (utilizando  $b_i = 3$  por 100)



Fuente: CNMC.

Se ha incluido una línea horizontal donde el valor de la ratio «multa efectiva/multa disuasoria óptima» es igual a la unidad para facilitar la interpretación de los resultados. Los puntos muestran los valores de la ratio para cada empresa. Se observa de la figura que el 80 por 100 del total se encuentran por debajo de esa línea de referencia. Ahora que estudiamos la ratio por empresas, se percibe con claridad el riesgo de afirmar que todas las empresas por debajo de la línea de referencia fueron sancionadas de manera insuficiente, aunque ese riesgo se ve atenuado al considerar que se trata del valor mínimo de la sanción disuasoria óptima.

<sup>39</sup> Para facilitar su lectura, se ha omitido el valor extremo correspondiente al expediente S/0428/12 Palés, Palets Penedés, aunque sí está incluido en las tablas.

### C. NIVELES DE DISUASIÓN EN EL ESCENARIO PROMEDIO

Pasamos a continuación a comparar las sanciones impuestas por la autoridad de competencia española con el valor medio de referencia de la sanción disuasoria óptima, que se ha calculado utilizando un margen de beneficio ilícito igual al 13 por 100.

La Tabla 6 muestra los ratios que son el resultado de calcular la ratio entre las multas impuestas y el valor medio de la sanción disuasoria de referencia en cada caso. Los resultados se presentan agrupados en los subperiodos habituales.

**Tabla 6.** Escenario promedio. Ratio entre la multa impuesta/multa disuasoria óptima ( $b_i = 13$  por 100)

	Total		$\geq 1$			$< 1$		
	Valor medio	Núm. de empresas	Valor medio	Núm. de empresas	% del total	Valor medio	Núm. de empresas	% del total
CNC	0,14	338	—	0	0,0	0,14	338	100,0
CNMC-1	0,24	97	6,21	1	1,0	0,17	96	99,0
CNMC-2	0,12	229	—	0	0,0	0,12	229	100,0
<b>Total</b>	<b>0,15</b>	<b>664</b>	<b>6,21</b>	<b>1</b>	<b>0,2</b>	<b>0,14</b>	<b>663</b>	<b>99,8</b>

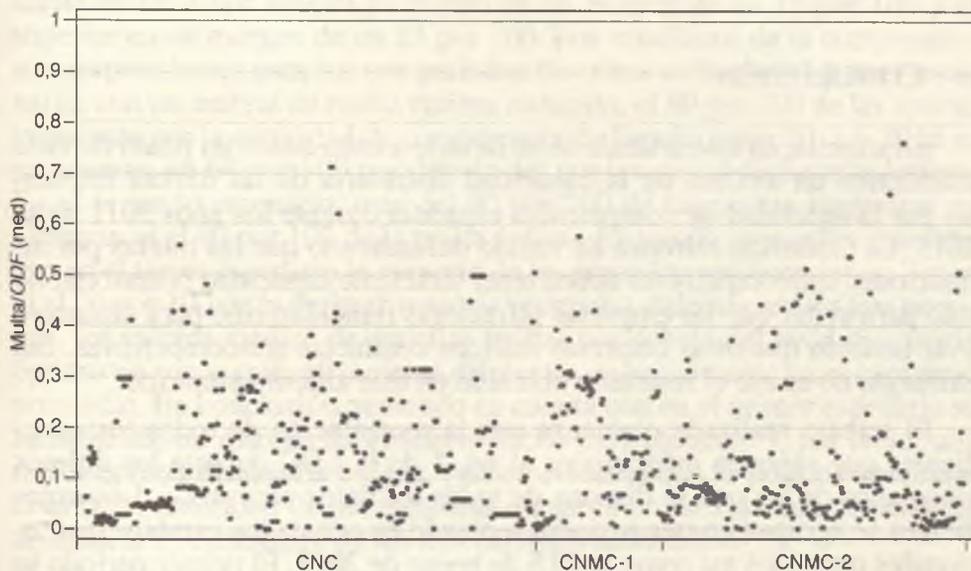
Fuente: CNMC.

La interpretación de los datos es análoga a la realizada en la Tabla 5. De nuevo, una ratio disuasoria inferior (superior) a la unidad significa que la multa impuesta es menor (mayor) que la multa disuasoria óptima y, por tanto, muestran una falta de capacidad disuasoria o una disuasión excesiva. No obstante, el valor de la multa óptima disuasoria es mayor para cada empresa que en el escenario inferior porque ha sido calculada con un margen de beneficio ilícito de un 13 por 100 en lugar del 3 por 100 del escenario bajista.

Como era de esperar, en este escenario promedio el volumen de sanciones por debajo del nivel disuasorio es significativamente mayor comparado con el escenario bajista. A pesar de ello, los resultados no dejan de ser llamativos. A excepción de un caso extremo, todas las empresas han obtenido valores inferiores a uno, y el valor medio de la ratio «multa impuesta/multa disuasoria óptima» para ese subconjunto es de 0,14, lo que significa que las multas impuestas a este grupo de empresas han estado de media un 86 por 100 por debajo de la sanción disuasoria óptima. El valor medio de la ratio de disuasión varía ligeramente entre los distintos subperiodos, siendo ligeramente más elevado en CNMC-1 (17 por 100 del nivel de referencia) que en CNC (14 por 100) o CNMC-2 (12 por 100).

La Figura 6 representa gráficamente los valores de la ratio de disuasión para todas las empresas sancionadas en el periodo 2011 a 2015, ordenadas por fecha de resolución. De nuevo, se han separado los resultados entre CNC, CNMC-1 y CNMC-2 y se han identificado los valores correspondientes a cada periodo con un color diferente.

**Figura 6.** Escenario promedio: Ratio multa impuesta/multa disuasoria óptima (valor medio de  $b_i = 13$  por 100)



Fuente: CNMC.

También en este caso se ha incluido una línea horizontal donde el valor de la ratio «multa efectiva/multa disuasoria óptima» es igual a la unidad para facilitar la interpretación de los resultados. Como se ha dicho, todas las sanciones —a excepción del valor extremo mencionado— se encuentran por debajo de esa línea de referencia. Lo que es más importante, más del 90 por 100 de las sanciones están por debajo del ratio de disuasión igual a 0,4, lo que implica que la gran mayoría de las sanciones no llegan siquiera al 40 por 100 del valor medio de la sanción disuasoria óptima.

No es necesario incluir una nueva tabla para comprender que en el escenario superior, que utiliza el límite superior de la sanción disuasoria óptima con un margen de beneficio ilícito igual a 23 por 100, todas las sanciones (a excepción del valor extremo) se encuentran muy por debajo de la línea de referencia.

En concreto, el valor medio de la ratio de disuasión para las empresas analizadas es 0,08, por lo que las multas impuestas a este grupo de empresas han estado de media un 92 por 100 por debajo de la sanción óptima. El valor promedio de la ratio varía solo ligeramente entre los distintos subperiodos. En este caso, más del 90 por 100 de las sanciones están por debajo

del ratio de disuasión igual a 0,2, lo que implica que la gran mayoría de las sanciones no llegarían siquiera al 20 por 100 del valor medio de la sanción disuasoria óptima

En conclusión, basándonos en los resultados expuestos, y sin entrar en los diversos motivos que pueden explicarlos, puede afirmarse que, lejos de imponer multas desproporcionadas, la política sancionadora de la autoridad de competencia española —en cualquiera de las fases descritas— ha sido en general poco disuasoria en los cinco años analizados.

## 6. CONCLUSIÓN

En síntesis, en este artículo se ha llevado a cabo desde un punto de vista económico un análisis de la capacidad disuasoria de las multas impuestas por la autoridad de competencia española durante los años 2011 hasta 2015. La Comisión Europea ha venido defendiendo que las multas por infracciones anticompetitivas deben tener suficiente capacidad disuasoria, no solo para evitar que las empresas infractoras reincidan sino para desincentivar también que otras empresas realicen conductas anticompetitivas. Sin embargo, no es ese el resultado obtenido en este artículo empírico.

El trabajo realizado comienza con la recopilación de todos los expedientes que suponen infracciones al art. 1 de la LDC durante los últimos cinco años de los que se dispone de todos los datos necesarios. Los expedientes se agrupan en tres periodos teniendo en cuenta los cambios institucionales ocurridos así como la STS de enero de 2015. El primer periodo se denomina CNC y comprende el periodo entre enero de 2011 y octubre de 2013, el segundo periodo, CNMC-1, entre octubre de 2013 y el 29 de enero de 2015 y el último periodo, CNMC-2, comprendido entre el 30 de enero y 31 de diciembre de 2015. Sin embargo, los datos en valores monetarios de las sanciones recopilados no son suficientes para realizar una comparativa entre multas impuestas en diferentes expedientes y empresas, por lo que se ha optado por ponderarlos por dos variables sustitutivas del tamaño de la empresa sancionada, el volumen de negocio total de la empresa y el volumen de negocio de la empresa en el mercado afectado. Los resultados muestran que las multas impuestas durante el periodo CNMC-2, ponderadas por cualquiera de los volúmenes de negocio, son en promedio inferiores y más concentradas que en los periodos anteriores.

Sin embargo, este análisis no permite evaluar el nivel disuasorio de cada sanción impuesta. Para ello, los autores realizan una revisión de la literatura sobre sanciones óptimas y, a partir de una fórmula teórica, calculan la sanción óptima de cada empresa basada en una estimación prudente del beneficio ilícito por participar en un cártel y medida como un porcentaje del volumen de negocios de la empresa en el mercado afectado. Este porcentaje depende de tres parámetros: el *mark-up* competitivo, el sobreprecio derivado del cártel y la elasticidad-precio de la demanda. El beneficio ilícito se divide por la probabilidad de detección de una infracción, que se utiliza

para medir la estabilidad interna de los cárteles y aumenta con la duración de los cárteles.

Una vez disponemos de la sanción óptima teórica, la comparamos con las sanciones efectivamente impuestas con el fin de evaluar la capacidad disuasoria de cada sanción. Para realizar esta comparativa, los autores construyen tres escenarios de la multa óptima y del ratio de disuasión (multa impuesta/multa óptima) utilizando valores de los parámetros extremos y promedios. El escenario inferior está basado en un margen de beneficio ilícito de un 3 por 100, el promedio en un margen de un 13 por 100 y el superior en un margen de un 23 por 100. Los resultados de la comparativa son sorprendentes para los tres periodos descritos arriba: en el primer escenario, con un umbral de multa óptima reducido, el 80 por 100 de las multas impuestas por la autoridad de competencia de España entre 2011 y 2015 se encuentran un 64 por 100 por debajo del mínimo nivel disuasorio óptimo. En el segundo escenario, más del 90 por 100 de las multas impuestas no alcanzan ni el 40 por 100 de la multa óptima disuasoria promedio, mientras que en el tercer escenario la mayoría de las empresas sancionadas no llegan ni al 20 por 100 de la multa disuasoria promedio. Además, en los tres periodos, los valores medios de aquellas multas por debajo del nivel disuasorio óptimo no son significativamente diferentes, especialmente en el escenario promedio. En conclusión, teniendo en cuenta que en el primer escenario se ha utilizado un margen de beneficio ilícito muy reducido y, por tanto, una multa óptima disuasoria exigua, parece evidente que la política sancionadora de la autoridad de competencia española no ha sido suficientemente disuasoria en cualquiera de los tres periodos analizados.

En cualquier caso, y con respecto a las posibles líneas de investigación futuras, el estudio presentado puede ser extendido en varios aspectos que no han sido incluidos en el mismo. Como ya se ha mencionado anteriormente, España y otros países de la UE, además de la Comisión Europea, han fijado un máximo legal para las sanciones que pueden imponer las autoridades de competencia, que en España ha sido fijado en el 10 por 100 del volumen de negocio total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción. Este límite puede ser usado en posteriores estudios para refinar el análisis de disuasión de las sanciones de competencia en España. Por otro lado, se han utilizado valores de los parámetros generalmente aceptados para calcular la sanción óptima disuasoria en diferentes escenarios. No obstante, estos valores pueden no ser suficientemente precisos para cada empresa, por lo que una vía para ampliar el estudio podría ser encontrar valores individualizados para cada empresa o al menos a nivel sectorial.

No hay que olvidar tampoco que existen otras medidas a disposición de las autoridades de competencia que también tienen una significativa capacidad disuasoria, como la imposición de sanciones a directivos o gerentes, de reciente aplicación en España, o criminalizando las infracciones de competencia, además de incrementar la probabilidad de detección a través de un mejor diseño los programas de clemencia o dedicando más recursos a las autoridades de competencia para aumentar su capacidad investigadora.

## 7. REFERENCIAS

- ALLAIN, M. L.; BOYER, M.; KOTCHONI, R., y PONSSARD, J. P. (2013): *Are cartel fines optimal? Theory and evidence from the European Union*, CIRANO - Scientific Publications 2013s-24.
- BECKER, G. S. (1968): «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, núm. 76, pp. 169-217.
- BOYER, M., y KOTCHONI, R. (2015): «How much do cartels overcharge?», *Review of Industrial Organization*, vol. 47 (2), pp. 119-153.
- BRYANT, P., y ECKART, W. (1991): «Price fixing: the probability of getting caught», *Review of Economics and Statistics*, núm. 73, pp. 531-540.
- BUCCIROSSI, P., y SPAGNOLO, G. (2007): «Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison?», en GHOSAL, V., y STENNEK, J. (eds.), *The Political Economy of Antitrust (Contributions to Economic Analysis, Volume 282)*, Emerald Group Publishing Limited, pp. 81-122.
- COMBE, E., y MONNIER, C. (2011): «Fines against hardcore cartels in the European Union: the myth of over-enforcement», *Antitrust Bulletin*, 2011, núm. 56 (2), pp. 235-276.
- COMBE, E.; MONNIER, C., y LEGAL, R. (2008): «Cartels: The Probability of Getting Caught», *Bruges European Economic Research Papers*, núm. 12.
- COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Diez Años de Aplicación de la Normativa Antimonopolio del Reglamento (CE) núm. 1/2003: logros y perspectivas*, COM/2014/0453 final.
- CONNOR, J. M. (2006): «Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels», *Journal of Industrial Competition & Trade*, núm. 6, 3-4, pp. 195-223.
- (2010): «Price-fixing Overcharges: Revised 2nd Edition», *Working Paper*, Purdue University.
- DEVELOPMENT. COMPETITION COMMITTEE (2002): *Fighting hard-core cartels: Harm, effective sanctions and leniency programmes*, OECD Publishing.
- ESTRADA, A.; GARCÍA, P.; URTASUN, A., y BRIONES, J. (1998): «Indicadores de precios, costes y márgenes en las diversas ramas productivas», Servicio de Estudios del Banco de España, Documento de Trabajo núm. 9801.
- EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES (2008): «Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence».
- HARRINGTON, J. (2004): «Cartel pricing dynamics in the presence of an antitrust authority», *RAND Journal of Economics*, núm. 35 (4), pp. 651-673.
- (2014): «Are penalties for cartels excessive and, if they are, should we be concerned?», Published online: <http://goo.gl/SOWvQN> [última consulta 28 de marzo de 2016].
- (2014): «Penalties and the deterrence of unlawful collusion», *Economics Letters*, vol. 124, issue 1, pp. 33-36.
- HEIMLER, A., y MEHTA, K. (2012): «Violations of antitrust provisions: the optimal level of fines for achieving deterrence», *World Competition*, vol. 35, pp. 103- 119.
- HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E., y WEN, Q. (2013): «Legal Principles in Antitrust Enforcement», *Discussion Paper*, núm. 2013-178/II, Tinbergen Institute.
- LANDES, W. H. (1983): «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», *University of Chicago Law Review*, núm. 50, pp. 652-678.
- LIANOS, I.; JENNY, F.; WAGNER VON PAPP, F.; MOTCHENKOVA E., y DAVID, E. (2014): «An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Com-





# LAS PROHIBICIONES DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS (TFUE Y LDC): ¿ES INFRACTOR QUIEN FACILITA LA COMISIÓN DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS?

Francisco MARCOS  
IE Law School

## 1. INTRODUCCIÓN

Las prohibiciones de conductas anticompetitivas en el Derecho defensa de la competencia se enuncian tanto en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)<sup>1</sup> como en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>2</sup> en términos amplios, para comprender en ellas su posible comisión por cualesquiera sujetos económicos. La salvaguarda del interés público de un funcionamiento de los mercados sin distorsiones, la protección de la libre competencia y del interés de los consumidores se sirven mejor a través de normas jurídicas que se articulan las prohibiciones como holgados estándares de comportamiento.

En la práctica, la aplicación de esas prohibiciones en los procedimientos sancionadores se ha extendido a las empresas<sup>3</sup> y a otros operadores en el mercado<sup>4</sup>, independientemente de su naturaleza o forma jurídica, de

<sup>1</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Las referencias normativas, judiciales, administrativas y bibliográficas completas (así como las fuentes de las mismas) se recogen *infra* § 6.

<sup>2</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

<sup>3</sup> Véanse §§ 31 y 33 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) de 16 de noviembre de 1977, *GB-Inno-BM*, 13/77 (reiterado, más tarde, en § 38 de la STJUE a de 11 de diciembre de 2007, C-280/06, *AGCM/Ente Tabacchi Italiani-ETI SpA*). En la doctrina, véase E. GALÁN CORONA, «La empresa como destinataria de las normas de Defensa de la Competencia», en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 2, 1975, pp. 291-344. La LDC define la empresa en su Disposición Adicional cuarta («A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»), sobre esta previsión véase J. R. SALELLES, «Comentario a la Disposición Adicional 4.ª1», en MASSAGUER, FOLGUERA, GUTIERREZ y SALA (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson, 2015, pp. 1376-1393.

<sup>4</sup> Desde un principio se interpretó la alusión a las empresas desde una perspectiva funcional, comprendiendo el desarrollo de cualquier actividad económica, véase § 21 de la STJUE de 23 de abril de 1991 (C-41/90), *Höfner & Elser c. Macrotron GmbH* («En el contexto del Derecho de la competen-

si eran públicos o privados, y de si tenían o no ánimo de lucro. Tanto la prohibición de cárteles y otras conductas plurilaterales anticompetitivas (arts. 101 TFUE y 1 LDC)<sup>5</sup> como la prohibición de conductas unilaterales anticompetitivas (arts. 102 TFUE y 2 LDC)<sup>6</sup> han extendido todo su vigor a cualquier entidad económica que realizase alguna de las conductas descritas en el tipo<sup>7</sup>.

Aunque las autoridades encargadas de la aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas detectaron hace ya tiempo la posible presencia en el escenario de la infracción de sujetos que, sin ser autores directos de las mismas, las promoviesen, facilitasen o apoyaran, tradicionalmente esas conductas auxiliares no habían recibido una atención especial por las autoridades de defensa de la competencia<sup>8</sup>. En los últimos años, en cambio, se ha suscitado la cuestión de qué tratamiento deban recibir esas conductas accesorias o periféricas, de apoyo a la infracción de las prohibiciones *antitrust*. Para perseguirlas y sancionarlas, desde 2003 la Comisión Europea ha utilizado la figura del «facilitador» de la conducta prohibida por el TFUE, tras repasar brevemente los perfiles de las conductas prohibidas por el Derecho de defensa de la competencia (*infra* § 1) este artículo describe el itinerario seguido por la Comisión Europea en la construcción de la nueva figura (*infra* § 2) y examina críticamente su difícil acomodo con el Derecho de la UE (*infra* § 3). Se analiza la utilización de la figura por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CMC) para extender la aplicación del art. 1 de la LDC (*infra* § 4) y el difícil acomodo de tal utilización en el plano doméstico con arreglo a nuestro Derecho administrativo sancionador (*infra* § 5).

---

cia [...] el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»); § 14 de la STJUE de 16 de noviembre de 1995 (C-244/94) *Fédération française des sociétés d'assurances y otros* (§ 21 «el mero hecho de que CCMSA no persiga fines lucrativos no priva a la actividad que ejerce de su carácter económico, ya que [...] dicha actividad puede dar lugar a conductas que las normas en materia de competencia tienen por objeto reprimir»).

<sup>5</sup> Al margen de del diferente ámbito territorial de las prohibiciones, el tenor del art. 1.1 de la LDC («Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional»), es ligeramente más amplio del art. 101.1 TFUE («Quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior»), pues incluye las «conductas conscientemente paralelas».

<sup>6</sup> El texto del art. 2.1 de la LDC («Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional») es, a salvo de las variaciones relativas al ámbito geográfico, sustancialmente análogo al del art. 102.1 TFUE («Quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo»).

<sup>7</sup> Véase O. ODUDU, «Economic activity as a limit to Community law», en BARNARD y ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, 2009, pp. 225-243.

<sup>8</sup> Véase Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1980 (IV/29.869 *Vidrio colado en Italia*).

## 2. LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El sistema de economía de mercado confía en la competencia como el principal mecanismo que permite el libre desarrollo de iniciativas empresariales en competencia, maximizando el bienestar de los consumidores. Con ese propósito, y con el objetivo de disuadir las conductas que distorsionen la libertad de competencia en el mercado, el Derecho de defensa de la competencia prohíbe cualquier conducta de los operadores en el mercado que de forma coordinada o de manera individual (en este último caso, si hay una situación de dominio en el mercado) falsee la libre competencia.

La formulación de estas prohibiciones en términos de estándares generales de comportamiento pretende dar cuenta de la amplia variedad de actuaciones de los agentes económicos en el mercado que son susceptibles de distorsionar u obstaculizar la libre competencia, que es el objetivo último que buscan salvaguardar. En efecto, los tipos de conductas ilícitas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia comprenden cualesquiera conductas que sean objetivamente aptas para falsear la competencia en el mercado, y ello ha permitido que su aplicación haya evolucionado en consonancia con los cambios en la realidad mercantil sobre la que se proyectan. El análisis económico que inspira la aplicación de estas normas ha desempeñado un papel crucial en su interpretación y en la construcción abstracta de los tipos de ilícitos prohibidos. La determinación del falseamiento o distorsión de la competencia constituye una cuestión económica y, por ello, se debe al análisis económico la identificación de los elementos y circunstancias que permiten identificar las conductas tipificadas como prohibidas.

La intelección por las autoridades de defensa de la competencia sobre cuándo determinadas conductas menoscaban el libre juego concurrencial en el mercado se ha fundamentado crecientemente en el análisis económico, que ayuda a separar las conductas que falsean la competencia de las que son inocuas para el funcionamiento competitivo de los mercados<sup>9</sup>. Su contribución ha sido crucial tanto en la verificación de la conducta típica en los casos de prácticas concertadas prohibidas por los arts. 101 del TFUE y 1 de la LDC<sup>10</sup>, como en la consideración de qué conductas por parte de un operador dominante en el mercado podrían considerarse abusivas y prohibidas por los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Hasta el punto de que cabría hablar de isomorfismo o hasta identidad de estos conceptos, véase D. NEVEN, «Competition Economics and Antitrust in Europe», en *Economic Policy*, núm. 21, 2006, p. 780.

<sup>10</sup> Véanse D. GERARD, «The Effects-Based Approach under article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself», en BOURGEOIS y WAELBROECK (eds.), *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law. State of Play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 20-31, y B. LAS-SERRE, «Several Strokes of Black and a Palette of Grays: Competitor Agreements through the Eyes of an Enforcement Agency», en *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law*, 2013, p. 60.

<sup>11</sup> Véanse W. ALLAN, «The Effects-based approach under Article 102 TFEU: History and State of Play», en BOURGEOIS y WAELBROECK, *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law*,

Estos preceptos emplean conceptos indeterminados en la construcción de los tipos de conductas ilícitas<sup>12</sup>, que exigen una cierta valoración para su aplicación y pivotan siempre en torno al falseamiento o distorsión de la competencia (real o potencial) en el mercado, pero puede entenderse que cumplen las exigencias de concreción mínimas exigibles para una norma de carácter sancionador. Además, con efectos ilustrativos que permiten identificar qué clase de conductas están prohibidas, la cláusulas generales que encabezan las mencionadas prohibiciones se acompañan de un elenco ejemplificativo de prácticas que se consideran prohibidas y la extensa praxis de la autoridades encargadas de su aplicación proporcionan un amplio muestrario de lo que está prohibido.

Desde otra perspectiva, los tipos son claros en considerar autores de la infracción a quienesquiera realicen las conductas proscritas, y la aplicación de las prohibiciones por la Comisión Europea y las autoridades españolas de defensa de la competencia (TDC, CNC y ahora CNMC) ha determinado los distintos elementos y circunstancias que acompañan y están presentes en la comisión de estas infracciones. En efecto, se trata de conductas que tienen lugar en los mercados y que (potencialmente al menos) alteran la libre competencia en el mercado. Los infractores son operadores en el mercado que, como consecuencia de su conducta, distorsionan el devenir concurrencial ordinario, lo que a la postre menoscaba el bienestar de los consumidores.

En particular, en lo que se refiere a la prohibición de cárteles y conductas multilaterales anticompetitivas, la identificación de las conductas prohibidas por los arts. 101 del TFUE y 1 de la LDC se ha construido en la jurisprudencia comunitaria a partir de la existencia de acciones u omisiones coordinadas de los competidores en un mercado determinado que tuvieran por objeto o efecto el falseamiento de la competencia. Las conductas prohibidas se ciñen a conductas de carácter plurilateral que se materializan en acuerdos de dos o más empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas de dos o más empresas en el mercado<sup>13</sup>. Solo esas conductas están prohibidas<sup>14</sup>.

pp. 43-95, y N. PETIT, «From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC», en *World Competition*, núm. 32/4, 2009, pp. 485-503.

<sup>12</sup> El análisis que se realiza en este artículo se limita a las infracciones de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE, aunque el mismo ejercicio podría hacerse para los arts. 2 y 102 del TFUE. Aunque hasta el momento la aplicación de la figura del «facilitador» se ha limitado a las conductas multilaterales, nada impide que se extienda al abuso de posición dominante, §§ 72 y 73 de las *Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahls, presentadas el 21 de mayo de 2015, C-194/14 P AC-Treuhand AG vs. Comisión Europea* (Conclusiones AG-Treuhand II). Llama la atención también sobre los efectos de la extensión de la prohibición del art. 102 a los facilitadores G. DE STEFANO, «AC-Treuhand Judgment: A Broader Scope for EU Competition Law Infringements», en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 6/10, 2015, p. 690 [«A facilitator (whose conduct could consist, for example, in the provision of strategic advice or economic expertise) might be accused of having participated in an abuse of a dominant position without assessing whether the facilitator actually held such position on a clearly defined market ad whether it was actually able to restrict competition in a given market»]. En cambio, considera menos factible esa posibilidad S. H. CHAN, «AC-Treuhand: What is the Ambit of cartel facilitators' liability», en *European Competition Law Review*, 2016/4:135.

<sup>13</sup> Véase nota 26 de las Conclusiones AG-Treuhand II. En efecto, el art. 101 del TFUE prohíbe solo los «todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas

(Véase nota 14 en página siguiente)

A los efectos de apreciar si se ha producido infracción, la definición y delimitación inicial del mercado relevante en el que dichas conductas tendrían lugar suele ser esencial: permite averiguar si las empresas poseen poder de mercado suficiente para que la conducta en cuestión distorsione la competencia. Adicionalmente, la norma proporciona discrecionalidad a las autoridades encargadas de su aplicación para caracterizar las circunstancias exigidas para la existencia de infracción, pero sin separarse de los elementos que —por imperativo de la norma— figuran en el tipo y que, por tanto, deben verificarse en todo caso<sup>15</sup>. Por encima de ellos, la praxis de aplicación del precepto por las autoridades y la jurisprudencia del TJUE han caracterizado la infracción del art. 101 del TFUE refiriéndose a que los infractores ejerciesen potencialmente cierta «presión competitiva» sobre el resto de las compañías partícipes en el acuerdo o práctica prohibida, de tal manera que su conducta limitase o cercenase esa «presión de la competencia» entre ellas<sup>16</sup>. Adicionalmente, los potenciales efectos restrictivos de la

concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior» y, como el AG recuerda, el TJUE ha dicho que «si bien la generalidad de los términos empleados muestra el deseo de contemplar sin distinción todas las categorías de prácticas colusorias descritas en esta disposición, el carácter restrictivo de esta *es incompatible con toda ampliación de la prohibición que establece más allá de las tres categorías de prácticas colusorias enumeradas de modo taxativo*» (cursiva añadida, § 165 de la STJUE de 29 de febrero de 1968, 24/67, *Parke, Davis & Co. y Probel, Reese, Beintema-Interpharm y Centrafarm*). De modo que «por muy generales que sean los términos recogidos en el Tratado, no pueden quedar comprendidos en la prohibición prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, los acuerdos que, en sí mismos, no tengan por objeto o por efecto restringir la competencia, sino que se refieren a la prestación de servicios encaminados a permitir que las partes de un acuerdo restrictivo de la competencia puedan adoptar conductas ilegales. La mera intención de una empresa de restringir la competencia no basta, a falta de la capacidad efectiva para hacerlo» (§ 70 de las Conclusiones AG-Treuhand II).

<sup>14</sup> Aunque nos encontremos con servicios de apoyo u organización de un cartel prohibido por el art. 101.1 TFUE, se trata de una conducta distinta de la que ese precepto proscribiera («El objeto de los contratos celebrados entre AC-Treuhand y las empresas que operan en el mercado se refería, exclusivamente, a la prestación de servicios que, es cierto, tienen que ver con la puesta en práctica del cártel, pero que, en cuanto tales, son independientes de las conductas que se reprochan a los miembros del cártel», § 67 de las Conclusiones AG-Treuhand II).

<sup>15</sup> La norma se configura a partir de categorías abstractas y directrices de aplicación que otorgan una notable discrecionalidad al encargado de aplicarla, véase GERARD, «The Effects-Based Approach under article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself», en BOURGEOIS y WAELEBROECK (eds.), *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law*, pp. 35-36.

<sup>16</sup> Véanse, sobre todo, §§ 25, 101, 108, 111, 113, 114, 116 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 101 del TFUE, pero también §§ 4, 40, 47, 112, 166 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal o §§ 127, 132, 225 de las Directrices relativas a las restricciones verticales.

Como dicen las Conclusiones AG-Treuhand II (§ 51): «Para formar parte de un cártel que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, es preciso que la empresa interesada ejerza, en el juego normal del mercado, una presión competitiva ("*competitive constraint*") sobre los demás participantes del cártel. Únicamente en el caso de que ejerza una presión competitiva que merezca la pena limitar, podrá ejercer la empresa de que se trata una presión de este tipo». *Id.* § 54 Conclusiones AG-Treuhand II [«No se trata únicamente de determinar si las empresas que pueden celebrar un acuerdo prohibido en el sentido del artículo 81 CE pueden operar en mercados distintos sino de establecer si pueden ejercer una presión competitiva las unas sobre las otras. Si bien es cierto que la competencia a que hace referencia el artículo 81 CE, apartado 1, no es únicamente la que puede desarrollarse entre las partes de un acuerdo, sino también la existente entre una de ellas y terceros, es preciso que la entidad de que se trate esté en condiciones de ser beneficiaria o autora de compromisos contrarios a la competencia» (nota omitida)]. En el caso concreto, por tanto, como Treuhand no ejercía una presión

competencia se encontrarán necesariamente ligados a esa circunstancia, de manera que exista un nexo o relación entre el cese en la presión competitiva y la restricción que se provoca en la competencia en el mercado<sup>17</sup>. La participación en la infracción puede revestir diversas modalidades, incluyendo la mera contribución pasiva o tácita en la conducta anticompetitiva, sin distanciarse pública y abiertamente de la misma<sup>18</sup>.

En efecto, el tipo de la infracción del art. 101 del TFUE se construye predominantemente a partir de la dimensión externa de la conducta de los operadores, con referencias puntuales a sus objetivos y al posible impacto de su conducta en el consumidor, pero en su construcción se ignora por completo la dimensión interna de la organización y funcionamiento del cártel o de la práctica anticompetitiva realizada<sup>19</sup>. Ello impide extender los efectos de la prohibición a las conductas no previstas en el tipo, pero que puedan ser indispensables para la existencia de la infracción, que idealmente deberían recibir el mismo reproche<sup>20</sup>.

### 3. EL «FACILITADOR» DE LA INFRACCIÓN DEL ART. 101 DEL TFUE SEGÚN LA COMISIÓN EUROPEA

Con la figura del «facilitador» de la infracción las autoridades de la competencia identifican a aquellos sujetos que contribuyan, promuevan o cooperen para que la infracción de las prohibiciones del Derecho de defensa de la competencia se realice<sup>21</sup>. Desde la perspectiva económica se alude, en cambio, a las prácticas de facilitación de la colusión o de la coordinación

---

competitiva sobre las cartelistas, al no operar en los mercados en cuestión, difícilmente cabría considerar que por sí misma restringiese la competencia: los efectos restrictivos que se produzcan no tienen que ver con su participación sino con el acuerdo y conducta de los cartelistas.

<sup>17</sup> § 69 de las Conclusiones AG-Treuhand II («Aun suponiendo que se demostrase que las acciones emprendidas por AC-Treuhand tuvieron un efecto positivo en el funcionamiento del cártel, haciéndolo más eficaz y ocultando su existencia, los efectos sobre la competencia de dichos actos se derivan exclusivamente de la conducta de los miembros del cártel. Una vez más, si en circunstancias normales AC-Treuhand no ejerce una presión como la que la competencia hace recaer sobre las empresas controvertidas, sus acciones no pueden restringir la competencia»).

<sup>18</sup> Con referencias a la jurisprudencia del TJUE y del TGUE, véanse C. TALBOT, «AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages», en *Commercial Law Practitioner*, núm. 23/1, 2016, pp. 11-13, y CHAN, *European Competition Law Review*, 2016/4, pp. 136-137.

<sup>19</sup> Véase C. HARDING, «Forging the European Cartel Offence: The Supranational Regulation of Business Conspiracy», en *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, núm. 12, 2004, pp. 284-285.

<sup>20</sup> Véase C. HARDING, *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, núm. 12, 2004, p. 285.

<sup>21</sup> En febrero de 2015 el bróker británico ICAP ha sido sancionado con una multa de 14.960.000 euros por su colaboración en seis de los siete cárteles de los derivados de tipos de interés en Yen (Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2015, *Yen Interest rate derivatives-YIRD*, Case COMP/AT.39861), siendo considerado por la Comisión «facilitador» de las conductas prohibidas, véase EUROPEAN COMMISSION PR, «Antitrust: Commission fines broker ICAP euros 14.9 million for participation in several cartels in Yen interest rate derivatives sector», *IP-15-4104*. La decisión de la Comisión ha sido recurrida al TGUE (T-180/2015, *DO C 245*, de 27 de junio de 2015, pp. 30-32). También el bróker R. P. Martin Holdings Ltd y Martin Brokers (UK) Ltd habían sido sancionados con una multa de 247.000 euros como «facilitadores» de la infracción en 2009 por UBS/DB en el mismo cartel

anticompetitiva para comprender cualquier mecanismo que favorezca ese resultado (señales, comunicaciones, intercambios de información, cláusulas contractuales, etc.) al introducir transparencia adicional en el mercado o alinear el comportamiento de los agentes económicos, generalmente en industrias oligopolísticas<sup>22</sup>.

La Comisión Europea empleó por vez primera la figura del facilitador en su decisión sobre el cártel del peróxido orgánico en 2003<sup>23</sup>, cuando sancionó a la consultora AC Treuhand AG (antes denominada Fides) como entidad de apoyo y colaboradora en la organización y funcionamiento del cártel<sup>24</sup>.

A pesar de que Treuhand no actuase como operador en el mercado de los productos cartelizados y directamente no se beneficiara de ello<sup>25</sup>, la Comisión europea consideró irrelevante para considerarla infractora que la consultora

---

(véase Decisión de 4 de diciembre de 2013, AT.39861 - *Yen Interest Rate Derivatives*, §§ 47-48, 58, 71, 106-107, 162, 163 y 168).

Este supuesto es diferente del que ha llevado a la Comisión a sancionar a empresas de capital privado (*private equity*) por el control que hayan ejercido en una de las entidades infractoras. Está claro que en tal caso no se considera que la empresa de capital privado haya participado en la infracción (o si quiera la conociese), sino que se aplica la doctrina de la «responsabilidad de la matriz por las infracciones cometidas por sus filiales». En la UE esta doctrina es de origen jurisprudencial y establece una presunción *iuris tantum* de que la matriz ejerce una «influencia decisiva» en la conducta de su filial (§ 49 STJUE de 25 de octubre de 1983, 107/82, *AEG v. Comisión*). A los mismos efectos, en el la LDC —con una técnica jurídica cuestionable—, el art. 61.2 de la LDC establece: «A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas». Sobre esa doctrina y su aplicación, véase J. GUTIÉRREZ, «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales», en *Revista de Derecho Mercantil*, 292, 2014, pp. 251-296. Así, aunque no se conoce el texto de la decisión de la Comisión Europea, en el cártel de los cables de energía submarinos y subterráneos, se incluye entre las sancionadas a Goldman Sachs como matriz de una de las cartelistas (*Prysmian S.p.A. y Prysmian Cavi e Sistemi Energia S.r.l.*), véase resumen de la decisión de la Comisión de 2 de abril de 2014, AT.39610-*Cables de energía*. Otro tanto ocurre con las empresas de prestación de servicios que actúan bajo la dirección o el control de las que cometen una infracción, con conocimiento del carácter anticompetitivo de la conducta y de sus efectos, véase STJUE de 21 de julio de 2016 (C-542/14, *SIA*).

<sup>22</sup> Véase M. GRILLO, «Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis», en *European Journal of Law and Economics*, 14, 2002, pp. 151-169.

<sup>23</sup> El procedimiento se inició tras la solicitud de clemencia de la compañía AZKO en abril de 2000 y concluyó mediante decisión de 10 de diciembre de 2003 (COMP/E-2/37.857, *Peróxidos Orgánicos*).

<sup>24</sup> Las múltiples tareas desempeñadas por Treuhand, de apoyo, soporte, promoción (e incluso inducción) a los acuerdos anticompetitivos, se enumeran en §§ 92-93 y 95-105 de la decisión de 10 de diciembre de 2003. La Comisión considera que su papel era crucial para el cártel, actuando como protagonista y participante activo del cártel, más allá de ser un mero secretario (está claro que el papel de «AC Treuhand no se limitó a la función de secretaria. AC Treuhand no solo participó en el acuerdo sino que promovió la participación en el acuerdo mediante sus decisiones sobre la aplicación del cártel (por ejemplo, sobre las cuotas). AC Treuhand gozaba de cierta autoridad sobre los miembros del cártel a la hora de limitar su comportamiento competitivo más allá de lo acordado por los propios miembros. AC Treuhand era consciente de que solamente la existencia continuada del cártel le permitiría seguir desempeñando el papel que desempeñaba en el acuerdo y actuó de manera independiente, diferente de la de los miembros» (§ 332 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003, nota omitida).

<sup>25</sup> § 342 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003 («AC Treuhand no se benefició directamente de las subidas de precios ni del reparto de clientes en el marco del acuerdo, ya que no vendía PO. Pero sí se benefició del éxito del acuerdo en la medida en que se la seguía pagando por las estadísticas y demás funciones que realizaba»).

no estuviera presente en el mercado de referencia del cartel<sup>26</sup>. Según la Comisión, las prohibiciones de prácticas anticompetitivas del Tratado tienen como destinatarias a las empresas y es innegable que Treuhand era una empresa que desarrollaba una actividad económica en el mercado<sup>27</sup>, cuya conducta podría ser susceptible de infringir la prohibición de cárteles y otras conductas plurilaterales anticompetitivas previstas en el art. 101.1 del TFUE<sup>28</sup>. Al final, Treuhand fue sancionada con una multa simbólica de 1.000 euros<sup>29</sup>.

La condena a Treuhand fue examinada por el Tribunal de primera instancia (TPI) mediante sentencia de 8 de julio de 2008 (T-99/04 Treuhand I) en la que, entre otras cosas, la consultora alegaba que como «no existe [...] en el Derecho comunitario de la competencia una disposición legislativa que permita sancionar al inductor o al cómplice de una infracción»<sup>30</sup>, al condenarla la Comisión habría vulnerado el principio de legalidad del Derecho sancionador (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Adicionalmente, Treuhand alegó que «solo la empresa que es parte contractual en el acuerdo restrictivo de la competencia puede ser sancionada con una multa»<sup>31</sup>, de modo que «un acuerdo restrictivo de la competencia únicamente puede celebrarse entre empresas que tengan la condición de competidora, de oferente o de demandante en el mercado afectado»<sup>32</sup>.

Sin embargo, el TPI confirmó la condena de la Comisión, considerando irrelevante que la empresa en cuestión no compitiera en los mercados en los que se hubieran verificado las conductas prohibidas, al margen también de la intensidad de su participación en la infracción<sup>33</sup>. El TPI consideró que

---

<sup>26</sup> Esta cuestión se había planteado ya en el cártel de los productores transformadores del tabaco crudo en España cuando la Comisión sancionó a la italiana Deltafina Spa, que aunque no actuaba en ese mercado porque «con su comportamiento, en coordinación con el de otras empresas, tiene la finalidad de restringir la competencia en un mercado pertinente específico dentro del mercado común, sin que ello requiera necesariamente que la misma empresa opere en ese mercado pertinente» [§ 48 de la STGUE (Sala 4.ª) de 8 de septiembre de 2010, *Deltafina Spa c. Comisión Europea*, T-29/05 (*id.* § 86)].

<sup>27</sup> § 345 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003 («La Comisión considera que AC Treuhand también es una empresa en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, ya que es una empresa que realiza una actividad económica, La actividad es complementaria de las de los miembros del cartel activos en el mercado de PO. El mercado de PO se vio afectado y podía haberse visto afectado por las propuestas, mediación, estadísticas, etc., de AC Treuhand. Una retirada inopinada de AC Treuhand habría perturbado, al menos temporalmente, el funcionamiento del cártel igual que lo hubiera hecho la retirada de un fabricante de PO»).

<sup>28</sup> Véanse §§ 346 («La Comisión considera que no es necesario probar el papel exacto desempeñado por entidades híbridas como AC Treuhand que claramente han infringido el artículo 81 del Tratado. AC Treuhand participó directamente en la infracción dirigida a restringir la competencia en el sector de los PO, aunque no produzca PO, y tomó decisiones destinadas a tal fin. Por lo tanto, AC Treuhand infringió el artículo 81 del Tratado y el artículo 53 del Acuerdo EEE») y 351 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003 («AC Treuhand será considerado por separado, dado su papel específico como empresa y/o asociación de empresas, que desempeñó diferentes funciones y tomó decisiones distintas de las de las demás partes del acuerdo»).

<sup>29</sup> § 354 de la Decisión de 10 de diciembre de 2003.

<sup>30</sup> § 82 de la STPI de 8 de julio de 2008 (*Treuhand I*).

<sup>31</sup> § 88 de la STPI de 8 de julio de 2008 (*Treuhand I*).

<sup>32</sup> § 89 de la STPI de 8 de julio de 2008 (*Treuhand I*), lo que además se extraía de la praxis decisional anterior de la Comisión (§§ 93-94).

<sup>33</sup> § 132 de la STPI de 8 de julio de 2008, *Treuhand I* («El hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de un cártel o que haya desempeñado un papel me-

podría considerársele cómplice<sup>34</sup>, sin que pudiera «acogerse la alegación de la demandante de que una empresa asesora no puede ser considerada coautora de una infracción porque no ejerce una actividad económica en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia, por una parte, y porque solo ha contribuido al cartel de manera subordinada, por otra»<sup>35</sup>. En suma, para el TPI «toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio»<sup>36</sup>.

Algunos años más tarde la Comisión Europea volvió a encontrar que la misma consultora había contribuido a la organización y funcionamiento del cártel de los productos termo-estabilizadores (estabilizadores de estaño, el ESBO y los esteres)<sup>37</sup>. Como en el cártel del peróxido orgánico, la contribución de Treuhand en el éxito del cártel de los productos termo-estabilizadores también se presentaba como decisiva para el funcionamiento del reparto del mercado y de la fijación de precios, actuando como «controlador» del cumplimiento y respeto de las cuotas adjudicadas a cada cartelista y «moderador» en caso de conflicto entre ellas<sup>38</sup>.

En efecto, la consultora Treuhand presidió muchas de las reuniones del cártel (tanto del *PVC Tin Stabilisers Group* como del *ESBO Ester Group*), sin que pudiera considerársele un mero secretario administrativo, carente de interés alguno en el éxito del cártel: Treuhand tenía autoridad para controlar las ventas de las cartelistas, instándolas a corregir comportamientos que se desviarán del reparto acordado, y recibiendo compensación económica por ello<sup>39</sup>. También se encargó de ocultar y hacer todo lo posible para que el cartel no fuera descubierto por las autoridades<sup>40</sup>.

Para la Comisión, la infracción por Treuhand de la prohibición de cárteles resultaba clara<sup>41</sup>, siendo imposible que desconociera el carácter pro-

---

nor en los aspectos en los que haya participado no es relevante para apreciar la existencia de una infracción por su parte. Ahora bien, aunque la importancia en su caso limitada de la participación de la empresa interesada no puede por tanto desvirtuar su responsabilidad personal por el conjunto de la infracción, cabe sin embargo que tenga incidencia en la apreciación de su alcance y de su gravedad, y por consiguiente en la determinación del importe de la multa»).

<sup>34</sup> Incluyendo coautoría o complicidad, § 133 de la STPI de 8 de julio de 2008, *Treuhand I* («Cuando dicha empresa ha contribuido a la puesta en práctica de este, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva»).

<sup>35</sup> § 136 de la STPI de 8 de julio de 2008 (*Treuhand I*).

<sup>36</sup> § 150 de la STPI de 8 de julio de 2008 (*Treuhand I*).

<sup>37</sup> Véase Decisión de 11 de noviembre de 2009, COMP/38589 *Termo-estabilizadores*. También en este caso el procedimiento se inició tras la solicitud de clemencia de una de las partícipes en el cártel (Chemtura).

<sup>38</sup> § 109 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009. La Comisión detalla con todo lujo de detalles la organización y mecánica de las reuniones convocadas y preparadas por Treuhand (§§ 112-129).

<sup>39</sup> §§ 356-359 y 381 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009.

<sup>40</sup> § 576 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009.

<sup>41</sup> § 341 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009 («*The organisation of meetings or providing services relating to anti-competitive arrangement, may also be prohibited under certain conditions according to the jurisprudence of the Court of First Instance*» nota omitida); § 380 («*AC Treuhand*

híbrido de la conducta y la relevancia de su contribución para el éxito del cártel<sup>42</sup>. Por todo ello, y en atención a su contribución esencial a la organización y eficacia del cártel<sup>43</sup>, Treuhand fue sancionada en esta ocasión con multa de 374.000 euros<sup>44</sup>.

También Treuhand recurrió la sanción al Tribunal General de la UE (TGUE)<sup>45</sup>, con una motivación análoga a la formulada en el recurso al TPI por la multa en el cártel de los peróxidos. Para Treuhand su colaboración en la prestación de servicios al hilo de la celebración de un acuerdo anti-competitivo no constituía una conducta prohibida por el art. 101 del TFUE, pues si así fuera se vulneraría el principio de legalidad del Derecho sancionador<sup>46</sup>. Adicionalmente, cuestionaba la interpretación extensiva dada a ese precepto por la Comisión y la falta de previsibilidad de una sanción tan elevada como la impuesta. El TGUE, apoyándose sustancialmente en su sentencia de 2008 (*Treuhand I*), rechazó de plano las alegaciones de Treuhand y confirmó la actuación de la Comisión mediante sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>47</sup>.

La sentencia del TGUE fue recurrida en apelación al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). El Abogado General (AG) recomendó en sus conclusiones que el TJUE anulase la sentencia del TGUE y la sanción impuesta por la Comisión. El AG consideraba que la extensión de la aplicación de la prohibición a la conducta de Treuhand contrariaba el principio de legalidad<sup>48</sup>.

---

*actively participated in both cartels throughout the entire period»*); y § 381 («AC Treuhand must be considered a perpetrator for the purposes of Article 81 of the Treaty»).

<sup>42</sup> § 383 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009.

<sup>43</sup> § 749 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009 [*«AC-Treuhand AG played a crucial role in the organisation and conduct of the meetings (see, in particular, recitals (356) - (359)). AC-Treuhand AG had precise knowledge of the anti-competitive arrangements and in fact, drafted and disseminated in a very professional way all the information on prices, quotas and customers. It was entrusted with the power to conduct audits of the cartel participants until 1996. Only the data ultimately approved by AC-Treuhand AG became the basis of negotiations and arrangements. AC-Treuhand AG made available its location to conceal the cartel. In both cartels, its role was that of preventing the detection of the infringements. As moderator, its role was that of encouraging compromises with a view to concluding the anti-competitive agreements. AC-Treuhand AG provided its services, its professional expertise and infrastructure to both cartels in order to benefit from them. Such conduct can only be characterized as active participation and involvement conducive to, and facilitating, the anti-competitive arrangements and their implementation»*].

<sup>44</sup> § 744 de la Decisión de 11 de noviembre de 2009: «*The fact that the Commission imposed a symbolic fine in the Organic Peroxides case does not create a legitimate expectation regarding the level of the fines it may impose in other cases. In this case, the Commission considers it appropriate to impose fines at a level that genuinely reflects the gravity and the duration of the infringements committed by AC-Treuhand AG, as well as the need to ensure that fines have a sufficiently deterrent effect*» (nota omitida).

<sup>45</sup> Como es sabido, como consecuencia del Tratado de Lisboa, el Tribunal de primera instancia (TPI) cambió su denominación a la de Tribunal General de UE (TGUE).

<sup>46</sup> §§ 37-39 de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 (T-27/10), *AC-Treuhand AG c. Comisión Europea (Treuhand II)*.

<sup>47</sup> §§ 45-46 de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 (T-27/10, *Treuhand II*).

<sup>48</sup> §§ 74 y 84 de las Conclusiones AG-Treuhand II, lo que no supone que el AG considere que la conducta de Treuhand no sea reprochable, «únicamente se suscita la cuestión de si los servicios de asesoramiento prestados por la recurrente pueden ser castigados en virtud del artículo 81, apartado 1, pero no si merecen serlo» (*id.* § 22).

La STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P) confirma el fallo del TJUE, rechazando el recurso de Treuhand y los argumentos del AG, para el TJUE la redacción del art. 101.1 del TFUE no indica «que la prohibición que se establece se refiera únicamente a las partes en tales acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por estos»<sup>49</sup>, y rechaza una interpretación restrictiva de la misma que presuponga «una limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes»<sup>50</sup>.

Para el TJUE, la extensión de la aplicación de la prohibición a la conducta de Treuhand es necesaria para asegurar su eficacia<sup>51</sup>. Aunque la conducta de Treuhand no es parte de los acuerdos de los productores de estabilizadores de térmicos, su relación con ellos es innegable<sup>52</sup>, de modo que «el propio objetivo de los servicios prestados por AC-Treuhand sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con dichos productores era la realización con todo conocimiento de causa, de los objetivos contrarios a la competencia de que se trata, concretamente [...] la fijación de precios, el reparto de los mercados y clientes y el intercambio de información comercial sensible»<sup>53</sup>.

#### 4. LOS CÓMPLICES DE LA INFRACCIÓN DEL ART. 101 DEL TFUE

En verdad, los términos en los que la Comisión Europea caracterizó jurídicamente la eventual participación de Treuhand en las infracciones del art. 101.1 del TFUE enjuiciados en las decisiones referidas en el apartado anterior resultaban un tanto imprecisos<sup>54</sup>. De igual manera, la confirmación judicial de su decisión emplea alternativamente los términos «coautor» y «cómplice», sin darle mayor relevancia a la distinción<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> § 27 *in fine* de la STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P *Treuhand II*).

<sup>50</sup> § 33 de la STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P *Treuhand II*).

<sup>51</sup> Ya que, en caso contrario, «no permitiría impedir la contribución activa de una empresa a una restricción de competencia por el mero hecho de que dicha contribución no se refiera a una actividad económica perteneciente al ámbito del mercado pertinente en el que esa restricción se materialice o tenga por objeto materializarse», § 36 de la STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P *Treuhand II*).

<sup>52</sup> § 39 de la STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P *Treuhand II*) («No puede considerarse que las intervenciones de esta en esa calidad [empresa asesora] constituyeran meros servicios periféricos, sin relación alguna con las obligaciones contraídas por los productores y las restricciones de la competencia de ellas derivadas»).

<sup>53</sup> § 38 de la STJUE de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P *Treuhand II*).

<sup>54</sup> Lo que no quiere decir que la evidencia de la conducta de Treuhand no sea detallada (sobre Decisión de 2003 §§ 91-105 y Decisión de 2009, §§ 108-119), pero se echa en falta (como el AG censura en sus conclusiones §§ 59 y 81) una mayor precisión jurídica en la calificación de la conducta imputada. Véase también C. HARDING, «Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise», en *European Law Review*, 2, 2009, p. 303 («*There may be more substance in the objection that the legal delineation of punishable cartel conduct is in need of greater specificity and definition*»).

<sup>55</sup> Al confirmar la Decisión de 2003, el TPI es vacilante en la consideración de la consultora como «coautor de la infracción» (§ 129 de la STPI de 8 de julio de 2008, *Treuhand I*) o como «cómplice» (véanse §§ 117, 129, 130, 133, 146, 148 y 149 de la STPI de 8 de julio de 2008, *Treuhand I*),

Aunque es cierto que la asistencia y el apoyo de Treuhand fueron esenciales para la organización, funcionamiento y éxito de ambos cárteles, también lo es que Treuhand no era un participante ordinario en el cártel y por eso cabe cuestionar su calificación como «autor» de la infracción<sup>56</sup>.

Además, incluso sin ser un cartelista más, no resulta posible considerar que Treuhand realizó la conducta anticompetitiva prohibida por el art. 101.1 del TFUE. Difícilmente puede entender que las actuaciones de Treuhand restringieran en modo alguno la competencia<sup>57</sup>, sin que concurriese —por tanto— el elemento principal del tipo que se establecen en ese precepto. Y dado que Treuhand no habría realizado la conducta típica, resulta anómalo y contrario al principio de legalidad que pueda ser sancionada por ello.

La caracterización correcta de las conductas desarrolladas por Treuhand, que promueve, apoya y ayuda a la infracción por las empresas participantes en el cártel se aproxima más bien a lo que en el Derecho penal se conoce como cómplices o cooperadores necesarios del ilícito<sup>58</sup>. Sin embargo,

---

de modo que aunque considera que «basta con que la Comisión demuestre que la empresa de que se trate ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente a ellos para probar de modo suficiente la participación de dicha empresa en el cartel. Para acreditar la participación de una empresa en un acuerdo único, integrado por un conjunto de comportamientos ilícitos separados en el tiempo, la Comisión debe probar que esa empresa pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo» (§ 130 de la STPI de 8 de julio de 2008, *Treuhand I*), a renglón seguido afirma: «[e]sta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único», para concluir que «la jurisprudencia reconoce la corresponsabilidad de las empresas coautoras y/o cómplices de una infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, considerando que el requisito objetivo para la imputación a la empresa interesada de los diversos comportamientos ilícitos que constituyen el conjunto del cartel concurre cuando dicha empresa ha contribuido a la puesta en práctica de este, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva, por ejemplo mediante la aprobación tácita y la omisión de denunciar dicho cartel a las autoridades, pudiendo tomarse en consideración la importancia eventualmente limitada de esa contribución al determinar la gravedad de la sanción» (§ 133 de la STPI de 8 de julio de 2008, *Treuhand I*).

<sup>56</sup> Véase § 18 de las Conclusiones AG-Treuhand II. La Comisión hace abstracción de esas circunstancias, para reiterar que los servicios de Treuhand servían para apoyar «objetiva y subjetivamente» los cárteles y, por ende, para que la consiguiente limitación de la competencia tuviera lugar (*id.* §§ 27 y 28).

<sup>57</sup> §§ 19 y 68 de las Conclusiones AG-Treuhand II («la Comisión no alegó ni demostró que AC-Treuhand ejerciera una presión como la que, con carácter general, la competencia ejerce sobre las empresas miembros del cártel. Al no ejercer esa presión sobre los miembros del cártel detectado en el sector de los estabilizadores térmicos, la conducta de AC-Treuhand no podía restringir, en cuanto tal, la competencia y, por consiguiente, quedar incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición de cárteles prevista en el artículo 81 CE, apartado 1»).

<sup>58</sup> § 80 de las Conclusiones AG-Treuhand II [«Los hechos que se imputan a AC-Treuhand (organización de las reuniones, distribución y custodia de la documentación, asistencias y acciones diversas para mantener en secreto el cártel) pueden quedar incluidos, en principio, en dicho concepto, pues la conducta de esa empresa ha consistido, sin lugar a dudas, en ayudar a los miembros del cártel en la puesta en práctica y desarrollo de éste»]. Como dice después: «Además y sobre todo aunque, según mi leal saber y entender, se admite de forma casi unánime la distinción entre el “autor” y el “cómplice” de un delito en el ámbito penal, con carácter general se desconoce esa distinción en el entorno administrativo. Pues bien, como el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones y pese a que esa cuestión ha sido objeto de debate, el Derecho de la competencia de la Unión es de naturaleza administrativa. Por tanto, recurrir al concepto de complicidad en este contexto carece de sentido. En

esas conductas no están prohibidas por el art. 101 del TFUE<sup>59</sup> (por cierto, tampoco por el art. 102 del TFUE). Jurídicamente no es lo mismo ser autor de la infracción, que cómplice o cooperador necesario para la comisión de la conducta prohibida<sup>60</sup>.

En efecto, dado el carácter sancionador de las normas de defensa de la competencia, no es razonable extender su aplicación a conductas que no son subsumibles en ellas. Y eso es lo que ocurre en el caso de que no exista la necesaria coincidencia entre el hecho punible y la conducta que pretende subsumirse en el tipo de la infracción. Aunque el TJUE haya dicho lo contrario<sup>61</sup>, la ampliación del tipo de conductas prohibidas por vía aplicativa no es posible y constituye una anomalía, que contraviene el principio de legalidad de las sanciones<sup>62</sup>.

La importancia de la formulación precisa de las normas que proscriben y sancionan determinadas conductas empresariales y la necesaria sincronía en la práctica entre el tipo y la conducta prohibida son una manifestación del principio de legalidad, que debe permitir razonablemente a los agentes conocer y prever las conductas que están prohibidas y quienes están sujetos a la prohibición<sup>63</sup>. Es imprescindible que el tipo precise con claridad y sin ambigüedades las conductas y los sujetos afectados por la infracción<sup>64</sup>.

---

el Derecho de los Estados miembros, aunque efectivamente han existido situaciones en las que se ha planteado sancionar a personas o entidades que han brindado asistencia para la comisión de una infracción de las normas de competencia, los casos que he logrado identificar son escasos, se refieren a disposiciones nacionales particulares o son consecuencia directa de la sentencia AC-Treuhand I» (§ 82 de las Conclusiones AG-Treuhand II, notas omitidas).

<sup>59</sup> El art. 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DO L 1, de 4 de enero de 2003) autoriza a la Comisión para imponer multas a las empresas que, de forma deliberada o por negligencia, «infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado». Véase también § 83 de las Conclusiones AG-Treuhand II («En cualquier caso, dicha incriminación no se deriva del tenor del artículo 81 CE ni de las reglas adoptadas en su aplicación»).

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, solo quien infrinja una disposición de Derecho comunitario (y no el inductor o el cómplice) es considerado autor de una irregularidad susceptible de control/sanción (art. 1.2) a los efectos del régimen sancionador general en materia de fraude que afecte a los intereses financieros de las comunidades prescrito en el Reglamento (CE/EURATOM) 2988/95, del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

<sup>61</sup> El TJUE habla de la «aclaración progresiva de las reglas de responsabilidad de un asunto a otro» [§ 41 de la STJUE de 22 de octubre de 2016 (C-194/14P, *Treuhand II*)].

<sup>62</sup> En parecidos términos, HARDING, *European Law Review*, núm. 2, 2009, p. 303 («Constitute an exercise in working backwards from discussion of an appropriate penalty, rather than a priori definition, and are the result of incremental and often judicial specification [...] such ex post facto patchworking still lacks the degree of specificity usually required for offence definition in systems of criminal law»).

<sup>63</sup> § 96 de STPIE de 13 de julio de 2011 (T-138/07) *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión CE* («Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal»). Igualmente, aunque referido, al principio de legalidad de las sanciones (y no de las infracciones), véase § 15 de la STJUE (Sala 6.ª) de 18 de noviembre de 1987 (137/85), *Maizena GmbH et al. c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)* («Una sanción, aunque no sea de carácter penal, solo puede imponerse si se apoya en una base legal clara y no ambigua»).

<sup>64</sup> Se trata del corolario natural del principio de legalidad, reconocido en los mismos términos por el art. 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y por el art. 49.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en

La otra cara de la moneda es que esa exigencia constituye una expresión del principio de seguridad y certidumbre jurídica<sup>65</sup>, que limitará y fijará el alcance de las potestades sancionadoras de la Comisión y de las ANC (que no pueden perseguir y sancionar conductas no comprendidas en el tipo de la prohibición).

Lo anterior no supone que el principio de legalidad no permita que, como ocurre con los arts. 101 y 102 del TFUE, el tipo de la prohibición se formule de manera amplia y genérica, con el propósito de abarcar multitud de conductas potencialmente anticompetitivas. Pero sí exige respetar los principios seguidos en la aplicación e interpretación de dichos preceptos, que se pueden extraer de la jurisprudencia del TJUE sobre qué se han de entender por restricciones a la competencia prohibidas por dichas normas<sup>66</sup>. En concreto, en su redacción actual estos preceptos carecen del grado de determinación mínima exigible para comprender en ellos a los cómplices, cooperadores o colaboradores necesarios de la infracción<sup>67</sup>.

De alguna manera es cierto —como afirma el TJUE—, que la efectividad de las prohibiciones requeriría la extensión de su aplicación a ellos<sup>68</sup>, pero este argumento no es suficiente para estirar su tenor más allá de donde razonablemente es posible. En efecto, las prohibiciones de conductas anticompetitivas del TFUE no pierden vigor o eficacia porque la prohibición no se aplique a aquellos que facilitan o contribuyen a que la infracción tenga lugar, pues el tipo captura sin lugar a dudas la conducta anticompetitiva

---

el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional». Véanse § 35 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 22 de noviembre de 1995, *S.W. c. Reino Unido* (20166/92), § 29 de la STEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia* (17862/91) y § 52 de la STEDH de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia* (14307/88).

<sup>65</sup> Véanse § 79 de la STJUE de 7 de junio de 2007 (C-76/06P) *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c. Comisión CE* («El principio de seguridad jurídica exige que las normas de Derecho comunitario sean claras y precisas para que los interesados puedan orientarse en situaciones y relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del ordenamiento jurídico comunitario») y § 80 de la STPIE de 6 de octubre de 2005 (T-22/02 y T-23/02), *Sumitomo Chemical Co. Ltd & Sumika Fine Chemicals Co. Ltd c. Comisión CE*: «El principio de seguridad jurídica tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario».

<sup>66</sup> Véase *supra* § 1. Véase también § 71 de las Conclusiones AG-Treuhand II («Si el Tribunal de Justicia adopta el planteamiento que la Comisión preconiza en el presente asunto, ratificada por el Tribunal General, el método de identificación de las conductas contrarias a la competencia previstas en los Tratados se vería profundamente perturbado. En mi opinión se produciría una tal desconexión entre las conductas de que se trate y la necesidad de identificar una restricción a la competencia, en el sentido económico del término, que la delimitación del mercado pertinente y la identificación de las presiones que, en principio, se ejercen en el citado mercado resultaría completamente superflua»). Los efectos perniciosos se proyectarían igualmente a la aplicación del art. 102 del TFUE, véanse §§ 72 y 73 de las Conclusiones AG-Treuhand II (y véase también *supra* nota 12).

<sup>67</sup> Véase HARDING, *European Law Review*, 2, 2009, p. 307 («*More care may be required in specifying the kinds of participation in cartel activity that may justifiably ground liability for an infringement of Art. 81 EC*»). El TJUE ha sostenido que la incapacidad del *comprador* de leche de hacer frente a la tasa punitiva impuesta por tratarse de leche producida fuera de las cuotas fijadas de acuerdo con el Derecho UE impide que esa sanción se aplique al *productor* de la leche (§ 31), véase STJUE de 15 de enero de 2004 (C-230/01), *Intervention Board for Agricultural Produce c. Penycloed Farming Partnership*.

<sup>68</sup> § 36 de la STJUE de 22 de octubre (C-194/14P). Véase también § 40 de la STGUE de 8 de septiembre de 2010 (T-29/05) *Deltafina SpA c. Comisión Europea*.

en sí misma, y obviamente la «conducta periférica» del facilitador perderá todo sentido y razón de ser si la conducta anticompetitiva es sancionada<sup>69</sup>.

Finalmente, si las normas del TFUE y sus disposiciones de aplicación son insuficientes en su formulación actual no vale con interpretarlas de manera extensiva; esa forma de proceder puede ser efectiva pero contraviene la lógica de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Para sancionar la actuación de quienes colaboran y facilitan la comisión de las infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE sería necesario reformar el tenor de las prohibiciones o de las disposiciones relativas a su aplicación (el Reglamento 1/2003 o el Reglamento 773/2004) para incluir una previsión específica que contemplara expresamente como ilícitas esas conductas<sup>70</sup>.

## 5. EL «FACILITADOR» DE LA INFRACCIÓN DEL ART. 1 DE LA LDC SEGÚN LA CNC Y LA CNMC

En los últimos cinco años, la utilización de la figura del «facilitador» de la infracción de las prohibiciones de la legislación defensa de la competencia por las autoridades españolas ha sido frecuente y ha alcanzado una laxitud notable. Aunque, el recurso a esta figura se rodea siempre de la referencia a la sentencia del TPI en el asunto *Treuhand*, la situación de referencia en muchos de los supuestos en que se ha empleado no es equiparable.

1. Así, en primer lugar, de manera claramente incorrecta, la CNC (y luego la CNMC) han utilizado el término «facilitador» como sinónimo de coautor y/o de cooperador necesario de la infracción, cuando se trata de posiciones jurídicamente distintas. De manera innecesaria, la CNC inauguró la utilización de la figura del «facilitador» en la Resolución de 2 de marzo de 2011 (S/0086/08 *Peluquería Profesional*)<sup>71</sup> y continuó con las Resoluciones de 13 de

<sup>69</sup> Véase A. VALLERY y C. SCHELL, «AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 7/4, 2016, p. 256 («On the one hand, the fact that this allegedly objectionable and unethical conduct could not be caught under Article 101 TFEU would not mean that the full effectiveness of the cartel prohibition could be challenged, as the prohibition of the really problematic conduct stays untouched. On the other hand, it could be argued that imposing a fine on facilitators could make it more difficult for undertakings to actually participate in a cartel. It would be more complicated for them to try to start or hide the anticompetitive purpose and object of their meetings, agreements, or concerted practices without the help of a facilitator»).

<sup>70</sup> §§ 85 y 87 de las Conclusiones del AG-Treuhand II («En mi opinión, incumbe en exclusiva al legislador de la Unión prever una sanción para los cómplices de infracciones del Derecho de la competencia. A este respecto, conviene subrayar que el deseo de las instituciones de garantizar la eficacia de sus políticas debe conciliarse con la legalidad y la seguridad jurídica. Como señalaba un autor, la doctrina del efecto útil no puede llevar al Tribunal de Justicia a interpretar disposiciones del Tratado en el sentido de extender al máximo la competencia de las instituciones, pero debe permitir interpretar las normas pertinentes con arreglo a su objetivo y finalidad»). El autor referido es P. PESCATORE, «Monisme et dualisme et “effet utile” dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne», en COLNERIC, PUISOCHET, RUIZ-JARABO y EDWARDS (coords), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts, 2003, p. 340.

<sup>71</sup> En el caso de la Asociación Nacional de Perfumería y Cosméticos (STAMPA), la CNC afirmó: «Este Consejo considera necesario aclarar que, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es necesario calificar formalmente la forma de

mayo de 2011 (S/0159/09 *UNESA y Asociados*)<sup>72</sup> y de 24 de junio de 2011 (S/0185/09 *Bombas de Fluidos*)<sup>73</sup>.

La CNMC ha seguido esta costumbre de su predecesora en todos los expedientes en los que en la infracción de la prohibición de acuerdos o prácticas anticompetitivas intervenía una asociación de empresas que agrupase a las infractoras<sup>74</sup>.

---

participación de cada uno de los sujetos sancionados en el ilícito, bastando con que realicen, de forma o negligente, alguno de los actos tipificados como infracción administrativa por la legislación de que se trate. Esta afirmación, viene corroborada, en el ámbito de la defensa de la competencia, el artículo 61 de la LDC cuando habla de “sujetos infractores” (o el artículo 9 de la Ley 16/1989, cuando habla de “quienes realicen actos de los descritos en los artículos 1, 6 y 7”), sin distinguir el concepto en que se interviene en la comisión de la infracción, por lo que su concreción es de todo punto de vista innecesaria. Por ello, la referencia efectuada por la Dirección de Investigación a la condición de STANPA como cooperador necesario no tiene ni mucho menos la connotación formal que se le pretende dar por la citada Asociación ni, por tanto, cabe hacer reproche alguno en este punto a la presente resolución ni a la calificación efectuada durante la fase de instrucción, que se ajusta a lo exigido por la LDC (o Ley 16/1989)» (FD 10.º).

<sup>72</sup> En el caso de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) «debe ser declarada también responsable de las dos conductas infractoras en la medida en que ha facilitado las mismas. Su contribución ha sido indispensable para la coordinación de las empresas en su seno y para la ejecución de la mayor parte de las actuaciones. Ciertamente no actúa con independencia de las empresas, sino a instancia de ellas. Pero a su vez constituye el medio sobre el que se soporta e instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta. Extrapolando los criterios del TG (antes TPI) en el asunto *Treuhand* (asunto T-99/04, *AC Treuhand AG/Comisión*) a este caso, UNESA puede considerarse coautora por su papel facilitador de la práctica puesto que (1) contribuyó activamente a la puesta en práctica de la conducta, existiendo un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y (2) manifestó su voluntad de participar en la práctica restrictiva ya que pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes o pudo de forma razonable haberlos previsto y estaba dispuesta a asumir el riesgo (§ 134)» (FD 9.º).

<sup>73</sup> La implicación de la Asociación Española de Fabricantes de Bombas para Fluidos-AEFBF en las infracciones fue distinta para la DI y para el Consejo de la CNC, que concluyó (citando sus resoluciones en las dos notas anteriores) que «la AEFBF juega un papel propio en estas conductas, dando apoyo al desarrollo de las mismas, facilitando la cooperación y, en algunos casos, impulsándola. Ha cometido materialmente la infracción, es decir, que es coautora de la misma, desempeñando un papel como facilitador de la conducta. Esta conclusión es idéntica respecto de la segunda conducta, donde el papel de las empresas fue igualmente activo y, de hecho, la labor de determinadas empresas en el seno del grupo de trabajo y coordinando al resto de competidores fue muy significativa. Al propio tiempo, la coordinación se plasma en un modelo cuya «propiedad» se atribuye a la AEFBF, como vehículo para ponerlo en común» (FD 7.º). La SAN de 19 de junio de 2013 ha ratificado la conclusión y la sanción impuestas (FD 5.º). Véase también FD 13.º de la SAN de 25 de febrero de 2013.

<sup>74</sup> La CNMC consideró a AENA como «cooperador necesario» de la infracción de varias compañías de alquiler de vehículos sin conductor [FD 3.º, apdo. 6 de la RCNMC de 2 de enero de 2014 (S/0404/12, *Servicios Comerciales AENA*). Como ya hemos dicho, es cuestionable que en estos casos —más bien—, se tratara de un infractor más, véase A. PASCUAL, «El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia», en RECUERDA (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario 2015*, pp. 132-133. Después del caso AENA, véase FD 8.º de la RCNMC de 6 de noviembre de 2014 (S/0430/12, *Recogida de Papel*) sobre la responsabilidad de Unión de Empresas de Recuperación S. L., que afirma: «UDER ha cometido materialmente la infracción imputada, es decir, que es coautora de la misma, lo que se acredita en el hecho de que a lo largo del presente expediente se ha comprobado su rol como facilitador de la infracción realizada por sus socios, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) de 8 de julio de 2008, *AC-Treuhand AG/Comisión*, T-99/04, que precisamente sanciona como autor a quien, con pleno conocimiento, participa en un cártel como facilitador». Véanse también FD 4.º de la RCNMC de 26 de febrero de 2015 (S/0425/12, *Industrias Lácteas 2*) sobre la responsabilidad como «facilitadoras de los intercambios de información» de AELGA y GIL (concluyendo en FD 7.º: «Se considera que las conductas anticompetitivas descritas en la presente resolución son im-

No se comprende la necesidad que tienen la CNC y la CNMC de introducir la figura del facilitador en estos casos. Fuera de una licencia literaria, de uso cuestionable dentro de un procedimiento sancionador (que requiere el cumplimiento de múltiples formalidades, incluido el uso estricto de la terminología), nada aporta recurrir al facilitador cuando lo que realmente existiría eventualmente en esos casos es coautoría de la infracción de la asociación empresarial en cuestión.

2. En segundo lugar, en varias decisiones la CNMC ha extendido la aplicación de la prohibición del art. 1 de la LDC a empresas de consultoría que con su actividad proporcionaban sustento a la infracción, como cómplices y cooperadores necesarios de la misma. Las decisiones de la CNMC se refieren todas ellas a la industria del automóvil, comprendiendo tanto la fabricación como la distribución de automóviles. En materia de fabricación, dos consultoras han sido condenadas por su colaboración activa como facilitadoras del «cartel de los fabricantes»<sup>75</sup>. En estos supuestos, la situación es más parecida a la de examinada por las instituciones comunitarias en los asuntos *Treuhand (I y II)*. En efecto, en el ámbito de la distribución, una empresa de consultoría (ANT Servicalidad, S. L.) ha sido condenada como cooperador necesario de una infracción de las normas de defensa de la competencia por su labor en la gestión de los programas de «cliente indiscreto» o «comprador misterioso», destinados a obtener e intercambiar información sobre precios

putables a AELGA y al GIL como coautores de las mismas, en condición de colaborador necesario», a las que impone multas de 100.000 y 200.000 euros, respectivamente); FD 9.º RCNMC de 18 de junio de 2015 (S/0469/13, *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado*) más ponderado («La conducta, además, se ha desplegado de forma institucionalizada, a través de la asociación AFCO, que ha facilitado la consecución del fin ilícito por diversos medios. Así, en el mercado de fabricación de papel para la elaboración de cartón ondulado, AFCO ha sido la institución a través de la cual se ejecutaba el intercambio de información sobre precios de papel entre las empresas imputadas pero, adicionalmente, su actuación ha ido más allá de ser un facilitador de la operativa del ilícito para desplegar iniciativa propia en su funcionamiento») y FD 9.º («La asociación ha cometido materialmente la infracción imputada, es decir, que es coautora de la misma»). Véanse también FFDD 4.º1 y 8.º7 de la RCNMC de 25 de junio de 2015 (S/0454/12, *Transporte Frigorífico*) sobre la condena de Asociación Española de Empresarios de Transporte Bajo Temperatura Dirigida-ATFRIE (que parece distinguir a ATFRIE como autora y como facilitadora). Últimamente, FD 5.º RCNMC de 12 de mayo de 2016 (S/0455/12, *Grupos de Gestión*), sobre la responsabilidad de AGRUPA como «marco sobre el que se soportaba e institucionalizaba la coordinación de las entidades participantes en el cártel, siendo por tanto su actuación decisiva en el desarrollo de la conducta».

<sup>75</sup> Véanse FFDD 4.º7 y 7.º de la RCNMC de 23 de julio de 2015, S/0482/13, *Fabricantes de automóviles*, se sanciona a las empresas Snap-on Business Solutions, S. L. (52.785 euros) y Urban Science España, S. L. (70.039 euros) como colaboradores y facilitadoras del «cártel», hablando del «estratégico papel jugado por las empresas de consultoría como intermediarias en el intercambio de información constituye un claro valor añadido para la efectividad del intercambio» y de que «los hechos acreditados se pone de manifiesto con claridad el activo papel jugado por SNAP-ON en los intercambios de información confidencial, futura y estratégica en el área de Gestión Empresarial, y, en el caso de URBAN, en el área de Posventa, contribuyendo ambas empresas activamente al mantenimiento de este cártel». Con posterioridad, Urban Science España, S. L., ha sido sancionada con multa de 53.597 euros por suministrar información incompleta, incorrecta, falsa o engañosa sobre su cifra de negocios total de la empresa en 2014, infringiendo su deber de colaboración con la CNMC [arts. 39 y 62.2.c) de la LC], véase RCNMC de 16 de abril de 2016 (SNC/DC/008/16 URBAN).

y condiciones comerciales de venta y detección de los descuentos que se separaban de los PVP recomendados, que en el fondo eran una manera de hacer efectivos ocho cárteles de concesionarios de diversas empresas de automóviles sancionados por la CNMC (Audi-Seat-VW, Chevrolet, Hyundai, Land Rover, Nissan, Opel, Toyota y Volvo)<sup>76</sup>. En tres de los cárteles se condenó también a la consultora Howarth con una fundamentación análoga<sup>77</sup>.

3. Finalmente, en tercer lugar, la CNC ha utilizado la figura del facilitador como mecanismo para condenar la implicación de las autoridades públicas en algunos cárteles (de producción de la uva y vino de Jerez y del transporte en el puerto de Valencia)<sup>78</sup>.

## 6. LOS CÓMPLICES DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS POR LA LDC

A la vista de la casuística anterior, resta por ver si con arreglo al Derecho español es posible la sanción de quienes colaboran o cooperan en la

<sup>76</sup> La administración por ANT del programa de «Comprador misterioso» (*Mystery Shopping*) y la información obtenida y utilizada en el mismo («estudios de mercado») constituían mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de los acuerdos de cártel de los concesionarios de automóviles para la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, en todas ellas con referencia a la STPIUE de 8 de julio de 2008, véase FD 4.º4 de la RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*, y de las RCNMC de 12 de julio de 2016 (S/0506/14, *Concesionarios Volvo*) y de 28 de abril de 2016 (S/DC/0505/14, *Concesionarios Chevrolet*) («Los servicios de ANT fueron contratados para facilitar la vigilancia del efectivo cumplimiento de los acuerdos adoptados por las incoadas y, por tanto, para facilitar la ejecución y el mantenimiento de los mismos en el tiempo, incluso previendo un sistema de detección de incumplimientos de lo pactado a través de los informes de ANT. Como parte de su cometido dentro de los servicios que prestaba a las empresas, cabe destacar el de facilitador de la información estratégica obtenida en las visitas que realizaba a los concesionarios, por lo que debe ser considerada coautora de la infracción junto al resto de las empresas imputadas en este expediente. [...] Este tipo de conductas deben merecer el castigo administrativo que prevé la Ley, por cuanto la empresa ha contribuido sustantivamente al mantenimiento de la conducta»). Poco más adelante, la califica de coautora: «En el caso de ANT, además, existen precedentes muy recientes de conductas análogas en el mercado de venta de automóviles que han sido sancionadas por esta autoridad de competencia, concluyéndose que la participación de ANT como coautor merece igualmente el reproche administrativo» (cita omitida a las resoluciones de la CNMC sobre concesionarios). En términos similares, FD 4.º4 de la RCNMC de 28 de julio de 2016 (SAMAD/09/2014, *Concesionarios Nissan*) y FD 4.º6 de la RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0489/13, *Concesionarios Opel*, S/0488/13, *Concesionarios Hyundai*, y S/0486/13, *Concesionarios Toyota*, y de 28 de mayo de 2015, S/0471/13, *Concesionarios Audi-Seat-VW*.

<sup>77</sup> Los «protocolos de revisión» de Horwarth facilitaron la infracción en el cartel de los concesionarios de Nissan (RCNMC de 28 de julio de 2016, SAMAD/09/2014, *Concesionarios Nissan*), en el cártel de los concesionarios Audi-Seat-VW en la zona de Madrid para concesionarios Audi y VW (RCNMC de 28 de mayo de 2015, S/0471/13, *Concesionarios Audi-Seat-VW*) y en el de los concesionarios de Land Rover en la zona de Madrid (RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*); en cambio la Sala de Competencia excluyó la responsabilidad de esta consultora por falta de pruebas en el caso del cártel de los concesionarios de Hyundai en la Comunidad de Madrid (FD 6.º de la RCNMC de 5 de marzo de 2015, S/0488/13, *Concesionarios Hyundai*).

<sup>78</sup> RCNC de 6 de octubre de 2011 (S/0167/09, *Productores de uva y vino de Jerez*) y de 27 de septiembre de 2013 (S/0314/10, *Puerto Valencia*) en las que se condena a la Administración autonómica andaluza y valenciana como «facilitadoras» de la infracción de los arts. 1 LDC y 101 TFUE. Sobre estos casos, que plantean una problemática diferente, permítase la referencia a F. MARCOS, «¿Debe el Derecho de la competencia sancionar a las Administraciones Públicas que faciliten prácticas anticompetitivas?», en *Working Paper IE Law School A18-235* (2016).

realización de las conductas anticompetitivas que en la legislación doméstica de defensa de la competencia se prohíban.

En principio, el diseño y formulación de las prohibiciones de defensa de la competencia en el Derecho nacional y los remedios contra ellas no tienen por qué ser idénticos a los previstos en el TFUE y en sus disposiciones de aplicación. Como es sabido, debe observarse la doctrina de la «doble barrera», que obliga a la aplicación simultánea de la LDC y de la disposición pertinente del TFUE cuando se aplique el art. 1 o el 2 de la LDC a una conducta que afecte al comercio entre los Estados miembros (art. 3.1 del Reglamento CE 1/2003), y —además— la aplicación del art. 1 de la LDC no puede conducir a la prohibición de conductas que no estuvieran prohibidas con arreglo al art. 101 del TFUE (art. 3.2 del Reglamento CE 1/2003). No obstante, es posible que los remedios previstos en el plano doméstico sean distintos a los utilizados por la Comisión Europea<sup>79</sup>, incluso que sean de naturaleza penal<sup>80</sup>.

En tal caso, si la infracción de defensa de la competencia se considera penal, sería posible acudir a las previsiones relativas al carácter delictivo de la conducta de los cómplices para perseguir y sancionar a quien la ha facilitado y dado apoyo. De hecho, en algunos Estados miembros se persigue a quien facilita o coopera a la realización de una conducta anticompetitiva, que se considera delictiva. Al menos en una ocasión, en el Reino Unido se ha perseguido por esta vía a sujetos que habían desarrollado conductas análogas a las de Treuhand en los cárteles del peróxido y de los productos de estabilización térmica<sup>81</sup>. En efecto, en las secciones 188 a 190 de la *Enterprise Act* de 2002 se construye el tipo de «*criminal cartel offence*»<sup>82</sup>. La

<sup>79</sup> Véase art. 5 del Reglamento CE 1/2003. Aunque por exigencias del deber de cooperación sincera de los Estados miembros con la UE (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea) las sanciones impuestas, deben ser suficientes, proporcionales y deben ser efectivas, véase M. J. FRESE, *Sanctions in EU Competition Law*, Hart, 2014, pp. 93-113. Aunque, la Comisión Europea ha dado a entender que puede ser conveniente cierta armonización en esta materia, véase § 77 del *Staff Working Document: Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues*, SWD(2014) 231/2.

<sup>80</sup> En tales casos, es posible la criminalización de la aplicación del Derecho nacional de la competencia cuando se aplique simultáneamente el TFUE, véase W. WILS, «Is criminalization of EU competition law the answer?», en CSERES, SCHINKEL y VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, E. Elgar, 2006, pp. 71-74. Con variaciones en su formulación, más de la mitad de los Estados miembros consideran ilícito penal los cárteles u otras formas de *bid rigging* (Austria, Alemania, Chipre, Dinamarca, Estonia, Eslovenia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Noruega, Polonia, Reino Unido, República Checa y República Eslovaca), persiguiéndose como tales; en Italia y España ciertas conductas anticompetitivas en algunas circunstancias podrían también tener implicaciones penales. Véase K. JONES y F. HARRISON, «Criminal Sanctions: An Overview of EU and national case Law», en *e-Competitions*, núm. 64.713, 25 de marzo de 2014.

<sup>81</sup> En 2011 una previsión especial se incorporó en la Ley rumana de defensa de la competencia 21/1996, de 10 de abril de 1996 («*When an individual participates with fraudulent intent and in a decisive way in the conceiving, the organization or the realization of any of the practices prohibited under art. 5 par. (1) which are not exempted according to art. 5 par. (2) will be considered a criminal offence and will be convicted to jail from 6 months to 3 years or will be fined and rights will be prohibited*»).

<sup>82</sup> Reformado por la Sección 47 de la *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013 para el que se prevé la imposición de sanciones penales (prisión hasta un máximo de cinco años, Sección 190.1).

primera (y hasta la fecha única) sanción penal a un facilitador de un cartel tuvo lugar en 2008 en el cartel mundial de las mangueras marinas (*marine hose*), en el que uno de los tres condenados en el Reino Unido era la consultora PW Consulting Oil and Marine Ltd., que fue considerada «coordinador del cartel», por su profunda implicación en la conducta delictiva, desempeñando un papel fundamental para el funcionamiento del cartel y para su ocultación a las autoridades<sup>83</sup>.

Desde el punto de vista de la política legislativa en materia criminal, la decisión puede considerarse una manifestación de la idea de que el reproche a los cárteles no solo se debe a sus perniciosos efectos anticompetitivos sino que se extiende y sobrepasa ese aspecto para comprender toda la planificación, organización y ocultación de una conducta que es claramente ilícita<sup>84</sup>. En un plano más modesto, desde la perspectiva técnico-jurídica, la utilización del Derecho penal para perseguir y sancionar los cárteles en el Reino Unido se revela como un instrumento adecuado para alcanzar también a los actos de complicidad, apoyo o ayuda a la comisión de la conducta considerada delictiva<sup>85</sup>.

Sin embargo, por lo que atañe al Derecho español de defensa de la competencia, y al margen de aquellos casos en los que la conducta anticompeti-

<sup>83</sup> El responsable (Peter Whittle) de una consultora (PW Consulting Oil and Marine Ltd.) fue condenado a dos años y medio de prisión y siete años de inhabilitación como «coordinadora del cartel» [*Whittle & Ors, R. v Court of Appeal - Criminal Division*, 14 de noviembre de 2008 (2008 EWCA Crim 2560)], aunque no era parte de los acuerdos de reparto de mercado y *bid rigging* por el que se condenaron a dos directivos (David Brammar y Bryan Allison) de una de las cartelistas (Dunlop Oil and Marine Ltd.). En palabras del juez Geoffrey Rivlin (QC): «*This was a full-time job. The cartel was run as it had to be with meticulous attention to detail. Code names were used, clandestine meetings were organized and held, agreements were reached, both in relation to the market share and for the bogus contract bids. All of this was illustrated and monitored by monthly reports. There was a formally agreed decision-making process by which the successful company would be nominated as the champion for that contract. There were rules for compliance. The parties communicated through the use of code names when they or their companies became more concerned about compliance; and they disguised their contact with one another and with you through the use of email accounts that, of course, had no connection with the companies they represented. Then, all of the bid documentation had to be prepared. I have seen an illustration of this and can well believe that this was indeed a labour intensive exercise, time consuming and highly sophisticated*», *R v Whittle, Brammar & Allison* (Marine Hose), Southwark Crown Court (10 de junio de 2008).

<sup>84</sup> Véase HARDING, *European Law Review*, 2, 2009, p. 302 [«*It helps to convey the idea of what is delinquent and morally objectionable in cartel behavior: that it is not only a matter of anticompetitive damage (What may be thought of as the substantive predicate offending) but also a matter of deliberate planning of something known to be illegal and with a strong element of sophisticated subterfuge [...] and it is that aspect of organization and subterfuge that is both necessary for the realization of anticompetitive aims but also supplies an element of delinquency over and above anticompetitive strategy itself*»]. Más ampliamente en C. HARDING, «Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalization of Business Cartels», en *Critical Criminology*, 14, 2006, pp. 181-205.

<sup>85</sup> Véase Sección 8 de la *Accessories and Abettors Act* de 1861 («*Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender*»). Se consideran *indictable offences* a los delitos graves que pueden ser enjuiciados ante un jurado popular. En el Derecho penal británico se discute si la figura del facilitador encaja mejor en el concierto o asociación para delinquir (*Joint Criminal Enterprise*) que en la complicidad en sentido estricto (HARDING, *European Law Review*, núm. 2, 2009, pp. 306-307), pero esta discusión carece de mayor interés a los efectos que aquí se discuten.

tiva pudiera ser considerada un ilícito penal (actualmente arts. 281 y 284.1 del Código Penal)<sup>86</sup>, que todavía no han sido utilizados en la práctica para perseguir penalmente a los cárteles<sup>87</sup>, el régimen sancionador previsto es de carácter administrativo. Como ocurría en el Derecho de la UE (*supra* § 3), y como el AG Wahls apuntaba en sus Conclusiones en *Treuhand-II*, una cosa es el Derecho penal y otra el Derecho administrativo sancionador. A pesar de algunas similitudes, la diferencia ontológica y la asimetría entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador<sup>88</sup> impide el traslado, por analogía y de manera genérica, de la figura de la complicidad penal al plano administrativo<sup>89</sup>.

De todas formas, no conviene llamarse a engaño, tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del poder punitivo del Estado, que han de respetar las exigencias constitucionales del art. 25.1 («Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»). Así, la complicidad de la infracción en materia administrativa sancionadora será sancionable si así se prevé en el tipo legal. Sin embargo, a falta de esa previsión legal, al cómplice no puede considerarse como infractor. Se trata de una manifestación del principio de legalidad material, que obviamente rige tanto en materia penal como en materia administrativa sancionadora, sin que sea admisible afirmar que existe en esta última una flexibilización o relajación de las garantías y principios penales<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal contempla diversas formas de participación en la conducta delictiva distintas de la autoría que son igualmente punibles (arts. 27-29 y 63).

<sup>87</sup> Véanse N. GONZÁLEZ-CUELLAR, «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la justicia penal», en A. PETITBÓ y S. MARTÍNEZ (dirs.), *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, F. Rafael del Pino-Marcial Pons, 2008, pp. 75-100; S. B. BRAGE, «Legislación penal especial en materia de delitos de alteración de precios», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 157-182, y Á. MENDO, «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales/ADPCP*, núm. 65/1, 2012, pp. 226-251.

<sup>88</sup> Véase A. HUERGO, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007, *passim*.

<sup>89</sup> Referido precisamente a este particular, R. PIZARRO NEVADO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en J. J. GONZÁLEZ (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. E. Casas*, U. Córdoba, 1996, p. 612 («Debemos cuestionarnos si para sancionar a personas distintas del sujeto activo es precisa una tipificación expresa o, por el contrario, la responsabilidad es consustancial a determinadas conductas directamente relacionadas con la acción típica sin necesidad de consagración expresa»; y concluye «la teoría penal de la autoría no es miméticamente trasladable al Derecho administrativo sancionador»).

<sup>90</sup> Aunque el Tribunal Supremo ha dicho exactamente lo contrario en STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª) de 18 de julio de 2016, al hilo de la condena a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía como «facilitadora» del cártel de la uva y el mosto de Jerez: «A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han delimitado desde antiguo diversas formas y grados de participación del sujeto en la conducta delictiva —autor material, inductor, cómplice, etc.—, con el consiguiente reflejo en la individualización y graduación del reproche punitivo, en el derecho administrativo sancionador no existe una catalogación general en función del grado de protagonismo de los sujetos intervinientes en la realización de la conducta infractora, de manera que la individualización y graduación de la sanción —inexcusable en aras del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)—, se realiza atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin excluir las subjetivas de los distintos infractores y su posición relativa con respecto al hecho infractor» (FD 3.º).

El Tribunal Constitucional ha considerado que constituye una exigencia para la constitucionalidad y validez de las prohibiciones en materia sancionadora que «su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»<sup>91</sup>. Eso no significa que no sea posible que el tipo legal de la infracción no se configure, como ocurre con las prohibiciones de conductas anticompetitivas en la LDC, de manera relativamente abierta e indeterminada<sup>92</sup>. Pero la formulación legal de las conductas prohibidas debe ser lo suficientemente clara, cierta y precisa como para permitir conocer con carácter previo si una determinada conducta incurre en la misma o no<sup>93</sup>.

Como es sabido, con carácter general la figura del cómplice de las infracciones administrativas es inédita en el Derecho sancionador español<sup>94</sup>, sin que sea posible considerar infractor al cómplice salvo que exista una previsión legal expresa<sup>95</sup>.

---

Sin embargo, «esa forma de explicar la realidad jurídica es equivocada, perturbadora y peligrosa» como afirma M. REBOLLO PUIG, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en M. REBOLLO, M. LÓPEZ y E. CARBONELL (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor L. Cosculluela*, Iustel, 2015, pp. 852-853 («Si acaso, podrá decirse, y no siempre será exacto, que se trata de concreciones menos exigentes, menos rigurosas que las que ha tomado el Derecho Penal. Ninguna objeción puede hacerse a ello. Pero eso no significa que sean relajaciones de esos principios»). Como dice más adelante, «frente a ello lo que hay que hacer es combatir esas vulneraciones de los principios [...] y, en su caso, buscar alternativas que satisfagan las necesidades que han llevado a ellas pero sin sacrificar principios y derechos fundamentales; y lo que no hay que hacer es convertir esas vulneraciones en regla, sacralizarlas como si fuesen inevitables y, menos aún, construir un sistema que, para dar cabida a todas ellas, demuela los principios», *id.*, p. 856. También PIZARRO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en GONZÁLEZ (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Casas*, p. 611.

<sup>91</sup> FJ 5.º de la STC 305/1993, de 5 de octubre; FJ 2.º de la STC 151/1997, de 29 de septiembre, y FJ 8.º de la STC 297/2005, de 21 de noviembre.

<sup>92</sup> El principio de taxatividad en la tipificación de las infracciones no excluye cierta indeterminación en su formulación, mas en ningún caso permite las analogías, A. NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.ª ed., Tecnos, 2005, pp. 307-308. Véase también J. CID MOLINÉ, «Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de identidad entre las sanciones punitivas», en *RAP*, núm. 140, 1996, pp. 153-154.

<sup>93</sup> Véase L. FELTRER RAMBAUD, «Principios de la potestad administrativa sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en Derecho de la Competencia Español», en *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación*, vol. III, Dykinson-Servicio de Publicaciones URJC, 2003, pp. 158-160.

<sup>94</sup> A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Alemania, donde la regulación general en materia de Derecho administrativo sancionador prevé la complicidad como forma de participación en las infracciones [véase § 14, *Beteiligung, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG)].

<sup>95</sup> El art. 27.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJ-SP) no puede ser más claro a este respecto: «Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley» [idéntico al tenor del derogado art. 129.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), BOE 285, de 27 de noviembre de 1992]. Véanse, por todos y con múltiples referencias, M. REBOLLO PUIG, «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *RVAP*, núms. 99-100, 2014, p. 2528 («Salvo que una ley disponga otra cosa, solo son responsables de las infracciones sus autores») y p. 2533 («Respecto a las infracciones administrativas el deslinde entre autor y partícipe marca, de ordinario, la frontera entre lo sancionable y lo impune»); e *id.*, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en REBOLLO, LÓPEZ y CARBONELL (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Cosculluela*,

Por ello, a falta de una ley que lo establezca<sup>96</sup>, desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador la imputación solo puede ser a título de autor o partícipe en la infracción, no de cómplice o encubridor<sup>97</sup>. De este modo, no es posible ensanchar o alargar por vía interpretativa el tenor del tipo de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas para incluir en ellas analógicamente conductas que no están en ellas previstas<sup>98</sup>, aunque puedan considerarse relacionadas<sup>99</sup>.

p. 847 («Solo cabe sancionar a aquél para el que la ley ha previsto sanción y solo si es él quien ha realizado la conducta tipificada como infracción o como forma punible de participación»).

<sup>96</sup> Véase REBOLLO, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en REBOLLO, LÓPEZ y CARBONELL (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Cosculluela*, p. 844 («Si no tienen ningún precepto específico sobre los responsables de las infracciones, deben ser entendidas en el sentido de que solo lo son los que realicen la conducta tipificada»).

<sup>97</sup> Véanse A. CARRETERO PÉREZ y A. CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo Sancionador*, EDERSA, 1995, p. 135; M. IZQUIERDO, «La culpabilidad y los sujetos responsables», en M. REBOLLO, M. IZQUIERDO, L. ALARCÓN y A. M.<sup>a</sup> BUENO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, 2010, p. 260 («Sobre la base del principio de legalidad y tipicidad, el silencio ya en el tipo ya en [...] otros preceptos sobre otros responsables distintos del autor, obliga a concluir que solo son responsables los que puedan considerarse autores en sentido estricto, esto es, los que hayan realizado propiamente la acción típica y no los cómplices, encubridores, inductores o cooperadores necesarios de conductas ajenas»); G. QUINTERO, «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», en *RAP*, núm. 126, 1991, pp. 275-276 («No es posible sustentar la responsabilidad por la infracción más que respecto de aquellos sujetos que directamente hayan realizado la conducta constitutiva de la misma. No cabe, por lo tanto, incluir a inductores, co-ejecutores o cómplices»), y PIZARRO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en GONZÁLEZ (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Casas*, p. 612 («Solo permite sustentar la responsabilidad por infracción respecto de aquellos sujetos que directamente hayan realizado la conducta tipificada») y p. 613 («A falta de previsión legal expresa, y conforme al principio de legalidad y tipicidad, solo se responderá en concepto de autor»).

<sup>98</sup> Véase art. 27.4 de la LRJSP («Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica»), idéntico al derogado art. 129.4 de la LPC. Véase A. M.<sup>a</sup> BUENO ARMJO, «El principio de legalidad sancionadora (II): El principio de tipicidad», en REBOLLO, IZQUIERDO, ALARCÓN y BUENO, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 196 («Se prohíbe la analogía para determinar los sujetos responsables, incluso aunque se trate de los cooperadores necesarios»). Como el Tribunal Constitucional (TC) dijo en su Sentencia de 17 de marzo de 2003 (*Bodegas y Viñedos Gómez Cruzado*, S. A., 52/2003): «Una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, estos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan» (FJ 5.º).

<sup>99</sup> Véanse SSTC 151/1997, de 29 de septiembre (FJ 4.º) y 138/2004, de 13 de septiembre (FJ 3.º) conforme a las cuales el principio de tipicidad «impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla». Véanse REBOLLO, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en REBOLLO, LÓPEZ y CARBONELL (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Cosculluela*, p. 845 («No se podrá sancionar a otros sujetos incluso aunque hayan realizado una conducta antijurídica y culpable ni siquiera en el caso de que guarde cierta relación con las conductas sí tipificadas»), y PIZARRO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en GONZÁLEZ (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Casas*, pp. 611-612 («El Derecho Administrativo sancionador podría sancionar las formas de coautoría, y distinguir en su caso el autor inmediato, que domina la acción, del autor mediato, que realiza la acción utilizando a otra persona como instrumento. Figuras como el coautor, el cómplice o el encubridor tendrían perfecta cabida en el Derecho Administrativo sancionador y podrían ser sancionadas sin merma del principio de responsabilidad personal siempre que se sancionase a cada uno por su propia actuación»).

En principio, nada impediría que la legislación nacional de defensa de la competencia incluyera entre las conductas típicas a los cómplices u a otros cooperadores necesarios de las conductas anticompetitivas prohibidas<sup>100</sup>, pero la LDC no lo hace. Como hemos visto (*supra* § 1), la LDC configura los tipos de las conductas anticompetitivas prohibidas en materia de competencia de manera idéntica al Derecho de la UE, y no hay en la formulación de las prohibiciones una previsión expresa que contemple formas de participación en la infracción distintas de la autoría. Es más, la única previsión adicional en materia sancionadora<sup>101</sup>, reafirma la solución vigente a nivel UE. En efecto, de acuerdo con el art. 61.1 de la LDC «serán sujetos infractores las personas físicas y jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley»<sup>102</sup>.

Es cierto que, más tarde, para el cálculo de las sanciones el art. 64.2 de la LDC incluye entre las circunstancias agravantes «la posición de responsable o instigador de la infracción», pero no parece que el legislador esté aludiendo ahí a un diferente grado de participación en la infracción<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> En el Derecho francés la prohibición de cárteles no solo no exige que las cartelistas sean empresas (L. 420.1 del *Code de commerce*), sino que prevé expresamente la sanción de «toda persona física que haya tomado parte fraudulentamente, de forma personal y determinante, en la concepción, organización o realización de las prácticas (prohibidas)» (art. L. 420-6). El AG en sus Conclusiones en el asunto *Treuhand II* (nota 28) alude a una sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 26 de septiembre de 1991 (*Jurisdata* núm. 1991-044997), que sancionó a un abogado por un asesoramiento jurídico relacionado con un mecanismo de prácticas concertadas (aunque luego estimaba que dicho asesoramiento estaba amparado por el secreto profesional). Sobre esta disposición véase A. DECOCQ y G. DECOCQ, *Droit de la Concurrence. Droit interne et Droit de l'Union Européenne*, 3.ª ed., LGDJ, 2008, pp. 483-485.

<sup>101</sup> A diferencia del Derecho de la UE, la LDC contempla también la posible sanción a los directivos individuales de los infractores en el art. 63.2 de la LDC («Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que han intervenido en el acuerdo o decisión. [...] Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto»), pero esta previsión no es relevante a los efectos que aquí nos ocupan.

<sup>102</sup> Al hilo precisamente del art. 61.1 de la LDC, véase REBOLLO, *RVAP*, núms. 99-100, 2014, p. 2529 («En suma, responsables son solo los autores; responsables son solo los que realizan la acción típica; autores son solo los que realizan la acción típica»). Aunque plantea una problemática diversa, la posible concurrencia simultánea o sucesiva de sujetos que pueda suscitar dudas sobre la autoría y responsabilidad de las eventuales infracciones administrativas cometidas es frecuente en materia de Derecho del consumo, al respecto véase el detenido estudio de M. REBOLLO y M. IZQUIERDO, «Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final», en *Estudios de Consumo*, núm. 56, 2001, pp. 9-157. Un interesante caso puede verse en la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª, ponente J. Lozano) de 25 de enero de 2006 (ROJ: STSJ CLM 185/2006 - ECLI:ES:TSJCLM:2006:185) en el que la norma [el art. 126.2.a), en relación con el 122.1, de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes] sancionaba la conducta de quien añade agua al vino, de modo que no puede sancionarse a quien simplemente lo comercializa, pues la conducta tipificada no es vender vino aguado sino añadirle agua al vino.

<sup>103</sup> Aunque así parece verlo el FD 3.º de la STS de 18 de julio de 2016, Roj: STS 3525/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3525 [«No obstante, pese a no existir en el Derecho Administrativo sancionador la mencionada categorización dogmática en función del grado de protagonismo de los partícipes en la conducta infractora (tampoco se encuentra una sistematización de esa índole en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ni en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ambas de próxima entrada en vigor), sí hay manifestaciones parciales de esa forma de graduación en determinadas leyes sectoriales.

Se trata, más bien, de una circunstancia específica que se aplica a los autores de las infracciones que persigue endurecer el castigo para aquellos autores que —destacándose sobre el resto—, con su conducta, lideraran o promovieran la realización de la conducta anticompetitiva. Esta circunstancia puede estar presente normalmente en el caso de la infracción de las prohibiciones de conductas multilaterales (como los cárteles) en los que algunos de los coautores de la infracción pueden tener «una participación en la conducta más activa que las demás»<sup>104</sup>.

En suma, la conclusión con arreglo al Derecho español no puede ser más rotunda y es coincidente con la obtenida con arreglo al Derecho de la UE: en la medida en que no se encuentran en el tipo de la prohibición de las conductas anticompetitivas la inducción, la complicidad o la cooperación necesaria en la realización de las infracciones, sancionarlas vulnera el principio de legalidad<sup>105</sup>. Como ocurre en el Derecho de la UE, a falta de una reforma legislativa que ampliase el tipo para incluir esas conductas en la prohibición<sup>106</sup>, la CNMC no puede sancionar por infringir las prohibiciones de conductas anticompetitivas a quienes promuevan, faciliten o de cualquier manera induzcan a esas conductas, que caen fuera de la prohibición. Es cierto que esto significa que la facilitación de las infracciones estaría fuera de la prohibición y, por tanto (a salvo de que concurren otras circunstancias), quedarían impunes, pero extender a ellas la sanción por la aplicación del tipo infractor atenta contra el sentido y la garantía del principio de legalidad material y de tipicidad en Derecho administrativo sancionador. Solo una reforma legal que, como hacen otros Ordenamientos, prevea expresamente otras formas de participación en las infracciones de la LDC distintas de la autoría permitiría considerar infracciones las conductas del facilitador o cómplice de las conductas prohibidas.

## 7. CONCLUSIONES

Ni el Derecho de defensa de la competencia de la UE ni el Derecho español de defensa de la competencia contienen una previsión detallada

---

En concreto, en el ámbito de la defensa de la competencia, tras enunciar el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 los “criterios para la determinación del importe de las sanciones”, *el artículo 64.2.b) incluye entre las circunstancias agravantes la que se refiere a “la posición de responsable o instigador de la infracción”, lo que constituye una clara referencia, siquiera parcial o incompleta, al diferente grado de participación en la conducta infractora*»] (cursiva añadida).

<sup>104</sup> A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Comentario al art. 64», en J. MASSAGUER, J. FOLGUERA, A. GUTIÉRREZ y J. SALA (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson, 2015, p. 1263.

<sup>105</sup> Tajante, de nuevo, REBOLLO, *RVAP*, núms. 99-100, 2014, p. 2529 («Sancionar a alguien que no sea el que realizó la acción típica sería sancionar una conducta sin la correspondiente previsión legal clara y expresa»).

<sup>106</sup> Como afirma REBOLLO, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en REBOLLO, LÓPEZ y CARBONELL (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje Coscolluela*, nota 11: «Igual que la ley tiene un amplio margen para decidir que concretas conductas antijurídicas quiere tipificar como infracción y cuáles serán impunes, también tiene libertad para decidir quiénes, de entre los que hayan realizado o contribuido a la infracción, pueden ser sancionados».

sobre las distintas formas de participación en las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas. En el plano subjetivo, el tipo legal de la infracción se circunscribe a los autores, que con su conducta vulneran las prohibiciones previstas en los arts. 101 y 102 del TFUE y 1 y 2 de la LDC. En coherencia con la ausencia de una previsión específica de otros partícipes o colaboradores en la infracción, la interpretación y aplicación de esas prohibiciones por las autoridades encargadas de su aplicación (de un lado, la Comisión Europea, el TGUE y el TJUE; de otro lado, el TDC, la CNC, la CNMC, la AN y el TS) no ha extendido en el pasado su aplicación a quienes contribuyeran de otra forma a la comisión de la infracción.

Por lo que se refiere en particular a los arts. 101 TFUE y 1 LDC la anterior interpretación era coherente con la idea de que los partícipes en la infracción con su conducta reducen la presión competitiva entre sí, obteniendo normalmente un beneficio por ello y perjudicando el bienestar de los consumidores. Sin embargo, a raíz de la condena por la Comisión Europea a la consultora Treuhand en 2003 como «facilitadora» del cártel del peróxido orgánico, la figura del «facilitador» se ha utilizado por la propia Comisión Europea en otros asuntos y también por las ANC para abarcar a quienes colaboran, inducen o son cómplices de la misma. Tanto el TGUE como el TJUE han defendido su legalidad con arreglo al Derecho UE.

Este artículo examina críticamente los argumentos utilizados por el TGUE y por el TJUE en las sentencias que confirman la legalidad de la condena a los facilitadores, y considera —siguiendo las conclusiones del AG Wahls en *Treuhand II*— que la solución empleada por la Comisión Europea es contraria a la interpretación del art. 101 que se puede extraer de la jurisprudencia del TJUE y contraviene el principio de legalidad y tipicidad de las infracciones. La misma solución se alcanza, fundamentada en este caso en el Derecho administrativo sancionador español, respecto a la consideración como infractores de las prohibiciones de conductas anticompetitivas de quienes no son autores, que la CNC y la CNMC han empleado con notable soltura en los últimos tiempos.

Aunque *de lege ferenda* la conducta de los facilitadores de las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en el TFUE y en la LDC debería constituir una infracción y ser sancionada, para que eso ocurra y se respeten las garantías del principio de legalidad material y de tipicidad, sería preciso reformar las prohibiciones o sus normas de aplicación para incluir otras formas distintas de la autoría (la complicidad, inducción y otras formas de colaboración) como formas típicas de participación en las infracciones.

## 8. REFERENCIAS

### A. NORMATIVAS

— Convención Europea de Derechos Humanos (*BOE* 108, de 6 de mayo de 1999).

a) *UE*

- Tratado de la Unión Europea (*DO C 83*, de 30 de marzo de 2010).
- Carta de Derechos Fundamentales de la UE (*DO C 364*, de 18 de diciembre de 2000).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*DO C 326*, de 26 de octubre de 2012).
- Reglamento 773/2004, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de la comisión con arreglo a los arts. 101 y 102 del TFUE (*DO L 123*, de 27 de abril de 2004, 18-24).
- Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (*DO L 1*, de 4 de enero de 2003).
- Reglamento (CE/EURATOM) 2988/95, del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (*DO L 312*, de 23 de diciembre de 1995).
- Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 101 del TFUE (*DO C 101*, de 27 de abril de 2004).
- Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (*DO C 11*, de 14 de enero de 2011).
- Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales (*DO C 150*, de 19 de mayo de 2010).

b) *España*

- Constitución Española, de 27 de diciembre (*BOE 311*, de 29 de diciembre de 1978).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE 281*, de 24 de noviembre de 1995).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE 159*, de 4 de julio de 2007).
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (*LRJSP*, *BOE 236*, de 2 de octubre de 2015).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC) *BOE 285*, de 27 de noviembre de 1992 (derogada).

c) *Francia*

- *Code de Commerce*.

d) *Alemania*

- *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)*.

e) *Reino Unido*

- *Accessories and Abettors Act (1861)*.
- *Enterprise Act (2002)*.

f) *Rumania*

— Ley de Defensa de la Competencia 21/1996, de 10 de abril.

## B. ADMINISTRATIVAS

a) *Comisión Europea*

- Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2015, *Yen Interest rate derivatives-YIRD*, Case COMP/AT.39861.
- Decisión de 2 de abril de 2014 AT.39610 - *Cables de energía* (DO C 319, de 17 de septiembre de 2014, 10-15).
- Decisión de 4 de diciembre de 2013 AT.39861 - *En Interest Rate Derivatives*.
- Decisión de 11 de noviembre de 2009, COMP/38589 *Termo-estabilizadores* (una versión resumida se publicó en el DO C 307, de 11 de noviembre de 2011, 9-12).
- Decisión de 20 de octubre de 2004, COMP/C.38.238/B.2, *Tabaco crudo-España* (una versión resumida en DO L 102, de 19 de abril de 2007, 14).
- Decisión de 10 de diciembre de 2003, COMP/E-2/37.857 *Peróxidos Orgánicos* (una versión resumida en DO L 110, de 30 de abril de 2005, 44-47).
- Decisión de 17 de diciembre de 1980 IV/29.869, *Vidrio colado en Italia* (DO L 383, de 31 de diciembre de 1980, 19-26).

b) *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia/Comisión Nacional de la Competencia (España)*

- Resolución de 2 de marzo de 2011 (S/0086/08 *Peluquería Profesional*).
- Resolución de 13 de mayo de 2011 (S/0159/09 UNESA y Asociados).
- Resolución de 24 de junio de 2011 (S/0185/09 *Bombas de Fluidos*).
- Resolución de 6 de octubre de 2011 (S/0167/09 *Productores uva-vino Jerez*).
- Resolución de 27 de septiembre de 2013 (S/0314/10 *Puerto de Valencia*).
- Resolución de 2 de enero de 2014 (S/0404/12 *Servicios Comerciales AENA*).
- Resolución de 6 de noviembre de 2014 (S/0430/12 *Recogida de Papel*).
- Resolución de 26 de febrero de 2015 (S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*).
- Resolución de 5 de marzo de 2015 (S/0489/13 *Concesionarios Opel*).
- Resolución de 5 de marzo de 2015 (S/0488/13 *Concesionarios Hyundai*).
- Resolución de 5 de marzo de 2015 (S/0486/13 *Concesionarios Toyota*).
- Resolución de 28 de mayo de 2015 (S/0471/13 *Concesionarios Audi-Seat-VW*).
- Resolución de 5 de marzo de 2015 (S/0487/13 *Concesionarios Land Rover*).
- Resolución de 18 de junio de 2015 (S/0469/13 *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado*).
- Resolución de 25 de junio de 2015 (S/0454/12 *Transporte Frigorífico*).
- Resolución de 23 de julio de 2015 (S/0482/13 *Fabricantes de automóviles*).
- Resolución de 16 de abril de 2016 (SNC/DC/008/16 URBAN).
- Resolución de 28 de abril de 2016 (S/DC/0505/14 *Concesionarios Chevrolet*).
- Resolución de 12 de mayo de 2016 (S/0455/12 *Grupos de Gestión*).
- Resolución de 12 de julio de 2016 (S/0506/14 *Concesionarios Volvo*).
- Resolución de 28 de julio de 2016 (SAMAD/09/2014 *Concesionarios Nissan*).

## C. JUDICIALES

a) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*

- Sentencia de 22 de noviembre de 1995, *S. W. c. Reino Unido* (20166/92).
- Sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia* (17862/91).
- Sentencia de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia* (14307/88).

b) *Tribunal Justicia UE (TJUE)*

- Sentencia de 29 de febrero de 1968 (24/67) *Parke, Davis & Co. y Probel, Reese, Beintema-Interpharm y Centrafarm* [1968] ECR 161 EU:C:1968:11.
- Sentencia de 16 de noviembre de 1977 (13/77) *GB-Inno-BM* [1977] ECR EE-635, ECLI:EU:C:1977:185.
- STJUE de 25 de octubre de 1983 (107/82) *AEG v. Comisión* [1983] ECR 767 ECLI:EU:C:1983:293.
- Sentencia (Sala 6.<sup>a</sup>) de 18 de noviembre de 1987 (137/85) *Maizena GmbH et al. c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)* [1987] ECR 4587 ECLI:EU:C:1987:493.
- Sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90) *Höfner & Elser c. Macrotron GmbH*, [1991] ECR I-1979 ECLI:EU:C:1991:161.
- Sentencia de 16 de noviembre de 1995 (C-244/94) *Fédération française des sociétés d'assurances y otros* [1995] ECR I-4013 ECLI:EU:C:1995:392.
- Sentencia de 15 de enero de 2004, *Intervention Board for Agricultural Produce c. Penycod Farming Partnership*, C-230/01, ECLI:EU:C:2004:20.
- Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-280/06) *AGCM/Ente Tabacchi Italiani-ETI SpA* [2007] ECR-I-10893 ECLI:EU:C:2007:775.
- Sentencia (Sala 4.<sup>a</sup>) de 7 de junio de 2007 (C-76/06P) *Britannia Alloys & Chemicals Ltd c. Comisión CE* ECLI:EU:C:2007:326.
- Sentencia (Sala 2.<sup>a</sup>) de 22 de octubre de 2015 (C-194/14P) *AC-Treuhand vs. Comisión* ECLI:EU:C:2015:717.
- Sentencia (Sala 4.<sup>a</sup>) de 21 de julio de 2016 (C-542/14) *SIA*, ECLI:EU:C:2016:578.

c) *Abogado General UE*

- Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahls, presentadas el 21 de mayo de 2015, C-194/14P *AC-Treuhand AG vs. Comisión Europea* (Conclusiones AG-Treuhand II) ECLI:EU:C:2015:350.

d) *Tribunal General/Tribunal de Primera Instancia*

- Pendiente, T-180/2015, *Yen Interest rate derivatives-YIRD* (DO C 245, de 27 de junio de 2015, 30-32).
- Sentencia (Sala 3.<sup>a</sup>) de 6 de febrero de 2014 (T-27/10) *Treuhand II*, ECLI:EU:T:2014:59.
- Sentencia (Sala 8.<sup>a</sup>) de 13 de julio de 2011 (T-138/07) *Schindler Holding Ltd et al. c. Comisión CE*, ECLI:EU:T:2011:362.
- Sentencia (Sala 3.<sup>a</sup> ampliada) de 8 de julio de 2008 (T-99/04) *Treuhand I*, ECLI:EU:T:2008:256.

- Sentencia (Sala 4.<sup>a</sup>) de 8 de septiembre de 2010 (T-29/05) *Deltafina SpA c. Comisión Europea*, ECLI:EU:T:2010:355.
- STPIE (Sala 4.<sup>a</sup> ampliada) de 6 de octubre de 2005 (T-22/02 y T-23/02) *Sumitomo Chemical Co. Ltd & Sumika Fine Chemicals Co. Ltd c. Comisión CE*, ECLI:EU:T:2005:349.

e) *Tribunal Constitucional (España)*

- Sentencia 305/1993, de 5 de octubre (BOE TC 286, de 30 de noviembre de 1993).
- Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre (BOE TC 260, de 30 de octubre de 1997).
- Sentencia 52/2003, de 17 de marzo (BOE TC 91, de 16 de abril 2003).
- Sentencia 138/2004, de 13 de septiembre (BOE TC 248, de 14 de octubre de 2004),
- Sentencia 297/2005, de 21 de noviembre (BOE TC 304, de 21 de diciembre de 2005).

f) *Tribunal Supremo (España)*

- Sentencia (Sección 3.<sup>a</sup>, Sala de lo contencioso-administrativo) de 18 de julio de 2016, ROJ STS 3525/2016 ECLI: ES:TS2016:3525 (Junta de Andalucía).

g) *Audiencia Nacional*

- Sentencia (Sección 6.<sup>a</sup>, Sala de lo contencioso-administrativo) de 19 de junio de 2013 (ROJ SAN 2535/2013-ECLI:ES:AN:2013:2535).
- Sentencia (Sección 6.<sup>a</sup>, Sala de lo contencioso-administrativo) de 25 de febrero de 2013 (ROJ SAN 2535/2013-ECLI:ES:AN:2013:2535).

h) *Tribunales Superiores de Justicia*

- STSJ Castilla-La Mancha (Sección 2.<sup>a</sup>, Sala de lo contencioso-administrativo) de 25 de enero de 2006 (ROJ: STSJ CLM 185/2006 - ECLI:ES:TSJCLM:2006:185).

i) *Tribunales británicos*

- *Whittle & Ors, R. v Court of Appeal - Criminal Division*, 14 de noviembre de 2008 (2008 EWCA Crim 2560).
- *R v Whittle, Brammar & Allison (Marine Hose)*, Southwark Crown Court (10 de junio de 2008).

D. BIBLIOGRÁFICAS

- ALLAN, W. (2013): «The Effects-based approach under Article 102 TFEU: History and State of Play», en J. BOURGEOIS y D. WAELBROECK (eds.), *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law. State of Play and perspectives*, Bruylant, GCLC Annual Conference Series, pp. 43-95.

- BRAGE, S. B. (2001): «Legislación penal especial en materia de delitos de alteración de precios», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, pp. 157-182.
- BUENO ARMILLO, A. M.<sup>a</sup> (2010): «El principio de legalidad sancionadora (II): El principio de tipicidad», en M. REBOLLO, M. IZQUIERDO, L. ALARCÓN y A. M.<sup>a</sup> BUENO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, pp. 159-199.
- CARRETERO PÉREZ, A., y CARRETERO SÁNCHEZ, A. (1995): *Derecho Administrativo Sancionador*, EDERSA.
- CID MOLINÉ, J. (1996): «Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de identidad entre las sanciones punitivas», en *RAP*, 140, pp. 131-172.
- CHAN, S. S. H. (2016): «AC-Treuhand: What is the Ambit of cartel facilitators' liability», en *European Competition Law Review*, 4, pp. 133-138.
- COMISIÓN EUROPEA (2014): *Staff Working Document: Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues*, SWD, p. 231.
- DE STEFANO, G. (2015): «AC-Treuhand Judgment: A Broader Scope for EU Competition Law Infringements», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 6/10, 2015, pp. 689-690.
- DECOCQ, A., y DECOCQ, G. (2008): *Droit de la Concurrence. Droit interne et Droit de l'Union Européenne*, 3.<sup>a</sup> ed., LGDJ.
- FELTRER RAMBAUD, L. (2003): «Principios de la potestad administrativa sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en Derecho de la Competencia Español», en *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación*, vol. III, Dykinson-Servicio de Publicaciones URJC, pp. 143-176.
- FRESE, M. J. (2014): *Sanctions in EU Competition Law*, Hart.
- HUERGO, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Iustel.
- HARDING, C. (2004): «Forging the European Cartel Offence: The Supranational Regulation of Business Conspiracy», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 12, pp. 275-300.
- (2006): «Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels», en *Critical Criminology*, 14, pp. 181-205.
- (2009): «Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise», en *European Law Review*, 2, pp. 298-309.
- IZQUIERDO, M.: «La culpabilidad y los sujetos responsables», en REBOLLO, IZQUIERDO, ALARCÓN y BUENO, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 249-357.
- GALÁN, E. (1975): «La empresa como destinataria de las normas de Defensa de la Competencia», en *Actas de Derecho Industrial*, II, pp. 291-344.
- GERARD, D.: «The Effects-Based Approach under article 101 TFEU and its paradoxes: Modernisation at war with itself», en BOURGEOIS y WELBROECK, *Ten years of Effects-based approach in EU Competition Law*, pp. 18-41.
- GONZÁLEZ-CUELLAR, N. (2008): «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la justicia penal», en A. PETITBÓ y S. MARTÍNEZ (dirs.), *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, F. Rafael del Pino-Marcial Pons, pp. 75-100 [después publicado en J. RAMÓN SERRANO-PIEDRECASAS y E. DEMETRIO (coords.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, pp. 305-328].
- GRILLO, M. (2002): «Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis», en *European Journal of Law and Economics*, 14, pp. 151-169.
- GUTIÉRREZ, J. (2014): «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales», en *Revista de Derecho Mercantil*, 292, pp. 251-296.

- JONES, K., y HARRISON, F. (2014): «Criminal Sanctions: An Overview of EU and national case Law», en *e-Competitions*, núm. 64.713, 25 de marzo.
- LASSERRE, B. (2013): «Several Strokes of Black and a Palette of Grays: Competitor Agreements through the Eyes of an Enforcement Agency», en *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law*, pp. 49-67.
- MARCOS, F. (2016): «¿Debe el Derecho de la competencia sancionar a las Administraciones Públicas que faciliten prácticas anticompetitivas?», en *Working Paper IE Law School AJ8-235*.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2015): «Comentario al art. 64», en J. MASSAGUER, J. FOLGUERA, A. GUTIÉRREZ y J. SALA (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson, pp. 1248-1280.
- MENDO, Á. (2012): «¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España? Propuestas de futuro», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales/ADPCP* 65/1, pp. 226-251 [después publicado con el título «Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España», en J. MAILLO y J. M.<sup>a</sup> BENEYTO (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson, 2015, pp. 815-842].
- NEVEN, D. (2006): «Competition Economics and Antitrust in Europe», en *Economic Policy*, 21, pp. 741-781.
- NIETO, A. (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.<sup>a</sup> ed., Tecnos.
- ODUDU (2009): «Economic activity as a limit to Community law», en C. BARNARD y O. ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart, pp. 225-243.
- PASCUAL, A. (2015): «El cooperador necesario en las infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia», en M. A. RECUERDA (coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia*, Anuario 2015, Thomson, pp. 111-135.
- PESCATORE, P. (2003): «Monisme et dualisme et “effet utile” dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne», en N. COLNERIC, J.-P. PUISSOCHET, D. RUIZ-JARABO y COLOMER y D. V. EDWARDS (coords.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV Berliner Wissenschafts, pp. 329-342.
- PETIT, N. (2009): «From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC», en *World Competition*, 32/4, pp. 485-503.
- PIZARRO NEVADO, R. (1996): «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en J. J. GONZÁLEZ (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. E. Casas*, U. Córdoba, pp. 609-622.
- QUINTERO, G. (1991): «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», en *RAP*, 126, pp. 253-293.
- REBOLLO, M. (2014): «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», en *RVAP*, 99-100, pp. 2527-2546.
- (2015): «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en M. REBOLLO, M. LÓPEZ y E. CARBONELL (coords.), *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor L. Cosculluela*, Iustel, pp. 843-864.
- REBOLLO, M., e IZQUIERDO, M. (2001): «Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final», en *Estudios de Consumo*, 56, pp. 9-157.
- SALELLES, J. R.: «Comentario a la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>1», en MASSAGUER, FOLGUERA, GUTIÉRREZ y SALA (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, pp. 1376-1393.

- TALBOT, C. (2016): «AC-Treuhand, the Scope of Article 101 TFEU, and the Future of Actions for Antitrust Damages», en *Commercial Law Practitioner*, 23/1, pp. 9-14.
- VALLERY, A., y SCHELL, C. (2016): «AC-Treuhand: Substantial Fines for Facilitators of Cartels», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 7/4, pp. 254-257.
- WILS, W. (2006): «Is criminalization of EU competition law the answer?», en K. J. CSERES, M. P. SCHINKEL y F. O. W. VOGELAAR (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement. Economic and Legal Implications for the EU Member States*, E. Elgar, pp. 60-110.

DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

CONSEJO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Departamento de Economía y Finanzas  
 del Consejo de Ministros de España

SECRETARÍA DE ESTADO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Ministerio de Economía y Finanzas  
 de la Comunidad Autónoma de Madrid

INTRODUCCIÓN

El presente informe del grupo de trabajo de los economistas del ámbito de la competencia económica, se centra en las prácticas de colusión económica en la Unión Europea y en el mercado interior, con especial énfasis en el ámbito de la competencia económica. El informe tiene como objetivo principal proporcionar información sobre el estado de la legislación y la práctica de la competencia económica en la Unión Europea y en el mercado interior, así como sobre las medidas que se están tomando para mejorar la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión Europea en materia de competencia económica. El informe también analiza el impacto de la globalización y la digitalización en la competencia económica y propone medidas para mejorar la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión Europea en materia de competencia económica.

A continuación se describen los principales aspectos de la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión Europea en materia de competencia económica.

<sup>1</sup> Las competencias económicas de los Estados miembros se refieren a las competencias de los Estados miembros en materia de competencia económica, que se ejercen en el ámbito de la competencia económica.

<sup>2</sup> El presente informe se basa en el informe del grupo de trabajo de los economistas del ámbito de la competencia económica, que se centra en las prácticas de colusión económica en la Unión Europea y en el mercado interior.

<sup>3</sup> El presente informe se basa en el informe del grupo de trabajo de los economistas del ámbito de la competencia económica, que se centra en las prácticas de colusión económica en la Unión Europea y en el mercado interior.

<sup>4</sup> El presente informe se basa en el informe del grupo de trabajo de los economistas del ámbito de la competencia económica, que se centra en las prácticas de colusión económica en la Unión Europea y en el mercado interior.

<sup>5</sup> El presente informe se basa en el informe del grupo de trabajo de los economistas del ámbito de la competencia económica, que se centra en las prácticas de colusión económica en la Unión Europea y en el mercado interior.



# LA PERSECUCIÓN INSTITUCIONAL DEL *BID RIGGING* EN ESPAÑA: ACTUACIONES RECIENTES DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA\*

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

Doctora en Derecho. Subdirectora Adjunta de Industria y Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Sergio SINOVAS CABALLERO

*Magister Legum*. Subdirector Adjunto de Cárteles y Clemencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La eficiencia del gasto público se ha convertido en los últimos años, por razones evidentes, en un objetivo prioritario para cualquier economía de la zona euro. La contratación pública, como actividad económica fundamental del Estado, constituye una pieza clave en el uso eficiente de los fondos públicos. Por ello, tanto instituciones nacionales e internacionales, como, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>1</sup>, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>2</sup> y la Comisión Europea (CE)<sup>3</sup>, están focalizando sus esfuerzos en promover, revisar y modernizar los sistemas de contratación pública, por su relevante impacto en el crecimiento económico del país y en el bienestar general de la sociedad.

Asimismo, se ha ido poniendo también de manifiesto con especial énfasis la estrecha relación entre contratación pública y competencia<sup>4</sup>. En tal

---

\* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de sus autores y no representan necesariamente las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>1</sup> Véase Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública, [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/rev-gpr-94\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm).

<sup>2</sup> Véase Recomendación del Consejo sobre contratación pública, <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recommendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>.

<sup>4</sup> Véase A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, 2.ª ed., 2015 y bibliografía allí citada.

sentido, por ejemplo, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública<sup>5</sup>, después de conminar a los Estados miembros a «elaborar disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que [...] la contratación pública se abra a la competencia»<sup>6</sup>, proclama como principio rector que debe regir en la adjudicación de los contratos, que la misma «debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa»<sup>7</sup>.

Se reconocen, de este modo, las dos vertientes de la relación contratación pública-competencia. Por una parte, la competencia en las licitaciones públicas promueve la eficiencia, ayudando a garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, y generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación y mayor productividad, en beneficio de los consumidores y usuarios finales y los contribuyentes<sup>8</sup>. De otra parte, el diseño de la normativa de contratación pública puede incrementar las probabilidades de disfunciones en la competencia, incrementando la transparencia del mercado y facilitando la colusión entre licitadores a través de la reiterada interacción de los mismos<sup>9</sup>.

Sin despreciar la relevancia de este último aspecto, en el presente artículo nos fijaremos especialmente en la primera de las vertientes mencionadas, esto es, el funcionamiento competitivo de la licitación que legitimará la decisión de compra, al culminar con la adjudicación del contrato a la empresa más eficiente. Ahora bien, los beneficios anteriormente mencionados únicamente se consiguen cuando el proceso competitivo se desarrolla de forma genuina y las empresas compiten libremente, es decir, fijan sus precios de

<sup>5</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, <https://www.boe.es/doue/2014/094/L00065-00242.pdf>.

<sup>6</sup> Considerando 1 de la Directiva.

<sup>7</sup> Considerando 90.

<sup>8</sup> Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública 2012 y Directrices 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf> y <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>.

Sobre este aspecto se ha hecho mucho énfasis en la doctrina, tanto en lo que se refiere a las consecuencias de una política efectiva de competencia en relación a cualquier tipo de cártel como específicamente a dichos efectos en el marco de las licitaciones públicas. En este último sentido, véase L. BRINKER, «Introducing new weapons in the fight against bid rigging to achieve a more competitive U.S. procurement market», *Public Contract Law Journal*, 2014, vol. 43 (3), pp. 549-550.

<sup>9</sup> A. SÁNCHEZ GRAELLS, «Prevention and deterrence of bid rigging: a look from the new EU Directive on public procurement», en G. RACCA y C. YUKINS (ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2014, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2053414> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2053414>, p. 3.

En este sentido, véase *Guía sobre contratación pública y competencia*, aprobado en 2011 por la extinta Comisión Nacional de la Competencia y el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de febrero de 2015, *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Ambos disponibles en <https://www.cnm.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/estudios>.

manera honesta e independiente. Cuando las empresas manipulan el resultado de la licitación, eliminando la tensión competitiva e incertidumbre entre ellas y determinando de antemano la oferta ganadora<sup>10</sup>, los resultados inmediatos serán el incremento de los importes finales de adjudicación, la extracción indebida de recursos de las Administraciones públicas —y, en último término, de los contribuyentes—, y, en general, la destrucción de los beneficios económicos de un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta que, en términos cuantitativos, la contratación pública en los países desarrollados constituye entre el 15 y el 20 por 100 del PIB<sup>11</sup> y que algunos de los casos resueltos por la autoridad española de la competencia demuestran, como veremos más adelante, que el incremento artificial de los importes de adjudicación pueden llegar a ser notables<sup>12</sup>, puede fácilmente concluirse que el coste social de estas prácticas y, en definitiva, la pérdida de bienestar general y de recursos públicos pueden llegar a ser muy considerables<sup>13</sup>.

De acuerdo con la OCDE, en este ámbito las empresas implementan generalmente alguna de las siguientes estrategias de manipulación de las licitaciones públicas<sup>14</sup>:

«Ofertas de resguardo. Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina.

Supresión de ofertas. El esquema de supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva.

<sup>10</sup> Como resumen R. MARSHALL y L. MARX, *The Economics of collusion: cartels and bidding rings*, Cambridge, 2012, p. 175: «*Colluding bidders suppress their rivalry through the elimination of meaningful bids by all colluding bidders except for the ring bidder with the highest value. All other details and logistics of bidder collusion flow from this foundational principle of the ring*».

<sup>11</sup> En España concretamente supone el 18,5 por 100 del PIB, alrededor de 194.000 millones de euros anuales o más de 4.100 euros anuales per cápita, según el Informe de la CNMC, de 5 de febrero de 2015, *op. cit. supra* nota 9.

<sup>12</sup> Véase por ejemplo *infra*, expte. S/0316/10 *Sobres de Papel*.

<sup>13</sup> M. MACÍ, «Bid rigging in the EU public-procurement markets: some history and developments», *European Competition Law Review*, 2011, p. 406, indica que la práctica de *bid rigging* es considerada el tipo de cártel más dañino en términos de incremento de los precios. El Informe de la CNMC de 5 de febrero de 2015, *op. cit. supra* nota 9, estima, por lo que se refiere a España, que estas prácticas generarían un sobrecoste al sistema de 47.500 millones de euros anuales (4,6 por 100 del PIB).

<sup>14</sup> Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública 2012, véase *supra* nota 8, p. 6.

Rotación de ofertas. En los esquemas de rotación de ofertas las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar (es decir, ser el oferente que califique con precio más bajo). La forma en que la rotación de ofertas se implementa puede variar. Por ejemplo, los conspiradores podrían decidir asignar a cada empresa valores monetarios aproximadamente iguales para un cierto tipo de contratos o asignar los volúmenes que correspondan al tamaño de cada compañía.

Asignación de mercado. Los competidores se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas y acuerdan asignarse ciertos clientes. Por ejemplo, las empresas competidoras asignan clientes o tipos de clientes específicos a diferentes empresas, de manera que los competidores no hagan ofertas (o solo presenten una oferta de resguardo) en contratos que ofrezca un tipo de cliente potencial asignado a una empresa en particular. A cambio de esto, el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que corresponde a otras empresas según el acuerdo».

Por otra parte, hay que tener en cuenta que este comportamiento fraudulento referente a licitaciones públicas es ciertamente difícil de detectar, incluso más que cualquier otro cártel. En primer lugar, ya que al contrario de lo que sucede en otros mercados, los cárteles en el ámbito de la contratación pública tienden a ser más estables<sup>15</sup>. A ello hay que añadir las considerables reticencias que tienen los funcionarios encargados de la gestión de los procedimientos de contratación pública, que son los mejor situados para detectar estas prácticas, a poner en conocimiento de las autoridades de competencia los posibles indicios por temor a los eventuales efectos en la provisión de los bienes o servicios<sup>16</sup> y la dificultad de dichas autoridades para tener acceso a indicios concluyentes al respecto que permitan ordenar una inspección. En este sentido, estos acuerdos anticompetitivos resultan difícilmente detectables con indicios de una sola licitación, puesto que, como se ha visto, las estrategias utilizadas por los licitadores simulan, al menos formalmente, un marco competitivo, por lo que suele ser necesario un esfuerzo adicional en la recolección de datos e información referentes a diversas licitaciones. Por último, la gran cantidad y variedad de productos y servicios que son objeto de licitación pública en un Estado descentralizado

---

<sup>15</sup> En tal sentido, explica A. HEIMLER, «Cartels in public procurement», *Journal of Competition Law & Economics*, 2012, 8 (4), p. 855, que mientras que en el resto de mercados, las cantidades y precios se fijan simultáneamente, en los mercados de contratación pública, las cantidades son establecidas por el órgano contratante y la licitación solamente se utiliza para determinar el precio más bajo. Por ello, los licitadores saben que aunque reduzcan sus precios, no conseguirán vender más cantidades del producto correspondiente y que solo incrementarán sus ganancias a costa de los otros competidores y únicamente con respecto a una licitación en particular. Además, si uno de ellos rompe el acuerdo, este sabe que, debido a la transparencia de los procedimientos de contratación pública, será descubierto y que la lucha competitiva prevalecerá en las siguientes licitaciones. Como consecuencia de todo ello, los incentivos para romper el cártel en licitaciones públicas son, por lo general, mucho menores que en resto de mercados. Ahora bien, como señala S. E. WEISHAAR, *Cartels, Competition and Public Procurement, Law and economics approaches to bid rigging*, Glos-Massachusetts, 2013, pp. 55-56, estas conclusiones sobre la estabilidad de los cárteles en este ámbito solamente sirven para las subastas abiertas de precio ascendente pero no para las subastas en las que las pujas se realizan en sobre cerrado sin interacción repetida.

<sup>16</sup> Como indica A. HEIMLER, *op. cit.*, p. 860, los funcionarios de los órganos de contratación no son evaluados por el número de cárteles que descubren, sino por su capacidad para establecer y llevar a término los procedimientos y la rapidez del suministro de los productos o servicios involucrados.

como el nuestro, con más de 7.000 órganos de contratación, hace que una monitorización exhaustiva de todos ellos sea una tarea extraordinariamente ardua y difícil de llevar a cabo<sup>17</sup>.

Pues bien, considerando todo lo anterior, no resulta extraño que tanto instituciones supranacionales como la mayoría de las autoridades nacionales encargadas de garantizar y preservar la competencia hayan focalizado sus esfuerzos en ampliar y reforzar los instrumentos de detección y disuasión de este tipo de prácticas<sup>18</sup>.

En España, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), reconoce dentro del concepto de cártel las pujas fraudulentas<sup>19</sup>. Aparte de esa mención, no hay otra referencia legal explícita en nuestra legislación de competencia a la manipulación anticompetitiva de las licitaciones, como sucede en otros países<sup>20</sup>. No obstante, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) está llevando a cabo actuaciones relevantes con el objeto de impulsar la lucha en este ámbito, tal y como se refleja en los últimos Planes de Actuación de la CNMC de 2015 y 2016, donde claramente una de las prioridades viene constituida por la lucha contra las actuaciones contrarias a la competencia en licitaciones públicas. En particular, en el Plan de Actuación 2016 este refuerzo viene enfocado, principalmente, en dos áreas: de una parte, la creación sistemas de detección automática de indicios de infracción, o *screening*, que permitan identificar las posibles licitaciones fraudulentas y, de otra, la colaboración con las Administraciones públicas más activas en la convocatoria de licitaciones, impartiendo formación para que sean capaces de detectar pujas fraudulentas.

En el presente artículo se expondrá, en primer lugar, la abundante práctica decisoria de la autoridad española de la competencia en casos de *bid rigging*, signo de la creciente atención que han recibido este tipo de conductas por parte de esta autoridad en los últimos años (apartado II). En segundo lugar, se explicarán las actuaciones más recientes puestas en marcha por la autoridad para detectar más eficazmente este tipo de ilícitos por parte de las empresas licitadoras (apartado III). Por último, se esbozarán algunas consideraciones respecto de otras medidas cuya implementación resulta necesaria en este proceso de aplicación prioritaria de la normativa de competencia a los acuerdos entre licitadores y que requerirá, asimismo, la implicación activa de otras Administraciones públicas (apartado IV).

<sup>17</sup> L. BRINKER, *op. cit.*, p. 553.

<sup>18</sup> Véanse por ejemplo las experiencias expuestas sobre Dinamarca, Rusia y Corea, en L. BRINKER, *op. cit.*, pp. 57-62.

<sup>19</sup> Disposición Adicional cuarta de la LDC: «2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, en Estados Unidos, la Sección 3 de la *Federal Acquisition Regulation* (FAR); o la Sección 47 de la Ley de Competencia de Canadá (*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34).

## 2. PRÁCTICA DECISORIA DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE LA COMPETENCIA

### A. EXPTE. VACUNAS VETERINARIAS

El 12 de julio de 1990 el Pleno del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dictó una de las primeras Resoluciones existentes, acreditando la existencia de una práctica contraria al Derecho de defensa de la libre competencia (Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia), consistente en una manipulación de los concursos convocados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) para el suministro de vacunas de utilización veterinaria durante los años 1997, 1998 y 1999.

El expediente fue iniciado de oficio tras recibir un escrito del MAPA, a través de su Junta Central de Compras y Suministros, en el que manifestaban la existencia de ofertas económicas idénticas de ocho laboratorios farmacéuticos para el suministro de vacunas de utilización veterinaria. En esta Resolución, el TDC consideró que la presentación de ofertas a un concurso en sobre cerrado tiene como finalidad que ni la Administración convocante ni los demás concursantes puedan conocer el precio de la oferta, por lo que la única posibilidad de que las ofertas sean idénticas es que haya habido concertación.

Tras el análisis de los indicios recibidos, su contexto y las explicaciones alternativas presentadas por las partes, el TDC consideró acreditada la existencia de una práctica prohibida por el art. 1 de la Ley 110/1963. El TDC argumentó que era imposible que, dadas las diferencias de organización de sus sistemas de producción, así como de sus estructuras de costes directos e indirectos, fijos y variables, la coincidencia reiterada en las ofertas económicas por ellas presentadas, en al menos 13 ocasiones, durante los años 1987, 1988 y 1989, pudiera deberse a otra razón que no sea la previa concertación entre todas ellas para pujar fraudulentamente.

### B. EXPTE. 395/97 VACUNAS ANTIGRIPALES

El 30 de septiembre de 1998, el Pleno del TDC dictó Resolución sobre manipulación de las licitaciones públicas correspondiente, en este caso, con los concursos públicos para el suministro de la vacuna antigripal al Servicio Andaluz de la Salud.

El expediente se inició de oficio, tras recibir un escrito con indicios de manipulación de la licitación por parte del Servicio Andaluz de la Salud, en el que se ponían de manifiesto una serie de comportamientos por parte de unos laboratorios farmacéuticos para manipular los concursos para el suministro de las vacunas antigripales en dicho territorio. Las prácticas se referían a la identidad de las ofertas económicas presentadas por distintos

laboratorios en cada una de las licitaciones correspondientes a los años 1992, 1993, 1994 y 1995. En dichas licitaciones el precio representaba el 40 por 100 de los criterios de adjudicación, las características técnicas de las vacunas un 25 por 100, la calidad de la ejecución el 20 por 100, y las ofertas complementarias que supongan una mejora del PVA el 15 por 100.

El TDC, para confirmar la ilicitud de dichas prácticas, aplicó la doctrina de la prueba de presunciones: que los hechos básicos o indicios estén plenamente demostrados, que exista una relación de causalidad y que la posibilidad de concertación se convierta en seguridad plenamente demostrada, analizando las alegaciones de las partes. Finalmente llegó al convencimiento de que la única explicación razonable de la igualdad de ofertas económicas era la concertación previa entre los licitadores, máxime cuando los costes de cada una de las empresas eran diferentes.

Asimismo, el TDC consideró estas prácticas de especial gravedad, teniendo en cuenta que la sustitución de la competencia se realizaba en un terreno en el que la afectación del interés público resultaba especialmente relevante dado que este resultaba dañado doblemente. Por un lado, se distorsionaba el funcionamiento del mercado, al igual que en cualquier otra conducta colusoria y, por otro, se evitaba el ahorro público perseguido por la convocatoria del concurso, al impedir ofertas más bajas de las convenidas entre las empresas autoras de la manipulación.

El TDC sancionó a siete laboratorios farmacéuticos con importes de entre 10 millones de pesetas a más de 37 millones de pesetas.

### C. EXPTEs. 476/99 Y SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJES

El TDC, en su Resolución de 25 de octubre de 2000, consideró acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la Ley 16/1989, por parte de diversas agencias de viajes, consistentes en acordar, mediante la creación de la Agrupación de Interés Económico Mundosocial, la absoluta identidad de las ofertas presentadas al Concurso público núm. 19/95 correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del «Programa de vacaciones para personas de la tercera edad» durante la temporada 1995/1996, así como la realización de una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación. También consideró acreditada la realización de otra práctica prohibida por el art. 1 de la Ley 16/1989, por parte de otras 13 agencias de viaje diferentes, consistente en el compromiso adquirido por parte de dichas agencias de no presentarse al concurso convocado por el Imserso anteriormente mencionado.

Hay que destacar que el origen de este expediente fue la información trasladada por el presidente del Tribunal de Cuentas al extinto Servicio de Defensa de la Competencia.

Según el Tribunal, esta forma de proceder desvirtuó todo el proceso de contratación, que quedó convertido en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico, cuando teniendo en cuenta la entidad, profesionalización y experiencia de cada uno de los cuatro grupos que se unieron, resultaba lógico pensar que cada una de ellas fuese capaz de acceder de forma independiente y con plena autonomía al Programa, y habían pactado la ejecución conjunta del programa. El presupuesto de los contratos adjudicados mediante concurso público ascendía a más de seis millones de pesetas y tenían por objeto la financiación parcial de un Programa de Vacaciones de carácter social, destinado a 360.000 personas de la Tercera Edad.

Se impusieron multas solamente a las cinco entidades que habían concurrido a la licitación de forma conjunta, por más de cuatro millones de euros.

Muy estrechamente relacionada, pues deriva de la propia vigilancia del expediente al que acabamos de referirnos, merece ser mencionada, asimismo, la reciente Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2016 (SNC/DC/007/16 *Agencias de Viajes*), en la que se ha declarado acreditado el incumplimiento por parte de Viajes Halcón, S. A. y Viajes Barceló, S. L. de lo dispuesto en el mencionado expediente sancionador 476/99.

Así, la actual Resolución considera probada la continuación de la conducta declarada prohibida en su momento por el TDC, ahora mediante la constitución de la UTE Mundosenior entre Viajes Halcón y Viajes Barceló. En este caso, la Sala de Competencia de la CNMC ha corroborado la misma conducta sancionada (acordar realizar la ejecución conjunta del programa del Imsero), a través de la constitución sucesiva de la Unión Temporal de Empresas (UTE) Mundosenior, al objeto de participar en los concursos convocados por el Imsero para la gestión del programa de vacaciones para la tercera edad, sustituyendo la presentación de ofertas idénticas con la presentación de una única oferta a través de la UTE, con el objetivo idéntico de eliminar toda competencia entre las empresas.

La Sala de Competencia de la CNMC ha impuesto, nuevamente, sanciones económicas a sendas agencias de viajes, por valor de casi dos millones de euros conjuntamente.

#### D. EXPTE. S/0014/07 GESTIÓN DE RESIDUOS SANITARIOS

Con fecha 18 de enero de 2010, el extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) impuso a cuatro empresas operativas en el mercado de la gestión de residuos peligrosos de origen hospitalario (Cespa Gestión de Residuos, S. A.; Consenur, S. A.; Interlun, S. L. y Sistemas Integrales Sanitarios) multas por valor superior a siete millones de euros, por considerar probada la infracción del art. 1.1.c) de la Ley 16/1989, consistente en un acuerdo para repartirse los clientes públicos.

En este caso, la estrategia desarrollada consistió fundamentalmente en la creación de UTE durante el periodo 2000-2007, sin que estuviera acreditada la falta de capacidad individual de las empresas para concurrir en solitario. Asimismo, fue probado un reparto de mercado a través de ofertas encubiertas realizadas por Interlun y Consenur para los concursos de Extremadura desde 2000 hasta 2007. Por parte de las empresas Cespa y Consenur, se declaró acreditada el mantenimiento de una práctica concertada continuada en el mercado nacional de gestión de residuos sanitarios instrumentada mediante una frecuente comunicación estratégica y el intercambio de información sensible, y materializada en:

- Un reparto de los clientes en la Comunidad de Cataluña.
- La restricción consciente de la competencia entre ambas, absteniéndose Consenur de actuar en las Comunidades Autónomas de Andalucía y La Rioja, y Cespa en Galicia, Castilla y León, País Vasco, Aragón, Murcia, Baleares, Canarias y Extremadura.
- El reparto de los lotes de los concursos de la Comunidad de Madrid en los años 2003 y 2007.

Si bien el caso fue anulado por la Audiencia Nacional en lo que a la participación de SIS en el reparto de mercado se refería (Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero de 2013); en cuanto al fondo de la cuestión, la práctica acreditada ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (TS) tanto para Consenur (Sentencia de 11 de septiembre de 2015); Cespa (Auto de 10 de octubre de 2013) e Interlun (Sentencia de 6 de julio de 2015), anulando, sin embargo, el importe de las sanciones impuestas a cada una de ellas.

#### E. S/0192/09 ASFALTOS

El 26 de octubre de 2011 el Consejo de la extinta CNC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada, contraria a los arts. 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, (LDC) por parte de 12 empresas constructoras consistente, entre otros, en un acuerdo para la manipulación de las licitaciones públicas para las obras de pavimentación convocadas por diversos Organismos Públicos estatales, autonómicos y locales entre febrero 2007 y octubre 2009 en los territorios de Burgos, León y el País Vasco.

El expediente se inició por la presentación, ante la entonces Dirección de Investigación, de un escrito por parte de un antiguo trabajador de una de las empresas participantes en la manipulación de las licitaciones.

La sistemática del acuerdo consistía en la atribución previa entre las empresas constructoras de las obras que preveían que iban a ser licitadas o que ya lo habían sido por parte de las Administraciones Públicas. Posteriormente decidían si dichas obras iban a ser realizadas por las constructoras que habían ganado la licitación pública o por las subcontratas de dichas constructoras, de forma que cuando cada una de las empresas de asfalto

recibían la solicitud de ofertas por parte de dichas constructoras, sabían el precio al que debían ofertar para no competir entre sí, y que se cumpliese lo acordado y se adjudicase el contrato a la empresa previamente designada.

No obstante, en la revisión judicial, la STS de 16 de febrero de 2015, anuló dicha Resolución sancionadora de 26 de octubre de 2011, al declarar nula a todos los efectos la inspección realizada, dado que esta se realizó sin el adecuado amparo judicial, puesto que la entrada y registro realizados no se atuvo a los términos específicos del Auto judicial, teniendo en cuenta que, por un error material contenido en la Fundamentación Jurídica del mismo, este estaba limitado al mercado de los ascensores y escaleras mecánicas.

#### F. S/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS

El 19 de octubre de 2011, el Consejo de la CNC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada, contraria al art. 1 de la LDC, por parte de 47 empresas de la construcción, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

El expediente comenzó por la presentación de una denuncia por parte de un particular contra una serie de empresas constructoras, entre otras cuestiones, por la celebración de una serie de reuniones y acuerdos de modificación de ofertas de cara a una licitación pública convocada por Promoción de Viviendas, Infraestructuras y Logística, S. A. (Provilsa, empresa pública de la Junta de Castilla y León) para la pavimentación de una carretera.

El Consejo de la CNC consideró que el mayor precio pagado por la Administración por la ejecución de las obras licitadas tenía un impacto presupuestario que afectaba a todos los contribuyentes, y que en ese supuesto se pudo constatar que en solo ocho de las catorce subastas restringidas para la rehabilitación de carreteras, la conducta había ocasionado un perjuicio al erario y, en definitiva, a los contribuyentes de más de 14 millones de euros.

La extensa revisión judicial de dicha Resolución finalizó con las sentencias del Tribunal Supremo entre enero de 2015 y marzo de 2016 en las que el Alto Tribunal, confirmando la existencia de las infracciones del art. 1 de la LDC, admitió parcialmente los recursos de casación presentados en lo referente al importe de las multas impuestas en la Resolución, ordenando un recálculo de las mismas.

#### G. S/0316/10 SOBRES DE PAPEL

El Consejo de la CNC, en su Resolución de 25 de marzo de 2013, consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada cons-

titutiva de cártel, consistente, entre otros, en un acuerdo entre 15 empresas fabricantes de sobres de papel para la manipulación y el reparto de las licitaciones públicas y privadas organizadas, por hasta 250 clientes, para el suministro de sobres preimpresos entre los años 1977 y 2010.

Este expediente sancionador fue iniciado con motivo de la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por parte de una de las empresas miembro del cártel ante la entonces Dirección de Investigación de la CNC.

Entre las licitaciones afectadas por dicha manipulación y reparto figuraban las correspondientes a los sobres electorales adquiridos para los primeros comicios democráticos del país en 1977, repitiéndose en las elecciones generales convocadas en 1982, 1986, 1989, 1993, 1996, 2000, 2004 y 2008; las municipales de 1983, 1987, 1991, 1999, 2003 y 2007, y al Parlamento Europeo en 1987, 1989, 1994, 1999, 2004 y 2009. También en las elecciones autonómicas de 1987, 1991 y 1999 y las respectivas de Andalucía (1982, 1986 y 1996), País Vasco (1984 y 1990), Galicia (1985 y 2001), Cataluña (1988, 1999, 2003, 2006 y 2010) y Madrid (2003), así como los referendos de la OTAN de 1986 y sobre la Constitución Europea de 2005; es decir, prácticamente la totalidad de las licitaciones para el suministro de sobres en los procesos electorales celebrados en España desde 1977 a 2010.

Los miembros del cártel implantaron un mecanismo de reparto y manipulación de las licitaciones mediante el cual, la empresa adjudicataria, previa manipulación de las ofertas económicas presentadas por el resto de licitadores, repartía la ejecución del contrato mediante una subcontratación encubierta al resto de fabricantes en proporción a determinados porcentajes relacionados con su cuota histórica de mercado.

La Dirección de Investigación de la CNC pudo acreditar que, finalizado el cártel en el año 2011, con motivo de las licitaciones convocadas por la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior para el suministro de los sobres electorales de las Elecciones a Cortes Generales de noviembre de 2011, las empresas participantes en dicha licitación presentaron ofertas económicas con bajas del 21 por 100, del 35 por 100 y hasta del 40 por 100, cuando las bajas al presupuesto máximo de licitación durante la vida del cártel eran, con carácter general y conforme a lo pactado, siempre inferiores al 10 por 100, siendo en algunos casos puramente testimonial, entre el 1 y el 4 por 100.

La reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de diciembre de 2016, resolviendo el recurso planteado por SOBRINSA frente a la Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, ha confirmado el fondo del asunto y la existencia de una infracción muy grave constitutiva de cártel, admitiendo parcialmente dicho recurso únicamente en lo relativo al cálculo de la multa.

#### H. S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA

El 8 de marzo de 2013, el Consejo de la CNC dictó Resolución sancionadora, considerando acreditada la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC, consistente en un acuerdo entre 11 empresas localizadas en Cantabria para el reparto y la manipulación de las licitaciones públicas y privadas, para la realización del asfaltado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), organizadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria desde 1998 hasta 2011.

El expediente sancionador se inició con la presentación de una denuncia anónima el 29 de noviembre de 2010 ante la Dirección de Investigación de la CNC.

La manipulación y el reparto de las licitaciones se implantó mediante acuerdos bilaterales entre el conjunto de empresas imputadas para acudir a las licitaciones de contratos menores o negociados de las distintas Administraciones Públicas cántabras, mediante la elaboración y presentación de ofertas de acompañamiento o ficticias. El reparto y manipulación de las obras licitadas también afectaba a los procedimientos abiertos (antiguos concursos y subastas), licitados por clientes de naturaleza pública y privada entre las seis empresas que formaba el grupo que se denominaba G-5, y que por sus mayores dimensiones, cumplían con los criterios de solvencia económica y técnica exigidos por los organismos públicos y clientes privados para participar en dichas licitaciones.

La revisión judicial firme de dicha Resolución administrativa ha confirmado el fondo del asunto, admitiendo parcialmente los recursos presentados por las partes en lo relativo a las sanciones económicas impuestas, ordenando un recálculo de las mismas en determinados casos.

#### I. EXPTE. S/0432/12 MUNTERS

El 26 de diciembre de 2013, la Sala de Competencia de la CNMC declaró acreditada la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC, consistente en los acuerdos entre Munters Spain, S. A. U. y Manufacturas Metálicas Madrileñas, S. L. al objeto de limitar la competencia de cara a las licitaciones convocadas por el Ministerio de Defensa español para la compra de calentadores móviles de tiendas de campaña del Ejército de Tierra. En concreto, el acuerdo se materializaba en los certificados emitidos por Munters Spain en los años 2010, 2011 y 2012, en los que autorizaba a Manufacturas Metálicas Madrileñas la distribución y venta en exclusiva de determinados calentadores móviles de tiendas de campaña al Ministerio de Defensa español.

La Sala de Competencia de la CNMC confirmó el carácter restrictivo de la conducta con base en los siguientes argumentos: en primer lugar, en

la medida que el acuerdo se produjo entre empresas competidoras en la comercialización de calentadores móviles en España. En segundo lugar, el acuerdo no era en la práctica un acuerdo de distribución, en la medida que se refería a un producto concreto para un cliente determinado, el Ministerio de Defensa, y era inconsistente con los canales no exclusivos que Munters Spain utilizaba para comercializar sus productos en España. Además, al excluir de las licitaciones del Ministerio de Defensa tanto a Munters Spain como a terceros que fueran a las mismas sobre la base de productos de Munters Spain, el acuerdo equivalía a un pacto de no competencia entre competidores que distorsionaba los resultados de las licitaciones del Ministerio de Defensa.

Por ello, se concluyó que la conducta había tenido efectos restrictivos, en particular en relación con la licitación del año 2011. En esta licitación Supeim resultó, en primer término, adjudicataria del contrato a un precio mucho más competitivo que el ofertado por MMM (que era el adjudicatario propuesto por la Mesa de contratación). Sin embargo, MMM y Munters Spain se valieron de su acuerdo para que Munters Belgium dejara de suministrar los calentadores móviles a Supeim, y de esta manera forzar a Supeim a renunciar a la formalización de la adjudicación.

En definitiva, se consideró que el Ministerio de Defensa habría visto imposibilitada la adquisición de los calentadores móviles a los precios más competitivos ofertados por Supeim, lo que habría dañado al interés público derivado de que las contrataciones del Ministerio de Defensa se produzcan en condiciones competitivas, calculando el beneficio ilícito obtenido a causa de la infracción en 270.424 euros<sup>21</sup>.

#### J. S/0453/12 RODAMIENTOS INDUSTRIALES PARA VEHÍCULOS FERROVIARIOS

El 4 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución sancionadora, considerando acreditada la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel por parte de tres empresas filiales y sus empresas matrices, fabricantes de rodamientos industriales, contraria al art. 1 de la Ley 16/1989, en el art. 1 de la LDC y en el art. 101 del TFUE.

El expediente sancionador comenzó con la presentación de una solicitud abreviada de exención del pago de la multa por una de las empresas participantes en el cártel, que posteriormente fue completada ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

Dicha infracción consistió en la adopción de una serie de acuerdos para la manipulación y el reparto de las licitaciones convocadas por Renfe en 2004, 2007 y 2011 para el suministro de los rodamientos industriales ne-

<sup>21</sup> Resolución de Vigilancia (Expte. VS/0423/12 *Munters*).

cesarios para el mantenimiento de sus vehículos ferroviarios, mediante la suscripción de un Acuerdo Marco con un número máximo de licitadores, para posteriormente realizar adjudicaciones basadas en dicho Acuerdo.

Los contactos entre las empresas sancionadas se realizaban cada tres o cuatro años, con motivo de las licitaciones plurianuales que convocaban dichos Organismos públicos. Tras el anuncio de las licitaciones por parte de Renfe y Renfe Operadora, directivos de las empresas contactaban, bien directamente en reuniones o telefónicamente, para acordar las ofertas a presentar y repartirse así las licitaciones, en función de la cuota de rodamientos que históricamente habían sido suministradas a Renfe por cada una de dichas empresas.

Dichos contactos puntuales en el tiempo no impidieron a la Sala de Competencia de la CNMC considerar dichas prácticas como una infracción única y continua, ni rechazar la prescripción de las últimas prácticas relativas al año 2011, teniendo en cuenta que los efectos de dicha última licitación estarían aún vigentes, dado que la duración y plazo de ejecución de dicha licitación era de cuatro años.

#### K. EXPTE. S/0429/12 RESIDUOS

El 8 de enero de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditada la comisión, por parte de 44 empresas, de una infracción única y continuada del art. 1 de la LDC, en el sector de gestión de residuos, recuperación de papel y cartón y saneamiento urbano a lo largo de todo el territorio nacional, desde el año 2000 hasta el 2013.

La conducta global se habría implementado a través diversas manifestaciones en las diferentes actividades del sector, entre las que se encontraba el reparto de las licitaciones, tanto públicas como privadas, mediante la presentación de ofertas conjuntas o la no concurrencia de una parte a cambio de la posterior participación en las actividades objeto de licitación.

Aunque la resolución no cuantificaba, para cada una de estas licitaciones y contratos de clientes privados y públicos, los efectos específicos que cada acuerdo o actuación concertada global de reparto de mercado habría tenido sobre los precios pagados por el cliente por las actividades contratadas, ni tampoco su efecto concreto sobre lo ingresado por el cliente por la valorización de los residuos generados, sí ponía de manifiesto el objeto y efecto claramente restrictivo de la competencia de la práctica, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica entre los partícipes en el mismo en el sector de gestión de residuos y de saneamiento urbano en España. De esta manera, la existencia de la conducta global en España no solamente habría distorsionado los precios de mercado de las distintas actividades de gestión de residuos y de saneamiento urbano, sino que también habría perjudicado significativamente la dinámica competitiva en dicho mercado, compartimentando por actividades y ámbitos geográficos la actuación de los

distintos oferentes, e impidiendo que muchos de los operadores imputados entraran en escalones de la cadena de valor o en ámbitos geográficos donde potencialmente podrían competir para captar nuevos clientes.

#### L. EXPTE. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN

El Consejo de la CNMC, en su Resolución de 15 de enero de 2015, declaró acreditada la comisión por parte de varias empresas fabricantes de hormigón y productos derivados de una infracción del art. 1 de la LDC, a través de la realización de varias conductas en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón compuesta por varias prácticas. En particular, se consideró probado el acuerdo de reparto de las subastas convocadas por empresas privadas de telefonía y electricidad, tales como Telefónica, Unión Fenosa, Iberdrola e Hidroeléctrica del Cantábrico, de los productos de postes, tapas y arquetas de hormigón desde, al menos, 1993, y hasta julio de 2013.

El *modus operandi* diseñado por los participantes del cártel comprendía desde acuerdos detallados sobre los precios a los que las empresas debían pujar y el orden en que debían hacerlo, hasta la formación de una UTE con el mismo objetivo de fijar precios y acudir conjuntamente a determinadas subastas.

#### M. EXPTE. S/0415/12 CONSTRUCCIONES MODULARES

El 13 de diciembre de 2015, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución sancionadora considerando acreditado la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel consistente en varios acuerdos entre once empresas proveedoras de construcciones modulares para manipular y repartirse las licitaciones organizadas por clientes públicos y privados entre los años 2008 y 2013.

El expediente sancionador comenzó con la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por parte de una de las empresas participante en las conductas ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

Las licitaciones manipuladas y repartidas entre las once empresas sancionadas incluían las organizadas por las empresas públicas en la Comunidad Autónoma de Valencia, Murcia, Castilla-La Mancha, Aragón, Galicia y Andalucía para el suministro de construcciones modulares con finalidades educativas, así como las organizadas por clientes privados en la Comunidad Autónoma de Murcia y Andalucía. Como novedad en dicho expediente, a diferencia de los anteriormente sancionados por la autoridad española de la competencia, constan las licitaciones para la firma de un Acuerdo Marco suscrito previamente con aquellas empresas que hubiesen cumplido los criterios de selección previamente establecidos. En ese momento las empresas iniciaban sus contactos para presentar sus ofertas económicas

con unos descuentos máximos y evitar una guerra de precios entre ellas a la hora de ser seleccionados como firmantes de dicho Acuerdo Marco. En algunas ocasiones, alguna de las empresas seleccionadas como firmantes de los Acuerdos Marcos, no habían tenido contactos previos con sus competidores, lo que provocaba que estos se pusieran en contacto con dichas empresas para hacerlas partícipes del acuerdo.

Posteriormente, en las licitaciones basadas en dichos Acuerdos Marcos para el suministro y/o alquiler de construcciones modulares en diversos colegios y centros educativos de las CCAA de Valencia y Murcia, las empresas se volvían a preadjudicar dichas licitaciones, así como a fijar los porcentajes de baja e importes de las ofertas económicas a presentar por cada uno de los firmantes, para poder hacer rentable los montajes de dichas licitaciones y simular la existencia de concurrencia competitiva en las mismas.

#### N. S/DC/0504/14 AIO

El 26 de mayo de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución sancionadora por la que consideró acreditada la existencia de una infracción única, continuada y muy grave constitutiva de cártel, por parte de 15 empresas fabricantes de productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO), así como a la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), dos directivos de las empresas y dos directivos de dicha Federación contrarias al art. 1 de la Ley 16/1989, y al art. 1 de la LDC.

El expediente sancionador comenzó con la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa por parte de una de las empresas participante en las conductas ante la Dirección de Competencia de la CNMC.

Las empresas participantes en el cártel, tras la fijación del precio de venta de laboratorio (PVL) de los AIO financiados por el SNS destinados a pacientes no hospitalizados (muy superior al que hubiera derivado de una licitación competitiva), adoptaron una serie de acuerdos para evitar el suministro de dichos productos AIO demandados por la Administración Sanitaria mediante los oportunos procesos de licitación, promovándose y garantizándose el mantenimiento de la dispensación de los AIO a través del canal farmacéutico en condiciones mucho más onerosas para las Administraciones Públicas sanitarias, nacional y autonómica.

Asimismo, las empresas fabricantes de los AIO miembros del cártel concertaron los términos de las negociaciones con el resto de agentes de la cadena de distribución y la línea a seguir respecto a las licitaciones públicas convocadas por las diferentes Administraciones sanitarias para la adquisición y posterior suministro de los AIO a pacientes no hospitalizados. Y acordaron la presentación de recursos administrativos contra las licitaciones públicas convocadas a partir de los años noventa, primero por el INSALUD

y posteriormente por las Administraciones sanitarias autonómicas, con la intención de frenar, suspender o al menos demorar dichos expedientes de licitación pública para suministro de los AIO a residencias, centros de salud y ambulatorios.

#### O. S/DC/0509/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS

El 30 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC dictó Resolución en la que consideró acreditada la existencia de una infracción de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios e intercambio de información para la manipulación de las licitaciones del Gestor de infraestructuras ferroviarias (GIF) y posteriormente del Administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF) para el suministro de desvíos ferroviarios.

El expediente sancionador se inició con la presentación de un escrito por parte de ADIF el 29 de mayo de 2014, solicitando informe a la CNMC acerca de los procedimientos de contratación hasta entonces empleados y poniendo de manifiesto una serie de indicios de infracción en alguna de sus licitaciones públicas

Las prácticas fueron imputadas a cuatro empresas fabricantes de desvíos ferroviarios de ámbito nacional, así como a nueve de los principales directivos implicados en las mismas. Sancionándose con multas por un total de 5,64 millones de euros.

Las principales empresas fabricantes de desvíos ferroviarios en nuestro país, acordaron la manipulación de las licitaciones convocadas por el GIF/ADIF mediante la constitución de UTE, desde julio de 1999 hasta octubre de 2014, con el objetivo de concurrir conjuntamente a dichas licitaciones, presentar una única oferta económica adjudicataria, sin apenas baja con respecto al presupuesto máximo de licitación, y posteriormente repartirse la ejecución del contrato entre todas ellas a partes prácticamente iguales.

La Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que dichas empresas conocían perfectamente que el uso recurrente de la UTE era una actuación ilícita, y no imprescindible para concurrir a dicha licitación, pues a partir de 2014 las empresas concurren a dicha licitud de manera independiente. No obstante lo anterior, en las escasas licitaciones en las que las empresas concurren sin la constitución de una UTE, las empresas manipularon dichas licitaciones mediante un acuerdo previo en el que fijaron las condiciones de participación en dicha licitación y el posterior reparto entre ellas.

La Sala de Competencia recordó, en relación con las manipulaciones de las licitaciones públicas, que dichos procedimientos de contratación pública se rigen, entre otros, por los principios de concurrencia, confidencialidad e igualdad de trato a todos los licitadores, y esta es una circunstancia que se

traduce necesariamente en la necesidad de establecer un procedimiento formalista de obligado cumplimiento por las partes. Estos principios exigen, entre otros aspectos, que las proposiciones presentadas por las partes deben ser secretas, arbitrándose los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, entre los que se encuentra la presentación de las distintas ofertas económicas de los diversos licitadores en «sobre cerrado» que no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto.

Finalmente, en dicha Resolución de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC, sin considerar que el principio de confianza legítimo fuese aplicable a las prácticas realizadas, sí consideró que el grado de protagonismo que tuvieron las entidades gestoras de las infraestructuras ferroviarias mediante el conocimiento de las mismas, mereció cuando menos su reprobación desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

#### P. S/DC/0544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES

El 6 de septiembre de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC ha considerado acreditada la comisión de una infracción del art. 1 de la LDC por parte de diversas empresas que manipularon y se repartieron las licitaciones convocadas por diversos órganos de contratación, en este caso para proveer el servicio de mudanzas internacionales de los funcionarios y empleados destinados en el exterior.

De acuerdo con dicha Resolución, dieciséis empresas prestadoras de servicios de mudanzas internacionales cometieron una infracción única y continuada del art. 1 de la LDC y de la Ley 16/1989, así como del art. 101 del TFUE, constitutiva de cártel, basada, entre otras conductas, en un reparto del mercado de servicios de mudanzas internacionales mediante el establecimiento de cuotas, el respeto de traslados y clientes y el intercambio de información sensible para la manipulación del proceso de presentación de ofertas de dichas mudanzas entre los años 1997 y 2014.

El reparto del mercado acordado entre las empresas se ejecutó mediante diferentes pactos para respetarse las licitaciones convocadas por distintos órganos de contratación de la Administración General del Estado, al menos desde 1999 y hasta noviembre de 2014, en función de las afinidades entre las empresas participantes, o como reacción a los requisitos que las Administraciones Públicas iban exigiendo a las empresas de mudanzas con las que habitualmente trabajaban, para incrementar la inexistente competencia en dichas licitaciones públicas (como solicitar un cuarto presupuesto en los contratos menores a una empresa de manera aleatoria).

Asimismo, el reparto del mercado de mudanzas internacionales entre las empresas partícipes se llevó a cabo mediante la manipulación de los contratos menores para respetarse mutuamente ciertos clientes, como en los supuestos en los que: i) un determinado cliente había realizado una mudanza anterior con una empresa, o ii) si una empresa había presupuestado

inicialmente uno de los tres presupuestos aportados por el cliente, o iii) un interesado en un traslado manifestaba interés por realizarlo con una empresa de mudanzas, en cuyo caso esa empresa lo comunicaba directamente al resto, las cuales realizaban las comprobaciones oportunas para verificarlo. En dichas ocasiones, y al tratarse de contratos menores de servicios, las empresas de mudanzas se limitaban a «acompañar» a la empresa previamente adjudicada mediante presupuestos ficticios y sin ánimo competitivo, con importes mayores para no resultar adjudicatarias.

#### Q. S/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS

Finalmente, el 10 de noviembre de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC ha dictado la resolución más reciente en este ámbito, declarando acreditada la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas Prosegur Compañía de Seguridad, S. A. y su filial Prosegur Servicios de Efectivo España, S. L., por una parte, y Loomis Spain, S. A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, desde, al menos, el año 2008 y hasta, al menos, el año 2015.

En particular, dichas prácticas se habrían manifestado, por un lado, mediante una manipulación y reparto de las licitaciones para la provisión de servicios a clientes estratégicos, tanto públicos como privados, mediante el reparto de los lotes en los que se dividían las licitaciones a través de una coordinación de su estrategia en la licitación. Esta coordinación de ofertas entre Loomis y Prosegur en los procedimientos de licitación se ha llevado a cabo, habitualmente, a través de la presentación de ofertas o posturas encubiertas, así como mediante la no presentación de ofertas a determinadas licitaciones.

Por otro lado, las anteriores empresas han llevado a cabo un reparto de clientes a través de la preservación y reparto de los servicios a favor de una de las empresas. Así, ambas empresas boicoteaban, no presentando ninguna oferta, a sus clientes, consiguiendo con ello mantener estables dichas cuotas de mercado desde el año 2008.

Cabe destacar que la Resolución subraya que estas prácticas habían conseguido arraigar de tal manera que para llevar a cabo determinadas actuaciones, las empresas ni siquiera necesitaban de acuerdos previos, toda vez que simplemente se limitaban a mantener su cuota de participación preexistente al nuevo contrato que era conocida y respetada por el competidor.

Asimismo, por lo que se refiere a clientes dedicados al comercio minorista y cuya preferencia es la de contratar una única empresa para los servicios de transporte de fondos, las partes se han repartido el cliente a través del uso abusivo e injustificado de la figura de la subcontratación.

Las multas impuestas a las empresas por la realización de las anteriores conductas superan los cuarenta millones de euros, conjuntamente. Además, en esta resolución se han impuesto multas personales a dos directivos de sendas compañías, de conformidad con el art. 63.2 de la LDC.

### 3. ACTUACIONES RECIENTES EN LA PERSECUCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se acaba de exponer, la autoridad española de la competencia lleva más de tres décadas persiguiendo las infracciones del Derecho de la competencia que afectan a licitaciones públicas llevadas a cabo, en todos los sectores de la economía, por parte de las Administraciones Públicas. Además, como también se ha demostrado en el apartado anterior, resulta evidente que en los últimos años se han incrementado los esfuerzos en la persecución y sanción de este tipo de prácticas tan dañinas para la economía, los ciudadanos y el bienestar general, lo que vendría corroborado por los expedientes actualmente abiertos<sup>22</sup> y las investigaciones en curso.

La experiencia adquirida al respecto apunta a que este tipo de colusión suele ser más frecuente en mercados con determinadas características: por ejemplo, cuando los productos o servicios son relativamente homogéneos y no cuentan con sustitutivos, cuando en el mismo hay un número reducido de empresas, cuando el mercado puede considerarse estable porque existen barreras de entrada que impiden o dificultan la entrada de nuevos competidores y no hay fluctuaciones importantes de la demanda, cuando están sometidos a pocos cambios tecnológicos, o cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas que lo forman<sup>23</sup>.

No obstante, la especial dificultad que presentan estas prácticas en cuanto a su detección y a la recolección de material probatorio suficiente para su acreditación, hace imprescindible la adopción de una enfoque proactivo

---

<sup>22</sup> S/DC/0512/14 *Transporte Balear de Viajeros*, expediente incoado con fecha 26 de agosto de 2015 y pendiente de resolución de la Sala de Competencia por presuntas infracciones del art. 1 de la LDC consistentes, entre otras, en el presunto reparto y manipulación de las licitaciones públicas convocadas por la Conserjería de Educación del Govern Balear para el servicio de transporte regular escolar de los centros públicos en dicho territorio entre 2005 y 2013; S/DC/0561/15 *Gases Medicinales*, incoado con fecha 13 de enero de 2016, por supuestas infracciones del art. 1 de la LDC consistente en acuerdos de reparto del mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario; S/0565/15 *Licitaciones Aplicaciones Informáticas*, expediente incoado con fecha de 20 de abril de 2016, por presuntas infracciones del art. 1 de la LDC consistentes entre otros en acuerdos para el reparto de las licitaciones en el mercado de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones informáticas; S/0584/16 *Agencias de Medios*, expediente incoado el 2 de septiembre de 2016, por presuntos acuerdos contrarios al art. 1 de la LDC consistentes en un acuerdo para la manipulación y reparto de un Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado.

<sup>23</sup> Véase al respecto, G. L. ALBANO, P. BUCCIROSSI, G. SPAGNOLO y M. ZANZA, «Preventing collusion in procurement», en N. DIMITRI, G. PIGA y G. SPAGNOLO (ed.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, 2006, pp. 347 y ss.

por parte de la autoridad encargada de la preservación de la competencia en los mercados<sup>24</sup>, con el objetivo de incrementar tanto su capacidad de obtener información útil sobre estas infracciones, así como el conocimiento y capacidad de detección de las mismas por parte de otras Administraciones Públicas. Como se hizo alusión anteriormente, el Plan de Actuación publicado por la CNMC para el año 2016 contempla dos objetivos claros a este respecto: la colaboración con las Administraciones contratantes y la creación de sistemas de detección automática de indicios de infracción o *screening*.

En este sentido, la autoridad española de la competencia, desde el año 2015, ha llevado a cabo numerosas charlas formativas destinadas a diversos órganos contratantes de la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas, como el Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Ministerio de Sanidad y Consumo, Ministerio de Administraciones Públicas y Hacienda, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Ministerio de Agricultura y Medio Ambiente. Estas acciones han alcanzado, a finales de 2016, a más de 800 funcionarios responsables de la gestión económica y contratación de dichos organismos públicos.

Como se ha indicado, los funcionarios públicos responsables de la contratación son, de forma evidente, los mejor situados para detectar posibles indicios de manipulación<sup>25</sup>. En España, aunque legalmente<sup>26</sup> los órganos de contratación están conminados a notificar a la autoridad de competencia los hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que puedan constituir una infracción de la legislación de defensa de la competencia, lo cierto es que la simple inclusión de esta previsión legal se ha mostrado insuficiente para alcanzar los resultados esperados. Ello demuestra que la mera existencia de una obligación legal no resulta suficiente para lograr que los funcionarios encargados de velar por el aprovisionamiento eficaz de la Administración denuncien ante los órganos de competencia posibles indicios de colusión, sin antes haber recibido una formación adecuada que les permita conocer, entre otros, a quién acudir, cómo identificar situaciones que puedan constituir una infracción de la legislación de defensa de la competencia o cuáles serán las consecuencias de dicha actuación sobre el procedimiento del que son responsables.

Para atender esta necesidad y a la vez aumentar las posibilidades de detección de este tipo de ilícitos anticompetitivos, la CNMC inició a finales de 2015 un programa de formación con dos objetivos específicos<sup>27</sup>. De una

<sup>24</sup> K. HÜSCHEL RATH, «Economic approaches to fight bid rigging», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, vol. 4, núm. 2, pp. 186 y ss.

<sup>25</sup> L. BRINKER, *op. cit.*, p. 553.

<sup>26</sup> Disposición Adicional vigesimoséptima en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, confirmada posteriormente por la Disposición Adicional vigésimo tercera del Real Decreto Legislativo 3/2011.

<sup>27</sup> Asimismo, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, contempla, en su art. 148, la posibilidad de exclusión de una

parte, instruir a los funcionarios de las entidades contratantes sobre cómo analizar las licitaciones desde una perspectiva competitiva. Esto es, explicar tanto las condiciones de mercado que son favorables para la colusión como los posibles comportamientos sospechosos referentes a precios, presentación de ofertas, concurrencia de licitadores, relación de empresas ganadoras en el medio-largo plazo, etc., que pueden ser indicios de colusión.

De otra parte, esta colaboración institucional tiene como objetivo el ayudar a superar la reticencia o el desinterés que puedan tener estos funcionarios, más centrados en la consecución rápida y eficiente de los procedimientos de licitación de los que son responsables, a comunicar a la autoridad de competencia comportamientos sospechosos de infracción de la LDC. Así, con el fin de incentivarlos adecuadamente para focalizar su atención en este crucial aspecto de las licitaciones, desde la CNMC se está intentando realizar un gran esfuerzo de concienciación sobre la importancia de atajar este tipo de prácticas fraudulentas, sobre los significativos beneficios que su detección tiene para el Estado y los ciudadanos y sobre el relevante rol que, por su privilegiada posición, juegan para conseguir dichos fines. En este sentido, durante el año 2017, la CNMC prevé continuar con dichas actividades formativas dirigidas a diversas unidades gestoras y supervisoras de la contratación pública a nivel estatal, autonómico y local.

Asimismo, con referencia al segundo de los objetivos esbozados en el Plan 2016, hay que observar, primeramente, que se ha podido tener acceso telemático a la información pública sobre licitaciones obrante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública. En este ámbito, se están además propiciando contactos con otros organismos públicos para posibilitar un mayor acceso a las bases de contratación pública autonómica.

Más significativamente, la CNMC está empezando a hacer uso de una herramienta electrónica (*software*) que permite la visualización estructurada de dichos datos y el análisis de los mismos de acuerdo con determinados indicadores cuantitativos que puedan reflejar la existencia de indicios de algún tipo de colusión en las licitaciones públicas. Ello salvaría el importante escollo que supone el examen manual de la gran cantidad de información que es necesaria para poder probar una conducta de este tipo y permitiría

---

empresa de un procedimiento de contratación, con efectos suspensivos en este, en caso de que existieran indicios fundados de infracción de la LDC:

«Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.

1. [...]

Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el art. 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo».

acelerar la detección de las mismas, con el considerable ahorro que ello significaría para el presupuesto público.

A este respecto, resulta crucial reforzar las relaciones con autoridades de competencia de otras jurisdicciones, tanto de dentro como fuera de la Unión Europea, con más experiencia en la detección de oficio de estas prácticas mediante la utilización de programas electrónicos. En tal sentido, hasta el momento, se han demostrado especialmente exitosas las experiencias de algunas autoridades internacionales de competencia como la *Korean Fair Trade Commission* de Corea del Sur, con la implantación de un sistema automatizado de detección de indicios de manipulación en las licitaciones públicas (*Bid Rigging Indicator Analysis System*, BRIAS) desde el año 1997.

#### 4. ¿UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA MÁS COMPETITIVA TODAVÍA?

Como se ha subrayado desde un principio, tanto el legislador nacional como el comunitario han seguido introduciendo mecanismos y herramientas que permitan ahondar en la consecución de una contratación pública inspirada en los principios de publicidad, transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y la eficiente utilización de los recursos públicos mediante, entre otros, la salvaguarda de la libre competencia a lo largo de la licitación pública.

A este respecto, merece ser destacada la Disposición Final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector público, mediante la cual se modificaron, entre otros, los arts. 60 y 61 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre<sup>28</sup>. En virtud de dichas disposiciones normativas, no podrán contratar con los entes, organismos o entidades del Sector Público, «las personas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de [...] falseamiento de la competencia».

En este caso deberá ser la resolución administrativa sancionadora de la autoridad española de la competencia la que se pronuncie expresamente sobre su alcance y duración. Y, en su defecto, la competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o de los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

A este respecto, aunque, en principio, es el órgano contratante el competente para apreciar la prohibición de contratar, es obvio el especial protagonismo que tiene la autoridad de competencia en cuanto a la determi-

<sup>28</sup> Como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de las disposiciones contempladas en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

nación de su alcance y duración, aspectos fundamentales que incidirán en la aplicación práctica de la prohibición. En todo caso, será necesaria una aplicación proporcionada de la misma, para evitar tanto que dicha medida pueda generar efectos contraproducentes en la consecución, bajo determinados supuestos, de una contratación pública con menores niveles de concurrencia competitiva ante la escasez de empresas licitadoras, como que pueda afectar negativamente a otros instrumentos imprescindibles en la detección de los cárteles, como el programa de clemencia.

Asimismo, merece ser destacada también, la posibilidad, ya prevista en la Directiva comunitaria e incorporada al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público<sup>29</sup>, de exclusión inmediata durante el procedimiento de contratación, en caso de indicios fundados de infracción de la LDC. Esta facultad, que se ventilará con base en el pronunciamiento de la autoridad de competencia a través de un procedimiento sumarísimo, producirá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación pública. Resulta manifiesto que el texto legal se refiere exclusivamente a conductas colusorias, prohibidas por el art. 1 de la LDC, por lo que quedarían excluidas de la aplicación de esta suerte de «medida cautelar» las infracciones realizadas en el ámbito de la contratación pública que pudieran encajar en los arts. 2 y 3 de la LDC.

Para su aplicación, será necesario que el procedimiento a que se refiere el Proyecto de ley, que concluirá con la exclusión del competidor, se desarrolle reglamentariamente. No obstante, entendemos que dicho procedimiento, sin incumplir, por supuesto, las garantías legales de todo procedimiento administrativo, debería ser lo suficientemente rápido y ágil, para evitar desincentivar el uso del mismo por parte de los funcionarios de los órganos de contratación.

Por otro lado, la Directiva de Daños<sup>30</sup> prevé una homologación de las legislaciones de los Estados miembros con el fin de facilitar las reclamaciones de las víctimas de las prácticas anticompetitivas<sup>31</sup>.

De acuerdo con el primer borrador publicado de la Propuesta de ley para la transposición de dicha Directiva en el Ordenamiento jurídico español<sup>32</sup>, se prevé que «cualquier persona física o jurídica que haya sufrido

<sup>29</sup> Véase *supra* nota 27.

<sup>30</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión.

<sup>31</sup> Sobre este extremo, y por lo que se refiere a la práctica española, véase F. MARCOS, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», en *Información Comercial Española*, núm. 876, 2014, pp. 133 y ss.; y «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Law Review*, vol. 182 (4), 2013, pp. 167 y ss.

<sup>32</sup> Propuesta de ley de la Sección Especial para la trasposición de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea, en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427769696?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>. El pasado 21 de diciembre de 2016 el Ministerio de Justicia sometió a consulta pública, de conformidad

un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria» (art. 72.1). No existe, por tanto, ninguna limitación o restricción de carácter subjetivo para ejercitar la acción de reclamación.

En este sentido, es de esperar que, a partir de ahora, los organismos y entidades del sector público víctimas de una infracción de la LDC mediante la manipulación de sus licitaciones públicas, se comprometan verdaderamente con la utilización de este importante instrumento con vistas a reclamar, a las empresas infractoras, el pleno resarcimiento patrimonial de los daños y perjuicios causados. Más que de una posibilidad, debiera tratarse de una obligación por parte de la Administración Pública, considerando que en estos casos el daño se produce al patrimonio público y, en definitiva, al dinero de todos los contribuyentes. Ello resulta aún más necesario y exigible en tiempos, como los actuales, de austeridad y control presupuestario en cumplimiento con nuestras obligaciones fiscales como consecuencia de la pertenencia a la Unión Económica y Monetaria Europea.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de las anteriores páginas se ha intentado poner de manifiesto la trascendental función que las autoridades de competencia desempeñan en la consecución de un sistema de contratación pública fiable y eficiente, en favor de las Administraciones contratantes, el erario y todos los ciudadanos.

En dicho sentido se ha subrayado la creciente labor de persecución y sanción que la autoridad española de la competencia ha llevado a cabo en lo referente a prácticas anticompetitivas de este tipo, lo que resulta especialmente apreciable en los últimos años.

Sin embargo, la especial dificultad de detección de estas prácticas, por las razones expuestas, exige un enfoque todavía más proactivo de las autoridades de competencia. Por lo que a la autoridad española concierne, esta orientación proactiva gravita hasta el momento, como se ha relatado, básicamente en torno a la puesta en marcha de dos acciones concretas. Una intensa acción externa de concienciación e instrucción de las entidades contratantes y otra, puramente interna, de desarrollo de programas tecnológicos avanzados que faciliten la detección de indicadores de colusión en este ámbito.

Por último, también se han apuntado los importantes pasos que aún quedan por dar para poder avanzar de forma más eficaz no solamente en la

---

con lo previsto en el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, la transposición de la Directiva 2014/104/UE.

Al respecto, véase C. HERRERO, «La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la Propuesta de ley de transposición de la Directiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 150-183.

detección sino también en la disuasión de estos ilícitos. Así, será decisiva la aplicación de la prohibición de contratar cuya implementación requerirá, como se ha apuntado, de una actuación proporcionada por parte de la autoridad de la competencia y coordinada con los organismos contratantes. Y, a nuestro juicio, resulta también esencial al respecto el compromiso firme de las Administraciones contratantes con el objetivo de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, una vez se demuestre que han sido víctimas de estas nocivas prácticas.

En definitiva, entendemos que para que los ciudadanos y las arcas públicas se puedan beneficiar de la existencia de un sistema de contratación pública verdaderamente competitivo y eficiente, debe existir, no solamente desde la autoridad de la competencia, sino desde toda la Administración Pública, un verdadero compromiso de avanzar eficazmente en la erradicación de dichas prácticas ilícitas. Ello requerirá la adecuada incorporación en nuestro sistema legal de las medidas mencionadas, la continuidad en el enfoque proactivo puesto en marcha por la autoridad española de la competencia y una aplicación rigurosa, coherente y coordinada de todos los instrumentos existentes por parte de todas las entidades públicas involucradas.

# LA TRANSACCIÓN COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR EN DERECHO DE LA COMPETENCIA \*

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

Subdirectora Adjunta, Asesoría Jurídica de la CNMC  
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado  
Doctora en Derecho

## 1. INTRODUCCIÓN

Son varias las posibles formas de terminación del procedimiento sancionador que puede esperar un agente económico investigado por presunta infracción de la normativa de competencia, en función de la conducta infractora de que se trate y de la jurisdicción en la que opere la Autoridad competente para instruir y resolver el expediente. Como regla general, el procedimiento sancionador podrá concluir en una resolución que declare y describa con detalle la infracción cometida e imponga una multa, tras la correspondiente tramitación contradictoria, en la que el presunto infractor, en su papel de incoado, se limitará a contestar los hechos que el órgano de instrucción considere acreditados y a formular las alegaciones que correspondan a la imputación que se le formule. La resolución, normalmente dotada de una extensa motivación, contendrá una exposición pormenorizada de la conducta considerada acreditada, con información claramente perjudicial para la reputación de la empresa infractora frente a clientes y proveedores, así como potencialmente desfavorable desde la perspectiva de posibles demandas de daños derivados de la infracción. A lo largo de este trabajo nos referiremos al *procedimiento ordinario* para hacer referencia a esta opción, pese a que en la práctica de muchas autoridades supervisoras haya dejado de ser el procedimiento más frecuente para la resolución de expedientes sancionadores de competencia.

En segundo lugar, el procedimiento puede concluir mediante una *terminación convencional*, sin expresa declaración de infracción y sin imposición de multa, si la conducta investigada es de tal naturaleza que lo

---

\* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y, naturalmente, no representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

permite, por tratarse de restricciones que ponen en riesgo las condiciones de competencia, pero se acuerda que existen compromisos voluntariamente asumidos por el presunto infractor que pueden resolver los problemas detectados y garantizar el interés público. Esta forma de terminación del expediente sancionador no se contempla en ninguna jurisdicción para los casos de infracciones más graves, como son los cárteles, en los que la conducta anticompetitiva se agota en sí misma, y por tanto no cabe pensar en compromisos que restablezcan las condiciones de competencia más allá del cese de la conducta y de la imposición de una multa disuasoria.

Finalmente, en algunas jurisdicciones cabe una tercera forma alternativa de terminación del expediente sancionador, que pasa por la cooperación del operador investigado con la Autoridad de competencia mediante el reconocimiento expreso de su participación en una infracción delimitada en cuanto a su alcance y duración. Ello propicia una tramitación más sumaria del expediente y comporta la reducción de la multa resultante, beneficio este más tangible para el operador investigado, sin perjuicio de otros cualitativamente estratégicos. En este trabajo nos referiremos a esos supuestos de terminación del procedimiento sancionador con declaración de infracción e imposición de multa rebajada como «transacción». El ámbito de conductas prohibidas respecto de las que procede la transacción varía notablemente de unos ordenamientos a otros.

La admisión de la transacción como posible forma alternativa de finalización de un expediente sancionador descansa sobre la premisa de que tal terminación convencional, con declaración de infracción e imposición de sanción reducida en un cierto porcentaje, contribuye a incrementar la eficacia en la actividad de la Autoridad administrativa de supervisión competente, sin merma del objetivo de disuasión general. Es más, esta forma alternativa de terminación del procedimiento sancionador podría conllevar incluso un mayor efecto disuasorio, en tanto que los recursos de la Administración de que se trate pueden ser destinados a detectar nuevos casos en lugar de a la instrucción y resolución administrativa y posterior revisión judicial de infracciones ya descubiertas. Los expedientes por infracciones de la normativa de competencia constituyen una categoría destacada entre los procedimientos sancionadores a los que tal razonamiento es aplicable<sup>1</sup>.

La consecuencia de aplicar el procedimiento de transacción en un expediente sancionador es clara. La Autoridad competente ofrece una rebaja de la multa esperable y obtiene a cambio un reconocimiento de la infracción,

---

<sup>1</sup> L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, pp. 395-422, se refiere al impacto negativo que, en materia de disuasión, puede tener el uso intensivo de los procedimientos de transacción. Por el contrario, considerando que el efecto neto de la generalización de los procedimientos de *settlement* es de incremento de la disuasión, véase M. HELLWIG, K. HÜSCHEL RATH y U. LAITENBERGER, «Settlements and Appeals in the European Commission’s Cartel Cases: An Empirical Assessment», en *Discussion Paper No. 16-010*, disponible en SSRN-id2731073.

lo cual posibilita un procedimiento simplificado y sumario, que conlleva ventajas para ambas partes<sup>2</sup>.

Sin embargo, los efectos que pueda provocar la introducción de la transacción en un determinado ordenamiento jurídico son más difíciles de anticipar. Es evidente la dificultad de constatar empíricamente si, efectivamente, la reducción relativa en la disuasión que previsiblemente generan las multas rebajadas por transacción se ve superada por el aumento esperado de la disciplina de cumplimiento que provoque el que la Autoridad de la competencia disponga de un mayor número de recursos para poder detectar más infracciones<sup>3</sup>. A su vez, esa relación entre solución transaccional del procedimiento administrativo y efecto disuasorio, que en esencia remite al debate sobre la mejor forma de atender al interés público en que disminuyan las conductas infractoras del Derecho de la competencia, resulta más ardua de valorar cuantitativamente si se incluye en el análisis la repercusión que el procedimiento transaccional pueda tener en las subsiguientes demandas de daños derivados de la infracción concurrencial y, por tanto, en el efecto disuasorio sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>4</sup>. Asimismo, el objetivo de resolución eficiente de infracciones antitrust ya detectadas no debe poner en riesgo otros institutos, concretamente el Programa de Clemencia, destinados precisamente al descubrimiento de los más graves casos de vulneración de la normativa de competencia.

El objeto de este estudio es la figura de la transacción en Derecho de la competencia. Para ello se analizan su regulación y su aplicación en algunas de las jurisdicciones de referencia donde se prevé como forma de terminación del expediente sancionador por infracciones de competencia. Asimismo, se analizan otras formas alternativas de terminación del procedimiento sancionador de competencia y algunos ejemplos de transacción, con reconocimiento de responsabilidad e imposición de multa reducida, en procedimientos administrativos sancionadores en otros sectores del ordenamiento.

A los efectos de este estudio, el término transacción se emplea en el sentido usado por la Comisión Europea para el *settlement* en el Reglamento CE núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, adoptado para el desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel<sup>5</sup>. Se trata

---

<sup>2</sup> Algunas Autoridades de competencia se refieren a la transacción como una *win-win situation*, véase «Cartel Settlements», *Report to the ICN Annual Conference*, abril de 2008, p. 9, disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

<sup>3</sup> A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, p. 50, nota 13.

<sup>4</sup> L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, pp. 395-422, incide en la necesidad de ponderar los distintos instrumentos a disposición de las Autoridades de competencia, en particular las transacciones y los programas de clemencia, en relación al conjunto de intereses implicados en la defensa de la competencia, especialmente el mantenimiento de los objetivos de disuasión y la compensación a los dañados por la conducta infractora.

<sup>5</sup> Reglamento por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004, en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. La Comisión publicó inmediatamente después una Comunicación 2008/C 167/01 sobre el desarrollo de los procedimientos de

de un procedimiento claramente diferenciado de la llamada decisión con compromisos (*commitment decision*), que prevé a su vez el art. 9 del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, reservada para casos distintos y con finalidad diversa.

Lo resume muy bien el Tribunal General de la Unión Europea en su Sentencia de 20 de mayo de 2015 (caso T-456/10, *Timab*)<sup>6</sup>:

«El procedimiento de transacción establece que las empresas que sean objeto de investigación, que afronten pruebas de cargo y hayan decidido transigir, reconozcan su participación en la infracción, renuncien, con determinados requisitos, a su derecho de acceso al expediente administrativo y a su derecho a ser escuchadas en audiencia, y acepten recibir el pliego de cargos y la decisión final en la lengua oficial de la Unión que se acuerde (Comunicación sobre la transacción, punto 20) [...]. En contrapartida, la Comisión les concederá una reducción del 10% del importe de la multa que se les habría impuesto a raíz de un procedimiento ordinario, mediante la aplicación de sus directrices sobre las multas y de la Comunicación sobre la cooperación (Comunicación sobre la transacción, puntos 30 a 33)» (párrs. 61 y 62). [...] «El procedimiento de transacción es un procedimiento administrativo alternativo al procedimiento administrativo ordinario —que es contradictorio—, distinto de este, y que posee algunas especialidades, como la notificación del pliego de cargos anticipada y de la probable franja de multas» (párr. 73).

A diferencia de la decisión con compromisos que prevé el art. 9 del Reglamento 1/2003, o de la terminación convencional regulada en el art. 52 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), como veremos *infra*, la resolución administrativa que resuelve el procedimiento de transacción contiene el reconocimiento de las empresas investigadas sobre su participación en una infracción del Derecho de la competencia, así como la imposición a las mismas de una sanción (minorada).

En los ordenamientos que contemplan un procedimiento de *settlement* para conductas anticompetitivas, este se reserva mayoritariamente para conductas tipificadas como cártel, y las resoluciones de transacción constituyen un precedente a efectos de apreciar la agravante de comisión repetida del ilícito, dos elementos que no concurren en la terminación convencional, tal y como esta se regula en la normativa comunitaria. El Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, en su considerando 13, referido a la decisión con compromisos regulada en el art. 9, señala que las decisiones de compromisos constatan que ya no hay motivos para que la Comisión

transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en casos de cártel.

<sup>6</sup> Primera sentencia recaída en un caso de transacción «híbrido», como se conoce a aquellos en los que algunas de las empresas intervinientes en la infracción rechazan participar en el procedimiento de transacción, y son destinatarias de una decisión sancionadora ordinaria. Brevemente sobre el asunto de fondo, véase N. LENOIR y M. TRUFFIER, «*Timab Industries et al.*: General Court's Ruling on the First Hybrid Settlement Case», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7(1), 2016, pp. 24-25.

intervenga, «sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción y si esta aún existe. [...] No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa». También nuestra LDC (art. 52) regula la terminación convencional como modo alternativo de resolver el procedimiento sancionador, sin declaración de existencia de conducta prohibida, mientras que la *Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre terminación convencional de expedientes sancionadores*, exceptúa expresamente los supuestos de cártel entre las conductas investigadas que pueden dar inicio a una terminación convencional<sup>7</sup>.

Por su claridad, cabe reseñar la definición que emplea la Autoridad de la competencia británica, la cual contiene los elementos esenciales de: i) reconocimiento de la infracción; ii) procedimiento en cierta medida abreviado o sumario, y iii) rebaja de la multa que proceda: «*Settlement is the process whereby a business under investigation is prepared to admit that it has breached competition law and confirms that it accepts that a streamlined administrative procedure will govern the remainder of the CMA's investigation of that business' conduct. If so, the CMA will impose a reduced penalty on the business*»<sup>8</sup>.

## 2. LA TRANSACCIÓN CON DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN E IMPOSICIÓN DE MULTA COMO MODO DE TERMINACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Además del ejemplo cualificado que constituye el *settlement* introducido por el Derecho comunitario, cuyo análisis procede acometer en primer lugar, un número creciente de Estados miembros han incorporado en sus ordenamientos un procedimiento de transacción para vulneraciones de la normativa de competencia. El examen de algunas de esas regulaciones resulta ineludible en un contexto crecientemente armonizado en el que las infracciones son idénticas o equiparables entre jurisdicciones<sup>9</sup>. Por otro lado, la eficacia de ciertos instrumentos de reacción aplicados en otros ordenamientos justifica la valoración de su introducción en el español, hasta el punto de desplazar la carga de la prueba hacia quien sostenga la inconveniencia de incorporar la transacción como modo alternativo de solución de un expediente sancionador por conducta infractora de la competencia.

<sup>7</sup> Comunicación de la CNC sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores de 2011, párrafo 23.

<sup>8</sup> CMA, *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, marzo de 2014, disponible en [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

<sup>9</sup> Sobre la complejidad añadida y los efectos que pueda tener en el procedimiento de *settlement* el que existan otros procedimientos sancionadores abiertos en otras jurisdicciones, véase F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 6. También, F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014 (5), p. 719.

El ordenamiento norteamericano, pese a ser el antecedente más remoto<sup>10</sup> y contar con una práctica más asentada y proporcionalmente numerosa de procedimientos antitrust resueltos vía transacción, responde a un modelo que presenta unos rasgos diferenciados, los cuales acentúan la ya de por sí compleja importación de soluciones normativas entre los ordenamientos de *common law* y los de *civil law*<sup>11</sup>. No obstante, a lo largo del trabajo se harán referencias a los elementos característicos de los *negotiated settlements* norteamericanos, así como a las argumentaciones y consideraciones relativas a este modo de terminación del procedimiento sancionador que puedan ser de interés a la hora de valorar la conveniencia de implementar una figura análoga en el ordenamiento español.

#### A. EL SETTLEMENT EN LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

El procedimiento de transacción comunitario fue introducido a través del Reglamento 662/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, mientras que la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel (2008/C 167/01) detalla la tramitación correspondiente y define el porcentaje de reducción de la multa a aplicar en estos casos<sup>12</sup>.

Con anterioridad se disponía de un único modo de terminar convencionalmente un expediente sancionador de competencia: las más arriba citadas *commitment decisions*. El art. 9 del Reglamento 1/2003 establece que «[C]uando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesa-

<sup>10</sup> La práctica norteamericana en materia de transacciones en el contexto antitrust se remonta a 1932 (*Swift & Co v. United States*, 286 U.S. 106), recibiendo expreso reconocimiento sobre su constitucionalidad en los años setenta (cfr. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 263, 1971).

<sup>11</sup> A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, p. 64, se plantea la duda de si la aproximación norteamericana a esta cuestión puede ser trasladable a otras jurisdicciones. En análogo sentido, apuntando que el interés público en juego podría ser ponderado de distinta manera en el ámbito europeo, véase G. S. GEORGIEV, «Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law», en *Utha Law Review*, núm. 4, 2007, pp. 971-1037, esp. pp. 1035-1037.

<sup>12</sup> Una descripción completa del procedimiento, su razón de ser y sus objetivos, puede consultarse en M. L. TIERNO CENTELLA, «El procedimiento de transacción comunitario para asuntos de cártel», en FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO (ed.), MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ (dirs.), *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*, vol. 28, 2009. Para un breve análisis de las seis primeras decisiones de *settlement* adoptadas por la Comisión Europea entre 2010 y 2012, véase F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 5 y ss. Un análisis reciente, que aporta la perspectiva de las 21 decisiones de terminación convencional adoptadas, puede consultarse en A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318, en cuyas pp. 2-4 se realiza una detallada descripción del desarrollo práctico del procedimiento de *settlement*. Finalmente, F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2016, pp. 72-84, analizan la experiencia práctica de decisiones de *settlement* recaídas en el periodo 2014-2015 y las novedades en la materia.

ción de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, esta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un periodo de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión»<sup>13</sup>.

Algunos autores coinciden en considerar que la introducción del *settlement* comunitario fue resultado del éxito del Programa de Clemencia, que se había incorporado al sistema comunitario de defensa de la competencia un año y medio antes<sup>14</sup> y que posibilitó el inicio y tramitación de un volumen de procedimientos sancionadores de cárteles difícilmente manejable para la Comisión<sup>15</sup>.

Exclusivamente en casos de cártel, en los que no cabe la decisión con imposición de compromisos prevista en el art. 9 del Reglamento 1/2003, la Comisión Europea o las partes interesadas pueden proponer una transacción. La Comisión podrá descartar discrecionalmente la vía de la transacción cuando no la considere adecuada para el concreto caso investigado. En los procedimientos de transacción, las partes reconocen su participación en el cártel, lo que permite una tramitación más rápida del expediente sancionador, una reducción del 10 por 100 en las multas a imponer (en concepto de recompensa a la cooperación) y la adopción de una decisión comparativamente más breve, con una más sumaria descripción de los hechos acreditados y de la conducta infractora. El carácter relativamente exiguo de la reducción en el importe de la multa prevista responde al objetivo —además de lo que se señalará *infra* respecto de la coordinación con los Programas de Clemencia— de que los casos objeto de transacción sean los más incontestables desde la perspectiva de la acreditación de la conducta<sup>16</sup>. En la práctica, la mayoría de decisiones de *settlement* adoptadas por la Comisión se han dado en supuestos en los que existían varias solicitudes de clemencia y, por tanto, un elevado volumen de pruebas que acreditaban la infracción. El porcentaje de reducción de multa por *settlement* es idéntico para todas las empresas parte de la decisión de transacción. Esa reducción del

<sup>13</sup> Sobre las *commitment decisions* de la Comisión Europea, véase W. P. J. WILS, «Settlements of EU Antitrust Investigations: commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003», en *World Competition*, vol. 28, núm. 3, septiembre de 2006. También, del mismo autor, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles», en *World Competition*, vol. 31, núm. 3, septiembre de 2008, y «Ten years of commitment decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Too much of a good thing?», en *Concurrences Journal 6<sup>th</sup> International Conference*, disponible en <http://ssrn.com/author=456087>.

<sup>14</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOUE* de 8 de diciembre de 2006.

<sup>15</sup> L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, p. 397. Más genéricamente, haciendo referencia a que el *settlement* es un recurso para autoridades de competencia que tratan de incrementar su eficacia y eficiencia en un contexto de mayor detección de casos, véase A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», en *13TH Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008, <https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>.

<sup>16</sup> G. OLSEN y M. JEPHCOTT, «The European Commission's Settlement Procedure», en *Antitrust*, vol. 25 (1), 2010, p. 78.

10 por 100 se añade a las posibles reducciones procedentes de clemencia. La transacción permite a la Comisión adoptar una decisión más sucinta<sup>17</sup> y de forma más rápida y, por tanto, asignar más recursos a la detección y tramitación de otros casos.

El procedimiento de *settlement* se articula<sup>18</sup> a través de tres reuniones formales («rondas bilaterales de negociaciones») que se celebran entre la Comisión y cada empresa partícipe, si bien lo frecuente es que se produzcan conversaciones informales («reuniones técnicas» o «contactos exploratorios relativos a la transacción») antes de que el procedimiento se inicie formalmente. Como regla, en la primera reunión formal, que sigue a una invitación al efecto realizada por la Comisión, esta expone un resumen del caso. La Comisión presenta a las partes las pruebas esenciales sobre la conducta y les indica su valoración inicial en cuanto a la duración, gravedad, responsabilidad y posible multa. Las partes tienen acceso a ciertas pruebas clave contenidas en el expediente. Las empresas tienen un plazo, como regla breve, para solicitar un acceso más amplio a las pruebas disponibles y realizar observaciones, no necesariamente escritas, al resumen del caso formulado por la Comisión. Es en la segunda reunión formal con la Comisión cuando las empresas investigadas confirman su acuerdo con el planteamiento del caso formulado por la Comisión y con los valores de cifra de negocios relevantes para el cálculo de la multa. Por su parte la Comisión señala la visión del equipo responsable del caso sobre los parámetros de la multa: gravedad, duración relevante, circunstancias agravantes o atenuantes y grado de cooperación significativo para la reducción por clemencia. Finalmente, en la tercera y última reunión formal se proporciona a las empresas partícipes un rango de multa. Tras tal reunión se notifica a las partes un borrador de *settlement submission* o de solicitud de transacción para observaciones y posteriormente un Pliego de Cargos que incorpora la transacción. Las partes deben hacer una comunicación oral —grabada y transcrita en las oficinas de la Comisión— o escrita reconociendo su responsabilidad y aceptando el Pliego de Concreción de Hechos de la Comisión. Los servicios de la Comisión Europea cifran la reducción de la duración del procedimiento, por comparación con una tramitación ordinaria, en torno a dos años.

Las empresas investigadas pueden abandonar o desistir del procedimiento de transacción en cualquier momento de la tramitación. Precisa-

<sup>17</sup> Tal como recogen A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *e-Competitions*, núm. 81.318, algunos ejemplos recientes en términos de longitud de las resoluciones de *settlement* de la Comisión europea ponen de manifiesto resoluciones de extensión en torno a 25 páginas: asunto AT.40028, *Alternadores y motores de arranque* (27 de enero de 2016); asunto AT.40098, *Trenes bloque* (15 de julio de 2015); asunto AT.40055, *Calentadores de aparcamiento* (17 de junio de 2015).

<sup>18</sup> Seguimos aquí la relativamente detallada exposición del procedimiento de transacción contenida en los párrafos 5 y ss. de la precitada Comunicación de la Comisión 2008/C 167/01 sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en casos de cártel. También puede verse A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318, pp. 3 y 4.

mente entre las cuestiones más interesantes que plantea el procedimiento de transacción comunitario destaca la de cómo tratar los llamados casos *híbridos*, en los que no se consigue que todas las empresas afectadas participen en el *settlement*<sup>19</sup>, así como las consecuencias de tal transacción parcialmente fallida, tanto respecto de las empresas no parte de la decisión de *settlement* como del resto.

El caso conocido como *Animal Feed Phosphates* (COMP/38.86) fue el primero en el que una de las empresas implicadas (Timab Industries, S. A.), decidió abandonar el *settlement* una vez avanzada la tramitación del mismo, derivando el procedimiento en un caso mixto o híbrido, en el que se acordó la transacción con el resto de los infractores, y se continuó el procedimiento por tramitación ordinaria con tal empresa disidente.

Las eficiencias en términos de plazos y simplificación del procedimiento que derivan de la tramitación de una transacción se reducen, evidentemente, cuando la Comisión se enfrenta a un caso híbrido. A su vez, el mayor grado de detalle en términos de hechos probados y delimitación de la conducta que previsiblemente contendrá la decisión sancionadora resultante del procedimiento ordinario, por contraste con el carácter más sumario de las decisiones de *settlement* puras, puede ser vista por las partes que sí han transigido como un riesgo más cierto de exposición a posteriores demandas de daños. La diferencia temporal en la publicación de la decisión de *settlement* y la ordinaria obliga además a poner un especial cuidado en las posibles menciones que en la primera puedan hacerse respecto de la empresa o empresas que no hayan transigido<sup>20</sup>. A su vez, cabe reseñar el distinto tratamiento que se reserva a las solicitudes de transacción «que se hayan retirado», en cuanto a su menor protección relativa en caso de solicitud de exhibición de pruebas contenidas en el expediente administrativo por parte de un órgano judicial, en el marco de una demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados de una infracción de la normativa de competencia<sup>21</sup>.

En la más arriba mencionada Sentencia de 20 de mayo de 2015 (asunto T456/10), que resuelve precisamente el recurso interpuesto por la precitada

<sup>19</sup> Véase C. BRYANT y M. DATEMA, «Has the Dust Settled for Cartel Settlements?», en *CPI Antitrust Chronicle*, junio de 2016, pp. 8-13, señalando que los casos híbridos están teniendo una incidencia mayor de la prevista originariamente por la Comisión, y criticando que esta no haya logrado el equilibrio adecuado entre impedir que las partes que no transigen obliguen a cerrar la vía del *settlement* para el resto, pero al mismo tiempo no disminuir los beneficios del procedimiento de transacción para las partes que transigen.

<sup>20</sup> Véase el caso 1021/2014/CK, en el que se planteó una queja al Defensor del Pueblo Europeo, que esté considerada fundada, por un banco francés, Crédit Agricole, relativa a que las manifestaciones de un miembro de la Comisión en relación a la decisión de *settlement* (caso *Euro Interest Rate Derivatives*) podían poner de manifiesto que la Comisión había ya alcanzado una conclusión sobre la participación en la conducta de las empresas no participantes en la transacción, antes de que se resolviera ese procedimiento sancionador. Sobre el caso, véase L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, p. 415.

<sup>21</sup> Frente a lo regulado por el art. 6.6 de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, que prevé que las solicitudes de transacción quedan completamente protegidas frente a su posible exhibición como prueba en un procedimiento judicial nacional, para las solicitudes de transacción «que se hayan retirado» [art. 6.5.c)], la protección se produce solo hasta que el procedimiento administrativo haya terminado.

Timab Industries, el Tribunal General se ha pronunciado sobre los efectos del *settlement* abandonado respecto del contenido posible de la posterior resolución en el procedimiento sancionador estándar. Timab reprochaba a la Comisión haberle aplicado, como empresa que desistió del procedimiento de transacción, una multa por encima del máximo de la franja contemplada durante las conversaciones con vistas a la transacción. El Tribunal General concluye que la multa no queda necesariamente limitada por el importe superior de la franja notificada en el marco de un *settlement*, incrementada solo en un 10 por 100 por no haberse aplicado finalmente la Comunicación sobre transacción. En un caso derivado del cierre sin éxito de una transacción, el Tribunal General entiende que la Comisión no está constreñida por el intervalo de multa anticipado a la empresa en el marco del procedimiento de *settlement*, sino que está legitimada para imponer una multa adaptada a las nuevas circunstancias existentes al adoptar la decisión ordinaria, incluyendo nuevas alegaciones o pruebas de las que haya tenido conocimiento con posterioridad al cierre del *settlement*, durante el procedimiento sancionador estándar<sup>22</sup>.

Hasta fechas recientes no había habido casos de reincidencia tenidos en cuenta en *settlements*. Un primer ejemplo se ha producido en *Alternators and Starters* (caso COMP/40028), decisión *simplificada* de 27 de enero de 2016 en la que Comisión apreció circunstancia agravante e impuso un incremento de multa del 50 por 100 a dos empresas que ya habían sido multadas en un previo asunto (*Gas Insulated Switchgear*, caso COMP/38899). Lo que no ha habido es (tiempo suficiente para que se den) casos de empresas que hayan transaccionado y posteriormente vuelvan a ser incoadas en un nuevo expediente sancionador.

Respecto del método de cálculo de la multa en los procedimientos de *settlement*, la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción se refiere repetidamente a las Directrices para el cálculo de las multas y a la «estimación de la multa potencial habida cuenta de las orientaciones contenidas en las Directrices» (párr. 15 de la Comunicación).

Asimismo, una reciente Sentencia del Tribunal General, de 13 de diciembre de 2016 (asunto *Printeos*), que anula por vez primera una decisión resultado de un procedimiento de transacción, resulta esclarecedora respecto de la debida motivación del cálculo de la sanción, también en este tipo de procedimientos<sup>23</sup>:

«(37) Según la Comisión, dado que la Decisión impugnada se adoptó tras un procedimiento de transacción con ocasión del cual se informó a las

---

<sup>22</sup> C. BRYANT y M. DATEMA, «Has the Dust Settled for Cartel Settlements?», en *CPI Antitrust Chronicle*, junio de 2016, pp. 10 y 11. apuntan a los efectos desincentivadores que la sentencia tendrá para aquellas partes que valoren dejar de participar en un procedimiento de *settlement* exclusivamente por razón del importe de la multa que anticipada.

<sup>23</sup> Para un primer comentario breve sobre la sentencia, véase V. SOPEÑA, «La Comisión debe motivar siempre el cálculo de las multas, incluso en los procedimientos de transacción», en el blog *Almacén de Derecho*, 2 de enero de 2017.

partes, en conversaciones bilaterales, de todos los elementos relevantes, tales como los hechos alegados, su calificación, la gravedad y duración de la infracción imputada, la atribución de responsabilidad y una estimación de la franja en que se situarían las probables multas, su motivación podía ser mucho más escueta que la de otras decisiones adoptadas con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento n.º 1/2003. A su entender, en el presente caso, las discusiones bilaterales entre la Comisión y las demandantes permitieron a estas últimas conocer cada uno de estos aspectos y la metodología prevista a efectos del cálculo de las multas, para decidir voluntariamente presentar o no una propuesta de transacción. Sostiene que, en estas circunstancias, la motivación de la Decisión impugnada era ampliamente suficiente. [...] (47) Contrariamente a lo que alega la Comisión, habida cuenta de las exigencias derivadas del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación, por un lado, con el artículo 263 TFUE y, por otro lado, con el artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003 (véase, en este sentido, la Sentencia de 8 de diciembre de 2011, *Chalkor/Comisión*, C 386/10 P, EU:C:2011:815, apdos. 52 a 67), tal como se invocan en el apartado 41 de la Comunicación sobre la transacción, estos principios se aplican *mutatis mutandis* a la obligación de la Comisión, en el sentido del artículo 296 TFUE, párrafo segundo, de motivar la decisión que impone multas adoptada por ella al término de un procedimiento de transacción en cuyo marco a la empresa interesada no le cabe sino aceptar el importe máximo de la multa propuesta».

Dadas las virtualidades del procedimiento de *settlement*, estrictamente previsto por la Comisión Europea para supuestos de cártel, cabe plantearse la conveniencia o no de articular un procedimiento análogo para infracciones distintas. Resulta significativo que, en un caso no susceptible de *settlement* ni de clemencia puesto que no se trataba de un cártel sino de un supuesto de abuso de posición de dominio, la Comisión haya acudido al expediente de la reducción de la multa por cooperación, con amparo en la cláusula general del párrafo (37) de las Directrices para el cálculo de la multa<sup>24</sup>, para otorgar una reducción del 30 por 100 de la multa a la empresa que ha reconocido la infracción, lo que ha permitido una resolución más rápida del procedimiento y la imposición de remedios estructurales<sup>25</sup>.

Por último, cabe mencionar, ya fuera del contexto europeo, el evidente efecto expansivo de la solución convencional para infracciones de compe-

<sup>24</sup> El párrafo (37) permite que las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular puedan justificar que la Comisión se aparte de la metodología de las Directrices para el cálculo de las multas (2006/C 210/02).

<sup>25</sup> Véase nota de prensa (IP/16/3116) y nota informativa (*Notice reduction of fines for cooperation*) en relación a la Decisión de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2016, en el caso de *Altstoff Recycling Austria*, donde el recurso al párrafo (37) de las Directrices sobre cálculo de multas se perfila como una solución para aquellos casos en los que no cabe transacción y la terminación convencional no es oportuna, bien porque la conducta ya ha finalizado bien porque los compromisos posibles no son suficientes para resolver los problemas de competencia detectados. Se interpreta como una suerte de transacción *avant la letter* en «*The European Commission extends its settlement procedure to abuse of dominance cases under Article 102 TFUE —fine imposed on Altstoff Recycling Austria reduced by 30% in Exchange of its co-operation with the Commission—*», entrada de 28 de septiembre de 2016 en [kluvercompetitonlawblog.com](http://kluvercompetitonlawblog.com).

tencia tradicionalmente arraigada en el *sistema norteamericano*<sup>26</sup>. Además de los *consent decrees* y *consent orders*, como forma negociada de resolver una vulneración de la normativa de competencia sin reconocimiento de responsabilidad por parte de la empresa implicada, y con un fuerte componente regulatorio en la imposición de compromisos, el ordenamiento norteamericano prevé la posibilidad de que las empresas involucradas en una infracción de cártel puedan alcanzar un acuerdo con la *Antitrust Division*, que se concreta en un procedimiento más breve, con admisión de responsabilidad y hasta cierto punto delimitación de los hechos acreditados, y una reducción en la multa.

En el caso norteamericano existe una mayor flexibilidad respecto del momento en el que cada empresa investigada puede acogerse al *Negotiated Plea Agreement*, así como una mayor exigencia en relación al tipo de cooperación sustancial que se espera de la empresa partícipe en el procedimiento de transacción. El porcentaje de rebaja de la sanción puede variar, y de hecho normalmente variará, de unas empresas partícipes en el *settlement* a otras, en función del momento de tramitación del expediente en el que deciden cooperar y de la intensidad de tal cooperación. En el Derecho norteamericano, al contrario de lo que sucede en el ámbito comunitario, como desarrollaremos *infra*, la renuncia a recurrir judicialmente la decisión de transacción forma parte del *settlement*<sup>27</sup>.

## B. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TRANSACCIÓN EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

Existen numerosos ejemplos, en los países de nuestro entorno, de previsión de un procedimiento de *settlement* para expedientes sancionadores derivados de infracciones de competencia<sup>28</sup>. Es frecuente que, además de la necesaria contemplación legal, la Autoridad de la competencia correspondiente haya publicado una comunicación o nota de procedimiento sobre la cuestión, a modo de desarrollo cuasi reglamentario, para incrementar la

<sup>26</sup> Sobre la influencia del modelo norteamericano de transacción en el comunitario, con una visión crítica del énfasis sobre el elemento de eficiencia en contraste con las exigencias de legitimidad, véase G. S. GEORGIEV, «Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S-Style Antitrust Settlements in EU Law», en *Utha Law Review*, núm. 4, 2007, pp. 971-1037. Para un análisis comparativo entre el procedimiento de *plea bargain* norteamericano y el *settlement* comunitario, véase A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», en *13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008, <https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>.

<sup>27</sup> Destacando esa diferencia respecto del procedimiento de la Comisión Europea, véase G. OLSEN y M. JEPHCOTT, «The European Commission's Settlement Procedure», en *Antitrust*, vol. 25 (1), 2010, pp. 76 y ss. La web de la Comisión Europea, al resumir las características del *settlement* para casos de cártel, aclara que no se trata de *plea bargains*, señalando que la Comisión Europea sí tiene la obligación de mostrar a las partes investigadas que dispone de pruebas suficientes para adoptar una decisión declarativa de infracción estándar, y debe emitir un pliego de cargos, en [http://eu.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements\\_en.html](http://eu.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements_en.html).

<sup>28</sup> Entre los países que han previsto un procedimiento de transacción se encuentran Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Portugal, Reino Unido y, recientemente, Grecia.

transparencia y previsibilidad respecto de los operadores económicos potenciales destinatarios del procedimiento.

Tal es el caso de Francia, donde el procedimiento de transacción se prevé desde 2001 en el Código de Comercio (*procédure de non-contestation des griefs*, art. 464.2.III), que originariamente permitía a las empresas incoadas renunciar a su derecho a contestar los cargos imputados por la Autoridad de la competencia en el Pliego de Concreción de Hechos, a cambio de una reducción de la multa, pendiente de determinar en cuanto a su importe, de entre un 10 y un 25 por 100. Precisamente este mecanismo de articulación de la reducción de la sanción fue criticado por generar desconfianza a las empresas, que abogaban por un método más predecible respecto del importe máximo total de la multa<sup>29</sup>. En febrero de 2012, la *Autorité de la Concurrence* publicó unas Directrices sobre la materia que complementaban la regulación legal, detallando el ámbito de la figura, las peculiaridades de tramitación del procedimiento, el contenido posible de la resolución de la Autoridad y la vigilancia del cumplimiento la misma. Este procedimiento ha sido reformado por Ley de agosto de 2015<sup>30</sup> (*transaction*) y, en lugar de un porcentaje de reducción de la sanción, lo que las empresas asumen es una horquilla de los importes máximo y mínimo de la multa<sup>31</sup>. Esta solución negociada se prevé tanto para acuerdos anticompetitivos, no solo cárteles, como para infracciones de abuso de posición de dominio. Cabe su combinación con el Programa de Clemencia así como el establecimiento adicional de compromisos estructurales y de comportamiento.

En el caso alemán no existe una previsión normativa específica sobre transacción en el ámbito del Derecho de la competencia, pero su empleo por la Autoridad de competencia se fundamenta en una previsión constitucional genérica para infracciones y en la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en el ámbito penal<sup>32</sup>. El *Bundeskartellamt* publicó, en diciembre de 2013, una somera Nota Informativa sobre los procedimientos de transacción<sup>33</sup>, que ha sido posteriormente actualizada en febrero de 2016<sup>34</sup> y en la que se hace referencia al deseo del legislador de no formalizar en exceso el procedimiento sancionador administrativo negociado. Pese a que la transacción como modo de terminación se viene aplicando de forma creciente desde 2008, hasta 2013

<sup>29</sup> Véase «French Competition Authority Publishes guidelines on settlements in antitrust proceedings», en *Herbert Smith e-Bulletin*, febrero de 2012.

<sup>30</sup> Ley de 6 de agosto de 2015, denominada Ley Macron.

<sup>31</sup> La web de la *Autorité de la Concurrence* recoge las decisiones adoptadas bajo el procedimiento de *non-contestation des griefs* hasta la promulgación de la Ley de 6 de agosto de 2015, [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id\\_rub=431](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=431).

<sup>32</sup> Véase el Informe nacional relativo a Alemania en «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, pp. 103 y ss., disponible en [www.ocde.org](http://www.ocde.org), donde se contiene una detallada descripción de la situación en materia de *settlement* hasta esa fecha.

<sup>33</sup> Disponible en alemán en la web de la Autoridad: «Das Settlement-Verfahren des Bundeskartellamtes in Bußgeldsachen», [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt-Settlement.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt-Settlement.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

<sup>34</sup> Disponible en inglés en la web de la Autoridad, *Information Leaflet Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings*, [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Merkblaetter/Leaflet\\_Settlement\\_procedure.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Merkblaetter/Leaflet_Settlement_procedure.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

la información oficial sobre la materia se limitaba a la publicación de resúmenes sobre decisiones de transacción en la página web de la Autoridad y a una breve mención a este tipo de procedimientos en el Informe Anual de 2007/2008. Actualmente los *settlements* se han convertido en una forma habitual de terminación de los expedientes de conductas antitrust, en parte para evitar las incertidumbres derivadas de la interpretación que la jurisdicción haga sobre las Directrices del *Bundeskartellamt* sobre cálculo de la sanción<sup>35</sup>. El procedimiento está disponible no solo para cárteles, sino también para acuerdos verticales y otras infracciones de competencia. En supuestos de cártel, la Autoridad de la competencia alemana como regla aplica la reducción máxima del 10 por 100 del importe de la multa, al entenderse la cooperación en la transacción como una circunstancia atenuante del importe de la multa. La reducción no se acumula a la posible reducción derivada de clemencia, sino que se calcula *a posteriori* de esta, con un resultado menos favorable a las partes por comparación al sistema comunitario, por tanto. Como se analizará más en detalle *infra*, las empresas partícipes en la transacción pueden recurrir judicialmente la decisión, en cuyo caso el *Bundeskartellamt* adoptará una decisión extensa, en lugar de la abreviada propia de *settlement*, incluyendo una multa sin reducción, que sustituye a la anterior.

Cabe destacar la transparencia y predictibilidad del procedimiento de transacción en el Reino Unido, que se detalla en la *Guidance on the CMA's investigation procedures in competition Act 1998*, de marzo de 2014. La Autoridad británica precisa que las empresas parte de la decisión de *settlement* deben realizar una clara e inequívoca admisión de responsabilidad en relación a la naturaleza, alcance y duración de la infracción. Respecto del alcance, este debe incluir tanto los hechos relativos a la infracción como la propia calificación de la misma. Conforme a la normativa de Reino Unido, no se establece un porcentaje fijo de reducción de la multa, sino que se prevé un límite máximo del 20 por 100, si la transacción se alcanza antes del Pliego de Concreción de Hechos, y del 10 por 100 si se produce después de esa fase de la tramitación, y se determina dependiendo de las eficiencias de tramitación que se hayan alcanzado gracias a la transacción<sup>36</sup>. La *Guidance* se ocupa de precisar que la decisión de *settlement* se mantiene en vigor para las empresas que transigen incluso si otra parte del procedimiento de transacción recurre con éxito la misma. En el supuesto de que una empresa parte del *settlement* recurra en vía judicial la resolución, la reducción de la multa decae y la CMA podrá adoptar una resolución ordinaria, modificando el importe de la multa y teniendo en cuenta toda la información aportada por esa parte durante la transacción<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Véase «Increasing trend in cartel cases in Germany: settlements», <http://kluwecompetition-lawblog.com/>, si bien el análisis se refería a las Guidelines anteriores a la reforma motivada en junio de 2013 por la sentencia del Tribunal Supremo alemán de febrero de 2013.

<sup>36</sup> CMA, *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, marzo de 2014, párrafo 14.27 y relacionados (pp. 78-89), disponible en [www.gov.uk](http://www.gov.uk).

<sup>37</sup> *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, párrafo 14.26.

Portugal aporta como peculiaridad frente a otros ordenamientos que prevén el acuerdo transaccional, el que este puede utilizarse para cualquier vulneración sustantiva de la normativa de competencia, incluidas infracciones en el ámbito de las concentraciones<sup>38</sup>. La facultad de la *Autoridade da Concorrência* de recurrir a la transacción es relativamente reciente, puesto que fue introducida por la Ley 19/2012 (art. 22). Ha suscitado críticas el que no se establezca normativamente, ni a través de *soft law* por la Autoridad, un criterio respecto del posible importe de reducción de las multas en supuestos de transacción<sup>39</sup>. La Autoridad portuguesa ha señalado que ello favorece una aproximación caso por caso, para atender a las peculiaridades de cada expediente. Hasta la fecha la experiencia muestra que las rebajas en la multa han superado el límite orientativo del 10 por 100 aplicado por la Comisión Europea, alcanzando entre el 30 y el 40 por 100.

También la Ley de Competencia belga, de abril de 2013, dedica una sección al procedimiento relativo a transacciones. Está previsto para supuestos de abuso de posición de dominio, además de infracciones del art. 101 del TFUE y su equivalente nacional. Se establece que el procedimiento de transacción puede iniciarse en cualquier momento anterior a la formulación de la propuesta de resolución, y formalmente la iniciativa corresponde al órgano de instrucción de la Autoridad de la competencia, que ostenta facultad discrecional para ofrecer tal posibilidad a las empresas investigadas. A estas se les notifica por escrito las infracciones que se les imputan y se les da acceso a las pruebas relevantes, así como a la documentación en versión no confidencial recabada durante la instrucción. Asimismo, se notifica a las mercantiles incoadas la franja de sanción mínima y máxima que se propondrá para la resolución sancionadora. Las empresas deben asumir, en su *statement of transaction*, la responsabilidad por la infracción imputada y la sanción propuesta. La rebaja posible de la multa se establece en un 10 por 100 (art. IV.54). Se prevé expresamente que todos los documentos e información intercambiados entre las empresas y el órgano de instrucción en este contexto son confidenciales.

Uno de los últimos Estados miembros que ha introducido, mediante reforma de su Ley de Competencia, el procedimiento de transacción, en este caso exclusivamente reservado para infracciones de cártel, con inspiración reconocida en el *settlement* de la Comisión Europea, ha sido Grecia. Mediante Decisión 628/2016, de julio, la Autoridad de la competencia griega desarrolló, en cuanto a los detalles del procedimiento, las previsiones de la Ley 4389/2016, de mayo, al respecto. La rebaja de la multa puede alcanzar hasta el 15 por 100. Además de otras consideraciones de eficiencia, la reducción en el número de recursos judiciales se menciona expresamente

<sup>38</sup> En agosto de 2014 la *Autoridade da Concorrência* resolvió mediante transacción el primer caso relativo a una infracción consistente en la ejecución de una concentración no autorizada (caso *Farminveste/Glantt*).

<sup>39</sup> I. GOUVEIA, «*Farminveste/Glantt* sequel - more to it than meets the eye», en *Competition & Antitrust - Portugal*, octubre de 2014, <http://www.internationallawoffice.com>.

por la Autoridad de competencia como uno de los objetivos de tal procedimiento<sup>40</sup>.

### 3. LA TERMINACIÓN NEGOCIAL DE EXPEDIENTES SANCIONADORES DE INFRACCIONES DE COMPETENCIA EN DERECHO ESPAÑOL

En España no se contempla normativamente la solución convencional de un procedimiento sancionador por infracción del Derecho de la competencia con declaración de responsabilidad e imposición de multa rebajada. Pese a las tesis de algunos teóricos y prácticos del Derecho de la competencia sobre la compatibilidad de la regulación de la LDC en materia de terminación convencional con la tramitación de un procedimiento negociado de tales características<sup>41</sup>, lo cierto es que hasta la fecha, ante la ausencia de regulación expresa, la aplicación de la figura ha sido absolutamente anecdótica o residual. Como se analiza a continuación, la transacción como modo de terminación de procedimientos sancionadores sí se prevé para otros sectores del ordenamiento jurídico español, mientras que la normativa antitrust hasta la fecha ha regulado solamente la terminación convencional.

#### A. LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

La terminación convencional fue introducida en España a través de una reforma de la previgente Ley 16/1989, de defensa de la competencia [art. 36 bis.1 letra c) y 2]<sup>42</sup>, que trasladaba a la legislación de competencia lo previsto en la legislación general de procedimiento administrativo:

«El servicio de Defensa de la Competencia podrá:

- c) acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.
2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.

La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acor-

<sup>40</sup> La Autoridad de la Competencia de Grecia publicó en inglés una nota de prensa explicativa al respecto, disponible en [www.epant.gr/en](http://www.epant.gr/en).

<sup>41</sup> Véase M.<sup>º</sup> BAÑO LEÓN, «Comentario al artículo 52 LDC», en MASSAGUER, FOLGUERA, SALA ARQUER y GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*<sup>3</sup>, 2012, p. 897, y Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC, de 29 de abril de 2014, disponible en [www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan\\_estrategico/2014/01AEDC.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan_estrategico/2014/01AEDC.pdf).

<sup>42</sup> Artículo introducido por el 23.º de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989.

darse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos.

Los acuerdos para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.

Quienes acrediten interés legítimo, y no hubieren tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrán interponer contra los mismos el recurso previsto ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 47 de la Ley».

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC, art. 88) preveía como forma de terminación del procedimiento la posibilidad de celebrar acuerdos, pactos o convenios, evidentemente no contrarios al Ordenamiento jurídico ni sobre materias no susceptibles de transacción, con el objeto de satisfacer el interés público que tal Administración pública tenga encomendado. Para algunos autores, este precepto posibilitaba las transacciones en procedimientos sancionadores por infracción de la normativa de competencia<sup>43</sup>.

La Ley 15/2007 (art. 52) ha regulado la terminación convencional con un alcance considerablemente más amplio que el de su antecesora, fundamentalmente en lo tocante al momento procesal hasta el cual es posible solicitar la apertura de la fase de terminación convencional, pero también respecto del órgano competente para resolver<sup>44</sup>.

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.
2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que proponga fin al procedimiento.
3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4».

<sup>43</sup> Véase defendiendo que este precepto «es una norma hábil por sí misma para permitir que la Administración dentro del marco legal sustituya el acto unilateral por el acuerdo bilateral. Desde este punto de vista sería difícil tachar de inválido un convenio por el que la CNC y el interesado pactan la cuantía de la sanción», J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, «Comentario al artículo 52 LDC», en MASSAGUER, FOLGUERA, SALA ARQUER y GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*<sup>3</sup>, 2012, p. 897.

<sup>44</sup> Sobre el procedimiento de terminación convencional del art. 52 de la LDC, puede verse F. DÍEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-agosto de 2015, pp. 13-36. También C. GUZMÁN y J. FORNELLS, «La terminación convencional en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC», en *Working Paper IE Law School*, marzo de 2013.

El art. 39 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, regula los detalles procedimentales y sustantivos de la terminación convencional de los procedimientos sancionadores<sup>45</sup>.

A su vez, en septiembre de 2011, la Comisión Nacional de la Competencia aprobó la precitada *Comunicación sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores*, que la define como «forma atípica de finalización del expediente sancionador, en la que la CNC resuelve poner fin al procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el presunto infractor, sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la infracción, ni consiguientemente, se imponga una sanción» (párr. 9). Resulta particularmente reveladora la consideración que la Comunicación contiene sobre el doble objeto de la terminación convencional: restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, y cumplimiento del principio de eficacia administrativa «posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional» (párr. 10). Al igual que sucede en el caso de las *commitment decisions* del sistema comunitario, no cabe la terminación convencional respecto de infracciones de cártel.

El número de procedimientos resueltos vía terminación convencional por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es relativamente moderado<sup>46</sup>. En el ámbito autonómico, por el contrario, las distintas Autoridades vienen haciendo un uso extenso, tanto comparativamente como en términos absolutos, de la terminación convencional. En algunas ocasiones incluso con criterios no coincidentes con los de la Autoridad nacional de la competencia<sup>47, 48</sup>.

---

<sup>45</sup> Durante el proceso de información pública previo a la aprobación del Reglamento de la LDC, fue positivamente valorada por los interesados la flexibilización de la terminación convencional que suponía haber eliminado la exigencia de consenso entre todos los infractores para acordar la terminación y la necesidad de que la solicitud se presentara antes del Pliego de Concreción de Hechos. Véase *Comentarios al Proyecto de Reglamento de Defensa de la Competencia*, CMS Albiñana, noviembre de 2007, disponible en histórico de [www.minhfp.gob.es](http://www.minhfp.gob.es).

<sup>46</sup> El número de resoluciones de terminación convencional adoptadas por el Consejo de la CNC desde julio de 2007 a octubre de 2013 fue de 26. Desde octubre de 2013 a diciembre de 2016 se han adoptado por la CNMC seis. Para los mismos periodos, el número de resoluciones sancionadoras por conductas ascendió a 148 y a 49, respectivamente.

<sup>47</sup> Véase STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de enero de 2016, que desestima el recurso interpuesto por la CNMC contra la resolución de la Autoridad Gallega de la competencia (Resolución R 4/2014), que termina un procedimiento sancionador aceptando los compromisos presentados por Tanatorio As Burgas. Sobre la distinta intensidad del recurso a la terminación convencional entre Autoridades administrativas aplicadoras de la normativa de competencia y la facultad de coordinación por la CNMC de las autoridades autonómicas, para garantizar la aplicación uniforme de la LDC, puede verse la entrada con tal título de F. MARCOS en el blog *Almacén de Derecho*, de 29 de marzo de 2016.

<sup>48</sup> Asimismo, el TDC de Aragón adoptó una Comunicación sobre terminación convencional de procedimientos sancionadores, Informe 2/2012, de 11 de diciembre.

## B. ANTECEDENTES SINGULARES DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL CON MULTA EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO

Frente a la tesis de que en el marco del art. 52 de la LDC también cabría una resolución el procedimiento convencional, con declaración de infracción e imposición de multa<sup>49</sup>, la posición de la Autoridad nacional de la competencia, reflejada tanto en su práctica como en la Comunicación de la CNC de 2011 sobre terminación convencional, es que «la terminación convencional es una forma de finalización del expediente sancionador distinta del acuerdo transaccional de la normativa comunitaria, que no encuentra reflejo en la regulación española de competencia» (párr. 15).

No obstante, el esquema institucional de aplicación de la LDC y la existencia de Autoridades autonómicas de competencia han posibilitado que en España se hayan producido supuestos de «reducción pactada de la multa» o «terminación convencional con multa». Así, la Resolución 03/2008 *Asfaltos-Asfaltoak*, adoptada por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC) el 30 de diciembre de 2008, supuso que tres empresas del sector de asfaltos admitieran su participación en una infracción contraria a la LDC y se comprometieran a adoptar medidas encaminadas a garantizar la futura competencia en el mercado vasco de asfaltos, a cambio de una significativa reducción de la multa que hubiera sido impuesta por el Tribunal en otro caso<sup>50</sup>.

De modo similar, la resolución del mismo TVDC en el expediente 01/2009 HIRU, de 20 de mayo, en el caso de una recomendación colectiva de precios formulada por una Confederación vasca de transportistas, resuelve que, atendiendo a la declaración de autoinculpación y a los compromisos adoptados por esta Confederación para impulsar la competencia en el mercado de transporte, corresponde la terminación convencional con multa más reducida.

En este segundo supuesto, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SVDC) había resuelto denegar la solicitud de acuerdo de terminación convencional de HIRU. Ante el recurso administrativo interpuesto por la incoada frente a la decisión denegatoria del órgano instructor, el TVDC resolvió estimar el recurso e instar al SVDC a iniciar un procedimiento de terminación convencional con multa<sup>51</sup>. A su vez, el TVDC adoptó, el 30

<sup>49</sup> Véase Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC (29 de abril de 2014): «Una buena instrucción con una descripción fáctica objetiva además serviría para conducir el expediente a lo que posiblemente debería tender por naturaleza; esto es a la transacción o terminación convencional. En este punto hay que incidir que la CNC no consideró nunca oportuno el analizar las transacciones con sanción económica que contempla en general el ordenamiento jurídico administrativo y penal en nuestro país, que también usan en la mayoría de países de nuestro entorno, y que a nuestro entender encajan en el actual artículo 52 de la LDC (cuya literalidad, cuando menos, no descarta la interpretación que aquí se defiende)». Disponible en [www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan\\_estrategico/2014/01AEDC.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan_estrategico/2014/01AEDC.pdf).

<sup>50</sup> Disponible, como la siguiente resolución y Auto que se citan en el texto, en la web de la Autoridad Vasca de la Competencia, [www.competencia.euskadi.eus](http://www.competencia.euskadi.eus).

<sup>51</sup> Resolución de 23 de julio de 2008 (Expte. R 02/2008, HIRU).

de septiembre de 2008, un autodenominado «Auto Aclaratorio del TVDC relativo al procedimiento de reducción pactada de la sanción previsto en su resolución de 23 de julio de 2008 (Expte. R 02/2008, HIRU)». Ese breve Auto tiene como objetivo declarado establecer la base jurídica que ampara la puesta en práctica de la terminación con reducción pactada de la sanción y delimitar los trámites que para ello deben seguirse dentro del procedimiento sancionador.

Varios son los elementos reseñables del mecanismo de reducción pactada de la sanción tal como se exponen en el precitado Auto aclaratorio del TVDC:

1. El mecanismo de reducción pactada de la sanción coexiste con la terminación convencional «tradicional (sin sanción)» y las normas de funcionamiento de esta se aplicarán a aquella.
2. Cabe solicitar la reducción pactada de la sanción en cualquier fase del procedimiento sancionador, destacadamente cuando el órgano instructor deniega la apertura de la terminación convencional, pero no solo.
3. El órgano de instrucción es competente para rechazar un Acuerdo de terminación convencional, pero debe dejar abierta en todo caso la vía de la terminación con reducción pactada de la sanción.
4. El momento en que se solicita la terminación del procedimiento con reducción pactada de la sanción tiene efectos en el contenido de tal reducción. Si se abre con anterioridad al Pliego de Concreción de Hechos, la reducción sobre la multa definitiva podrá ser de un 10 por 100 y además de un suplementario 30 por 100 si se ofrecen compromisos dirigidos a reparar el daño causado, a garantizar de forma fehaciente el respeto de la normativa y a la promoción de la defensa de la competencia. Si el mecanismo de reducción pactada se inicia una vez notificado el PCH, la empresa puede aspirar a una reducción del 10 por 100 de la multa definitiva más, a lo sumo, un 15 por 100 de reducción adicional de la multa en caso de ofrecer los precitados compromisos.
5. El porcentaje de reducción de la sanción propuesto por el órgano instructor será aceptado por el TVDC.

Pese a los dos precedentes citados y a tal exposición aclaratoria sobre la naturaleza y procedimiento de la terminación con reducción pactada de la sanción, no nos consta que se hayan adoptado posteriores resoluciones por el TVDC con tal contenido<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Para una referencia sobre la crítica acogida que recibió ese procedimiento de reducción pactada de la sanción por los representantes de la CNC, puede consultarse una entrevista de diciembre de 2009 al entonces presidente de la CNC, D. Luis Berenguer, en <http://www.twobirds.com/en/news/articles/2013/interview-mr-berenguer>. En cambio, considerando legítima la utilización de esa técnica, aunque cuestionando su utilidad y oportunidad, véase J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN, «Comentario al artículo 52 LDC», en MASSAGUER, FOLGUERA, SALA ARQUER y GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*<sup>3</sup>, 2012, p. 897.

### C. CONSIDERACIÓN DIFERENCIADA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

Ya se ha mencionado *supra* la conexión de causa y efecto entre el incremento de las infracciones de cártel detectadas a través de los Programas de Clemencia y la necesidad de las Autoridades de competencia de recurrir a instrumentos que permitan resolver de modo más eficiente los casos descubiertos<sup>53</sup>. La Comunicación de 2008 de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción, se ve en la necesidad de diferenciar ya en su primer párrafo transacción y clemencia y de declarar la compatibilidad de ambas si se dan el resto de condiciones para su aplicación: «La cooperación contemplada en la presente Comunicación es distinta de la presentación voluntaria de elementos probatorios para iniciar o acelerar la investigación de la Comisión, que está regulada en [...] la Comunicación de clemencia».

También el Tribunal General de la Unión Europea, en su precitada Sentencia de 30 de mayo de 2015 (caso *Timab*), incide en el elemento de cooperación que existe en ambos procedimientos, y las califica como políticas complementarias (párr. 63).

Clemencia y transacción coinciden como regla en requerir una expresa admisión de responsabilidad por las empresas afectadas, que quedan en peor posición relativa en un sucesivo procedimiento civil de demanda de daños derivados de la infracción. Debido a ello tanto las declaraciones aportadas en el marco de un programa de clemencia como las solicitudes de transacción gozan de un régimen privilegiado de confidencialidad que impide el acceso por terceros<sup>54</sup>. En ambos casos el resultado posible de su aplicación es que algunas empresas igualmente responsables de una infracción muy grave de cártel reciban sanciones comparativamente reducidas frente a otras, por razón de su colaboración y el reconocimiento de su participación en la conducta.

No obstante, se diferencian en que mientras que la clemencia en un instrumento de detección de cárteles y que permite recabar pruebas, el objetivo de la transacción es de mejora de la eficiencia del procedimiento sancionador posterior a la detección de la infracción.

---

<sup>53</sup> Véase sobre los efectos virtuosos del procedimiento de *settlement* de la UE sobre el Programa de Clemencia, F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 1: «*The more the Commission is able to adopt decisions identifying cartel infringements, the higher the deterrence effect because more cartels in many sectors or concerning many products in the same sector can be scrutinized at the same time. The higher the deterrence, the greater the convenience of cooperating with the Commission under its Leniency programme*».

<sup>54</sup> El art. 6.6 de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia prevé que esta documentación queda completamente protegida frente a su posible exhibición como prueba en un procedimiento judicial nacional. Resulta reseñable la diferencia de trato para las solicitudes de transacción «que se hayan retirado» [art. 6.5.c)], para las cuales la protección se produce solo hasta que el procedimiento administrativo haya terminado. Ese diferente tratamiento es un nuevo desincentivo a situaciones de abandono por alguna empresa del procedimiento de *settlement* ya iniciado.

Los distintos porcentajes de reducción de multa previstos para cada caso, que remuneran con mucha mayor generosidad a quien posibilita la detección de un cártel y aporta pruebas sustantivas para su sanción, también reflejan esa diferencia de naturaleza<sup>55</sup>. Es claro que la reducción que se otorgue en el marco del *settlement* debe ser ponderada para atender a la necesidad de preservar los incentivos del Programa de Clemencia, de forma que las reducciones para los segundos y terceros solicitantes sigan siendo atractivas para potenciales interesados en beneficiarse de una segunda o tercera posición, y de la correspondiente reducción en el importe de la multa, tras el beneficiario de exención total<sup>56</sup>.

La transacción puede favorecer, con reducciones de la multa aplicable, a entidades investigadas que no resultan beneficiarias de la exención o reducción de multa derivadas del Programa de Clemencia, por solicitarlo demasiado tarde o por no cumplir las condiciones requeridas para ello. Si bien ello puede interpretarse como una ventaja del procedimiento de transacción, el porcentaje de reducción de la multa ofrecido en el marco del *settlement* debe ser el elemento más cuidadosamente valorado de cara a no poner en peligro, a su vez, los incentivos de la Clemencia<sup>57</sup>.

La forma de cómputo de la rebaja en la multa cuando coinciden *settlement* y clemencia también tiene notable relevancia. Mientras que ambas rebajas son compatibles en todos los ordenamientos que las prevén, la Comisión Europea aplica ambas reducciones cumulativamente, lo que permite una reducción de la multa superior a la resultante en otros modelos, como el alemán, en los que el porcentaje de rebaja por transacción se aplica al importe resultante de haber reducido la multa por razón del beneficio de clemencia.

#### 4. FIGURAS AFINES A LA TRANSACCIÓN EN OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DEL DERECHO PENAL ESPAÑOLES

Los elementos característicos del procedimiento de transacción para casos de infracción de la normativa de competencia, a saber: el reconoci-

<sup>55</sup> Véase, en el Informe nacional correspondiente a Alemania, diferenciando entre «mera confesión», en el caso del *settlement*, y «colaboración», en el caso de la clemencia, y justificando que ambas merezcan diferente trato en cuanto al porcentaje de reducción de la multa, «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, p. 106, disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>56</sup> F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, vol. 5 (10), p. 727: «The two instruments need to be consistent with each other and, for example, the reduction in fine under the settlement procedure has therefore been set at 10 per cent. The reduction needs to be sufficiently high to make settlement appealing to parties which do not cooperate under the leniency programme, while at the same time it should not approach the lower bands of leniency in order to preserve the incentive for parties wishing to cooperate under that programme».

<sup>57</sup> Sobre la preocupación relativa a que si las rebajas de la multa y otros beneficios derivados del *settlement* sean demasiado altas, hasta el punto de hacer que las empresas partícipes en un cártel prefieran participar en un eventual procedimiento de transacción en lugar de acudir al Programa de Clemencia, véase «Cartel Settlements», *Report to the ICN Annual Conference*, abril de 2008, esp. pp. 7 y ss., disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

miento de la responsabilidad sobre la conducta infractora, que se declara como tal, la tramitación más abreviada y sumaria del procedimiento y el otorgamiento de una rebaja de la multa que proceda, tienen reflejo en la regulación sobre reconocimiento de responsabilidad y pago anticipado en determinados sectores de nuestro Derecho administrativo sancionador.

El Real Decreto 1398/1993, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en desarrollo del Título IX de la LRJ-PAC, ahora derogado por la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, preveía el reconocimiento de la responsabilidad de la persona infractora y el pago voluntario como posible forma de terminación del procedimiento sancionador y, en su caso, de reducción de la multa (art. 8.1): «Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda».

La razón de ser de tal previsión, conforme a la parte expositiva de la norma, era la necesidad de que se produjera un desarrollo ágil del procedimiento sancionador, ajustado a los plazos. El Reglamento de la potestad sancionadora recogía la posibilidad de que normas con rango de ley establecieran reducciones sobre el importe de la sanción propuesta para casos de pago voluntario de la sanción pecuniaria y/o reconocimiento de responsabilidad.

Así viene sucediendo en el ámbito tributario, de infracciones en el orden social y en materia de tráfico. La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, prevé una reducción del 30 por 100 en los supuestos de conformidad. A su vez, el importe de la sanción a ingresar se reducirá en un 25 por 100 por pronto ingreso y no interposición de recurso (art. 188). También el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, prevé que las sanciones en materia de Seguridad Social en determinadas circunstancias se reducirán automáticamente, en este caso hasta el 50 por 100, cuando el sujeto infractor manifieste su conformidad con la liquidación practicada e ingrese su importe en el plazo procedente (art. 40.3). Finalmente, el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, prevé una reducción del 50 por 100 del importe de la sanción para supuestos de pago voluntario de la multa (art. 94).

Los argumentos de política legislativa que justifican la terminación del procedimiento sancionador a través del pago voluntario de la multa en cuantía reducida y el consiguiente reconocimiento de responsabilidad, descansan fundamentalmente en la «simplificación y celeridad de los procedimientos» y en la conveniencia de «agilizar y flexibilizar el cobro de las deudas» (STC 76/1990, de 26 de abril, en materia de conformidad a las actas de inspección en el Derecho tributario). Cabría también aducir la insuficiencia de medios de la Administración para tramitar con suficiente eficacia un número elevado de expedientes sancionadores, y a la preocupación de la Administración en el correcto funcionamiento del sector sobre el

que se proyecte el régimen sancionador en cuestión, más allá de la sanción concreta que efectivamente reciba el concreto infractor<sup>58</sup>.

El nuevo régimen sobre terminación en los procedimientos sancionadores de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, abunda en esa tendencia. El art. 85 prevé que:

- «1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor *reconoce su responsabilidad, se podrá* resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el *pago voluntario* por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, *implicará* la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alternada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.
3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos *acumulables entre sí*. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso *en vía administrativa* contra la sanción.  
El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser *incrementado* reglamentariamente».

La intelección de este precepto plantea diversas dudas<sup>59</sup>, particularmente si se proyecta sobre el específico procedimiento sancionador en el ámbito antitrust, dada la previsión de la disposición adicional primera de la misma Ley 39/2015, de que «los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se registrarán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales».

El procedimiento sancionador por infracciones tipificadas en la LDC se regula en la misma y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia. En los mismos se prevé únicamente el supuesto de la exención o reducción del importe de la multa por clemencia (arts. 65 y 66 de la LDC) y la circunstancia atenuante de colaboración activa y efectiva con la CNMC (art. 64.3

<sup>58</sup> Véase, con referencias a las distintas justificaciones que se han dado a la terminación por pago voluntario reducido, y que sintetiza en «más eficacia, economía procesal y seguridad jurídica», J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», en *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 284-285, 2009, pp. 157-158 y 160.

<sup>59</sup> Desde una perspectiva general, a título de primer análisis de la previsión, véase P. HERRAEZ, «La nueva regulación del reconocimiento de la responsabilidad y del pago voluntario en los procedimientos sancionadores», en <https://procedimentadministratiu.blogspot.com.es/2016/12/la-nueva-regulacion-del-reconocimiento.html>.

de la LDC) como casos de reconocimiento de responsabilidad al que se anudan consecuencias en el procedimiento sancionador. En el caso de la reducción por clemencia, la LDC establece los porcentajes de los importes de la reducción, que varían (desde un 50 a un 20 por 100) en función del puesto que ocupe la empresa en cuestión *en el orden de recepción de las solicitudes de exención*.

En el —más riguroso— ámbito procesal penal se establecen instituciones análogas, de forma clara desde la Ley Orgánica 7/1988 y todavía en mayor medida tras la reforma introducida por la Ley 38/2002. A través de la *conformidad*, el acusado en supuestos de pena solicitada inferior a seis años de prisión puede obtener como beneficio evitar el acto del juicio oral y seguimiento del proceso y, *de facto*, una eventual rebaja de pena fruto de las conversaciones al efecto entre defensa y Ministerio Fiscal. Particularmente, cabe mencionar la sentencia de conformidad conocida como *premiada*, dictada en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (arts. 801 y 787.7 de la LEC), en la que la pena se impone reducida en un tercio respecto de la prevista en el Código Penal de no mediar la conformidad<sup>60,61</sup>. Respecto de la recurribilidad de la sentencia penal de conformidad, el art. 787.7 de la LEC prevé que serán recurribles «cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada». Nuevamente, son argumentos sobre todo de eficacia procesal y distribución de recursos escasos los que se esgrimen para justificar el empleo, también en el ámbito penal, de la figura de la terminación negociada.

## 5. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE TRANSACCIÓN

Raramente se prevé expresamente, en las jurisdicciones que contemplan la figura, que la transacción implique una renuncia a posteriores recursos en sede contenciosa<sup>62</sup>. En muchos ordenamientos ello suscitaría inmediatas du-

<sup>60</sup> Véase, de nuevo, J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», *op. cit.*, pp. 168-169, destacando la analogía entre esa figura procesal penal y la de pago voluntario reducido en el ámbito administrativo sancionador: «El Estado renuncia a apurar las posibilidades de investigar la verdad material sobre los hechos y, en mayor o menor medida, a agotar la pretensión sancionadora que le otorga la ley con carácter general; y, en contrapartida, se acepta que el procedimiento termine y que no pueda volver a discutirse sobre la cuestión (ventaja para la economía procesal y la seguridad jurídica)».

<sup>61</sup> La bibliografía sobre el expediente de la conformidad, la justicia criminal negociada o la solución consensuada del proceso penal, es abundante. Baste citar dos referencias que fueron pioneras en la literatura española sobre la materia: S. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; y C. MIRA ROS, *Régimen actual de la conformidad (incidencia de la LO 5/1995, 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, y de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código penal)*, Colex, 1998.

<sup>62</sup> En el caso belga, las decisiones de transacción adoptadas por el *College of Competition Prosecutors* no pueden ser recurridas judicialmente, ni en los aspectos relativos a responsabilidad ni en cuanto a la cuantificación de la multa (art. IV.57 *in fine*, de la Ley de Competencia belga, de 3 de abril de 2013).

das sobre la vulneración de principios constitucionales relativos a la tutela judicial efectiva<sup>63</sup>. La Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción (párr. 41) hace una elíptica mención a que las decisiones finales adoptadas por la Comisión están sujetas a control judicial.

En el ámbito español, cabe mencionar que la previsión del art. 85.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, que vincula la reducción de multa por pago voluntario y reconocimiento de responsabilidad al desistimiento o renuncia a acciones y recursos, aclara expresamente que tal renuncia es solo en vía administrativa. Inicialmente el Anteproyecto de Ley se refería a «cualquier acción o recurso contra la sanción». No obstante, fue modificado para atender a la recomendación del Consejo de Estado sobre este particular y su posible contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>64</sup>.

Dicho lo cual, hay consenso sobre el hecho de que, en casos de transacción, una impugnación contenciosa posterior tiene pocos visos de prosperar, al menos en lo relativo al ámbito y delimitación de la infracción y a la participación y consiguiente responsabilidad en la misma, aspectos estos respecto de los que el operador económico destinatario de la decisión de transacción en cuestión habrá prestado su consentimiento<sup>65</sup>.

Los responsables de este tipo de expedientes de transacción en el ámbito de la Comisión Europea se refieren a la ausencia o muy pequeña probabilidad de litigiosidad ante los Tribunales Europeos subsiguiente a los *settlements*<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Tal es el caso en Alemania. El Tribunal Supremo alemán señaló en 1997, en el contexto del procedimiento sancionador penal, que no cabe renunciar al derecho a recurrir o a apelar a cambio de un compromiso de reducción de la pena. Véase «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, p. 103, disponible en [www.ocde.org](http://www.ocde.org).

<sup>64</sup> Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril: «Sería conveniente, a fin de una adecuada salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, precisar que el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso contra la sanción se refiere únicamente a la vía administrativa, no a la contencioso-administrativa, de manera análoga a la prevista en el artículo 80 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo». Esa observación tiene sentido sobre lo relativo al pago anticipado (completo), que no puede justificar la renuncia a la impugnación en vía judicial, pero no respecto del pago reducido o, menos aún, del reconocimiento de la responsabilidad.

<sup>65</sup> La misma lógica se aplica en el ámbito de la terminación convencional. Véase F. DÍEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-agosto de 2015, pp. 13-36: «El reconocimiento explícito de responsabilidad y la aceptación del [Pliego de Concreción de Hechos] limita enormemente las posibilidades de recurso».

<sup>66</sup> Los Servicios de la Comisión se refieren en estos casos al *low risk of an appeal*, véase F. LAINA y E. LAURINEN, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, p. 2. Más recientemente, F. LAINA y A. BOGDANOV, «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5 (10), 2014, p. 727. M. HELLWIG, K. HÜSCHEL RATH y U. LAITENBERGER, «Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment», en *Discussion Paper No. 16-010*, disponible en SSRN-id2731073, pp. 9 y ss., constatan una disminución del número de recursos frente a decisiones sancionadoras de la Comisión Europea: mientras que en el periodo de 2000 a 2010 la media de recursos era del 63 por 100 de las empresas sancionadas, entre 2011 y 2015 se produce una sustancial disminución hasta el 20 por 100.

Otras formas de abordar la cuestión serían: i) que el recurso a la vía judicial en supuestos de transacción quede limitado a ciertas causas tasadas (estos, motivos cuya invocación no sea contradictoria con el reconocimiento de responsabilidad realizado); ii) configurar el recurso judicial contra la resolución sancionadora alcanzada a través del procedimiento de transacción como condición resolutoria de la reducción de la cuantía de la multa y que permite a la Autoridad administrativa dictar una nueva resolución extensa<sup>67</sup>. En el Reino Unido y en Alemania, la reducción prevista del 10 por 100 para casos de transacción deja de ser aplicable si la parte que transacciona decide recurrir en vía judicial la decisión de la CMA o de la *Bundeskartellamt*<sup>68</sup>. El Derecho portugués prevé que los hechos reconocidos en el contexto de la transacción no pueden ser cuestionados en sede judicial.

La impugnación contenciosa sobre aspectos formales o, particularmente, sobre el importe de la multa, sin embargo, puede ser una opción plausible desde la perspectiva de las empresas destinatarias de la decisión *acordada*, con base en cuestiones tales como la motivación del cálculo o la vulneración del principio de igualdad de trato entre los sancionados<sup>69</sup>. Se trata de situaciones en gran medida resultado del modo bilateral-confidencial en que el procedimiento de transacción se realiza como regla, lo cual provoca que las partes, en lo relativo al importe de la multa, no puedan comparar su situación con la del resto de incoados hasta que se adopta la resolución final<sup>70</sup>.

A su vez, algunos autores señalan el efecto disciplinador que la posible revisión judicial puede tener sobre la Autoridad de competencia y su consecuencia positiva en los incentivos para transaccionar de los operadores implicados<sup>71</sup>. La utilización de ilícitos abiertos, con cláusulas generales prohibitivas construidas con base en conceptos jurídicos indeterminados es una característica específica del régimen sancionador en materia de competencia, que lo diferencia del Derecho administrativo sancionador general y responde a la necesidad de dotar de eficacia a la norma en protección del bien jurídico tutelado<sup>72</sup>. A su vez, ello exige de los órganos administrativos

<sup>67</sup> Sobre la denominada «recurribilidad limitada», en el ámbito de las infracciones de tráfico, véase J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», en *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 284-285, 2009, pp. 153-180.

<sup>68</sup> *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, párrafo 14.26, e *Information Leaflet Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings*, citadas *supra*.

<sup>69</sup> Tales son los casos de recursos posteriores a una decisión de transacción de la Comisión Europea hasta la fecha (asuntos AT.39.914 y AT.39.780, partes *Société Générale* y *Printeos-Paper Envelopes*).

<sup>70</sup> A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318.

<sup>71</sup> A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, p. 63.

<sup>72</sup> J. COSTAS COMESAÑA, «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, p. 222.

de aplicación un esfuerzo adicional de argumentación de sus resoluciones, y a la vez otorga un valor adicional a la revisión jurisdiccional de las mismas.

Todo ello pone de manifiesto que huir de la impugnación contenciosa o poner obstáculos a la misma quizás no debería ser un objetivo atendible a la hora de enjuiciar las bondades de la transacción. A la vez, aconsejaría reservar la misma, como todo apunta que sucede en la práctica en las jurisdicciones que la prevén, para aquellos casos en los que por existir varias solicitudes de clemencia, por la existencia de una abundancia de elementos probatorios o por el carácter no novedoso de las cuestiones jurídicas planteadas, la posible impugnación judicial sobre el fondo de la resolución sancionadora no resulta previsible ni útil desde el punto de vista del establecimiento de criterios jurisprudenciales.

## 6. REFLEXIONES PARA UNA POSIBLE INTRODUCCIÓN DE LA TRANSACCIÓN EN NUESTRO DERECHO DE LA COMPETENCIA

### A. BENEFICIOS Y RIESGOS

A la hora de valorar la conveniencia de introducir o no en nuestro sistema de Derecho de la competencia un procedimiento de transacción con declaración de infracción e imposición de multa rebajada, no cabe omitir las virtudes que tal instrumento posee: más eficacia en la gestión de los tiempos de la Autoridad de competencia, tanto en instrucción como en resolución; más recursos dedicados a la detección y sanción de nuevos casos; reducción o eliminación de contenciosos judiciales posteriores, con el consiguiente incremento de eficiencia tanto en el ámbito de la CNMC como en la jurisdicción contenciosa, reducción de plazos hasta la firmeza de la resolución sancionadora, y disminución de la incertidumbre respecto de su revisión jurisdiccional. Frente a los acuerdos de terminación convencional, a través de la transacción se lograría la declaración de infracción y la imposición de sanción y permitiría apreciar la reincidencia de la infracción si se diera de nuevo tal comisión repetida de la conducta. Su incorporación al ordenamiento español resolvería además la actual falta de alineación en este aspecto con el sistema comunitario, que algunos autores han reprochado<sup>73</sup>.

El argumento relativo a las mejoras de eficacia en la resolución de asuntos, no obstante, debe ser contrastado en cada jurisdicción nacional con datos empíricos relativos al número de casos investigados e incoados por la Autoridad de la competencia, para determinar si las mejoras de eficiencia que indudablemente se producen en los supuestos de tramitación vía transacción, sobre todo en ausencia de casos híbridos, se ven respaldadas por

<sup>73</sup> F. DIEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?», en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-agosto de 2015, p. 31.

una efectiva abundancia de expedientes sancionadores que justifiquen el recurso a este modo de terminar el procedimiento.

Además del análisis de oportunidad que deba hacer el legislador a la hora de valorar, desde la perspectiva del interés público, la oportunidad de regular la transacción en el ámbito de la defensa de la competencia, es necesario examinar si la figura va a ser susceptible de aplicarse en la práctica, dado que el consentimiento y colaboración de los incoados, al contrario que en los procedimientos sancionadores al uso, es determinante del buen fin de un procedimiento de *settlement*.

Entre las posibles razones para alcanzar un *settlement* por parte de las empresas, se han destacado las de lograr un procedimiento más rápido, con menos coste reputacional, con menores multas y compromisos u obligaciones menos gravosos o una más estrecha definición de la infracción<sup>74</sup>. Este último aspecto, las posibilidades de argumentar ante las autoridades de competencia respecto de la delimitación del concreto ámbito de la infracción, se señala como uno de los elementos clave desde la perspectiva del atractivo del *settlement* para las empresas afectadas<sup>75,76</sup>. Por el contrario, frente a lo que sucede en el ámbito comunitario, el factor relativo a la reducción en los plazos del procedimiento administrativo tiene menor relevancia, dados los comparativamente más breves plazos legales de duración máxima del procedimiento sancionador de competencia en la normativa española (art. 36 de la LDC). El menor acceso a las pruebas sobre la conducta, derivado de la protección especial concedida a las declaraciones de transacción y la brevedad comparada de la resolución sancionadora sí son elementos sustanciales que cobran un mayor protagonismo tras la adopción de la Directiva de daños.

Un incentivo adicional para transaccionar puede darse cuando sean personas físicas, en su condición de representantes o directivos de la empresa infractora, *ex art.* 63.2 de la LDC las que estén incluidas entre las incoadas<sup>77</sup>. A buen seguro, tales sujetos tenderán a valorar más, en términos proporcionales, la menor duración del procedimiento, la brevedad relativa de la resolución, el inferior coste reputacional y, en menor medida, el importe reducido de la multa<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> W. P. J. WILS, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles», en *World Competition*, vol. 31, núm. 3, septiembre de 2008.

<sup>75</sup> A. PATSA, J. ROBINSON y M. GHIORGHIES, «Cartel Settlements: An overview of EU and national case law», en *eCompetitions*, núm. 81.318.

<sup>76</sup> En las realistas palabras de los responsables de la *Antitrust Division* norteamericana: «*Understanding the scope of a multination cartel or calculating the volume of commerce affected by the defendant's participation in a cartel are not easy tasks, and the Division is willing to listen to cartel participants on these issues*». A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», *13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008, p. 12.

<sup>77</sup> Las RCNMC de 26 de mayo de 2016 y 30 de junio de 2016 (Exptes. S/DC/0504/14 AIO y S/DC/Infraestructuras Ferroviarias) han sido las primeras en aplicar tal previsión desde la entrada en vigor efectiva de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>78</sup> En el caso de Reino Unido, la CMA ha señalado que puede discrecionalmente decidir no impulsar una orden de inhabilitación en relación a directivos de empresas que transigen (CMA, *Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases*, párr. 14.30).

Algunas novedades recientes, como la introducción de la prohibición de contratar como resultado de la sanción firme por falseamiento de la competencia<sup>79</sup>, pueden suponer un riesgo de incremento de la litigiosidad contenciosa, y ser un elemento añadido que aconseje la introducción de este procedimiento de transacción con multa. La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, incluye la colaboración activa con las autoridades investigadoras como un elemento de *self cleaning* que puede exceptuar la aplicación de un motivo de exclusión del procedimiento de contratación (art. 57.6)<sup>80</sup>.

Por lo demás, los operadores del mercado vienen reclamando la aplicación de un procedimiento de esta naturaleza, como se pone emblemáticamente de manifiesto en los Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC (29 de abril de 2014):

«Una buena instrucción con una descripción fáctica objetiva además serviría para conducir el expediente a lo que posiblemente debería tender por naturaleza; esto es a la transacción o terminación convencional. En este punto hay que incidir que la CNC no consideró nunca oportuno el analizar las transacciones con sanción económica que contempla en general el ordenamiento jurídico administrativo y penal en nuestro país, que también usan en la mayoría de países de nuestro entorno, y que a nuestro entender encajan en el actual artículo 52 de la LDC (cuya literalidad, cuando menos, no descarta la interpretación que aquí se defiende).

La terminación convencional reporta grandes ventajas a la Administración, a los administrados y también a terceros; y además, cumple con muchos de los objetivos que pretende la CNMC. Permite una mejor asignación de los recursos, la pedagogía a la empresa sancionada es muy significativa y no se impiden los procedimientos de aplicación privada»<sup>81</sup>.

Asimismo, ya con motivo de la elaboración del proyecto de Reglamento de la LDC, se criticó que el texto no previera la posibilidad de transacción en caso de cárteles, en línea con la entonces propuesta de la Comisión Europea sobre procedimientos de transacción para casos de cárteles<sup>82</sup>.

La clave del éxito del procedimiento de transacción es que se perciba por todas las partes interesadas que el beneficio derivado del mismo va más

<sup>79</sup> Véase la modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Públicos, arts. 60 y ss., introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a través de su Disposición Final novena. En análogo sentido el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, art. 71.1.b) y concordantes.

<sup>80</sup> También el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en la versión publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 2 de diciembre de 2016, con redacción imperfecta, se refiere al pago de la multa y a la adopción de medidas que remiten a la colaboración con las Autoridades, como elementos que permiten que no se declare la prohibición de contratar que correspondería por haber sido sancionado por falseamiento de la competencia (art. 72.5).

<sup>81</sup> Disponible en [www.cnmcc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan\\_estragico/2014/01AEDC.pdf](http://www.cnmcc.es/Portals/0/Ficheros/cnmc/plan_estragico/2014/01AEDC.pdf).

<sup>82</sup> Véase *Comentarios al Proyecto de Reglamento de Defensa de la Competencia*, CMS Albiñana, noviembre de 2007, disponible en histórico de [www.minhaff.gob.es](http://www.minhaff.gob.es).

allá de un determinado porcentaje de reducción en el importe de la multa. No obstante, parece existir consenso entre aplicadores y estudiosos del sector acerca de que la falta de certidumbre o de previsibilidad en materia de determinación del importe de la sanción, es un elemento determinante de la disponibilidad o no de las empresas investigadas a participar en procedimientos de transacción<sup>83</sup>.

En el caso español, tras la traumática experiencia vivida en materia de interpretación de los criterios cuantificación de las multas, que la STS de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/201)<sup>84</sup> sintetiza y pretende resolver, conviene tener en cuenta la siguiente reflexión, en relación a la reducción del 18 por 100 de media en las multas realizada por el Tribunal General respecto de las impuestas por la Comisión Europea: «*A mere expectation of a reduction of 10 percent on an as yet unquantified level of fine seemed unlikely to be sufficient inducement, on its own, for parties to enter into a settlement agreement. Given the low level of express reduction in fines on offer, it may be expected that parties will seldom settle unless they are aware that there is very little or no prospect of a successful defense or reduction of fine on appeal*»<sup>85</sup>.

## B. TRANSACCIÓN Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Merecen tratamiento específico los posibles efectos colaterales que los procedimientos de transacción pueden desplegar en materia de aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>86</sup>. La necesaria función complementaria de ambos sistemas, obliga a que la aplicación pública evite mermar la efectividad de las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios

<sup>83</sup> A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008. Hart Publishing, 2010, pp. 47-65, esp. p. 56, sobre la relevancia de disponer de un marco de sanciones predecible para posibilitar la transacción. También, L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», en *Word Competition*, vol. 38 (3), 2015, pp. 403 y 407. Igualmente, A. O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», en *13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, junio de 2008 (<https://www.justice.gov/atr/file/519681/download>): «*A critical issue to the success of the Commission's settlement procedure will be the Commission's transparency in discussing the fine that a cartel participant can expect to pay. [...] If cartel participants cannot assess their possible fines with reasonable certainty, they may choose to seek leniency but not settle, resulting in a scenario where a cartel participant provides cooperation to receive leniency but then litigates its fine*».

<sup>84</sup> También, en idéntico sentido, las Sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recurso 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores. Sobre esta cuestión, véase V. SOPENA y H. OTERO, «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?», en *Anuario ICO 2013*, y F. DÍEZ ESTELLA y J. GARCÍA-VERDUGO, «Las Guidelines del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», en *Anuario ICO 2015*, pp. 341-362.

<sup>85</sup> G. OLSEN y M. JEPHCOTT, «The European Commission's Settlement Procedure», en *Antitrust*, vol. 25 (1), 2010, p. 76.

<sup>86</sup> R. W. STEDMAN, «Consent Decrees and the Private Action: An Antitrust Dilemma», en *California Law Review*, vol. 53 (2), 1965, pp. 627-654.

derivados de las infracciones del Derecho de la competencia. Antes hemos mencionado que se señalaba como ventaja de la figura «que no se impiden los procedimientos de aplicación privada»<sup>87</sup>. Es claro que la generalización de esta forma de terminación del procedimiento sancionador no favorece *a priori* la posterior reclamación de daños, puesto que los perjudicados tendrán un menor acceso al expediente administrativo, al estarles vedadas las solicitudes de transacción<sup>88</sup>; la resolución contendrá menos hechos probados y estará más someramente argumentada; y a menudo se reducirá la dimensión geográfica y temporal de la infracción por comparación con un sancionador ordinario.

No obstante, los perjudicados contarán a su favor con un reconocimiento expreso de la participación en la infracción del operador económico parte en la transacción y, si no hay recurso contencioso-administrativo<sup>89</sup>, no será preciso esperar los dilatados plazos procesales para que la resolución de la Autoridad de competencia sea firme y acudir a la jurisdicción civil a demandar la correspondiente indemnización mediante una demanda de daños sucesiva a la declaración administrativa de infracción (*follow-on action*).

Ahora bien, en la medida en que se pretendan daños derivados de elementos de la infracción —duración, dimensión, mercados afectados— no expresamente incluidos en la decisión de transacción, la demanda se deberá tratar como autónoma (*stand alone*). La resolución de transacción tampoco servirá de elemento para presumir la infracción en vía judicial, en el sentido del art. 9.1 de la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia, si se pretende una indemnización de daños frente a empresas no parte en la transacción (casos híbridos) o que hayan recurrido en vía judicial la decisión sancionadora de la autoridad de competencia.

Resulta reseñable que algunos ordenamientos, a la hora de regular el porcentaje de rebaja de multa aplicable a supuestos de transacción, mencionen que además del tanto por ciento de rebaja previsto por colaboración, se puede tener en cuenta como elemento adicional el compromiso del infractor de atender al pago de daños derivados<sup>90</sup>. También la Directiva de daños señala (art. 18.3) que la autoridad de competencia podrá considerar como

<sup>87</sup> Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la consulta pública del Plan Estratégico de la CNMC, de abril de 2014.

<sup>88</sup> Además de lo indicado *supra* en relación al art. 6.6.c) de la Directiva de Daños, la Sección 5 de la *Clayton Act* prevé que los *consent decrees* no pueden ser utilizados como prueba de infracciones de la normativa de competencia en acciones civiles de indemnización de daños contra el demandado.

<sup>89</sup> Que será lo más frecuente, puesto que aunque no esté vetado legalmente las empresas saben que tienen poca defensa en vía judicial tras una transacción, salvo en aspectos relativos al *quantum* de la multa.

<sup>90</sup> Así, la Ley de Competencia belga (art. IV.54): «*For the calculation of the fine in accordance with the guidelines for the calculation of fines of the Belgian Competition Authority or in the absence of such rules, of the European Commission, the College of Competition Prosecutors may apply a 10% reduction of fine. It can also take into consideration a commitment of the undertaking or association of undertakings concerned to carry out the payment of damages*».

atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial.

Además de la repercusión que la transacción pueda tener en los demandantes de indemnizaciones por daños derivados de la infracción, existe un impacto potencial de las demandas de daños sucesivas en los incentivos de las empresas investigadas para transaccionar. Dado que la transacción implica el reconocimiento para la empresa investigada de su participación en la infracción, con una determinada extensión y alcance, el temor a las consecuencias negativas que ello tenga en una posterior demanda de daños es un factor estratégico en la decisión de participar o no en el procedimiento de transacción<sup>91</sup>.

Los casos híbridos agudizan ese desincentivo, en tanto que propician una situación en la cual las empresas que hayan llegado a una transacción pueden ver cómo la más larga decisión sancionadora adoptada por la Autoridad de competencia frente a la parte o partes que han abandonado la transacción incluye elementos probatorios no contenidos en la más breve decisión de *settlement* y que eventuales demandantes de daños pueden usar en acciones contra las empresas que acordaron la transacción. Precisamente para tratar de paliar estos efectos, algunas autoridades no publican la decisión de transacción hasta que la resolución sancionadora *ordinaria*, respecto de las partes incoadas no parte en la transacción, ha sido adoptada<sup>92</sup>.

Otro aspecto crítico, también desde la perspectiva de las empresas parte de la resolución de transacción, es que estas pueden ser demandadas por daños con anterioridad a las empresas que finalmente no acuerdan, bien porque la Autoridad administrativa adopta normalmente con posterioridad las resoluciones sancionadoras ordinarias o no de *settlement*, bien porque las empresas que no han acordado, aun en el supuesto de que ambas decisiones se adopten en fechas próximas, normalmente impugnan la decisión en vía contenciosa y ello retrasa su firmeza. Dado que se prevé la responsabilidad solidaria sobre los daños para las partícipes en la infracción, ello puede tener relevancia práctica clara a efectos de que las empresas que han sido parte de la transacción deban atender a demandas por el todo pero tener que esperar a la firmeza judicial de la resolución administrativa ordinaria para interponer acciones de repetición contra empresas coinfractoras no incluidas en la transacción.

---

<sup>91</sup> Véase A. REINDL, «The Legal Framework Governing Negotiated Settlements/Plea Agreements in Cartel Cases in the United States», en EHLERMANN y MARQUIS (dirs.), *European Competition Law Annual*, 2008, Hart Publishing, 2010, pp. 59 y 62. También, señalando que la experiencia del Bundeskartellamt es que la amenaza de posibles demandas por daños es «*the most important obstacle for cartel members to enter into negotiations for a settlement agreement*», «Plea Bargaining/Settlement of cartel cases», DAF/COMP (2007) 38, enero de 2008, p. 107, disponible en [www.ocde.org](http://www.ocde.org).

<sup>92</sup> «Cartel Settlements», Report to the ICN Annual Conference, abril de 2008, esp. p. 30, disponible en [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

### C. CONCLUSIÓN

El análisis del acuerdo transaccional como posible forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia español obliga a realizar un estudio, más profundo y ambicioso que esta necesariamente limitada aproximación a la cuestión, que trascienda a la regulación de la figura, para considerar sus posibles repercusiones en el sistema normativo en el que se integraría.

Respecto de la posibilidad de articular un procedimiento de transacción con imposición de multa conforme a la normativa actual, mediante una interpretación amplia del art. 52 de la LDC para los Acuerdos de Terminación Convencional, a la vista además de las previsiones del art. 85 de la nueva Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común o bien, por el contrario, de la necesidad de una reforma legal *ad hoc* que contemple la figura y regule el procedimiento, la experiencia comparada demuestra que la figura descansa sobre la base de la mayor previsibilidad posible para los operadores económicos, que compense el natural rechazo que al Consejo de Administración de cualquier mercantil le provoca el reconocimiento de una infracción de la normativa antitrust.

Una cuestión no resuelta y que remite a la necesidad de mayor estudio sobre la materia, es la de contrastar si el propósito de disuasión general se logra de modo semejante con los expedientes de transacción con multa que en los procedimientos sancionadores al uso. Esa preocupación está vinculada a la de que se produzca una excesiva generalización en el uso de la figura, poniendo así un énfasis desproporcionado en las ventajas de eficiencia que promete y orillando en exceso otros efectos indeseados que no cabe ocultar. En particular se ha señalado la posibilidad de que los incentivos de las Autoridades de competencia y de las empresas investigadas para acudir a una terminación negociada y el interés público en una efectiva protección de la competencia puedan divergir<sup>93</sup>.

El incremento de la eficacia que debería suponer la introducción de la transacción tendría que venir acompañado de una regulación transparente y predecible del procedimiento aplicable, con garantías de acceso a los datos relevantes del caso de que se trate. De otro modo, las empresas

---

<sup>93</sup> Véase, en referencia a los procedimientos de compromisos, pero en parte trasladable con las correspondientes adaptaciones a la transacción, H. SCHWEITZER, «Commitment Decisions under art. 9 or Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law», en *European University Institute Department of Law Working Paper*, 2008. Esta autora se refiere asimismo críticamente a los posibles incentivos de los órganos administrativos aplicadores del Derecho de la competencia a evitar el control judicial. Mostrando preocupación por la creciente tendencia hacia el «*consensual competition law*», pese a reconocer las ventajas de las terminaciones negociadas, véase F. WAGNER-VON PAPP, «Best And Even Better Practices In Commitment Procedures After ALROSA: The Dangers Of Abandoning The “Struggle For Competition Law”», en *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp. 929-970. También, véase F. MARCOS, «Diminishing Enforcement: Negative Effects for Deterrence of Mistaken Settlements and Misguided Competition Promotion and Advocacy», en *Working Paper IE Law School*, 2012, esp. pp. 7 y ss.

afectadas no estarían en situación de adoptar una decisión informada sobre su disponibilidad inicial a la transacción y sobre el acuerdo a la propuesta de terminación con declaración de infracción e imposición de multa que se les presente.

La clave está en determinar si el interés general se alcanza mejor incorporando al Derecho de la competencia este modo alternativo de terminación del procedimiento sancionador, pero también en si ese fin de consecución del interés general se cumple respecto del caso concreto en el que se suscite la terminación negociada con imposición de sanción rebajada en su importe.







## 1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt  
<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission  
<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt  
<http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/8ab4a8a422985de30122a92c3e89637f.de.html>

Austria: Bundeswettbewerbsbehörde  
<http://www.en.bwb.gv.at/Seiten/default.aspx>

Bélgica: Autorité belge de concurrence  
<http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/>

Bulgaria: Commission on Protection of Competition  
<http://www.cpc.bg/Default.aspx>

Chipre: Commission for the Protection of Competition  
[http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index\\_en/index\\_en](http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index_en/index_en)

Croacia: Croatian Competition Agency  
<http://www.aztn.hr/>

Dinamarca: Konkurrencestyrelsen  
<http://www.kfst.dk/>

Eslovaquia: Antimonopoly Office  
<http://www.antimon.gov.sk/>

Eslovenia: Competition Protection Office  
<http://www.uvk.gov.si/>

Estonia: Estonian Competition Authority  
<http://www.konkurentsiamet.ee>

España: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia  
<http://www.cnmc.es>

España: Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía  
<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/>

España: Autoridad Catalana de la Competencia  
<http://acco.gencat.cat>

España: Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana

<http://www.indi.gva.es/portal/opencms/es/Competencia.html>

España: Consejo Gallego de la Competencia

<http://www.tgdcompetencia.org/>

España: Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León

[http://www.jcyl.es/web/jcyl/Gobierno/es/Plantilla66y33/1246989994133/\\_/\\_/\\_&tipoLetra=x-small](http://www.jcyl.es/web/jcyl/Gobierno/es/Plantilla66y33/1246989994133/_/_/_&tipoLetra=x-small)

España: Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura

<http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/index.php/Composicion-y-Funcionamiento/jurado.html>

España: Autoridad Vasca de Defensa de la Competencia

<http://www.competencia.euskadi.net/z02-home/es/>

Finlandia: Kilpailuvirasto

<http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi>

Francia: Autorité de la Concurrence

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/index.php>

Francia: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>

Grecia: Hellenic Competition Commission

<http://www.epant.gr/>

Holanda: Autoriteit Consument & Markt

<https://www.acm.nl/nl/>

Hungría: Hungarian Competition Authority

<http://www.gvh.hu/en/>

Irlanda: The Competition Authority

<http://www.tca.ie/default.aspx>

Italia: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

<http://www.agcm.it/>

Letonia: Competition Council

<http://www.competition.lv/?l=2>

Lituania: Competition Council

<http://kt.gov.lt/>

Luxemburgo: Conseil de la Concurrence

<http://www.concurrence.public.lu/>

Malta: Malta Competition and Consumer Affairs Authority

<https://secure2.gov.mt/consumer/home?l=1>

Polonia: Office of Competition and Consumer Protection

<http://www.uokik.gov.pl/en/>

Portugal: Autoridade da Concorrência

<http://www.concorrenca.pt/>

Reino Unido: Competition & Markets Authority

<https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

República Checa: Office for the Protection of Competition

<http://www.compet.cz/en/>

Rumanía: Competition Council

<http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en>

Suecia: Swedish Competition Authority

<http://www.konkurrensverket.se/>

## 2. EUROPA NO COMUNITARIA

Islandia: Competition Authority

<http://www.samkeppni.is/>

Israel: Antitrust Authority

<http://www.antitrust.gov.il/eng/>

Macedonia: Commission for the Protection of Competition

<http://www.kzk.gov.mk/eng/index.asp>

Noruega: Competition Authority

<http://www.konkurransetilsynet.no/>

Rusia: Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation

<http://www.fas.gov.ru/>

Suiza: Commission de la Concurrence

<http://www.weko.admin.ch/>

Turquía: Competition Authority

<http://www.rekabet.gov.tr>

Ucrania: Antimonopoly Committee

<http://www.amc.gov.ua/>

## 3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

<http://www.cndc.gov.ar/>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

<http://www.cade.gov.br/>

Canadá: Competition Bureau

<http://www.competitionbureau.gc.ca/>

Canadá: Competition Tribunal

<http://www.ct-tc.gc.ca/index.asp>

Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

<http://www.tdlc.cl>

Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio

<http://www.sic.gov.co/>

Costa Rica: Comisión para Promover la Competencia

<http://www.coprocom.go.cr/>

Estados Unidos de América: US Department of Justice DOJ. Antitrust Division

<http://www.usdoj.gov/atr/>

Estados Unidos de América: Federal Trade Commission FTC

<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>

Estados Unidos de América: Opinions of the Attorney General of Washington

<http://www.atg.wa.gov/Antitrust/default.aspx>

Jamaica: Fair Trading Commission

<http://www.jftc.com>

México: Comisión Federal de Competencia

<http://www.cfc.gob.mx/>

Panamá: Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia

<http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>

Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

<http://www.indecopi.gob.pe/>

Venezuela: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

<http://www.procompetencia.gob.ve/>

#### 4. ASIA Y AUSTRALIA

Australia: Australian Competition and Consumer Commission

<http://www.accc.gov.au/>

Australia: National Competition Council

<http://www.ncc.gov.au/>

Barbados: Fair Trading Commission of Barbados

<http://www.ftc.gov.bb/>

China: State Administration for Industry and Commerce

<http://www.saic.gov.cn/english/index.html>

China: Ministry of Commerce, Anti-Monopoly Bureau

<http://fldj.mofcom.gov.cn>

Corea del Sur: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.go.kr/>

Filipinas: Department of Trade and Industry

<http://www.dti.gov.ph/>

Indonesia: Commission for the Supervision of Business Competition

<http://www.kppu.go.id/new/index.php>

Japón: Fair Trade Commission

<http://www.jftc.go.jp/en/>

New Zealand: Commerce Commission

<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Office of Thai Trade Competition Commission

[http://otcc.dit.go.th/otcc/index\\_en.php](http://otcc.dit.go.th/otcc/index_en.php)

Taiwan: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/internet/english/index.aspx>

Uzbekistán: The State Committee of Uzbekistan on Privatization, Demonopolization and Development of Competition

<http://gki.uz/en>

## 5. ÁFRICA

Kenia: Competition Authority of Kenya

<http://www.cak.go.ke/>

Sudáfrica: Competition Commission

<http://www.compcom.co.za>

Sudáfrica: Competition Tribunal

<http://www.comptrib.co.za/>

Zambia: Competition and Consumer Protection Commission (CCPC)

<http://www.ccpc.org.zm/>

## 6. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APEC: Competition Policy and Law Group

<http://www.apec.org/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group.aspx>

APEC: Competition Policy and Law Database

<http://www.apeccp.org.tw/>

Comunidad andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela

<http://www.comunidadandina.org/competencia.htm>

EFTA: EFTA Surveillance Authority  
<http://www.eftasurv.int/competition/>

EFTA: Court  
<http://www.eftacourt.int/>

FTAA - ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia  
[http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp)

OEA: Organización de Estados Americanos: SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior)  
[http://www.sice.oas.org/compol/com\\_pols.asp](http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp)

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition  
<http://www.oecd.org/competition/>

UE: Unión Europea. Dirección General de Competencia de la Comisión Europea  
[http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_es.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_es.html)

UE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea  
<http://curia.europa.eu/>

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Políticas de Competencia y del Consumidor  
<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm>

WTO: Organización Mundial del Comercio: La política de la competencia  
[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/comp\\_s/comp\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm)

## 7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA: American Bar Association. Antitrust Section  
<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

American Antitrust Institute  
<http://www.antitrustinstitute.org/>

Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia  
<http://www.fundacionico.es/index.php?id=371>

European University Institute  
<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/CompetitionWorkshop/Index.aspx>

Findlaw  
<http://lawecon.lp.findlaw.com/>  
<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html>

Global Competition Law Centre (College of Europe)  
<http://www.coleurope.eu/fr/website/recherches/global-competition-law-centre>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law

<http://www.hg.org/antitrust.html>

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

<http://www.ibrac.org.br/>

International Bar Association's Global Competition Forum

<http://www.globalcompetitionforum.org/>

International Competition Network

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

The Antitrust Case Browser

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>







## OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL. VOLUMEN 36  
(2015-2016)

**Anxo Tato Plaza (dir.)**

COMENTARIOS SOBRE LA LEY DE NAVEGACIÓN  
MARÍTIMA

**Alberto Emparanza Sobejano**

**José Manuel Martín Osante (dirs.)**

LA EFICIENCIA DEL TRANSPORTE COMO OBJETIVO  
DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS:

LIBERALIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD

**María Victoria Petit Lavall**

**Achim Puetz (dirs.)**

LA FUSIÓN DE COOPERATIVAS

**Cristina Ortega Cano**

ESTUDIOS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO

DE LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN AGROALIMENTARIA

**Francisco González Castilla**

**Juan Ignacio Ruiz Peris (dirs.)**

EL PERIODO DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR  
EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

**Juan Pablo Rodríguez Delgado**

REVISTA DE DERECHO DEL TRANSPORTE.

RDT. 2016. Nº 18

**Alberto Emparanza Sobejano (dir.)**

LA INFORMACIÓN PREVIA EN LA CONTRATACIÓN  
DE SEGUROS DE PERSONAS: TRANSPARENCIA,

CUESTIONARIOS Y MODELOS PREDICTIVOS

**María José Morillas Jarillo**

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO  
Y LA PROTECCIÓN DE LOS PASAJEROS

**María Jesús Guerrero Lebrón (dir.)**

UN NUEVO ESTATUTO PARA EL EMPRESARIO  
INDIVIDUAL

**Santiago Hierro Anibarro (dir.)**

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO  
DE PASAJEROS

Contratos de pasaje y crucero

**Eugenio Olmedo Peralta**

*fundación*



ISBN: 978-84-9123-250-6



9 788491 232506