

ANUARIO  
DE LA  
COMPETENCIA

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2017

2017



El **Anuario de la Competencia 2017** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2016).

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 2017 y comentarios de casos concretos dictados en este año.







# ANUARIO DE LA COMPETENCIA

## ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2017

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2017

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2017

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 2017

**Rafael ALLENDESALAZAR**

*Socio Martínez-Lage, Allendesalazar & Brokelmann  
rallendesalazar@mlab-abogados.com*

**María ÁLVAREZ SAN JOSÉ**

*Subdirectora Adjunta, Subdirección de Cárteles  
y Clemencia - CNMC  
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado  
Doctora en Derecho  
maria.alvarez@cnmc.es*

**Andrés AZNAR**

*Subdirector. Subdirección de Tecnologías  
de la Información y las Comunicaciones - CNMC  
andres.aznar@cnmc.es*

**Juan-Ramon BORRELL**

*Universitat de Barcelona, Departamento de Política  
Económica - Institut d'Economia Aplicada (IREA) -  
Grup de Govern i Mercats (GiM)  
jrborrell@ub.edu*

**Anna COLOME I NIN**

*Técnica de la Dirección General de la Autoritat Catalana  
de la Competència  
acolome@gencat.cat*

**Fernando DíEZ ESTELLA**

*Profesor Titular (acreditado) de Derecho Mercantil,  
Centro Universitario Villanueva (adscrito a la Universidad  
Complutense de Madrid)  
fdiez@villanueva.edu*

**Jorge EIRIZ MARTÍNEZ**

*Subdirección de ayudas públicas e informes de proyectos  
normativos - CNMC  
jorge.eiriz@cnmc.es*

**Marcos GARCÍA ALFONSO**

*Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos  
Normativos  
Departamento de Promoción de la Competencia - CNMC  
marcos.garcia@cnmc.es*

**Carmen GARCÍA GALINDO**

*European University Institute  
carmen.garcia@eui.eu*

**Julia GARCÍA-ROYO DÍAZ**

*Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos  
Normativos  
Departamento de Promoción de la Competencia - CNMC  
julia.garcia@cnmc.es*

**Javier GARCÍA-VERDUGO**

*Asesor Económico del Presidente de la CNMC y Profesor  
Titular de Economía Aplicada (UNED)  
javier.garciaverdugo@cnmc.es*

**Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL**

*Doctor en Derecho  
Magistrado  
Letrado del Tribunal Constitucional  
Jcbarral66@gmail.com*

**Susanna GRAU I ARNAU**

*Jefe del Área de Instrucción de Expedientes de la Direc-  
ción General de la Autoritat Catalana de la Competència  
sgrau@gencat.cat*

**Beatriz DE GUINDOS**

*Asesora del Presidente de la CNMC durante  
la elaboración del artículo  
beatriz.deguindos@cnmc.es*

**Pedro HINOJO GONZÁLEZ**

*Vocal Asesor en la Subdirección de Estudios e Informes.  
Departamento de Promoción de la Competencia  
de la CNMC  
pedro.hinojo@cnmc.es*

**Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ**

*Secretario del Consejo - CNMC  
joaquim.hortala@cnmc.es*

**Juan Luis JIMÉNEZ**

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad  
de Economía, Empresa y Turismo  
juanluis.jimenez@ulpgc.es*

**Jerónimo MAILLO**

*Profesor Titular de Derecho UE  
Coordinador del Centro de Política de la Competencia.  
Universidad CEU San Pablo (Madrid)  
Fulbright Visiting Scholar, Harvard Law School  
maigon@ceu.es*

**María Jesús MARTÍN**

*Adscrita a la Dirección de Energía de la CNMC durante  
la elaboración del artículo  
MJMartinma@minetad.es*

**Carlos MERINO TRONCOSO**

*Asesoría Económica - CNMC  
carlos.merino@cnmc.es*

**Cristina PELLISÉ**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universitat de Barcelona  
cpellise@ub.edu*

**José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO**

*Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra  
de Política de Competencia Universidad de Málaga  
jmoh@uma.es*

**Juli PONCE**

*Acr. Catedrático de Derecho Administrativo  
Director del Instituto de investigación transdisciplinar  
de la Universitat de Barcelona TransJus  
jponce@ub.edu*

**José Luis RODRÍGUEZ LÓPEZ**

*Jefe de Área en la Subdirección de Estudios e Informes.  
Departamento de Promoción de la Competencia  
de la CNMC  
joseluis.rodriguez@cnmc.es*

**María SOBRINO RUIZ**

*Subdirectora de Estudios e Informes. Departamento  
de Promoción de la Competencia - CNMC  
maria.sobrinor@cnmc.es*

**Ana VIEJO GONZÁLEZ**

*Asesoría Económica - CNMC  
ana.viejo@cnmc.es*

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2017

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

2018

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: 978-84-9123-589-7

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, 2018



## SUMARIO

	Pág.
Presidente ICO .....	9
 <b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
Detección y sanción de cárteles en España (José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO, Joan-Ramon BORRELL y Juan Luis JIMÉNEZ) .....	13
La (re)municipalización y demás decisiones de las Administraciones locales sobre servicios (Anna COLOMÉ I NIN y Susanna GRAU I ARNAU).....	49
<i>Better regulation</i> y competencia: las Leyes 39 y 40 de 2015, su desarrollo reglamentario y el papel de los órganos de defensa de la competencia (Juli PONCE) .....	85
Integración vertical y competencia en gas y electricidad: <i>¿Quo vadis?</i> (Beatriz DE GUINDOS y María Jesús MARTÍN).....	131
Transacciones en casos de cártel en la UE y en España: logros y expectativas, beneficios y riesgos (Jerónimo MAILLO) .....	161
Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del Programa de Clemencia (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ) .....	189
Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios (Fernando DíEZ ESTELLA).....	215
Tramitación electrónica de expedientes en la CNMC (Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ y ANDRÉS AZNAR) .....	249
Implicaciones de la economía digital sobre el sector financiero: el fenómeno Fintech (María SOBRINO RUIZ y Pedro HINOJO GONZÁLEZ .....	271
Los hallazgos casuales en el marco del procedimiento sancionador del Derecho de la Competencia (Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL) .....	293
Infracción de las normas de competencia cuando existe agotamiento de los derechos de marca en supuestos de marcas paralelas (Cristina PELLISÉ). .....	319



	Pág.
Análisis comparativo de los métodos de determinación de sanciones de competencia a través de las resoluciones de recálculo (Javier GARCÍA-VERDUGO, Ana VIEJO GONZÁLEZ y Carlos MERINO TRONCOSO).....	351
Precios excesivos y discriminatorios. Últimas novedades desde el TJUE. Los Tribunales españoles deben ponerse al día (Rafael ALLENDESA-LAZAR).....	375
Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia (Marcos GARCÍA ALFONSO y Julia GARCÍA-ROYO DÍAZ).	409
¿Merece la pena participar en un cártel? Un análisis de las empresas cartelizadas en España (1995-2014) (Carmen GARCÍA GALINDO).....	439
Ayudas públicas al despliegue de la banda ancha desde la óptica de una regulación económica eficiente. Pasado, presente y futuro. Recomendaciones (Jorge EIRIZ MARTÍNEZ) .....	463

## SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea .....	487
2. Europa no comunitaria.....	489
3. América.....	489
4. Asia y Australia.....	490
5. África.....	491
6. Organizaciones internacionales.....	491
7. Otras direcciones de interés .....	492

## PRESENTACIÓN

*Desde hace más de veinte años, el Anuario de la Competencia viene cumpliendo sus objetivos de promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y de servir a todas aquellas personas interesadas en temas de competencia, como fuente de información periódica y actualizada.*

*La publicación de este anuario de manera ininterrumpida, la convierten en la más veterana que existe en nuestro país sobre esta materia. La clave de este proyecto está precisamente en su continuidad, es lo que le ha generado un valor significativo y le ha permitido crear un depósito de ideas y reflexión que se enriquece con la acumulación progresiva. Cada año consigue compaginar en una misma publicación diversidad de temas y autores, asegurando una variedad de opiniones que es reflejo de la visión plural que requiere la política de competencia. El Anuario actúa además como un puente de unión entre el mundo académico y la comunidad antitrust que tradicionalmente conforman autoridades de competencia y despachos de abogados.*

*La Fundación ICO ha colaborado en la publicación de esta obra desde su aparición, cuando los estudios relacionados con estos campos eran todavía incipientes y escasos los profesionales dedicados a esta especialidad. Se decidió colaborar activamente en esta tarea de investigación con la intención de cumplir con uno de sus fines fundacionales, la de edición de publicaciones de interés general y contribuir, así, a que se pueda disponer de una herramienta de máximo rigor en esta disciplina. En definitiva se trata de trabajar en favor de una cultura de la competencia, ya que no hay que olvidar que es un campo que afecta directamente tanto a los consumidores y empresas como a los poderes públicos.*

*El hecho de que cada año se sigan presentado nuevos artículos con temas de máximo interés y actualidad, nos hace ver que la evolución en este campo es continua, con nuevos proyectos de revisión y propuestas de mejora, en base, en buena parte, a un sistema europeo de defensa de la competencia que ha conocido un proceso de profunda transformación durante todo este tiempo.*

*Como en ocasiones anteriores, además de la parte dedicada a direcciones de internet, el Anuario recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 2017, en este caso a través de 16 artículos que componen la parte denominada «Estudios». Temas relacionados con los cárteles, procedimientos y métodos sancionadores, ayudas públicas, remunicipalización de servicios o el fenómeno Fintech entre otros, son parte de los contenidos más señalables.*



*No nos queda más que, como siempre, mostrar nuestro agradecimiento a todas las partes implicadas: a la Universidad Autónoma de Barcelona por su apoyo, a los autores que han participado este año por sus aportaciones y en especial a Lluís CASES, alma mater de este trabajo, por su dedicación y tenacidad.*

Fundación ICO





# DETECCIÓN Y SANCIÓN DE CÁRTELES EN ESPAÑA

José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO\*

Joan-Ramon BORRELL\*\*

Juan Luis JIMÉNEZ\*\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REVISIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.—III. BASE DE DATOS: CÁRTELES SANCIONADOS EN ESPAÑA EN EL PERIODO 1989-2017.—IV. DETECCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA.—V. SANCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA.—VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA.—REFERENCIAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Los cárteles se consideran las prácticas restrictivas de la competencia más dañinas para los consumidores y el bienestar económico general (WERDEN, 2009). De acuerdo con la extrema gravedad de sus consecuencias sobre el bienestar, la lucha contra los cárteles debería constituir uno de los pilares básicos sobre los que sustentar una política de defensa de la competencia realmente efectiva (BORRELL y JIMÉNEZ, 2008).

Así lo entienden, en la actualidad, la mayoría de jurisdicciones del mundo al establecer una normativa en materia de competencia que realmente penalice severamente estas conductas, y al considerar la detección, desmantelamiento y sanción de los cárteles como un objetivo prioritario. No obstante, el grado de priorización de esta política e intensidad en su apli-

---

\* **Autor de contacto:** Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Málaga, Pl. El Ejido, s/n. 29013. Málaga. [jmoh@uma.es](mailto:jmoh@uma.es); tel.: +34 952 131 254.

\*\* Universitat de Barcelona, Departamento de Política Económica - Institut d'Economia Aplicada (IREA) - Grup de Governos i Mercats (GiM), Carrer John M. Keynes 1-11, Spain; y, Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center. [jrborrell@ub.edu](mailto:jrborrell@ub.edu); tel.: +34 934 039 722.

\*\*\* Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Despacho D. 2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria, tel.: +34 928 458 191. [juanluis.jimenez@ulpgc.es](mailto:juanluis.jimenez@ulpgc.es).



cación no es ajeno a los cambios que se producen en su entorno político, jurídico y económico. De hecho, los efectos y reacciones a estos cambios permiten, en muchas ocasiones, delimitar distintas etapas en la evolución de la lucha contra los cárteles, como MCGOWAN (2009) y ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018) han realizado para la política anti-cártel de la Comisión Europea hacia los cárteles.

A este respecto, debe destacarse la enorme trascendencia que ha tenido la introducción de programas de clemencia, en la mayoría de países del mundo, sobre la efectividad de la política anti-cártel (BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA, 2014), hasta el punto de considerarse una piedra angular en su desarrollo. La amplia difusión e importancia dada a los programas de clemencia por las autoridades de defensa de la competencia ha motivado la aparición de un gran número de estudios teóricos, empíricos y experimentales que tratan de investigar los pros y contras de estos programas, proponiendo mejoras en su diseño, pero reconociendo todos ellos los efectos positivos que, en términos generales y hasta la actualidad, ha demostrado su aplicación en la desarticulación de cárteles y, muy probablemente, en la disuasión de su formación<sup>1</sup>.

El presente trabajo realiza un examen de las diferentes fases que habría atravesado la política anti-cártel en España durante el intervalo de tiempo más amplio analizado hasta el momento. Concretamente, el estudio abarca el periodo comprendido entre el 7 de agosto de 1989, fecha de la entrada en vigor de la Ley 16/1989, y el 31 de diciembre de 2017<sup>2</sup>. Se presta especial atención a las consecuencias de los distintos hechos relevantes en cada una de las fases, sobre los niveles de detección y sanción de los cárteles.

A diferencia de otros trabajos previos centrados en España<sup>3</sup>, este estudio profundiza en la dinámica de la actividad de detección por parte de las distintas autoridades de la competencia de ámbito nacional (TDC - Tribunal de Defensa de la Competencia hasta 2007, CNC - Comisión Nacional de la Competencia hasta 2013 y CNMC - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta la actualidad), a las que le fue encomendado hacer cumplir las normas en materia de competencia a lo largo del periodo de análisis. Asimismo, permite analizar las conexiones existentes entre las investigaciones llevadas a cabo por distintos órganos y el alcance temporal de las mismas en términos de desmantelamiento y sanción del cártel descubierto<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase MARVAO y SPAGNOLO (2018) para una recopilación reciente de las aportaciones claves en este campo de investigación.

<sup>2</sup> La aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, la primera ley de defensa de la competencia, no llevó a una definición jurídica precisa de lo que se consideraba un cártel, y así no hubo ninguna resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que acreditara y sancionara ningún cártel. Hasta la entrada en vigor de la Ley 16/1989 no se inicia una incipiente investigación efectiva en España sobre la existencia de cárteles para su eventual detección, identificación y sanción.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ-DE-HARO (2015).

<sup>4</sup> No son objeto de este estudio las resoluciones de las autoridades de competencia de ámbito autonómico que, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

Un gran número de iniciativas promovidas a lo largo del periodo objeto de análisis en España, así como aquellas que parece se abordarán en un futuro cercano, encuentran inspiración en los instrumentos y métodos introducidos por la Comisión Europea en su política contra los cárteles. No obstante, en las últimas etapas, encontramos diferencias importantes en la actitud de la autoridad de competencia para iniciar las investigaciones, así como en la severidad de los métodos de fijación de sanciones.

Por otro lado, en cuanto a la evaluación de la efectividad de las autoridades para combatir los cárteles, hay que decir que nuestros resultados no están exentos de la crítica habitual que se hace a este tipo de valoraciones, puesto que el análisis se basa únicamente en aquellos cárteles que han sido descubiertos por las autoridades, y no en la población real de cárteles, que siempre se desconoce. Por tanto, algunas de las conclusiones que se derivan del estudio hay que tomarlas con la debida cautela, aunque deben servir para orientar la investigación hacia la utilización de técnicas econométricas avanzadas, en línea con los trabajos más recientes<sup>5</sup>, que permitan dilucidar con precisión la efectividad de las políticas en la detección y disuasión de los cárteles.

Este trabajo muestra cómo la reforma de la ley de defensa de la competencia de 2007 y la incorporación del programa de clemencia, así como de otros mecanismos de descubrimiento y prueba directa de la existencia de cárteles, fue determinante en la mejora de la política anti-cárteles española. Desde 2008 en adelante, se han descubierto cárteles muy longevos y estables que habían quedado fuera del radar de las autoridades durante años. Adicionalmente, el trabajo muestra que a diferencia de lo que ha ocurrido a nivel europeo, la política anti-cárteles no está logrando el objetivo de disuasión en la formación de nuevos cárteles, ni en la desestabilización de los existentes.

Tras esta introducción, el apartado segundo proporciona una breve revisión de los cambios experimentados en la legislación en materia de defensa de la competencia y, particularmente, en las instituciones encargadas de hacerla cumplir en el ámbito nacional. El tercer apartado describe la base de datos que ha servido como base del estudio para la construcción de una serie de indicadores y su consecuente análisis. El apartado cuarto detalla la evolución en la detección de los cárteles que, una vez descubiertos, sabemos el periodo de tiempo en el que estuvieron activos, así como el origen del inicio de la investigación que llevó a descubrirlos y sancionarlos. El quinto apartado relata los factores que han influido en el criterio aplicado para la cuantificación de las sanciones impuestas a los cárteles, y una aproximación a sus efectos a través de la información proporcionada por una serie de indicadores. Finalmente, el sexto apartado recoge una serie

---

Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, han estado operativas y han detectado y sancionado un reducido número de cárteles, por ejemplo, la Resolución Transporte de viajeros de Gipuzkoa, de la Autoridad Vasca de la Competencia, de 27 de diciembre de 2017.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, ARMOOGUM, DAVIES y MARIUZZO (2017).



de consideraciones sobre la repercusión de las reformas emprendidas más recientemente, así como de las que parece se pretenden acometer, en la efectividad de la lucha contra los cárteles en España.

## II. BREVE REVISIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

En esta sección realizaremos una breve descripción de los cambios más importantes acaecidos en el periodo de tiempo que es objeto de análisis. En particular, nos centraremos en los cambios en la normativa española en materia de defensa de la competencia, prestando especial atención a cómo han influido en la identificación y sanción de los cárteles, así como a las implicaciones que dichos cambios han tenido sobre las instituciones encargadas de hacer cumplir dicha normativa. Esta revisión permite establecer los momentos clave que nos llevan a delimitar las sucesivas etapas que ha atravesado la lucha contra los cárteles en España.

El primer hito en la evolución del marco normativo de defensa de la competencia lo constituye la entrada en vigor, el 7 de agosto de 1989, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 16/1989). Esta Ley derogaba el anterior referente legislativo, la Ley 110/1963, de 20 de julio<sup>6</sup>, y transponía la legislación comunitaria, buscando ajustar la política de competencia española a la seguida por la Comisión Europea (BORRELL, 1998).

La Ley 16/1989 conservó las principales instituciones creadas por la Ley 110/1963: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), como órgano instructor dependiente del Ministerio de Economía, y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), al que correspondían, entre otras funciones, la resolución de los expedientes. Este último órgano vio reforzada su independencia con la nueva norma, al concederle la consideración de órgano administrativo con autonomía orgánica y funcional.

En lo que se refiere a la incardinación legal de la conducta consistente en la participación en un cártel, esta quedaba recogida entre las prácticas colusorias prohibidas en el art. 1 de la Ley 16/1989, aun cuando la ley no ofrecía una definición precisa de lo que debía entenderse como cártel, que permitiera distinguir esa práctica de otros acuerdos horizontales anticompetitivos.

Cumpliendo con el proceso de descentralización en la aplicación de las normas comunitarias de competencia, iniciado por la Comisión Europea con el Reglamento (CE) núm. 1/2003<sup>7</sup>, el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, reconoció a los órganos de defensa de la competencia

<sup>6</sup> Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

<sup>7</sup> 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.



estatales las competencias y obligaciones derivados de esa normativa comunitaria. Esta reforma implica que la autoridad nacional de competencia, en aquel momento el TDC, también pueda resolver expedientes en los que haya que aplicar lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El segundo hito relevante en el periodo de estudio fue la entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2007, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) que derogaba la Ley 16/1989, e introducía una serie de reformas clave para la modernización de la política de competencia en España. A nivel institucional, la LDC implicaba la extinción del TDC y del SDC, cuyas funciones y medios eran traspasados a una nueva autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

La LDC establecía como órganos de la CNC: el Presidente, al que correspondía la dirección y representación de la misma, así como la presidencia del Consejo; el Consejo, entre cuyas funciones se encontraba la resolución de los procedimientos sancionadores; y la Dirección de Investigación (DI) encargada de llevar a cabo la investigación e instrucción de los expedientes previstos en la norma. Esta integración del órgano instructor en la estructura de la autoridad de competencia constituye una mejora en su independencia, comparado con el estatus del Servicio de Defensa de la Competencia en el anterior marco legal<sup>8</sup>.

Además de los cambios en la estructura orgánica, la nueva norma introduce numerosas novedades legislativas que directamente afectan tanto al propio concepto de cártel, como a los mecanismos para su detección y las sanciones a imponer a los participantes en estas prácticas ilegales. Así, la Disposición Adicional cuarta de la LDC introduce por primera vez una definición legal de cártel, de cuyo tenor literal se desprendería que para que un acuerdo entre competidores mereciera la catalogación de cártel, este debería ser secreto y su objeto ceñirse a alguna de las prácticas que se enumeran en dicha disposición.

Los requisitos exigidos en esta noción legal de cártel, así como la concepción más amplia aplicada en algunas resoluciones por parte del Consejo de la CNC, han sido objeto de litigio en numerosos recursos presentados ante los órganos jurisdiccionales competentes, que se han visto obligados a aclarar, entre otras cuestiones, qué se entiende por «secreto»<sup>9</sup>, o si prácticas no incluidas explícitamente en la definición de la LDC pueden también merecer la calificación de cártel<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Véanse las definiciones y medidas de independencia de las autoridades de competencia en BORRELL y JIMÉNEZ (2008).

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 30 de mayo de 2013, núm. de recurso 397/2011, o la Sentencia del Tribunal Supremo 5343/2013, de 6 de noviembre, núm. de recurso 2736/2010.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2014, núm. de recurso 663/2011.

En lo que respecta al régimen sancionador aplicable a los cárteles, la nueva gradación de las infracciones de la competencia, introducida por la LDC en su art. 62, tipifica a los cárteles como conductas muy graves, y conforme a los importes máximos de las sanciones a imponer para cada tipo de infracción, recogidos en el art. 63, cualquier sujeto infractor participante en un cártel podría llegar a ser sancionado con una multa de hasta el 10 por 100 de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Por tanto, estas modificaciones reconocen explícitamente la extrema gravedad del ilícito de cártel, y facultan a la autoridad de competencia para establecer multas que puedan alcanzar los niveles más altos dentro del arco sancionador.

En lo relativo a los nuevos mecanismos de detección, la Ley de Defensa de la Competencia introduce, en sus arts. 65 y 66, un instrumento que había demostrado previamente su eficacia en el ámbito de otras jurisdicciones, incluyendo la Unión Europea, para desestabilizar y dismantelar cárteles: el conocido como programa de clemencia. En virtud de este nuevo procedimiento, los participantes en un cártel que colaboren con la autoridad, aportando elementos de prueba que permitan acreditar su existencia o la ordenación de una inspección en relación al mismo, pueden beneficiarse de reducciones en las sanciones que les habría correspondido de no haber colaborado, pudiendo llegar la Autoridad, bajo determinadas circunstancias, incluso a eximirles totalmente del pago de la sanción. La aplicación efectiva del programa de clemencia español tuvo lugar el 28 de febrero de 2008, fecha en la entró en vigor el desarrollo reglamentario de la LDC, concretamente el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que desarrolla los detalles del procedimiento de clemencia en los arts. 46 a 53 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

Otro momento clave en el desarrollo de la política española de defensa de la competencia, lo constituye la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Con su entrada en vigor, el 7 de octubre de 2013, queda extinta la CNC, cuyas funciones en materia de promoción y defensa de la competencia son asumidas por un nuevo organismo: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>11</sup>. La organización y funcionamiento de esta institución se asienta sobre dos órganos de gobierno: el Consejo de la CNMC y el presidente de la CNMC, que también lo es del Consejo. El Consejo actúa en pleno y en salas, siendo la Sala de Competencia la que, usualmente, resuelve los expedientes de defensa de la competencia. Asimismo, la CNMC cuenta con cuatro direcciones de instrucción, y es la

---

<sup>11</sup> La CNMC nace integrando seis organismos encargados de la defensa de la competencia en general y la regulación económica de ciertos mercados específicos que, como consecuencia, quedaron extintos. En particular, esos organismos eran, además de la CNC, la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria (CREA).



denominada Dirección de Competencia (DC) a la que conciernen todas las labores de instrucción a las que se refiere la LDC.

Antes de terminar esta sección, no podemos omitir los cambios más recientes que se han producido en la normativa de competencia como consecuencia de la entrada en vigor, el 28 de mayo de 2017, del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

Este Real Decreto representa la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre<sup>12</sup>, comúnmente conocida como «Directiva de Daños», lo que supone la introducción de modificaciones en el articulado de la LDC. Así, se incorpora un nuevo Título VI «De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia», en el que se recogen, entre otras cuestiones, el reconocimiento al perjudicado del derecho a ser plenamente resarcido de los daños sufridos por una infracción de los arts. 101 o 102 del TFUE o de los arts. 1 o 2 de la LDC; el alcance de la responsabilidad de los infractores por el daño causado frente a los perjudicados; el plazo de prescripción para ejercer las acciones de resarcimiento de daños; el efecto vinculante de la constatación de una infracción de las normas de competencia por parte de una resolución firme, dictada por una autoridad española u órgano jurisdiccional competente de defensa de la competencia, ante un órgano jurisdiccional español; la regulación de la cuantificación de los daños y perjuicios; o los efectos de las soluciones extrajudiciales de controversias sobre los procedimientos de reclamación de daños.

En lo referente específicamente a los cárteles, a diferencia del resto de infracciones de la LDC para las que recae en el demandante la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos, se establece la presunción, salvo prueba en contrario, de la existencia de daño. Además, en consonancia con las medidas adoptadas por la Comisión, se establecen disposiciones que buscan proteger la eficacia del programa de clemencia, como la imposibilidad de que un tribunal en un procedimiento de reclamación de daños pueda ordenar la exhibición de las declaraciones realizadas en el marco del programa de clemencia.

Pero las modificaciones a la LDC introducidas por el Real Decreto-ley 9/2017 no se han limitado exclusivamente a transponer lo establecido en la Directiva Europea de Daños, sino que modifica una disposición nuclear en la lucha contra los cárteles en España. Concretamente, introduce modificaciones en la redacción de la Disposición Adicional cuarta de la LDC que contiene, como hemos comentado previamente, la definición legal de cártel. En la nueva redacción, se amplían los supuestos para los que cabe

---

<sup>12</sup> Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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.

entender el concepto de cártel, añadiendo, a los acuerdos, las prácticas concertadas entre competidores, así como expresando el carácter no exhaustivo de la lista de prácticas subsumibles en ese concepto, aun cuando se planteen como ejemplos una serie de ellas, al abrir esa caracterización a todas las prácticas cuyo objetivo sea coordinar el comportamiento entre competidores o influir en los parámetros de competencia. Asimismo, la nueva definición elimina el requisito de «secreto» para que la práctica anticompetitiva entre competidores sea considerada un cártel.

Los efectos de estos últimos cambios tendrán que ser evaluados en el futuro, ya que posiblemente se manifestarán en la evolución que siga de los cárteles detectados y sancionados en los próximos años. En cualquier caso, en la última sección de este trabajo plantaremos una serie de reflexiones sobre posibles consecuencias de estas modificaciones de la LDC, así como de las que han de acometerse, como es el necesario desarrollo del procedimiento español de transacción, ya que con la transposición solo se llega a aclarar lo que se entiende por «solicitud de transacción».

### III. BASE DE DATOS: CÁRTELES SANCIONADOS EN ESPAÑA EN EL PERIODO 1989-2017

Este trabajo está basado en los datos e información obtenidos a partir de todas las resoluciones de expedientes sancionadores de cárteles dictadas por cada una de las tres autoridades de ámbito nacional encargadas de aplicar la normativa española de defensa de la competencia, desde la aprobación y entrada en vigor de la Ley 16/1989 hasta 31 de diciembre de 2017. Concretamente, nuestra base contiene ochenta y siete casos de cárteles (87). De estos, catorce (14) fueron casos sancionados por el TDC (1989-2007), treinta y ocho (38) por el Consejo de la CNC (2007-2013), y treinta y cinco (35) por el vigente Consejo de la CNMC (2013-hasta diciembre de 2017)<sup>13</sup>.

Debemos destacar que, tal como se puede comprobar en el Anexo I, el número de casos analizados no es coincidente con el número de resoluciones consideradas en nuestra muestra. Esto es así, puesto que en determinados asuntos la autoridad dictó más de una resolución para un mismo caso de cártel. Asimismo, la autoridad de competencia en ocasiones ha sancionado a más de un cártel en un mismo caso, como discutiremos más adelante.

Así, en el expediente 395/97 Vacunas antigripales, el TDC publicó una segunda resolución para corregir un error material que existía en la primera. También el Consejo de la CNC, por diferentes razones, separó en varios expedientes las conductas infractoras de participantes en un mismo cártel, como sucedió en los siguientes asuntos: S/0084/08 Fabricantes de gel y

---

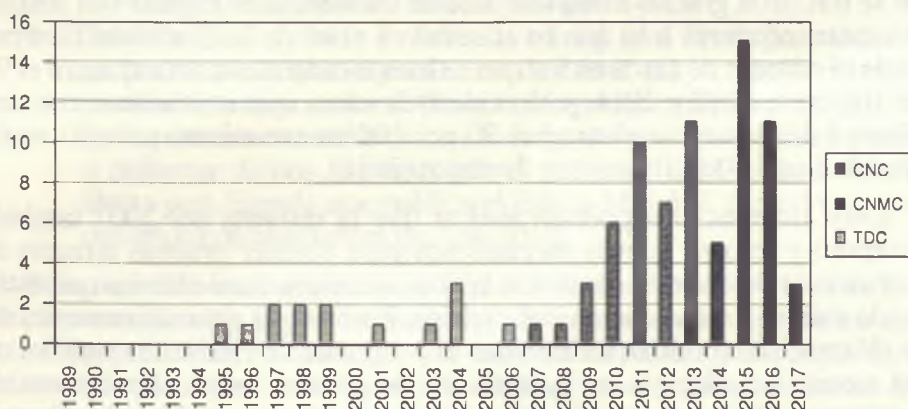
<sup>13</sup> Debemos señalar que en este estudio no hemos tenido en cuenta las consecuencias que las Sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes han tenido sobre las Resoluciones dictadas por las autoridades de competencia.



S/0224/10 Colomer; S/0120/08 Transitarios y S/0269/10 Transitarios 2; y S/0226/10 Licitaciones de carreteras y S/0385/11 Campezo Construcciones. Por último, la Sala de Competencia de la CNMC dictó nueva Resolución, S/DC/0517/14 Bodegas José Estévez, una vez que la Audiencia Nacional había declarado la caducidad del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones respecto de la entidad José Estévez, S. A., considerando que no había prescrito la conducta infractora, previamente acreditada en la Resolución S/0091/08 Vinos Finos de Jerez<sup>14</sup>. Asimismo, hemos considerado oportuno incluir como casos de cárteles tanto de la Resolución S/0464/13 Puerto Santander como de la S/DC/0503/14 Fabricantes de Turrón<sup>15</sup>.

Como se puede observar en la Figura 1, atendiendo a la dinámica de la actividad sancionadora de cárteles a lo largo del periodo objeto de estudio, se aprecia una reducida actividad por parte del TDC, distribuida irregularmente a lo largo del periodo que estuvo operativo, lo que contrasta con el considerable aumento de los casos de cárteles sancionados a partir de la entrada en funcionamiento de la CNC, impulsada por el éxito de la entrada en vigor del programa de clemencia a finales de febrero de 2008. Este éxito ha encontrado continuidad posteriormente con la labor realizada por la CNMC, aunque se observa un acusado descenso de la actividad sancionadora en el año 2017, con un número de casos más propio de etapas tempranas en la lucha contra los cárteles. En cualquier caso, es esta última autoridad la que sanciona en el año 2015 la cifra más elevada de casos de cárteles en un mismo año, con un total de 15.

**Figura 1.** Número de casos de cárteles por autoridad sancionadora y año (1989-2017)



*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

<sup>14</sup> En estos casos, en los que existen dos fechas de resolución, hemos optado por tomar en consideración la más temprana, a efectos de obtener las variables relevantes.

<sup>15</sup> Aun cuando estos casos no parecen haber merecido la caracterización de cártel en las memorias publicadas por la CNMC en los años 2015 y 2016, respectivamente, en nuestra opinión las conductas infractoras sancionadas caben claramente en la definición de cártel establecida en la Ley 15/2007.

La importancia del programa de clemencia en la resolución de los casos se ilustra en la Tabla 1, donde se expresa el porcentaje sobre el total, de casos en los que alguno de los miembros de los cárteles se acogió al programa de clemencia, así como aquellos en los que, específicamente, la investigación se inició gracias a la presentación de una solicitud de clemencia.

**Tabla 1.** Casos de cárteles con aplicación del programa de clemencia por año de resolución (% sobre total de casos)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
% Acogidos a clemencia	50	40	57,1	36,4	40	20	27,3	66,7
% Iniciados por solicitud de clemencia	50	30	28,6	36,4	40	20	9,1	66,7

*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

Destaca el considerable número de casos de cárteles en los que se aplicó el programa de clemencia hasta el año 2014, con porcentajes superiores al 36 por 100, dando paso a una etapa en la que el programa representa un papel menos relevante durante los años 2015 y 2016, para volver a un porcentaje muy elevado en el año 2017, aunque este último dato se debe interpretar con cautela al estar referido a un año donde únicamente se resolvieron tres casos de cárteles.

Sin embargo, el porcentaje de casos en los que se aplicó clemencia o que se iniciaron gracias a una solicitud de clemencia en España son sustancialmente inferiores a lo que ha sucedido a nivel de la Comisión Europea donde el número de casos en los que se ha aplicado clemencia alcanzó el 94 por 100 entre 1998 y 2014, y el número de casos que se iniciaron con una solicitud de clemencia alcanzó el 70 por 100 en ese mismo periodo según ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018).

Estos diferenciales podrían indicar que la reforma del 2007 también incorporó y reforzó nuevos mecanismos para obtener pruebas directas de la existencia de cárteles como son las inspecciones domiciliarias que están siendo más utilizadas que en la Comisión Europea. O alternatively, estos diferenciales podrían indicar que el programa de clemencia español no está siendo tan efectivo en la detección de cárteles como el programa de clemencia europeo, y por ello, las autoridades han mantenido otras formas de detección de cárteles en paralelo a la aplicación del programa de clemencia.

En este estudio, también descenderemos a nivel de cártel. Así, según la información recabada, la población de cárteles que habrían sido detectados y sancionados por las autoridades nacionales hasta el año 2017 se elevaría a 100 cárteles. Esta cifra, mayor que el número de casos de cárteles sancionados, se explica por el hecho de que en determinados casos se identificó a



más de un cártel. Por ejemplo, en la Resolución de la Sala de Competencia en el expediente S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW se sancionaron a los participantes en siete cárteles, y en el expediente S/DC/0562/15 Cables BT/MT, se sancionaron a los miembros en cinco cárteles. De esta forma, durante el periodo en el que estuvo operativo, en total, el TDC sancionó 15 cárteles, la CNC 38 y la CNMC 47.

Para la construcción de los indicadores presentados en este trabajo, se ha obtenido para cada caso y cártel la siguiente información:

1. Inicio de la investigación: fecha que figura en la resolución como el momento en el que se inició la investigación del cártel por parte del órgano instructor. Asimismo se ha distinguido si el inicio de la investigación obedeció a la presentación de una denuncia, a la presentación de una solicitud de clemencia (a partir de la entrada en vigor del programa, el 28 de febrero de 2008), o a la propia iniciativa del órgano instructor competente.
2. Inicio del cártel: fecha de inicio del cártel según las investigaciones realizadas (o la confesión, en el caso de la delación).
3. Fin del cártel: fecha en la que el cártel finalizó, bien como consecuencia de las actuaciones de las autoridades de competencia, o bien por rotura interna del mismo, conforme a la información que consta en la resolución del caso.
4. Duración del cártel: número máximo de años que el cártel estuvo funcionando.
5. Duración de la investigación: número de años desde la fecha de inicio de la investigación del cártel hasta la fecha en la que se dictó la resolución por la autoridad de competencia.
6. Sanción total: cuantía de la multa oficial final fijada para todas las empresas participantes en el caso de cártel, tal y como consta en la resolución sancionadora. Al objeto de poder comparar los importes de las sanciones establecidos a lo largo del periodo, se ha procedido a deflactar dichos importes por el deflactor del Producto Interior Bruto para España que publica el Banco Mundial, estando expresados en euros constantes del año 2010.

Para terminar este apartado, se ofrece información sobre los casos de cárteles examinados según la autoridad de competencia vigente en cada etapa. En particular, se muestran una serie de estadísticos descriptivos relativos a la duración de los casos de cárteles sancionados, así como a la duración de las investigaciones que dieron lugar a las resoluciones por parte de la autoridad competente en cada etapa (véanse Tablas 2 y 3).

La duración media de los cárteles incluidos en los casos resueltos durante el periodo analizado casi alcanzó los nueve años. Cabe destacar que la longevidad promedio de los cárteles sancionados aumentó alrededor del doble durante la etapa de la CNC, con respecto a la etapa anterior, y ha continuado aumentando en el periodo que abarca desde el inicio de mandato de la CNMC hasta el año 2017.



**Tabla 2.** Duración en años de los cárteles por caso y autoridad sancionadora

	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínima</i>	<i>Máxima</i>
1989-2007 TDC (14 casos)	4,67	3,00	6,41	0,02	26,02
2007-2013 CNC (38 casos)	9,19	7,10	7,69	0,42	33,81
2013-2017 CNMC (35 casos)	10,07	10,92	6,83	0,20	28,60
Periodo 1989-2017 (87 casos)	8,82	7,00	7,32	0,02	33,81

*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

**Tabla 3.** Duración de la investigación en años

	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínima</i>	<i>Máxima</i>
1989-2007 TDC (14 casos)	3,35	3,03	1,15	2,03	5,49
2007-2013 CNC (38 casos)	2,45	2,41	0,53	1,65	3,87
2013-2017 CNMC (35 casos)	2,50	2,28	0,68	1,65	4,08
1989-2017 Periodo (87 casos)	2,62	2,41	0,78	1,65	5,49

*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

Los valores promedios de la duración máxima no parecen alejarse de los obtenidos en otros estudios referidos a cárteles descubiertos en otros países. Así, LEVENSTEIN y SUSLOW (2006) recopilan esos resultados y señalan que la duración máxima promedio en esos estudios estaría entre 3,7 y los diez años. Teniendo en cuenta la elevada dispersión, debe también prestarse atención al valor de la duración en mediana de los cárteles sancionados, que para todo el periodo estaría en siete años, cifra semejante a la duración de los cárteles sancionados por el Consejo de la CNC.

Aunque realizaremos un análisis más detallado en la siguiente sección respecto al momento de detección de los cárteles y la autoridad que operaba en dicho momento, estos datos apuntarían inicialmente a una progresiva mayor efectividad de las sucesivas autoridades para dismantelar cárteles que no habían sido detectados en etapas previas.

En lo que respecta a los casos extremos en la duración de los cárteles considerados en la muestra, señalar el valor mínimo correspondiente al cártel sancionado en la Resolución del TDC en el expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante con una duración de una semana; al que le sigue, como

segundo valor mínimo en duración, el cartel sancionado en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expediente S/484/13 Redes abanderadas, con una duración de dos meses y trece días. Por otro lado, en lo referente al valor máximo de la duración de los carteles sancionados, esta se corresponde con la del cartel que fue objeto de la Resolución del Consejo de la CNC, en el expediente S/0316/10 Sobres de papel, que casi alcanzó los treinta y cuatro años.

Si analizamos la duración de las investigaciones que llevaron a las autoridades de competencia en cada etapa a sancionar los carteles (véase Tabla 3), la duración promedio de la investigación para todo el periodo superó los dos años y medio. El promedio de la duración de las investigaciones asociadas a los casos sancionados por el TDC superó los tres años. Sin embargo, las investigaciones de los casos sancionados por la CNC y la CNMC alcanzaron, en media, valores muy similares, pero inferiores en algo más de seis meses a la duración en la etapa inicial del TDC.

Resulta llamativo que esa diferencia sea, aproximadamente, la existente entre el plazo máximo para resolver un expediente sancionador que tenía el TDC conforme a lo establecido en la Ley 16/1989 (dos años) y el plazo actualmente existente de acuerdo a lo dictado en el art. 36.1 de la Ley 15/2007 (dieciocho meses), aun cuando ese plazo máximo se computa desde la fecha del acuerdo de incoación de expediente sancionador, que siempre es posterior a la fecha de inicio de la investigación, momento que hemos considerado para calcular la duración de la investigación. En cualquier caso, el mayor plazo legal para adoptar la resolución del que habría dispuesto el TDC, puede considerarse un factor relevante para explicar la mayor duración promedio de las investigaciones en los casos de carteles sancionados por esa institución, en comparación con la duración de las investigaciones realizadas en las etapas de la CNC y la CNMC.

En lo que concierne a los valores máximos y mínimos, la duración de la investigación más larga fue la del cartel sancionado en la Resolución del expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante dictada por el TDC, con casi cinco años y medio. Por otro lado, hubo dos expedientes sancionadores en los que se tardó menos en resolver desde el inicio de la investigación. Estos fueron el expediente S/0402/12 Espuma elastomérica y el S/0473/13 Postes de hormigón, resueltos, respectivamente, por el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia de la CNMC, con una duración de un año y casi ocho meses.

#### IV. DETECCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

Uno de los principales problemas que conlleva el estudio de la efectividad en la detección de carteles es el hecho de desconocer la población real de carteles en cada momento, y tener que basar los resultados, por tanto, en el número de carteles que fueron descubiertos. Reconociendo las limitacio-



nes que este hecho supone, el análisis de los 100 cárteles, que sabemos, con base en las resoluciones publicadas hasta el año 2017, estuvieron activos en cada etapa, proporciona información relevante acerca de los resultados de la actividad de las autoridades de defensa de la competencia.

Así, la Figura 2 muestra en el eje vertical el número de cárteles activos conocidos, considerando el periodo de vida de cada cártel conforme al intervalo máximo de tiempo en el que estuvo en funcionamiento, o duración máxima. El número máximo de cárteles activos en un año se alcanza en 2008, con 59 cárteles. Las diferentes tramas de las barras se corresponden con la autoridad de competencia que inició la investigación del cártel. En el caso de la CNC, hemos querido distinguir también aquellos cárteles cuya investigación se inició por la Dirección de Investigación antes de la entrada en vigor del programa de clemencia, al objeto de poder distinguir el papel que tuvo ese programa en la detección de cárteles.

Como se puede observar en la Figura 2, la entrada en vigor del programa de clemencia en el año 2008 supone una importante mejora no solo en la detección de cárteles que eran contemporáneamente activos, sino también de cárteles que habían estado funcionando en etapas previas, y no habían sido descubiertos hasta entonces<sup>16</sup>. Asimismo, en línea con lo señalado por MILLER (2009), así como con lo observado para el caso de la Comisión Europea por ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018), la evolución muestra el incremento en el número de cárteles descubiertos justamente después de la introducción del programa de clemencia y, a partir de entonces, ese número cae incluso por debajo de niveles previos a la entrada en vigor del programa.

Conviene destacar el significativo número de cárteles que habrían estado funcionando desde el año 1997 y habrían sido detectados, con bastante posterioridad, por la Dirección de Competencia de la CNMC. Se trataría, por tanto, de cárteles que no se habrían desestabilizado con la entrada del programa de clemencia, e incluso muchos de ellos, como veremos más adelante, se descubrieron por otros medios distintos al programa.

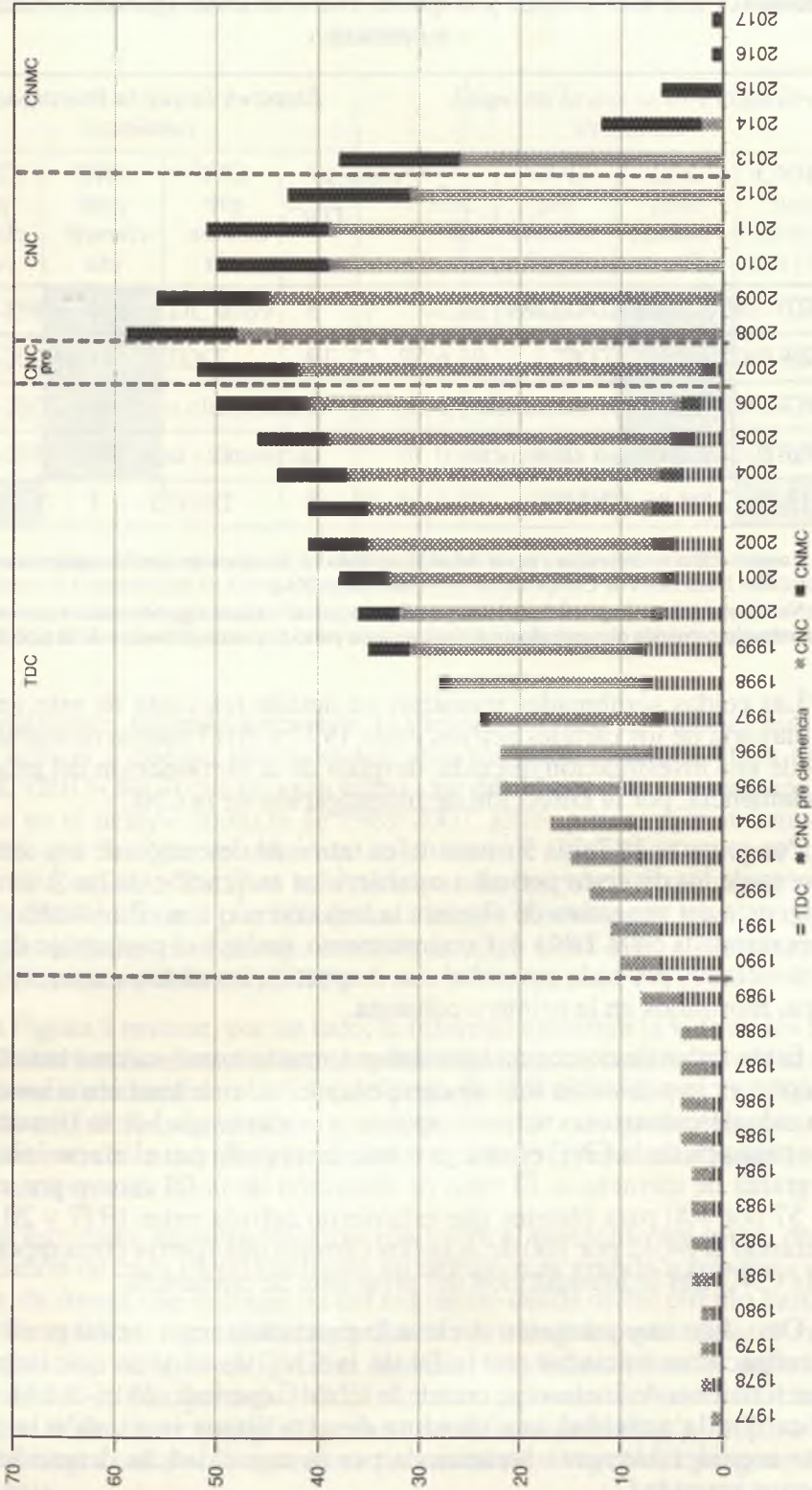
La Tabla 4 complementa la información facilitada por la Figura 2. En ella detallamos el número de cárteles que estaban activos y revelados, para cada una de las autoridades existentes (diferenciando dentro de la CNC el periodo pre-clemencia del post-clemencia).

En el periodo previo a la entrada en vigor de la Ley 16/1989, el 7 de agosto, sabemos en la actualidad que existieron siete cárteles. La detección de tres de ellos se inició por parte del Servicio de Defensa de la Competencia y cuatro por la Dirección de Investigación de la CNC. Este dato contrasta claramente con los 72 y 77 cárteles que estuvieron activos en los periodos 1989-2007 y 2008-2013, respectivamente.

---

<sup>16</sup> Como comentamos anteriormente, nótese que un cártel sancionado por la CNC estuvo operativo desde 1977 y, hasta la fecha, es el más longevo de todos los sancionados. Este corresponde al cártel S/0316/10 Sobres de papel.

**Figura 2.** Número de cárteles que estaban activos por año y etapa de Autoridad de Competencia de inicio de investigación



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.



**Tabla 4.** Cárteles activos y etapa de inicio de investigación conducente a sanción

		Cárteles Activos	Etapa en la que la investigación comienza			
			TDC	CNC pre clemencia	CNC post clemencia	CNMC post clemencia
1977-1989	pre LDC 1989	7	3	0	4	0
1989-2007	TDC	72	19	2	41	10
2007-2008	CNC pre clemencia	56	1	1	44	10
2008-2013	CNC post clemencia	77	0	0	65	12
2013-2017	CNMC	18	0	0	7	11

*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España hasta 2017.

*Notas:* el sombreado gris resalta la etapa en que comenzó la investigación para el mayor número de cárteles descubiertos que estuvieron activos en cada periodo (horizontalmente en la tabla).

Las celdas sombreadas muestran un detalle relevante de este análisis. La mayoría de los cárteles activos entre 1977 y 2013 fueron descubiertos a raíz de una investigación iniciada, después de la introducción del programa de clemencia, por la Dirección de Investigación de la CNC.

Por su parte, la Tabla 5 muestra los ratios de detección de los cárteles a lo largo de los diversos periodos establecidos en función de las autoridades y vigencia del programa de clemencia, resumiendo con ello la información proporcionada en la Tabla 4. Concretamente, incluye el porcentaje de cárteles detectados por cada autoridad con respecto a los cárteles activos en cada etapa, mostrados en la primera columna.

Estos ratios de detección, que deben tomarse como valores máximos al no conocer la población real de cárteles que incluiría también a los que no han sido descubiertos, vuelven a apuntar a la efectividad de la Dirección de Investigación de la CNC en este proceso, favorecida por el efecto inicial del programa de clemencia. El ratio de detección de la DI estuvo por encima del 57 por 100 para cárteles que estuvieron activos entre 1977 y 2013, alcanzando el 84,42 por 100 de aquellos cárteles que fueron contemporáneos de la CNC tras la introducción del programa de clemencia.

Otro dato importante es el elevado porcentaje, casi un 40 por 100, de investigaciones iniciadas por la DI de la CNC de cárteles que llegaron a estar funcionando incluso ya creada la CNMC (periodo 2013-2017), lo que indica que la actividad sancionadora de esta última institución se habría visto considerablemente beneficiada por la capacidad de detección de la anterior autoridad.

**Tabla 5.** Ratios de detección de cárteles a lo largo de los cuatro periodos considerados

		Activos	Etapa en la que la investigación comienza			
			TDC (%)	CNC pre clemencia (%)	CNC post clemencia (%)	CNMC post clemencia (%)
1977-1989	pre LDC 1989	7	42,86	0,00	57,14	0,00
1989-2007	TDC	72	26,39	2,78	56,94	13,89
2007-2008	CNC pre clemencia	56	1,79	1,79	78,57	17,86
2008-2013	CNC post clemencia	77	0,00	0,00	84,42	15,58
2013-2017	CNMC	18	0,00	0,00	38,89	61,11

*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades de Competencia en España hasta 2017.

*Nota:* el sombreado gris resalta la etapa en la que comenzó la investigación para la mayor cantidad de cárteles descubiertos que estuvieron activos en cada periodo (horizontalmente en la tabla).

Finalmente, también sorprende el elevado número de cárteles que estaban activos y que no han sido descubiertos hasta la última etapa de la CNMC (2013-2017) que alcanza cifras casi del 14 por 100 en una etapa tan alejada en el tiempo como la de 1989-2007. Estos porcentajes son mucho mayores que los que se observan en el caso de la política europea anti-cártel: la Comisión Europea ha sido capaz de descubrir y sancionar entre 2006 y 2014 solo un 2 por 100 de los cárteles descubiertos y sancionados en etapas alejadas en el tiempo como es la etapa 1981-1995 (ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2018).

La Figura 3 resume, por un lado, la información sobre la vida de los cárteles descubiertos: el nacimiento, representado por un cuadrado, y la muerte, representada mediante un círculo pequeño. De esta manera, la longitud de cada uno de los segmentos marcados con trazo más grueso (es decir, la distancia entre el cuadrado y el círculo pequeño), representa la duración del cártel correspondiente.

Por otro lado, muestra información sobre el momento del inicio de investigación de cada cártel mediante un círculo más grande sobre cada segmento, de forma que la longitud del segmento desde dicho círculo hasta la fecha de sanción, representada mediante un triángulo, mostraría el valor de la duración de la investigación. Además, las distintas bandas delimitan los periodos en los que estuvieron vigentes cada una de las instituciones encargadas de hacer cumplir las normas de competencia, y la línea horizontal negra señala el momento de entrada en vigor del programa de clemencia.



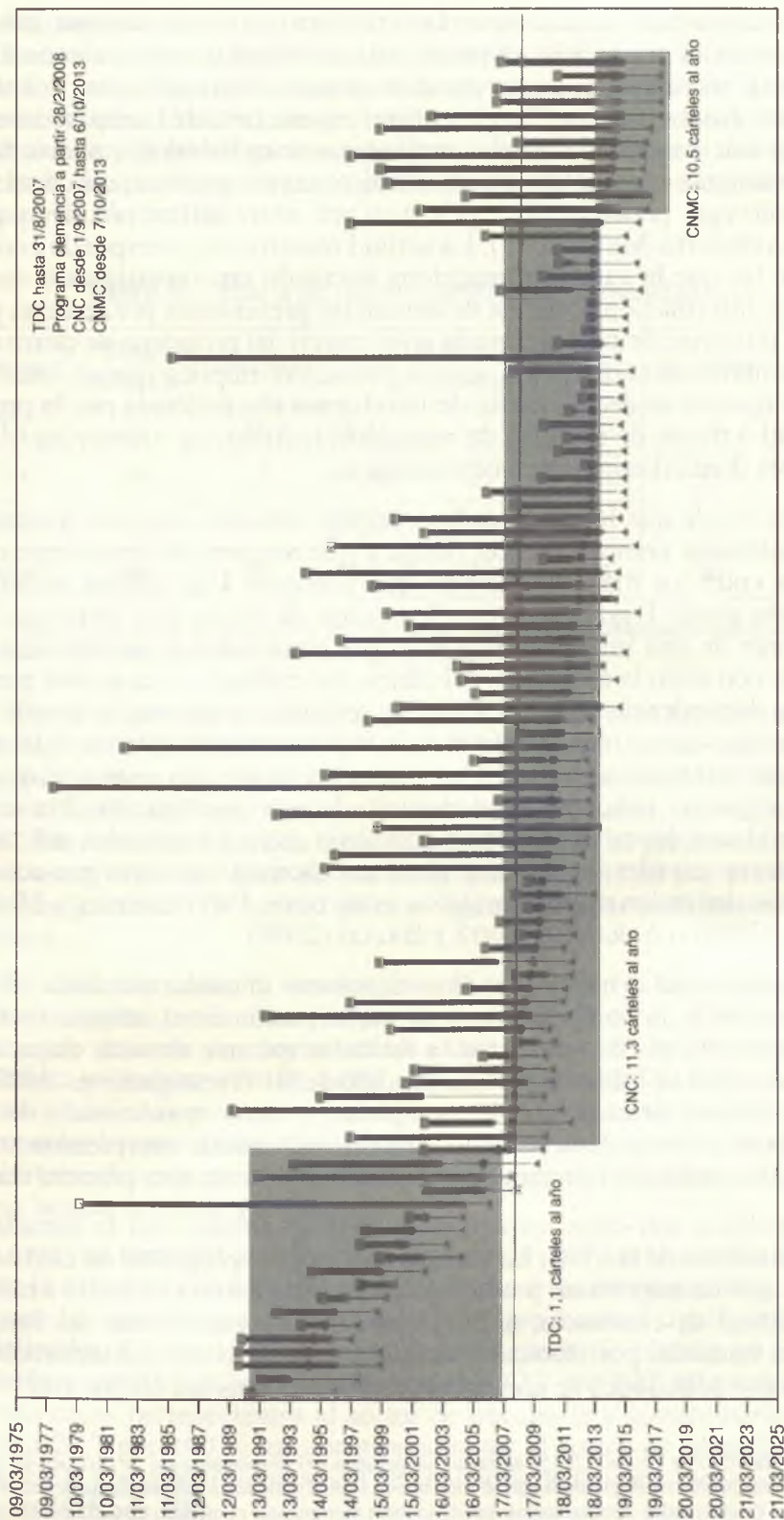
Tal y como se señala, el número de cárteles detectados por año durante la etapa del TDC fue de 1,1, experimentando un formidable aumento durante el periodo de la CNC, con 11,3 cárteles por año. El dato que aparece para la CNMC, 10,5 cárteles por año, se obtiene dividiendo el número de cárteles detectados por el periodo comprendido entre el inicio de funcionamiento de la CNMC y la última investigación que conocemos ha tenido éxito en el descubrimiento de cárteles (el 28 de noviembre de 2014, que llevó a la sanción de cinco cárteles en la Resolución S/DC/0562/15 Cables BT/MT). Por tanto, este valor hay que tomarlo con cierta cautela y entenderlo como una aproximación provisional.

La Figura 3 permite apreciar una serie de hechos relevantes, algunos de ellos ya apuntados en apartados anteriores mediante otros indicadores:

- a) En primer lugar, se observa que los cárteles sancionados por el TDC tuvieron una vida corta en relación con la que tuvieron otros cárteles detectados y sancionados posteriormente.
- b) En segundo lugar, las investigaciones iniciadas a partir de la introducción del programa de clemencia hasta principios del año 2013, permitieron descubrir un gran número de cárteles longevos, que habrían estado operativos durante la mayor parte del tiempo que estuvo vigente el TDC.
- c) En tercer lugar, las investigaciones de cárteles iniciadas en el año 2013 por la DI de la CNC merecen varias consideraciones:
  - i) Las investigaciones detectaron principalmente cárteles jóvenes.
  - ii) Los inicios de las investigaciones se concentraron en el segundo trimestre del año, en el que se detectaron 23 cárteles (el 33,33 por 100 de todos los cárteles detectados en el periodo 2007-2013), sin que se iniciara ninguna investigación posteriormente por la DI, al menos que tuviera éxito. Esta es la razón por la que se observa en la Figura 3 una cronología casi horizontal o plana en lo que se refiere a las investigaciones iniciadas en ese año. Una posible explicación podría ser el contexto de incertidumbre generado por la proximidad de los cambios anunciados, que suponían la creación de la CNMC y la extinción de la CNC.
  - iii) Todos estos cárteles descubiertos fueron sancionados por la Sala de Competencia de la CNMC.
- d) Por último, las investigaciones iniciadas por la Dirección de Competencia de la CNMC que, actualmente, sabemos que han tenido éxito, detectaron numerosos cárteles longevos no descubiertos por la CNC. Este hecho contrasta con los resultados obtenidos para la Comisión Europea por ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018) que muestran que, en la etapa más reciente de la Comisión, los cárteles descubiertos habrían tenido fundamentalmente una corta vida. No obstante, esta diferencia puede que encuentre respuesta en la distinta actitud mantenida por la CNMC en la política anti-cártel, tal y como explicaremos a continuación.



**Figura 3.** Nacimiento, muerte, fecha de inicio de investigación y sanción de cárteles en España (periodo 1989-2017)



Fuente: elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de Competencia en España.

A continuación, analizaremos la actitud para el inicio de una investigación de cártel que habría adoptado cada autoridad durante su periodo de vigencia. Generalmente, en los estudios se suele distinguir entre dos tipos de actitud: pasiva y activa. El primer tipo, supone falta de iniciativa investigadora y sancionadora de cárteles, actitud que no es habitual, y podría darse si se impusieran otros intereses, en conflicto con la política anti-cártel. En el segundo tipo, podemos distinguir, a su vez, entre actitud reactiva y pro-activa (ABRANTES-METZ, 2013). La actitud reactiva se corresponde con los casos en los que la autoridad reacciona iniciando una investigación solo a raíz de la información obtenida de denuncias presentadas por terceras partes, o la información proporcionada en el marco del programa de clemencia por miembros de cárteles. La actitud pro-activa implica que el inicio de la investigación se decide a raíz de la información recabada por la propia autoridad a través de estudios de mercados, métodos de «*screening*», inspecciones domiciliarias, entre otras técnicas.

El hecho de que las autoridades cuenten con unos recursos limitados, tanto materiales como humanos, obliga a que asignen eficientemente esos recursos entre los fines alternativos que persigan. Una actitud puramente reactiva puede lograr minimizar los costes de iniciar una investigación, al disponer de una información previa que aumentaría la probabilidad de acreditar con éxito la existencia del cártel. Sin embargo, esta actitud genera excesiva dependencia de la iniciativa de terceros, lo que puede conducir a periodos de escasa o nula actividad en la lucha contra los cárteles<sup>17</sup>. Dependencia que también existe respecto de la información que se aporte, que no tiene por qué ser suficiente para el inicio de una investigación. Por tanto, las autoridades deberían buscar un equilibrio entre los métodos utilizados para detectar cárteles y combinar técnicas reactivas con otras pro-activas, tal y como defienden muchos estudios, entre otros, FRIEDERISZICK y MAIER-RIGAUD (2008) o ABRANTES-METZ y BAJARI (2009).

El análisis del origen de las investigaciones iniciadas por cada autoridad nacional de la competencia, y su participación en el número total de investigaciones, puede aproximar la actitud imperante en cada etapa. Así, tal como indica la Tabla 6, el 84,21 por 100 de las investigaciones del SDC que permitieron detectar cárteles, se iniciaron como consecuencia de una denuncia de terceros. Este porcentaje tan elevado puede interpretarse como una política anti-cártel principalmente reactiva durante esta primera etapa.

La política anti-cártel experimenta ciertos cambios con la entrada en funcionamiento de la CNC. La entrada en vigor del programa de clemencia permite que un importante porcentaje de investigaciones se inicie a raíz de una solicitud de clemencia, el 36,23 por 100. Conjuntamente las investigaciones iniciadas por técnicas reactivas, es decir, como consecuencia de denuncias o solicitudes de clemencia, representa más del 55 por 100.

---

<sup>17</sup> HARRINGTON y CHANG (2015) destacan los peligros del desplazamiento de recursos de técnicas pro-activas hacia investigaciones que se fundamentan en la aplicación del programa de clemencia, lo que, bajo determinadas circunstancias, puede incluso incrementar el número de cárteles.



No obstante, como ha ocurrido en otros ámbitos (HÜSCHEL RATH, 2010), la Dirección de Investigación de la CNC mostró signos de un mayor uso de métodos pro-activos en la detección de cárteles que el resto de autoridades en otras etapas. Concretamente, las investigaciones iniciadas de oficio por la Dirección de Investigación representaron casi el 45 por 100 del total, mientras que para otros órganos instructores solo han representado valores entorno al 16 por 100.

**Tabla 6.** Etapa de inicio y origen de la investigación

<i>Etapa</i>	<i>Total iniciadas</i>	<i>Denuncia</i>	<i>%</i>	<i>Solicitud de Clemencia</i>	<i>%</i>	<i>Ex officio</i>	<i>(%)</i>
TDC	19	16	84,21	—	—	3	15,79
CNC	69	13	18,84	25	36,23	31	44,93
CNMC	12	4	33,33	6	50	2	16,67
<b>Total</b>	<b>100</b>	<b>33</b>	<b>33</b>	<b>31</b>	<b>31</b>	<b>36</b>	<b>36</b>

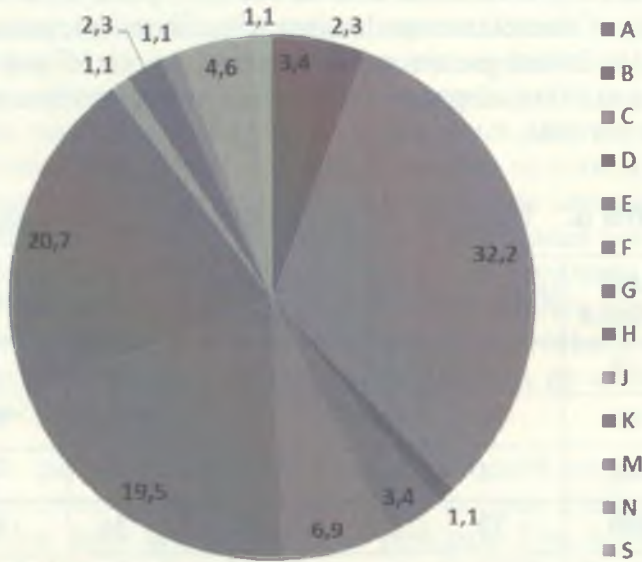
*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.

Tenemos que volver a insistir en que los porcentajes correspondientes a la Dirección de Competencia de la CNMC puede que no sean definitivos, ya que desconocemos si existen más investigaciones iniciadas en el periodo 2013-2017 que lleven a la sanción de un cártel, más allá del año 2017. En consecuencia, aun cuando parece mostrar el predominio de métodos reactivos en el inicio de sus investigaciones (83,33 por 100 del total de investigaciones), la actitud de este órgano debe ser evaluada en futuros trabajos.

En cualquier caso, la actitud de la Dirección de Competencia parece menos reactiva que la asumida por la Comisión Europea. De hecho, esta última, de acuerdo con los resultados destacados en ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018), podría estar desplazando la mayoría de sus recursos hacia los procedimientos que se inician a raíz de una solicitud de clemencia, lo que también habría tenido consecuencias en la duración de los cárteles descubiertos por la Comisión Europea en los últimos años, tal y como hemos señalado previamente.

Antes de terminar esta sección, estimamos oportuno llamar la atención sobre la existencia de sectores que, conforme a las investigaciones realizadas por las autoridades, se ha demostrado que estaban significativamente cartelizados. Como destaca la Figura 4, los casos de cárteles en el sector manufacturero (C) habrían representado el 32,2 por 100 del total, seguido por los casos pertenecientes al sector de transporte y almacenamiento (H) con un 20,7 por 100, y los correspondientes al sector de comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas (G) con un 19,5 por 100.

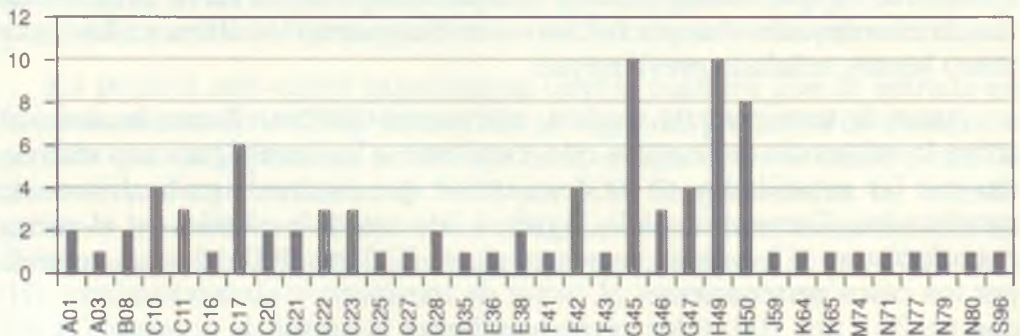
**Figura 4.** Porcentaje de casos de cárteles según el sector CNAE en el que operaban



*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las Autoridades de Competencia en España hasta 2017.

Si descendemos a nivel de dos dígitos de la CNAE, se puede apreciar en qué actividades económicas, dentro de esos sectores mencionados, se ha terminado sancionando un mayor número de casos de cárteles. En particular, la Figura 5 muestra que la «Venta y reparación de vehículos de motor y motocicletas» (G45) y el «Transporte terrestre y por tubería» (H49), cada una con 10 casos, serían actividades donde se habría detectado un elevado número de cárteles. En el sector manufacturero, se observa una mayor dispersión de los casos de cárteles entre las actividades que lo integran, destacando la «Industria del papel» con seis casos.

**Figura 5.** Número de casos de cárteles según actividad económica (CNAE-2 dígitos)



*Fuente:* elaboración propia a partir del análisis de todos los casos de cárteles sancionados por las autoridades de competencia de ámbito nacional en España hasta 2017.



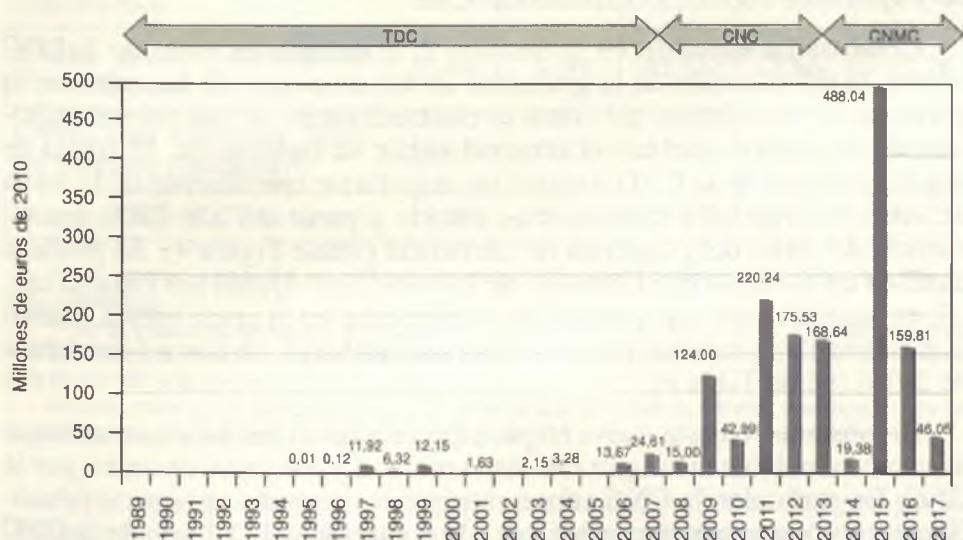
Esta concentración de casos de cárteles en determinados sectores y actividades económicas hace recomendable que una política pro-activa pase por la construcción de indicadores estructurales y de comportamiento<sup>18</sup>, que permitan, sobre la base de la experiencia y el conocimiento de esos mercados concretos, monitorizar y vigilar estos sectores para detectar e impedir la creación de nuevos cárteles.

## V. SANCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

La evolución de la política sancionadora aplicada a los cárteles por las autoridades nacionales de la competencia también se ha visto afectada, no solo por los cambios normativos e institucionales, sino también por la actitud que han demostrado las autoridades vigentes en cada momento, así como, en la etapa más reciente, por la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo, al interpretar los criterios y límites que deben guiar la fijación de las sanciones por infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por tanto, en esa sección realizaremos un análisis de las sanciones fijadas en casos de cárteles, atendiendo a cada uno de esos hechos. La Figura 6 proporciona una primera aproximación de los cambios producidos durante el periodo de análisis, a través de la evolución de la suma total de las sanciones impuestas por año y etapa de la autoridad nacional de defensa de la competencia.

**Figura 6.** Sanciones impuestas a cárteles en el periodo 1989-2017



*Fuente:* elaboración propia a partir de la información de todos los cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de la Competencia en España.

<sup>18</sup> Véase HARRINGTON (2007, 2008) para una exposición de las diferentes clases de marcadores que pueden considerarse para detectar la colusión.

Como se puede apreciar, hasta finales del año 2007 no se observan grandes variaciones en el importe total de la suma de sanciones impuestas, lo que se corresponde con la mencionada etapa de política reactiva del TDC, con resultados variables a lo largo de su periodo de funcionamiento y escasa entidad de las sanciones fijadas en los casos de cárteles.

Hay que señalar que la Ley 16/1989, en lo que respecta a la cuantía de las sanciones, solo disponía que se pudieran fijar multas de hasta 150 millones de pesetas (901.518,16 euros) para infracciones del art. 1, cuantía que podía ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas del ejercicio económico inmediatamente anterior a la fecha de resolución del expediente. Asimismo, establecía una serie de factores que debieran tenerse en cuenta en la fijación del importe de las multas.

La falta de unas directrices claras sobre cómo calcular el importe otorgó un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación de cuál debiera ser la sanción que merecieran las conductas consistentes en cárteles. Esta discrecionalidad se manifestó en una política sancionadora más indulgente hacia a estas conductas, comparada con la adoptada en etapas posteriores por otras autoridades.

Como se detalla en la Tabla 7, la sanción por caso en esta etapa del TDC alcanzó en mediana 1,59 millones de euros (constantes de 2010). La sanción total más baja fijada en este periodo corresponde al caso decidido en la Resolución del expediente 354/94 Electrodomésticos Alicante con una sanción total de 9.300 euros (constantes de 2010) y la sanción total más elevada fue de 13,67 millones de euros (constantes de 2010) en la Resolución del expediente 588/05, Distribuidores Cine.

Como se ha expuesto en la Sección 2, la entrada en vigor de la LDC supuso la introducción de la gradación de las sanciones de acuerdo con la gravedad de las mismas, así como el establecimiento de los valores máximos de la sanción que cabría imponer según su tipificación. El inicio de funcionamiento de la CNC implicó un importante crecimiento de la suma de sanciones fijadas a cárteles, más notorio a partir del año 2009, consecuencia del éxito del programa de clemencia (véase Figura 4). Se produce también un aumento en el importe de las sanciones fijadas por caso de cártel, en general, muy superiores a las establecidas en la etapa previa, siendo la mediana de la sanción por caso de 11,62 millones de euros (constantes de 2010) (véase Tabla 6).

No obstante, en esta nueva etapa, cabe señalar un hecho importante que hace recomendable distinguir también entre todos los casos resueltos por la CNC. En particular, la CNC consciente que no se estaba aportando la suficiente transparencia y previsibilidad a la actuación del Consejo de la CNC en el cálculo de las sanciones por infracciones de la LDC, el 6 de febrero de 2009 publicó la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 del TFUE). Esta Comunicación, inspirada en las Directrices para el cálculo de



sanciones publicadas por la Comisión Europea, daba a conocer el método que aplicaría la autoridad para establecer la cuantía de las sanciones. Así, la primera vez que el Consejo de la CNC reconoce estar aplicando la Comunicación en un caso de cártel es en la Resolución S/0080/08 Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras, de 8 de septiembre de 2010.

**Tabla 7.** Sanciones en casos de cárteles y autoridad sancionadora

<i>Autoridad sancionadora</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Des- viación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
Tribunal de Defensa de la Competencia (14 casos)	3,66	1,59	4,75	0,009	13,67
Comisión Nacional de la Competencia (37 casos)*	20,81	11,62	26,00	0,46	120,92
CNC no aplica Comunicación (12 casos)	22,64	8,02	35,06	0,543	120,92
CNC aplica Comunicación (25 casos)	19,93	16,02	21,17	0,46	87,61
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (35 casos)	20,39	5,59	31,31	0,011	130,55
CNMC no aplica Comunicación (4 casos)	1,92	1,38	2,06	0,089	4,81
CNMC aplica Comunicación (5 casos)	22,46	3,93	42,11	1,86	97,76
CNMC post Sentencia Tribunal Supremo (26 casos)	22,83	7,43	31,43	0,011	130,55
Periodo 1989-2017 (86 casos)	17,69	6,06	26,75	0,009	130,55

*Nota:* valores expresados en millones de euros deflactados con base 2010 (Deflactor PIB del Banco Mundial).

\* En el caso correspondiente a la Resolución S/0085/08, Dentífricos, el Consejo declaró prescrita la infracción. Por tanto, los cálculos están realizados para 37 casos, en lugar de 38 como ocurre para el resto de indicadores.

*Fuente:* elaboración propia a partir de la información de todos los cárteles sancionados por las Autoridades Nacionales de la Competencia en España.

A partir de la información incluida en las resoluciones dictadas por el Consejo de la CNC, la Comunicación se habría aplicado en el 67,6 por 100 de los casos. En media no parece apreciarse una gran diferencia entre las sanciones fijadas en los casos en los que se tuvo en cuenta la Comunicación y en los que no. En cualquier caso, dada la elevada dispersión de los valores, conviene prestar también atención al valor de la mediana, donde la sanción por caso fue casi el doble en los casos donde se aplicó la Comunicación.

La sanción mínima establecida en un caso de cártel en el periodo de vigencia de la CNC corresponde a la Resolución S/0397/12 Transportes Madrid, en la que se aplicó la Comunicación, con 460.010 euros (constantes de 2010). Por otro lado, la sanción máxima en un caso de cártel se fijó en una Resolución en la que no consta que se aplicara la Comunicación, concretamente en el expediente 648/08, Hormigones cántabros, con un importe total de casi 121 millones de euros (constantes de 2010).

La entrada en funcionamiento de la CNMC viene acompañada con un considerable descenso en la suma de las sanciones fijadas a los cárteles, con un repunte drástico en el año 2015, que lleva a alcanzar un máximo para todo el periodo 1989-2017 y una suma total que supera los 488 millones de euros, importe que vendría, fundamentalmente, explicado por la cifra record en el número de casos de cárteles sancionados en ese año (véase Figura 4).

Exceptuando los casos en los que se aplicó la Ley 16/1989, la Sala de Competencia de la CNMC continuó aplicando el método de cálculo de sanciones de la Comunicación de 2009. En dos de los cinco casos en los que la Sala consideró la Comunicación, el tipo sancionador para obtener el importe básico de la multa no superó el 5 por 100<sup>19</sup>, mientras que en el resto se aplicaron tipos iguales o superiores el 10 por 100. Esto podría explicar la elevada dispersión observada en las sanciones por caso en estos inicios de la CNMC.

La Comunicación de 2009 se utilizó por la Sala de Competencia de la CNMC para calcular las sanciones hasta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 2015 (núm. de recurso 2872/2013). Esta Sentencia, por un lado, rectificaba lo dictado por la Audiencia Nacional en varias sentencias, estableciendo que el límite máximo de la multa del 10 por 100 se refiere al volumen de negocios total, y no al de los mercados afectados, así como que dicho límite constituye el extremo superior de un arco sancionador en el que han de graduarse las sanciones. Por otro lado, declaraba improcedente la aplicación del método general de cálculo de sanciones contenido en la Comunicación de la CNC, al carecer de valor legal o reglamentario.

A tenor de lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo, la Sala de la Competencia de la CNMC se vio obligada a modificar el método de cálculo de las multas, para lo que recurrió a la experiencia acumulada por otras autoridades europeas de la competencia en la fijación de sanciones, básicamente, la autoridad federal alemana de la competencia (*Bundeskartellamt*).

El nuevo método utilizado por la CNMC se fundamenta en lo que se denomina cuota de participación en la infracción, basado en la participación que cada uno de los participantes tiene sobre el total del volumen de ventas en los mercados afectados, con el objeto de asignar un tipo sancionador a

---

<sup>19</sup> Resolución S/0428/12, Palés y Resolución S/0429/12, Residuos.



cada uno de los infractores que después es corregido para guardar el principio de proporcionalidad, conforme a los beneficios ilícitos obtenidos<sup>20</sup>.

El resultado, generalmente, es la fijación de unos tipos sancionadores que podrían considerarse excesivamente bajos para casos de cárteles. De hecho, serían más propios de tipos pertenecientes al arco sancionador establecido en el art. 63 de la LDC para las infracciones leves, o a la suma graves, que para conductas que la misma Ley cataloga en su art. 62 como muy graves. Según GARCÍA-VERDUGO *et al.* (2017), estos tipos serían coherentes con los esfuerzos de la Sala de Competencia de la CNMC por adecuar las sanciones a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre el límite del 10 por 100 del volumen de negocios total.

La primera vez que la CNMC utiliza este método es en la Resolución S/0425/12 Industrias Lácteas 2, de 26 de febrero de 2015, aun cuando en la Resolución S/474/13 Precios combustibles de automoción, de 20 de febrero, ya parece aproximar el criterio de proporcionalidad a emplear en la fijación de las sanciones.

En definitiva, estos cambios en la política sancionadora de la CNMC, en respuesta a la citada Sentencia del Tribunal Supremo, pueden explicar la reducción en la suma de las sanciones impuestas en casos de cárteles, así como la diferencia en los valores de distintos indicadores relativos a la sanción por caso, en comparación con los alcanzados en la etapa de la CNC (véanse Figura 4 y Tabla 6). En particular, el valor de la mediana alcanza, para los casos donde se aplicó el nuevo método, 7,43 millones de euros (constantes de 2010) frente a los 16,02 millones en los casos de la CNC con aplicación de la Comunicación de 2009.

Aun así, hay que señalar que en esta última etapa de la CNMC se fija la sanción más elevada en un caso de cártel para todo el periodo analizado, específicamente en la Resolución S/0482/13 Fabricantes de automóviles, con una multa total de 130,55 millones de euros (constantes de 2010). También se fija la multa más baja para el periodo 2007-2017, concretamente en el caso correspondiente a la Resolución S/DC/0538/14 Servicios fotográficos, con una multa total de, aproximadamente, 11.000 euros (constantes de 2010).

Por último, se debe llamar la atención sobre una novedad introducida por la CNMC en la política sancionadora hacia los cárteles, como es la sanción a directivos de las empresas participantes en los cárteles. En particular, en la Resolución S/DC/0504/14 AIO, de 26 de mayo de 2016, se declararon responsables de la infracción a cuatro directivos. Uno de ellos mereció la exención total de la sanción en aplicación del programa de clemencia, dos recibieron cada uno una sanción de 4.000 euros, y a otro directivo se le impuso una sanción de 6.000 euros. También, en la Resolución S/0519/14

<sup>20</sup> La motivación en la aplicación y la proporcionalidad de este método ha encontrado respaldo en recientes Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, por todas, la Sentencia de 6 de abril de 2018 (núm. de recurso 363/2016).

Infraestructuras ferroviarias, de 30 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC declaró responsables de la infracción a nueve directivos, en este caso las sanciones para cada uno de ellos oscilaron entre los 4.750 y los 11.400 euros.

Esta iniciativa de la CNMC encuentra fundamento en la reciente literatura científica que aboga por la introducción de sanciones individuales sobre directivos o empleados de las corporaciones participantes en cárteles, para aumentar la efectividad de la lucha contra estas prácticas tan dañinas (entre otros, GINSBURG y WRIGHT, 2010; BORRELL, JIMÉNEZ y LUNA, 2016).

Esta nueva política también estaría relacionada con los trabajos que destacan la necesidad de diseñar programas de recompensas a directivos para que aporten evidencias incriminatorias, como instrumento para dificultar la formación de cárteles (AUBERT, REY y KOVACIC, 2006), así como el hecho de que cuanto más independientes sean los directivos más probable será que las empresas decidan acogerse a los programas de clemencia (CAMPELLO, FERRÉS y ORMAZÁBAL, 2017). Estos resultados apuntan a la posibilidad de que las autoridades de competencia investiguen y vigilen las características de los órganos de dirección de las empresas, así como las personas que desempeñan sus cargos directivos, proporcionándoles información sobre los beneficios que se derivarían de su cooperación en la desestabilización y detección de los cárteles de los que tuvieran conocimiento.

## VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA

En conclusión, este trabajo aporta evidencia que muestra cómo la reforma de 2007 de creación de la CNC y la entrada en vigor del programa de clemencia en 2008, así como otros mecanismos de investigación y de prueba directa de la existencia de cárteles, ha sido determinante en la sustancial mejora de la detección de cárteles en España. El ratio de detección de la CNC estuvo por encima del 57 por 100 para cárteles que estuvieron activos entre 1977 y 2013, alcanzando el 84,42 por 100 de aquellos cárteles que fueron contemporáneos de la CNC tras la introducción del programa de clemencia.

La CNMC ha centrado desde 2013 en adelante su actividad sancionadora a partir de las investigaciones iniciadas por la CNC. Es todavía demasiado pronto como para saber si en los próximos años la CNMC podrá mantener la actividad sancionadora a partir de las investigaciones iniciadas por su órgano instructor.

Con todo, la evidencia muestra con claridad que a diferencia de lo ocurrido en la política anti-cárteles de la Comisión Europea (ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2018), la política anti-cárteles española no está teniendo suficiente capacidad disuasoria, y se continúan descubriendo muy gradualmente nuevos cárteles longevos y estables que habían conseguido mantenerse inadvertidos y en plena acción durante muchos años.



En los próximos años se presentan grandes retos en la lucha contra los cárteles por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Por una parte, están aquellos relacionados con los cambios que ya se han introducido, e implican afrontar sus posibles consecuencias sobre la efectividad de la política aplicable a los cárteles. Por otra parte, están las reformas que han de acometerse, y su justificación de cara a mejorar la efectividad de las medidas actuales y futuras que combatan estas prácticas anticompetitivas.

En lo que respecta a los primeros retos, la nueva redacción de la definición legal de cártel, contenida en la Disposición Adicional cuarta de la LDC, en virtud de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 9/2017, puede que disminuya la litigiosidad en torno al concepto de cártel, pero abre la puerta a una mayor discrecionalidad de la autoridad para determinar qué conductas merecen esa consideración.

Un concepto tan amplio de cártel puede tener efectos contrapuestos: por un lado, conllevar una mayor incertidumbre legal, no solo para aquellos sujetos a los que se les investigara por presuntas conductas anticompetitivas, que no sabrían si finalmente serían considerados miembros de un cártel, sino también para aquellos que estuvieran pensando beneficiarse del programa de clemencia, que no cooperarían con la autoridad hasta tener claro si realmente la conducta que pretenden delatar, sin estar recogida explícitamente, entraría dentro de la definición legal de cártel. Pero, por otro lado, esta misma incertidumbre que haría dudar a los sujetos acerca de si la conducta que pretenden llevar a cabo puede ser entendida legalmente como cártel, puede disuadir de la realización de prácticas anticompetitivas, lo que promovería un entorno más competitivo. En cualquier caso, las autoridades encargadas de hacer cumplir las normas de competencia deberán minimizar la comisión de errores de Tipo I (sancionar a un inocente) y Tipo II (no sancionar a un infractor), en relación con este nuevo y amplio concepto legal de cártel.

Este problema de incertidumbre o inseguridad legal podría achacarse también al nuevo método de cuantificación de sanciones utilizado por la CNMC. La escasa información proporcionada por esta autoridad en las resoluciones sobre los pasos y cálculos que se realizan hasta llegar a la determinación de la sanción a cada individuo infractor, restan previsibilidad y transparencia a su actividad. Asimismo, los tipos sancionadores excesivamente bajos que se han establecido con este nuevo método en casos de cárteles, suponemos que con el objetivo de que no sean objetables en sede jurisdiccional por mantenerse muy por debajo del límite del 10 por 100, pueden llevar a que las multas pierdan el poder disuasorio que deberían tener, lo que también repercute negativamente en la efectividad del programa de clemencia.

En particular, HARRINGTON y CHANG (2015) señalan que «un programa de clemencia desplaza recursos del procesamiento de cárteles activos al procesamiento de cárteles moribundos, lo que es contraproducente en términos de desactivar cárteles. Sin embargo, el procesamiento de cárteles



muestrados puede todavía ser beneficioso cuando aumenta la disuasión. En efecto, un atractivo primordial de un programa de clemencia es que hará que los miembros del cártel crean que hay una probabilidad más alta de que terminen pagando sanciones, pero esto esencialmente disuadirá de la formación del cártel solo si las sanciones son suficientemente severas». Por todo lo anterior, sería recomendable que en la futura reforma de la LDC o en un desarrollo reglamentario de la misma se explicitara el método de cuantificación y se corrigiesen los posibles efectos adversos de la aplicación en su versión actual<sup>21</sup>.

En esta misma línea, y pasando a comentar los retos que se plantean con los cambios que, conforme a las declaraciones públicas realizadas por representantes de la CNMC en distintos foros, pretenden abordarse en una futura reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe distinguir entre aquellos que podrían interpretarse, de nuevo, como una respuesta a la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, y otros que parecen inspirarse claramente en las iniciativas adoptadas previamente por la Comisión Europea. Con independencia de su origen, todos esos cambios persiguen una asignación más eficiente de los recursos escasos con los que cuenta la CNMC, a través de la simplificación y agilización de los procedimientos, así como de una mayor especialización del personal encargado de la gestión e investigación de los casos más complejos, entre los que se encuentran los cárteles.

El primer cambio que se pretende emprender es ampliar el plazo máximo de resolución de los procedimientos sancionadores, volviendo a los veinticuatro meses que originalmente contemplaba la Ley 16/1989. Esta modificación puede estimarse oportuna, teniendo en cuenta lo dictado por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia, de 26 de julio de 2016 (núm. de recurso 3811/2015), sobre lo que ha de entenderse como plazo máximo para resolver en estos procedimientos, que aumenta el riesgo de que se declare la caducidad en los expedientes sancionadores complejos, como son los cárteles, que suelen requerir de más tiempo por parte de las autoridades para llegar a dictar Resolución.

Entre los cambios avanzados que, aparentemente, encontrarían un precedente en las iniciativas adoptadas en el seno de la Comisión Europea, figura la instauración de un sistema que permita descartar aquellos casos que no merezcan la atención de la autoridad de competencia, sin necesidad de que se dicte resolución declarando el archivo de las actuaciones. En este sentido, debe recordarse el procedimiento en dos etapas vigente e introducido por la DG de Competencia en el año 2005, que permite a la Comisión únicamente iniciar procedimiento, y realizar una investigación más en profundidad, si considera que el caso constituye una cuestión prioritaria (véase ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2018).

---

<sup>21</sup> PASCUAL PONS (2015) analiza el método de cálculo de sanciones aplicado por la CNMC, y plantea una serie de propuestas que podrían incluirse en ese nuevo texto legal, de manera que se dote de mayor eficacia al sistema.

Asimismo, tal como hemos comentado previamente, la transposición de la «Directiva de Daños» ha dejado pendiente el desarrollo de lo que ha de ser el procedimiento español de transacción. El antecedente de este procedimiento se remonta a julio de 2008 cuando la Comisión Europea adoptó el llamado «conjunto de medidas de transacción» (*settlements package*) que estaba formado por dos documentos<sup>22</sup>.

Este conjunto de medidas implica la posibilidad de que la Comisión y las partes interesadas sigan un procedimiento simplificado y más sencillo cuando los participantes en un cártel admitan los hechos, conforme a las evidencias existentes en el expediente que avalarían los mismos, y se muestren de acuerdo con la Comisión en su responsabilidad en la infracción, recibiendo como recompensa una reducción adicional del 10 por 100 del importe de la sanción. Este procedimiento se ha revelado como un instrumento complementario del programa de clemencia (véase ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ, 2016). Sin embargo, los primeros avances del futuro procedimiento español de transacción no concluyen aún muchos detalles importantes, entre otros, si este procedimiento se limitará exclusivamente a los casos de cárteles o se extenderá a otras conductas.

Para terminar esta sección, destacar el anuncio del presidente de la CNMC, realizado a finales del año 2017, de la creación de una *unidad de inteligencia económica* para reforzar la política pro-activa de la CNMC, principalmente en la lucha contra los cárteles. Esta propuesta recuerda la creación, en 1998 y 2002, de las «unidades anti-cártel» por parte de la Comisión Europea, encargadas de perseguir, desvelar y eliminar cárteles, utilizando modernas tecnologías de la información desarrolladas internamente en la DG Competencia. La creación de la *unidad de inteligencia económica* de la CNMC constituye una oportunidad para que se doten un mayor número de recursos materiales y personales para combatir los cárteles y, de esta manera, recuperar los niveles de éxito alcanzados en el pasado en la detección, sin depender de las solicitudes de clemencia que se puedan presentar en el futuro.

## REFERENCIAS

- ABRANTES-METZ, R. M. (2013): *Proactive vs. Reactive Anti-Cartel Policy: The Role of Empirical Screens*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2284740>.
- ABRANTES-METZ, R., y BAJARI, P. (2009): «Screen for conspiracies and their multiple applications», *Antitrust*, 24, 66-71.
- ARMOOGUM, K. P.; DAVIES, S. W., y MARIUZZO, F. (2017): *Cartel Enforcement and Deterrence Over the Life of A Competition Authority*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2993149>.

<sup>22</sup> El Reglamento (CE) núm. 622/2008, 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 y 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.



- AUBERT, C.; REY, P., y KOVACIC, W. E. (2006): «The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels», *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), 1241-1266.
- BORRELL, J. R. (1998): «Spanish competition policy: a case of government's response to domestically perceived problems», *The Antitrust Bulletin*, 43, 445-465.
- BORRELL, J. R., y JIMÉNEZ, J. L. (2008): «The drivers of antitrust effectiveness», *Hacienda Pública Española - Revista de Economía Pública*, 185(2), 69-88.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y GARCÍA, C. (2014): «Evaluating antitrust leniency programs», *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1), 107-136.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y LUNA, Y. (2016): «Crímenes y castigo en la lucha contra los cárteles», *Economía Industrial*, 398, 129-144.
- BORRELL, J. R., JIMÉNEZ, J. L., y ORDÓÑEZ-DE-HARO, J. M. (2015): «Análisis forense de los cárteles descubiertos en España», *Papeles de Economía Española*, 145, 82-103.
- CAMPELLO, M.; FERRÉS, D., y ORMAZÁBAL, G. (2017): «Whistle-Blowers on the Board? The Role of Independent Directors in Cartel Prosecutions», *The Journal of Law and Economics*, 60(2), 241-268.
- FRIEDERISZICK, H. W., y MAIER-RIGAUD, F. P. (2008): «Triggering inspections ex officio: Moving beyond a passive EU cartel policy», *Journal of Competition Law and Economics*, 4(1), 89-113.
- GARCÍA-VERDUGO, J.; MERINO TRONCOSO, C., y GÓMEZ CRUZ, L. (2017): «Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015)», en L. CASES (dir.), *Anuario de la competencia 2016*, 345-379.
- GINSBURG, D. H., y WRIGHT, J. D. (2010): «Antitrust sanctions», *Competition Policy International*, 6 (29), 3-39.
- HARRINGTON, J. E. (2007): «Behavioral Screening and the Detection of Cartels», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing.
- (2008): «Detecting Cartels», en P. BUCCIROSSI, *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press.
- HARRINGTON JR., J. E., y CHANG, M. H. (2015): «When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels?», *The Journal of Law and Economics*, 58(2), 417-449.
- HÜSCHEL RATH, K. (2010): «How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements», *Journal of European Competition Law & Practice*, 1 (6), 522-528.
- LEVENSTEIN, M. C., y SUSLOW, V. Y. (2006): «What determines cartel success?», *Journal of Economic Literature*, 44(1), 43-95.
- MARVAO, C., y SPAGNOLO, G. (2018): «Cartels and leniency: Taking stock of what we learnt», en L. C. CORCHÓN y M. A. MARINI (eds.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, vol. II, 57-90.
- MCGOWAN, L. (2009): «Any nearer to victory in the 50-year war? Assessing the European Commission's leadership, weapons and strategies towards combating cartels», *Perspectives on European Politics and Society*, 10(3), 283-307.
- MILLER, N. H., (2009): «Strategic Leniency and Cartel Enforcement», *American Economic Review*, 99, 750-768.
- ORDÓÑEZ-DE-HARO, J. M.; BORRELL, J. R., y JIMÉNEZ, J. L. (2016): «Orígenes, evolución y perspectivas de la lucha contra los cárteles en la Unión Europea», *Anuario de la competencia 2015* (1), 45-71.



- (2018): «The European Commission’s fight against cartels (1962-2014): a retrospective and forensic analysis», *Journal of Common Market Studies*, 56 (5), 1087-1107.
- PASCUAL PONS, C. (2015): «Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia», *Papeles de Economía Española*, 145, 71-80.
- WERDEN, G. J. (2009): «Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime», *European Competition Journal*, 5 (1), 19-36.

## Anexo I. Resoluciones consideradas en el estudio (ordenadas por fecha de decisión)

<i>Resoluciones TDC</i>	<i>Resoluciones CNC</i>	<i>Resoluciones CNMC</i>
354/94, Electrodomésticos Alicante	617/06, Cajas Vascaas y Navarra	S/0378/11, Desmotadoras de algodón
376/96, Cárteles sidra	623/07, Transportes Barcelona	S/0404/12, Servicios Comerciales Aena
352/94, Industrias lácteas	648/08, Hormigones cántabros	S/0445/12, Equipos contra incendios
370/96, Desmotadoras de algodón	S/0037/08, Compañías de seguro decenal	S/0428/12, Palés
395/97, Vacunas antigripales	S/0085/08, Dentífricos	S/0430/12, Recogida de papel
409/97, Alimentos infantiles	S/0014/07, Gestión de residuos sanitarios	S/0453/12, Rodamientos ferroviarios
426/98, Azúcar	S/0084/08, Fabricantes de gel	S/0429/12, Residuos
449/99, REPSOL/Estaciones de Servicio	S/0106/08, Almacenes hierro	S/0473/13, Postes de hormigón
506/00, Transporte Mercancía Vizcaya	S/0091/08, Vinos finos de Jerez	S/0464/13, Puerto de Santander
543/02, Transmediterránea/Euroferrys/Buquebus	S/0120/08, Transitarios	S/474/13, Precios combustibles automoción
561/03, Líneas Marítimas Estrecho 2	S/0080/08, Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras	S/0425/12, Industrias lácteas 2
555/03, Líneas Marítimas Estrecho	S/0086/08, Peluquería profesional	S/0486/13, Concessionarios Toyota
565/03, Materiales Radiactivos	S/0107/08, Plataforma del mejillón	S/0489/13, Concessionarios Opel
588/05, Distribuidores Cine	S/0159/09, Unesa y asociados	S/0487/13, Concessionarios Land Rover
	S/0185/09, Bombas de fluidos	S/0488/13, Concessionarios Hyundai
	S/0224/10, Colomer	S/0471/13, Concessionarios Audi/Seat/VW
	S/0167/09, Productores de uva y vinos de Jerez	S/0469/12, Fabricantes de papel y cartón ondulado
	S/0226/10, Licitaciones de carreteras	S/0454/12, Transporte frigorífico
	S/0192/09, Asfaltos	S/0484/13, Redes abanderadas
	S/0060/08, Sintrabi	S/0482/13, Fabricantes automóviles
	S/0241/10, Navieras Ceuta-2	S/0481/13, Construcciones modulares
	S/0269/10, Transitarios 2	S/DC/0517/14, Bodegas José Estévez
	S/0251/10, Envases hortofrutícolas	S/DC/0503/14, Fabricantes de Turrón
	S/0179/09, Hormigón y productos relacionados	S/DC/0505/14, Concessionarios Chevrolet
	S/0280/10, Suzuki-Honda	S/0455/12, Grupos de gestión

## Anexo I. Continuación

Resoluciones TDC	Resoluciones CNC	Resoluciones CNMC
	S/0244/10, Navieras Baleares	S/DC/0504/14, AIO
	S/0287/10, Postensado y Geotecnia	S/DC/0519/14, Infraestructuras ferroviarias
	S/0318/10, Exportación de sobres	S/DC/0506/14, Concesionarios Volvo
	S/0331/11, Navieras Marruecos	SAMAD/09/2014, Concesionarios Nissan
	S/0317/10, Material de archivo	S/DC/0525/14, Cementos
	S/0293/10, Transcont	S/DC/0544/14, Mudanzas internacionales
	S/0343/11, Manipulado de papel	S/DC/0555/15, Prosegur-Loomis
	S/0342/11, Espuma de poliuretano	S/DC/0538/14, Servicios fotográficos
	S/0329/11, Asfaltos de Cantabria	S/0545/15, Hormigones de Asturias
	S/0316/10, Sobres de papel	S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros
	S/0385/11, Campezo construcciones	S/DC/0562/14, Cables BT/MT
	S/0303/10, Distribuidores sancamiento	
	S/0380/11, Coches de Alquiler	
	S/0402/12, Espuma elastomérica	
	S/0397/12, Transportes Madrid	
	S/0314/10, Puerto de Valencia	

Fuente: elaboración propia a partir de la información disponible en la web de la CNMC.





# LA (RE)MUNICIPALIZACIÓN Y DEMÁS DECISIONES DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES SOBRE SERVICIOS\*

Anna COLOMÉ I NIN

Técnica de la Dirección General de la *Autoritat Catalana de la Competència*

Susanna GRAU I ARNAU

Jefe del Área de Instrucción de Expedientes de la Dirección General de la *Autoritat Catalana de la Competència*

**SUMARIO:** I. ALGUNAS PRECISIONES EN EL DEBATE SOBRE LA REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES.—II. LA DECISIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN Y EL MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES Y SUS IMPLICACIONES EN TÉRMINOS DE COMPETENCIA: A. Prestación del servicio local: monopolio o libre concurrencia. B. Gestión del servicio local: directa o indirecta: a) Variables a ponderar en la decisión sobre si acudir o no al mercado. b) Diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas. c) Potestad de autoorganización y cooperación. C. Lectura en clave de mercado de las decisiones relativas a la prestación de los servicios locales.—III. INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS ENTES LOCALES.—IV. MENCIÓN ESPECIAL AL PROCEDIMIENTO DE REMUNICIPALIZACIÓN Y A LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN ÉL.—V. CONCLUSIONES.

## I. ALGUNAS PRECISIONES EN EL DEBATE SOBRE LA REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES

Con la adopción, el año 2013, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) se dio entrada a la intervención directa de las autoridades de competencia en los procedimientos decisorios de los entes locales relativos a la prestación de determinados servicios locales en régimen de monopolio. En concreto, la Disposición Final primera de la LRSAL introdujo la obligatoriedad de solicitar informe a la autoridad de competencia en los supuestos de establecimiento de servicios locales en régimen de monopolio, mediante la modificación del art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril,

---

\* Las consideraciones y comentarios de las autoras recogidas en esta publicación son responsabilidad exclusiva de las mismas. No reflejan ni comprometen las posiciones presentes o futuras de la institución en la cual prestan servicios.

por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986)<sup>1</sup>.

No obstante, el interés de las autoridades de competencia en la actividad prestacional de las administraciones públicas en general y de la administración local en particular, es anterior a la entrada en vigor de la LRSAL e independiente del rol que dicha norma les ha otorgado. Y es que, como se verá, las decisiones relativas a la prestación de servicios por parte de los entes locales (a saber: decisiones que se refieren tanto al régimen de prestación y la concreta forma de gestión de los servicios públicos locales como al ejercicio de la iniciativa económica local e incluso decisiones relativas a cómo se regulan ciertas actividades económicas —si bien, estas no van a ser objeto de análisis en este trabajo—) presentan importantes implicaciones en términos de política de competencia.

De hecho, solo en atención a la gran cantidad de servicios<sup>2</sup> que ofrecen los entes locales, es evidente que la actividad prestacional de los mismos puede presentar un gran impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado; por ello, es importante que su proceso decisorio tome en consideración la variable «competencia».

Cabe recordar que el objetivo final de la competencia es la eficiencia en la asignación de los recursos en beneficio del consumidor, lo que debe traducirse en el ámbito de los servicios locales en poder disponer de servicios de calidad, sostenibles, fiables y al menor coste posible.

Y es precisamente esta exigencia respecto de los servicios locales, lo que ha provocado, como mínimo en parte, que en los últimos años hayamos asistido a un aumento del interés en los llamados procesos de «remunicipalización». Dichos procesos se contraponen a la tendencia, vigente durante un largo periodo de tiempo (a partir de los años ochenta del siglo XX), a priorizar las formas de gestión indirecta de los servicios locales, a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada para su prestación<sup>3</sup>.

Conviene, sin embargo, precisar el significado de «remunicipalizar», puesto que es un término que genera cierta confusión en cuanto a su significado exacto. En este sentido, dado que la titularidad (y, por tanto, la responsabilidad) del servicio siempre ha sido del ente local, «remunicipalizar» significa esencialmente «reinternalizar» el servicio público local, es decir, recuperar la gestión por parte de los entes locales de aquellos servicios que vienen prestándose de forma indirecta por parte de la iniciativa privada. Por tanto, cuando hablamos de «remunicipalización» nos estamos refiriendo a

---

<sup>1</sup> Más allá de esta previsión concreta, resulta indiscutible que las últimas reformas de la normativa local han enfatizado la importancia de que la actividad económica de los entes locales respete escrupulosamente el criterio de eficiencia.

<sup>2</sup> Ostenten o no la calificación de servicio público.

<sup>3</sup> Este no es un debate exclusivo del ámbito local, pues también se ha producido en otros ámbitos de la actividad prestacional de la administración, por ejemplo, en aquellos de competencia autonómica como la sanidad; sin embargo, en este trabajo nos centraremos en las implicaciones de esta cuestión a nivel local.



un proceso de cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales, pasando de una gestión indirecta a una gestión directa<sup>4</sup>.

Varios son los motivos que explicarían dicho cambio de tendencia. Si bien en algunos casos, las razones de índole política o ideológica han estado detrás de algunos intentos de «remunicipalización» de los servicios de las corporaciones locales, no debemos obviar que han sido puestas de manifiesto cuestiones de eficiencia que justificarían la conveniencia y oportunidad de una vuelta a la gestión directa de determinados servicios locales.

Por un lado, algunos informes han puesto de manifiesto —en ciertos casos y bajo ciertas condiciones— la ineficiencia y la existencia de problemas derivados de una gestión indirecta por parte de operadores privados<sup>5</sup> y, por el otro, hemos visto cómo algunas experiencias de recuperación de la gestión directa de determinados servicios han demostrado que este tipo de gestión es factible y preferible en determinados casos<sup>6</sup>.

En resumen, tradicionalmente, a la gestión privada de los servicios le han sido asociados aspectos positivos como por ejemplo: la profesionalidad de la gestión del servicio; aprovechamiento de las economías de escala; mayor capacidad de inversión; flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de la gestión; agilidad en los procesos de toma de decisión; decisiones no ligadas al corto plazo o al ciclo electoral; introducción de competencia en la fase de acceso al mercado, etc. Sin embargo, actualmente es cuestionada por motivos también de diversa índole, entre otros: discutible calidad de los servicios; existencia de fraude en los procesos de licitación pública; exiguo poder de negociación del ente local frente a las grandes corporaciones prestadoras de servicios; limitada capacidad de supervisión y control sobre la prestación del servicio por parte del ente local; coste del servicio (retribución del gestor, coste del proceso de licita-

<sup>4</sup> «Remunicipalizar no supone, por tanto, crear un nuevo servicio público, ni evitar la privatización —en el sentido de devolver esta actividad a un régimen de mercado— de un determinado servicio público. Al remunicipalizar tan solo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual servicios privatizados vuelvan a ser declarados servicios públicos y, por tanto, se produzca una nueva asunción por parte de la Administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado. Esta garantía, la condición de prestación de un servicio público, no había desaparecido. Lo que se modifica es el cómo se lleva a cabo la prestación de un servicio que no ha dejado de ser un servicio público, aunque su gestión se haya encomendado a un sujeto privado». J. TORNOS MAS, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016.

<sup>5</sup> En este sentido, se puede hacer mención al «Informe núm. 1010, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011» del Tribunal de Cuentas (2013) que ha concluido que en los Ayuntamientos con una población situada en el tramo comprendido entre 5.001 y 20.000 habitantes, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable ha resultado más costoso cuando su provisión se ha atendido mediante contratación pública que en aquellos otros casos en los que se ha encomendado a sus propios medios o al Informe de la Universidad de Greenwich y otros, «Llegó para quedarse. La remunicipalización del agua como tendencia global», 2014.

<sup>6</sup> En este sentido se ha manifestado J. PONCE SOLÉ, «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, 2016, Fundación Democracia y Gobierno Local.

ción, etc.); insuficiente sensibilidad ciudadana; escasa transparencia en la gestión, etcétera<sup>7</sup>.

Se constata que existen abundantes argumentos en *pro* o en *contra* de cada uno de los sistemas de gestión; si bien desde el punto de vista estrictamente de competencia no caben apriorismos, debe realizarse un análisis, caso a caso, para determinar qué opción es la que nos acerca mejor al cumplimiento de los objetivos de interés público en la prestación de servicios públicos locales.

Más allá del referido análisis —del que aportaremos cierta metodología en los siguientes epígrafes—, para que se pueda remunicipalizar un determinado servicio local (por ejemplo, el abastecimiento domiciliario de agua potable o la recogida de residuos urbanos) es condición necesaria que previamente se haya producido la municipalización del mismo. Así, según la doctrina administrativa, «municipalizar» significa asumir por parte del ente local la efectiva prestación de un servicio público y, en consecuencia, la responsabilidad de su prestación excluyendo la iniciativa privada de este ámbito; supone el establecimiento o creación de un servicio público local en régimen de monopolio. Una vez municipalizado el servicio, el ente local deberá optar entre una forma gestión directa (por él mismo) o indirecta, a través del encargo a operadores privados<sup>8</sup>.

Tal actividad económica llevada a cabo por los entes locales goza de amparo constitucional. En este sentido cabe recordar que el art. 128.2 de la Constitución reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, y establece además que mediante norma con rango de ley pueden reservarse al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio. Por un lado, se reconoce constitucionalmente la capacidad de las administraciones de desarrollar actividades económicas como un sujeto más al que el ordenamiento jurídico atribuye iniciativa para ello y, por el otro, se les reconoce la facultad de prestar determinados servicios (los que les son legalmente reservados) en régimen de monopolio<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> «En los últimos años se ha comenzado a replantear esta teoría y se reivindica la recuperación de la gestión directa de los servicios públicos, con el argumento básico de que hay que recuperar lo público para las manos públicas. Los argumentos en defensa de la recuperación de la gestión pública se fundamentan en afirmar que la gestión privada no ha acreditado las expectativas sobre una mejor calidad en la prestación del servicio y en la reducción de precios, mientras que los entes públicos han ido adquiriendo las habilidades propias de los gestores privados; el gestor público cree que junto con la eficacia económica deben introducirse objetivos sociales y ecológicos en la prestación de servicios públicos, que el sector privado no tiene, y seguramente también ha incidido en este cambio de planteamiento sobre los modos de gestión una cultura política de lo público vinculada a ciertos cambios políticos en los Gobiernos de los entes municipales». J. TORNOS MAS, «La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017.

<sup>8</sup> En este sentido, tal como indica TORNOS (2016), al municipalizar se admite que el municipio puede llevar a cabo una actividad pública de contenido económico si decide prestar directamente el servicio, si bien esta actividad económica está vinculada a la prestación de servicios públicos.

<sup>9</sup> El art. 103 de la Constitución, de aplicación general a toda actividad administrativa, condiciona el ejercicio de la iniciativa pública en la economía al cumplimiento de finalidades de interés general. Así, tal como manifestó la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de octubre de 1989 la iniciativa pública en la economía está condicionada, por un lado, por el cumplimiento de las



En desarrollo de este precepto, el art. 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) establece los requisitos básicos para el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas. En este sentido, la actividad económica de los entes locales necesariamente debe estar vinculada a su ámbito competencial, por lo que habrá de acudir a los arts. 25 y 26 de esta misma ley para poder determinar la tipología de servicios o actividades económicas que pueden y, en algunos casos, deben ser prestados a nivel local.

Por un lado, el art. 25.1 LRBRL vincula la prestación de servicios al concepto de utilidad pública de los mismos, disponiendo que «el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo». En el apartado 2 se detallan los ámbitos en los que se reconoce competencia municipal<sup>10</sup>; por otro lado, el art. 26.1 LRBRL establece un listado de servicios de obligatoria prestación por parte de todos los municipios, en función de su número de habitantes, los cuales se configuran como servicios locales mínimos<sup>11</sup>.

El apartado 2 del art. 86 LRBRL reserva a los entes locales la posibilidad de prestar en régimen de monopolio, es decir, excluyendo la iniciativa privada de ese ámbito, determinados servicios o actividades esenciales: «Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable». También prevé la posibilidad de efectuar, mediante ley, dicha reserva respecto de otras actividades y servicios, aunque no se ha dado el caso.

Por tanto, solo podrán ser objeto de municipalización —y, en su caso, de «remunicipalización»— los servicios esenciales contemplados en este artículo o los que se establezcan mediante norma de rango legal, al ser los únicos que pueden ser prestados en régimen de monopolio. El resto de actividades económicas deberán desarrollarse en régimen de libre concurrencia, es decir, siguiendo las reglas de mercado.

Finalmente, resulta necesario hacer hincapié en el hecho que la normativa comunitaria<sup>12</sup> no impone un determinado régimen o forma de gestión

finalidades de interés general a los que toda administración debe servir y, por otro, el respeto a la libre competencia que impone que los operadores públicos se sometan a las mismas cargas que afectan las privadas y a sus mismos riesgos, sin disfrutar de ningún tipo de privilegio.

<sup>10</sup> Por ejemplo, urbanismo, medio ambiente urbano, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación de aguas residuales, cementerios y servicios funerarios, promoción del deporte, etcétera.

<sup>11</sup> Así, son de obligatoria prestación en todos los municipios los siguientes servicios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable, alcantariado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

<sup>12</sup> Para un análisis detallado sobre la incidencia del Derecho comunitario en los procesos de remunicipalización, véase J. M. GIMENO FELIU, «Remunicipalización de servicios locales y derecho



de los servicios de interés económico general (concepto en el cual se incluiría el de servicio público propio de nuestro ordenamiento jurídico)<sup>13</sup>; no prejuzga ni prioriza la opción privada *versus* la pública, pero sí que es exigente con el respeto y cumplimiento de las normas de competencia<sup>14</sup>. Son pocas las excepciones al principio de libre competencia admisibles por el Derecho comunitario, por lo que en el ámbito de los servicios locales, al igual que en otros ámbitos, solo serían aceptables aquellas restricciones a la competencia estrictamente necesarias para la consecución de objetivos de interés general (*ex art. 106.2 TFUE*)<sup>15</sup>.

## II. LA DECISIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN Y EL MODO DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES Y SUS IMPLICACIONES EN TÉRMINOS DE COMPETENCIA

La práctica decisoria de los entes locales respecto la prestación de los servicios que les son legalmente encomendados, así como respecto el ejercicio de actividades económicas, no es neutra en términos de competencia. En este sentido, tanto la decisión relativa al régimen de prestación (monopolio *versus* libre concurrencia) como la relativa a la forma de gestión del servicio (directa, por el propio ente local, *versus* indirecta, de conformidad con la normativa de contratación del sector público<sup>16</sup>) inciden en mayor o menor medida en las condiciones de competencia del mercado en que se desarrolla dicha actividad prestacional.

---

comunitario», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016. Del mismo autor, véase también «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017.

<sup>13</sup> Dicho concepto de Derecho comunitario no es idéntico al de «servicio público» a nivel interno, puesto que incluiría también actividades privadas que son de importancia esencial para la comunidad. Según la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa», Bruselas, 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 900 final, «los SIEG son actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría(o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública».

<sup>14</sup> Art. 106.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

<sup>15</sup> La jurisprudencia comunitaria ha sido la encargada de delimitar las fronteras de lo que constituye un servicio de interés económico general (SIEG). En este ámbito, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de 24 de julio de 2003, asunto C-280/00, *Altmark*, establece (en sus apdos. 89 a 93) pautas para la determinación de cuándo justificadamente puede considerarse un servicio SIEG exento de la normativa de competencia.

<sup>16</sup> Normativa modificada en noviembre de 2017 mediante la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español la Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero.

Previamente al análisis de tales implicaciones, cabe recordar que la decisión sobre el régimen de prestación está condicionada por el hecho que uno u otro régimen (monopolio o libre concurrencia con el sector privado) no son completamente alternativos; solo en los casos previstos por la legislación los entes locales podrán realmente optar, ya que la prestación en régimen de monopolio solamente está prevista para las llamadas actividades o servicios esenciales, es decir, para el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento, y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con el art. 86.2 LRBRL<sup>17</sup>. Para el resto de servicios locales, el único régimen legalmente previsto es el de libre concurrencia con el sector privado.

#### A. PRESTACIÓN DEL SERVICIO LOCAL: MONOPOLIO O LIBRE CONCURRENCIA

Desde la óptica de competencia, de la primera de las decisiones, relativa al régimen de prestación (monopolio o libre concurrencia) dependerá la existencia o inexistencia de competencia en el mercado, es decir, la existencia o no de múltiples operadores (públicos y privados) que rivalicen en la prestación del servicio o la ejecución de la actividad de que se trate. En este sentido, hay que tener presente que el juego de la competencia también es importante en el ámbito de los servicios y las actividades económicas locales, puesto que la competencia, a través de los mecanismos de oferta y demanda, no persigue otro objetivo que la eficiencia en la asignación de recursos en beneficio del consumidor, propiciando mayor variedad y cantidad de oferta, precios más bajos, más innovación y mayor calidad, entre otros.

Si se opta por la prestación del servicio o actividad en régimen de libre concurrencia, el ente local (independientemente de la forma de gestión adoptada) se convierte en un prestador que compite con la iniciativa privada, de modo que el ciudadano puede optar por una pluralidad de prestadores. En cambio, cuando se produce una reserva monopolista, los servicios se prestan por la administración, directa o indirectamente, en régimen de exclusiva, negando la libertad de empresa a la iniciativa privada en el mercado afectado por dicha reserva.

Desde una óptica de competencia, la decisión relativa a la prestación de un servicio en régimen de monopolio o en concurrencia con la iniciativa privada es, como hemos dicho, de vital importancia puesto que la primera opción (monopolio) constituye la restricción a la competencia más importante que puede producirse por parte de un ente público (local, en este caso). En una situación de reserva monopolista, desaparece la posibilidad de inducir el juego de la competencia ya que la entrada de operadores distintos al legalmente establecido ha quedado vetada; estaríamos, en definitiva, ante una situación de no competencia.

<sup>17</sup> Este mismo apartado 2 del art. 86 LRBRL prevé que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante norma con rango de ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.



Por tanto, en general, la recomendación en términos de competencia es clara: siempre que puedan prestarse los servicios públicos en régimen de libre concurrencia deberá evitarse la prestación en régimen de monopolio.

A pesar de esta recomendación general, en ocasiones se ha demostrado que no siempre la mejor opción es el libre mercado. Hablamos, esencialmente, de situaciones en que existe un fallo de mercado: cuando el mercado no es capaz, por sí mismo, de proveer de manera adecuada determinados bienes y servicios, probablemente estará justificado acudir a un régimen de monopolio para la prestación de un servicio. En el caso de los servicios locales, los principales fallos de mercado detectados serían, básicamente: i) las externalidades negativas, esto es, consecuencias derivadas de la actividad económica que afectarían a personas distintas a las que realzan la actividad en cuestión y que no tendrían reflejo en los precios de los servicios producidos<sup>18</sup>; ii) las asimetrías informativas, es decir, casos en que las partes participantes en una determinada transacción no poseen la misma información sobre determinadas variables (precio u otras condiciones comerciales, calidad, seguridad, etc.) que son importantes para que el usuario pueda tomar una correcta decisión sobre el servicio en cuestión. Asimismo, puede ocurrir que sea imprescindible, y iii) la toma en consideración de determinados criterios de eficiencia a la hora de proveer determinados servicios o que la estructura del mercado responda a un monopolio natural (por ejemplo, la gestión del ciclo del agua), caracterizado por la existencia de elevados costes fijos, por lo que el establecimiento de un régimen de monopolio, que atribuya a un único operador (público o privado, como veremos más adelante) la prestación del servicio o la explotación de una actividad en exclusiva probablemente constituya la mejor forma de prestación.

En cualquier caso, habrá que realizar una tarea de identificación y análisis de dichos fallos de mercado, puesto que la determinación de si una actividad se presta mejor de un modo u otro debe valorarse, como hemos dicho, caso a caso.

Finalmente señalar que, en relación con la prestación en régimen de monopolio, en términos de competencia sería conveniente que el monopolio no abarcara más prestaciones o actividades que las estrictamente necesarias para el correcto cumplimiento del servicio público en cuestión, de modo que aquellas actuaciones no intrínsecas y esencialmente vinculadas al servicio continuaran abiertas a la competencia entre operadores<sup>19</sup>. Sin duda alguna ello redundaría en beneficio de los consumidores y usuarios de los servicios públicos.

---

<sup>18</sup> Cuando hablamos de externalidades negativas nos estamos refiriendo a los costes que la realización de determinada actividad económica comportaría para los terceros ajenos a la misma (por ejemplo, la contaminación causada por un determinado operador).

<sup>19</sup> Por ejemplo, cuando se declara la prestación en monopolio del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, con independencia de que la gestión sea directa o indirecta, determinadas prestaciones, como la realización de obras de extensión de la red o de determinadas acometidas, suministro, conservación y mantenimiento de contadores, etc., podrían ser realizadas por otros prestadores de servicios en régimen de competencia, estableciendo para ello un régimen de reglamentación y especificación técnica adecuado.



## B. GESTIÓN DEL SERVICIO LOCAL: DIRECTA O INDIRECTA<sup>20</sup>

Decidido el régimen de prestación (monopolio o libre concurrencia con el sector privado), corresponde al ente local determinar cómo gestiona efectivamente el servicio: directamente, es decir, por el propio ente local atendiendo a las formas previstas para ello en la legislación de régimen local<sup>21</sup>, o indirectamente mediante el encargo al sector privado<sup>22</sup>. En relación con este último supuesto supone una importante novedad la configuración que realiza la nueva legislación de contratación pública, entrada en vigor en marzo de 2018, de la «gestión indirecta», en términos de la normativa local, puesto que ha desaparecido el llamado contrato de gestión de servicios públicos siendo, *grosso modo*, sustituido por el contrato de concesión de servicios o —únicamente, para aquellos casos en lo que la Administración no transfiera el riesgo operacional— por el contrato de servicios<sup>23</sup>. Sin embargo, el hecho de que la gestión interesada y el concierto no estén

<sup>20</sup> Atendida la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos en la nueva legislación en materia contractual, surge a la duda sobre la procedencia de continuar empleando la terminología de «gestión indirecta». En este sentido, hacemos nuestras las consideraciones de José Luis MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS relativas a que «el concepto de gestión indirecta merece continuar siendo utilizado al seguir aportando un contenido jurídico-administrativo relevante [...] en primer lugar, porque establece un primer criterio de demarcación en la clasificación general de los modos de gestión: la participación de un privado en la gestión de los servicios públicos, lo que la opone al otro gran grupo, la gestión directa, caracterizada por la exclusividad de la participación de entidades públicas. En segundo lugar, porque su uso está muy generalizado y forma parte integrante de acervo del Derecho público español; y ello tanto en las vertientes normativa y de gestión, como desde la perspectiva doctrinal», recogidas en «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», Instituto Nacional de Administración Pública, 2018, consultable en <http://administracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>.

<sup>21</sup> El art. 85.2 LRBRL establece como formas de gestión directa las siguientes: a) gestión por la propia entidad local; b) organismo autónomo local; c) entidad pública empresarial local, y d) sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

<sup>22</sup> El mismo art. 85.2 LRBRL remite a la legislación de contratos del sector público para la determinación de las formas de gestión indirecta. Esta legislación ha sufrido una importante modificación con la entrada en vigor, en marzo de 2018, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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 (en adelante, LCSP), de la cual desaparece la figura del contrato de gestión de servicios públicos, el cual se articulaba mediante las figuras de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta (art. 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público). La nueva LCSP solo contempla el contrato de concesión de servicios.

<sup>23</sup> En algunos supuestos, cabría utilizar la figura del contrato de servicios en lugar de la del contrato de concesión de servicios, en función, básicamente y simplificando (puesto que no es el objeto de este artículo), de la existencia o no de transferencia al concesionario del riesgo operacional. Para que exista concesión del servicio debe producirse dicha transferencia. En este sentido, el art. 15 de la nueva LCSP se remite al art. 14.4, relativo a las concesiones de obra para la definición de «riesgo operacional». En palabras de GIMENO FELIU: «El riesgo de explotación económica y del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio», 2017.

contemplados en la nueva normativa, «no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las directivas»<sup>24</sup>. Subsiste la posibilidad de adjudicar concesiones de servicios a sociedades de economía mixta (Disposición Adicional 22.<sup>a</sup> de la LCSP) y la figura de determinados conciertos para la prestación de asistencia sanitaria, a los que la ley atribuye la naturaleza de concesión de servicios.

Desde una óptica de competencia, la decisión relativa a la forma de la forma de gestión (directa o indirecta) es clave puesto que condiciona el tipo de competencia existente en el mismo; hablamos en este caso de competencia POR el mercado, que sustituye a este nivel a la competencia EN el mercado. Esta última implica la concurrencia de distintos operadores, públicos y/o privados, que rivalizan en la prestación del servicio o la realización de la actividad de que se trate; en cambio, la competencia por el mercado se refiere a la concurrencia o rivalidad de los operadores para obtener el derecho a explotar o gestionar unos servicios o actividades de manera exclusiva durante un periodo de tiempo determinado.

Por tanto, este tipo de competencia se produce en los supuestos de gestión indirecta y se excluye en los supuestos de gestión directa, en los que quién presta el servicio (con independencia de la concreta forma de gestión escogida) es la propia administración local:

- En los supuestos de gestión indirecta, la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato, en la que concurre una pluralidad de operadores con distintas ofertas de precio, calidad u otras características. Una vez adjudicado el contrato a un operador determinado, la competencia por el mercado desaparece durante toda la vigencia del contrato, y no reaparece hasta que se produce una nueva licitación. Por este motivo, en los supuestos de gestión indirecta cobra especial relevancia el procedimiento de licitación del contrato, que deberá ser lo más competitivo posible<sup>25</sup>, ya que en caso de que se introduzcan en él elementos de distorsión, sus consecuencias negativas para la competencia persistirán durante toda la vigencia del contrato.
- En cambio, en una gestión directa no existe competencia por el mercado, reduciéndose la tensión competitiva a la hora de prestar el servicio, lo que podría provocar una pérdida de incentivos a la eficiencia.

*A priori*, en términos de competencia, sería preferible optar por una gestión indirecta, ya que lleva asociada un mayor grado de competencia (los operadores rivalizan periódicamente para obtener el encargo de la

<sup>24</sup> GIMENO FELIU, 2017.

<sup>25</sup> Procedimiento de licitación que debería ser diseñado de tal manera que permitiera la participación del mayor número posible de licitadores (por tanto, un mayor número de ofertas entre las que escoger), y minimizara las distorsiones a la competencia que pudieran producirse.



administración)<sup>26</sup>, no obstante, no necesariamente siempre esta es la mejor opción; en ciertas ocasiones los beneficios derivados de una gestión eficiente pueden ser superiores a los derivados del juego de la competencia, por lo que si la gestión directa se demuestra más eficiente habrá que optar por ella.

De hecho, este concepto de eficiencia se recoge en el redactado vigente del art. 85.2 LRBRL<sup>27</sup> al establecer que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». Y ahondando en esa exigencia establece un orden de preferencia entre las distintas formas de gestión directa de los servicios locales (aspecto no tratado en este artículo). Así, «solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras *c*) y *d*) [entidad pública empresarial y sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública] cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras *a*) y *b*), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión».

En esta misma línea, el legislador estatal posteriormente, mediante el art. 86.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015), volvió a fijar en relación con la gestión directa, —en este caso referida a los medios propios y servicios técnicos— que es posible acudir a estos siempre que «se dé alguna de las circunstancias siguientes: *a*) sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, o *b*) resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados». Por tanto, salvo en los casos de seguridad pública o de urgencia, será necesario acreditar que acudir al medio propio (gestión directa) es más eficiente que la contratación pública (gestión indirecta).

E incluso más recientemente, la nueva LCSP en su art. 294.c) también incorpora la exigencia de eficacia y eficiencia de la gestión directa a fin poder ejercer la facultad de rescate por parte de la Administración por razones de interés público<sup>28</sup>. En particular, el precepto requiere la concurrencia

<sup>26</sup> Tal como señala J. ESPINOSA GARCÍA, «Servicios Públicos Locales y Competencia», en *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011, pp. 197-219, «en principio, y con todas las matizaciones pertinentes cuando se realiza un ejercicio de generalización, la decisión de externalizar el servicio puede suponer un incremento de la eficiencia en su prestación, al menos por dos razones principales. En primer lugar, cabe suponer que las entidades privadas tienen menos obstáculos y mayores incentivos a establecer mecanismos de gestión que supongan importantes ventajas de costes en relación con la gestión pública, debido a su ánimo de lucro como primer elemento motivador de su actividad y a una mayor flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de dicha gestión. En segundo lugar, como se verá posteriormente, la externalización permite introducir competencia en la fase de acceso al mercado, y dicha competencia precisamente puede asegurar un mejor traslado de esas eficiencias y ventajas de costes a la prestación del servicio, mediante la puja entre distintos competidores por hacerse con él».

<sup>27</sup> En su versión dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno local.

<sup>28</sup> Para más detalle sobre el art. 294.c) de la LCSP véase el artículo de F. GARCÍA RUBIO, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Descripción de las novedades en la Administración Lo-



de una razón de interés público y «además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional».

En resumen, la eficiencia es clave de la cuestión; sin embargo, en ocasiones la opción de establecer una gestión directa se toma teniendo en consideración criterios ajenos a la eficiencia. En este sentido, con frecuencia se esgrime la resolución de conflictos socio-laborales (por ejemplo, racionalización de plantillas) y la voluntad de retener el control que implica la gestión directa del servicio por razones de imagen pública. Asimismo, también pueden influir otros factores como el posicionamiento ideológico de los órganos decisorios del ente local o la experiencia práctica de municipios cercanos en la gestión de un determinado servicio.

En cualquier caso, decidir la forma de gestión del servicio es una decisión discrecional y sometida al control judicial. Insistimos en que, si bien muchas pueden ser las razones desencadenantes de procesos de remunicipalización, estos procesos deben fundamentarse en razones de interés público concretas, en la eficiencia del sistema y la sostenibilidad financiera para no incurrir en vicios de nulidad ni en arbitrariedad, es decir, que habrá que acreditar que no se trata de una decisión tomada en base a «la libre voluntad», sino sujeta a las reglas y principios legalmente establecidos.

La adopción de la decisión sobre la forma de gestión requiere acreditar en el expediente que se instruya que la forma elegida es más sostenible y eficiente, en términos de rentabilidad económica y recuperación de la inversión que las otras formas de gestión (análisis de costes-beneficios en comparación con los costes-beneficios de otras formas de gestión). El análisis debe ir referido a las mismas condiciones de calidad efectiva en la prestación, lógicamente, (en caso de mayor calidad en la prestación estará justificado un mayor coste en la misma proporción y viceversa). Pueden introducirse también, si se estima conveniente, criterios de eficiencia y sostenibilidad en términos distintos de los meramente económicos-sociales, medioambientales, etc. En cualquier caso, resulta realmente importante que todos los argumentos que se esgriman por parte de la corporación municipal para defender que la forma de gestión propuesta es la más eficiente (eficiencia en sentido amplio) queden debidamente acreditados y en la medida de lo posible, cuantificados.

En resumen, las autoridades locales deben ponderar la conveniencia de decantarse por una fórmula de gestión directa o indirecta. Por ello, la toma de decisiones en este ámbito impone ineludiblemente que:

- Las razones y motivaciones que fundamenten la fórmula de gestión escogida —sea esta directa o indirecta— queden debidamente acreditadas en el expediente.
- De conformidad con la legislación actual, se prime el criterio de eficiencia en la prestación de servicios. De manera que a pesar de la

autonomía local de la que gozan, de su condición de sujeto político y de su potestad de auto-organización, la elección de la forma de gestión por parte del ente local responda adecuadamente a la eficiencia legalmente exigida. Incluso más allá de la legalidad vigente, también es responsabilidad de los entes locales asumir la cultura de competencia en su toma de decisiones, de manera que no impongan sacrificios injustificados a la competencia.

a) *Variables a ponderar en la decisión sobre si acudir o no al mercado*

Tal como señala TORNOS (2017), la decisión sobre el modo de gestión de un servicio público debe atender a una pluralidad de factores, debiéndose de tener en cuenta tanto la existencia de diversas realidades locales como el marco legal aplicable. Destaca algunos elementos a tener en cuenta a la hora de decidir entre uno u otro modo de gestión: la diversidad de los servicios existentes; el tamaño del municipio; la situación financiera del ente local; la relación concesional existente hasta el momento; la situación concreta del municipio y la necesidad de municipalizar un servicio aun no municipalizado (por ejemplo, coste de la indemnización de las empresas existentes), etcétera.

Específicamente, desde una óptica de competencia, existen variables que muy particularmente deberían ser tenidas en cuenta por las administraciones locales a la hora de decantarse por uno u otro tipo de gestión<sup>29</sup>, bien en el momento de la creación de un servicio bien cuando se plantea un cambio en la forma de gestión del mismo. Pueden destacarse las siguientes:

- *Número suficiente de oferentes en el mercado interesados en la prestación del servicio.* Para decidir sobre la oportunidad de externalizar un servicio, es importante conocer si existe un número suficiente de oferentes dispuestos competir efectivamente para resultar adjudicatarios de un determinado contrato. Esto es, debe existir competencia efectiva en la asignación del contrato, de lo contrario, no va a resultar adecuado acudir al mercado.
- *La calidad del servicio debe ser fácil de medir y es preferible que los servicios puedan financiarse en gran parte por los propios usuarios del mismo.* En caso de no cumplirse estas premisas va a resultar complicado acercarse adecuadamente al mercado para sea este el que provea el servicio.
- *Correcta distribución del riesgo e información abundante.* En el caso de acudir a una gestión indirecta debe nítidamente poderse: i) establecer una adecuada asignación de riesgos; ii) garantizar la transparencia de la relación público-privada durante la vida del contrato, y iii) contar con una unidad —con experiencia y recursos suficientes— para controlar y supervisar el servicio que se ha contratado.

<sup>29</sup> Véase J. ESPINOSA GARCÍA (2011), y E. ENGEL, R. FISCHER y A. GALETOVIC (2014), *Economics Public-private Partnerships*, Cambridge University Press.



- *Inexistencia de elevados costes a la entrada y/o costes hundidos.* Unos costes iniciales muy elevados o importantes costes hundidos para la prestación del servicio —es decir, no fácilmente recuperables una vez finalizado el contrato— pueden comportar, en vista a nuevas licitaciones, la perpetuación de los operadores que prestan en la actualidad el servicio y, por tanto, el desincentivo de los potenciales interesados en participar y competir en un proceso para obtener la adjudicación de un nuevo contrato.
- *Posibilidad de conceder autonomía sobre los costes de la operación del servicio.* Cuando se concede un amplio grado de autonomía sobre los costes de la operación del servicio (por ejemplo, los costes salariales), se favorece la presentación de ofertas competitivas que internalicen las eficiencias derivadas de una mayor capacidad de gestión, intensificándose la competencia en el acceso al servicio público de que se trate.

Si se verifican tales circunstancias, en principio, y con todas las matices pertinentes cuando se realiza un ejercicio de generalización, probablemente la decisión más beneficiosa para el interés general será la externalización del servicio. En caso contrario, las ventajas que normalmente se atribuyen a la gestión privada o indirecta serán probablemente menores.

A estas variables cabría añadir, para el caso en que un ente local se planteara la remunicipalización de un servicio objeto de una concesión aún vigente acudiendo a la figura del rescate, el coste del mismo puesto que si es excesivamente elevado es probable que la remunicipalización que se pretenda no sea posible por insostenible o excesivamente gravosa para las arcas municipales<sup>30</sup>. Al respecto, como ya hemos mencionado, la posibilidad de rescatar una concesión de servicio público también está expresamente prevista en la nueva normativa de contratación pública<sup>31</sup>. En este sentido, la

<sup>30</sup> En caso de rescate, la Administración debe abonar al concesionario «en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización». Asimismo, «indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 280 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta del su grado de amortización» (art. 295, apdos. 1 y 4, de la LCSP).

<sup>31</sup> Existe diversidad de opiniones sobre la compatibilidad de la figura del rescate de las concesiones de servicio público, tal y como se configura en la nueva LCSP, y el art. 44 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. En este sentido, Y. MARTÍNEZ MATA y S. RATING, «Análisis jurídico de las posibilidades de remunicipalización de servicios de interés general, desde una óptica de competencia», en *LUX Barcelona, Revista de transparencia metropolitana*, núm. 1, 2017, consideran compatible el rescate, como herramienta para proceder a una remunicipalización de un servicio local para pasar a prestarlo de forma directa con el citado art. 44 de la Directiva, siempre que la decisión municipal responda a valoración cuidadosa del interés general y los criterios de sostenibilidad y eficiencia a los que obliga la normativa de aplicación. Consideran perfectamente plausible imaginar un escenario en el que se decide el rescate del servicio público y se respetan al mismo tiempo los derechos del concesionario saliente, otorgándole la indemnización que legalmente corresponda por el tiempo de rescisión anticipada del contrato de concesión, sin que «los derechos del concesionario respecto a los términos concesionales inicialmente pactados, con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*, tengan que



nueva LCSP prevé expresamente, entre las causas de resolución de los contratos de concesión de servicios, el «rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público», el cual requerirá, como novedad respecto de la anterior ley de contratos, «la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional». Exige, pues, la realización de un análisis que justifique, mediante criterios de eficacia y eficiencia, de sostenibilidad en definitiva, el cambio hacia una gestión directa antes de la finalización del plazo concesional.

#### b) *Diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas*

Si finalmente se opta por una gestión indirecta o concesionada del servicio, desde una óptica de competencia adquiere una extraordinaria importancia el diseño tanto del procedimiento de licitación en sí mismo —puesto que condiciona el nivel de concurrencia y competencia que se alcanzará en la licitación en cuestión— como del contrato que finalmente se adjudique —ya que, como hemos señalado, las consecuencias negativas para la competencia derivadas de la introducción de determinados elementos de distorsión persistirán durante toda la vigencia del mismo—.

De hecho, los entes locales —como cualquier otra administración pública que decida acudir al mercado para proveerse o para prestar servicios— garantizan el principio de libre competencia en primer término, cumpliendo con las obligaciones establecidas por la normativa de contratación y seguidamente, adoptando las decisiones más favorecedoras para la competencia —o aquellas que la restrinjan en menor medida— de entre las diferentes posibilidades que contempla la LCSP. El cumplimiento de este segundo requerimiento implica llevar a cabo un análisis —que va más allá de lo que supone respetar la legalidad— a fin de determinar y escoger entre el abanico de posibilidades de la LCSP, caso a caso, cuál es la opción más adecuada en términos de competencia. Este análisis es especialmente relevante en diferentes momentos, a saber: al elegir el procedimiento de contratación, al diseñar las condiciones de licitación (criterios de acceso a

---

prevaler sobre el derecho del ente municipal a organizar sus servicios públicos de la manera que mejor responda al interés general del municipio y a los reiterados criterios de sostenibilidad y eficiencia. De otro modo, se estaría condenando a la Administración municipal —y a sus ciudadanos— a perpetuar hasta la finalización del plazo concesional una decisión inicial de gestión indirecta que con posterioridad haya resultado o devenido errónea, ineficiente, insostenible o inadecuada para la satisfacción de los referidos intereses generales».

Por otro lado, GIMENO FELIU (2017) considera que del art. 44 de la Directiva se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador. En este sentido, «el interés público —al igual que sucede con la modificación contractual— ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el Derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no un privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y los principios de esta potestad».

la licitación, criterios de adjudicación, etc.), al determinar la duración del contrato e incluso una vez adjudicado, ante la posibilidad de modificar sobrevénidamente las condiciones contractuales<sup>32</sup>.

De manera muy resumida, resulta imprescindible prestar especial atención a los siguientes factores:

- *Tipo de procedimiento de adjudicación.* Cualquier medida que dificulte la participación de los operadores en la licitación será peor en términos de competencia; por ello, debería priorizarse el procedimiento abierto.
- *Publicidad verdaderamente efectiva de los anuncios de licitación.* La noticia de la licitación debería llegar a los potenciales interesados a fin de asegurar la mayor competencia potencial posible. Por ejemplo, además de los mecanismos de publicidad establecidos en la normativa de contratación pública, los entes locales también podrían hacer uso de las plataformas electrónicas de contratación administrativa.
- *Claridad en la redacción de los Pliegos.* Las condiciones de la licitación no deben dar lugar a dudas a fin de promover la participación de las empresas y de que estas puedan presentar las mejores ofertas.
- *Puesta a disposición de los licitadores de toda la información relevante, no solo de carácter técnico sino también económico.* El objetivo es que los licitadores puedan, efectivamente, presentar ofertas realistas y competitivas. Si la información relevante (por ejemplo, costes del servicio actual, flujos de demanda, etc.) solo es conocida

---

<sup>32</sup> Atendida la importancia de la contratación pública en España, las autoridades de competencia, tanto estatal como autonómicas, han analizado profusamente los elementos propios del diseño de las licitaciones públicas a fin de recomendar aquellas opciones que resulten lo más procompetitivas posibles, entre otras —sin ánimo de exhaustividad— se puede hacer referencia a las siguientes publicaciones:

- «Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública», ACCO, 2010, pp. 15-22 ([http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_accoco/documents/arxiu/guia\\_prev\\_det\\_colusio\\_contractacio\\_publica\\_cat.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accoco/documents/arxiu/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_cat.pdf)).
- «Estudio sobre la contratación pública en la CCAA andaluza des del punto de vista de la competencia», de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, 2010, pp. 14-17 (<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-contratacion-publica-final.pdf>).
- «Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza», 2010, pp. 16-41 (<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/RecomendacionesContratacionPublica.pdf>).
- «Guía sobre Contratación Pública y Competencia», Comisión Nacional de Competencia, 2011, pp. 10-28 ([https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/GUIA\\_CONTRATACION\\_v4.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf)).
- Informe «PRO/CNMC/001/15 - Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia», Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2015, pp. 9-24 ([https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502\\_Informe\\_ContratacionPublica.pdf](https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf)).
- «Guía de contratación pública y competencia», Autoridad Vasca de la Competencia, 2018 ([http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias\\_gidak/es\\_guias/adjuntos/GUIA\\_CONTRATACION\\_COMPETENCIA\\_es.pdf](http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf)).



por el prestador actual del servicio, este dispondrá de una ventaja que le permitirá presentar, ante una nueva licitación del servicio, la oferta mejor adaptada a la realidad pero sin a lo mejor ser la más eficiente.

- *Establecimiento de criterios de solvencia económica y técnica proporcionados al objetivo que se persigue.* Es prioritario poder contar con un buen número de licitadores, por ello es necesario que el propio diseño de la licitación no limite injustificadamente el acceso de determinados operadores que podrían desempeñar perfectamente el servicio (en especial, los de pequeña dimensión).
- *Diversificación y fragmentación de los contratos.* Con la división de los contratos en lotes<sup>33</sup> se permite la participación de un mayor número de licitadores en el procedimiento y, además, adjudicados los lotes, existe una pluralidad de prestadores de servicios. Sin embargo, la división en lotes debe llevarse a cabo cuidadosamente a fin de evitar que se facilite el reparto de los mismos entre licitadores. En otros términos, la división en lotes presenta un claro *trade off* puesto que de una parte i) incrementa las posibilidades de ciertas empresas de concurrir a la licitación (positivo en términos de competencia) y de otra, ii) facilita el comportamiento estratégico de las empresas de repartirse los lotes (negativo para la competencia).
- *No discriminación entre nuevos operadores y operadores incumbentes.* En general, evitar el establecimiento de cláusulas que favorezcan o privilegien al operador que actualmente presta el servicio (por ejemplo, exigencia de determinada experiencia previa).
- *Duración del contrato.* Los plazos que se establezcan deberían permitir la recuperación de las inversiones y obtener un beneficio sobre el capital invertido, evitando asimismo las prórrogas innecesarias del contrato. Solo así se limita el cierre de mercado que se produce con la adjudicación y, por tanto, la restricción a la competencia, al mínimo posible. En esta línea, el recurso a las prórrogas de los contratos debe concebirse como claramente excepcional.
- *Modificaciones sobrevenidas.* El uso de este recurso legalmente previsto debe ser excepcional, puesto que cualquier modificación contractual implica alterar las condiciones en las que se produjo la licitación, en base a las que los diferentes postores formularon sus ofertas, por ello es imprescindible reclamar un uso responsable de esta figura, de manera que solo se recurra a ella ante la imposibilidad de obtener los objetivos de la modificación mediante una nueva licitación pública.

---

<sup>33</sup> De hecho, la nueva LCSP prevé, como regla general, la división en lotes del objeto de los contratos, novedad introducida como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (art. 46). Según el art. 99.3 de la LCSP «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta». Se prevén excepciones a esta regla de lotización de los contratos cuando concurren motivos válidos que así lo justifiquen y consten en el expediente.



En el caso que justificadamente la modificación sobrevenida sea imprescindible, se recomiendan las siguientes buenas prácticas: i) no aprovechar las modificaciones sobrevenidas para incluir nuevas prestaciones no directamente asociadas a la circunstancia imprevisible que ha comportado la modificación del contrato; ii) si el objeto de la modificación son los precios debe hacerse un análisis de mercado —a fin de evitar que la administración sea precio aceptante sin capacidad de contraste—, y iii) autoimponerse la obligación de recoger en un informe anual todos los contratos modificados así como la motivación justificativa, etcétera.

En resumen, resulta fundamental, a fin de que el ente local aproveche los beneficios asociados a la competencia, un diseño pro-competitivo de las licitaciones públicas que promueva al máximo la concurrencia y la competencia. Ahora bien, no puede obviarse que este tipo de práctica administrativa requiere del ente local tanto un buen conocimiento del mercado como una actuación estratégica por parte del mismo —algunas de las pautas anteriores van en esta línea—, para ello se concibe imprescindible que este cuente con profesionales de la compra pública altamente especializados, capacitados e impregnados de la cultura de competencia.

### c) *Potestad de autoorganización y cooperación*

Es práctica habitual de las administraciones públicas y, por tanto, de los entes locales, la celebración de convenios de colaboración con otras administraciones públicas (lo que se ha conocido como cooperación horizontal o no institucionalizada) o la realización de encargos a medios propios (cooperación vertical o institucionalizada) para la gestión directa de determinados servicios locales. La nueva LCSP reconoce expresamente dichos recursos y los engloba dentro de la llamada «potestad de autoorganización» (art. 31 LCSP). En transposición de la Directiva 2014/24/UE, esta nueva regulación supone una positivización de la doctrina jurisprudencial de los contratos *in house* y de la colaboración horizontal entre entidades públicas (art. 12 de la citada Directiva).

Desde una óptica de competencia, el interés en estos instrumentos de cooperación resulta del hecho que suponen la exclusión de la aplicación de la normativa de contratación pública en supuestos que, en ausencia de tales mecanismos para desarrollar una actividad en gestión directa, los entes locales muy probablemente recurrirían a la gestión indirecta y, en consecuencia, licitarían el contrato correspondiente, suscitando la competencia por el mercado. En particular, la utilización de estos instrumentos por parte de los entes locales ha tenido (y sigue teniendo) importantes implicaciones en materia de competencia.

Por un lado, los convenios de colaboración entre administraciones públicas se hallaban excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), vigen-

te hasta marzo de 2018, siempre que el convenio en cuestión no tuviera naturaleza objetivamente contractual<sup>34</sup>. A falta de más indicaciones en la norma, resultaba imprescindible determinar si efectivamente un convenio de colaboración entre dos administraciones públicas tenía o no tal carácter contractual<sup>35</sup>.

La jurisprudencia, especialmente comunitaria, fue la encargada de determinar los requisitos mínimos para considerar que existía un convenio de colaboración sin naturaleza contractual, es decir, excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública<sup>36</sup>: i) que en él participaran solo poderes adjudicadores y no hubiera presencia de capital privado; ii) que se produjera una cooperación real en vista a la realización de una tarea común (misión o servicio público común), y iii) que tal cooperación se rigiera únicamente en atención a consideraciones de interés público. Asimismo, para la apreciación del elemento cooperativo en el desarrollo de una tarea común, podían considerarse distintos elementos: por ejemplo, si existía un reparto de responsabilidades o, como mínimo, que la actuación de una de las partes constituyese un «complemento específico» de las funciones de interés público de la otra parte<sup>37</sup>.

En virtud de dicha jurisprudencia, en caso de ausencia de una verdadera cooperación entre administraciones públicas (cuando, por ejemplo, existiese una asignación de tareas unilateral de una administración a otra, o se retribuyese más allá de los costes del servicio), un convenio de colaboración tendría naturaleza contractual y, en consecuencia, debería someterse a las normas de contratación del sector público, licitando el correspondiente contrato<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> Art. 4.1 TRLCSP: «Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: [...] c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley».

<sup>35</sup> En este sentido, señalar que la denominación que otorguen las partes al convenio es irrelevante a la hora de decidir si realmente se trata de un convenio de colaboración o de un contrato, debiendo estar a la naturaleza real y objetiva de lo convenido (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004).

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión/Alemania*.

También véase el Documento de Trabajo de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación en el sector público), de referencia SEC (2011) 1169, de 4 de octubre.

<sup>37</sup> Véanse conclusiones del Abogado General, de fecha 23 de enero de 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GMBH/Technische Universität Hamburg-Harburg*.

<sup>38</sup> La Directiva 2014/24/UE establece los requisitos en materia de cooperación horizontal: 1) debe existir una cooperación genuina para la realización común de tareas de servicio público, que únicamente pueden basarse en consideraciones de interés público; 2) las entidades participantes deben asumir la ejecución de las principales obligaciones contractuales, para lo que deberán haber celebrado un contrato en el que se incluyan los derechos y obligaciones mutuas, con gestión y decisiones comunes; 3) las competencias no tienen que ser iguales, bastando que las entidades tengan competencias complementarias, y 4) no pueden contratarse a través de esta fórmula actividades que superen el 20 por 100 de la totalidad del volumen de los contratos que, en principio, deberían contratar estas entidades con sujeción a las Directivas.



La nueva LCSP, en su art. 6.1 incorpora estos requisitos fijados por la jurisprudencia y exige, para que un convenio entre administraciones públicas sea excluido de su ámbito de aplicación —más allá de que el objeto del mismo no se encuentre comprendido en el de los contratos de la LCSP— el cumplimiento de las siguientes condiciones cumulativas: *a)* que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado<sup>39</sup>; *b)* que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común, y *c)* que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionada con el interés público.

Por otro lado, las autoridades de competencia<sup>40</sup> también han tenido ocasión de analizar en profundidad los encargos a medios propios<sup>41</sup>. Los medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas son entidades del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil, que proveen determinados bienes y servicios a su Administración titular, de acuerdo con una relación administrativa de encomienda de gestión (término usado hasta la entrada en vigor de la nueva LCSP) o encargo no contractual, consecuencia del carácter interno o instrumental de dichas entidades<sup>42</sup>. Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de los encargos a medios propios es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por tanto, de la concurrencia.

Si las Administraciones recurren a los medios propios de manera muy habitual pueden generarse riesgos para la competencia efectiva en los mercados; en palabras de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)<sup>43</sup>: «El recurso a encomiendas de gestión, en particular cuando es sistemático, puede suponer condiciones menos ventajosas para las Administraciones demandantes de las que se derivarían de una licitación pública [por ausencia, básicamente, de tensión competitiva a la hora de fijar las

<sup>39</sup> «La cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración».

<sup>40</sup> Véase, en este sentido, el informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de 2013. Consultable en [https://www.cnmcc.es/sites/default/files/1186066\\_1.pdf](https://www.cnmcc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf).

<sup>41</sup> La nueva LCSP distingue los encargos a medios propios de la figura de las encomiendas de gestión establecidas en el art. 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en virtud de la cual los órganos administrativos o las entidades de Derecho público pueden encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico a otros órganos administrativos o entidades de Derecho público. Con anterioridad a la nueva LCSP, la encomienda de gestión era la relación administrativa, no contractual, mediante la cual se articulaba el encargo de la administración encomendante a un medio propio.

<sup>42</sup> Como recuerda la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el citado informe, el motivo detrás de su existencia tiene que ver con la necesidad o conveniencia que tienen las Administraciones de aprovisionarse de determinados bienes y servicios con excepcional rapidez, por la naturaleza particularísima de las prestaciones demandadas o por la ausencia de proveedores alternativos. Son, pues, operadores económicos que actúan en los mercados, si bien su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración «matriz».

<sup>43</sup> Actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).



condiciones de ejecución de las encomiendas], una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por parte de operadores privados alternativos y una ruptura de la neutralidad competitiva en los bienes y servicios que estas entidades ofertan a otros demandantes, cuando ello sucede».

En la misma línea, el Tribunal de Cuentas en su «Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias, organismos autónomos del área político-administrativa del Estado (ejercicios 2008-2012)» recomienda «que los poderes adjudicadores que realicen encargos de gestión procedan a una justificación detallada y exhaustiva de la necesidad de llevarlos a cabo, así como a la justificación de la mayor economicidad y eficiencia de esta vía de provisión de bienes y servicios frente a la contratación de los mismos en el mercado»<sup>44</sup>.

Más allá de las anteriores recomendaciones, desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015 (art. 86.2) para poder acudir a un medio propio resulta necesario que esta opción sea más eficiente que la que supone acudir a mecanismos de contratación pública y resulte «sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica», salvando los casos de seguridad pública o de urgencia.

Todo ello provoca que deba justificarse adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, además de cumplir escrupulosamente los requisitos que permiten su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.

Y esta exigencia de cumplir escrupulosamente los requisitos para ser considerado medio propio a fin de no resultar sometido a las normas de contratación y, por ende, a la competencia es predicable sea cual sea el tipo de encargo que se efectúe a un medio propio. En este sentido, resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, *Parking Brixen*) al declarar con total rotundidad que son exigibles los requisitos de los medios propios a los encargos de gestión directos realizados por un poder adjudicador cuando se refieren también a servicios públicos, para no hallarse sometido a los requerimientos de concurrencia y competencia inherentes a la contratación pública<sup>45</sup>.

El anterior art. 4.1 del TRLCSP excluía del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública «los negocios en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribui-

---

<sup>44</sup> Informe de 28 de noviembre de 2013, consultable en [http://www.congreso.es/docu/inf\\_fiscTC/251-36.pdf](http://www.congreso.es/docu/inf_fiscTC/251-36.pdf).

<sup>45</sup> El párrafo 62 de la referida sentencia establece: «Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los arts. 12 CD, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad que pertenece».

da la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación». De conformidad con las previsiones del citado art. 26.4, para que operara tal exclusión, era necesario que, por un lado, la entidad pública que formulase el encargo ostentara sobre el medio propio un control análogo al que ejerciera sobre sus propios servicios y, por el otro, que el medio propio realizara la parte esencial de sus actividades para la entidad o entidades que lo controlasen<sup>46</sup>.

Del mismo modo que con los convenios de colaboración, la jurisprudencia comunitaria ha ido apreciando la efectiva concurrencia de tales requisitos, los cuales fueron positivizados en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (art. 12)<sup>47</sup>. Como consecuencia de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico, la nueva LCSP recoge dichos requisitos, de modo que se han delimitado y clarificado normativamente las circunstancias que permiten la exclusión de estos instrumentos de la aplicación de la normativa de contratación pública<sup>48</sup>. En este sentido, la nueva ley precisa las exigencias que deben cumplir los medios propios para que los encargos a este tipo de entidades queden fuera de su ámbito de aplicación, evitando así una utilización inadecuada o abusiva de dicho instrumento, es decir, que se recurra al encargo a medios propios con el objetivo o finalidad de eludir la convocatoria de licitaciones.

---

<sup>46</sup> Art. 24.6 del TRLCSP: «A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicarse los contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargarse la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

<sup>47</sup> En concreto, el art. 12.1 de la Directiva 2014/24/UE fija los requisitos cumulativos para que se considere que un encargo a un medio propio no está sujeto a las normas de contratación pública: «a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que lo controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada». La Directiva recoge los requisitos fijados en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, *Teckal*.

<sup>48</sup> La LCSP distingue entre los encargos a medios propios personificados efectuados por poderes adjudicadores (art. 32) y los efectuados por el resto de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador (art. 33).



Resumidamente, tales exigencias se concretan en: 1) la existencia de un control, directo o indirecto, del poder adjudicador sobre el medio propio al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, «de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas»; 2) que más del 80 por 100 de las actividades del medio propio destinatario del encargo se lleven a cabo en ejercicio de los encargos que le han sido confiados por el poder adjudicador que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo (es decir, que el medio propio no realice libremente en el mercado más de un 20 por 100 de su actividad); 3) que la totalidad del capital o patrimonio del medio propio sea de titularidad o aportación pública, y 4) que la condición de medio propio personificado se reconozca expresamente en sus estatutos o acto de creación, previa conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y previa verificación de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se realicen.

Además, incorpora los requisitos exigidos a los medios propios que pertenecen a más de un poder adjudicador, precisando normativamente el requisito de «control análogo conjunto». De hecho, la concurrencia de tal requisito ha sido examinada en distintas ocasiones por las autoridades de competencia (en el marco de expedientes sancionadores, pero también desde una óptica de promoción de la competencia), puesto que se habrían detectado supuestos en que algunas administraciones públicas habrían hecho uso de tales mecanismos (por tanto, evitando la licitación de contratos cuando así correspondía) sin que se dieran las circunstancias legal y jurisprudencialmente establecidas. Según el art. 32.4.a) de la LCSP, para que se dé tal «control análogo conjunto» deben cumplirse todas y cada una de las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup>) que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos; 2.<sup>a</sup>) que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo, y 3.<sup>a</sup>) que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

En resumen, lo significativo aquí es que cuando no se cumplan escrupulosamente tales requisitos no debería producirse un encargo a un medio propio para la provisión de determinados bienes y servicios puesto que, en caso contrario, se estaría haciendo un uso fraudulento de tal recurso para evitar la aplicación de la normativa de contratación pública y, a su vez, provocar un daño a la competencia (restricción a la competencia que se fundamenta en la falta de concurrencia en la selección del *partner* de la administración adjudicadora del encargo). Esta perturbación de la competencia, podría en determinadas circunstancias ser analizable desde la perspectiva de defensa de la competencia, puesto que eventualmente podría considerar-



se como una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>49</sup>.

### C. LECTURA EN CLAVE DE MERCADO DE LAS DECISIONES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES

Como se ha visto, tanto la decisión sobre el régimen de prestación (monopolio o libre competencia), como la posterior relativa a la forma de gestión (directa o indirecta) presentan implicaciones sobre la competencia. Efectos que serán más o menos intensos en función la interacción entre las variables elegidas por el ente local.

Evidentemente, la situación más restrictiva de la competencia es la combinación «monopolio/gestión directa», en la que la administración es la única prestadora del servicio, seguida de la situación «monopolio/gestión indirecta o concesionada»; en este último caso, los operadores económicos rivalizan para conseguir una situación privilegiada, mientras que en el primero no surge esta posibilidad al no existir mercado. A continuación, seguiría la situación «libre competencia/gestión directa», en que existe competencia en el mercado y la administración es un operador más. Por último, binomio «libre competencia/gestión indirecta o concesionada» combina, por un lado, la rivalidad entre operadores para conseguir el encargo de la Administración (competencia por el mercado) y, del otro, la derivada del solapamiento entre el operador que presta el servicio en nombre de la administración y la iniciativa privada.

Estas restricciones a la competencia pueden sustantivarse en un cierre más o menos importante del mercado siendo por lo que, en principio, las opciones de prestación en régimen de libre competencia las que deberían priorizarse<sup>50</sup>.

Sin embargo, como se ha expuesto, va a resultar ineludible efectuar un análisis *ad hoc* (atendiendo a: el servicio concreto del que se trata, la estructura del mercado, las características del ente en local, etc.) para determinar en cada supuesto cual es la opción que nos aproxima de mejor manera a la satisfacción del interés público inherente en la prestación de servicios locales; esto es: servicios de calidad, sostenibles, fiables al menor coste posible.

---

<sup>49</sup> Véase, en este sentido, la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015 (expediente 7/2013, *Obras Públicas Álava*).

<sup>50</sup> Más allá de los problemas de competencia puestos de manifiesto en la prestación en régimen de monopolio, cabe añadir los derivados del poder tarifario que la administración ejerce sobre el servicio de que se trate. En este sentido, cuando se presta el servicio en régimen de monopolio, la administración debe estimar los costes reales del servicio, con la dificultad que ello conlleva, para poder fijar las tarifas. En cambio, en los casos de prestación en libre competencia con el sector privado, la administración no solo contará con elementos reales de juicio para ejercer su potestad tarifaria sino que, además, sentirá las presiones competitivas de la iniciativa privada que le obligaran a establecer unos precios de mercado.

### III. INICIATIVA ECONÓMICA DE LOS ENTES LOCALES

Si bien en los apartados anteriores nos hemos referido a la actividad prestacional de los entes locales, cabe recordar que estos también inciden de manera significativa en las condiciones de competencia cuando ejercen su derecho, reconocido constitucionalmente, de iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE). Dicha incidencia es especialmente significativa si se tiene en cuenta la actual dimensión, en términos cuantitativos, de la actividad económica de los entes locales.

En los casos en que los entes locales ejercen tal derecho de iniciativa pública en la actividad económica, estos actúan, a través de un operador público, como un agente más del mercado; a diferencia de lo que ocurre con los servicios esenciales reservados, en estos casos los operadores públicos concurren en el mercado junto con la iniciativa privada (y, por tanto, en competencia con estos) y los consumidores y usuarios disponen de una pluralidad de operadores entre los que escoger.

Resulta importante poner de manifiesto que la LRSAL modificó el redactado del art. 86.1 LRBRL<sup>51</sup> añadiendo determinados condicionantes o limitaciones al ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales. Con anterioridad a la LRSAL, el art. 86.1 LRBRL simplemente exigía un análisis sobre la conveniencia y oportunidad de la medida cuando un ente local decidía ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas<sup>52</sup>. En cambio, el nuevo redactado del citado artículo permite el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica por parte de los entes locales «siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias», debiendo justificarse en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis de mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio».

La LRSAL incide, pues, en el riesgo que el desarrollo de determinada actividad económica por parte del ente local puede generar en la hacienda municipal; en caso que no se garantice el objetivo de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, los entes locales no podrán establecer nuevos servicios o llevar a cabo determinadas actividades económicas. Asimismo, impone un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado del ente local, por lo que en el expediente acreditativo de la conveniencia y

<sup>51</sup> Modificado por el art. 1.23 LRSAL.

<sup>52</sup> Redacción anterior a la LRSAL del art. 86.1 LRBRL: «Las Entidades Locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución».



oportunidad de la medida también deberá realizarse un análisis de mercado relativo a: i) la oferta y demanda existente en el mercado; ii) la rentabilidad de la actividad proyectada, y iii) los posibles efectos de la actividad del ente local sobre la concurrencia empresarial. Desde una óptica de competencia, la introducción de un análisis de impacto en el expediente municipal ha sido valorada positivamente.

Al respecto, la CNC señaló en su informe sobre el Anteproyecto de ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (IPN 88/13)<sup>53</sup> que «la introducción sistemática del análisis del impacto sobre la libre competencia de dichas decisiones [de ejercer la iniciativa económica] podría facilitar la compatibilización del objetivo de interés público perseguido con el favorecimiento de la competencia o, al menos, el principio de mínima restricción competitiva. El nuevo artículo 86.1 LRBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida en sobre la neutralidad competitiva y las posibles ventajas y desventajas derivadas de la propiedad pública del operador económico en cuestión».

En estos supuestos, al tratarse necesariamente de una actividad que se desarrolla en concurrencia con la iniciativa privada, podría parecer apriorísticamente que no se van a producir dificultades o problemas de competencia. Sin embargo, esto no es necesariamente así, ya que a menudo en este entorno se producen situaciones que presentan la potencialidad de alterar las condiciones de competencia en el mercado. Y es precisamente por eso que cobra pleno sentido la modificación del art. 86.1 LRBRL operada por la LRSAL, que introduce, entre otros factores, el análisis de oferta y demanda así como de los efectos sobre la concurrencia empresarial.

En concreto, pueden señalarse como situaciones de riesgo para la competencia originadas en la existencia de un operador de mercado público, las siguientes<sup>54</sup>:

- Riesgos vinculados a la política de precios del operador público. Póngase por ejemplo el supuesto de una empresa pública que establece una política de pérdidas continuadas, ya que dispone de financiación pública, y ofrece bienes y servicios por debajo de su coste. Resulta evidente que este operador no competiría en igualdad de condiciones con un operador privado, quien incluso podría llegar a verse expulsado del mercado.

Resulta imprescindible hacer notar la diferencia de sujeción al derecho de defensa de la competencia cuando un ente local ofrece

<sup>53</sup> Para más detalles se puede consultar el informe siguiendo este enlace: <https://www.cnmcc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informessobrenormativa.aspx?num=IPN+088%2f13&ambito=Informes+de+Propuestas+Normativas&b=&p=69&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&estado=0&sector=0&av=0>.

<sup>54</sup> Véase el informe de la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO) de fecha 10 de abril de 2017 de valoración, desde una óptica de competencia, de la creación de un nuevo operador público de servicios funerarios por parte del Ayuntamiento de Barcelona (Ref. OB 36/2017), [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/20170421\\_OB-36-2017-Operador-Public-Funeraris-BCN\\_CAST.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20170421_OB-36-2017-Operador-Public-Funeraris-BCN_CAST.pdf).



servicios públicos o cuando los ofrece como consecuencia del ejercicio de la iniciativa económica local. En cuanto a la política de precios, el art. 44.2 del Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales es claro al permitir a los entes locales en el marco de la prestación de servicios públicos que, cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen, fijen precios sin necesidad de cubrir sus costes situación que obviamente no es factible en el marco de su iniciativa económica<sup>55</sup>.

- Riesgos de discriminación a favor del operador público. Resulta necesario asegurar que el operador público accede a la financiación, establece el retorno de sus inversiones, etc., en condiciones de mercado.
- Riesgos vinculados al ejercicio de potestades de regulación. Cuando el ente local es titular de potestades públicas de ordenación y control de un sector de actividad y al mismo tiempo interviene en el mismo como operador económico resulta imprescindible garantizar que no se le favorezca injustificadamente<sup>56</sup>.

Por estos motivos, en el supuesto del ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica (pero también en los supuestos de prestación de servicios públicos en concurrencia con el sector privado), es especialmente determinante el respeto del principio de neutralidad competitiva de los mercados, de modo que el marco jurídico y regulatorio garantice la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en los que el sector público desarrolla su actividad económica. En este sentido, cuando el sector público (operadores públicos) desarrolla actividades económicas, tales actividades deben llevarse a cabo sin ninguna ventaja o desventaja con respecto a otros operadores, públicos o privados. En otras palabras, no debe privilegiarse la posición de los operadores públicos de manera que estos obtengan ventajas injustificadas y no replicables por el resto de prestadores del servicio.

Conseguir en la práctica las condiciones equitativas necesarias para un correcto cumplimiento del principio de neutralidad competitiva puede no resultar fácil. En este sentido, existen distintos remedios que deberían implementarse, a fin de evitar los riesgos descritos en las líneas precedentes<sup>57</sup>: i) establecimiento de una clara separación entre las funciones de regulación y la realización de la actividad económica pública; ii) actuación escurpulosa a nivel normativo a fin de evitar situaciones de discriminación

<sup>55</sup> En este mismo sentido, J. ORTEGA BERNARDO y M. SANDE PÉREZ-BEDMAR, «Debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015.

<sup>56</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de 30 de septiembre de 2010 de la ACCO dictada en el marco del expediente núm. 13/2009 - Ajuntament de Solsona, referida al sector de los servicios funerarios, en el cual el ayuntamiento de referencia ejercía tanto el rol de prestador directo del servicio (en concurrencia con una empresa privada) como el de regulador.

<sup>57</sup> Véanse las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las empresas públicas, edición de 2015 (publicadas en 2016).

injustificada entre el operador público y sus competidores en el mercado, y iii) ejercicio de la actividad económica pública en condiciones de mercado, especialmente en lo que se refiere a la política de precios, acceso a la financiación, inversiones, etcétera.

Todos estos elementos ponen de manifiesto la necesidad de realizar una evaluación del impacto competitivo de la decisión de participación en el mercado, mediante el ejercicio del derecho de iniciativa pública en la actividad económica por parte de los entes locales. Tal evaluación o análisis deberá basarse en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, que comporta, por un lado, una definición clara del objetivo que el ente local pretende conseguir con su participación en el mercado y, por el otro, la elección del modo más eficiente y más neutro para el mercado, o menos distorsionador de la competencia, para conseguir tal objetivo<sup>58</sup>.

Si tras la referida evaluación del impacto competitivo de la decisión de participación en el mercado, el resultado obtenido es la creación de un operador público de mercado podría resultar oportuno —atendidos los riesgos arriba mencionados de su participación en el mercado— que este se dotara de algún mecanismo a fin de garantizar que su actuación será suficientemente respetuosa en términos de competencia. En este sentido, por ejemplo, se podría señalar la posibilidad de que el operador público se dote de un código o programa de cumplimiento normativo y práctica responsable en materia de política de competencia (*compliance*) que sea creíble y serio (con controles internos y si es necesario, la imposición de sanciones disciplinarias), es decir, que suponga un genuino compromiso de la empresa con la observancia de la normativa de competencia. Esta propuesta se fundamenta en el hecho de que resulta recomendable que el operador público lleve a cabo las actuaciones necesarias dirigidas a fomentar internamente entre su personal el conocimiento de las normas de competencia a fin de prevenir y evitar su posible incumplimiento.

#### IV. MENCIÓN ESPECIAL AL PROCEDIMIENTO DE REMUNICIPALIZACIÓN Y A LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN ÉL

La LRSAL no únicamente reguló condicionantes estrictos para el ejercicio de la iniciativa económica pública local (art. 86.1 LRBRL), sino que además introdujo modificaciones significativas respecto de la posibilidad de prestación de servicios públicos locales en régimen de monopolio, tanto limitando los servicios que podrían ser prestados en régimen de monopolio por parte del ente local como introduciendo la obligatoriedad de solicitar informe a las autoridades de competencia.

---

<sup>58</sup> Por ejemplo, si se pretende promover la conciliación en el ámbito familiar, para mejorar los niveles de natalidad, debe valorarse tanto el aumento de plazas en las guarderías infantiles públicas como otorgar distintas ayudas económicas a los ciudadanos para que estos, bien acudan a un centro privado, bien opten por el cuidado en el hogar.



Como decíamos, la LRSAL redujo el número de servicios reservados legalmente en favor de los entes locales para su prestación en régimen de monopolio, ya que el actual art. 86.2 de la LRBRL establece tal reserva respecto determinados servicios o actividades «esenciales»: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros<sup>59</sup>. Ello supone una importante limitación puesto que con anterioridad a la adopción de la LRSAL, la reserva legal prevista en la LRBRL abarcaba un mayor número de servicios o actividades (suministro de gas y calefacción, y mataderos, mercados y lonjas centrales)<sup>60</sup>, de modo que un mayor número de servicios podían ser sustraídos del mercado y, en este sentido, resultar completamente vetada la iniciativa privada en el ámbito de actuación copado por el ente local.

Con la limitación efectuada por la LRSAL se restringió considerablemente tal posibilidad, lo que fue valorado positivamente por las autoridades de competencia en atención a los problemas de competencia que presenta, en general, la prestación de servicios o la realización de actividades económicas en régimen de monopolio. No obstante, tal y como señaló la CNC en el informe sobre el anteproyecto de ley, el mantenimiento de la reserva legal a favor de los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y el transporte público de viajeros debería compatibilizarse con el fomento de la competencia efectiva. La CNC incluso señaló la oportunidad de valorar periódicamente, según los principios de necesidad y proporcionalidad, la conveniencia de mantener dicha reserva legal (debido, esencialmente, a la más que probable evolución tecnológica en la prestación de estos servicios en red y el grado de interés público que puede subyacer en los mismos).

De otra parte, la LRSAL (Disposición Final primera) introdujo la obligatoriedad de solicitar el informe de la autoridad de competencia en los supuestos de establecimiento del servicio en régimen de monopolio, a través de la modificación del art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

Dicho artículo establece, en su apartado primero<sup>61</sup>, el procedimiento a seguir por la corporación local para el ejercicio de actividades económicas.

<sup>59</sup> Art. 86.2 LRBRL: «Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma».

Al respecto, tener en cuenta que ni la normativa estatal ni la catalana han establecido reservas legales adicionales, a pesar de contar con el respaldo para ello en el propio texto de la LRBRL.

<sup>60</sup> Con anterioridad a la LRSAL, la reserva legal se hallaba contemplada en el art. 86.3 LRBRL.

<sup>61</sup> Art. 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986: «1. Para el ejercicio de las actividades económicas por las Entidades Locales se requiere: a) acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesto por miembros de la misma y por personal técnico; b) redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre



En el apartado segundo, modificado por la LRSAL, dispone que para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.2 LRBRL, «se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente». Asimismo, dispone que el acuerdo de aprobación del proyecto por el pleno deberá ser por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y que, una vez recaído tal acuerdo, debe elevarse el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma, para resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses<sup>62</sup>.

Post LRSAL, el art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 establece la obligación de obtener el informe de las autoridades de competencia en los supuestos en que el servicio o actividad esencial, de los previstos en el art. 86.2 LRBRL, sea prestado en régimen de monopolio, lo que implica la intervención de un órgano especializado para efectuar un análisis sobre la situación que, como se ha destacado con anterioridad, presentaría mayores afectaciones en la competencia efectiva en los mercados. Consecuentemente, la intervención de los órganos de competencia solo se activará en los supuestos de los servicios o actividades esenciales previstas en el art. 86.2 LRBRL, es decir: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, u otros que eventualmente pudieran establecerse mediante ley.

Dicha intervención debe producirse durante el proceso de municipalización de un determinado servicio o actividad esencial, cuando el ente local efectúa el establecimiento o creación del servicio con declaración de la re-

---

las previstas en la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Además deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad Local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones; c) exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local».

<sup>62</sup> Adicionalmente, el procedimiento a seguir podrá exigir la emisión de dictamen por parte del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o del Consejo de Estado. En el caso catalán, se prevé la intervención de la *Comissió Jurídica Assessora* [art. 8.3, letra k), de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la *Comissió Jurídica Assessora*].

La normativa (tanto estatal como la autonómica aplicable según el municipio) configura un procedimiento para el establecimiento de un servicio en régimen de monopolio especialmente reforzado, con dos fases claramente diferenciadas: una primera, municipal, referida básicamente a la tramitación del expediente y aprobación por parte del Pleno de la Corporación Local, en el que se insiere la solicitud y emisión de informe de la autoridad de competencia, previamente a la aprobación por el Pleno; y una segunda fase, post municipal o autonómica, en el que se remite el expediente al órgano competente de la Comunidad Autónoma. Centrándonos en el caso catalán, en esta fase procederá la solicitud y emisión de informe por parte del órgano consultivo superior (la *Comissió Jurídica Assessora*), finalizando con el acuerdo definitivo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, en el plazo de tres meses, que versará sobre la conveniencia y oportunidad del monopolio en la prestación del servicio (art. 86 LRBRL y arts. 243 a 245 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Catalunya y 181 a 187 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios).

serva monopolista, pero ni la forma de gestión escogida para la prestación efectiva del servicio municipalizado (directa o mediante su concesión al sector privado), ni la elección de un determinado instrumento para articular la gestión (directamente por el ente local, a través de medios propios, concesión, etc.) inciden en la necesidad de solicitar el informe de las autoridades de competencia.

No obstante, sí que podría darse el supuesto en que un cambio de forma de gestión (por ejemplo, una «remunicipalización», cambio de gestión indirecta a directa) comportara la necesidad de efectuar tal trámite ante la autoridad de competencia correspondiente. Esto sucedería en los supuestos en que la monopolización del servicio se hubiera producido *de facto*, es decir, sin pronunciamiento expreso al respecto por parte del ente local y, por tanto, sin haber seguido el procedimiento establecido al efecto (por ejemplo, que se hubiera concesionado el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable sin declaración de establecimiento del servicio en régimen de monopolio). En estos supuestos, en que efectivamente se ha monopolizado el servicio, con ocasión del cambio de gestión, el ente local debería realizar la declaración de monopolio y, en consecuencia, solicitar el informe de la autoridad de competencia. *A sensu contrario*, si la corporación local ya había previamente establecido el servicio en régimen de monopolio, el cambio de forma de gestión no genera la obligación de solicitar ni emitir tal informe.

En resumen, la exigencia que impone el art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 no distingue por el hecho de que la decisión de prestar el servicio en régimen de monopolio se adopte de forma originaria (desde la creación o establecimiento del servicio) o derivada (después de haber prestado el servicio inicialmente en régimen de concurrencia con la iniciativa privada), es decir, esta aplica sea cual sea el momento en el que se opta por establecer el régimen de monopolio.

Conviene señalar que, a pesar de que la normativa de régimen local no establece requerimientos distintos en función de si el servicio monopolizado se presta mediante una u otra forma de gestión, desde una óptica de competencia es evidente que las implicaciones no son las mismas en un entorno de gestión indirecta del servicio público (en la que se produce competencia por el mercado de forma periódica) que en una gestión directa, en la que desaparece cualquier tipo de competencia y se produce un cierre definitivo del mercado. Así pues, más allá de las obligaciones normativas al respecto, sería aconsejable que los entes locales llevaran a cabo internamente un análisis del impacto competitivo de la decisión adoptada, incluso en los supuestos en los que ya se hubiera llevado a cabo la municipalización del servicio con anterioridad.

En cualquier caso, es clara la necesidad de realizar, por parte del propio ente local, un análisis del impacto competitivo<sup>63</sup> de su decisión, basado en

---

<sup>63</sup> Para realizar dicho análisis, puede ser de utilidad la Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas, elaborada por la ACCO y publicada en su página web <http://acco.gencat>.



los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, de manera que quede plenamente justificado porque el régimen de monopolio es la opción más adecuada para prestar el servicio en cuestión.

A pesar que la normativa local no ofrece pautas de análisis más allá de referirse a los criterios de sostenibilidad financiera, eficiencia, oportunidad y conveniencia, desde una óptica de competencia, existen diversos factores clave que deben ser tenidos en cuenta en el expediente de municipalización a fin de justificar la «conveniencia del régimen de monopolio» (*ex art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986*): identificación del objetivo que se pretende; valoración de las alternativas existentes para conseguir el objetivo que se pretende; análisis de mercado que contenga un estudio sobre la oferta/demanda y la rentabilidad del proyecto; análisis de las consecuencias jurídicas y económicas del establecimiento del monopolio y finalmente, la justificación de la oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio.

Corresponderá al ente local justificar adecuadamente el establecimiento de un régimen de monopolio; es decir, se encuentra en la esfera de funciones de ente local impulsor de la iniciativa la carga de la prueba sobre este extremo, sin que para ello resulte válido, en términos de competencia: i) manifestar que es un servicio de los que la ley contempla que puede prestarse en régimen de monopolio; ii) alegar que es un servicio público de titularidad municipal; iii) esgrimir que las infraestructuras necesarias para la prestación del servicio son de titularidad pública, y iv) recurrir de manera absolutamente genérica a los principios de eficiencia y sostenibilidad sin que se demuestren en el caso concreto. Por ello, a la hora de justificar el establecimiento del monopolio, conviene huir de las generalidades y automatismos y exponer detalladamente para el caso en concreto todos los argumentos en los que se fundamenta el ente municipal y recogerlos en la memoria justificativa sobre la oportunidad y conveniencia de la prestación del servicio en régimen de monopolio, por exigencia del interés general.

Analizada la práctica de las autoridades de competencia, centrada básicamente en la monopolización del abastecimiento domiciliario de agua potable, estas han considerado objetivamente justificado el establecimiento de un monopolio como consecuencia del «carácter de monopolio natural» de dicho servicio. Asimismo, en uno de los precedentes existentes, la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO) consideró, además, que en el caso analizado concurrían otros motivos que también podían ser tenidos en cuenta a la hora de considerar la conveniencia y oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio, como era el caso del carácter demanial de los recursos hídricos y de los espacios de prestación o la irreplicabilidad de la red de abastecimiento de agua potable por parte de otros operadores<sup>64</sup>.

---

*cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-limpacte-competitiu-de-les-normes*. Esta Metodología se fundamenta en los principios de buena regulación económica desde una óptica de competencia.

<sup>64</sup> Véase el informe, de fecha 22 de marzo de 2017, de la ACCO sobre el establecimiento del servicio municipal de abastecimiento de agua potable en régimen de monopolio en el término municipal de Vidreres (referencia OB 35/2017).



En resumen, la decisión de establecer un servicio público local en régimen de monopolio debe venir precedida de una definición clara del objetivo que, con su participación en el mercado, pretende conseguir el ente local y cuál es la manera más eficiente y más neutra para el mercado, o menos distorsionadora de la competencia, para conseguir dicho objetivo.

En cuanto a su régimen jurídico, el informe de las autoridades de competencia es preceptivo pero no vinculante. Esto es, no obliga al ente local ni, posteriormente, al órgano competente de la Comunidad Autónoma para su aprobación definitiva, a seguir el criterio en él establecido; sin embargo, de conformidad con el art. 35.1, letra c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015), si dicho órgano (en el caso de Catalunya, el *Govern de la Generalitat de Catalunya*) se apartara del parecer manifestado por la autoridad de competencia en su informe, debería motivarse explícitamente<sup>65</sup>.

Más problemáticos, en términos de robustez jurídica del procedimiento de establecimiento el servicio en régimen de monopolio, resultan los supuestos en que el informe de la autoridad de competencia no es solicitado por el ente local por considerar que:

*Primero.* Se ha producido la municipalización anteriormente sin que eso jurídicamente sea así (municipalización *de facto*). En concreto, en los servicios de abastecimiento domiciliario de agua que tradicionalmente se ha vehiculado mediante contratos de duración muy extensa, los supuestos de declaración previa del establecimiento en régimen de monopolio son mínimos, por no decir, testimoniales; o bien,

*Segundo.* No existe una situación de monopolio por el hecho de contar con dos o más prestadores del servicio para diferentes zonas/clientes del municipio. Para ilustrar esta situación se puede pensar tanto en un municipio que cuenta con dos prestadores del servicio de abastecimiento de domiciliario de agua, uno para el núcleo urbano y otro para una zona diseminada del municipio, como en un municipio que en el servicio de recogida de residuos urbanos, cuenta con un prestador de servicios para los residuos domésticos y otro para los residuos de los comercios y de las actividades industriales. En ambos casos resulta claro que los destinatarios del servicio no pueden escoger quien será su prestador de servicios; por ello, conviene no confundir una situación de mercado en la que existen distintos operadores monopolistas en la explotación de un servicio, cada uno de ellos en un ámbito geográfico concreto o con destinatarios concretos del servicio, con una situación en la que efectivamente existen distintos operadores que concurren y compiten en el mercado.

No obstante, el problema fundamental se centra no tanto en el hecho de que eventualmente falte el referido informe de la autoridad de competencia sino que lo habitual es que su falta sea consecuencia de haberse obviado por

---

<sup>65</sup> Art. 35 de la Ley 39/2015: «1. Serán motivados, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho: [...] c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos».

completo el procedimiento de aprobación especialmente reforzado al que se encuentra sujeta la prestación del servicio local en régimen de monopolio, es decir, que se haya prescindido de la fase autonómica del procedimiento en el que van a intervenir, para el caso de Catalunya, la *Comisión Jurídica Asesora* y su aprobación definitiva por parte del Consejo de Gobierno de la CCAA. Dicha ausencia necesariamente comportará que el acuerdo por el que se aprueba la referida municipalización se encuentra en un supuesto de nulidad de pleno derecho por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente [art. 47.1.b) de la Ley 39/2015]. En cualquier caso, corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa determinar las consecuencias de ese eventual incumplimiento del procedimiento.

Adicionalmente, no puede olvidarse que, de conformidad con el art. 44.2 de la LSCP, pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación pública ante el órgano correspondiente de la CCAA (*ex* art 46.4 de la LCSP) tanto «e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales» como «f) los acuerdos de rescate de concesiones». Por tanto, en la medida que el establecimiento del servicio público local en régimen de monopolio puede producirse junto con un rescate de una concesión o vehicularse mediante un encargo directo a un medio propio —por ejemplo, a una entidad empresarial del propio municipio— el acuerdo del ente local también puede ser objeto de recurso ante el tribunal de contratos del sector público de su ámbito territorial.

## V. CONCLUSIONES

En nuestro contexto de economía social de mercado la actividad económica de los entes locales —como la del resto de administraciones— requiere una interacción entre regulación y competencia, de manera que cualquier decisión pública debe respetar ambos principios, con el objetivo de satisfacer el interés general de la mejor manera posible y así garantizar el derecho a una buena administración.

En el ejercicio de sus potestades públicas, las decisiones de las administraciones locales referentes a, por un lado, cómo se prestan los servicios públicos, por el otro, cómo ejercen la iniciativa económica que tienen constitucionalmente reconocida y, finalmente, cómo regulan ciertas actividades económicas, presentan importantes implicaciones en términos de competencia, esto es: repercuten directamente sobre las condiciones de competencia en el mercado.

Por ello, estos procesos decisorios no pueden obviar un análisis de competencia, consistente básicamente en sopesar el coste, en términos de perjuicio para la competencia efectiva en el mercado, de las medidas que pretendan llevar a cabo y los supuestos beneficios al interés general que las mismas persiguen. En otros términos, se trata de valorar la necesidad, proporcionalidad, mínima distorsión y no discriminación de las restricciones a la competencia inherentes en las decisiones de los entes locales, a fin de



evitar sacrificios injustificados de los principios de competencia que, de manera más o menos directa, se trasladaran a los consumidores y usuarios.

Las decisiones sobre el régimen de prestación (monopolio *versus* libre concurrencia) y la forma de gestión (directa *versus* indirecta) de los servicios locales deberían fundamentarse en criterios de eficiencia, ya que el objetivo final no debería ser otro que ofrecer a los ciudadanos el mejor servicio público posible en términos de precio, calidad, sostenibilidad y fiabilidad.

En síntesis, se considera inexcusable huir de planteamientos maximalistas e ideológicos en favor de uno u otro régimen de prestación o forma de gestión y se defiende la necesidad ineludible de que los entes locales efectúen un análisis *ad hoc* atendiendo a diferentes variables (el servicio en cuestión, la estructura del mercado, las características del ente en local, etc.) para determinar en cada supuesto cual es la opción que mejor nos aproxima a la satisfacción del interés público inherente en la prestación de servicios locales.

El caso de los procesos de municipalización esto es exactamente así; sin embargo, como la limitación a la competencia es la más grave posible —establecimiento de un régimen de monopolio—, el legislador, a través del art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, ha exigido la intervención directa de la autoridad de competencia.

Más allá de la intervención de las autoridades de competencia en los supuestos de prestación del servicio en régimen de monopolio introducida por la LRSAL, también es y debe ser vocación de estas autoridades —a juicio de quien suscribe, especialmente de las autoridades autonómicas de competencia, en tanto que mejor posicionadas en relación con las actuaciones de ámbito local— ofrecer el apoyo necesario a los entes locales para que adopten, en los distintos ámbitos de responsabilidad que tienen encomendados, decisiones favorecedoras de la competencia y para que, de manera general, incorporen los principios de la política de competencia como variable a tener en cuenta.





# **BETTER REGULATION Y COMPETENCIA: LAS LEYES 39 Y 40 DE 2015, SU DESARROLLO REGLAMENTARIO Y EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Juli PONCE

Acr. Catedrático de Derecho Administrativo  
Director del Instituto de investigación transdisciplinar  
de la Universidad de Barcelona TransJus

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LA BAJA CALIDAD REGULATORIA EN ESPAÑA Y SU IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA.—II. LOS MOVIMIENTOS DE LA *BETTER O SMART REGULATION*, DE *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS* Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: SU LLEGADA TARDÍA A ESPAÑA: A. La evaluación de la calidad normativa. B. La mejora de la calidad normativa. C. Técnicas de evaluación de la calidad normativa existentes: la caja de herramientas. D. Relevancia y nuevos desarrollos. E. Antecedentes de la mejora regulatoria en España: a) Antecedentes en el nivel estatal. b) La situación en las CCAA y en el nivel local. c) Reacción judicial y del Tribunal Constitucional: 1) Reglamentos. 2) Anteproyectos de Ley y Proyectos de Ley. La (discutible) doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. d) Diagnóstico de la situación existente antes de las nuevas leyes de 2015.—III. LAS LEYES 39 Y 40 DE 2015. NOVEDADES Y PAPEL DE LA NUEVA UNIDAD DE CALIDAD NORMATIVA DEL MINISTERIO DE PRESIDENCIA. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES: LOS REALES DECRETOS DICTADOS A LO LARGO DE 2017: A. Las novedades de la Ley 39/2015. B. Las novedades de la Ley 40/2015. C. Desarrollo reglamentario de las leyes: los Reales Decretos dictados a lo largo de 2017. D. Visión global sobre el nuevo marco legal de la mejora regulatoria en España.—IV. MEJORA REGULATORIA Y ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS.—V. REFLEXIONES FINALES: COORDINACIÓN INTRA E INTERADMINISTRATIVA Y LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE MENTALIDAD PARA MEJORAR LA SITUACIÓN.

## **I. INTRODUCCIÓN: LA BAJA CALIDAD REGULATORIA EN ESPAÑA Y SU IMPACTO SOBRE LA COMPETENCIA**

Es preciso empezar por definir el concepto de regulación que aquí se empleará. La regulación es un término confuso y polisémico, siendo empleado desde distintas perspectivas, como la económica o la jurídica, y aun en estas con distintos significados. En el ámbito del Derecho, re-

gulación puede ser equivalente a normativa, aunque también se emplea desde hace tiempo incluyendo, de hecho, algunos tipos de actividad pública de intervención, que incluyen normas pero que van más allá, que algunos autores consideran presentan características singulares en función del nuevo escenario dibujado por la desregulación, la privatización y la liberalización. Para evitar equívocos, en este trabajo, cuando utilice la palabra regulación lo haré en referencia específica a normas jurídicas.

Es sobradamente conocida la relación entre mala regulación y problemas de competencia. La novedad radica en que cada vez somos capaces de medir mejor la (falta de) calidad regulatoria en nuestro país en comparación con otros, haciendo real así el desiderátum de Galileo Galilei: «Hay que medir todo lo medible y hacer medible lo que no lo es»<sup>1</sup>.

La existencia de indicadores internacionales de regulación (por ejemplo, los del Banco Mundial o los del *World Economic Forum*) está revelando la (falta de) calidad normativa en España y poniendo encima de la mesa un problema capital para el buen funcionamiento de la sociedad, en su vertiente económica, por supuesto, pero también social y ambiental: nuestra mala calidad normativa.

En un reciente estudio empírico, se pone de relieve cómo España ostenta una posición razonable en términos de productividad, situándose en la parte alta de la clasificación mundial, pero en una posición baja respecto a la calidad normativa, bajando a los últimos lugares<sup>2</sup>. Situación incongruente que nos hace pensar lo que mejoraría la primera si consiguiéramos un nivel razonable de la segunda.

Por otro lado, la OCDE ha puesto de relieve cómo una mejora de la calidad normativa de nuestro país supondría un aumento significativo de nuestro PIB. La OCDE estima que reformas reguladoras más adecuadas podrían suponer un incremento del PIB nacional de hasta el 10 por 100<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> Citado por C. FRABETTI en el capítulo titulado «¿Dan miedo los números» de su libro *¿El huevo o la gallina? Preguntas tontas y respuestas sorprendentes*, Alianza Editorial, 2015, p. 159.

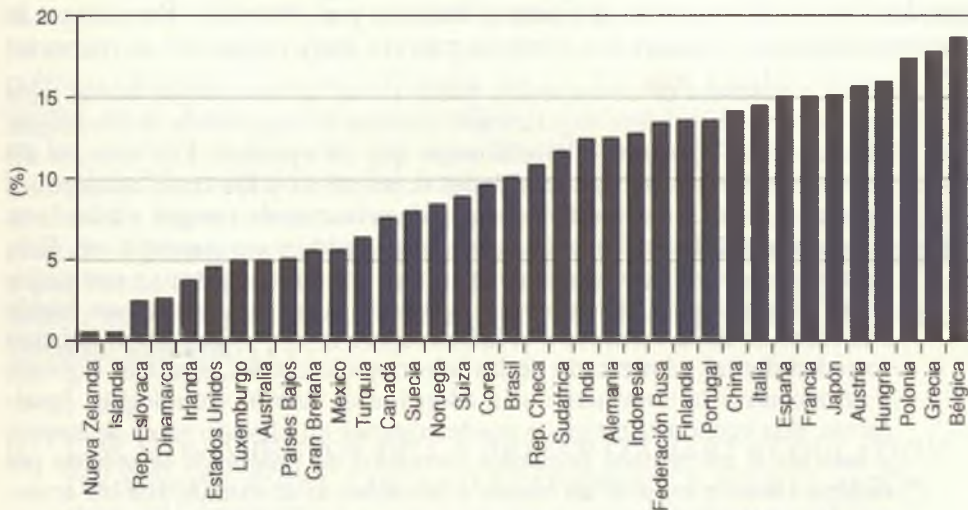
<sup>2</sup> F. JIMÉNEZ y F. ALCALÁ AGULLÓ, «Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España», ponencia presentada al XXII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 14-17 de noviembre de 2017.

«Así, por ejemplo, el Informe de Competitividad Global del World Economic Forum (2016) correspondiente a la edición 2016-2017 coloca a España en una posición media-alta en el ranking global de competitividad de su economía (puesto 32 entre 138 países), pero la sitúa en un alarmante puesto 113 en el indicador que mide la carga que supone la regulación pública para la actividad de las empresas».

<sup>3</sup> Véase <http://regplus.blogspot.com.es/2012/06/regulatory-reform-can-save-10-of-gdp.html> y R. BOUIS y R. DUVAL, «Raising Potential Growth After the Crisis: A Quantitative Assessment of the Potential Gains from Various Structural Reforms in the OECD Area and Beyond», *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 835, Paris, OECD Publishing, 2011, <http://dx.doi.org/10.1787/5kgk9qj18s8n-en>.

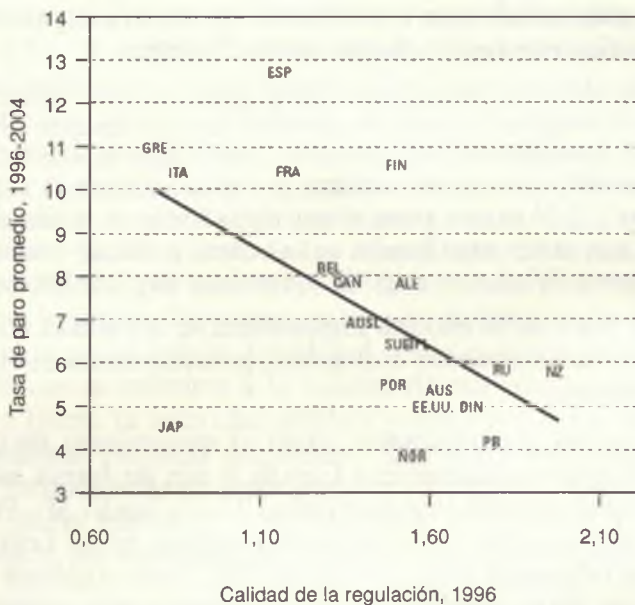


**Figura 1. B. 10-Year horizon**



Por otro lado, diversos estudios económicos correlacionan desempleo y mala regulación<sup>4</sup>:

**Figura 2. Desempleo y calidad de la regulación**



*Nota:* un valor más elevado del indicador refleja una mejor regulación.  
*Fuente:* BALMASEDA y MELGUIZO (2006).

<sup>4</sup> Sobre las relaciones entre calidad normativa y diversas variables económicas, incluyendo el desempleo (existiendo correlación entre menor desempleo y mejor regulación en diversos países), puede consultarse, M. BALMASEDA y A. MELGUIZO, «Mejor regulación: ni más, ni menos», en VVAA, *Marco regulatorio y unidad de Mercado*, Círculo de Empresarios, 2006, pp. 15 y ss., consultable en [http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoMPleTo\\_1.pdf](http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoMPleTo_1.pdf).

En fin, no estamos, como es notorio, ante un tema baladí, aunque sí olvidado por la Economía, la Ciencia Política y el Derecho. Respecto a la competencia, nos limitamos a citar un párrafo muy expresivo al respecto:

«La ausencia de competencia puede privar al mercado de buena parte de sus virtudes y exige regulaciones certeras y organismos técnicamente capaces y políticamente independientes que las ejecuten. Las ventajas del mayor tamaño en muchas actividades económicas y los cuasi monopolios naturales, como las redes de provisión de servicios de energía y telecomunicaciones, conducen frecuentemente a mercados poco competitivos. Pues bien, una economía no puede alcanzar un elevado dinamismo y competitividad internacional si, por ejemplo, la energía es artificialmente cara debido a la colusión de la industria o si la base sobre la que se construye la futura sociedad digital, el mercado de las telecomunicaciones, está mal regulada y no incentiva la innovación y la adopción de nuevas tecnologías. Igualmente, una economía tampoco puede sostener un elevado nivel de empleo y salarios si en muchos pequeños mercados de productos la presión por reducir costes e innovar en bienes y servicios es sustituida por los acuerdos de cártel. La consecución de una alta productividad y el sostenimiento a largo plazo de su crecimiento son objetivos difícilmente alcanzables sin normas competitivas adecuadas y sin organismos reguladores con elevado nivel profesional y con independencia del poder político y de los grandes grupos económicos y de interés»<sup>5</sup>.

A lo que cabe añadir que coincidimos en nuestra experiencia práctica con el diagnóstico que realiza SANTAMARÍA PASTOR:

«Con todas las excepciones que se quiera, es una evidencia que la producción normativa en nuestro país constituye un desastre sin paliativos de desorden, inestabilidad, incoherencia, improvisación, y de falta de claridad, de necesidad y de proporcionalidad, por no acumular más calificativos deshonrosos [...]. Y lo más grave es que dicha forma de actuar es una práctica secular, con raíces muy hondas en la cultura política y administrativa, que va a ser muy difícil, sino imposible, erradicar en plazo breve»<sup>6</sup>.

Partiendo, pues, de la enorme importancia de la calidad normativa, y de la constatación de la situación real actual, procederemos en este trabajo de la siguiente manera.

A continuación, describiremos cómo el movimiento de la mejora regulatoria ha llegado tardíamente a España y aún de forma incompleta (lo que es especialmente evidente en el nivel local) (apdo. II). Procederemos luego a realizar un somero pero necesario análisis de las Leyes 39 y 40 de 2015 que, por influencia directa de la OCDE, como explican sin rubor en sus preámbulos, realizan una apuesta importante por la calidad normativa, apuesta que habrá que evaluar en los próximos años si tiene éxito o no (III). Finalmente, nos centraremos en la parte final en el papel específico de los órganos de competencia en la mejora regulatoria (IV).

<sup>5</sup> F. JIMÉNEZ y F. ALCALÁ AGULLÓ, «Los costes económicos del déficit de calidad institucional...», *op. cit.*

<sup>6</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», *REDA*, núm. 175, p. 36.



Terminaremos con algunas reflexiones finales realistas: no habrá mejora regulatoria si el tema no alcanza la cúspide de la agenda política como ha ocurrido en otros países en su momento, en contexto de distinto signo político (Reagan, Clinton o Obama, en los Estados Unidos; Blair o Cameron, en el Reino Unido, por ejemplo), si no se forma a los reguladores en las específicas técnicas que aquí describiremos y si no se integra con normalidad la medición de los impactos competitivos en las memorias de análisis de impacto normativo, avanzando hacia un cambio de mentalidad dirigido a promover el buen gobierno regulatorio en defensa del derecho a una buena administración de los ciudadanos, reconocido hoy en la normativa europea y española, y afirmado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (V)<sup>7</sup>.

## II. LOS MOVIMIENTOS DE LA *BETTER* O *SMART REGULATION*, DE *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS* Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: SU LLEGADA TARDÍA A ESPAÑA

Como es sabido, cuando los Gobiernos y las Administraciones Públicas desarrollan políticas públicas y prestan servicios públicos deben hacerlo siempre, por mandato constitucional (en virtud del principio de legalidad, art. 9.3 CE), de acuerdo con las normas (reglamentarias —incluidos planes administrativos— o con rango de ley) previamente aprobadas. En consecuencia, toda persona al servicio de la Administración pública, tanto al diseñar políticas públicas (vivienda, medio ambiente, infraestructuras, etc.) como al desarrollarlas, al prestar servicios públicos (educación, sanidad, etc.), sea o no jurista, está aplicando normas jurídicas, las cuales son fundamento y límite último de las capacidades de actuación públicas, muchas de las cuales, por otro lado, se desarrollan, a su vez, aprobando nuevas normas jurídicas. Por tanto, partiendo de tan simple evidencia, «el primer paso para poder hablar de calidad de las políticas públicas y de los servicios públicos es referirse a la calidad de ese entramado jurídico que fundamenta y limita la actividad pública y que en muchas ocasiones formaliza las políticas públicas decididas». Efectivamente, muchas políticas públicas son formalizadas en leyes por el poder legislativo, encuadrando la actividad del poder ejecutivo, como decimos, y afectando a la libertad de los ciudadanos, o por reglamentos, sean ejecutivos o independientes.

Esta conexión entre políticas públicas y normas jurídicas, tan evidente, se mantiene aún, en nuestro país, mayoritariamente oculta para la Ciencia Política, la Economía y el Derecho, lo que explica que tradicionalmente, ni aquella ni este hayan considerado la calidad normativa material como un objeto de análisis y estudio y, en general, ni politólogos ni Economistas ni

<sup>7</sup> Un análisis jurisprudencial de este derecho en J. PONCE SOLÉ, «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», *Newsletter INAP*, enero de 2017, consultable en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>.



juristas se consideren concernidos por el tema, todos pensando que se trata de algo que *ya harán otros*<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho público y la gestión pública en España (y en Europa, en general), el *paradigma dominante* —por emplear la conocida expresión de KUHN—<sup>9</sup> se ha centrado históricamente en la aplicación del Derecho y mucho menos en el modo de adopción tanto de las normas como del resto de decisiones públicas<sup>10</sup>. Este paradigma ha condicionado las investigaciones académicas e impregnado la actuación cotidiana de los distintos operadores jurídicos (legislador, poder ejecutivo, poder judicial, privados). Además, por otro lado, el Derecho se ha aproximado a la gestión pública desde una construcción dogmática teórica-formalista de las instituciones o reglas, como destacan numerosos autores, con mucha menor (o nula) preocupación por la eficacia de la actividad administrativa desplegada en el marco del Derecho.

Las (relativamente ya) nuevas corrientes intelectuales internacionales en el ámbito del Derecho público insisten en la necesidad de incorporar al análisis jurídico una mayor preocupación por la calidad de la actividad administrativa (que complemente la perspectiva tradicional, aunque limitada, de su control judicial)<sup>11</sup>, un desplazamiento de la atención de la aplicación de la norma a la elaboración de esta<sup>12</sup> y una preocupación por las aportaciones del Derecho a la buena gestión pública, así como una mayor reflexión, usando la colaboración de otras ciencias sociales por los efectos de las normas<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Sobre las relaciones entre normas y políticas públicas, J. OSÉS ABANDO, «Evaluación legislativa y parlamento», *Revista Debate*, núm. 15, 2008, pp. 58 y ss.

<sup>9</sup> Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por T. S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago, 3.ª ed., 1996 (existe traducción al español: *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1981), extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al Derecho (público).

<sup>10</sup> Véase «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», *DOXA*, núm. 26, 2003, pp. 261 y ss.

<sup>11</sup> En este sentido, por ejemplo, H. SANTAELLA QUINTERO, «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa», *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 5, primer semestre de 2011, pp. 87 y ss., señalando como es «preciso superar la visión según la cual la extensión material de esta disciplina está dada por el alcance de los pronunciamientos del juez contencioso», puesto que tal enfoque provoca «la proliferación de *espacios jurídicos baldíos*» compuestos por formas y ámbitos normalizados en la práctica pública cotidiana pero que se desarrollan al margen de la dogmática jurídica, lo que provoca una brecha entre Derecho administrativo y realidad y un peligro para el Estado de Derecho y los derechos de los ciudadanos.

<sup>12</sup> Véase «Legisprudencia...», *op. cit.* Téngase en cuenta, por ejemplo, la existencia desde hace unos años de una revista especializada dedicada específicamente a la elaboración normativa. Se trata de *Legisprudence*, que desde el año 2013 ha cambiado ese nombre por el de *The Theory and Practice of legislation*, <http://www.tandfonline.com/toc/rtp120/current> (todas las referencias a vínculos de internet están actualizadas a 22 de diciembre de 2016)

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, existe un movimiento jurídico que propugna la aplicación de métodos cuantitativos basados en la matemática al derecho y que se conoce con el nombre de jurimetría (*Jurimetrics*, en inglés, existiendo una revista específica: *Jurimetrics. The Journal of law, science and Technology*, en <https://www.law.asu.edu/jurimetrics/JurimetricsJournal.aspx>. Puede consultarse, al respecto, R. DE MULDER, «Jurimetrics Please!», *European Journal of Law and Technology* [s.l.], vol. 1, núm. 1, marzo de 2010, consultable en <http://ejlt.org/article/view/13>.

Es este un ámbito donde la *transdisciplinariedad* despliega todo su sentido<sup>14</sup>.

La calidad normativa se vincula, así, a los modernos conceptos de buena gobernanza, buen gobierno (del poder legislativo y ejecutivo) y buena administración, con su correlato en la *buena regulación* y se precise de un nuevo encuentro entre Ciencias sociales y Derecho para su logro<sup>15</sup>.

El buen gobierno y la buena administración enlazan también con el número y la calidad de las normas elaboradas por el poder ejecutivo y el poder legislativo y se configuran como un tema de gran importancia en la agenda intelectual de la gestión pública y de la lucha contra la corrupción, pues no en vano Tácito ya señalaba que «*Corruptissima re publica plurimae leges*» (*Annales*, Llibre III, 27)<sup>16</sup>.

En esta línea, que ya ha trascendido a la práctica cotidiana, en el ámbito concreto del ejercicio de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia española ha reconocido la vinculación de esta a las obligaciones de buena administración. Destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, recurso núm. 25/2008, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso, que señala lo siguiente:

«Sin duda la memoria económica es un documento de relevancia singular en el procedimiento de elaboración reglamentaria. Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva.

<sup>14</sup> M.ª F. CARNEIRO y M.ª F. LOUREIRO, «Law and Transdisciplinarity», *Social Science Research Network*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>, 2011.

<sup>15</sup> J. PONCE SOLÉ, «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* [s.l.], julio de 2014. Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176&path%5B%5D=10650>.

<sup>16</sup> Consultable en <http://www.sacred-texts.com/cla/tac/a03020.htm>. Véase N. FERGUSON, *La gran degeneración. Cómo decaen las instituciones y mueren las economías*, 2013. Debate, mencionando la relevancia del marco jurídico para el desarrollo de los países, especialmente en el capítulo tercero, titulado «El paisaje legal». Desde una perspectiva jurídica, puede verse M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, 7.ª ed., 2011, pp. 119 a 123, epígrafe «Predominio y proliferación de las normas escritas. Problemas y principios de calidad de regulación»; el *Epílogo* (titulado «El Dret públic català en el segle XXI») del libro *Dret, Juristes i Gestió Pública a Catalunya* (Barcelona, EAPC, 2012), así como el artículo de J. PRATS, «La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración», originariamente publicado en *Documentación administrativa* y ahora incorporado en este libro, que es consultable gratuitamente en [http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Varia/35%20dret\\_juristes\\_gestio/dret\\_juristes\\_gestio.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Varia/35%20dret_juristes_gestio/dret_juristes_gestio.pdf).

J. PONCE SOLÉ, «De la normativa *poc intel·ligent* a la millor regulació possible: una qüestió de país crucial per al nostre desenvolupament», *Butlletí Escola Innovació*, núm. 31, 2014, consultable en [http://eapc.gencat.cat/webf.content/home/publicacions/butlletins\\_i\\_revistes/escola\\_innovacio\\_butlleti\\_de\\_la\\_funcio\\_directiva/2014/pdfs/ei31\\_art\\_ponce.pdf](http://eapc.gencat.cat/webf.content/home/publicacions/butlletins_i_revistes/escola_innovacio_butlleti_de_la_funcio_directiva/2014/pdfs/ei31_art_ponce.pdf).



La ausencia de un estudio económico riguroso puede producir, y ejemplos hay de ello, que las disposiciones reglamentarias se queden “en papel mojado”, carentes de virtualidad práctica, bien por ausencia de partidas presupuestarias o vías de financiación, sin duda los supuestos más frecuentes, bien por no haber ponderado la carga económica que a la sociedad en general, y, en particular, a los singularmente afectados, supone la aplicación de la norma reglamentaria».

En definitiva, cuando se habla de una norma jurídica de calidad, se habla, desde una perspectiva general del desarrollo adecuado de la discrecionalidad de que goza el legislador y, desde la perspectiva específicamente reglamentaria, del despliegue de un buen gobierno y una buena administración. El objetivo de garantizar la calidad normativa busca no solo la garantía de la eficiencia y economía de la actividad pública, sino también de la legitimidad pública, de la competitividad y de los derechos e intereses de privados, entre los que destacan, singularmente, las pequeñas y medianas empresas, los trabajadores y los consumidores<sup>17</sup>. Las preocupaciones por la calidad normativa no suponen una búsqueda automática de la desregulación, pudiendo suponer, en ocasiones de lagunas o insuficiencias, más regulación y en todo caso, mejor regulación. Esta preocupación no es de derechas ni de izquierdas, habiéndose mantenido en diversos países durante décadas con partidos políticos de diverso signo.

La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas. Tras el paso del Estado liberal, concentrado en la garantía del orden público, se habla del paso al Estado social, donde la solidaridad tiene un peso importante, para referirse en la actualidad al Estado regulador, en un contexto de privatizaciones y liberalizaciones. Se sostiene que el Estado en la actualidad ha pasado de «remar» (ofrecer prestaciones, actuando directamente) a «dirigir»: y en esa dirección, el uso de la potestad reglamentaria y de la función legislativa es relevante. En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública.

De ahí la creciente preocupación de organizaciones como la UE<sup>18</sup> y la OCDE<sup>19</sup>, como veremos, por la calidad normativa y las iniciativas impulsadas por diversos países en este ámbito, como es el caso de los Estados

<sup>17</sup> La OCDE estima que reformas reguladoras más adecuadas podrían suponer un incremento del PIB nacional de hasta el 10 por 100. Véase <http://regplus.blogspot.com.es/2012/06/regulatory-reform-can-save-10-of-gdp.html>.

Sobre las relaciones entre calidad normativa y diversas variables económicas, incluyendo el desempleo (existiendo correlación entre menor desempleo y mejor regulación en diversos países), puede consultarse, M. BALMASEDA y A. MELGUIZO, «Mejor regulación: ni más, ni menos», en VVAA, *Marco regulatorio y unidad de Mercado*, Círculo de Empresarios, 2006, pp. 15 y ss., consultable en [http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoMPlETo\\_1.pdf](http://circulodeempresarios.org/sites/default/files/publicaciones/2006/05/libro-Marron-Marco-regulatorio-y-unidad-de-mercado-CoMPlETo_1.pdf).

<sup>18</sup> Que fue quien inició la reflexión sobre el tema con el Informe del Mandelkern Group on Better Regulation, 2001 (consultable en inglés en [http://ec.europa.eu/smart-regulation/better\\_regulation/documents/mandelkern\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf)).

<sup>19</sup> Véase su página web específica: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/>.



Unidos, Gran Bretaña, Francia y otros. Esta preocupación y las técnicas de gestión desplegadas es lo que se conoce como *better* o, más recientemente, *smart regulation*<sup>20</sup>.

#### A. LA EVALUACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA

No cabe ninguna duda de que es posible medir cuantitativamente dicho entramado normativo. Entre 1979 y 2002 se habrían dictado 1.580 leyes y 57.225 reglamentos (2,68 por 100 frente al 97,32 por 100 del total de normas jurídicas), con una media anual de 2.384 textos reglamentarios. A fecha de 2004 existirían 8.947 leyes en vigor y 150.230 reglamentos. Se calcula que en 2009 habría más de 5.000 leyes en vigor en España<sup>21</sup>. En Cataluña, de acuerdo con los datos consultados en mayo de 2017, existen 846 leyes, 3.563 Decretos y 9.677 órdenes en vigor. En el específico ámbito local catalán, por ejemplo, hemos podido realizar una primera cuantificación de las ordenanzas vigentes, arrojando un saldo total, a fecha de mayo de 2017, de 17.652<sup>22</sup>.

Pero más allá de lo cuantitativo, es preciso plantearse qué significa que una norma jurídica sea de calidad y si esa calidad es también cuantificable de algún modo, porque solo si la calidad de las normas es mensurable podremos plantearnos mejorarla, tanto de las normas ya dictadas en el pasado como de las nuevas que se dicten en el futuro.

El estado actual de la ciencia jurídica permite responder a todas estas cuestiones. En primer lugar, tenemos que saber qué es la calidad normativa.

<sup>20</sup> Por ejemplo, véase OECD (2005), *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*; «*Better regulation for Growth and Jobs in the European Union*» COM(2005)97 of 16 March 2005; página web de la Unión Europea sobre *better regulation*: [http://ec.europa.eu/governance/better\\_regulation/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm); C. BALSÀ, *La «Better Regulation»*, *Papeles de Evaluación*, núm. 1, MAP, 2006; R. BALDWIN, «Is Better Regulation Smarter Regulation», *Public Law*, otoño, 2005, pp. 485-51; S. WEATHERILL (ed.), *Better Regulation*, Hart Publishing, 2007; R. PINILLA PALLEJA, «¿Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo», *Papeles de evaluación*, núm. 8, 2008; J. PONCE SOLÉ, «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 89-144; J. PRATS CATALÀ, «Construyendo la gobernanza del sistema regulador», epígrafe contenido en su libro *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, pp. 171-180; G. FERNÁNDEZ ROJAS, «Francia, Seguridad Jurídica y Nueva Política Codificadora», *International Law*, 2004, pp. 147 y ss., <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400405>.

<sup>21</sup> Datos extraídos de J. SANTAMARÍA PASTOR, «La administración como poder regulador», en VVAA, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004, pp. 373 y ss., y L. MARTÍN REBOLLO, «Treinta años de derecho administrativo español (una primera aproximación a los principales cambios producidos)», en J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ y F. J. VILLAR (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum. Gaspar Ariño*, editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

<sup>22</sup> Del total de 20.648 normas no fiscales existentes, restamos 949 relacionadas con el cartapacio local, 1.558 serían de ficheros y 489 planes de urbanismo. Restando todas ellas nos daría las ordenanzas, no fiscales, vigentes, que serían el número expresado en el texto. A ellas habría que añadir las fiscales (que solo en lo que llevamos de 2017 suponían 840 más).

Quiero agradecer la amabilidad de las señoras Aurora Torres, del Servicio del BOP y Asun Juan, del CIDO (Cercador d'informació de Diaris Oficials, de la Diputació de Barcelona) por su amable asesoramiento y ayuda.

Siguiendo a BOBBIO<sup>23</sup>, se puede hablar de calidad normativa en base a la Justicia, la validez y la eficacia de las normas jurídicas. El primer criterio trata de conocer si se trata de una norma justa, intentando evaluar si se adecúa o no a los fines de una organización, así como su coherencia con lo que es debido hacer. En cambio, el segundo toma en consideración el conjunto de normas aceptadas para determinar si una en concreto forma parte del ordenamiento jurídico vigente. El tercero se refiere a su impacto sobre el comportamiento de los destinatarios y, en particular, a su cumplimiento. BOBBIO subraya que estos tres criterios son independientes, definiendo las grandes áreas de reflexión del Derecho, esto es, la teoría de la justicia, que trata de precisar los valores hacia los cuales tiende el Derecho, la teoría general del Derecho, preocupada por la validez y la coherencia de los ordenamientos jurídicos y la sociología jurídica, que analiza la aplicación de las normas y su efecto sobre el comportamiento de los individuos. Dejando ahora de lado la primera vertiente, nosotros nos referiremos a las otras dos aquí y nos concentraremos específicamente en la última, a los efectos de este trabajo.

Para hablar de calidad o de falta de calidad de una norma jurídica, desde estas perspectivas, hemos que contar con estándares, con criterios de calidad que permitan la comparación. En la actualidad, estos estándares son de dos tipos: unos *formales*, referidos a la estructura e inteligibilidad de la norma, estudiados y desarrollados por la denominada *teoría de la legislación* y otros son *materiales*, referidos a los impactos que la norma jurídica tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y de las empresas.

Por consiguiente, cabría afirmar que «la calidad de las decisiones normativas tiene al menos tres aspectos a considerar: el formal, el procedimental y el material».

Desde una perspectiva *formal*, la norma ha de ser correcta, siguiendo los estándares que puedan fijarse al respecto por el poder legislativo o la propia Administración (por ejemplo, en garantía de que el lenguaje jurídico empleado sea inteligible para el ciudadano medio, etc.). Desde una perspectiva *material*, la norma no ha de vulnerar ninguna regla ni principio del ordenamiento jurídico. Y desde una perspectiva *procedimental*, el proceso de adopción de la decisión debe ser un *procedimiento adecuado*, que, si se trata de un reglamento, ha de garantizar la buena administración. Pues como señala la Agencia Sueca para la Gestión Pública, en un informe comparando los principios de buena administración de los estados miembros de la UE, los buenos procedimientos desarrollados hacen que «la posibilidad de hacer buenas decisiones se incremente enormemente»<sup>24</sup>.

Si la norma se adopta sin este proceso razonado y razonable de elaboración, entonces el ejercicio de la discrecionalidad es defectuoso, constitutivo de mala administración en el caso de los reglamentos y, como veremos, de

<sup>23</sup> N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992.

<sup>24</sup> AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA, *Principles of Good Administration...*, op. cit. (<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>), la traducción del inglés es nuestra.



una posible vulneración constitucional en el caso legislativo, y el resultado es de baja calidad y por ello antijurídico.

Desde la primera perspectiva formal, la perspectiva más conocida tradicionalmente en España, existen ya tanto desarrollos científicos como documentos jurídicos. Es el caso, por lo que a estos refiere, de los estándares específicos provenientes de la denominada teoría de la legislación y que, en el ámbito estatal, por ejemplo, se hallan ahora recogidos en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por el Consejo de Ministros en 2005. Desde la perspectiva de la calidad procedimental y material, las normas jurídicas, por mandato constitucional, deben ser racionales, proporcionadas, no discriminatorias, *eficaces*, eficientes y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo, siendo adoptadas según el procedimiento diseñado por el ordenamiento jurídico. «Esta perspectiva, sobre todo desde la eficacia, esto es la consecución efectiva de los objetivos establecidos, es la que nos va a interesar aquí, desde el punto de vista del impacto que pueden generar las normas y de los modos de medir este»<sup>25</sup>.

## B. LA MEJORA DE LA CALIDAD NORMATIVA

Todos los aspectos aludidos antes son mensurables<sup>26</sup> y, en consecuencia, cabe intentar mejorar la calidad normativa. La mejora de las normas jurídicas puede ser entendida como la política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo.

Pero para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarla, es requisito *evaluar*, es decir medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real. Se trata mediante la evaluación de las normas de calcular los *impactos* de la norma y conocer así los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (*evaluación ex ante o prospectiva*) o su aplicación durante un determinado periodo de tiempo (*evaluación ex post o retrospectiva*) generan.

Ambos tipos de evaluación no solo no son incompatibles, sino que pueden y deben ser concurrentes. Antes de lanzar al mundo jurídico una norma jurídica (es decir, al impulsar la normativa, al redactarla, al ser debatida, en

<sup>25</sup> Al respecto, véase C. VIVER I PI-SUNYER, «Técnica legislativa: estado de la cuestión y balance (provisional) de una década», *Autonomies*, núm. 21, diciembre de 1996, pp. 15 y ss.; Directrices de Técnica Normativa del Estado, *Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban*, BOE de 28 de julio de 2005; A. FIGUEROA LARAUDOGOITIA (coord.), *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, IVAP, 1995; J. PONCE SOLÉ, «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 201-243; M. TAVARES DE ALMEIDA, «Evaluation of legislation: The Portuguese experience», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, pp. 139 y ss.; L. MADER, «Improving legislation by evaluating its effects: the Swiss experience», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, pp. 73 y ss.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, ténganse en cuenta los indicadores referidos a la calidad regulatoria del Banco Mundial (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>), los cuales, sin embargo, tienen un claro sesgo hacia la desregulación y la facilitación de la actividad económica privada.



su caso, en el Parlamento) puede evaluarse que impactos tendrá y, en función de tal evaluación, decidir incluso que es mejor no promulgarla, por ejemplo. Si se aprueba la norma jurídica y entra en vigor, será preciso entonces (durante su vigencia) conocer cuál es su (in) aplicación verdadera, su grado de aceptación social, esto es, si los ciudadanos la respetan o no de *motu proprio*, si cuando no es respetada se generan efectivas reacciones jurídicas (sanciones, etc.), si su aplicación da lugar a frecuentes controversias (número de recursos judiciales...), etc. En función de tal evaluación *a posteriori* es posible llegar a decidir, incluso, la necesidad de su derogación, es decir, de su eliminación del mundo jurídico por ineficaz o ineficiente, por ejemplo<sup>27</sup>.

### C. TÉCNICAS DE EVALUACIÓN DE LA CALIDAD NORMATIVA EXISTENTES: LA CAJA DE HERRAMIENTAS

La calidad de la norma, de acuerdo con los criterios vistos, es mensurable mediante la evaluación *ex ante* o *ex post* de los impactos previsibles o generados, respectivamente. La evaluación de impacto normativo (EIN) es un marco estructurado para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones de políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una. Una EIN positiva debería considerar todas las clases de impacto.

El entero procedimiento de elaboración de la norma sea en sede administrativa y, en su caso, parlamentaria (perspectiva *ex ante*) y el control y seguimiento posterior de la aplicación de la norma (perspectiva *ex post*) puede considerarse que son el marco de tal EIN, en la cuales se incardinan las consultas al público

¿Cómo conocer tales impactos? Mientras que en la evaluación *ex post* tal evaluación puede ser relativamente sencilla, en la evaluación *ex ante* nos podemos encontrar con mayores dificultades, porque se trata de realizar una prognosis sobre los impactos positivos y negativos (entre ellos las cargas<sup>28</sup>) que una norma todavía no aprobada podría tener sobre ciudadanos, empresas y Administraciones públicas<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Véase U. KARPEN, «Evaluation of legislation», en PARLAMENT DE CATALUNYA, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, pp. 23 y ss.; A. BETANCOR, *Mejorar la regulación*, Madrid, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, 2009; P. GARCÍA-ESCUADERO, *Manual de Técnica Legislativa*, Civitas, 2011.

<sup>28</sup> Sobre el concepto de carga, que no es lingüísticamente neutro, comportando una connotación negativa inadecuada, pues hay cargas que protegen derechos fundamentales de las personas, P. GONZÁLEZ DE HERRERO y L. CASTRO, *Una metodología para la medición de los costes administrativos: el standard cost model*, *Papeles de Evaluación*, núm. 4, Madrid, MAP, 2006. Traducción al español del Manual Internacional del *Standard Cost Model* en *Papeles de evaluación*, núm. 6, de 2007, consultable en [http://www.aeval.es/comun/pdf/papeles\\_evaluacion/Papeles\\_de\\_Evaluacion\\_nx6.pdf](http://www.aeval.es/comun/pdf/papeles_evaluacion/Papeles_de_Evaluacion_nx6.pdf); *Manual de Reducción de Cargas en el ámbito local*, [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion\\_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/4/16\\_Manual\\_reduccion\\_cargas\\_ambito\\_local-23\\_12\\_2010/16\\_Manual\\_reduccion\\_cargas\\_ambito\\_local%2023\\_12\\_2010.pdf](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/4/16_Manual_reduccion_cargas_ambito_local-23_12_2010/16_Manual_reduccion_cargas_ambito_local%2023_12_2010.pdf).

<sup>29</sup> Véase J. PONCE SOLÉ y A. SÁNCHEZ, «La evaluación de la calidad normativa», en J. A. GARDE (coord.), *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y propuesta de creación. Informe Comisión Expertos*, Madrid, INAP, 2005, pp. 139-171;

Como es sabido, entre las técnicas de evaluación *ex ante* más utilizadas se pueden citar las siguientes:

- a) *Listas de comprobación (Checklists)*: como las ya elaboradas por algunas Comunidades Autónomas y organizaciones internacionales (como la OCDE)<sup>30</sup>.
- b) *Experimentos* de diverso tipo, sea *in vitro* o *in vivo*, de los que ya existen experiencias realizadas en diversos países, no así en España<sup>31</sup>.
- c) *Dictámenes de órganos consultivos* (como los emitidos por el Consejo de Estado español y sus homólogos autonómicos).
- d) *Consultas al público*, que en nuestro sistema se identifican con los trámites procedimentales de audiencia e información pública. Cabe destacar como el informe Mandelkern de 2001 incluye entre los principios de buena regulación el de transparencia, señalando como la elaboración de la legislación no debería confinarse en los despachos administrativos, puesto que la participación y la consulta con los ciudadanos es el primer requisito del principio de transparencia (p. 10). Asimismo, este informe señala como los procesos de consulta no deberían ser considerados como posibilidades de expresar protesta, sino que deberían ser vistos por las partes consultadas como un instrumento para dar forma a la regulación o las políticas públicas (p. 27).

Las consultas al público de normas no solo permiten una mejora de la calidad regulatoria sino que además permiten reducir la litigiosidad, lograr más transparencia y mejor participación ciudadana. Sin embargo, esas potencialidades positivas no deben quedar ocultas por la posibilidad de que la negociación sea copada por *lobbies* que lleven a un mal gobierno y una mala administración, una influencia debida y, quizá, supuestos de corrupción. Lo que demanda una regulación razonable «que acabe con la opacidad de las negociaciones informales y equilibre el terreno de juego de la participación»<sup>32</sup>.

- e) *Análisis coste-beneficio* o técnicas similares<sup>33</sup>, en las que se integra la medición de cargas administrativas mediante las metodologías

C. ROMÁN DEL RÍO y A. CIRERA LEÓN, «Evaluación del Impacto Normativo (EIN) y Evaluación de Políticas Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 62, 2006, pp. 309-320; *Guía Metodológica estatal para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo*, [http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion\\_publica/iniciativas/impacto\\_normativo.html](http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo.html); *Guía de buenas prácticas para la elaboración y revisión de normativa con incidencia en la actividad económica de la Generalitat de Catalunya*, <http://www.gencat.cat/especial/gbp/cas/index.htm>; *Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas (EIC)*, Autoridad Catalana de la Competencia, [http://www20.gencat.cat/docs/economia/ACCO/Documents/Arxiu/guia\\_AIC\\_v17\\_08\\_10\\_FINAL\\_esp.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/economia/ACCO/Documents/Arxiu/guia_AIC_v17_08_10_FINAL_esp.pdf).

<sup>30</sup> Véase el Informe Mandelkern sobre Mejora de la Regulación, Anexos, Anexo A, Cuestionario de referencia de la OCDE para el proceso de elaboración de normas, de 1995.

<sup>31</sup> Véase al respecto, por ejemplo, U. KARPEN, «La evaluación de las consecuencias de las leyes», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 307 y ss.

<sup>32</sup> J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y lobbies*, Thompson Reuters Aranzadi, 2015.

<sup>33</sup> El marco más riguroso en el que se evalúan los impactos, tanto positivos como negativos, de las diferentes opciones políticas es el Análisis de Coste-Beneficio (en adelante, ACB) o métodos



del *Standard Cost Model* (SCM) y del *EU Net Administrative Cost Model*<sup>34</sup>.

Entre las técnicas de evaluación *ex post* más utilizadas se pueden citar las siguientes:

- a) Informes específicos de seguimiento de la aplicación normativa, desarrollados por organismos creados *ad hoc*, en sede parlamentaria o no<sup>35</sup>.
- b) Uso de análisis realizados por diversos organismos públicos en desarrollo de sus tareas (por ejemplo, Defensor del Pueblo o similares, al recibir las quejas ciudadanas, Tribunal de Cuentas o similares, etc.).
- c) Utilización de cláusulas incluidas en la norma jurídica imponiendo su revisión en un plazo determinado o de cláusulas llamadas de *sunset*

similares. Su metodología permite la comparación objetiva de las ventajas y desventajas cuantificables de cualquier número de alternativas para alcanzar los objetivos públicos perseguidos. Otros métodos incluyen:

- Análisis Coste-Eficacia, que no considera de forma explícita los beneficios, sino que intenta medir la eficacia con el que se alcanza el objetivo previsto.
- Análisis de Coste de Cumplimiento, que se concentra en la valoración de los costes probables del cumplimiento en relación con las normas propuestas.
- Análisis multicriterio, que, de acuerdo con la UE, es un método que permite orientar la toma de decisiones a partir de varios criterios comunes. Este método se destina esencialmente a la comprensión y a la resolución de problemas de decisión. Se utiliza para emitir un juicio comparativo entre proyectos o medidas heterogéneas, por lo que puede emplearse en evaluación. De esta forma, tomando como base diversos criterios, los decisores pueden integrar, en un contexto prospectivo o retrospectivo, la diversidad de las opiniones relativas a los proyectos para emitir un juicio. Algunas SSTs han hecho referencia a este tipo de análisis, controlando sus resultados: así, por ejemplo, STS de 9 de julio de 2013 (recurso de casación núm. 2156/2010) en relación al trazado de una infraestructura viaria.

Debe ponerse de relieve la utilidad de estas técnicas, pero destacando también sus límites (por ejemplo, no pueden generar alternativas, solo consideran las dadas, o no pueden, ni deben, sustituir la decisión política última en que consiste la norma jurídica) y sus problemas (como, por ejemplo, los referidos a la difícil cuantificación de determinados impactos, sobre todo, positivos, en las personas o en el medio ambiente).

La literatura jurídica y, sobre todo, económica, sobre análisis coste-beneficio es extensa. Entre ella, se puede citar, por ejemplo, E. ALBI, J. M. GONZÁLEZ PÁRAMO y G. LÓPEZ CASANOVAS, *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 280 y ss.

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión, J. PONCE SOLÉ, «¿Mejores normas?...», *op. cit.* El SCM mide los costes administrativos generados a las empresas como consecuencia de la obligación normativa de aportar a la Administración o de tener disponible una determinada información (por ejemplo, presentación de información sobre situación financiera al solicitar una licencia, inscripción en algún registro, etiquetado de productos, etc.).

O expresado en forma más gráfica: Coste total = Precio × Cantidad.

Siendo el Precio = (coste por hora × tiempo) + adquisiciones.

Siendo la Cantidad = población × frecuencia.

<sup>35</sup> Así, téngase en cuenta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 30.2:

«El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer remitirá al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, con periodicidad anual, un informe sobre la evolución de la violencia ejercida sobre la mujer en los términos a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, con determinación de los tipos penales que se hayan aplicado, y de la efectividad de las medidas acordadas para la protección de las víctimas. El informe destacará asimismo las necesidades de reforma legal con objeto de garantizar que la aplicación de las medidas de protección adoptadas puedan asegurar el máximo nivel de tutela para las mujeres».

Véase uno de estos informes en [http://www.aytobadajoz.es/files/archivos/imss/2014\\_09/libro\\_15\\_v\\_informe\\_observatorio.pdf](http://www.aytobadajoz.es/files/archivos/imss/2014_09/libro_15_v_informe_observatorio.pdf).



*legislation* (con una vigencia determinada) empleadas en la UE y en diversos países del mundo, como los Estados Unidos de América<sup>36</sup>.

#### D. RELEVANCIA Y NUEVOS DESARROLLOS

En fin, es preciso insistir en la importancia del tema en la agenda europea, plasmado en el programa de la UE para reducir las cargas administrativas en un 25 por 100 para 2012 y la comunicación de 2012, haciendo balance del mismo, *EU Regulatory Fitness*. En mayo de 2015, un nuevo paquete comunitario relativo a la *better regulation* ha sido lanzado, creándose por primera vez un órgano, el *Regulatory Scrutiny Board*<sup>37</sup>.

Asimismo, la lógica de la evaluación del impacto normativo está presente también, si bien desde una perspectiva limitada, en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (*DOUE* de 27 de diciembre de 2006, ya transpuesta en nuestro ordenamiento y en su transposición española). La exigencia derivada de la Directiva de justificar y fundamentar las razones imperiosas de interés general que permiten excepcionar la regla de la prohibición de autorizaciones y sistemas de control, cuya vulneración ya ha dado lugar a reacciones judiciales en España, realza el valor de las evaluaciones de impacto normativo y de la motivación explícita de sus resultados.

Además, la evaluación de los impactos normativos tiene también una vertiente vinculada con la defensa de la competencia, de creciente importancia, como veremos luego<sup>38</sup>.

En esta dirección de innovación en la gestión pública y en las políticas públicas desarrolladas mediante normas aparece también más recientemente el movimiento denominado *nudging*<sup>39</sup>.

Los más recientes avances en el ámbito de las *behavioural sciences* están dando lugar a un cambio trascendente en el modo como hasta ahora la economía clásica había entendido que se comportan las personas (usando

<sup>36</sup> Por todos, S. RANCHORDÁS, *Constitutional Sunsets And Experimental Legislation*, Edward Elgar, 2014, e «Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, núm. 2 (invierno 2015) en prensa, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2544291](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291).

<sup>37</sup> Véase [http://ec.europa.eu/smart-regulation/better\\_regulation/key\\_docs\\_en.htm](http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm).

<sup>38</sup> Véase lo que se señala en el apartado final de este trabajo. Puede consultarse OCDE, *Guía para evaluar la competencia* (<http://www.oecd.org/daf/competition/reducingregulatoryrestrictionson-competition/39680183.pdf>), UE: *Better regulation: a guide to competition screening*, 2005 ([http://ec.europa.eu/competition/publications/legis\\_test.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/legis_test.pdf)); COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Trabajando por la Competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, 2008, [http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/recomendaciones.pdf](http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/recomendaciones.pdf).

*Guía para la elaboración de Memorias de competencia*, 2009, [http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias\\_y\\_recomendaciones/Guia%20para%20Administraciones%20Publicas.pdf](http://www.cnmec.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/Guia%20para%20Administraciones%20Publicas.pdf).

<sup>39</sup> J. PONCE SOLÉ, «*Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales», comunicación presentada al IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo, celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014, disponible en [http://montin.com/documents/nudging\\_jponce.pdf](http://montin.com/documents/nudging_jponce.pdf).

el modelo o metáfora del *homo economicus*, el ser egoísta maximizador de sus intereses). El modelo o «metáfora» del *homo economicus* ha pretendido no solo describir el modo como se comportan los seres humanos, sino ha pasado a prescribir, de hecho, cómo el Derecho debería reaccionar ante tal comportamiento. Es a partir de las aportaciones de las ciencias de la conducta humana que surge la noción de *nudging* a la que ahora nos referiremos.

Dado que la racionalidad absoluta del *homo economicus* no existe (puesto que, ante todo y por lo que ahora nos interesa, es limitada y porque, además, no tiene en cuenta comportamientos perfectamente racionales como la reciprocidad y el altruismo) y además tal racionalidad está interferida por heurísticos y sesgos, surgen los *nudges* como estrategias para mejorar la racionalidad decisora. *Nudging* en inglés significa empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas con sobre todo con el codo con el fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a otro. En su seminal trabajo sobre el tema, THALER y SUNSTEIN definen un *nudge* como «cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes»<sup>40</sup>.

La aplicación de *nudges* como instrumento regulatorio está ya siendo desplegado en diversos países, también de la UE<sup>41</sup>. Destaca al respecto el caso de los Estados Unidos, que ha impulsado la aplicación de *nudges* y la simplificación reglamentaria. Por lo que se refiere al *Nudging*, sus postulados esenciales vienen recogidos ahora en varias de las *Executive Order* presidenciales que regulan la labor de la OIRA. Así, la 13563 del presidente Obama [§§ 1, 4, 76 Fed Reg 3821, 3821-22 (2011)] señala que:

«[E]ach agency shall identify and consider regulatory approaches that reduce burdens and maintain flexibility and freedom of choice for the public. These approaches include warnings, appropriate default rules, and disclosure requirements as well as provision of information to the public in a form that is clear and intelligible».

Con fecha 15 de septiembre de 2015, el presidente Obama ha emitido la segunda Orden sobre este tema, titulada *Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People*<sup>42</sup>.

Nada parece moverse, de momento, en este ámbito en España, más allá de reflexiones académicas que pretenden situarnos a la altura de otros países de la Unión Europea<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> R. H. THALER y C. R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón (nudge)*, Taurus, 2009, p. 20.

<sup>41</sup> Véase el informe de la UE «Behavioural Insights Applied to Policy - European Report 2016», consultable en <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>.

<sup>42</sup> Consultable en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>.

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, la jornada desarrollada por el instituto de investigación TransJus con colaboración con el Instituto de Neurociencias, ambos de la Universidad de Barcelona sobre «Neurociencias y ciencias sociales: una aproximación transdisciplinar», cuya crónica y materiales pueden



## E. ANTECEDENTES DE LA MEJORA REGULATORIA EN ESPAÑA

### a) *Antecedentes en el nivel estatal*

En el caso español, el movimiento de la *Better* o *Smart regulation* también ha calado, tanto a nivel de la elaboración de normas estatales como en cuanto a las normas autonómicas. Con carácter anterior a este movimiento, no cabe olvidar los arts. 88 (con su exigencia de los antecedentes necesarios de los proyectos de ley) y 105 de la Constitución, así los arts. 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (que, hasta su reciente modificación, solo se referían a impactos de géneros y costes para las arcas públicas).

Pero el impacto de la mejora regulatoria en España comienza realmente con la creación legislativa de la desaparecida desde 2017 Agencia de Evaluación de la Calidad de los Servicios y las Políticas Públicas (cuya creación fue precedida de un Informe de Expertos en que se aludía expresamente a esta cuestión y al papel del nuevo organismo)<sup>44</sup>. Una reforma de los Estatutos de la Agencia [Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo (BOE de 18 de julio de 2009, núm. 173, pp. 60174 y ss.)], sin embargo, supuso el aparente fin de la misma como agente promotor del impulso de la calidad normativa. Pero, simultáneamente, esta norma de 2009 ha extendido la evaluación *ex ante* en el ámbito de la Administración del Estado de forma sistemática, la cual es realizada por las propias unidades internas de cada Ministerio que impulsa un proyecto de ley o un proyecto de reglamento<sup>45</sup>.

Con posterioridad al 2009, al margen de la transposición de la Directiva de Servicios, ya aludida, cabe mencionar las previsiones de la Ley 2/2011 de Economía sostenible (arts. 4 y ss., referidos a principios de buena regulación y otros aspectos) y las referencias en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado<sup>46</sup>.

---

hallarse en <https://transjusblog.wordpress.com/2018/01/15/neurociencias-y-ciencias-sociales-una-aproximacion-transdisciplinar/>.

<sup>44</sup> Véase [http://www.aeval.es/es/la\\_agencia/presentacion/](http://www.aeval.es/es/la_agencia/presentacion/). En la p. 59 este informe señalaba que: «Ante las carencias e inercias detectadas, la creación de la Agencia podría ser de notable interés, sin obviar la posibilidad de una adecuada modificación de la regulación vigente de los procedimientos de elaboración y evaluación *ex ante* de leyes y reglamentos. En este sentido, y al margen de análisis de impacto normativo puntuales que la Agencia pudiera realizar, su labor se debería centrar en la preparación y desarrollo de metodologías para tales análisis, así como en el apoyo técnico y formativo a las unidades competentes para su realización».

<sup>45</sup> Pueden consultarse las memorias de impacto normativo, donde se recoge la evaluación *ex ante* obligatoria desde 2009, como decimos, en el portal de transparencia generado a partir de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: [http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/categorias/Normativa/Normativa-en-elaboracion.html](http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/categorias/Normativa/Normativa-en-elaboracion.html).

Su consulta es posible por Ministerio o globalmente.

<sup>46</sup> Preámbulo «esta Ley aprovecha para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas. La mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación



## b) *La situación en las CCAA y en el nivel local*

En el nivel autonómico, los antecedentes existentes han sido similares a los estatales, destacando diversas comunidades autónomas como Navarra (que cuenta con una ley de evaluación de 2005) o Cataluña (que llegó a contar con una Dirección General de Calidad normativa, ahora una área de ubicada en el Departamento de Presidencia, a partir de 2008<sup>47</sup>, cuya Autoridad de la Competencia desarrolla evaluaciones normativas desde la unívoca perspectiva de la competencia y que cuenta con una regulación específica en la Ley 26/2010), que han impulsado medidas concretas en este ámbito. Además, la nueva generación de leyes autonómicas en España sobre transparencia y buen gobierno (como por ejemplo la catalana 19/2014, con un capítulo específico en su Título V) incluyen también regulaciones referidas a la mejora de calidad normativa.

En el ámbito local, la mejora de la calidad de las ordenanzas (y el posible papel de los entes locales supramunicipales en su ayuda) no ha sido objeto de consideración ni de desarrollo hasta el momento, pese al indudable impacto que las ordenanzas pueden tener en la vida de los ciudadanos (piénsese en las ordenanzas de civismo) y su baja calidad formal y material en no pocas ocasiones, manteniéndose la regulación del art. 49 LBRL, claramente inadaptado al marco descrito.

## c) *Reacción judicial y del Tribunal Constitucional*

Sin embargo, hacer una referencia al Derecho contenido formalmente en las normas descritas no nos daría un panorama real de la situación antes de la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015, puesto que es esta una materia donde el papel judicial es especialmente destacado. Como ha sido señalado: «La obligación de justificar los reglamentos es ya un imperativo legal, que obliga al juez a comprobar que realmente han venido precedidos

---

económica. Es importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional».

«Art. 15. Evaluación periódica de la normativa.

1. Todas las autoridades competentes evaluarán periódicamente su normativa al objeto de valorar el impacto de la misma en la unidad de mercado.

2. Sin perjuicio de la evaluación establecida en el apartado anterior, las conferencias sectoriales impulsarán la evaluación periódica en las materias de su competencia, así como los cambios normativos que puedan proceder, en el marco de lo establecido en el art. 12 de esta Ley.

A tal efecto, las conferencias sectoriales concretarán, con periodicidad anual, el programa de evaluación que se considera prioritario para el periodo.

3. Asimismo, el Consejo para la Unidad de Mercado podrá impulsar la evaluación del marco jurídico vigente en un sector económico determinado, cuando se hayan detectado obstáculos a la unidad de mercado, conforme a lo establecido en el art. 10 de esta Ley».

M. ÁLVAREZ SUÁREZ y B. PÉREZ RAPOSO, «El programa de trabajo de unidad de mercado: el plan de racionalización normativa como ejercicio de buena regulación económica», *Unidad de Mercado*, núm. 871, marzo-abril de 2013, pp. 115 y ss.

<sup>47</sup> [http://presidencia.gencat.cat/ca/ambit/s\\_d\\_actuacio/millora\\_regulacio\\_normativa/area-de-millora-de-la-regulacio/](http://presidencia.gencat.cat/ca/ambit/s_d_actuacio/millora_regulacio_normativa/area-de-millora-de-la-regulacio/).

de un proceso de estudio y ponderación, adecuado al caso, que fundamenta sus medidas. El juez tiene, por tanto, un importante papel que jugar pues de él depende, en último término que las Administraciones cumplan efectivamente esa obligación y hagan análisis serios que les permitan tomar la decisión con pleno conocimiento de causa; a los afectados, conocer su fundamento; y a él, fiscalizarlos»<sup>48</sup>, garantizando que, en moderna terminología, se haya desplegado una diligencia o cuidado debidos en garantía del derecho a una buena administración y del cumplimiento de las obligaciones por este impuestas<sup>49</sup>.

Aquí no podemos detenernos en un análisis detallado de la cuestión para el que nos remitimos a trabajos nuestros anteriores<sup>50</sup>.

### 1) Reglamentos

En el control de las obligaciones de buena administración en el desarrollo de la potestad reglamentaria, existe una jurisprudencia tradicional variable. En ocasiones, el Tribunal Supremo parece mostrarse laxo en relación con el *estándar de exigencia* que establece para el contenido de la fundamentación y justificación de los reglamentos, en aplicación de la legislación vigente<sup>51</sup>. Sin embargo, en otros casos, el Tribunal Supremo ha decidido analizar cuidadosamente el contenido de la fundamentación y justificación aportadas, anulando reglamentos por insuficiencia o inadecuación de esta y de la motivación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria ofrecida, distinguiendo entre un cumplimiento de trámites meramente *formal* y una auténtica fundamentación y justificación<sup>52</sup>.

Esta segunda tendencia parece que se está consolidando en el control judicial de la calidad normativa reglamentaria, a tenor de las sentencias aludidas y de las dos importantes sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2007, que anularon el traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona, estableciendo un estándar *estricto o riguroso* de control procedimental y de motivación<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> I. REVUELTA, «Análisis del impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria», *RAP*, núm. 193, 2014, p. 123

<sup>49</sup> J. PONCE SOLÉ, «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84. Un comentario a este trabajo en J. R. CHAVES, «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad», disponible en el blog de la *Justicia.com*: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>.

<sup>50</sup> J. PONCE SOLÉ, *Negociación de Normas y...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

<sup>51</sup> Caso, entre otras muchas, de las Sentencias de 9 de febrero de 1999, Ar. 1552, de 12 de mayo de 1999, Ar. 3987, de 10 de marzo de 2003, Ar. 3067, de 7 de julio de 2004, Ar. 5599, o más recientemente, de 4 de julio de 2006, Ar. 8006.

<sup>52</sup> Sentencias de 2 de junio de 1997, Ar. 4921, de 10 de julio de 1999, Ar. 5771, de 13 de noviembre de 2001, Ar. 65 o más recientemente, de 23 de mayo de 2006, Ar. 3683.

<sup>53</sup> J. PONCE SOLÉ, «¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? El traslado de la comisión del mercado de las telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del tribunal supremo de 27 de noviembre de 2006», *RAP*, núm. 173, 2007.



Dos sentencias del Tribunal Supremo de finales de 2016 parecen confirmar esta tendencia. Se trata de las SSTs de 12 de diciembre de 2016, núm. de recurso 902/2014, y de 13 de diciembre de 2016, núm. de recurso 873/2014, en las que se anulan diversos preceptos del Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regula la troncalidad, la reespecialización troncal y las áreas de capacitación específica, se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud y se crean y modifican determinados títulos de especialista.

Este control serio del respeto de las obligaciones derivadas del derecho a una buena administración en sede regulatoria no se queda solo en los aspectos económicos, sino que incluye los ambientales y sociales. Respecto a estos últimos, la muy interesante Sentencia de 5 de diciembre de 2015, núm. de recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, señala que:

«Pero el avance en las previsiones sobre el impacto social y medio ambiental recogidas ya en el Real Decreto 1083/2009 (artículo 1.2), dentro del contenido de la memoria del análisis de impacto normativo de forma adicional a su contenido propio (artículo 1.1), ha llevado más tiempo en dejarse sentir, pese a su indubitada conexión, por una parte, con el concepto de la sostenibilidad social, ya recogido incluso por la propia Constitución (artículo 135.4), y del que no parece irrazonable deducir la necesidad de requerir un esfuerzo complementario de motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas normativas que inciden negativamente sobre los derechos sociales (en este sentido, se pronuncian expresamente sendos votos particulares a las sentencias constitucionales 49/2015 y 139/2016), y si en materia de medio ambiente la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada en sustento de la adopción de una medida regresiva en base al principio ambiental de no regresión —Sentencias de 13 de junio de 2011 RC 4045/2009, 30 de septiembre de 2011 RC 1294/2008 y de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009— como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; y, por otra parte, con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo.

No puede ignorarse, sin embargo, que, además de la posterior entrada en vigor de los textos legales que ahora constituyen el marco normativo de referencia (Leyes 39 y 40/2015) en los términos antes indicados, siquiera de forma sucinta en el supuesto que estamos examinando la memoria que figura en el expediente también se refiere al impacto social de la norma proyectada».

Al igual que ha hecho el Tribunal Supremo respecto de reglamentos estatales, la jurisprudencia de los TSJ de las CCAA ha ido incrementando el control sobre reglamentos autonómicos y el número de sus anulaciones<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Efectivamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en diversas sentencias ha incrementado el estándar de control judicial de la EIN, controlando el procedimiento y la fundamentación



En el ámbito de las ordenanzas locales, no cabe olvidar la consolidada jurisprudencia del TS en aplicación del art. 25 TRHL, que exige ciertas evaluaciones asociadas a informes que deben obrar en el expediente<sup>55</sup>. Recientemente, la STS de 25 de marzo de 2018 (recurso de casación 4007/2015) ha declarado nula parcialmente una ordenanza municipal de venta ambulante del Concello de Carnota, en Galicia, por considerar que la Ordenanza no tomado en consideración en su elaboración y redactado el principio de concurrencia competitiva a la hora de otorgar las autorizaciones. El art. 10 de la misma preveía lo siguiente.

«Artículo 10. Concesión de las autorizaciones. [...] 2. La concesión de las autorizaciones se efectuará por el orden de presentación de solicitudes, de acuerdo con la disponibilidad de espacio existente. 4. Antes de la adjudicación en un mercado periódico de un puesto a un nuevo titular, deberán resolverse las peticiones de traslado o permuta de puestos que formulen los vendedores ya situados, evitándose, en todo caso, la concentración de puestos de un mismo tipo y debiendo constar, en el caso de las permutas, el consentimiento de los titulares del puesto objeto de esta. 5. Los comerciantes que solicitasen un puesto en un mercado periódico y no se les concedió pasarán a formar parte de una bolsa para cubrir de forma provisional las bajas que se produzcan».

El TS considera que el apartado 2 es contrario al art. 8.2.a) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que dispone que cuando el número de autorizaciones para realizar una determinada actividad de servicios esté limitado, el procedimiento de concesión por las Administraciones Públicas garantizará el cumplimiento de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

Este enfoque de control serio se va extendido crecientemente a la participación ciudadana, tanto respecto a la apertura de los trámites reglados (audiencia) como a la respuesta razonada de las alegaciones presentadas, como indicador de la debida diligencia en la ponderación que garantice el respeto del derecho a una buena administración. En este segundo caso, tenemos ya una línea jurisprudencial valiosa que sería preciso profundizar. Nos referimos a dos destacables sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 (Ar. 3632) y 4 de marzo de 2003 (Ar. 3762), que es de esperar sean seguidas por otras en la misma innovadora línea (un ejemplo ya se puede hallar en la STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2004, RJCA 2004/492)<sup>56</sup>.

---

y motivación de la norma de forma más estricta de lo habitual. Así, Sentencias de 21 de diciembre de 1993 (RJCA 1993/39), de 11 de julio de 2001 (RJCA 2001/321462), de 14, 20 y 27 de enero de 2005 —RJCA 2005/66, JUR 2005/54864, RJCA 2005/51— respectivamente, así como en sentencias núm. 311/2008, de 8 abril, recurso núm. 566/2004, o núm. 119/2012, de 15 de marzo, recurso núm. 5/2010. En otras CCAA, véase, por ejemplo, la STSJ de Baleares de 22 de septiembre de 2014, que conoció de la impugnación del Decreto 15/2013, de 19 de abril, sobre lenguas en centros docentes no universitarios. Haciendo una aplicación de toda la normativa sobre calidad normativa en España que ya conocemos, y especialmente de la legislación balear de buen gobierno y buena administración, que incluye diversos preceptos al respecto, la sentencia anula el Decreto.

<sup>55</sup> Un ejemplo lo constituye la STS de 22 diciembre 2014 (RJ 2014/6634), la cual anula una ordenanza fiscal por falta de evaluación, citando otras muchas sentencias del TS anteriores.

<sup>56</sup> Las mismas han señalado, respecto a un Plan de Ordenación de Recursos Naturales, finalmente anulado, con argumentos perfectamente extensibles a cualquier plan urbanístico, que no basta con

Hay un tercer paso que el control judicial reglamentario debería dar con relación al control de la influencia que grupos de presión puedan tener mediante contactos no formalizados, con vulneración de las obligaciones de buena administración e igualdad. El juez tiene un importante papel que jugar también en la garantía de la transparencia, la objetividad y, en definitiva, el buen gobierno regulatorio y los derechos ciudadanos, entre ellos a una buena administración y los casos existentes no parecen mostrar que lo estén desempeñando siempre<sup>57</sup>.

## 2) Anteproyectos de Ley y Proyectos de Ley. La (discutible) doctrina de nuestro Tribunal Constitucional

Por lo que se refiere a la elaboración de los proyectos de ley, la (escasa) jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado tal actividad como de dirección política y excluida del control judicial. Es el caso de la STS de 10 de diciembre de 1991, ponente señor Caceres Lalanne, en relación a una solicitud de diversas personas para que el gobierno estatal aprobara y enviara a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre formación profesional<sup>58</sup>. Por su parte, la STS de 14 de diciembre de 1998 (recurso de casación 1250/1994), ponente señor Francisco González Navarro, en relación con el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Detectives Privados, que pidió que por el Ministerio del Interior se iniciaran los trámites oportunos para la elaboración de una ley constitutiva de su colegio profesional, señala que se trataría de una decisión política, excluida de control judicial.

Por su parte, la conocida STC 45/1990, de 15 de marzo, señaló en su FJ 2.º:

«En efecto, no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se anuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la *decisión enviar a las Cortes un proyecto de ley*, u otras semejantes, a través de las cuales *el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución*. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes»<sup>59</sup>.

---

la simple apertura de informaciones públicas sino que además se requiere que la Administración demuestre que lo alegado en las mismas ha sido realmente tomado en consideración seriamente antes de adoptar la decisión final, mediante la respuesta razonada de las alegaciones (art. 86.3 LRJPAC), como garantía jurídica de que el procedimiento planificador no es entendido como un mero ritual formalista sino como una auténtica e importante sede de ponderación de hechos e intereses.

<sup>57</sup> J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y...*, op. cit., pp. 183 y ss., con comentario de varias sentencias del TS que no parecen utilizar todos los instrumentos disponibles a tal fin.

<sup>58</sup> Téngase en cuenta que esta STS todavía maneja la LJCA de 1956 y lo que se dice en el texto a propósito del art. 2 de la de 1998.

<sup>59</sup> Téngase en cuenta en igual sentido la posterior STC 222/2006.



Si bien la decisión de iniciar (o no) la elaboración de un anteproyecto de ley y la de aprobar (o no) un proyecto de ley pueden suponer el ejercicio de un acto de dirección política por parte del Gobierno, debe señalarse que esta sí está sometida a control judicial en caso de petición ciudadana, pese a las sentencias antes aludidas y, además, debe distinguirse esta actividad de la de *elaboración* del anteproyecto de ley, actividad esta sí sometida a un procedimiento administrativo con elementos reglados (art. 22 de la Ley del Gobierno estatal y legislación concordante, como analizaremos luego). En cuanto al control judicial de la petición de inicio de un procedimiento conducente a aprobar un proyecto de ley, estaremos ante el ejercicio del derecho de petición, regulado en la Ley Orgánica 4/2001. Existe obligación jurídica de contestar a la petición motivadamente (aunque también se prevea silencio negativo en caso de incumplirla, art. 43 LRJPAC, como es sabido), la cual se deriva de los principios constitucionales de buen gobierno [art. 9.3 CE, en este caso, interdicción de la arbitrariedad], de la propia ley orgánica mencionada y del art. 2 apdo. a) de la actual LJCA de 1998]<sup>60</sup>, de conformidad con lo que ha señalado el TS en su sentencia de 2013 sobre el conductor *kamikaze*, cuyo indulto fue declarado ilegal, precisamente por falta de justificación congruente del mismo<sup>61</sup>. En consecuencia, las sentencias del TS rechazando el control jurídico no deberían volver a repetirse.

Además, en segundo lugar, como decíamos, en la fase de elaboración del anteproyecto, una vez decidido impulsar este, estamos ante un auténtico *procedimiento administrativo*<sup>62</sup>, con diversos actos trámite, regulado por el Derecho administrativo y controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

De ahí la diferencia legal entre anteproyecto y proyecto de ley. Como indica SANTAOLALLA, la segunda de estas expresiones se refiere a la propuesta legislativa que formalmente aprueba el Consejo de Ministros para su remisión al Congreso de los diputados, siendo por tanto la plasmación de la iniciativa prevista en la Constitución, mientras que la primera, en cambio, se refiere al documento o documentos que son elaborados en el seno del Ministerio o Consejería correspondiente en cada caso (siendo usual que el ministro o consejero dé orden verbal de inicio de elaboración del mismo)<sup>63</sup>, de acuerdo con el llamado *modelo difuso*, que implica la carencia de una

<sup>60</sup> A tenor de este precepto, como es sabido, la jurisdicción contenciosa conocerá de:

«La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

Véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La definitiva erradicación de los actos políticos o de gobierno en nuestro Derecho», *REDA*, núm. 106, 2000.

<sup>61</sup> STS de 20 de noviembre de 2013.

<sup>62</sup> En este sentido coincide la doctrina, véase E. JIMÉNEZ APARICIO, «El procedimiento de elaboración de los anteproyectos...», *op. cit.*, p. 292: «En la LG se contiene un procedimiento que, en sentido jurídico, es administrativo, no parlamentario»; F. SANTAOLALLA, «Comentario al art. 22 de la Ley del gobierno», en C. J. FERNÁNDEZ-CARNICERO (coord.), *Comentarios a la Ley del Gobierno*, Madrid, INAP, 2002, pp. 245 y ss.

<sup>63</sup> F. SANTAOLALLA, *op. cit.*, pp. 263 y ss.



unidad especializada competente para todas las iniciativas legislativas para toda la Administración, como ocurre en el Reino Unido y en otros países<sup>64</sup>.

Incluso si tal actividad de elaboración del anteproyecto de ley fuera considerada una sucesión de actos políticos, los mismos estarían sometidos al control judicial de los elementos previstos en el ordenamiento jurídico. Pero, en nuestra opinión, tal actividad ni siquiera puede ser considerada como actos políticos, *por cuanto le falta el elemento subjetivo: no es desarrollada por el gobierno*<sup>65</sup>. Este lo que hace es iniciar o no el procedimiento y aprobar (o no) el anteproyecto de ley, convirtiéndolo en proyecto de ley y enviándolo al parlamento, pero no realiza las actividades procedimentales reguladas por ley para elaborar el anteproyecto.

Insistimos, una cosa es la decisión de iniciar la elaboración de un anteproyecto de ley y la aprobación (o no) de un proyecto de ley por el gobierno, que pueden reputarse actos políticos (sujetos en todo caso a lo indicado por el art. 2 LJCA y su interpretación por el TS) y otra, bien distinta, son los actos trámites insertos en un procedimiento administrativo regulado en el art. 22 LG y leyes equivalentes autonómicas.

Por ello, no podemos estar más en desacuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2010 (rec. 278/2008). En la misma se conoció de la impugnación por dos asociaciones de la omisión —en el procedimiento de elaboración del proyecto de ley de presupuestos generales del Estado para 2008, aprobados finalmente por el Consejo de Ministros como Proyecto de Ley el 21 de septiembre de 2007— del informe de Impacto de Género, el cual era obligado a tenor de la ley del gobierno y de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 19).

La Audiencia Nacional no niega la obligatoriedad de dicho informe de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero efectúa una pirueta jurídica sobre la base de la antes citada STS de 14 de diciembre de 1998, haciéndole decir a esta, por cierto, cosas que no dice.

Efectivamente, el recurso judicial es rechazado, puesto que, asumiendo la tesis del Gobierno, señala la inadmisión del recurso (sin entrar pues a considerar si era o no legal), dado que tal informe sería un «acto que forma parte de un procedimiento legislativo» y, por tanto, «no cabe frente al mismo recurso administrativo alguno».

La sentencia de la Audiencia Nacional se apoya en la citada STS de 1998 (que aplica, por cierto, la LJCA de 1956, no la de 1998), pero extrae una conclusión a la que esta no llega. El TS, como vimos, *dice explícita-*

<sup>64</sup> Véase A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «Modelos e codificación y simplificación legislativa», en VVAA, *Legislar mejor*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2009, pp. 77 y ss.

<sup>65</sup> Sobre este claro requisito, véase por todos, A. EMBID IRUJO, «La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Madrid, Civitas, 1991.

mente que la fase de elaboración del anteproyecto, si bien doctrinalmente puede entenderse parte de un procedimiento compuesto de elaboración de la ley, *es un procedimiento administrativo*. La Audiencia Nacional olvida este detalle y configura la elaboración del anteproyecto como una actuación del gobierno mediante un procedimiento legislativo (¿?), no sometida al Derecho administrativo.

De consolidarse esta peligrosa doctrina judicial, todos los elementos reglados del procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley diseñados para lograr una mejor calidad regulatoria y un buen gobierno y una buena administración, en la línea internacional de la *better o smart regulation*, a la que nos hemos referido, sencillamente se convierten en papel mojado y son dinamitados judicialmente, puesto que su no seguimiento no conduce a otra cosa que a la impunidad de las autoridades públicas.

Debería, por ello, rectificarse prontamente esta línea jurisprudencial, en el sentido de otorgar a los vicios en el procedimiento administrativo de elaboración del anteproyecto la trascendencia que realmente tienen, como *inputs* dirigidos a garantizar la correcta ponderación de intereses y que la decisión normativa final sea la mejor posible, provocando su ausencia, en términos generales, la invalidez del proyecto de ley adoptado con desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente (art. 63.2 de la Ley 30/1992, al no permitir al proyecto de ley alcanzar su fin, que es el de ser la mejor decisión posible, con vulneración de los principios constitucionales de buena administración).

A ese enfoque judicial desde el orden contencioso-administrativo —basado en un menosprecio tradicional en España de las cuestiones procedimentales<sup>66</sup> y un error sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley, como argumentamos—, que se realiza desde la óptica del procedimiento administrativo de elaboración del proyecto de ley, se une, además, la jurisprudencia del TC que, hasta el momento, viene a negar, desde otra vertiente, en la mayor parte de los casos, trascendencia constitucional al hecho de que el procedimiento administrativo de elaboración de anteproyectos de ley vulnere los elementos reglados por la legislación vigente y no reúna los «antecedentes necesarios» a que se refiere el art. 88 para que el parlamento pueda adoptar la mejor decisión posible al servicio de la comunidad<sup>67</sup>.

La conjunción del criticado enfoque desde la jurisdicción contenciosa y de esta muy discutible, como veremos a continuación, jurisprudencia constitucional nos conduce a un *bucle de impunidad* dentro del Estado de Derecho. Pues si los tribunales de lo contencioso se niegan a controlar la elaboración de proyectos de ley y el TC se niega a deducir cualquier conse-

<sup>66</sup> Véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

<sup>67</sup> La mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentra en diversas sentencias, entre las que destaca la STC 108/1986, de 29 de julio, respecto a la omisión del informe del CGPJ, previsto en la entonces Ley Orgánica 1/1980.



cuencia de los defectos de la misma que afectan a la capacidad de decisión parlamentaria estamos ante un auténtico *agujero negro* del Estado de Derecho en España.

Esto es, en la práctica, deja en manos del propio legislador las consecuencias del incumplimiento de las salvaguardias que el ordenamiento jurídico ha diseñado en nuestro Estado de Derecho para que la decisión legislativa sea racional y de calidad, salvo en el caso de que la norma que las haya impuesto sea la propia Constitución o una norma del bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 LOTC)<sup>68</sup>. Lo que no es baladí, teniendo en cuenta que el 90 por 100 de leyes finalmente aprobadas provienen de la iniciativa legislativa del Gobierno. Estamos todavía, bajo el efecto de lo que ha sido denominado el mito del legislador soberano, capaz de hacer y deshacer a su antojo, como ha expuesto Tomás-Ramón FERNÁNDEZ<sup>69</sup>, mito que debería superarse, existiendo argumentos que permiten entender el papel del legislador y del control constitucionalidad de otro modo<sup>70</sup>, en la línea de lo que están ya señalando los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno, como en los casos alemán, francés o portugués nos demuestran<sup>71</sup>, y de las reformas normativas, que, incluso a nivel constitucional, se están desarrollando en otros países, como en el caso francés<sup>72</sup>.

En fin, nos parece urgente la pronta matización de la jurisprudencia constitucional española comentada, que convierte en papel mojado cualquier esfuerzo para reconectar a España con el movimiento de la *better o smart regulation*, de la calidad normativa, a que nos referiremos en su momento. Los frecuentes lamentos sobre la legislación desbocada y de mala calidad deberían traducirse prontamente en acciones prácticas, como en nuestros países vecinos, entre las que se cuenta, sin duda, la rectificación de la mencionada jurisprudencia constitucional, así como también de la doctrina sentada por la sentencia de 2010 de la Audiencia Nacional en el ámbito contencioso.

La jurisprudencia que estamos comentando, de mantenerse, además, dejaría sin reacción jurídica la vulneración de las Leyes 39 y 40 de 2015, por cuanto, si no se respetaran y se enviara el proyecto de ley al parlamento, no existiría modo de controlar la vulneración de estas.

En último término, el mantenimiento de la jurisprudencia del TC, que solo considera trascendente la inobservancia de un requisito procedimental contemplado en la Constitución o en una norma que forme parte del bloque de constitucionalidad (art. 28.1 CE), obligaría a elevar los requisitos procedimentales de aprobación de proyectos de ley al nivel constitucional, tal y como se ha hecho en Francia en 2008, mediante la oportuna reforma de la constitución.

---

<sup>68</sup> Así, el TC sí declaró la inconstitucionalidad de la omisión de una salvaguarda procedimental prevista en la CE y el Estatuto Canario en la STC 35/1984.

<sup>69</sup> T.-R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>70</sup> Desarrollados en J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y...*, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 166 y ss.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp. 164 y 165.

d) *Diagnóstico de la situación existente antes de las nuevas leyes de 2015*

De todo lo expuesto, podemos tener una cierta idea del panorama existente antes de octubre de 2016, momento de entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015, en relación con la mejora regulatoria:

- a) Existían deficiencias normativas, puesto que, por ejemplo, la Ley estatal del Gobierno de 1997 no había incorporado los avances en mejora regulatoria que se habían incluido, en cambio, en el mencionado Real Decreto de 2009 y en legislaciones autonómicas. Asimismo, existía una dispersión normativa en diversas leyes, como hemos visto, que no tenían conexión con la regulación estatal del procedimiento de elaboración de normas jurídicas.
- b) Si bien desde 2009 se exigía la evaluación de impacto normativo a nivel estatal, un análisis de las evaluaciones *ex ante* que se acostumbra a desarrollar en la práctica, cuya calidad no depende solo de las deficiencias normativas antes vistas, sino, sobre todo, de una cultura determinada, permite detectar cumplimientos meramente formales, si bien está por hacer un estudio empírico riguroso del periodo descrito<sup>73</sup>.
- c) El papel de los tribunales de justicia de lo contencioso en la garantía de la calidad normativa, fundamental en la práctica, venía siendo un tanto errática, aunque se iba consolidando un control serio y riguroso de la ponderación, fundamentación y justificación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria, como vimos. En cambio, en el ámbito de los anteproyectos de ley las sentencias de la jurisdicción contenciosa existentes eran reacias a controlar

<sup>73</sup> Un ejemplo no precisamente positivo lo constituye la memoria conteniendo la evaluación del impacto normativo del anteproyecto de la que luego sería la Ley 10/2012, que, como es sabido, introdujo una nueva regulación de las tasas judiciales. Un análisis de la misma revela que no se realizó una evaluación de impactos sociales (p. 19), no se analizaron las cargas para demandantes de acuerdo con el mencionado SCM (p. 20), el análisis de los ingresos para la Administración del Estado es «extremadamente aproximativo», aunque al menos existe, cosa que no ocurre con el cálculo de los costes para los privados (p. 21), y en la p. 11 se indica que: «Se considera que no hay otra alternativa a la norma proyectada, ya que solo mediante el establecimiento de una tasa es posible ayudar a contribuir en la financiación de la actividad judicial y a contribuir al coste que supone al Ministerio de Justicia la implementación de los recursos humanos y materiales necesarios», lo que es una declaración puramente formalista, siendo evidente que había otras (por ejemplo, no imponer tasas a personas físicas).

Finalmente, dicha regulación se deroga tres años más tarde mediante el Decreto-ley 1/2015, con un reconocimiento de la falta de evaluación *ex ante* adecuada de los impactos, indicándose que:

«Finalmente, por lo que se refiere al art. 11 de este real decreto-ley, debe indicarse que, transcurrido un plazo razonable desde la adopción del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, en materia de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se ha podido constatar que resulta inaplazable atender a la situación económica desfavorable de un importante número de ciudadanos que, no siendo beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita, debe ser objeto de atención en cuanto al impacto que sobre ellos está teniendo el sistema de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, la conexión entre la situación de necesidad expuesta y las medidas que se adoptan en este real decreto-ley es clara, pues las modificaciones que se introducen conllevan un efecto favorable inmediato dado que la entrada en vigor de esta norma supondrá la exención del pago de la tasa por parte de las personas físicas».



- la existencia de buena administración alegando la concurrencia de una decisión política incontrolable. Asimismo, el Tribunal Constitucional español se ha negado sistemáticamente a controlar los supuestos en que un proyecto de ley ingresa en las Cortes sin respetar los requisitos legales (y constitucionales, art. 88 CE) de fundamentación suficiente, a diferencia de otros Tribunales constitucionales de nuestro entorno.
- d) Si hasta el momento estas tendencias expuestas se refieren a la evaluación *ex ante*, cabe destacar la tradicional práctica inexistencia de evaluación *ex post* articulada como tal en nuestro sistema jurídico, a diferencia de otros, como, por ejemplo, por citar un país de habla hispana, el chileno<sup>74</sup>.
  - e) Antes de la entrada en vigor de las leyes de 2015, ya existía la posibilidad de mejorar el *status quo*, sin necesidad de esperar a ninguna reforma normativa, porque la normativa vigente era un *mínimo*, que podía ser completado por la diligencia de los gestores públicos. El Derecho vigente no era perfecto, pero no tampoco era un obstáculo paralizante. Creemos que la tradición político administrativa española había pesado, más que el marco normativo, en la poca relevancia otorgada en la agenda política a estas cuestiones y en el cumplimiento meramente formal realizado de las obligaciones normativas.
  - f) La Agencia de Evaluación de la Calidad de los Servicios y las Políticas Públicas, ahora desaparecida, había perdido desde 2009 su competencia inicial para la evaluación de impactos normativos, por lo que la política de mejora regulatoria en España quedó *descabezada* desde entonces, en el sentido de no contar, a diferencia de otros países, de unidades administrativas que, con una u otra configuración, se ocupen de impulsar la mejora regulatoria de forma institucionalizada, acompañando, asesorando, formando e, incluso, *meta evaluando*<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> En Chile, se ha constatado una evolución a partir del establecimiento del Departamento de Evaluación de la Ley, como parte de la Oficina de informaciones, encargada de la recopilación de datos e información para la cámara de diputados, una unidad recientemente creada, que tiene a su cargo la evaluación *ex post* de algunas leyes en el país. El departamento de evaluación de la Ley se creó el 21 de diciembre de 2010 por acuerdo de la comisión de Régimen interno, administración y Reglamento. El acuerdo se formalizó en la nota Oficio 381, de la Presidencia de la cámara de diputados. Posteriormente, se ratificó por medio de la Resolución 857, del 27 de enero de 2011, firmada por el secretario General de la cámara de diputados.

En España, destaca la reciente experiencia con la evaluación de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno de Cataluña, la Ley 19/2014, cuyo art. 92 encarga al defensor del pueblo catalán dicha evaluación con carácter anual, cosa que ha realizado por primera vez en 2016. Puede consultarse la evaluación hecha en español aquí: <http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=356>.

<sup>75</sup> Caso conocido de los Estados Unidos, con la *Office of information and regulatory affairs (OIRA)* ([http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg\\_regmatters/](http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_regmatters/)). En México opera la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (o COFEMER: <http://www.cofemer.gob.mx/>) órgano administrativo descentrado, con autonomía técnica y operativa, sectorizado a la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México. La COFEMER fue creada en el año 2000 mediante reformas a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. El mandato de la COFEMER es promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que estas generen beneficios superiores a sus costos y

Nótese, que, de todos estos elementos, las deficiencias del marco normativo vigente, existiendo, no eran, ni en número ni en relevancia, el principal problema existente hasta la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015.

Es en este contexto, imprescindible de conocer para saber exactamente qué aportan las nuevas leyes, donde podemos pasar a referir brevemente las principales novedades.

### III. LAS LEYES 39 Y 40 DE 2015. NOVEDADES Y PAPEL DE LA NUEVA UNIDAD DE CALIDAD NORMATIVA DEL MINISTERIO DE PRESIDENCIA. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES: LOS REALES DECRETOS DICTADOS A LO LARGO DE 2017

#### A. LAS NOVEDADES DE LA LEY 39/2015

El preámbulo de la Ley 39/2015 es muy revelador del contexto en que dicta esta ley y que se ha expuesto anteriormente, aludiéndose a la relevancia del tema<sup>76</sup>. En el mismo se hace referencia específica a un informe de la OCDE, organización muy activa en este ámbito, como nos consta. Así se indica que «se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement»<sup>77</sup>. En este informe, la OCDE señala

---

el máximo beneficio para la sociedad. Al frente de la COFEMER se encuentra un Director General quien es designado por el presidente de la República.

<sup>76</sup> IV. «Durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el seno de la Comisión Europea y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa (“*Better regulation*” y “*Smart regulation*”). Los diversos informes internacionales sobre la materia definen la regulación inteligente como un marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas. Para ello, resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*, así como la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa, pues sobre ellos recae el cumplimiento de las leyes.

En la última década, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, supusieron un avance en la implantación de los principios de buena regulación, especialmente en lo referido al ejercicio de las actividades económicas. Ya en esta legislatura, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, ha dado importantes pasos adicionales, al poner a disposición de los ciudadanos la información con relevancia jurídica propia del procedimiento de elaboración de normas.

Sin embargo, es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta novedad deviene crucial especialmente en un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes».

<sup>77</sup> El informe se puede consultar en español, aquí <http://www.oecd.org/gov/PGR%20Spain%20Resumen%20Ejecutivo.pdf>.



la insuficiencia de la aproximación desde la idea de simplificación a esta cuestión, que, como ya os consta, es un tema diferente, complejo y con unas interconexiones con la calidad del comportamiento público muy notables. El mismo señala que: «Un buen escrutinio apoya el buen gobierno. La transparencia se asocia en la CORA particularmente con la calidad y accesibilidad de la información requerida para garantizar disciplina presupuestaria [...]. Sin embargo, a pesar de su complementariedad y capacidad de reforzamiento mutuo, estas reformas no han sido tratadas hasta ahora como parte de un paquete único e integral. A medida que se avanza, el gobierno de España debe asegurar la coordinación estratégica de estas reformas y las unidades e instituciones responsables de su implementación, para maximizar su potencial y garantizar consistencia» (p. 12).

La ley se apoya en el art. 149.1 de la CE para dictar, con carácter básico, una serie de reglas y principios de buena administración regulatoria que se habrán de aplicar en todos los niveles administrativos españoles.

En ese sentido, parece ir en contra de la jurisprudencia del TC, que ya en su conocida STC 15/1989, de 25 de enero, en su FJ 7.ºc), excluyó la competencia estatal sobre el procedimiento para la elaboración de reglamentos, en base, en nuestra opinión, a un discutible manejo de las categorías (vinculadas a la LPA de 1958, preconstitucionales, por tanto, y ancladas en la estructura, ya no existente, de un estado centralizado) de «procedimiento administrativo general» y «procedimiento administrativo especial», distintas y distantes de las que deben manejarse en la actualidad de conformidad con la CE y los Estatutos de Autonomía, esto es, «procedimiento administrativo común», «desarrollo» autonómico de este y «procedimiento sectorial» (que no tiene nada que ver con el concepto de procedimiento especial, tal como se entendió bajo la vigencia de la LPA de 1958), incluyéndose ahora en el procedimiento administrativo común el procedimiento de elaboración de reglamentos y leyes, que se unifican, desde una perspectiva de hacer común no solo las garantías de defensa de los ciudadanos, sino también las garantías de buena administración<sup>78</sup>. Sin embargo, la STC 91/2017, de 6 de julio (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2017), ha entendido respetuoso con el orden constitucional de competencias la regulación existente en la Ley de Economía Sostenible que incorporaba ya principios de buena regulación bajo la cobertura del art 149.1.18 CE<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Con más detalle, J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, op. cit., pp. 586 y ss.

<sup>79</sup> «Los principios de buena regulación, tal como se encuentran plasmados en el art. 4 de la Ley de economía sostenible, se caracterizan por su generalidad y escaso contenido normativo. Más que incorporar mandatos concretos, dirigidos a las Administraciones públicas, que son sus destinatarias, este artículo contiene directrices, criterios orientativos y pautas de actuación. Lo mismo se puede afirmar respecto de los arts. 5 y 6.1 que enuncian, de forma abstracta, instrumentos tendentes a la consecución de dichos principios, y se hace también extensivo a los apartados 2 y 3 del art. 6 y al art. 7, que únicamente plasman fórmulas de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en aras a la consecución de los mismos fines. Por tanto, todos estos preceptos tienen cabida competencial dentro de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Siguiendo la doctrina recogida en el FJ 3 de la STC 50/1999 (reproducida luego en las SSTC 130/2013 y 141/2014, referidas anteriormente) estos principios (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia) y los mecanismos para su implantación se articulan como normas generales

En cuanto, específicamente, a la elaboración de anteproyectos de ley, hemos sostenido que consideramos que la tramitación de un proyecto de ley se efectúa en el seno de un procedimiento administrativo desarrollado por los servicios de las consejerías, por lo que nada obsta, a nuestro entender, a que dentro del procedimiento administrativo común para la elaboración de normas vinculado al art. 149.1.18 CE tenga cabida una regulación estatal sobre el procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley, cosa, por cierto, que ya ocurría antes con los principios de buena regulación, incluidos en la Ley de economía sostenible de 2011 ya aludida<sup>80</sup>.

En el art. 1 de la Ley se señala que solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley, también hay que entender en relación con la elaboración de reglamentos y proyectos de ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar. Se demanda así al futuro legislador una evaluación de pros y contras en el diseño procedimental, un análisis de costes y beneficios como el exigido en otros países<sup>81</sup>.

Como ya sabemos, estos preceptos regulan conjuntamente la iniciativa legislativa del Gobierno y la elaboración de normas con rango de ley y el ejercicio de la potestad reglamentaria.

---

que han de inspirar la actividad normativa de todas las Administraciones a fin de garantizar, en este ámbito, unos objetivos y reglas directrices comunes dirigidos, en última instancia, a mejorar la calidad técnica de las normas. Se trata así de unos principios básicos de «funcionamiento», concepto este que incluye, como hemos dicho, «actividades jurídicas típicas» de la Administración.

Considerando además que la actividad normativa de las Administraciones públicas tiene *per se* incidencia externa, puesto que sus destinatarios naturales son los administrados, la afectación de los intereses y derechos de estos es indudable, por lo que nos encontramos ante un ámbito material propio a la acción del legislador básico. El mínimo común denominador que estos principios tratan de establecer responde además, en este supuesto, a intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, en sentido similar al que acogimos en las SSTC 130/2013 y 99/2012 precitadas, siendo así que varios de ellos son reflejo de preceptos constitucionales [así, el art. 9.3 CE ya recoge la seguridad jurídica y la publicidad de las normas; el artículo 103.1 CE plasma el principio de eficacia de la actuación administrativa y el art. 105.a) CE consagra los principios de audiencia a los ciudadanos y de participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten].

<sup>80</sup> Con más detalle, se sostiene esta argumentación en J. PONCE SOLÉ, *Negociación de normas y...*, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

<sup>81</sup> Sobre el ámbito estadounidense y la jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, véase J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración...*, *op. cit.*, pp. 533 y ss. Téngase en cuenta, sin embargo, que el art. 129.4 de la Ley prevé que en virtud del principio de buena regulación de seguridad jurídica: «Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley, estos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta.

Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija».



La ley recoge unos principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia), siguiendo en gran parte los ya existentes anteriormente en la Ley de Economía Sostenible, ahora derogada en este punto. Entre las novedades destacables se encuentran:

- El art. 129.1 recoge ahora la necesidad de que «en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios».
- El art. 129.2 exige ahora que, en virtud de los ya conocidos principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe ser «el instrumento *más adecuado* para garantizar» la consecución de los fines de interés general perseguidos.
- El art. 129.5, señala que en virtud del principio de transparencia, «las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el art. 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas»<sup>82</sup>.
- El art. 129.6 y 7 exigen, en virtud del principio de eficiencia, no solo evitar cargas administrativas innecesarias, sino también que la evaluación de impactos se racionalice la gestión de los recursos públicos y cuando se afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- El art. 130 se refiere a la evaluación *ex post* de normas, estableciendo una obligación general de realización, sin detalles, debiéndose plasmarse la misma en un informe público, con remisión reglamentaria a cada Administración en cuanto a la concreción de estos aspectos.
- El art. 132 prevé, por primera vez en España, la obligación jurídica de todos los niveles de poder normativo de publicar anualmente un Plan Normativo con la previsión de las iniciativas prevista para su aprobación en el año siguiente, debiéndose publicar en el Portal de Transparencia correspondiente (cosa que ya ha hecho el Estado a fecha de diciembre de 2017, así como diversas CCAA y pocos municipios aún). Obviamente, la no publicación en el Plan de una norma finalmente aprobada o la no aprobación de una inicialmen-

---

<sup>82</sup> El art. 131 permite, pero no obliga, que la publicación de las normas se pueda realizar mediante otros medios de publicidad complementarios a los diarios oficiales. Téngase en cuenta la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno que obliga a la publicación en el Portal de Transparencia.

te prevista en el Plan no determinaría la invalidez de la regulación solo por ese motivo, siempre que se justifique en ambos casos los fundamentos y razones de la situación, pues en su ausencia, podría concluirse por un tribunal que no hubo respeto de las obligaciones de buena administración y de ponderación diligente, lo que podría dar lugar a consecuencias jurídicas<sup>83</sup>. Cosa distinta puede ser la no aprobación del plan previo a la aprobación de las normas.

Al respecto, como es sabido, el Tribunal Supremo está anulando convocatorias de subvenciones por ausencia del Plan Estratégico que las administraciones deben tener con carácter previo al otorgamiento de cualquier subvención. Nos parece que esta doctrina podría y debería ser perfectamente extensible al caso que nos ocupa<sup>84</sup>.

En todo caso, se trata de una técnica, esta de la planificación normativa, ya empleada hace tiempo en otros países y recomendada por la UE<sup>85</sup>. Su

<sup>83</sup> En caso de no aprobación, la condena a la Administración para que proceda a la misma (con los límites y posibilidades que la jurisprudencia del TS, como es sabido, ha establecido al respecto, véase por ejemplo, STS 23 de enero de 1998: «Es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar»). En caso de aprobación, su anulación, por improvisación y falta de ponderación diligente con vulneración del derecho a una buena administración.

<sup>84</sup> Sentencia núm. 306/2013, de 28 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Enrique Lecumberri Martí).

«Efectivamente, el artículo 8.1 de la ya citada Ley General de Subvenciones establece:

“1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”.

De este precepto pueden obtenerse, sin esfuerzo dialéctico, dos conclusiones: el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención; y el precepto es imperativo y categórico.

Consideramos que la dicción del precepto, exigiendo con carácter previo el Plan Estratégico, no es tangencial y no sistemático, como sostiene la sentencia de instancia, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, si una definición específica que pueda ser identificada.

Apoya esta interpretación el mismo artículo 8, en su apartado 3, al establecer:

“3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad igualdad y no discriminación.  
 b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.  
 c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”.

Es decir, la propia norma —y de ahí también su imperatividad y no mera tangencialidad— alude a los objetivos de transparencia, eficacia y eficiencia, que debe presidir la gestión de las subvenciones. Lo que puede relacionarse también con la Disposición Adicional 13.ª de la misma ley, para darnos definitiva interpretación de la imperatividad del precepto, de carácter básico como recoge la sentencia de instancia.

Es claro, por no ser ni siquiera discutido en el proceso, que dicho Plan Estratégico no ha sido elaborado por lo que procede, pues, estimar el primer motivo de impugnación y, con ello siendo innecesario examinar el segundo, estimar el recurso y decidir la cuestión litigiosa en primera instancia».

<sup>85</sup> Véase el caso australiano, por ejemplo (<http://www.aasb.gov.au/About-the-AASB/Government-reports/Annual-Regulatory-Plan.aspx>) y la herramienta núm. 38 de la caja de herramientas de



razón de ser tiene que ver con la previsibilidad de la actividad regulatoria, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la confianza legítima de los ciudadanos, así como la incentivación de la participación ciudadana en general y no solo de los grupos de presión en particular.

En cuanto, precisamente, a la participación ciudadana (las llamadas consultas al público, en el lenguaje europeo de la mejora regulatoria), el art. 133 introduce una consulta pública previa al inicio de la elaboración de la norma (apdo. 1)<sup>86</sup> si bien podrá prescindirse de ella cuando «la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero» y «si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella» (apdo. 3). Todo ello sin perjuicio de los tradicionales trámites de audiencia e información pública, que parece vehicularse ahora mediante «el portal web correspondiente»<sup>87</sup>.

## B. LAS NOVEDADES DE LA LEY 40/2015

En la misma línea que la Ley 39, la Ley 40 alude en su Preámbulo a la OCDE y su informe sobre España de 2014, ya citado, añadiendo que «se modifica el Título V de la Ley del Gobierno, con dos finalidades. En primer lugar, se reforma el procedimiento a través del cual se ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, en línea con los principios establecidos con carácter general para todas las Administraciones en la Ley de Procedimiento Administrativo y que entrañan la elaboración de un Plan Anual Normativo; la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de las propuestas; el reforzamiento del contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo; la atribución de funciones al Ministerio de la Presidencia para asegurar la calidad normativa; y la evaluación *ex post* de las normas aprobadas» y explicando cómo «es la Comunicación

---

la mejora regulatoria de la UE de 2015: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br\\_toolbox\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf).

<sup>86</sup> En la que «se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias».

<sup>87</sup> La pregunta pertinente sería si bastará con esa publicación en el portal *web* o la Administración mantiene la carga de notificar el trámite a los interesados..., parecería a la vista de la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales *web* de los departamentos ministeriales o bastaría con dicha publicación. Véase ahora [http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\\_Home/index/Mas-Transparencia/ParticipacionProyectosNormativos.html](http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Mas-Transparencia/ParticipacionProyectosNormativos.html).

de la Comisión Europea al Consejo de 25 de junio de 2008 (A “*Small Business Act*” for Europe) la que entre sus recomendaciones incluye la de fijar fechas concretas de entrada en vigor de cualquier norma que afecte a las pequeñas y medianas empresas, propuesta que se incorpora a la normativa estatal y que contribuirá a incrementar la seguridad jurídica en nuestra actividad económica»<sup>88</sup>.

La Disposición Final tercera de la Ley modifica la Ley del Gobierno de 1997, con las siguientes novedades que pueden destacarse.

Una que parece haber pasado desapercibida, es un nuevo régimen de entrada en vigor de las leyes estatales. De acuerdo ahora con el art. 23 de la modificada Ley del Gobierno:

«Artículo 23. Disposiciones de entrada en vigor.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de esta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

Lo previsto en este artículo no será de aplicación a los reales decretos-leyes, ni cuando el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas u otras razones justificadas así lo aconsejen, debiendo quedar este hecho debidamente acreditado en la respectiva Memoria».

El nuevo art. 25 prevé la obligación del Gobierno del Estado de aprobar anualmente un Plan Normativo, de los que ya hemos mencionado antes (como efectivamente ha hecho en diciembre de 2018 y es consultable en el portal de transparencia estatal). La previsión es más concreta que en la Ley 39 por cuanto señala que el Plan «identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos» (art. 25.2). Además «cuando se eleve para su aprobación por el órgano competente una propuesta normativa que no figurara en el Plan Anual Normativo al que se refiere el presente artículo será necesario justificar este hecho en la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo». La coordinación el Plan queda en manos del Ministerio de la Presidencia, que lo elevará al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 30 de abril de cada año, remitiéndose a una orden posterior los detalles.

De conformidad con el art. 28 de la Ley del Gobierno, ahora modificada el Plan ha de ser evaluado anualmente:

<sup>88</sup> Véase la comunicación mencionada en español aquí: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=EN>. En la misma «se invita a los Estados miembros a: considerar la utilidad de introducir fechas comunes de inicio y relaciones anuales de la normativa que entre en vigor» (p. 9).



«Artículo 28. Informe anual de evaluación.

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, aprobará, antes del 30 de abril de cada año, un informe anual en el que se refleje el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, las iniciativas adoptadas que no estaban inicialmente incluidas en el citado Plan, así como las incluidas en anteriores informes de evaluación con objetivos plurianuales que hayan producido al menos parte de sus efectos en el año que se evalúa.

2. En el informe se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en su respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en el ejercicio anterior. La evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y deberá comprender, en todo caso:

a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.

b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias.

c) La sostenibilidad de la disposición.

El informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis».

El nuevo art. 25 (con 11 largos apartados) y el art. 26 (en referencia específica a la tramitación urgente, de la vamos a prescindir aquí) se ocupan pormenorizadamente (con un grado de detalle reglamentístico, en realidad) del procedimiento que se formaliza de aprobación de normas con rango de ley y de reglamentos (los Decretos-Leyes tienen un régimen peculiar, obviamente, apdo. 11 del art. 26). El régimen de participación ciudadana se sitúa en la línea ya explicada a propósito de la Ley 39 (apdos. 2 y 6 del art. 26). La Memoria de Análisis de Impacto Normativo viene descrita exhaustivamente en el apartado 3 (debiendo incluir un listado *pormenorizado* de normas que serán derogadas; la medición del impacto económico y presupuestario, incluyendo aspectos de competencia, unidad de mercado y competitividad, indicándose la necesidad de realizar un test Pyme con metodología de la UE; una identificación y medición de cargas administrativas; toma en consideración del impacto de género; resumen de las aportaciones de la consulta previa). No se aluden a aspectos sociales o medioambientales, que, sin duda deben entenderse de ponderación necesaria, de acuerdo con el párrafo final de este apartado 3: la Memoria «incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente», lo que no otorga discrecionalidad a este, sino que somete su criterio a las exigencias constitucionales y legales referidas a derechos sociales y ambientales).

De acuerdo con el art. 26, apartado 8:

«Cumplidos los trámites anteriores, la propuesta se someterá a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación y, en caso de proyectos de ley, su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompa-

ñándolo de una Exposición de Motivos y de la documentación propia del procedimiento de elaboración a que se refieren las letras *b)* y *d)* del artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y su normativa de desarrollo».

El Ministerio de la Presidencia es el competente para asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del gobierno, de acuerdo con el art. 26, apartado 9. Cosa que efectuará, mediante un «órgano encargado de la realización de esta función» (que contempla hasta siete ítems concretos en este apdo. 9), cuya composición «se determinará reglamentariamente», así como su «modo de intervención en el procedimiento» (hur-tándose así de la farragosa regulación legal las líneas generales de uno de los aspectos nucleares de la cuestión).

### C. DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS LEYES: LOS REALES DECRETOS DICTADOS A LO LARGO DE 2017

Finalmente destacar que, en los últimos meses, la actividad en torno a la mejora regulatoria ha sido intensa en el ámbito estatal. Por un lado, la regulación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo se encuentra en el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo<sup>89</sup>.

Por Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, se aprobó la regulación respecto al Plan Anual Normativo y al Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se creó la Junta de Planificación y Evaluación Normativa<sup>90</sup>. Téngase en cuenta también el Plan normativo 2018 estatal aprobado, como ya se dijo. El mismo prevé las normas a aprobar en 2018 y las a evaluar *ex post* ese mismo año, varias docenas<sup>91</sup>.

Considérese, asimismo, la regulación de la nueva oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Departamento de presidencia se encuentra en el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa<sup>92</sup>.

### D. VISIÓN GLOBAL SOBRE EL NUEVO MARCO LEGAL DE LA MEJORA REGULATORIA EN ESPAÑA

A la luz del análisis de los antecedentes existentes y de la nueva regulación, podemos extraer algunas conclusiones provisionales, a la espera de la evaluación *ex post* que debiera hacerse en los próximos años de la aplicación de las Leyes 39 y 40 de 2015:

<sup>89</sup> Disponible aquí: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13065>.

<sup>90</sup> Disponible aquí: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3415](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-3415).

<sup>91</sup> Disponible aquí: [http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documentos/2017/refc20171207e\\_2.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documentos/2017/refc20171207e_2.pdf).

<sup>92</sup> Disponible aquí: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-50](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-50).



- El hecho de que se halla elevado a rango de ley, en el nivel estatal, esta cuestión aparece como positiva. Sin embargo, la nueva regulación es excesivamente prolija y a la vez remite a futuras disposiciones reglamentarias cuestiones muy relevantes del sistema de calidad regulatoria, como el órgano encargado de velar por la misma en el ámbito estatal. Además, mantiene un sesgo economicista ya muy presente en la etapa anterior. No se hace énfasis en la necesidad de evaluar también los impactos sociales y ambientales, aunque haya que entender que, sin duda, por la lógica de la evaluación del impacto normativo ya explicada y por las exigencias constitucionales y legales sobre derechos sociales y ambientales, la sostenibilidad social y ambiental deba ponderarse.
- Se mantiene la obligación jurídica de realizar evaluaciones de impacto de todo tipo de normas jurídicas y de supervisar estas por el futuro órgano, sin distinguir su relevancia o posibles impactos. Esto puede producir una *parálisis por análisis* o, alternativamente, nos tememos, seguir con un cumplimiento meramente formal de trámites que no redunde, realmente, en una mejora de la toma de decisiones regulatorias. Hubiera sido preferible, en nuestra opinión, escoger algunos tipos de normas donde realizar al menos la supervisión de la evaluación de impactos y sacrificar la cantidad por la calidad<sup>93</sup>.
- Está por ver el funcionamiento de la evaluación *ex post* de normas jurídicas, ámbito donde España tiene muy poco bagaje y tradición, siendo este un ámbito de enorme relevancia.
- No se han incorporado técnicas de mejora regulatoria como la posibilidad de introducir cláusulas *sunset* en futura normativa a aprobar, lo que hubiera sido positivo para normalizar este instrumento. No se ha previsto directamente la propia evaluación *ex post* de las previsiones expuestas. No se ha regulado el papel de los *grupos de presión* en la toma de decisiones normativas ni tampoco se ha aprovechado para introducir con claridad el tema de la llamada *huella legislativa*, sí existente en otros países<sup>94</sup>. Pero la mención del

<sup>93</sup> Así en Estados Unidos, la ya mencionada OIRA solo realiza evaluaciones de impacto en ciertos casos. Bajo la Orden Ejecutiva 12866, OIRA es responsable para determinar qué acciones reguladoras son «significativas». Las acciones reguladoras significativas están definidas como aquellas que:

Tienen un efecto anual en la economía de \$100 millones o más o afectan adversamente de una manera material la economía, un sector de la economía, productividad, competición, empleos, el entorno, seguridad o salud públicas, o gobiernos estatales, locales o tribales.

Crean una incongruencia seria o de otro modo interfieren con una acción tomada o planeado por otra agencia.

Materialmente altera el impacto presupuestario de derechos, subvenciones, costes de usuario, o programas de préstamo o los derechos y obligaciones de recipientes del mismo.

O suscitan nuevas cuestiones fuera de la ley, las prioridades presidenciales o Presidente o los principios de dicha Orden Ejecutiva.

<sup>94</sup> La huella legislativa es un documento que detallaría el momento, la persona y el objeto de un contacto del poder normativo con una persona física o jurídica, con el objeto de asegurar que la influencia de los grupos de interés en el desarrollo de políticas públicas mediante normas no es desproporcionada, lo que llevaría a una indebida influencia y a una captura del regulador. Actúa como un elemento de prevención de la corrupción y de rendición de cuentas tanto del poder ejecutivo, el que aquí nos interesa, como del legislativo. En la Ley catalana 19/2014, de transparencia, acceso a la

art. 26. 10 de la Ley 40/2015, referido a que «se conservarán en el correspondiente expediente administrativo, en formato electrónico, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, los informes y dictámenes recabados para su tramitación, así como todos los estudios y consultas emitidas y demás actuaciones practicadas» debería ser suficiente para que quedara constancia en el expediente de cualquier contacto informal durante el procedimiento, como exigencia insoslayable del derecho a una buena administración<sup>95</sup>. No aparece en la ley, ni en el contexto de su aprobación, ninguna referencia al papel de las ciencias conductuales ni a las posibilidades del *nudging*, aunque eso, claro está, no ha de impedir su impulso en España, todavía atrasada en este punto respecto a países vecinos<sup>96</sup>.

- La creación de un organismo especializado en estas tareas en el ámbito estatal aparece como un paso positivo. Está por ver, sin embargo, cómo se articulará el mismo en la práctica.
- El mejor marco normativo sobre calidad normativa no funcionará nunca en España sin una concienciación política al más alto nivel (como ha ocurrido en los casos, ya aludidos, de, por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos o el primer ministro británico).
- El mejor marco normativo y la inclusión de este tema en la agenda política no permitirán un salto cualitativo si no existe formación técnica, aspecto este que debería ser asumido por Universidades y Escuelas de Administración Pública de forma decidida y transdisciplinar.

información y buen gobierno, se recoge en el art. 10.1.d), cuando exige que se publique en el portal de transparencia la intervención de los grupos de interés.

Véanse los principios de la OCDE sobre *lobbies*, especialmente el núm. 6 referido a esta cuestión: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>.

<sup>95</sup> Véase al respecto, el razonamiento del TJUE en su Sentencia de 12 de junio de 2014 (caso T286/09, que aclara las obligaciones derivadas de este derecho en relación a reuniones informales de las autoridades comunitarias). Esta sentencia señala lo siguiente:

*«Second, as regards the principle of good administration laid down in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights, it is apparent from settled case law that that principle imposes a duty on the competent institution to examine carefully and impartially all the relevant aspects of the individual case (Atlantic Container Line and Others v Commission, paragraph 359 above, paragraph 404, and Joined Cases T-458/09 and T-171/10 Slovak Telekom v Commission [2012] ECR, paragraph 68). Although there is no general duty on the part of the Commission to establish records of the discussion which it has had with the complainants or other parties during the meetings or telephone conversations held with them (see, to that effect, Atlantic Container Line and Others v Commission, paragraph 359 above, paragraphs 351 and 385, and Groupe Danone v Commission, paragraph 614 above, paragraph 66), the fact none the less remains that the principle of good administration may, depending on the circumstances of the particular case, be under a duty to make such a record of the statements it receives (see, to that effect, Case T-15/02 BASF v Commission [2006] ECR II-497, paragraph 501). 620 In that regard, it should be pointed out that the existence of a duty on the Commission to record the information which it receives during meetings or telephone conversations and the nature and extent of such an obligation depend on the content of that information. The Commission is required to establish adequate documentation, in the file to which the undertakings concerned have access, on the essential aspects relating to the subject matter of an investigation. That conclusion is valid for all information of a certain importance and which bears an objective link with the subject matter of an investigation, irrespective of whether it is incriminating or exculpatory».*

<sup>96</sup> Véase el Informe de la Unión Europea sobre la situación en Europa, *Behavioral Insights Applied to Policy - European Report 2016*, disponible en <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/euro-scientific-and-technical-research-reports/behavioural-insights-applied-policy-european-report-2016>.



- Aun concurriendo todas estas circunstancias, será crucial el papel judicial en el control (y anulación) de aquellas decisiones regulatorias que vulneren el derecho a una buena administración y no midan con diligencia los impactos en el mundo real antes de la promulgación de la norma. Asimismo, si el Tribunal Constitucional no varía su jurisprudencia o no se produce una modificación constitucional, como en otros países de nuestro entorno, incluyendo claramente la necesidad de evaluación de impacto antes de la aprobación de un proyecto de ley, la violación por el gobierno de turno de las previsiones legales, con la sucesiva aquiescencia del Parlamento luego, quedará impune y convertirá en papel mojado la mejora regulatoria.

#### IV. MEJORA REGULATORIA Y ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: REFLEXIONES COMPLEMENTARIAS

Si bien ya hemos ido haciendo constante referencia a temas competenciales a lo largo de la exposición anterior, en la parte final de este estudio vamos a recoger algunos puntos avanzados y a sistematizarlos en una exposición de conjunto, teniendo en cuenta, además, el papel que pueden realizar unidades encargadas de la defensa de la competencia en la mejora regulatoria, especialmente la CNMC.

En primer lugar, téngase en cuenta que la nueva regulación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo en toda norma, Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, establece en su art. 2:

«El impacto económico *evaluará* las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma, *incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento con estas materias*. En el análisis del efecto sobre la unidad de mercado se tendrán en cuenta los principios de unidad de mercado, y de buena regulación, en particular el principio de necesidad y proporcionalidad, previsto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Se evaluará el efecto sobre las pequeñas y medianas empresas realizándose el test Pyme, en los términos que se determine, de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea, en la Guía Metodológica».

En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante Ley 20/2013), si el proyecto afecta a la competencia en el mercado interno de la Comunidad o incide en la unidad de mercado, la memoria económica también debe «analizar tanto las posibles restricciones y obstáculos al acceso de nuevos operadores al mercado como la necesidad y proporcionalidad de las medidas de intervención pública que puedan limitar el libre establecimiento y circulación de los operadores económicos»<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> A. MAUDES y M. SILOS, «El proyecto europeo y la regulación económica eficiente como esencias de la ley de garantía de unidad del mercado», *Boletín Económico de ICE*, julio de 2017, pp. 3 y ss.

Al margen del contenido obligado de la memoria económica, en el procedimiento de elaboración de proyectos normativos también debe tenerse en cuenta lo dispuesto el art. 14 de la Ley 20/2013, y donde se fijan una serie de obligaciones que deben ser atendidas por los órganos que propongan una determinada disposición de carácter general<sup>98</sup>.

Por otra parte, como es sabido, los órganos de defensa de la competencia participan mediante informes en los procedimientos de elaboración de normas [por ejemplo, Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, art. 5.2.a), leyes autonómicas respectivas, por ejemplo, art. 3, letra i) de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía en relación con la Agencia de Defensa de la Competencia andaluza]<sup>99</sup>. En esta labor sus reco-

<sup>98</sup> «1. Las autoridades competentes intercambiarán información relativa a los proyectos normativos que puedan tener incidencia en la unidad de mercado, valorando especialmente la coherencia de dichos proyectos normativos con esta Ley.

2. En los procedimientos de elaboración de normas que afecten de manera relevante a la unidad de mercado, la autoridad competente proponente de la norma pondrá a disposición del resto de autoridades a través del sistema de intercambio electrónico de información previsto en el art. 23 de esta Ley, con la antelación suficiente, el texto del proyecto de norma, acompañado de los informes o documentos que permitan su adecuada valoración, incluyendo en su caso la memoria del análisis de impacto normativo.

3. Las leyes o disposiciones de carácter general que regulen las funciones o la actuación de varias autoridades competentes en relación con las previsiones contenidas en esta Ley garantizarán el principio de simplificación de cargas.

4. Si el proyecto de norma establece o modifica medios de intervención, se analizará la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad ya establecidas por otras autoridades competentes. Asimismo, se asegurará que los medios de intervención no recaen sobre los mismos aspectos en caso de concurrencia de varias administraciones y preverá un sistema por el cual el procedimiento no genere costes adicionales para el operador en comparación con la intervención de una única administración.

5. Si el proyecto de norma establece o modifica requisitos de acceso o ejercicio a una actividad económica se analizará la consistencia de estos con el resto de la normativa de las demás autoridades competentes.

6. En los procedimientos de audiencia pública de las leyes y disposiciones normativas de carácter general, los operadores económicos o sus asociaciones representativas podrán pronunciarse sobre el impacto de la normativa en la unidad de mercado».

Para articular esta previsión legal, se ha habilitado una Plataforma Informática, a través de la cual todos los Puntos Únicos de Contacto para la Unidad de Mercado tienen acceso a los distintos sistemas de intercambio de información. Las alegaciones u observaciones que se reciban en esta plataforma por parte de otras Administraciones Públicas serán derivadas al órgano proponente del proyecto normativo para su estudio y análisis y, en su caso, incorporación al texto definitivo del proyecto.

- Cooperación normativa.
- Comunicaciones y supervisión.
- Registros sectoriales.

El Subsistema de Cooperación Normativa, que da plena efectividad a la previsión contenida en el art. 14 de la Ley, tiene por finalidad precisamente el de proporcionar un espacio de intercambio de información para dar a conocer proyectos normativos que tengan incidencia en la unidad de mercado, con el objetivo de facilitar su tratamiento en la correspondiente Conferencia Sectorial u órgano técnico de apoyo, en aquellos casos en que las partes lo consideren oportuno.

Los proyectos normativos deberán incorporarse a la plataforma con la antelación suficiente para facilitar su tratamiento en la correspondiente Conferencia Sectorial, y han de ir acompañados de los informes y documentos que permitan una adecuada valoración de los mismos incluidas las memorias señaladas. Asimismo, deberá señalarse el artículo o artículos del proyecto afectados por la Ley 20/2013.

<sup>99</sup> J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ y A. J. PARDO SILVA, «Poder regulador y mercado: las memorias e informes de competencia», *Revista de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia*, núm. 6, 2011, pp. 259 y ss.



mendaciones para la mejora normativa en garantía de la independencia, con la aplicación de la caja de herramientas aquí vista, incluyendo la promoción de la igualdad en la participación y el reflejo de las reuniones con grupos de presión en la documentación para posibilitar la huella normativa, es relevante.

## V. REFLEXIONES FINALES: COORDINACIÓN INTRA E INTERADMINISTRATIVA Y LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE MENTALIDAD PARA MEJORAR LA SITUACIÓN

El nuevo sistema descrito existente tras la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40 de 2015 puede ser valorado en una doble dirección. Por un lado, supone un impulso definitivo legislativo a la *better regulation* vinculándola con la valoración de impactos competitivos.

Ahora bien, ese impulso sobre el papel tendrá que plasmarse, en la práctica, en una *necesaria coordinación* entre la nueva oficina de calidad regulatoria creada en el Ministerio de Presidencia ya aludida, los otros órganos, estatales<sup>100</sup> y autonómicos, con competencias en la materia y los entes de *advocacy* (CNMV, entidades autonómicas), así como en un *cambio profundo de mentalidad de los reguladores*, que deberán superar inercias seculares, a las que se refería SANTAMARÍA PASTOR, en cita incluida en la parte final de este trabajo.

La superación de las malas prácticas regulatorias en mi opinión será posible solo si:

1. La cuestión de la mejora regulatoria entra en la agenda política española (estatal, autonómica y local) al más alto nivel, como lo ha hecho en otros países ya citados. Todavía no es esta la situación actual, en nuestra opinión.
2. Se ofrece formación específica y técnica a los reguladores. En no pocas ocasiones, al olvido o negligencia se suma, sobre todo, una falta total de competencia técnica para medir cargas administrativas, efectuar análisis coste-beneficio, etcétera<sup>101</sup>.
3. Los órganos encargados de la defensa de la competencia, destacadamente la CNMV, siguen su tarea paciente de promoción e información sobre la importancia de la mejora regulatoria.
4. Se evita el riesgo de una *parálisis por análisis*, que podría sobrevenir, precisamente, por la falta de coordinación entre legislaciones y órganos y un exceso de requerimientos en los procedimientos

<sup>100</sup> Así, la Subdirección General de Unidad de Mercado, Mejora de la Regulación y Competencia que desarrolla su actividad a nivel nacional o internacional en estos tres ámbitos, dentro de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía: <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.2efe1f7b4e40d4856c8a0f35026041a0/?vgnextoid=e3cfbbbbe1615310VgnVCM1000001d04140aRCRD>.

<sup>101</sup> Hay que celebrar que el Instituto Nacional de Administración Pública haya incluido un módulo de mejora normativa en su Máster sobre liderazgo público, desde hace un par de años. En esta tarea, las Escuelas de Administración Pública de toda España deberían ser líderes.

de elaboración de normas. Aquí la formación aludida, el principio antiformalista, la simplificación y el sentido común deberían evitar este problema, que ha sido descrito en los Estados Unidos como *ossification*, generando una polémica sobre las causas, consecuencias y remedios del mismo<sup>102</sup>.

5. Y, en último lugar, pero no menos importante, si los tribunales de Justicia reaccionan, como ya lo están empezando a hacer, en tendencia que debe consolidarse, ante la falta de ponderación diligente de los impactos sociales, ambientales y económicos, incluyendo los competitivos, lo que constituye no un mero defecto «formal», sino, ni más ni menos, que la violación del derecho a una buena administración, reconocido en normas europeas y españolas y declarado en reiteradas ocasiones por el TJUE y nuestro Tribunal Supremo, aspecto en el que no nos podemos detener ahora y que hemos tenido ocasión de tratar en otras ocasiones<sup>103</sup>, incluyendo un análisis detallado de la abundante jurisprudencia que anula decisiones administrativas por vulneración del derecho a una buena administración<sup>104</sup>.

En espera de que, como diversos autores, entre los que me cuento, han propuesto la legitimación para la defensa del derecho a una buena administración, también regulatoria, se abra a la *acción pública, al menos en determinados ámbitos y casos*, como la contratación, por ejemplo<sup>105</sup>, la legitimación otorgada por su ley ya mencionada a 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» supone que al menos en este limitado pero importante campo se cuenta con un actor relevante para reivindicar el derecho a una buena administración y la buena regulación ante la justicia.

Lo mismo cabe decir de la previsión contenida en el art. 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, a cuyos problemas, en los que no vamos a entrar ahora, y a las sentencias que lo han aplicado, se han referido BERENGUER y BACHES<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> Por ejemplo, W. S. JORDAN, «Ossification Revisited: Does Arbitrary and Capricious Review Significantly Interfere with Agency Ability to Achieve Regulatory Goals Through Informal Rulemaking?», *Northwestern University Law Review*, núm. 94, invierno de 2000, pp. 393 y ss.

<sup>103</sup> J. PONCE SOLÉ, *Deber de buena administración y derecho a un procedimiento Administrativo debido*, Lex Nova, 2001.

<sup>104</sup> J. PONCE SOLÉ, «Los jueces, el derecho a una buena administración y las leyes de transparencia y buen gobierno», *Newsletter INAP*, enero de 2017, consultable en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507021>. Incluye un análisis de más de 80 sentencias aplicando el derecho a una buena administración, del TEDH, del TJUE y del TS español y de los TJCAA.

<sup>105</sup> F. VICENTE DÁVILA, «La dimensión colectiva del derecho a una buena administración contractual: ¿un status de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?», *Observatorio de la Contratación Pública*, 9 de abril de 2018, consultable en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.343/relmenu.3/chk.cd59d767f2ec7d7817405db67dd9a36e>.

<sup>106</sup> L. BERENGUER FUSTER y S. BACHES OPI, «Actividad Administrativa, Libre competencia y unidad de mercado», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2016*, Fundación ICO, Marcial Pons, 2016.



El conocimiento y alegación judicial del derecho a una buena administración (en este caso, regulatoria) debería convertirse, así, en un aliado inestimable para la buena regulación y la promoción de la competencia y, desde una perspectiva más amplia que debe incluir esta, pero la rebasa, para el servicio objetivo a los intereses generales, pues como señala la STS de 5 de diciembre de 2016, núm. de recurso 378/2013, ponente Suay Rincón, señala que (las cursivas son nuestras):

«A partir de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la necesidad de incorporar al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general la memoria del análisis de impacto normativo (Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio), ha tardado en avanzarse en acentuar el rigor de esta exigencia desde la perspectiva señalada (ponderación del impacto social). No lo hizo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículos 4 a 7), que resulta de aplicación al supuesto de autos. Aunque, más recientemente, sí se percibe un paso adelante en la dirección indicada, tanto en la Ley 39/2015 (artículos 127 y siguientes), como, especialmente, en la Ley 40/2015 (disposición final tercera, por la que se da nueva redacción a diversos preceptos de la Ley 50/1997, del Gobierno, entre otros, al artículo 26.3.d), ambas de 1 de octubre de 2015. Es evidente la creciente densidad alcanzada por la regulación de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones de carácter general. No obstante ambos textos legales son de fecha posterior a la normativa reglamentaria que nos ocupa.

La ponderación del impacto social contribuye a la revalorización de un procedimiento que no puede ser contemplado como una mera formalidad, en tanto que garantía de la efectividad de los derechos de los ciudadanos. Desde luego han ido reforzándose paulatinamente las exigencias requeridas en la evaluación del impacto económico y nuestra jurisprudencia también lo

---

Art. 27. Legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

«1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a 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, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá actuar de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo.

3. Presentada una petición, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, teniendo en cuenta el informe que en su caso haya emitido la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado sobre la reclamación, valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición de recurso contencioso-administrativo, informando al operador de su decisión.

4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia informará al Ministerio de Economía y Competitividad y a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado de los recursos interpuestos y de las peticiones y denuncias recibidas.

5. El plazo para interponer un recurso contencioso-administrativo ordinario por parte de los operadores que hayan presentado su solicitud a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quedará suspendido hasta que esta le comunique su decisión.

6. En el caso de la acción popular y el derecho de petición previstos en la disposición adicional quinta de esta Ley, la legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo corresponderá en exclusiva a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sin perjuicio del derecho de personación regulado en el art. 127 ter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

ha venido a reconocer (como acreditan las Sentencias de 5 y 13 de mayo de 2009, RC 133 y 126/2007 y 131/2007, respectivamente, que su vez invocan la autoridad de otras dos anteriores dictadas por el Pleno de esta Sala de 27 de noviembre de 2006, Rec. 51 y 53/2006, respectivamente; incluso con entendimiento más amplio, Sentencia de 18 de junio de 2012 RC 6513/2009).

Pero el avance en las previsiones sobre el impacto social y medio ambiental recogidas ya en el Real Decreto 1083/2009 (artículo 1.2), dentro del contenido de la memoria del análisis de impacto normativo de forma adicional a su contenido propio (artículo 1.1), ha llevado más tiempo en dejarse sentir, pese a su indubitada conexión, por una parte, con el concepto de la sostenibilidad social, ya recogido incluso por la propia Constitución (artículo 135.4), y del que no parece irrazonable deducir la necesidad de requerir un esfuerzo complementario de motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas normativas que inciden negativamente sobre los derechos sociales (en este sentido, se pronuncian expresamente sendos votos particulares a las sentencias constitucionales 49/2015 y 139/2016), y si en materia de medio ambiente la jurisprudencia ha venido a consagrar la exigencia de aportar una motivación reforzada en sustento de la adopción de una medida regresiva en base al principio ambiental de no regresión —Sentencias de 13 de junio de 2011 RC 4045/2009, 30 de septiembre de 2011 RC 1294/2008 y de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009— como consecuencia a su vez del principio de la sostenibilidad ambiental, no parece que el principio de precaución social pueda comportar menores exigencias; y, por otra parte, *con el derecho a la buena administración, contemplado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que en su germen lleva también la procedencia de observar un deber de cuidado en la adopción de las decisiones con la debida ponderación de todos los intereses y hechos relevantes; y ello ha de encontrar adecuado reflejo en la memoria del análisis de impacto normativo.*

No puede ignorarse, sin embargo, que, además de la posterior entrada en vigor de los textos legales que ahora constituyen el marco normativo de referencia (Leyes 39 y 40/2015) en los términos antes indicados».

Finalmente, la preocupación naciente por los impactos en general, y los de competencia en particular, debería complementarse con el impulso, aún muy débil de la evaluación *ex post* de normas ya aprobadas y en vigor, para conocer su impacto en la realidad. En España, a diferencia de otros países, esta evaluación es muy escasa<sup>107</sup>, e inexistente el uso de cláusulas *sunset*<sup>108</sup>. La evaluación *ex post* ha de constituir, pues, la próxima frontera de la mejora regulatoria y la buena administración.

<sup>107</sup> Un análisis de algunas experiencias, como la chilena o, por ejemplo, la evaluación anual obligatoria del Defensor del Pueblo catalán de la Ley catalana 19/2014 de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por mandato expreso de esta, en J. PONCE SOLÉ y A. CERRILLO MARTÍNEZ (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, 2017.

<sup>108</sup> Una *sunset clause* es un precepto incluido en una norma que somete a esta a una eficacia limitada en el tiempo y a una posible prórroga de la misma siempre que se demuestre, por quien esté interesado en ello, que tal continuación es necesaria, a la vista de la evaluación que se realice de su eficacia hasta el momento. Por todos, S. RANCHORDÁS, *Constitutional Sunsets And Experimental Legislation*, Edward Elgar, 2014, e «Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation», *Jurimetrics*, vol. 55, núm. 2 (invierno 2015) disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2544291](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2544291). También en español, en el libro mencionado en la nota anterior.





# INTEGRACIÓN VERTICAL Y COMPETENCIA EN GAS Y ELECTRICIDAD: ¿*QUO VADIS*?

Beatriz DE GUINDOS

Asesora del Presidente de la CNMC

María Jesús MARTÍN

Adscrita a la Dirección de Energía de la CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMAS TRADICIONALES DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL ANALIZADOS EN SEDE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA NORMATIVA ENERGÉTICA: A. La Ley de defensa de la competencia y jurisprudencia: *a)* Normativa nacional y comunitaria aplicable a las conductas anticompetitivas relacionadas con la integración vertical y el desarrollo de la competencia en el mercado minorista. *b)* Actuaciones en materia de la LDC: 1) El rol no neutral del distribuidor perteneciente al grupo verticalmente integrado. 2) La actuación desleal de la comercializadora de referencia del grupo verticalmente integrado. B. Regulación sectorial: *a)* Normativa sectorial: separación de actividades y la protección al consumidor. *b)* Actuaciones de la CNMC en materia de separación de actividades y la protección al consumidor.—III. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE PROPIEDAD VERTICAL DE LA DISTRIBUCIÓN Y EL SUMINISTRO DE GAS Y ELECTRICIDAD.—IV. ACTUACIONES RECIENTES DE LA CNMC EN MATERIA DE INTEGRACIÓN VERTICAL DE GRUPOS: A. El distribuidor perteneciente al mismo grupo integrado verticalmente que la comercializadora libre. B. El comercializador de referencia perteneciente al grupo integrado.—V. NUEVAS OPORTUNIDADES PARA DINAMIZAR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS MINORISTAS DE GAS Y ELECTRICIDAD.

## I. INTRODUCCIÓN

Las actividades de distribución de gas y electricidad tienen características de monopolio natural. Las redes de distribución son infraestructuras esenciales para el suministro de electricidad y de gas natural al consumidor final y de ahí la importancia de garantizar el derecho de acceso de comercializadores y consumidores directos a las redes de distribución, sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad.

La legislación sectorial europea y nacional permiten la integración vertical en grupos empresariales que desarrollan actividades reguladas, como la distribución, y libres, como la comercialización. No obstante, a efectos de que la distribución sea independiente de las demás actividades que rea-



licen las sociedades pertenecientes al grupo, se exige el cumplimiento de determinados requisitos.

Con el objetivo de preservar la competencia en los mercados minoristas de electricidad y de gas natural, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) supervisa el funcionamiento de los mercados y las actuaciones de los agentes y, en particular, de los distribuidores, comercializadores de referencia y comercializadores de gas y electricidad pertenecientes a grupos verticalmente integrados.

En el ámbito de sus competencias como Autoridad reguladora nacional de los sectores de electricidad y gas natural<sup>1</sup>, la CNMC supervisa el cumplimiento de la separación de actividades, en sus distintas acepciones jurídica, contable, funcional y de imagen de marca, tal y como establece la Ley 24/2013 del sector Eléctrico (LSE) y la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos (LSH). Asimismo, monitoriza los mercados mayoristas y minoristas, y supervisa el cambio de suministrador, eje fundamental para favorecer la libre elección del consumidor y, en última instancia, dinamizar la competencia en los mercados minoristas de suministro de electricidad y de gas natural al consumidor final.

Por otra parte, la CNMC como Autoridad nacional de competencia, realiza una supervisión de los mercados de electricidad y de gas natural, tanto *ex ante*, autorizando operaciones de concentración económicas, como *ex post* analizando las conductas de los agentes que participan en estos mercados en el ámbito de cumplimiento de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC). La supervisión del comportamiento de los grupos integrados verticalmente y su impacto en la competencia efectiva de los mercados de suministro al consumidor final, pone especial atención en el papel neutral del distribuidor respecto al acceso a sus redes de distribución y mercados conexos y a los datos de los puntos de suministro, demandados por comercializadores que pertenecen al propio grupo integrado y de sus competidores. También supervisa posibles comportamientos desleales de los comercializadores pertenecientes a grupos integrados, que puedan favorecer de forma desleal al comercializador del grupo en detrimento de la competencia del mercado.

El punto de atención del presente artículo es el efecto de la integración vertical entre la distribución, la comercialización de referencia y la comercialización a precio libre, en el desarrollo competitivo de los mercados minoristas de electricidad y de gas natural, particularmente en el suministro a consumidores domésticos. Primero, se resumen los problemas de la integración vertical en un mismo grupo empresarial para la competencia efectiva de los mercados minoristas que han sido analizados tradicionalmente, tanto desde la legislación de competencia como desde la normativa sectorial. Segundo, se analiza la evolución de la estructura de propiedad de

---

<sup>1</sup> El art. 4 del 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 establece 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.

dichos grupos empresariales integrados verticalmente y del propio mercado con la entrada y salida de diferentes operadores. Tercero, se pasa revista a las actuaciones iniciadas más recientemente desde la CNMC, teniendo en cuenta un enfoque conjunto de competencia y sectorial (energía) que ofrece el actual diseño institucional, en relación con conductas de distribuidores, comercializadores y comercializadores de referencia derivadas de la integración vertical. Por último, se citan nuevas oportunidades para dinamizar la competencia en los mercados minoristas de gas y de electricidad, derivadas de un marco legislativo nacional e internacional de fomento de la participación de las energías generadas a partir de fuentes renovables en la demanda final y de reducción de emisiones contaminantes, así como cambios tecnológicos que facilitan la gestión eficiente de la demanda y su impacto en ofertas y suministradores.

## II. PROBLEMAS TRADICIONALES DE LA INTEGRACIÓN VERTICAL ANALIZADOS EN SEDE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA NORMATIVA ENERGÉTICA

### A. LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y JURISPRUDENCIA

#### a) *Normativa nacional y comunitaria aplicable a las conductas anticompetitivas relacionadas con la integración vertical y el desarrollo de la competencia en el mercado minorista*

La normativa tanto nacional como comunitaria de defensa de la competencia es de carácter horizontal, aplicándose a todos los sectores de actividad. En el caso de la normativa nacional, recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) solo es posible exceptuar su aplicación de manera expresa y a través de normativa con rango de Ley, como establece el art. 4 de la LDC.

Sin embargo, ni el sector eléctrico ni el del gas natural cumplen este requisito, por lo que la LDC resulta plenamente aplicable a dichos sectores. Es decir, conductas anticompetitivas en los mercados de gas y electricidad en España son susceptibles de analizarse bajo la óptica de los tipos infractores del art. 1 (acuerdos anticompetitivos) y del art. 2 (abuso de posición de dominio) de la LDC y de sus equivalentes en el Derecho comunitario (arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Asimismo, resulta plenamente aplicable a dichos sectores el art. 3 de la LDC que prohíbe conductas desleales que afecten al interés público.

En efecto, el Derecho *antitrust* tiene una larga trayectoria en los mercados de energía en Europa y de hecho se encuentra en el origen de algunas Directivas como las del llamado Tercer Paquete<sup>2</sup> que han configurado los

<sup>2</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 y



marcos regulatorios nacionales de gas y electricidad en los Estados miembros, impulsando un claro proceso de liberalización del sector en beneficio de nuevos entrantes y del consumidor.

Tradicionalmente, las intervenciones de las autoridades de competencia en los mercados de energía se han centrado en sancionar abusos de posiciones dominantes derivadas de la propiedad de activos esenciales, como las redes de transporte y distribución, a las que necesitan acceder los agentes que operan *aguas arriba* (generación de electricidad, aprovisionamiento de gas) y *aguas abajo* (comercialización de gas y electricidad). Es decir, la integración vertical entre actividades reguladas y liberalizadas por parte de algunos grupos empresariales ha sido origen de determinadas conductas abusivas que situaban a unos competidores (no integrados verticalmente) en situación desventajosa frente a aquellos que gozaban de una posición privilegiada en el acceso a dichas redes al ser propietarios de las mismas.

Con el Tercer Paquete de Directivas en 2009 se da un salto cualitativo en el proceso de liberalización de los mercados europeos de gas y electricidad. Se refuerzan las provisiones de separación de la actividad de transporte, se refuerzan los poderes de los reguladores y se impulsa el uso eficiente (con mecanismos de mercado) de las infraestructuras y la construcción de nuevas interconexiones para facilitar la creación del mercado único de la energía. Entre las Comunicaciones interpretativas se incluyen aspectos como la colaboración de los reguladores sectoriales de gas y electricidad con las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) o la supervisión de los precios de oferta para detectar problemas en el funcionamiento competitivo de los mercados.

No es casual que este impulso regulatorio haga tanto énfasis en preservar la competencia en estos mercados, pues vino precedido de una investigación sectorial llevada a cabo por la Dirección de Competencia de la Comisión Europea en el periodo 2005-2007<sup>3</sup>. Este detallado estudio concluyó que los mercados de gas y electricidad en Europa eran ineficientes y costosos por diversos motivos, entre los cuales cabía destacar los altos niveles de concentración; la integración vertical del suministro minorista, la producción y las infraestructuras que provoca un acceso desigual a la infraestructura e insuficiente inversión; la posible colusión entre operadores incumbentes<sup>4</sup>; y las deficiencias generales en el marco normativo. Fue

---

Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo 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>3</sup> «DG COMPETITION REPORT ON ENERGY SECTOR INQUIRY», de 10 de enero de 2007 ([http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005\\_inquiry/full\\_report\\_part1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf)).

<sup>4</sup> De hecho, tras la publicación de la investigación sectorial, la Dirección de Competencia de la Comisión Europea llevó a cabo varias inspecciones en las sedes de diversos grupos empresariales europeos de gas y electricidad e inició numerosos procedimientos sancionadores. Concretamente, la Comisión llevó a cabo 12 investigaciones que culminaron en sanciones por infracción de los arts. 101 o 102 del TFUE, y algunos de ellos incluyeron propuestas de compromisos de las empresas investigadas. En cuanto a la tipología de las conductas investigadas, cabe destacar los casos de abuso en infraestructuras esenciales y negativas de acceso (casos contra GDF Suez y ENI por el uso estratégico de infraestructuras bajo una supuesta insuficiencia de capacidad, o el caso contra E.ON por reservas

sobre todo esto último lo que dio lugar a que se gestara la necesidad de elaborar un nuevo paquete de Directivas que llegaría dos años más tarde.

Por tanto, en la actualidad hay una coexistencia entre normativa sectorial y normativa horizontal de competencia nacional y comunitaria que persiguen objetivos similares y refuerzan el papel de supervisión de los reguladores y el papel de las autoridades de competencia en los mercados de gas y electricidad. Esto exige una sólida coordinación entre ambos agentes para asegurar una aplicación eficaz de la normativa y una verdadera liberalización y funcionamiento competitivo de los mercados, reforzándose mutuamente sus actuaciones y contribuyendo de manera conjunta y coordinada a la consecución de estos objetivos.

#### b) *Actuaciones en materia de la LDC*

Bajo la óptica de la LDC se han investigado y sancionado muchos casos clásicos de negativa de acceso a las redes de distribución de gas y electricidad que impiden competir en los mercados *aguas abajo*. Pero lo cierto es que, si se revisa la actividad de la autoridad española, se ha avanzado en otros casos que no son tan habituales, algunos sobre conductas abusivas por negativas de acceso (y/o discriminación) a la información sobre clientes y otros aún más atípicos como es la aplicación del art. 3 de competencia desleal por el acceso privilegiado a los clientes mediante prácticas de carácter desleal para los competidores.

#### 1) El rol no neutral del distribuidor perteneciente al grupo verticalmente integrado

Los distribuidores, como titulares de las instalaciones de distribución de electricidad o de gas natural encargados de transmitir la electricidad o el gas hasta el punto de suministro, juegan un papel esencial en el acceso a las redes por parte de los comercializadores. En la medida en que el distribuidor pertenezca a un grupo verticalmente integrado con presencia en los mercados minoristas de comercialización, tendrá incentivos a negar o dificultar el acceso de los competidores a sus redes e instalaciones. Es por ello que no solo la normativa sectorial sino también la normativa de competencia resulta plenamente de aplicación a situaciones en las que el distribuidor, con posición de dominio en el mercado de distribución a través de la correspondiente concesión administrativa local, abusara de dicha posición al negar o entorpecer el acceso a sus redes de un comercializador de un grupo competidor.

---

de capacidad); abusos en los mercados conexos de suministro derivados de la integración vertical con generación de electricidad o aprovisionamiento de gas (casos contra RWE en gas y CEZ en electricidad); abusos explotativos vía precios excesivos (casos contra RWE por estrechamiento de márgenes y contra E.ON por retirada de capacidad de generación que eleva artificialmente los precios); y discriminación y fragmentación del mercado (casos contra OPCOM en el mercado de generación eléctrica en Rumanía y contra Gazprom de suministro de gas).



Entre los casos típicos de negativa de acceso a las redes de distribución conviene destacar el asunto 638/08 *Gas Natural 2*, por la claridad de la resolución sancionadora y de los pronunciamientos posteriores durante su revisión en sede judicial<sup>5</sup>. La resolución de este asunto por parte del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en 2009 declaró la existencia de una infracción del entonces art. 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por la negativa de acceso a la red de distribución por parte de Gas Natural SDG, S. A. (en adelante, Gas Natural).

Gas Alicante, S. A. U. (en adelante, Gas Alicante), distribuidora de gas dependiente del grupo Endesa, quería acceder a determinados núcleos poblacionales en la provincia de Alicante y para ello tenía que acceder a la red de distribución propiedad de Gas Natural. A raíz de la aprobación de la Ley 34/1998, de 7 de diciembre, del Sector de Hidrocarburos y posteriormente el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, se produjo una reorganización de activos en los mercados de gas en España. Enagas, en su condición de gestor técnico del sistema y transportista principal, se quedó con todos los activos de la red primaria de transporte mientras que la red de distribución quedó diferenciada en dos segmentos: aquel que comprende los gasoductos de 4 o menos bar, que son realmente la red mallada que llega al consumidor final; y la red de gasoductos de cuatro a 16 bar que comprende las llamadas «antenas» de distribución, que permiten conectar la red primaria de transporte con el entorno de los núcleos poblacionales y a estas se conectan a su vez los distribuidores con redes de menos de cuatro bares.

A pesar de la liberalización prevista en dicha normativa, Gas Natural resultaba ser el titular de la mayor parte de las antenas de distribución de 16 bar, que fueron cedidas por su anterior propietario, el transportista Enagas, a raíz de la escisión parcial de activos que tuvo lugar entre Enagas y Gas Natural en 1999. El acceso a dichas antenas resultaba fundamental en determinadas circunstancias (técnicas y económicas) para que los pequeños distribuidores pudieran llegar al consumidor final.

Esta circunstancia se puso de manifiesto en el referido expediente 638/08, concretamente en los municipios de Albatera y Elda en la provincia de Alicante, en los que Gas Alicante, filial de Endesa, quería entrar a suministrar a consumidores domésticos y para ello requería poder conectarse a la red de Gas Natural que unía el municipio con la red primaria de transporte de Enagas.

En el expediente se ventilaba hasta qué punto, de acuerdo con el art. 12 del Real Decreto 1434/2002, Gas Natural tenía capacidad suficiente para dar acceso al gas de Gas Alicante y, además, era técnica y económicamente racional la opción de que se conectara Gas Alicante a la red de Gas Natural y no a la red de Enagas, de conformidad con el marco normativo vigen-

---

<sup>5</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/vs063808>.

te. Para ello, se solicitó un informe a la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE), que concluyó que para los municipios de Elda y Albufera era técnicamente irracional conectarse a la red de Enagas, pues estaba en ambos casos a más de 3 kilómetros de distancia, existiendo una red (antena) de Gas Natural cercana<sup>6</sup>. Desde el punto de vista económico, el acceso a Enagas para distribuidor en el municipio de Elda suponía para Gas Alicante un coste del 1 millón de euros, que se incrementaba a cinco millones en el caso de Albufera. Se demostró igualmente que la red de Gas Natural tenía capacidad suficiente para vehicular el gas de Gas Alicante hasta ambos municipios, por lo que la negativa de acceso estaba injustificada.

La instrucción y resolución de este expediente sancionador<sup>7</sup> puso de manifiesto una conducta de los citados propietarios de las redes verticalmente integradas, relativa a dificultar el acceso de los competidores, sabiendo que de esta forma limitan la capacidad de estos de competir con sus filiales en mercados *aguas abajo*. En efecto, de acuerdo con la resolución sancionadora que puso fin al procedimiento administrativo, Gas Natural cometió una infracción del art. 6 LDC (actual art. 2) en los municipios de Elda y Albufera, en los que se habría comportado obstaculizando el acceso de Gas Alicante a su red de distribución, retrasando y denegando de forma injustificada la puesta en marcha del punto de entrega solicitado por Gas Alicante para poder iniciar su actividad de distribución en los municipios señalados, generando un perjuicio tanto a los consumidores como a la propia distribuidora.

Pero además del abuso clásico en la literatura *antitrust* de negativa de acceso a las redes, las autoridades españolas han sancionado también en sede del art. 2 de la LDC abusos consistentes en negativas de acceso a otro activo esencial que poseen las distribuidoras bajo el marco normativo español: las bases de datos de clientes que conforman el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). Así en 2009, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el marco de los *Expedientes de Centrica contra las Distribuidoras eléctricas*<sup>8</sup> sancionó a las cinco principales distribuidoras de electricidad por negar a un competidor, Centrica Energía, S. L. U. (en adelante, Centrica), el acceso al SIPS en las condiciones previstas por la normativa<sup>9</sup> e incluso discriminar, en el caso de tres de ellas, a la filial comercializadora del grupo dándole un acceso privilegiado a dichos datos.

---

<sup>6</sup> En su informe, la extinta CNE consideraba que para distancias inferiores a tres kilómetros se considera que la alternativa técnica es «cercana» al punto de conexión requerido, mientras que por encima de esa distancia valoraba la conexión como «alejada», teniendo un coste económico muy superior.

<sup>7</sup> Resolución de 26 de marzo de 2009 del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, confirmada mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2013.

<sup>8</sup> Centrica/Endesa, <https://www.cnmec.es/expedientes/64108>.

Centrica/Unión Fenosa, <https://www.cnmec.es/expedientes/64208>.

Centrica/Electra de Viesgo, <https://www.cnmec.es/expedientes/64308>.

Centrica/Iberdrola, <https://www.cnmec.es/expedientes/64408>.

Centrica/Hidrocarbónico, <https://www.cnmec.es/expedientes/64508>.

<sup>9</sup> El art. 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión (modificado



Estos cinco expedientes surgieron en un momento muy relevante, en pleno proceso de liberalización de los mercados de electricidad en España, con la desaparición de las tarifas, la entrada de nuevos comercializadores y con la obligación impuesta a través de dos Reales Decretos (el Real Decreto 1435/2002, posteriormente modificado por el Real Decreto 1454/2005) a los distribuidores de mantener un sistema de información de puntos de suministro (el llamado SIPS), esto es, una base de datos con la información de cada cliente, su referencia (el llamado CUPS), dónde está ubicado ese consumidor, cuál es su perfil de consumo, sus condiciones financieras, etc., es decir, una información comercial muy valiosa para cualquier competidor, real o potencial, en el mercado de suministro minorista. El regulador, consciente de la importancia de esta base de datos, de esta información que los distribuidores disponen de cada uno de los consumidores conectados a su red, consideró que había que crear este registro y dar acceso a todos los comercializadores para que pudieran elaborar ofertas comerciales atractivas y competir por los clientes.

Sin embargo, en su denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia, Centrica puso de manifiesto las numerosas dificultades que estaba encontrando con los cinco grandes distribuidores de los grupos verticalmente integrados a la hora de acceder al SIPS. Centrica entendía que la normativa era procompetitiva y, por tanto, debía producirse un acceso masivo e incondicionado a esa base de datos y, por el contrario, las distribuidoras, amparándose en la Ley orgánica de Protección de Datos de 1999, alegaban la confidencialidad de los datos del consumidor y su prevalencia sobre la obligación de acceso al SIPS impuesta por la normativa sectorial.. El debate judicial<sup>10</sup> en torno a dicha disposición concluyó que lo que perseguía el regulador con esta obligación era promover la competencia entre comercializadores en beneficio del consumidor y, por tanto, lo que preveía expresamente, y así se recogió también en la Ley del sector eléctrico, era que el consumidor pudiera oponerse por escrito a que sus datos fueran cedidos, frente a la interpretación de las distribuidoras de restringir por defecto el acceso.

Esta *saga* de expedientes de Centrica contra las distribuidoras vino a poner de manifiesto el carácter esencial del SIPS para la liberalización del sector, algo que el regulador (la entonces Comisión Nacional de la Energía, CNE) dejó muy claro en los informes solicitados por la CNC en el marco de estos expedientes. Tal y como señaló la CNE, «el acceso a la información contenida en el SIPS se considera esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, reduciendo los costes del cambio de suministrador facilitando la elaboración de ofertas adecuadas a las con-

---

por el art. 5 del Real Decreto 1454/2005) exige a las empresas distribuidoras dotarse de un sistema informático necesario para permitir la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía eléctrica, así como facilitar el acceso tanto a clientes como a comercializadores.

<sup>10</sup> Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008, dejado sin efecto por Auto de la misma Sala de 12 de mayo de 2009.

diciones de los clientes». En efecto, «en función del régimen de consumo del cliente, varía su beneficio [el del comercializador] en cada modalidad, por lo que las pautas de consumo también influyen en la decisión de pasar a un régimen u otro. Esta circunstancia hace más valiosa la información contenida en el SIPS, puesto que las ofertas de las comercializadoras deben ser más selectivas y ajustadas en una coyuntura desfavorable del mercado».

Las resoluciones sancionadoras declararon la existencia de una infracción de los arts. 6 de la Ley 16/1989 (actual art. 2 de la LDC) y 82 del Tratado de la Unión Europea (actual art. 102 del TFUE), consistente en un abuso de posición de dominio mediante la negativa de acceso al SIPS por parte de cada una de las distribuidoras denunciadas. Dicha conducta estaba objetivamente dirigida a excluir la competencia de Centrica y otros comercializadores independientes en perjuicio de los consumidores, cuyos derechos de elección se veían mermados.

Pero es que, además, como señalaban las resoluciones sancionadoras, en el caso de tres de las distribuidoras (las de los grupos de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa), se produjo una discriminación en favor de las comercializadoras de estos tres grupos, permitiéndoles a ellas el acceso (masivo e incondicionado) al SIPS. Con ello, se vulneraba la separación de actividades entre distribuidora y comercializadora del grupo y el principio de neutralidad, constituyendo igualmente una infracción de abuso de posición de dominio por discriminación prohibida por la LDC.

## 2) La actuación desleal de la comercializadora de referencia del grupo verticalmente integrado

La normativa nacional de competencia incluye en su catálogo de infracciones las derivadas de un acto de competencia desleal capaz de distorsionar la competencia en el mercado. Esta figura jurídica, que no cuenta con un precepto homólogo en la normativa comunitaria de competencia y por tanto su uso es más bien atípico, ha resultado especialmente útil recientemente para analizar conductas en los mercados de gas y electricidad que, si bien conducían a un resultado claramente anticompetitivo, no encontraban acomodo en los tradicionales arts. 1 y 2 de la LDC.

Bajo el art. 3, la CNMC puede sancionar actos desleales que por falsear la competencia afecten al interés público. No basta por tanto con que exista un acto desleal de los tipificados en la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, sino que además debe acreditarse que dicha conducta es apta para afectar al interés público. En caso contrario, es en los Juzgados de lo Mercantil donde habitualmente se ventilan las denuncias por competencia desleal.

En 2009, la CNC inició a raíz de varias denuncias una serie de investigaciones sobre el traspaso de clientes entre comercializadoras del mismo grupo. De acuerdo con la normativa vigente en ese momento<sup>11</sup>, el 1 de julio

<sup>11</sup> Orden ITC/1659/2009.



de dicho año desaparecían las tarifas reguladas para los clientes conectados a la red de baja tensión pero con una potencia instalada superior a los 10 MW que pasaban a tener que elegir comercializador en el mercado libre (es decir, clientes sin derecho a la TUR, fundamentalmente PYMES). Si estos clientes (o aquellos conectados a alta tensión que, aunque deberían estar en el mercado libre desde el 1 de julio de 2008, seguían sin tener un contrato de suministro en vigor y continuaban consumiendo electricidad) no llevaban a cabo dicha elección antes del 1 de julio y se mantenían con su comercializador habitual, tenían una penalización prevista en la propia normativa<sup>12</sup>. Asimismo, la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 se refiere a la conformidad del cliente al cambio de suministrador, recogiendo en su redacción referencias a la «conformidad expresa» o «la documentación que acredite la voluntad del cliente», entre otras.

Es en este contexto jurídico-económico en el que se producen las conductas enjuiciadas en los expedientes S/213/10 Iberdrola Sur y S/304/10 Endesa Sur<sup>13</sup>. Concretamente, en el expediente de Iberdrola Sur se constató que la comercializadora de último recurso del grupo Iberdrola (Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S. A. U., en adelante Iberdrola CUR) traspasó automáticamente 268.001 de estos consumidores a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso (únicamente un consentimiento tácito que no representa la voluntad inequívoca del cliente) y, por tanto, infringiendo lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Orden ITC/1659/2009. En la medida en que este hecho suponía la violación de una norma que tenía por objeto regular la actividad concurrencial de los agentes que operan en el mercado libre minorista de suministro de electricidad (y, concretamente, el cambio de suministrador), era susceptible de reputarse como conducta desleal de acuerdo con el art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal. Además, como consecuencia de la actuación de Iberdrola, se produjo un importante incremento en su cuota de fidelización de los consumidores frente a los comercializadores que podrían haber captado a dichos clientes. En efecto, una vez transferidos a la comercializadora libre del grupo, el margen comercial para hacer una oferta atractiva a estos clientes se reducía, pues ya no estaba sujetos a la penalización. Por tanto, la actuación produjo el falseamiento de la libre competencia.

---

<sup>12</sup> De acuerdo con la normativa, el precio a aplicar a los clientes en esta situación se iría incrementando automáticamente en el tiempo (5 por 100 trimestral, hasta alcanzar el 20 por 100), con el objeto de incentivar la salida a mercado mediante la contratación con comercializadores, culminando con la interrupción del suministro el 31/12/2010 (prorrogado en dos ocasiones, al 31 de diciembre de 2011 y 31 de diciembre de 2012).

<sup>13</sup> <https://www.cnmec.es/expedientes/s030410>. En este caso, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de octubre de 2016 estimó el recurso de casación de Endesa al entender que no se había producido un cambio de suministrador, que es el supuesto (al menos literal) de aplicación de las reglas sobre consentimiento establecidas por la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, dado que Endesa como comercializadora de último recurso había asumido asimismo labores de suministro en el mercado libre y por tanto no se había producido una sustitución en la personalidad jurídica del suministrador sin consentimiento expreso (aunque sí un cambio en el tipo de suministro, de regulado a libre). En todo caso, dicha sentencia recoge expresamente que «es cierto que la modificación contractual operada era sustancial para los clientes y que el principio de transparencia hacía aconsejable requerir el consentimiento expreso de los afectados».

Por otra parte, la conducta investigada se produjo en un momento temporal relevante por el proceso de liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad. A ello debe añadirse que el colectivo al que se dirigió estaba compuesto fundamentalmente por pequeñas y medianas empresas y el servicio afectado (el suministro eléctrico) es un *input* básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos. A la vista de todo ello, la conducta era sin lugar a dudas apta para afectar al interés público. En definitiva, se dieron todos los requisitos necesarios para calificar la conducta como desleal y acreditar que se había producido un falseamiento de la libre competencia, en contra de lo establecido en el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La infracción ha sido confirmada por el Tribunal Supremo<sup>14</sup> si bien, dada la limitada duración de la conducta (ocho meses), la multa ha sido rebajada en un 50 por 100. En todo caso, dicha sentencia viene a confirmar que «con el traspaso de contratos de 268.001 clientes en las condiciones expresadas dentro de su propio grupo empresarial, evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada», concluyendo que «dicha conducta alteró o falseó sensiblemente la competencia en el mercado de suministro de electricidad afectado por la conducta descrita».

## B. REGULACIÓN SECTORIAL

### a) *Normativa sectorial: separación de actividades y la protección al consumidor*

La regulación básica para garantizar un desarrollo efectivo de la competencia en los mercados minoristas de suministro a clientes finales en industrias de red, como la electricidad y el gas natural, son, por una parte, la regulación del derecho de acceso a las redes en condiciones objetivas transparentes y no discriminatorias y, por otra parte, la regulación aplicada sobre la separación de actividades de red y de actividades en competencia.

Tanto la Ley 24/2013 (LSE)<sup>15</sup> como Ley 34/1998 (LSH)<sup>16</sup> establecen que la distribución de electricidad y de gas natural, respectivamente, son actividades reguladas que deben garantizar el acceso de terceros a sus redes en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la ley<sup>17</sup>. Asimismo, los distribuidores otorgan el permiso de acceso a sus redes, cobrando por su uso unos precios regulados que son los peajes de acceso,

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2017.

<sup>15</sup> Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

<sup>16</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

<sup>17</sup> Arts. 8 LSE y 60 de la LSH.



estando el ejercicio de la actividad de distribución sujeto a una retribución regulada<sup>18</sup>.

Las primeras Directivas para los sectores de gas y electricidad con las cuales se inicia el proceso de liberalización de estos mercados se remontan a 1996. Este Primer Paquete de medidas liberalizadoras perseguía la eliminación de monopolios legales y la apertura de los mercados a la competencia, propugnando un acceso abierto a las redes (acceso negociado o regulado), la separación contable de las actividades de transporte y distribución y la llamada elegibilidad de grandes clientes, que lleva aparejada la libertad para elegir suministrador.

Con el Segundo Paquete en 2003, se introduce ya la elegibilidad de todos los clientes a partir del 1 de julio de 2007, la obligación de ofrecer acceso regulado y no-discriminatorio a las redes y se da un paso más en la distinción entre actividades reguladas (con cierto carácter de monopolio natural) y actividades liberalizadas, exigiendo la separación legal y funcional de las actividades de transporte y distribución. Es en esta segunda oleada de medidas liberalizadoras en la que se recogen expresamente las funciones de supervisión de las autoridades reguladoras.

Por último, las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE avanzan significativamente en la separación entre actividades reguladas y liberalizadas al determinar que el distribuidor no debe ejercer ningún tipo de discriminación entre usuarios o categorías de usuarios de la red, en particular, en favor de sus empresas vinculadas. El carácter neutral del distribuidor respecto a dar acceso de sus redes y a la información de los puntos de suministro conectados a sus redes, así como al cambio de suministrador, son elementos básicos para el desarrollo efectivo de la competencia en los mercados minoristas de electricidad y de gas natural. Por ello, en el caso de que el distribuidor forme parte de un grupo empresarial que integre sociedades que comercializan electricidad y gas natural a clientes finales, la regulación sectorial establece criterios de separación de actividades de empresas pertenecientes a grupos integrados.

Las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE y el ordenamiento jurídico nacional que transpone dichas Directivas —LSE, LSH<sup>19</sup>, y normativa que las desarrolla—, establecen criterios de separación funcional y de no confusión entre las sociedades que pertenecen a grupos verticalmente integrados. La nueva Propuesta de la Comisión Europea de Energía limpia para todos los europeos («*Clean Energy Package*» o Cuarto Paquete)<sup>20</sup> actualmente en discusión, no solamente mantiene las exigencias de separación de actividades en los términos fijados en las Directivas vigentes, sino que en cuanto al papel del distribuidor como gestor de datos de los contadores inteligentes, resalta la importancia de que el grupo empresarial integrado verticalmente

<sup>18</sup> Arts. 41 LSE y 78 LSH.

<sup>19</sup> Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

<sup>20</sup> [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52016PC0864R\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52016PC0864R(01)&from=EN).

no tenga un acceso privilegiado a los datos para llevar a cabo su actividad de suministro.

En las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE queda clara la relevancia del cumplimiento adecuado de criterios de separación del distribuidor cuando pertenece a un grupo integrado para la competencia efectiva en el mercado de suministro de electricidad y de gas natural. En la exposición de motivos de sendas Directivas se señala que debe evitarse que los distribuidores pertenecientes a grupos verticalmente integrados aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado, especialmente en relación con los pequeños consumidores<sup>21</sup>. Así, se determina que el distribuidor que forme parte de una empresa integrada verticalmente sea independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, en particular, del suministro de electricidad y de gas natural a clientes finales, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, organización y toma de decisiones. Con el fin de lograr este objetivo, las citadas Directivas establecen un conjunto de criterios mínimos de independencia en la gestión<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Considerandos 26 de la Directiva 2009/72/CE y 25 de la Directiva 2009/73/CE: «Para crear condiciones de igualdad al nivel minorista, por tanto, deben controlarse las actividades de los gestores de redes de distribución a fin de impedir que aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado, especialmente en relación con los pequeños consumidores domésticos y no domésticos».

<sup>22</sup> El gestor de la red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente, en lo que respecta a su organización y adopción de decisiones, de las demás actividades no relacionadas con la distribución. «Con el fin de lograr este objetivo, deberán aplicarse los siguientes criterios mínimos:

a) Los encargados de la administración del gestor de la red de distribución no podrán participar en estructuras de la empresa eléctrica integrada que se ocupen, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de las actividades de generación, transporte o suministro de electricidad; b) se tomarán las medidas oportunas para garantizar la debida consideración de los intereses profesionales de las personas encargadas de la administración del gestor de la red de distribución, de tal forma que estas puedan actuar con independencia; c) el gestor de la red de distribución gozará de facultad de decisión efectiva, independientemente de la empresa eléctrica integrada, con respecto a los activos necesarios para explotar, mantener o desarrollar la red. A fin de desempeñar estas funciones, el gestor de la red de distribución dispondrá de los recursos necesarios, incluidos los recursos humanos, técnicos, financieros y materiales. Esto no deberá impedir la existencia de mecanismos de coordinación adecuados que aseguren la protección de los derechos de supervisión, tanto económica como de gestión, de la sociedad matriz respecto a los activos de sus filiales, regulados indirectamente con arreglo al artículo 37, apartado 6. En particular, ello permitirá a la sociedad matriz aprobar el plan financiero anual, o cualquier instrumento equivalente, del gestor de la red de distribución, así como establecer límites globales a los niveles de endeudamiento de sus filiales. No se permitirá a la sociedad matriz dar instrucciones respecto de la gestión cotidiana ni de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de líneas de distribución que no sobrepasen lo establecido en el plan financiero aprobado o en cualquier instrumento equivalente, y d) el gestor de la red de distribución deberá establecer un programa de cumplimiento en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar que las conductas discriminatorias queden excluidas y deberá garantizar que el respeto de dicho programa sea objeto de la supervisión adecuada. El cumplimiento del programa establecerá las obligaciones específicas de los empleados para alcanzar este objetivo. La persona u órgano competente para la supervisión del programa de cumplimiento, el encargado del cumplimiento del gestor de la red de distribución, presentará un informe anual con las medidas adoptadas a la autoridad reguladora a que se refiere el artículo 35, apartado 1, el cual se publicará. El encargado del cumplimiento del gestor de la red de distribución será totalmente independiente y tendrá acceso a toda la información del gestor de la red de distribución y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función».



Más aún, destacan la importancia del «control» al distribuidor perteneciente al grupo integrado por parte de las autoridades competentes ante posibles conductas del distribuidor, en las que beneficiándose de su integración vertical pueda falsear la competencia<sup>23</sup>. En este sentido, se obliga a los distribuidores integrados verticalmente a no crear confusión en su información y en la presentación de la marca, respecto a la identidad separada de la filial suministradora de la empresa integrada verticalmente.

Las citadas Directivas fueron traspuestas al ordenamiento jurídico nacional<sup>24</sup>. En la actualidad el art. 12 de la Ley 24/2013 y el art. 63 de la Ley 34/1998 recogen los criterios de separación de actividades de grupos verticalmente integrados.

Las citadas disposiciones establecen que las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas actividades definidas como reguladas tengan como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas, sin que puedan realizar, por tanto, actividades de producción, de comercialización y en el caso del sector eléctrico, de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades. No obstante, un grupo de sociedades podrá desarrollar actividades incompatibles de acuerdo con la ley, siempre que sean ejercidas por sociedades diferentes y se cumplan determinados criterios de independencia funcional<sup>25</sup>.

Asimismo, las empresas distribuidoras y, también, las empresas comercializadoras de referencia<sup>26</sup> que formen parte de un grupo de sociedades que desarrolle actividades reguladas y libres no crearán confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la entidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización, sin perjuicio de las infracciones previstas en la normativa vigente a este respecto<sup>27</sup>. Asimismo, los comercializadores de referencia llevarán en su contabilidad interna cuentas separadas, diferenciando

---

<sup>23</sup> Así, se añade en las citadas Directivas que los Estados miembros garantizarán el control de sus actividades por parte de las autoridades reguladoras u otros organismos competentes, de manera que no pueda aprovecharse de su integración vertical para falsear la competencia.

<sup>24</sup> Fueron objeto de transposición al Derecho español mediante el Real Decreto 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista que modificaron la entonces vigente Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y la Ley 34/1998.

<sup>25</sup> A las distribuidoras eléctricas con menos de 100.000 clientes conectados en sus redes no les aplica el conjunto de obligaciones establecidas en el apartado 2 de la Ley 24/2013.

<sup>26</sup> Comercializadoras con obligación de suministro a precio minorista regulado a solicitud de determinados consumidores señalados en la normativa vigente (consumidores conectados en baja tensión y potencia contratada inferior a 10 kW en electricidad y baja presión y consumo anual inferior a 50.000 kWh en gas natural).

<sup>27</sup> La obligación de no confusión en la información y en la presentación de marca e imagen de marca fue ampliada en el ordenamiento jurídico nacional, además de para los distribuidores como establecen las Directivas, también para las comercializadoras de referencia en electricidad y de último recurso de gas natural pertenecientes a grupos verticalmente integrados.

los ingresos y los gastos estrictamente imputables al suministro realizado a aquellos consumidores acogidos al precio voluntario para el pequeño consumidor (o precio minorista regulado)<sup>28</sup>.

b) *Actuaciones de la CNMC en materia de separación de actividades y la protección al consumidor*

De acuerdo con el art. 7 de la Ley 3/2013<sup>29</sup>, la CNMC supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural<sup>30</sup>. Asimismo, según el art. 73.3 de la Ley 24/2013 y el art. 116.3 de la Ley 34/1998, la CNMC es competente para imponer sanciones por la comisión de las infracciones administrativas relativas a la realización de obligaciones incompatibles, infringiendo los requisitos de separación jurídica, funcional y de gestión, así como el incumplimiento por los sujetos obligados a ello de los criterios de separación de acuerdo con lo establecido en la ley y en su normativa de desarrollo [tipificada como infracción muy grave según el art. 64.1 de la LSE y el art. 109.h) de la LSH], así como al incumplimiento de la obligación de no confusión en la información, en la presentación de marca y en la imagen de marca de grupos integrados [tipificada como infracción grave según el art. 65.24 de la LSE y en el art. 110.g) de la LSH].

En relación con las actuaciones de supervisión de la separación de actividades en el sector eléctrico, la CNMC concluyó en su *Informe de supervisión de la separación jurídica de las distribuidoras de energía eléctrica de menos de 100.000 clientes*<sup>31</sup> que, como resultado de las actuaciones de supervisión de la separación de actividades realizadas, hay un nivel de cumplimiento alto de las obligaciones establecidas en los arts. 12.1<sup>32</sup> y

<sup>28</sup> Art. 4.3 del Real Decreto 216/2013, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación.

<sup>29</sup> Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante Ley 3/2013).

<sup>30</sup> En particular, la CNMC ejercerá las siguientes funciones descritas en los apartados 3, 14 y 15 del citado artículo:

«3. Supervisar y, en su caso, certificar, la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades».

«14. Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia».

«15. Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica».

<sup>31</sup> [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939853\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939853_1.pdf).

<sup>32</sup> «1. Las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades de transporte, distribución y operación del sistema a que se refiere el apartado 2 del artículo 8 deberán tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar activida-



20.9<sup>33</sup> de la LSE (eliminación de posibilidad de prestar garantías y avales a las sociedades de grupo o vinculadas). Las distribuidoras con menos de 100.000 clientes conectados en sus redes contaban con un periodo transitorio para adaptarse a los requisitos que les son de aplicación en materia de separación de actividades.

Otra de las actuaciones de la CNMC que afecta también a la integración vertical de grupos y dirigida a proteger al consumidor es la Resolución de la CNMC de 18 de febrero de 2014 de adopción de una decisión vinculante relativa a las nuevas altas de suministros de gas<sup>34</sup>. Tiene por objeto dotar de eficacia a la exigencia normativa de que el consumidor que pretenda dar de alta un nuevo suministro de gas natural cuente con la información necesaria para decidir sobre la tarifa y el suministrador que mejor se ajusten a sus necesidades. Los consumidores tienen derecho tanto a elegir suministrador como a recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de gas [art. 57 bis, b) y g)].

Como se recoge en la citada Resolución, por una parte, para garantizar la protección de los consumidores de gas natural, se adoptó la medida consistente en que los distribuidores de gas natural interesados en el citado expediente, incluyeran información sobre las tarifas existentes y sobre los suministradores que operan en el mercado español de gas natural, tanto en la documentación que debe proporcionar al solicitante de una nueva acometida a tenor del art. 25.2 del Real Decreto 1434/2002, como en su página *web*, en el área correspondiente a las altas de gas natural, de un modo claramente visible y de fácil acceso. Los comercializadores interesados debían incluir información sobre las opciones de suministro existentes en el mercado de gas natural, ya sea a precio libre o a tarifa de último recurso, así como, al menos, una indicación sobre a dónde acudir para encontrar un mayor detalle al respecto, tanto en el documento conformidad del cliente que exige formalizar el art. 48.3 del Real Decreto 1434/2002, como en su página *web*, en el área correspondiente a las altas de gas natural, de un modo claramente visible y de fácil acceso.

Por otra parte, en relación al servicio de atención al cliente<sup>35</sup>, la decisión jurídicamente vinculante exige que la empresa comercializadora libre y la de último recurso de un mismo grupo empresarial contaran con un servicio de atención telefónica diferenciado.

---

des de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades».

<sup>33</sup> «9. Las sociedades que realizan actividades reguladas no podrán prestar garantías ni avalar préstamos de otras sociedades del grupo o partes vinculadas que realicen actividades liberalizadas u otras actividades ajenas al sector eléctrico».

<sup>34</sup> Dicha Resolución fue avalada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de octubre de 2015 (rec. 105/2014) en el recurso interpuesto por Gas Natural Servicios SDG, S. A., y confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 2018 por la que se desestima el recurso interpuesto por Gas Natural Servicios SDG, S. A., contra la citada Sentencia de fecha 21 de octubre de 2015.

<sup>35</sup> El art. 81.2.n) de la Ley 34/1998 señala la obligación de los comercializadores de disponer de un servicio de atención al cliente, incluyendo números de teléfono gratuitos.

Otras actuaciones de la CNMC en el ámbito del art. 7.4 de la Ley 3/2013 relativo a velar por el cumplimiento efectivo de la normativa y procedimientos relacionados con el cambio de suministrador, consisten en la resolución de expedientes sancionadores por incumplimiento de requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes, incluidos los cambios de suministrador sin consentimiento, así como la realización de diversos informes de supervisión de los cambios de comercializador y del efectivo consentimiento del consumidor.

Finalmente, en el ámbito del art. 7, apartados 11, 13, 14 y 15, de la Ley 3/2013, la CNMC ha realizado informes sobre el comparador de ofertas en los mercados minoristas, sobre la evolución de los mercados minoristas de electricidad y gas natural y sobre el servicio de atención al cliente de las comercializadoras. En dichos informes la CNMC introduce recomendaciones y propuestas normativas con el fin de mejorar la protección al consumidor respecto al proceso de contratación y la actuación comercial de los suministradores frente al consumidor, especialmente en las ventas directas a clientes domésticos. Entre dichas recomendaciones está la necesaria identificación de la empresa y del agente comercial que actúa en su nombre respecto a la de otras empresas del grupo integrado<sup>36</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE PROPIEDAD VERTICAL DE LA DISTRIBUCIÓN Y EL SUMINISTRO DE GAS Y ELECTRICIDAD

La titularidad de las redes de distribución de electricidad y de gas natural por parte de grupos empresariales integrados ha evolucionado de forma diferente en el sector del gas natural y en el de electricidad.

En el momento de realizar el presente artículo, en el sector eléctrico no se han registrado cambios significativos en la propiedad vertical de la distribución y comercialización de los principales grupos energéticos tradicionales: Iberdrola, Endesa, Gas Natural Fenosa, EDP-Hidrocantábrico, salvo en Viesgo, como se verá más adelante. Dichos grupos mantienen sociedades distintas que efectúan la actividad de suministro y la distribución de electricidad.

En el sector eléctrico se han registrado puntualmente adquisiciones por parte de distribuidoras tradicionales, de alguna distribuidora de menos de 100.000 suministros conectados a sus redes<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre la confusión en la diferenciación de marca de algunos comercializadores con la empresa distribuidora y con la comercializadora de referencia del mismo grupo empresarial como una mala práctica comercial y las recomendaciones de la CNMC puede verse [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221_1.pdf), <https://www.cnmc.es/expedientes/infde04515-0>, <https://www.cnmc.es/buscador?t=INF/DE/024/16>.

<sup>37</sup> Véase por ejemplo, C-0771/16 Endesa/Eléctrica del Ebro ([https://www.cnmc.es/sites/default/files/952049\\_3.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/952049_3.pdf)) o la operación de adquisición por Endesa de Empresa de Alumbrado Eléctrico de Ceuta, según noticia de prensa a 18 de junio de 2018, <https://elfarodeceuta.es/endsa-se-refuerza-y-compra-la-empresa-de-alumbrado-de-ceuta/>.



También hay que citar que a mediados de 2015 fondos de infraestructuras adquirieron el control conjunto de E.On España —grupo Viesgo—<sup>38</sup> y según información de prensa<sup>39</sup>, la posibilidad de adquisición por parte del grupo Repsol de los negocios liberalizados (generación y mercado minorista) del grupo Viesgo a sus actuales accionistas.

El efecto de la integración vertical entre la distribución eléctrica de la zona y el suministro de electricidad a consumidores domésticos es, actualmente, elevado. En términos de mercado nacional, el porcentaje de puntos de suministro de electricidad suministrados en las redes del distribuidor de la zona por las comercializadoras pertenecientes al grupo integrado ascendió al 81 por 100 en 2017<sup>40</sup> y en las nuevas altas al 83,1 por 100 en 2017<sup>41</sup>.

En el sector gasista se ha producido un proceso de desintegración vertical de grupos empresariales tradicionales, como resultado tanto del cumplimiento de los compromisos de desinversión de la operación de concentración C-0098/08 Gas Natural/Union Fenosa<sup>42</sup> como de diversos movimientos empresariales efectuados posteriormente a dicha operación de concentración.

Así, en el ámbito de la citada operación de concentración C-0098/08, como resultado del cumplimiento de los compromisos de desinversión en el mercado de distribución de gas natural, Gas Natural Fenosa vendió en total más de un millón de puntos de distribución de gas natural: a Naturgas en Murcia, Asturias, País Vasco y Cantabria<sup>43</sup> en 2009, a Morgan Stanley-Madrileña Red de Gas<sup>44</sup> en Madrid en 2010<sup>45</sup> y de nuevo a Morgan Stanley Madrileña Red de Gas en Madrid en 2011<sup>46</sup>.

Por otra parte, la salida del mercado de distribución de gas por parte del grupo Endesa se inició en 2010 con la adquisición por parte de Goldman Sachs Group Inc.<sup>47</sup> del control exclusivo sobre Nubia 2000 S. L., sociedad

<sup>38</sup> Véase M.7490-Macquarie/Wren House/E.ON Spain.

<sup>39</sup> [https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-15/repsol-viesgo-maquarie-ciclos-combinados-clientes\\_1579168/](https://www.elconfidencial.com/empresas/2018-06-15/repsol-viesgo-maquarie-ciclos-combinados-clientes_1579168/).

<sup>40</sup> Por simplificar se incluye la cuota de ámbito nacional si bien el mercado de distribución eléctrica tiene un ámbito geográfico local de acuerdo con precedentes de operaciones de concentración de ámbito europeo y nacional.

<sup>41</sup> Véanse los informes de supervisión de los cambios de suministrador en los mercados minoristas de electricidad y gas natural de la CNMC.

<sup>42</sup> Resolución de 11 de febrero de 2009, C-098/08 Gas Natural Fenosa. Operación de concentración autorizada en segunda fase con compromisos.

<sup>43</sup> Resolución de 21 de octubre de 2009, C-0176/09 Naturgas/Gas Natural.

<sup>44</sup> Madrileña Red de Gas perteneció a Morgan Stanley Infrastructure Inc. Desde finales de 2015 (29 de abril de 2015), Ginkgo Tree Investment [del State Administration of Foreign Exchange (SAFE) de la República Popular de China], Electricité de France, y Stichting Depositary PGGM Infrastructure Funds (fondo de pensiones holandés) y desde el 15 de marzo de 2016, Lancashire County Pension Fund, son los accionistas finales de Madrileña Red de Gas.

<sup>45</sup> Resolución de 24 de marzo de 2010, C-0212/10 Morgan Stanley/Gas Natural-Activos Distribución.

<sup>46</sup> Resolución 11 de mayo de 2011, C-0336/11 NMG/BDG.

<sup>47</sup> En relación con los cambios recientes en el accionariado de Redexis, a mediados de 2017 fondos de infraestructuras gestionados por Goldman Sachs vendieron una participación del capital social en Redexis Gas, S. A. y en Redexis Gas Finance B. V. a Universities Superannuation Scheme Limited

que agrupaba los activos de distribución y transporte de gas en España de Endesa<sup>48</sup>. En 2013 Endesa vendió a los fondos de inversión gestionados por Goldman Sachs el 20 por 100 de la participación en el capital social de Endesa Gas T&D, S. L. (hoy denominada Redexis Gas), sociedad que agrupaba todos los activos de distribución de gas de Endesa en la península a excepción de las redes de gas que Endesa controlaba en Extremadura. Asimismo, en 2012, Cristian Lay, S. A. adquirió el control exclusivo de las sociedades Distribución y Comercialización de gas de Extremadura, S. A., y Gas Extremadura Transportista, S. L., de las que mantenía control conjunto con Endesa<sup>49</sup>.

Asimismo, las operaciones de concentración que tuvieron como resultado la salida del mercado de distribución de gas de Iberdrola fueron, por una parte, la adquisición por Madrileña Red de Gas de activos en Madrid pertenecientes a Iberdrola Distribución de Gas en 2012<sup>50</sup>. También en 2012, por una parte Iberdrola, S. A., adquirió el control exclusivo sobre Distribuidora Eléctrica Navasfrías, S. L., propiedad del grupo Gas Natural Fenosa y, por otra, Gas Natural Fenosa adquirió, a través de su filial Gas Natural Cegas, S. A., el control exclusivo sobre una serie de activos para la distribución de gas en determinados municipios de la Comunidad Valenciana, propiedad de Iberdrola Distribución de Gas, S. A. U.<sup>51</sup>.

En 2014 Redexis adquirió el control exclusivo de Gas Energía Distribución de Murcia y de activos de Naturgas en Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana y Madrid<sup>52</sup>. Con ello, Naturgas abandonó la zona de distribución de Levante, Castilla y León y Cataluña en favor de Redexis.

Asimismo, varias filiales distribuidoras regionales del grupo Gas Natural Fenosa adquirieron el control exclusivo de activos de transporte y distribución en Andalucía y Castilla la Mancha<sup>53</sup> y, por otra parte, Gas Natural Fenosa adquirió el control exclusivo de Gas Directo con puntos de distribución en Madrid y en Galicia<sup>54</sup>.

---

(USSL) y a Arbejdsmarkedets Tilægspension (ATP). La adquisición por USSL del control conjunto sobre Redexis Gas, S. A. y Redexis Gas Finance B.V fue objeto de operación comunitaria (véase M.8550, USSL/Goldman Sachs/Redexis Gas). Más recientemente según noticias de prensa de 5 de abril de 2018 (*El Economista*, *Expansión*), Goldman Sachs Infrastructure Partners habría vendido su 50,1 por 100 en Redexis Gas. La participación en el capital social de Redexis se dividiría en tres tercios entre ATP, USSL y Guoxin Guotong Fund y CINC Corporation Limited.

<sup>48</sup> Resolución de 15 de diciembre de 2010, C-0300/10 Goldman Sachs/Nubia.

<sup>49</sup> Resolución CNC de 5 de diciembre de 2012 autoriza la operación de concentración C-0472/12 Cristian Lay/Dicogexsa/Get. Grupo Cristian Lay adquirió en 2012 a Endesa Gas el 7 por 100 del capital social de D. C. Gas-Ext y el 40 por 100 del capital social de Gas Extremadura Transportista, S. L. obteniendo el control exclusivo de ambas entidades mercantiles.

<sup>50</sup> Resolución CNC de 25 de junio de 2012 autoriza la operación de concentración C-0488/12 Madrileña Red de Gas/Iberdrola Distribución.

<sup>51</sup> Resolución CNC de 17 de octubre de 2012 autoriza la operación de concentración C-0465/12 Iberdrola/Navasfrías y Gas Natural/Iberdrola Distribución.

<sup>52</sup> Resolución CNMC de 15 de enero de 2015 autoriza la operación de concentración C-0630/14 Redexis/Gemd.

<sup>53</sup> Resolución CNC de 19 de enero de 2011 autoriza la operación de concentración C-0282/10 Gas Natural/Transportista Sureuropea/Distribuidora Sureuropea/Transmanchega de Gas.

<sup>54</sup> Resolución CNMC de 25 de mayo de 2015 autoriza la operación de concentración C-0658/15 Gas Natural/Gas Directo.



Desde finales de 2015 hasta principios de 2017 se realizaron adquisiciones de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado de Repsol Butano y Cepsa por parte de las diferentes distribuidoras de gas<sup>55</sup>. Dichas distribuidoras gasistas adquirieron estos puntos de GLP canalizado para su transformación a puntos de distribución de gas natural.

Más recientemente, a mediados de 2017, la empresa distribuidora de gas en Cantabria, País Vasco y Asturias (Naturgas Energía Distribución, S. A. U.) que pertenecía al grupo empresarial EDP-Naturgas fue adquirida por IIF INT'L Holding L. P., constituyendo Nortegas Energía Distribución<sup>56</sup>.

En conclusión, como resultado de diversos movimientos empresariales, tres distribuidoras gasistas pertenecientes a grupos integrados tradicionales (Iberdrola, Endesa y EDP-Naturgas) han dejado la actividad de distribución de gas natural. Paralelamente han entrado en el mercado de distribución 4 distribuidores que no pertenecen a grupos integrados con actividades de comercialización (Redexis, Madrileña Red de Gas, Gas Extremadura y más recientemente Nortegas).

En términos de mercado nacional, el porcentaje de número de puntos de suministro de gas natural suministrados en las redes de la zona de distribución de las comercializadoras pertenecientes al único grupo integrado ascendió al 73,3 por 100 en 2017<sup>57</sup> y en las nuevas altas al 63,3 por 100 en 2017<sup>58</sup>.

Un rasgo coincidente de estas empresas distribuidoras de gas que no pertenecen a grupos integrados verticalmente (Madrileña Red de Gas, Redexis y Nortegas) es que en su estructura de propiedad<sup>59</sup>, sus accionistas principales son fondos de infraestructuras, de inversión, de seguros y de pensiones. También en el accionariado de las distribuidoras de gas Nedgia pertenecientes al único grupo verticalmente integrado en la actualidad

---

<sup>55</sup> Resolución CNMC de 10 de diciembre de 2015 autoriza la operación de concentración C-0710/15 Redexis Gas/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 17 de junio de 2016 autoriza la operación de concentración C-0767/16 Redexis/GLP Repsol Butano 2-Activos; Resolución CNMC de 2 de febrero de 2017 autoriza la operación de concentración C-0827/16 Redexis/GLP Cepsa-Activos; Resolución CNMC de 28 de abril de 2016 autoriza la operación de concentración C-0739/16 Gas Extremadura/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 autoriza la operación de concentración C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 autoriza la operación de concentración C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos; Resolución CNMC de 7 de diciembre de 2016 autoriza la operación de concentración C-0812/16 Gas Natural Fenosa/GLP Cepsa-Activos.

<sup>56</sup> La Resolución de la CNMC de 16 de junio de 2017 autoriza la operación de concentración C-0856/17 IIF/Naturgas Energía Distribución. Los accionistas principales de Nortegas son IIF Int'l Holding L. P., Abu Dhabi Investment Council, Swiss Life Holding AG y Covalis Capital LLP.

<sup>57</sup> El mercado de distribución eléctrica tiene ámbito geográfico local de acuerdo con precedentes de control de concentraciones europeos y nacionales, si bien en el gráfico se presenta la distribución provincial.

<sup>58</sup> Véanse los informes de supervisión de los cambios de suministrador en los mercados minoristas de electricidad y gas natural de la CNMC.

<sup>59</sup> Se excluye a Distribución y Comercialización de Gas Extremadura, S. A. U. (DICOGEXSA) perteneciente al Grupo Cristian Lay.

(grupo Gas Natural Fenosa) está presente un consorcio de inversores en infraestructuras a largo plazo<sup>60</sup>.

La desintegración de la estructura de propiedad vertical de distribuidores y comercializadores en grupos empresariales se ha valorado pro competitiva para el mercado minorista de electricidad y gas natural en diversas operaciones de concentración, y actualmente el foco de atención regulatoria se dirige a la solvencia financiera de las distribuidoras como actividad regulada. Así, en las recientes Resoluciones de la CNMC sobre la toma de participaciones en empresas distribuidoras de gas, que deben ser comunicadas y en su caso condicionadas si hubiera amenaza grave para la seguridad de suministro, de acuerdo con la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, subraya la importancia del cumplimiento de criterios de solvencia adecuados por parte de las distribuidoras<sup>61</sup>.

#### IV. ACTUACIONES RECIENTES DE LA CNMC EN MATERIA DE INTEGRACIÓN VERTICAL DE GRUPOS

La evolución de los mercados, de la normativa sectorial y del diseño institucional de las autoridades de competencia y de regulación en nuestro país, son aspectos que confluyen en un análisis conjunto de las conductas de los agentes que participan en los mercados energéticos y, en particular, en el análisis del comportamiento de las distribuidoras, comercializadoras de referencia y comercializadoras integradas en un mismo grupo empresarial.

En el presente epígrafe se resumen las actuaciones más recientes de la CNMC en el ámbito de sus competencias, en cuanto a la vinculación vertical de distribuidoras, comercializadoras de referencia y comercializadoras, por sus efectos sobre la competencia en los mercados de suministro de

---

<sup>60</sup> Allianz Capital Partners y CPPIB adquirieron, en agosto de 2017, una participación del 20 por 100 en el capital social del Holding de negocios regulados que controla las distribuidoras gasistas del grupo Gas Natural Fenosa.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNMC de 22 de febrero de 2018, sobre la operación de fusión por absorción de Nature Gasned XXI, S. L. U., por parte de Nortegas Energía Distribución, S. A. (TPE/DE/001/18), [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939850\\_6.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1939850_6.pdf).

«Por todo lo cual, a fin de que la operación objeto de la presente resolución, no resulte en una estructura de endeudamiento que no pueda garantizar las inversiones ni el mantenimiento necesario de las infraestructuras de forma sostenible, y teniendo en cuenta que esta causa está expresamente contemplada en el apartado 7.b) de la Disposición Adicional novena de la Ley 3/2013, para la imposición de condiciones, esta Sala considera necesario imponer a NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S. A., la condición de revertir su posición económico-financiera, a un ratio Deuda Neta/EBITDA razonable, dentro del rango habitual de las empresas del sector, y conforme a los valores presentados en el Plan Explicativo que la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó mediante resolución de 18 de mayo de 2017».

E impone a Nortegas Energía Distribución, S. A., entre otras, la siguiente condición:

«Primera.—NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S. A. U. deberá revertir su posición económico-financiera a un ratio Deuda Neta/EBITDA razonable, dentro del rango habitual de las empresas del sector, y conforme a los valores presentados en el Plan Explicativo que la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó mediante resolución de 18 de mayo de 2017».



electricidad y gas natural a consumidores finales y sobre las garantías del derecho a elegir suministrador por parte del consumidor.

A. EL DISTRIBUIDOR PERTENECIENTE AL MISMO GRUPO INTEGRADO VERTICALMENTE QUE LA COMERCIALIZADORA LIBRE

*Compromiso de informar a los comercializadores sobre los puntos de distribución y suministro de GLP canalizado que serán transformados a gas natural.*

Como se ha visto en el epígrafe III, desde finales de 2015 y hasta principios de 2017 se realizaron adquisiciones de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado por parte de las diferentes distribuidoras de gas. Las distribuidoras gasistas, tanto pertenecientes a grupos integrados verticalmente como a distribuidores puros, adquirieron estos puntos de distribución y suministro de GLP canalizado para su transformación a puntos de distribución de gas natural.

En las operaciones de concentración en las que las adquisiciones correspondían a grupos verticalmente integrados, la CNMC valoró que se reforzaba el papel del comercializador perteneciente al grupo empresarial del distribuidor que adquiriría dichos puntos para su transformación a gas natural. Teniendo en cuenta el efecto de la integración vertical en las altas de gas sobre la competencia efectiva en el mercado de suministro de gas natural a consumidores domésticos y Pymes, las Notificantes propusieron compromisos a asumir por distintas sociedades del grupo.

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, dictando la Sala de Supervisión Regulatoria la ya citada Resolución de 18 de febrero de 2014, para entre otros objetivos, mejorar la información a disposición del consumidor para la elección de suministrador.

La CNMC autorizó dichas operaciones de concentración en primera fase, sujetas a los siguientes compromisos<sup>62</sup>:

- En primer lugar, el distribuidor del grupo integrado se comprometía a informar de una forma activa y con tiempo suficiente, a los comercializadores de los puntos de GLP canalizado transformados a gas natural. 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

---

<sup>62</sup> Véase Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 que autoriza la operación de concentración C-0758/16 Gas Natural Fenosa/GLP Repsol Butano-Activos, la Resolución CNMC de 28 de julio de 2016 que autoriza la operación de concentración C-0759/16 Naturgas/GLP Repsol Butano-Activos y la Resolución CNMC de 7 de diciembre de 2016 que autoriza la operación de concentración C-0812/16 Gas Natural Fenosa/GLP Cepsa-Activos.

altas derivadas de la transformación de puntos de suministro a gas natural.

- En segundo lugar, el comercializador del grupo se comprometía a no suministrar a las nuevas altas resultantes de la transformación de los activos de GLP canalizado adquiridos durante un periodo de doce meses desde su transformación, compitiendo por el cambio de suministrador.
- En tercer lugar, el distribuidor en las cartas informativas enviadas a los consumidores sobre el proceso de transformación de su punto de suministro de GLP canalizado a gas natural, se comprometía a trasladar el nombre de los comercializadores que podían ofrecer suministro entre los que se excluía el comercializador del grupo.

*Medidas para evitar la creación de confusión en la información, presentación de marca e imagen de marca.*

Como se ha citado, el art. 12.3 de la LSE y el art. 63.6 de la LSH, en su transposición del art. 26 de la Directiva 20009/72/CE y de la Directiva 2009/73/CE, establecen la obligación de los distribuidores de electricidad y de gas natural pertenecientes a grupos verticalmente integrados a no crear confusión en la información, presentación de marca e imagen de marca respecto a la identidad de la sociedad que comercializa perteneciente al grupo. Y ello para que dicha confusión de marca no distorsione la elección de comercializador por parte del consumidor, a favor del comercializador del grupo integrado verticalmente y en detrimento de sus competidores.

Aquellas Autoridades Regulatoras del entorno europeo que lo han visto necesario, han actuado para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de no crear confusión en la información y en la presentación de marca establecida para los grupos verticalmente integrados. Las medidas han tomado forma de decisiones (en Italia)<sup>63</sup>, de notificaciones (en Alemania)<sup>64</sup>, de recomendaciones de cumplimiento (en Francia)<sup>65</sup> o de modificaciones reglamentarias (en Portugal)<sup>66</sup>.

Como reflejo de la supervisión realizada por la CNMC del correcto funcionamiento del mercado minorista de electricidad y gas natural y de protección a los consumidores, que tienen encomendadas, la CNMC elabora y publica diferentes informes de supervisión. Dichos informes permiten detectar problemas en el correcto funcionamiento del mercado, y basar la iniciación de actuaciones por parte de la CNMC, dentro del ámbito de sus competencias.

<sup>63</sup> L'Autorità per L'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico in Italia (AEEGSI deliberation no. 296/2015/R/com, 22 June 2015, [http://www.snam.it/en/Media/energy-morning/20150624\\_2.html](http://www.snam.it/en/Media/energy-morning/20150624_2.html)).

<sup>64</sup> Bundesnetzagentur en Alemania ([https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer6/BK6\\_node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/Beschlusskammer6/BK6_node.html)).

<sup>65</sup> Commission de Régulation de L'Énergie en Francia (<http://www.cre.fr/documents/publications/rapports-thematiques/respect-codes-de-bonne-conduite-rapport-2013-2014>).

<sup>66</sup> Entidade Reguladora do Serviços Energéticos en Portugal ([http://www.erse.pt/pt/legislacao/Legislacao/Attachments/2006/RRC\\_SE.pdf](http://www.erse.pt/pt/legislacao/Legislacao/Attachments/2006/RRC_SE.pdf)).



En dichos informes de supervisión de la CNMC se ha puesto de manifiesto la falta de diferenciación en la información e imagen de marca entre la comercializadora, comercializadora de referencia y distribuidora perteneciente al mismo grupo empresarial integrado verticalmente, lo que confluye en una confusión en la identificación de dichas empresas por parte del consumidor, fundamentalmente doméstico y pyme<sup>67</sup>.

Adicionalmente, la CNMC ha puesto de manifiesto en diversas Resoluciones, tanto sobre operaciones de concentración<sup>68</sup> como sobre conductas infractoras de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia<sup>69</sup>, la existencia de confusión de los consumidores en la diferenciación entre comercializadores, comercializadores de último recurso/comercializadores de referencia y distribuidores integrados en el mismo grupo empresarial.

Con una finalidad meramente ilustrativa, en el siguiente gráfico se muestran los logotipos de las distribuidoras y de las comercializadoras pertenecientes a los principales grupos integrados verticalmente en el momento de realizar el presente artículo. Si bien hay excepciones<sup>70</sup>, hay elementos comunes que podrían dificultar la identificación de la imagen de marca del distribuidor y del comercializador del grupo.

En este contexto, la CNMC ha manifestado la necesidad de realizar las medidas oportunas en el ámbito de sus competencias en relación a la protección del consumidor, para evitar que los grupos verticalmente integrados en el sector eléctrico ofrezcan imágenes de marca similares entre

---

<sup>67</sup> [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221_1.pdf), que indica: «Algunos comercializadores continúan utilizando marcas y logos similares entre el distribuidor, el comercializador de referencia y el comercializador del mismo grupo empresarial, especialmente en las ventas a domicilio, lo que puede confundir al consumidor, y utilizarse como una ventaja del comercializador ligado al distribuidor de la zona, en la venta del suministro de gas o electricidad. Por ello, los comercializadores deberían evitar crear confusión en el consumidor en este sentido, identificando su empresa y su actividad claramente antes de contactar con el consumidor».

<sup>68</sup> Véanse las operaciones de concentración autorizadas por la CNMC en 2016 relativas a la adquisición, por empresas distribuidoras de gas natural, de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado para su transformación a gas natural, se identificó por algunos comercializadores la existencia de asociación por el consumidor de la imagen de marca de la comercializadora perteneciente al mismo grupo empresarial que la distribuidora gasista. Por ejemplo, en el Expediente C-0758/16, párrafo 124, se indica:

«Afecta también, el desconocimiento generalizado de un número importante de consumidores que no distingue la diferencia entre las empresas distribuidoras y las comercializadoras y donde la imagen corporativa de distintas empresas del grupo puede confundirse. En algunos casos, existe confusión por parte del cliente que será nueva alta de gas, debido a que comparten los mismos nombres de cabecera las distintas empresas que pueden prestar servicios en su domicilio (Distribución, CUR y Comercialización). Los consumidores, en particular, los pertenecientes a los grupos tarifarios 3.1 y 3.2, no son conscientes de que las actividades de comercialización y distribución son actividades separadas y realizadas por empresas distintas, y podrían percibir que tendrán menos problemas con la distribución y el suministro de gas si contratan con una comercializadora verticalmente integrada».

<sup>69</sup> En la Resolución de 18 de febrero de 2016 de la CNMC (S/DC/0515/14 Comercializadoras electricidad) también se constató la falta de identificación clara frente al consumidor de electricidad entre el comercializador de referencia y el comercializador libre, en la información proporcionada sobre el Precio Voluntario del Pequeño Consumidor en la página *web* de los cinco principales grupos empresariales verticalmente integrados.

<sup>70</sup> A principios de 2018 Gas Natural Fenosa ha lanzado una nueva marca Nedgia para sus filiales distribuidoras de gas natural.

sus distribuidoras, comercializadoras y comercializadoras de referencia, que generen confusión en el consumidor medio y en su derecho a elegir suministrador en el mercado libre, dificultando en última instancia la competencia efectiva en el mercado de suministro de electricidad y gas natural a consumidores domésticos<sup>71</sup>.

### Logotipos de sociedades comercializadoras y distribuidoras de electricidad y gas natural pertenecientes a grupos integrados verticalmente

#### Grupo/comercializadora



#### Distribuidoras Eléctricas



#### Distribuidora de Gas Natural



Fuente: páginas y sitios *web* de sociedades pertenecientes a grupos verticalmente integrados a 19 de junio de 2018.

Concretamente, la CNMC ha anunciado recientemente que a la vista de su análisis de las relaciones comerciales de las empresas de gas y electricidad con sus clientes considera necesario realizar actuaciones en materia de imagen de marca<sup>72</sup>.

La identificación inequívoca por parte del consumidor de la filial que comercializa respecto a otras filiales pertenecientes al grupo integrado que distribuyen o como en el caso español o portugués, que tienen obligación de suministro a precio final regulado, se considera que es un elemento necesario para que el consumidor pueda efectuar una elección clara de su comercializador de electricidad y de gas natural. La comercialización de electricidad y de gas natural son actividades que se desarrollan en competencia, y tanto la legislación europea como la nacional, ponen especial atención en que la elección por el consumidor de su suministrador no quede afectada por la confusión en la información y en la presentación y en la imagen de marca de la comercializadora que pertenezcan a un grupo empresarial.

<sup>71</sup> Véase en el plan de actuaciones 2018 de la CNMC la Acción estratégica de la CNMC realizará las medidas oportunas para «reforzar las medidas de protección del consumidor en el ámbito de la electricidad, con particular atención a evitar prácticas abusivas en materia de captación de clientes y evitar la confusión en la imagen de marca entre distribuidor y comercializador», [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/CNMC/20180307\\_Plan\\_Actuacion%20\\_2018.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/20180307_Plan_Actuacion%20_2018.pdf).

<sup>72</sup> Véase nota de prensa de la CNMC de 16 de mayo de 2018, <https://www.cnmc.es/2018-05-16-la-cnmc-analiza-aspectos-de-las-relaciones-comerciales-de-las-empresas-de-gas-y>.



## B. EL COMERCIALIZADOR DE REFERENCIA PERTENECIENTE AL GRUPO INTEGRADO

*Medidas para evitar la creación de confusión en la información, presentación de marca e imagen de marca.*

La obligación de no confusión en la información y en la presentación de marca e imagen de marca fue ampliada en el ordenamiento jurídico nacional, además de para los distribuidores, también para las comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos verticalmente integrados.

Las comercializadoras de referencia tienen la obligación de suministrar electricidad y gas natural a un precio final regulado a aquellos consumidores que cumplan determinadas características, fundamentalmente, consumidores domésticos. Son consumidores sobre los cuales la legislación energética europea y nacional establecen un amplio ámbito de protección debido a sus características específicas, y en particular, su bajo consumo unitario y sus altos costes de información y de búsqueda de ofertas y suministrador.

Como se ha indicado anteriormente, la CNMC ha manifestado que introducirá las medidas oportunas, en el ámbito de sus competencias, para evitar que los grupos verticalmente integrados en el sector eléctrico generen confusión en el consumidor medio.

A ejemplo únicamente ilustrativo, en el siguiente gráfico se muestran los logotipos de las comercializadoras de referencia y de las comercializadoras pertenecientes a los principales grupos integrados verticalmente a fecha de realizar el presente artículo y que muestran la similitud de elementos comunes en la imagen de marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo en grupo.

### Logotipos de sociedades comercializadoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a grupos integrados verticalmente



Fuente: páginas y sitios web de sociedades pertenecientes a grupos verticalmente integrados a 19 de junio de 2018.

*Incoación de sancionadores por infracción art. 3 LDC. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*

A la fecha de elaboración de este artículo, la CNMC tiene incoado un expediente sancionador contra las comercializadoras de referencia de Endesa (Endesa Energía XXI, S. L. U.) y Gas Natural (Gas Natural S. U. R. SDG, S. A.) por presuntas prácticas anticompetitivas, en particular como infracción del art. 3 de la LDC.

El citado artículo tipifica como infracción de la LDC los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Como se indica en la nota de prensa del acuerdo de incoación de 20 de junio de 2017<sup>73</sup>, que no prejuzga el resultado final de la investigación, las comercializadoras de referencia de dichos grupos integrados habrían utilizado las facturas de los clientes de la tarifa de último recurso para publicitar los servicios ofrecidos por sus propias comercializadoras en el mercado libre y, de esta forma, atraer a los consumidores al propio grupo empresarial en detrimento del resto de competidores.

## V. NUEVAS OPORTUNIDADES PARA DINAMIZAR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS MINORISTAS DE GAS Y ELECTRICIDAD

A lo largo de este artículo se ha pasado revista a las diversas actuaciones de la CNMC en el ámbito de sus competencias para garantizar la competencia efectiva en los mercados minoristas de suministro de electricidad y gas natural y la protección del consumidor. Ello en un contexto en el que la propiedad vertical de grupos integrados, al menos en el sector gasista, está evolucionando hacia un marco de desintegración vertical.

A ello habría que añadir el impulso que ofrece el nuevo marco de transición energético europeo hacia una mayor utilización de energías generadas a partir de fuentes renovables para cumplir las obligaciones impuestas a la Unión por el Acuerdo de París sobre el clima y de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, para la entrada de agentes que podrán dinamizar los mercados de suministro de electricidad y gas.

Esta transición vendrá también impulsada desde el lado minorista, con grandes clientes industriales que demandan cada vez más suministrarse exclusivamente energía que provenga de fuentes renovables. De hecho, en 2017, los cuatro principales clientes industriales de energías renovables a nivel mundial fueron Google, Amazon, Microsoft y Apple<sup>74</sup>, los cuatro gi-

<sup>73</sup> [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20170630\\_NdP\\_incoaci%C3%B3nEndesayGasNatural\\_verFINAL.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20170630_NdP_incoaci%C3%B3nEndesayGasNatural_verFINAL.pdf).

<sup>74</sup> Fuente: Bloomberg New Energy Finance.



gantes digitales cuyos centros de datos se suministran cada vez más de fuentes renovables en detrimento de energías tradicionales más contaminantes. Para ello, en algunos casos, como el de Amazon en Virginia (Estados Unidos), están optando por suscribir acuerdos de compra de energía (los llamados *Purchasing Power Agreements* o PPAs). En otros casos, Apple, Amazon, Dow Chemical o Walmart han dado directamente el salto al mercado de generación mediante la adquisición de plantas solares y eólicas para su propio suministro desde fuentes renovables.

Pero la entrada en escena de estos grandes clientes industriales no queda ahí. Algunos ya han pedido autorización a las autoridades federales para poder comercializar el exceso de electricidad generada a través de sus propias centrales. En efecto, solo grandes operadores tienen la capacidad de entrar en la actividad de generación, pero la oportunidad de obtener energía limpia, a precios más competitivos y a través de un operador distinto del incumbente podría llegar también al resto de clientes industriales de menor tamaño en caso de que alguno de estos gigantes tecnológicos decida aprovechar su entrada en el mercado para agrupar a consumidores domésticos y suministrarles electricidad. Además, estas empresas pueden disponer de información sobre las necesidades multiproducto del cliente y, sobre todo, ya tienen un vínculo estable con el cliente por otros servicios ofrecidos. Esa información comercial tan valiosa podría animarles en un futuro a hacer ofertas de suministro eléctrico o de gas con un menor coste que un nuevo comercializador entrante en el mercado. Sin duda, la irrupción de estos potenciales comercializadores de gas y electricidad alteraría la tradicional estructura de concentración e integración vertical que ha caracterizado a estos mercados reforzando los efectos esperados del proceso de liberalización que se inició hace ya más de dos décadas.

Adicionalmente, en España, se están produciendo en los últimos meses algunos movimientos que conviene destacar. Por una parte, en los últimos años se ha producido la entrada de diversos fondos de inversión, principalmente en el negocio regulado de redes. Este fue el caso de la adquisición en 2010 por Morgan Stanley Infrastructure, Inc., de la rama de actividad de distribución de gas en 38 municipios de la Comunidad de Madrid perteneciente a Gas Natural SDG, S. A. (Operación C/0212/10 Morgan Stanley/Gas Natural-Activos Distribución)<sup>75</sup> o la adquisición por parte de The Goldman Sachs Group, Inc., ese mismo año del control exclusivo sobre Nubia 2000, S. L., sociedad que agrupaba a la mayor parte de los activos de distribución y transporte de gas de España de Endesa (C/0300/10 Goldman Sachs/Nubia)<sup>76</sup>.

En los últimos meses se está produciendo por parte de los tradicionales operadores en el sector de hidrocarburos líquidos la realización de movimientos empresariales para entrar en los mercados de gas y electricidad. Concretamente, Cepsa anunció a principios de 2018 el lanzamien-

---

<sup>75</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/c021210>.

<sup>76</sup> <https://www.cnmc.es/expedientes/c030010>.

to de su propia comercializadora de luz y gas para el mercado doméstico con el objetivo de convertirse también en uno de los principales operadores en el mercado minorista a la vez que prevé entrar próximamente en el mercado de generación a través de sus propios parques eólicos. Por su parte, Repsol ha anunciado la compra de determinados activos de generación y la cartera de clientes de Viesgo que está pendiente de las preceptivas autorizaciones administrativas, incluida la de la CNMC. Concretamente, Repsol prevé hacerse con 2.350 MW de capacidad de generación (hidráulica y ciclos combinados) que se unirán a los activos de generación que ya posee y una cartera de 750.000 clientes de gas y electricidad. Pero, tal y como ha anunciado públicamente Repsol, su objetivo es alcanzar 2,5 millones de clientes minoristas de gas y electricidad en 2025 y una capacidad de generación baja en emisiones de alrededor de 4.500 MW.

Este movimiento de estos operadores no es exclusivo del mercado español. El año pasado la francesa Total adquirió el control de la comercializadora Direct Energie, que cuenta con 2,6 millones de clientes y 1.400 MW en activos de generación. Ya en 2016, Total adquirió la belga Lampiris, una comercializadora de gas y electricidad con 760.000 clientes. Otros operadores como Shell o BP también han empezado a adquirir participaciones en comercializadoras de gas y electricidad, diversificando su negocio tradicional de hidrocarburos líquidos.

En definitiva, las petroleras están iniciando y consolidando una serie de movimientos en los mercados de generación y suministro que supondrán la creación de nuevos operadores relevantes en estos mercados. En muchos casos, se mantiene cierta integración vertical entre generación/aprovisionamiento y suministro, pero la ausencia de integración con las redes de distribución podría favorecer un comportamiento más competitivo de estos mercados, si bien habrá que esperar a ver su desarrollo para poder confirmar esta posibilidad teórica en la práctica.

A esta entrada de agentes en el mercado minorista también debe añadirse que el desarrollo tecnológico de los contadores inteligentes posibilitará que los consumidores se involucren de una forma más activa en la gestión de su demanda. Los incentivos de los consumidores para variar su consumo como respuesta a los cambios de precios, a través de señales de precios en tiempo real estimularán su participación. Con el objetivo de que los consumidores se beneficien de las nuevas oportunidades económicas, la Comisión Europea ve necesario disponer de acceso a sistemas inteligentes, a ofertas con precios dinámicos y al ajuste de su propio consumo en función de las señales de precios. La respuesta de la demanda, la actuación más activa de los consumidores, individualmente o a través de agregadores<sup>77</sup>, así

---

<sup>77</sup> La propuesta de medidas legislativas de la CE define como «cliente activo»: un cliente o un grupo de clientes que actúan conjuntamente, que consumen, almacenan o venden electricidad generada en sus instalaciones, incluso a través de agregadores, o participan en la respuesta de la demanda o en planes de eficiencia energética, siempre que estas actividades no constituyan su principal actividad comercial o profesional; y «agregador»: un participante en el mercado que combina múltiples cargas



como la incentivación por el uso del comparador de ofertas de la CNMC por los consumidores domésticos<sup>78</sup>, son y serán elementos dinamizadores de los mercados minoristas de electricidad y gas natural, por parte de la demanda.

---

de clientes o electricidad generada para su venta, compra o subasta en cualquier mercado de la energía organizado.

<sup>78</sup> Véase comparador de ofertas de electricidad y de gas natural de la CNMC (<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/energia/comparador-ofertas-energia>).

# TRANSACCIONES EN CASOS DE CÁRTEL EN LA UE Y EN ESPAÑA: LOGROS Y EXPECTATIVAS, BENEFICIOS Y RIESGOS

Jerónimo MAILLO\*

Profesor Titular de Derecho UE,  
coordinador del Centro de Política de la Competencia,  
Universidad CEU San Pablo (Madrid),  
Fulbright Visiting Scholar, Harvard Law School

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE TRANSACCIÓN Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO: A. Explorando las posibilidades de entendimiento. B. Verificando el «entendimiento común». C. Resolviendo el caso.—III. CARACTERIZANDO Y ANALIZANDO ASPECTOS CLAVE DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN DE LA UE: A. ¿Cuál es su concepción y naturaleza? B. Principales objetivos: *a)* Eficiencias de procedimiento: 1) Por un procedimiento administrativo acelerado y simplificado. 2) Eliminando o al menos reduciendo sustancialmente la probabilidad y/o el alcance de la revisión judicial. 3) Reduciendo el riesgo de errores que pueden justificar una anulación posterior de la decisión. *b)* Incentivar y complementar el uso de los programas de clemencia: 1) La reducción de la multa para las partes que transigen debería ser modesta, pero contribuir a generar un incentivo suficiente para la transacción. Además, debería ser compatible con los beneficios de clemencia. 2) Ahorros adicionales y otros beneficios para las empresas que transaccionan.—IV. DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA EUROPEA: ¿QUÉ LECCIONES?: A. Una visión estadística: una conclusión general muy clara. B. Otras lecciones clave de diez años de práctica: *a)* ¿Se ha respetado la concepción inicial o, en la práctica, se ha acercado más a un proceso de negociación como en los Estados Unidos? *b)* ¿Qué eficiencias de procedimiento se han logrado?: duración del procedimiento administrativo, apelaciones, proporción puro/híbrido. *c)* ¿Una buena relación y un correcto equilibrio entre clemencia y transacción? *d)* ¿Qué nivel de multas y reducciones de multas es el adecuado? ¿Ha sido el 10 por 100 suficiente para promover transacciones en los diversos escenarios? *e)* Nivel de transparencia/Previsibilidad/Flexibilidad.—V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE SU FUTURA INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA.

---

\* Esta investigación se enmarca en el Plan Nacional de Investigación del Ministerio de Economía y competitividad (Proyecto DER2015-66359-P, Retos en la lucha contra los cárteles: más eficacia, mejores prácticas internacionales y nuevas tendencias) del que soy investigador principal. Parte de esta investigación se presentó en el Visiting Scholar Colloquium en la Harvard Law School, durante mi estancia como Fulbright Visiting Scholar. Agradezco los comentarios recibidos.



## I. INTRODUCCIÓN

Los denominados *hard core cartels* (cárteles duros) son acuerdos entre competidores, generalmente secretos o con elementos de ocultación, para fijar precios, cuotas de venta o producción, o para repartirse el mercado. No cabe duda de que los cárteles son un «cáncer» para la economía y es crucial desarrollar mecanismos eficientes para prevenir, detectar e imponer sanciones efectivas y disuasorias. La lucha contra los cárteles es ahora una de las principales prioridades de todas las autoridades de competencia tanto en los países desarrollados como en aquellos en vías de desarrollo.

En Europa se ha venido priorizando la vía administrativa para luchar contra los cárteles, si bien en los últimos años se están promoviendo las acciones de reclamación de daños y perjuicios. La aplicación administrativa se realiza en sede de las autoridades de competencia: la Comisión Europea (CE) y las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) de los 28 Estados miembros, que trabajan en una red, la Red Europea de Competencia (REC). Las reglas de procedimiento son diferentes a nivel europeo y nacional, aunque algunos aspectos han sido armonizados. Dentro de la aplicación pública a nivel de la UE, se han lanzado nuevas técnicas en las últimas décadas para fomentar la eficacia y la disuasión.

Una de estas innovaciones han sido los *settlements* o acuerdos transaccionales en el ámbito UE. Se estableció en 2008 a través de dos instrumentos legales: el Reglamento UE núm. 622/2008 y la Comunicación de la Comisión sobre procedimientos de transacción en casos de cártel<sup>1</sup>.

En pocas palabras, el nuevo procedimiento administrativo abre a las partes la posibilidad de cerrar el caso más rápidamente y recibir una multa, dentro de una horquilla aceptada por cada parte, con una reducción del 10 por 100, a cambio de reconocer su infracción y su responsabilidad y cooperar con la Comisión para agilizar y finalizar el procedimiento.

Han pasado diez años desde que se inició este nuevo procedimiento, un tiempo razonable para evaluar sus resultados. Este es uno de los objetivos principales de esta contribución: comprender plenamente cómo ha funcionado y se ha desarrollado, si ha cumplido sus objetivos o se ha desviado de ellos y en qué medida, comprender las relaciones e interacciones entre la clemencia y los *settlements* en la práctica y evaluar si los posibles riesgos se han materializado o mantenido bajo control.

<sup>1</sup> Reglamento (CE) núm. 622/2008 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, *DOUE L 171/3*, 2008; 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, *DOUE C 167/1*, 2008 (en adelante, Comunicación CE transacción). Algunas modificaciones menores fueron publicadas en agosto de 2015: Modificación de 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, *DOUE C 256/1*, 2015.

Para lograr este objetivo, esta contribución primero describe brevemente el procedimiento de transacción, luego intenta construir un marco para el análisis de los resultados centrándose en su concepción, principales objetivos, así como riesgos e inquietudes percibidos, y finalmente, investigando la práctica, intenta evaluar sus resultados extrayendo las principales lecciones de estos diez primeros años.

En España, la normativa de defensa de la competencia todavía no contempla esta posibilidad de transacción en casos de cárteles, pero su introducción en una próxima reforma de la LDC está sobre la mesa. El segundo objetivo de esta contribución debe ser reflexionar y valorar, a la luz de la experiencia europea, las expectativas, beneficios y riesgos que su introducción en España puede conllevar.

## II. EL DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE TRANSACCIÓN Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El procedimiento de transacción se estructura en tres etapas principales: fase de iniciación (exploración de las posibilidades de transacción), pliego de cargos (verificación de la existencia de un entendimiento común) y decisión final (resolución). Va más allá del objetivo de esta contribución describir en detalle el procedimiento, algo que además ya se ha hecho con anterioridad, pero procederé brevemente a resaltar los puntos clave de estos tres pasos, ya que lo considero necesario para comprender el resto de mi contribución<sup>2</sup>.

### A. EXPLORANDO LAS POSIBILIDADES DE ENTENDIMIENTO

Para empezar, es importante destacar que el procedimiento de transacción de la UE solo puede comenzar después de que la Comisión haya llevado a cabo una investigación del caso (ya esté preparada para incoar formalmente el procedimiento y redactar el pliego de cargos). La Comisión tiene muchas herramientas para investigar el caso, incluidos los requerimientos de información, la política de clemencia, las inspecciones en los locales de las empresas o incluso de los domicilios de sus empleados si fuera necesario... Las transacciones no son otra herramienta más de investigación sino una forma alternativa de desarrollar y resolver un caso de cártel. Por ello, la Comisión está obligada a iniciar el procedimiento a más tardar en la fecha en la que solicita a las partes que expresen por escrito su interés en entablar conversaciones para llegar a una transacción<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Para más detalles, véase Comunicación CE transacción, especialmente apartados 5-33 y, entre otros, K. METHA y M. L. TIerno CENTELLA, «EU Settlement Procedure: Public Enforcement Perspective», en C. D. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), *Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford, Hart Publ., 2010, pp. 391-421.

<sup>3</sup> Comunicación CE transacción, apartado 9.



La Comisión puede invitar a las partes a entablar conversaciones para llegar a una transacción, pero solo puede avanzar si las partes interesadas lo solicitan por escrito. Las partes pueden transmitir a la Comisión su interés en la transacción, pero la decisión final recae sobre la Comisión, que tiene una gran discreción al respecto. Por tanto, las empresas no tienen un derecho a la transacción.

La Comunicación señala algunos de los factores que la Comisión puede considerar para evaluar la probabilidad de que se llegue a un entendimiento común entre la Comisión y las empresas interesadas y, por tanto, poder lograr eficiencias de procedimiento: el número de partes involucradas, posiciones conflictivas previsibles sobre la atribución de responsabilidad, grado de impugnación de los hechos, posibilidad de sentar un precedente, o riesgo de distorsión o destrucción de pruebas...<sup>4</sup>. Una lista abierta de factores que la Comisión examinará caso por caso teniendo en cuenta todas las circunstancias, su experiencia y sus prioridades.

En esta etapa, la declaración escrita de las partes que comunica su interés en el acuerdo no implica la admisión de haber participado en una infracción o de ser responsable de ella, sino solo su interés y su voluntad de explorar lealmente las posibilidades de transacción<sup>5</sup>.

Después de esta solicitud escrita, generalmente habrá varias rondas de discusiones bilaterales en busca de un entendimiento común sobre los hechos, su calificación jurídica, la gravedad y duración del presunto cártel, la atribución de responsabilidad, las pruebas que respaldan el caso y una estimación del rango de probables multas<sup>6</sup>.

De nuevo, la Comisión dispone de una gran discreción para decidir tanto la idoneidad como el ritmo de las conversaciones bilaterales con cada empresa<sup>7</sup>. En la primera ronda, la Comisión presenta su valoración inicial y la discusión con las empresas generalmente se centra en los elementos clave de la infracción, como los hechos y su calificación, gravedad, duración, responsabilidad e incluso algunos factores sobre los cuales se basará el importe de la multa (por ejemplo, el valor de las ventas, circunstancias atenuantes o agravantes). En la segunda ronda, la Comisión verificará que existe un entendimiento común. En la tercera ronda, la Comisión revelará su estimación del rango de posibles multas que podrían imponerse<sup>8</sup>.

A solicitud de las partes, la Comisión podrá otorgarles acceso a versiones no confidenciales de cualquier documento que figure en el expediente del caso. Las partes también pueden recurrir, si es necesario, al Consejero auditor para garantizar que se respete el proceso debido y sus derechos de defensa.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, apartado 5.

<sup>5</sup> *Ibid.*, apartado 11.

<sup>6</sup> *Ibid.*, apartado 16.

<sup>7</sup> *Ibid.*, apartado 15.

<sup>8</sup> J.-F. BELLIS, «Five years of Cartel Settlements: an Assessment of the Benefits for Settling Parties», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO (eds.), *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe. Trends, Challenges and Best International Practices*, Brussels, Bruylant, 2016, pp. 303-327.

A lo largo de todo este proceso, tanto la Comisión como cada una de las empresas interesadas pueden, en cualquier momento, desistir de la transacción y volver al procedimiento ordinario. En caso de que uno o más de los candidatos desistan, la Comisión puede llegar a una transacción con las partes restantes y abrir el procedimiento ordinario para el resto (los denominados casos híbridos). Sin embargo, la Comisión también puede decidir que el procedimiento de transacción ya no merece la pena y abrir procedimiento ordinario para todas las partes.

Cuando el progreso es significativo y la Comisión considera que se ha llegado a un entendimiento común básico, puede instar a las partes a comprometerse, concediéndoles un plazo final de al menos quince días hábiles para presentar una solicitud formal de transacción.

Esta solicitud formal de transacción debe contener: un reconocimiento de responsabilidad (claro e inequívoco), el monto máximo de la multa que las partes aceptarían, la confirmación de las partes de que han sido suficientemente informadas y que, por tanto, no prevén solicitar el acceso al expediente ni solicitar ser escuchados nuevamente en una vista oral, así como el consentimiento de las partes a recibir el pliego de cargos y la decisión final de conformidad con el procedimiento de transacción (idioma oficial acordado y versión abreviada).

Las solicitudes formales de transacción no pueden ser revocadas unilateralmente por las partes que las han otorgado, pero están supeditadas a que la Comisión respete los términos de la transacción (principalmente el alcance de la responsabilidad y la multa máxima)<sup>9</sup>.

## B. VERIFICANDO EL «ENTENDIMIENTO COMÚN»

La Comisión debe adoptar también un pliego de cargos en el procedimiento de transacción, ya que se considera que es un paso preparatorio indispensable antes de adoptar cualquier decisión final. El pliego de cargos siempre determina el alcance máximo de la decisión final, ya que este último no puede plantear nuevas cuestiones o ampliarlas sin dar a las partes una nueva posibilidad de rebatirlas. La diferencia con el procedimiento ordinario es que en el de transacción, antes de este pliego de cargos formal, las partes han tenido ya la posibilidad de conocer informalmente y por adelantado los cargos de la Comisión y la horquilla estimada de las multas, y han tenido la posibilidad de discutir con la Comisión los principales elementos de la infracción y la multa. También han tenido que trasladar a la Comisión una solicitud formal de transacción que establece su posición y compromiso con respecto a todos estos aspectos. Por tanto, todo el procedimiento se ha acelerado y la parte controvertida se ha anticipado; a estas alturas, siempre que el pliego de cargos refleje fielmente la solicitud

<sup>9</sup> Comunicación CE transacción, apartados 21 y 22.



de transacción, la respuesta de las partes debe ser lógicamente una simple confirmación de su conformidad.

La Comisión aún puede cambiar de opinión y abandonar el procedimiento de transacción. Sin embargo, si el pliego de cargos no se atiene a la solicitud de transacción (o las partes no confirman inequívocamente su acuerdo con el pliego de cargos), deberá recurrirse al procedimiento ordinario: las partes interesadas ya no estarán obligadas por sus solicitudes de transacción y tendrán derecho a una nueva defensa, incluido un nuevo pliego de cargos, la posibilidad de acceder al expediente y solicitar una vista oral<sup>10</sup>.

### C. RESOLVIENDO EL CASO

No se requieren otros pasos ya que las partes han renunciado a su derecho inicial de acceder al expediente y a solicitar vista oral. Así pues, sin más preámbulos, la Comisión puede adoptar su decisión final. Lógicamente, la decisión final debe respetar el pliego de cargos y las solicitudes de transacción.

Con respecto a la multa, se calcularía de acuerdo con las Directrices de la Comisión europea sobre multas de 2006 (incluido el límite máximo del 10 por 100 del volumen de negocios de las empresas) y luego se aplicaría la reducción prevista del 10 por 100 por la transacción<sup>11</sup>.

La Comunicación de la Comisión también establece una segunda ventaja para las partes: Todo incremento por efecto disuasorio específico que le sea aplicado no excederá de un factor multiplicador de dos<sup>12</sup>.

Además, también confirma que las reducciones por transacción pueden acumularse a posibles reducciones por clemencia<sup>13</sup>.

En teoría, la Dirección General de Competencia puede decidir cambiar su posición después de oír al Comité Consultivo (con las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros de la UE) o el Colegio de Comisarios puede decidir no adoptar el proyecto de decisión. Aunque esta posibilidad no se puede excluir sería muy rara y se limitaría a circunstancias muy extraordinarias. Si eso ocurriese, implicaría que el procedimiento de transacción se abandonaría y se tendría que iniciar el procedimiento ordinario con un nuevo pliego de cargos y posibilidades para que las partes accedan al expediente y soliciten una vista oral. Lógicamente, en tal caso, las partes no estarían obligadas por sus solicitudes de transacción que no podrían ser utilizadas como prueba en el nuevo procedimiento.

<sup>10</sup> *Ibid.*, apartado 27.

<sup>11</sup> Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *DOUE* C 210/2, 2006 (en adelante Directrices CE multas 2006).

<sup>12</sup> Comunicación CE transacción, apartado 32 en relación a las Directrices CE multas 2006, apartado 30.

<sup>13</sup> Comunicación CE transacción, apartado 33.

### III. CARACTERIZANDO Y ANALIZANDO ASPECTOS CLAVE DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN DE LA UE

#### A. ¿CUÁL ES SU CONCEPCIÓN Y NATURALEZA?

Es muy importante destacar que el procedimiento de transacción de la UE no se concibe como una negociación abierta (*plea bargaining*) y/o como una herramienta de investigación, como ocurre en los Estados Unidos. En la UE, se aplica solo tras una investigación completa de los hechos y después de que se haya tomado la decisión de incoar formalmente el procedimiento. Por tanto, es más una forma de facilitar y acelerar la terminación de lo que la Comisión ya considera un caso «claro».

De hecho, la Comisión abre el procedimiento de transacción cuando ya ha reunido todas las pruebas y está lista para dirigir el pliego de cargos a las partes. A cambio de discutir de modo informal y anticipadamente con los cartelistas sobre la infracción y los factores para calcular la multa, la Comisión intenta conseguir una duración más breve y una simplificación del procedimiento y de la terminación del caso gracias a: una renuncia condicional de ciertos derechos procesales por las partes (acceso al expediente, vista oral), menos estrictos requisitos de idioma, más breves y menos detallados pliego de cargos y decisión final, y muy probablemente la ausencia de revisión judicial o al menos una revisión judicial mucho más limitada.

En este sentido, las palabras pronunciadas en 2005 por la entonces Comisaria de Competencia Neelie Kroes siguen siendo muy reveladoras de lo que la Comisión sentía que faltaba en el sistema de la UE y cómo llenar las lagunas. Dijo: «*Unlike some other systems —that of our American colleagues, for example— there is no arrangement [in the EU] for simplified handling of cases in which the parties to the cartel and enforcer concur as to the nature and scope of the illegal activity undertaken and the appropriate penalty to be imposed*»<sup>14</sup>. Este «tratamiento simplificado» era especialmente importante en los casos de cártel porque los litigios en estos casos de cártel se referían principalmente a las circunstancias que influían en el importe de la multa y la responsabilidad, mucho más que a si la conducta era o no legal. Además, las investigaciones de los cárteles eran comparativamente más frecuentes y con frecuencia implicaban un procedimiento más lento y pesado, en vista de, entre otras cosas, la multiplicidad de partes e idiomas involucrados y las cuestiones jurisdiccionales que planteaban (por ejemplo, la exhibición de pruebas). Los objetivos de simplificación y reducción de las cargas habituales de procedimientos formales largos y complejos fueron, por tanto, el centro de atención de la nueva técnica.

También es importante entender que, en este momento fundacional del procedimiento de transacción, el sistema de la UE ya había desarrollado

<sup>14</sup> N. KROES, *The first hundred days*, address before the 40th anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht (7 de abril de 2005), disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.



un programa de clemencia que recompensaba con inmunidad frente a las multas al primer cartelista que llegase, se autoinculpase y proporcionase pruebas suficientes a la CE del cártel, siempre que se cumpliesen otra serie de condiciones. Este programa también contenía la posibilidad de reducciones sustanciales (hasta un 50 por 100) para las empresas que acudiesen con posterioridad si proporcionaban pruebas con un valor añadido significativo para condenar al cártel. La clemencia ya era una herramienta muy poderosa para investigar y recopilar pruebas contra los cárteles; una herramienta que era exitosa y debía protegerse para evitar desincentivar su uso. La nueva herramienta, el procedimiento de transacción, era una especie de complemento, con objetivos y alcance diferentes y mucho más limitados, y, en consecuencia, debía resultar en una reducción de la multa mucho más limitada. No había necesidad de concebir la transacción como una herramienta de investigación ni de activarla muy tempranamente. Por el contrario, debía estar claramente separada de la clemencia y, a diferencia de esta, debía activarse más tarde, cuando la investigación ya se hubiera completado, de modo que se dejase claro que no se trataba de un proceso de negociación.

A primera vista, las diferencias con el sistema de los Estados Unidos eran sustanciales: en los Estados Unidos, la clemencia se limitaba a premiar con inmunidad al primero en llegar. Para el segundo y/o los posteriores que quisieran cooperar, no funcionaba la clemencia. Para ellos, se abrían reducciones de sanciones muy importantes (de multas penales para empresas y de prisión para personas físicas), en el marco de un proceso de negociación (*plea bargaining*), pero solo si se reconocía la culpabilidad y se aceptaba la transacción (*plea agreement*). Por tanto, los *settlements* en Estados Unidos se concibieron como una herramienta de investigación y constituían la única oportunidad de reducir sustancialmente las sanciones para los que no habían llegado en primer lugar y no se podían beneficiar de la clemencia. Esta transacción (*plea bargaining*) se ha reconocido como clave para el exitoso programa anti-cártel de los Estados Unidos<sup>15</sup>. Por ello, algunos comentaristas estadounidenses (en concreto, de la División Antimonopolio del Department of Justice) criticaron el diseño europeo, consideraron que presentaba importantes debilidades y calificaron como escasas las expectativas de éxito del nuevo procedimiento de transacción en la UE<sup>16</sup>.

De este análisis surgen varias cuestiones que solo se podrán responder tras un análisis en profundidad de la práctica de transacciones en estos primeros diez años: ¿Se ha respetado la concepción inicial o se ha vuelto en la práctica más cercano a un proceso de negociación como el americano? ¿Se han materializado las debilidades y ha impedido estas el éxito del procedi-

---

<sup>15</sup> OECD, «Plea bargaining: settlement of cartel cases», *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol. 11/2, 2011, p. 117, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/clp-11-5kg9qgf2cp9s>. Véase también A. HAMMOND y R. PENROSE, *Proposed criminalisation of cartels in the UK*, Office of Fair Trading UK, 2001, p. 30.

<sup>16</sup> O'BRIEN, «Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions», US Department of Justice, 2008, y OECD, *Experience with Direct Settlements in Cartel Cases*, US Report, 2008, pp. 70-78.

miento de transacción de la UE? Dejémoslas ya planteadas para tratar de responderlas más adelante tras analizar la práctica de los primeros diez años.

## B. PRINCIPALES OBJETIVOS

El objetivo en última instancia siempre debe ser aumentar la disuasión general, pero hay dos objetivos intermedios instrumentales e inmediatos que pueden contribuir a la disuasión general: por un lado, lograr eficiencias de procedimiento y, por otro lado, crear más incentivos para solicitar clemencia.

Determinar los efectos de la transacción sobre la disuasión puede ser un ejercicio muy complejo. Deberían tenerse en cuenta varios factores, incluidos, entre otros, el nivel de reducción de multa concedido, la capacidad de las autoridades de competencia para investigar más cárteles, los efectos de la transacción sobre el programa de clemencia y sobre las reclamaciones de daños<sup>17</sup>. Si se usan bien, las transacciones deberían aumentar la disuasión frente a los cárteles<sup>18</sup>. Sin embargo, depende en gran medida de cómo estén diseñadas y cómo se apliquen. Por ejemplo, la política de transacciones probablemente podría resultar en más casos con multas más bajas, en lugar de menos casos con multas más altas; no está claro cuál de las dos opciones es mejor. La respuesta puede depender, entre otros factores, de si la autoridad de competencia encuentra un equilibrio adecuado, siempre difícil, entre la reducción de la multa y las eficiencias logradas.

Centrémonos pues en los objetivos instrumentales y tratemos de identificar cuáles son los potenciales beneficios inmediatos que cabe esperar de un procedimiento de transacción.

### a) *Eficiencias de procedimiento*

Este es el objetivo más inmediato y evidente perseguido por la Comisión: liberar recursos de la Comisión Europea para otras tareas o para poder investigar más casos.

¿Cómo se lograrán estas eficiencias? Se deben considerar tres medios principales:

#### 1) Por un procedimiento administrativo acelerado y simplificado

La Comisión esperaba obtener una simplificación importante del procedimiento en comparación con el ordinario, eliminando algunos de los pasos innecesarios y acortando o haciendo otros de una manera menos formalista y detallada. Por ejemplo, al anticipar informalmente las conversaciones con

<sup>17</sup> OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 128.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 129.



las empresas afectadas y llegar a un acuerdo con ellas, la Comisión esperaba acortar el pliego de cargos y la respuesta de las empresas, suprimir la necesidad de acceder al expediente y vista oral, reducir la carga de la motivación así como de la traducción del pliego de cargos y de la decisión final. Como resultado de todo esto, se esperaba obtener una reducción relevante en la duración del procedimiento administrativo y los recursos utilizados en el mismo.

2) Eliminando o al menos reduciendo sustancialmente la probabilidad y/o el alcance de la revisión judicial

En el sistema de la UE, no es posible renunciar al derecho de apelación. Todas las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del Reglamento (CE) núm. 1/2003 están sujetas a revisión judicial de conformidad con el art. 230 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Además, según lo dispuesto en el art. 229 del mismo Tratado y en el art. 31 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, el Tribunal de Justicia tiene competencia jurisdiccional plena para examinar las decisiones sobre multas adoptadas de conformidad con el art. 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003. Por tanto, una empresa que es objeto de una decisión de la Comisión basada en una transacción puede recurrir la decisión de la Comisión ante el Tribunal General.

Sin embargo, en la práctica, una vez que los demandados perciban que han recibido un buen trato en la transacción, su incentivo para seguir litigando puede ser muy limitado y, aunque lo hagan, el alcance de su litigio será muy limitado<sup>19</sup>. Además, será difícil persuadir al tribunal para que anule una decisión que ha respetado los términos aceptados por las partes en su solicitud de transacción<sup>20</sup>.

3) Reduciendo el riesgo de errores que pueden justificar una anulación posterior de la decisión

Es probable que las discusiones informales entre las partes y la Comisión Europea aumenten las posibilidades de prevenir errores que pueden llevar a un recurso contra la decisión y, por tanto, conducir a una anulación o reducción de la multa en fase jurisdiccional. Como las empresas tienen un interés y un incentivo para cerrar el caso mediante transacción, es probable que sean sinceros durante las discusiones informales y utilicen todos los argumentos que tienen para convencer o influenciar a la Comisión. Es posible que estos incentivos no existan, o que al menos tengan una dimensión diferente, en un procedimiento ordinario en el que las empresas interesadas

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 130. Véase también W. P. J. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, 29 *World Competition*, 2006, p. 345, esp. p. 366.

<sup>20</sup> De modo análogo, en otras jurisdicciones se debate sobre la conveniencia de que los tribunales interfieran en el acuerdo de transacción y en qué medida: véase OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 126.

no se están declarando culpables y en el que la revisión jurisdiccional es una opción probable.

b) *Incentivar y complementar el uso de los programas de clemencia*

Este incentivo es importante ya que la clemencia es una herramienta clave para luchar contra los cárteles y el origen de una gran parte de las decisiones de infracciones de los cárteles en la mayoría de las jurisdicciones desarrolladas. Además, en la mayoría de los casos de clemencia, la infracción es bastante clara y lo que puede discutirse es su alcance, gravedad y otros factores necesarios para determinar la multa. Muchos de los pasos del procedimiento ordinario son inútiles en este tipo de casos y pueden dejarse fácilmente de lado con el acuerdo de las empresas. Las posibilidades de discutir informalmente los factores clave antes mencionados, y hacerlo tan pronto como sea posible, es lo que importa a todas las partes, incluyendo, sobre todo, a las empresas involucradas<sup>21</sup>.

Cómo podría protegerse e incentivar la clemencia y cómo lograr el equilibrio adecuado entre la transacción y la clemencia era un tema crucial: idealmente, el diseño debería crear suficientes incentivos para transaccionar y, a la vez, ser percibido como un posible beneficio adicional para los solicitantes de clemencia. Nunca debería ser percibido como un desincentivo a la clemencia, especialmente para los segundos en solicitarla. Esta fue una gran preocupación y estuvo muy presente cuando se diseñó el procedimiento de transacción de la UE. Sin perjuicio de todo esto, la transacción también debería estar abierta y ser también atractiva para otras empresas que no hubieran recibido beneficios en casos de clemencia y para otros infractores en casos que no deriven del programa de clemencia.

A este respecto, se deben tener en cuenta dos grupos de cuestiones:

- 1) La reducción de la multa para las partes que transigen debería ser modesta, pero contribuir a generar un incentivo suficiente para la transacción. Además, debería ser compatible con los beneficios de clemencia

La mayor preocupación era que si la reducción era demasiado grande, algunos de los solicitantes de reducciones por clemencia no tuvieran ya

---

<sup>21</sup> BELLIS, abogado con gran experiencia en asuntos de cártel ante la Comisión Europea, explica muy bien que muchos de los pasos habituales en un procedimiento ordinario carecen de sentido en este tipo de asuntos claros de cártel, especialmente para los solicitantes de clemencia: «*The infringement was uncontested and the only issue that remained open was the size of the fine. And this was precisely the issue on which no meaningful debate could take place because, at that time, the statement of objections contained no information about what fine the Commission intended to impose. [...] any detail, such as whether the Commission would or not consider aggravating circumstances, was absent. Under such circumstances, the response to the statement of objections and the ensuing hearing were largely devoid of purpose since they could not address the sole issue that still mattered at that point, namely the parameters for the determination of the fine*». BELLIS, *op. cit.*, *supra*, p. 304.



incentivos para solicitarla, algo que probablemente sería perjudicial para completar la recogida de pruebas y facilitar la decisión final. Si la clemencia y la reducción por transacción eran acumulativas y esta última fuera grande, se podría afectar incluso al incentivo para solicitar la inmunidad (solo abierto al primer solicitante). Según el programa de clemencia de la UE, los posteriores pueden obtener una reducción de hasta el 50 por 100 (2.º)<sup>22</sup>, 30-20 por 100 (3.º) y 20 por 100 (el resto), siempre que puedan proporcionar información de valor añadido significativo a la Comisión Europea.

Debido a esta preocupación, la reducción por transacción se estableció en un nivel del 10 por 100 para todas las empresas que acordasen la transacción. Obviamente, esto mantenía una distancia importante entre las reducciones por clemencia y la reducción por transacción, por lo que se mantenía el incentivo para solicitar clemencia.

Además, como ambas reducciones podían acumularse, los solicitantes de clemencia podían considerar la transacción como natural en su caso y una recompensa adicional a su solicitud de clemencia. En efecto, puesto que, debido a la clemencia, ya habían hecho (o estaban dispuestos a hacer) la mayor parte de lo que es necesario para obtener reducción por transacción (declaración de culpabilidad y cooperación leal con la CE durante todo el procedimiento), parecería lógico y probable que optasen también por la transacción.

Algunos comentaristas sugirieron que la reducción era muy pobre y no crearía suficientes incentivos poniendo en riesgo el éxito del procedimiento de transacción de la UE, o al menos que esta pobre reducción era una debilidad muy clara en el diseño<sup>23</sup>. Alegaron que debería haber una correlación entre la reducción media esperada en apelación y el nivel de reducción por transacción. Como algunos estudios señalaban que el promedio de reducción de las multas en revisión judicial era del 18 por 100, un 10 por 100 por transacción se consideró muy bajo, proponiendo que debería haberse incrementado a por lo menos un 20 por 100 o más<sup>24</sup>. En apoyo de la misma línea, algunos invocaron también experiencias en otras jurisdicciones exitosas como Estados Unidos, donde las reducciones eran mucho más significativas<sup>25</sup>.

Sin embargo, algunas experiencias previas a nivel nacional en Europa sugerían que un 10 por 100 podría ser suficiente<sup>26</sup>. La experiencia de los

---

<sup>22</sup> La misma reducción podría aplicarse al primero en llegar si suministra información con valor añadido significativo pero la investigación está ya en una fase avanzada.

<sup>23</sup> Véase la opinión de la *Antitrust Bar Association* en OECD, *op. cit.*, *supra*, 2008, p. 74.

<sup>24</sup> C. VELJANOVSKI, «Penalties for Price-Fixers: An Analysis of Fines Imposed on 39 Cartels by the EU Commission», 27 *ECLR*, 2006, p. 510, esp. p. 512, señalando que, de 30 casos de cárteles de la Comisión Europea desde 1999, la reducción media de las multas en apelación era de aproximadamente un 18 por 100.

<sup>25</sup> Véase S. D. HAMMOND, *The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All*, address before the OECD Competition Committee, Working Party No. 3 (17 de octubre de 2006), disponible en <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>. Véase también O'BRIEN, *op. cit.*, *supra*.

<sup>26</sup> Véase la experiencia holandesa en OECD, 2011, p. 120.

Estados Unidos no era comparable, ya que las reducciones más sustanciales en los *plea bargaining* incluían no solo beneficios por transacción sino también por lo que en la UE serían beneficios para los solicitantes de reducciones en programas de clemencia. Y también es importante recordar que la clemencia y las reducciones por transacción son acumulativas en la UE. Además, nunca se debe olvidar que la reducción es solo uno de los beneficios que el acuerdo ofrece a las empresas. La terminación anticipada, una seguridad jurídica más rápida y la posibilidad de influir en la decisión final a través de conversaciones informales, también son motivos importantes para optar por una transacción. Ya sea por todas estas razones, por una advertencia de no dañar el exitoso programa de clemencia, o por ambos, el nivel de reducción se estableció finalmente en el 10 por 100, como hemos visto.

## 2) Ahorros adicionales y otros beneficios para las empresas que transaccionan

Como se acaba de mencionar, la reducción de la multa es solo uno de los beneficios que la transacción ofrece a las empresas y, aunque relevante, podría no ser el más importante. Entre algunos otros beneficios que una transacción puede aportar a las partes, merece la pena mencionar los siguientes:

— Terminación anticipada del procedimiento y ahorros correlacionados.

La transacción probablemente conlleva un acortamiento del procedimiento administrativo y también muy probablemente que no sea necesario apelar. Menos duración significa menos asesoramiento legal y menos costes en abogados. El monto de lo ahorrado puede ser fácilmente mayor que la reducción de la multa.

Además de lo ahorrado, una terminación anticipada aclara antes la situación de la empresa, permite que los administradores se centren en el negocio y elimina la incertidumbre para la empresa y el mercado. Por tanto, esta eliminación de incertidumbres podría ser muy importante para el buen desarrollo de actividades económicas y muy valorado por las empresas involucradas.

— Posibilidades de discusión informal (un diálogo constructivo) con la Comisión con respecto al alcance, la duración, la gravedad y los factores para calcular la multa.

En el procedimiento ordinario, las empresas han de esperar al pliego de cargos para conocer la primera valoración completa del caso por parte de la Comisión y aun así no encontrarán referencias a las multas. El importe de la multa solo se conocerá cuando la Comisión anuncie su decisión final. En muchos casos, pero muy especialmente en los casos de cártel en los que la multa suele ser el único terreno de controversia, es una gran ventaja conocer antes la opinión de la Comisión y tener la posibilidad de debatirla. Los



intercambios informales de puntos de vista pueden aclarar ciertos aspectos, evitar posibles errores y dar lugar a una multa más baja. La posibilidad de influir en la Comisión en una etapa más temprana y obtener un «entendimiento común» del caso y la multa podría ser uno de los beneficios más relevante para las empresas. Por supuesto, esto dependerá mucho de cómo se desarrollen estas rondas bilaterales de intercambio de opiniones, cuán persuasivas sean las empresas y cuán abierta esté la Comisión a cambiar de opinión. Sin embargo, si la Comisión, aunque firme (sin negociaciones), está abierta y es receptiva a argumentos y evaluaciones diferentes sobre la duración, gravedad y circunstancias atenuantes, es seguro que la decisión final puede terminar con una multa mucho menor, y todo esto, sin una apelación que lleva tiempo e implica costos.

— Limitar, en cierta medida, un impacto negativo en las reclamaciones por daños y perjuicios para las empresas que transaccionan.

Hay que tener presentes que la transacción implica el reconocimiento de la responsabilidad por la infracción, por lo que existirá una prueba vinculante de la infracción que hará prácticamente imposible recurrir contra la decisión de fondo. Además, estas acciones de daños llegarán antes debido al procedimiento acelerado. Siempre que las acciones por daños y perjuicios sean creíbles, esto puede ir en contra de la transacción. Para reducir o atenuar este posible desincentivo, se han tomado algunas medidas:

Primero, la protección de las solicitudes de transacción.

Para evitar que terceros utilicen las solicitudes de transacción en las que la parte se declaró culpable, reconoció la infracción y dio detalles al respecto, se han creado algunas protecciones. Por un lado, la Comisión aceptará que las solicitudes de transacción se presenten oralmente (aunque se grabarán y transcribirán en la sede de la Comisión). Por otro lado, aunque la Comisión algunas veces dará acceso a esas solicitudes a otras partes, otras Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) y tribunales, el acceso estará sujeto a ciertas condiciones y se rechazará a otros, como los denunciantes. Los destinatarios de un pliego de cargos que no hayan solicitado la transacción tendrán acceso si se comprometen a no hacer copias y a utilizarlas únicamente a efectos de procedimientos judiciales o administrativos relativos a la aplicación de las normas comunitarias de competencia en cuestión en los asuntos relacionados<sup>27</sup>. Las ANC solo tendrán acceso si garantizan un nivel similar de protección y los tribunales nacionales solo las recibirán con el consentimiento de los solicitantes correspondientes<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Comunicación CE transacción, para. 35. Además, en el apartado 36, se indican sanciones en caso de violación de este compromiso.

<sup>28</sup> *Ibid.*, apartados 37 y 39. Véase también el art. 6.6 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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 (DOUE L 349/1, 2014) establece que: «Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas: [...] b) las solicitudes de transacción».

La lógica detrás de esta protección no es prevenir acciones de daños contra partes que transaccionan sino simplemente que la revelación de las solicitudes no exponga a las empresas cooperantes a una posición peor que las de los co-infractores que no cooperan con las autoridades de competencia, lo que crearía un gran desincentivo para la transacción<sup>29</sup>.

Segundo, un pliego de cargos y una decisión final más breve.

Dado que se ha llegado a un acuerdo entre la Comisión y las empresas que transaccionan, la Comisión podrá adoptar un pliego de cargos más breve y, sobre todo, una decisión final más breve<sup>30</sup>. Esto puede implicar que la decisión contenga menos información sobre la infracción y esto podría ser útil cuando los terceros valoren si entablar acciones de daños y perjuicios. Sin embargo, se debe reconocer que este efecto probablemente será limitado, especialmente una vez que las nuevas normas de la Directiva 2014/104/UE que facilitan la exhibición de pruebas se han transpuesto a la legislación nacional.

De todo este análisis surgen otras cuestiones que trataremos de responder a través del análisis de los primeros diez años de práctica en transacciones: ¿Genera este diseño suficientes incentivos o son escasos y debieran ser potenciados? ¿Es un diseño adecuado para los solicitantes de clemencia? ¿Ha conseguido la Comisión europea un equilibrio adecuado entre clemencia y transacción? ¿Es suficiente el incentivo también para los solicitantes no asociados a clemencia?

#### IV. DIEZ AÑOS DE EXPERIENCIA EUROPEA: ¿QUÉ LECCIONES?

##### A. UNA VISIÓN ESTADÍSTICA: UNA CONCLUSIÓN GENERAL MUY CLARA

En el periodo que va desde 2010 (cuando se tomó la primera decisión de transacción) hasta junio de 2018<sup>31</sup>, la Comisión ha adoptado 53 decisiones de condena de cárteles, 28 de las cuales han sido decisiones de transacción; así pues, más del 50 por 100 de ellas son el resultado del procedimiento transacción. Estos son en sí mismos números muy significativos. Muestran claramente que la nueva herramienta ha recibido una muy buena acogida por parte de las empresas y ha sido fomentada y muy utilizada por la Comisión.

<sup>29</sup> Considerando 26 de la Exposición de motivos de la Directiva 2014/104/EU.

<sup>30</sup> WILS (*op. cit.*, *supra*, p. 366) también sugiere que la decisión en caso de transacción requeriría menos motivación. A pesar de que la decisión no tenga que ser tan elaborada y detallada como la de un procedimiento ordinario en el que hay contestación de los presuntos infractores, parece lógico pensar que la autoridad de competencia sí debería tener incentivos para incluir una descripción detallada de la infracción y de la participación de los presuntos infractores, que sea aceptada por los solicitantes de la transacción, de modo que se reduzcan las posibilidades de una apelación exitosa. Véase también OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 130.

<sup>31</sup> A la fecha de entrega de esta contribución (15 de junio de 2018), el último asunto de cártel decidido por la Comisión es *Capacitors* (21 de marzo de 2018, núm. 40136).



Además, una mirada más en profundidad aumenta notablemente su importancia. Por ejemplo, si nos centramos en los últimos tres años, de 2015 a 2018, las estadísticas nos dicen que la Comisión adoptó 23 decisiones de cártel, 11 de las cuales son decisiones de transacción. Sin embargo, al analizar las 23 decisiones, podemos ver que seis casos fueron decisiones contra una parte que no transaccionó que siguieron a una decisión de transacción anterior en el mismo asunto; dos casos son de mera reformulación de decisiones anteriores, sin cambios sustanciales, tras una anulación por el TJUE por motivos formales o de procedimiento. Esto significa que verdaderamente solo se cerraron exclusivamente con una decisión ordinaria cuatro nuevos casos<sup>32</sup>.

El porcentaje de casos en que se produce transacción es, por tanto, mucho más significativo de lo que las estadísticas de decisiones muestran a primera vista. La transacción es claramente predominante (11 de 15 casos): más de dos tercios de los casos de cártel han implicado alguna transacción durante este periodo 2015-2018. Por tanto, no es exagerado decir que la transacción se ha convertido en la norma general y que las decisiones ordinarias se han limitado en los últimos años a las partes que no transaccionan en casos híbridos y a otros muy pocos casos, casi marginales.

La tendencia y las cifras parecen converger con experiencias previas en otras jurisdicciones, como los Estados Unidos o Australia, en las cuales las transacciones (*plea bargaining*) en casos de cártel también se han convertido en el modo más habitual para cerrar un caso<sup>33</sup>. Por ejemplo, en los Estados Unidos, varios estudios parecen sugerir que alrededor del 90 por 100 de los casos se resuelven así. Hammond habla de alrededor del 10 por 100 de los casos de cártel que no fueron resueltos así (principalmente son casos de individuos que eligieron ir a juicio)<sup>34</sup>, y un informe de los Estados Unidos a la OCDE afirma que en los últimos veinte años, más del 90 por 100 de los acusados corporativos han llegado a una transacción<sup>35</sup>.

Aunque inicialmente el enfoque europeo parecía sugerir que las transacciones en cárteles iban a ser mucho más limitadas que en otras jurisdicciones, después de diez años de experiencia es claro que las transacciones se han convertido en la regla general mientras que el procedimiento ordinario es la excepción. Todo parece sugerir, por tanto, que las debilidades anunciadas no fueron tales o que, en cualquier caso, no han impedido el éxito del procedimiento de transacción en la UE, porque tanto la Comisión como las empresas afectadas han valorado claramente sus beneficios más que sus desventajas. Ambas partes, Comisión y empresas, han llegado a un «entendimiento común» y han acordado «transaccionar» para resolver los casos de cártel en la gran mayoría de los asuntos.

---

<sup>32</sup> Véanse en 2015, asuntos *Optical Disc Drives* (núm. 39639) y *Retail Food Packaging* (núm. 39563); en 2017, *Cartel Battery Recycling* (núm. 40018); y en 2018, *Capacitors*.

<sup>33</sup> OECD, *op. cit.*, *supra*, 2011, p. 122.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>35</sup> OECD, *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases*, Policy Roundtables, DAF/COMP(2007)38, 2007, p. 149.

## B. OTRAS LECCIONES CLAVE DE DIEZ AÑOS DE PRÁCTICA

- a) *¿Se ha respetado la concepción inicial o, en la práctica, se ha acercado más a un proceso de negociación como en los Estados Unidos?*

El diseño del procedimiento de transacción de la Unión Europea y su concepción se basaron, por una parte, en una separación entre la clemencia y la transacción y, por otra parte, en su naturaleza no negociadora. ¿Se ha mantenido esta concepción?

El análisis de estos diez años de práctica parece sugerir que la concepción en esencia se ha mantenido, pero hay que hacer algunas advertencias.

Primero, no ha habido negociación si por tal se entiende negociar abiertamente los cargos y las multas. La Comisión ha explorado las posibilidades de transacción solamente una vez que se había completado la investigación y cuando ya se contaba con pruebas suficientes, en su opinión, para condenar el cártel. La primera ronda de intercambios bilaterales con cada parte siempre ha sido una primera evaluación del caso por parte de la Comisión. Sin embargo, la Comisión ha sido muy receptiva a la discusión sobre el fondo y especialmente sobre el alcance y la calificación de la infracción (duración, gravedad...) <sup>36</sup> y también sobre otros factores que pueden ser importantes para determinar la multa, como las circunstancias atenuantes <sup>37</sup>. Esto puede hacer que las empresas perciban que se las escucha y que los intercambios bilaterales son útiles y, por tanto, hace que las transacciones sean atractivas <sup>38</sup>.

En segundo lugar, la clemencia y la transacción están separados, pero interrelacionados. La exploración de posibilidades de transacción solo comienza una vez que se completa la investigación y, por tanto, cuando los efectos del programa de clemencia ya están muy avanzados. Sin embargo, las empresas y sus asesores pueden percibir ambas técnicas como parte de un mismo paquete en muchos casos. Aunque las empresas no tienen derecho a la transacción, saben que los casos de clemencia frecuentemente se resolverán por transacción (es su territorio natural y donde más sentido tienen), y por tanto, comunicarán frecuentemente a la Comisión su interés en la transacción. Tendrán pues expectativas, aunque no derechos, de agregar la reducción por transacción a la reducción por clemencia.

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, la decisión en el asunto 39611 *Waste Management products*, DOUE C 335/4, 2012, reconociendo un periodo de limitada actividad del cártel.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, los reconocimientos de participación limitada en la infracción en más de diez casos [por ejemplo, asunto *Envelopes* de 2014 (núm. 39780) o *CRT Glass* de 2011 (núm. 39605)] o recompensando la cooperación más allá de la Comunicación sobre clemencia (por ejemplo, asunto *Compressors* —núm. 39600— y *CTR Glass*, ambos de 2011).

<sup>38</sup> O'BRIEN, *op. cit.*, *supra*, ya sugería que podía haber más similitudes de las que inicialmente parecía, pero al mismo tiempo resaltaba la existencia de sustanciales diferencias. La presente contribución argumenta que muchas de estas diferencias se han eliminado o, al menos, se han difuminado en la práctica.



Así pues, la distancia entre los dos modelos (Estados Unidos y UE) podría ser menor en la práctica de lo que sugería el análisis inicial.

b) *¿Qué eficiencias de procedimiento se han logrado?: duración del procedimiento administrativo, apelaciones, proporción puro/híbrido*

La duración de los procedimientos de transacción ha sido en promedio mucho más corta que la duración de los procedimientos ordinarios. La mayoría de los procedimientos de transacción (desde la apertura hasta la decisión final) han estado por debajo de los diecisiete meses, mientras que la mayoría de los procedimientos ordinarios han durado tres o más años; por tanto, la mitad en duración, y ahorros por asesoría legal de un año y medio a dos años.

En cuanto a las apelaciones, hasta ahora no se han recurrido las decisiones resueltas. Solo se inició un recurso en el caso de los derivados de interés en euros, pero el solicitante retiró la demanda y acordó pagar los gastos del litigio<sup>39</sup>. Esto implica ahorros adicionales en asesoría legal de aproximadamente un año y medio o dos años.

Para las partes que transaccionan, por tanto, los ahorros y eficiencias parecen haber sido muy importantes.

¿Podríamos decir lo mismo de la Comisión? La respuesta depende en gran medida de si la transacción integró a todas las partes (una única decisión para cerrar el caso) o, por el contrario, algunos infractores decidieron no transaccionar.

La Comisión Europea había enfatizado las ventajas de las transacciones puras (donde todos los acusados en un caso acuerdan transaccionar) en oposición a los acuerdos «híbridos» (donde algunos, pero no todos los acusados llegan a un acuerdo). Se argumentó que el ahorro de recursos se maximizaría si todas las partes acordasen transaccionar, ya que, de lo contrario, tendría que abrirse el procedimiento ordinario contra al menos algunos de los cartelistas. Dos procedimientos (transacción y ordinario) para el mismo asunto y diferentes empresas no es lo ideal y, en algunos casos, podría ser una duplicación de carga más que un ahorro.

La Comunicación no era clara sobre qué hacer cuando algunas partes decidiesen no transaccionar y no se excluyó que, en estos escenarios, la Comisión decidiese abandonar el procedimiento de transacción para todas las empresas.

Aunque muchos casos se han cerrado mediante transacción con todos los cartelistas, como deseaba la Comisión, en varios casos una o varias empresas decidieron no llegar a un acuerdo una vez que se había iniciado

---

<sup>39</sup> Auto del presidente de la Sala 4.<sup>a</sup>, composición ampliada, del Tribunal General de 2 de marzo de 2016, asunto T-98/14, *Société générale SA c. Comisión Europea*.

el procedimiento de transacción y se habían llevado a cabo las rondas exploratorias. Solo en uno de esos casos, la Comisión decidió abandonar el procedimiento de transacción para todas, mientras que en la mayoría de casos «híbridos», decidió llegar a un acuerdo con las empresas que deseaban hacerlo y seguir el procedimiento ordinario contra las empresas que no transaccionaban<sup>40</sup>. También es útil subrayar que esta estrategia ha sido confirmada por el Tribunal General y el Tribunal de Justicia en el caso *Timab*<sup>41</sup>.

Aunque las transacciones en casos híbridos pueden no dar como resultado el mismo nivel de ahorro de recursos que las transacciones puras, sí pueden lograrse considerables eficiencias también para la autoridad. No es lo mismo desarrollar el procedimiento ordinario para todas las empresas que cerrar una transacción con la mayoría de ellas y limitar el procedimiento ordinario a una o dos de los cartelistas.

Además, el hecho de que las decisiones de transacción no se apelen reduce también la carga para la Comisión. De nuevo, no es lo mismo afrontar recursos de todas o casi todas las infractoras que solo de las que han recibido decisión en procedimiento ordinario.

A este respecto, la Comisión tiene que tomar una decisión no siempre sencilla en dos momentos procesales distintos. Primero, decidir si se reúnen buenas condiciones para abrir el procedimiento de transacción. Segundo, una vez abierto, si una de las empresas decide no transaccionar, decidir si abre procedimiento ordinario solo para esa empresa o para todas. Esta última opción le evita dos procedimientos paralelos sobre el mismo asunto, pero a costa de renunciar a los posibles beneficios arriba explicados (aunque sean parciales) y a costa de defraudar las expectativas de las empresas que sí quieren transaccionar y han cooperado lealmente con la Comisión.

### c) ¿Una buena relación y un correcto equilibrio entre clemencia y transacción?

Muchos de los casos de transacciones también son casos de clemencia. Por ejemplo, en el periodo más reciente desde 2015 hasta 2018, en 11 casos, las partes han acumulado reducciones por clemencia y transacción<sup>42</sup>. Sin

<sup>40</sup> El asunto en el que la Comisión decidió abandonar el procedimiento de transacción para todos los implicados fue el caso *Smart card chip* (núm. 39574). Para ver otros casos híbridos, véanse, por ejemplo, los asuntos *Yen interest rate derivatives (YIRD)* (núm. 39861), *Euro interest derivatives (EIRD)* (núm. 39914), *Mushroom* (núm. 39965), o *Trucks* (núm. 39824), entre otros.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 10.ª) de 12 de enero de 2017, *Timab Industries y Cie financière et de participations Roullier (CFPR) c. Comisión Europea*, asunto C-411/15 P, en recurso de casación contra la sentencia previa del Tribunal General (Sala 8.ª ampliada) de 20 de mayo de 2015, asunto T-456/10. Para un análisis de las consecuencias de esta sentencia, véase M. L. TIERNO CENTELLA, «First Judgement of the General Court of the EU in a hybrid-settlement case by the European Commission», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO (eds.), *The Fight Against Hard Core Cartels in Europe. Trends, Challenges and Best International Practices*, Brussels, Bruylant, 2016, pp. 329-342.

<sup>42</sup> Véanse asuntos *Blocktrains* (núm. 40098), *Parking Heaters* (núm. 40055), *Rechargeable Batteries* (núm. 39904), *Trucks* (núm. 39824), *Car Parts Producers* (núm. 40028), *Car Lighting Systems* (núm. 40013), y *Thermal Systems* (núm. 39960).



embargo, cuatro casos han involucrado clemencia, pero no transacción<sup>43</sup>. Aún más interesante, en el mismo periodo, no ha habido un solo caso de transacción que no haya sido precedido de clemencia.

Todo esto parece confirmar que los casos de clemencia son especialmente apropiados para la transacción, aunque no todos terminen así. Esto tiene sentido ya que más de la mitad del camino y el más difícil (declaración de culpabilidad y plena cooperación con la Comisión) ya se ha recorrido. También sugiere que, en la UE, clemencia y transacción se complementan entre sí: es muy probable que los beneficiarios de clemencia hagan uso de la transacción y vean este cierre como el más natural; es probable que, cuando solicitan clemencia, tengan ya expectativas de usarlo y agregar la reducción por transacción a los beneficios de clemencia.

No hay indicaciones de que las transacciones hayan sido perjudiciales o hayan desincentivado las solicitudes de clemencia. Por el contrario, podría ser que, si las partes han percibido la posibilidad de acumular ambos (además de otros beneficios), esto haya incentivado a los solicitantes de reducción por clemencia a presentarse. La distancia entre la inmunidad y los beneficios para los posteriores solicitantes de clemencia (incluso sumándoles la reducción por transacción) sigue siendo demasiado grande para desincentivar las solicitudes de inmunidad. Por el contrario, se puede pensar que las transacciones también son atractivas para los solicitantes de inmunidad: no porque obtendrán una reducción dado que ya se han ganado la exoneración sino por los otros beneficios. De nuevo, aunque no pueden anticipar con seguridad si el caso se resolverá por transacción, pueden percibir como positiva la posibilidad de completar la inmunidad frente a las multas con otros beneficios derivados de la transacción, como una especie de corolario de la clemencia.

- d) *¿Qué nivel de multas y reducciones de multas es el adecuado?  
¿Ha sido el 10 por 100 suficiente para promover transacciones  
en los diversos escenarios?*

Uno de los problemas más controvertidos en el diseño del procedimiento de transacción de la UE fue el bajo nivel de reducción de la multa que para muchos se consideró insuficiente para crear los incentivos adecuados.

Los diez años de práctica demuestran que esta crítica y las malas expectativas que conllevaban eran erróneas. La reducción del 10 por 100 sumada a los otros beneficios han sido percibidos por los infractores como incentivo suficiente para transaccionar. Es difícil saber, aunque uno pueda imaginarlo, si es más por los otros beneficios que por la reducción del 10 por 100. Debe considerarse también como una posible explicación que,

---

<sup>43</sup> Asuntos *Optical Disc Drives*, *Retail Food Packaging*, *Cartel Battery Recycling* y *Capacitors*, *op. cit.*, *supra*.

en la práctica, la multa podría ser mucho menor de lo que hubiera sido (al menos antes de ganar una apelación) sin la posibilidad de intercambiar informalmente puntos de vista con la Comisión y llegar a un «entendimiento común».

Finalmente, es interesante observar que la conclusión puede ser diferente en los casos donde no existe clemencia. Para ese escenario, no hay una indicación clara de que los beneficios actuales de la transacción sean suficientes. El hecho de que no haya ni un solo caso de transacción sin clemencia es muy revelador.

#### e) *Nivel de transparencia/Previsibilidad/Flexibilidad*

Es conveniente una reflexión final sobre la transparencia, la previsibilidad y la flexibilidad. La transparencia y la credibilidad son muy importantes para atraer transacciones y también para mantener un alto nivel de legitimación de esta política. En mi opinión, se ha alcanzado un buen nivel de ambos en la UE.

Una contribución importante a la transparencia es el Reglamento de procedimiento y, sobre todo, la Comunicación sobre el procedimiento de transacción, que se complementa con las Directrices de cálculo de multas de 2006. Todos estos textos han proporcionado una orientación clara a las empresas y han establecido claramente el marco general para tratar los casos individuales. Además, la Comisión parece haberlos aplicado sistemáticamente a casos individuales. Usando su margen de discreción y combiniéndolos con flexibilidad, la Comisión ha logrado convencer a las empresas de los beneficios a la vez que enviaba mensajes claros sobre los límites de la transacción.

## V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE SU FUTURA INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA

*Primera.* La introducción en España de transacciones en casos de cárteles es deseable.

Es probable que, con un buen diseño y una sólida aplicación, contribuya notablemente a una mejor lucha contra los cárteles en nuestro país. Así ha ocurrido en el caso UE (como se ha demostrado en esta contribución) y en otras jurisdicciones del mundo desarrollado como la estadounidense en la que es también una de las claves de su lucha contra los cárteles. Basándose en la experiencia UE, cuyo modelo presumiblemente se seguirá en esencia en nuestro país, todo hace pensar que similares efectos positivos podrían apreciarse en España en el medio plazo.

*Segunda.* En relación a los beneficios específicos que cabe esperar en España y su comparativa con lo que ha ocurrido en el caso UE, hay que tener en cuenta lo siguiente:



— Un procedimiento administrativo simplificado y abreviado.

En el caso UE, la reducción ha sido muy drástica (de una media de más de tres años del procedimiento ordinario a una media de menos de diecisiete meses en el procedimiento de transacción). Dada la larga duración de los procedimientos ordinarios, había mucho margen para mejorar y se ha aprovechado<sup>44</sup>.

La reducción esperable en España será probablemente mucho menos notable. Para empezar, el procedimiento actual en España tiene ya fijado un máximo legal de duración de dieciocho meses, lo que no existe en el procedimiento comunitario. Reducir a más de la mitad la duración media sería muy difícil por la posición de partida, e incluso si llegara a ocurrir, la reducción en meses, y por ende en ahorro de personal y costes de asesoría, sería mucho menor. Además, en el procedimiento español, no es habitual la vista oral (aunque es posible y parece haber intención de utilizarla más en el futuro) y tampoco hay necesidad de traducción de la resolución final a varios idiomas. Estos son ahorros que, por tanto, tampoco se trasladarían al caso español. Aun así, esta simplificación y menor duración sería un beneficio importante que no cabe minusvalorar, tanto para las empresas como para la autoridad.

— Menos revisiones judiciales (o al menos de alcance más limitado).

A este respecto, el potencial de ahorro sería teóricamente mucho mayor en el caso español que en el europeo, dado que, en los últimos años, los recursos contras las decisiones sancionatorias de los cárteles han sido la regla general y además han conllevado en multitud de ocasiones una reducción sustancial de la multa, cuando no su anulación<sup>45</sup>. Si las transacciones acabasen con esos recursos (o redujesen su alcance), se habría ganado mucho. Este es, sin duda, uno de los potencialmente mayores beneficios que se pueden esperar en el contexto español. Conviene recordar que un buen procedimiento de transacción, al permitir un diálogo constructivo y temprano entre los cartelistas y la autoridad de competencia y al requerir de las empresas un reconocimiento de culpabilidad y la aceptación de un rango de multa, debería hacer mucho más improbable la revisión judicial. Se evitarían así errores (no ajenos a la práctica de la autoridad española) que pueden llevar a la anulación de la multa y, en la mayor parte de los casos, incluso la impugnación de la cuantía.

No obstante, hay que ser consciente de que el éxito del procedimiento comunitario de transacción está ligado también a la existencia de unas Directrices comunitarias sobre multas, ya consolidadas y ampliamente respaldadas a nivel judicial, lo que todavía no ocurre en el caso español. Este dato y el mayor éxito para las empresas de los recursos judiciales en España que

<sup>44</sup> Para más detalles, véase *supra* sección IV.B.b).

<sup>45</sup> F. DÍEZ ESTELLA, «La revisión jurisdiccional de los expedientes sancionadores», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 603-653.

en el caso europeo pueden actuar como un desincentivo a transaccionar. Por tanto, es capital que el método de cálculo de multas se consolide en el contexto español para extraer el máximo rendimiento a un futuro procedimiento español de transacción.

— Evitar tiempos prolongados de incertidumbre empresarial, permitiendo que la empresa se concentre en el negocio.

Como en el caso europeo, cabe esperar que dar por terminado el caso antes sea valorado en términos de seguridad jurídica por las empresas implicadas. Aunque el tiempo que se acorte el procedimiento administrativo sea menor que en el caso europeo, a ese tiempo hay que añadirle el del hasta ahora frecuente recurso judicial. Así pues, este beneficio se trasladaría al caso español de forma similar a lo visto en el caso europeo.

— Otros beneficios: multa reducida y «diálogo constructivo temprano» con la autoridad.

Para la empresa, su cooperación a un procedimiento acelerado y simplificado, con la aceptación de la transacción, tiene como compensación una reducción de la multa que, por las primeras informaciones de que se dispone<sup>46</sup>, podría proponerse que fuera de entre un 10 a un 15 por 100. Se trataría por tanto de una reducción igual o mayor que el 10 por 100 que recoge la normativa UE y que ha resultado suficiente para captar el interés de las empresas.

De todas maneras, no cabe olvidar que esta reducción de la multa no es más que uno de los varios beneficios que las empresas pueden obtener. El ahorro de costes en asesoría legal y litigios, el diálogo constructivo temprano con la autoridad para que esta tenga en cuenta sus puntos de vista sobre la infracción y la multa, y el acortamiento de la incertidumbre empresarial, pueden ser tanto o más importantes que la reducción de la multa<sup>47</sup>.

También conviene tener presente que el diálogo constructivo entre empresas y autoridad puede ser beneficioso también para la autoridad y el interés público, no solo por hacer atractiva la transacción con todos sus beneficios, sino porque puede evitar errores que hubieran podido llevar a la anulación de la multa o una reducción sustancial de su cuantía. En España, este impacto podría ser especialmente importante a la vista del historial de revisiones judiciales. Este diálogo podría incluso contribuir a la consolidación de la metodología del cálculo de multas, tan importante para impulsar tanto la clemencia como las transacciones y, en última instancia, la disuasión.

— Complementariedad y posible nuevo impulso al programa de clemencia.

<sup>46</sup> En diciembre de 2017, la CNMC convocó a una consulta y discusión sobre la posibilidad de incorporar el procedimiento de transacción en España y circuló un Guión para la discusión a los asistentes e interesados. En él se barajaban estas reducciones.

<sup>47</sup> Para más detalles, véase *supra* sección III.B.



Aunque puede ser controvertido, la experiencia UE parece demostrar que clemencia y transacción son complementarias y que, con un buen diseño, la introducción de las transacciones puede incluso impulsar el programa de clemencia. Por la importancia de esta interrelación, se le dedica una reflexión separada a continuación.

### *Tercera. Protección y promoción del programa de clemencia.*

El punto de partida es similar tanto en el caso europeo como español. En la UE, ya existía un programa de clemencia consolidado cuando se introduce el procedimiento de transacción. Un porcentaje muy alto (más de 2/3) de las condenas a cárteles a nivel europeo en las últimas décadas implican clemencia<sup>48</sup>. Así pues, se va a prestar atención a no dañar su operatividad y sus incentivos o hacerlo lo menos posible. Para ello, los puntos clave, como se ha explicado más detalladamente ya en esta contribución, fueron: proteger las solicitudes de transacción, permitir la acumulación de las reducciones por clemencia y transacción, y fijar el nivel de reducción por transacción a un nivel que no restase incentivos a las solicitudes de inmunidad o de reducciones por clemencia.

En el caso español, el programa de clemencia se puso en marcha a partir de 2008 y se ha convertido ya en una pieza clave en la lucha contra los cárteles. Más de la mitad de las decisiones de condena de cárteles implican la aplicación del programa de clemencia y en muchas ocasiones con concesión de inmunidad, lo que supone que la autoridad desconocía la existencia del cártel o al menos no tenía datos suficientes ni siquiera para hacer inspecciones orientadas en el momento en el que se solicitó la inmunidad. No obstante, el porcentaje de casos que no derivan de clemencia es sustancialmente más alto en el caso español que en el caso europeo, lo que parece indicar una menor dependencia del programa de clemencia en España. De todas maneras, la valía del programa y su aportación a una mayor efectividad y disuasión es indiscutible<sup>49</sup>.

¿Qué impacto sobre el programa de clemencia cabe esperar de la introducción de las transacciones en España?

En primer lugar, es importante que las solicitudes de transacción reciban una protección igual a la de las declaraciones de las empresas en el marco de clemencia. Así se hizo en el sistema europeo y debe preverse también en el sistema español. La Directiva 2014/104 sobre daños *antitrust* alude a ello y si no se ha hecho en España hasta ahora es porque todavía no se ha creado este procedimiento de transacción, pero lógi-

---

<sup>48</sup> J. R. BORRELL, J. L. JIMÉNEZ y J. M. ORDOÑEZ, «Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia», *Revista de Economía ICE*, 50 aniversario de la primera ley de competencia en España, enero-febrero de 2014, núm. 876, pp. 17-36.

<sup>49</sup> I. LÓPEZ GÁLVEZ, «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración y desafíos actuales», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 1021-1042; J. MAILLO, «El programa de clemencia español a examen», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 251-282.

camente la protección debe introducirse en paralelo a la posibilidad de transacción<sup>50</sup>.

En segundo lugar, como en el caso europeo, es de esperar que la clemencia y las transacciones se complementen y que los casos que impliquen clemencia sean el terreno natural para transacciones<sup>51</sup>. Al haber ya en España un porcentaje alto de casos de clemencia (aunque menor que el europeo), es presumible que muchos de ellos acaben en transacción y, por tanto, que este modo de terminación sea bastante frecuente también en España. No me atrevería a decir que, como ha ocurrido en el caso europeo, se convierta en la regla general. Sí probablemente lo será para los casos que impliquen clemencia, pero no para otros escenarios, al menos en el corto plazo. En el caso europeo, los beneficios resultantes de la transacción no han conseguido atraer a las empresas en asuntos que no impliquen clemencia, y ello a pesar de un sistema consolidado de cálculo de multas y una ratio relativamente alta de confirmación de las multas por parte del TJUE<sup>52</sup>. En el caso español, con un escenario en multas más incierto y más proclive a la revisión jurisdiccional, todo hace pensar que, con mayor razón, pasará algo parecido. Además, este escenario será aún más probable en la fase inicial de la introducción de las transacciones en España.

En principio, por tanto, cabe esperar que cuanto más crezca la clemencia en España más aumentarán los casos de transacción. Para todos los beneficiarios de clemencia, tanto los de inmunidad como de reducción, la transacción será normalmente un escenario atractivo. Los de reducción, verán disminuida la multa (además de otros beneficios) con un pequeño esfuerzo adicional a lo que ya han hecho para obtener clemencia, por lo que deben ser proclives a ello. Los de inmunidad pueden conseguir otros beneficios distintos a los relativos a la cuantía de la multa y por ello también estarán presumiblemente interesados, como demuestra la experiencia europea.

Y es lógico también aventurar que la posibilidad de transacción impulse más el uso de la clemencia. Para empezar porque ninguno de los potenciales beneficiarios de clemencia (inmunidad y reducción) se verá claramente desincentivado a solicitar clemencia por la introducción de la transacción, dado que la reducción que se obtiene por clemencia sigue siendo sustancialmente más importante que la de transacción y además no son excluyentes. Por el contrario, habrá un atractivo adicional para la clemencia porque, con un grado de compromiso con la autoridad escasamente superior, tendrán ahora beneficios adicionales por la transacción. Además, si se confirmara que se ofrecerá un 15 por 100 de reducción cuando la (solicitud de) transacción se anticipa al pliego de concreción de hechos, esto podría beneficiar aún más a los beneficiarios de clemencia porque serán ellos los mejor situados para poder plantearlas.

<sup>50</sup> Art. 6.6.b) de la Directiva 2014/104/UE.

<sup>51</sup> Para más detalles, véase *supra* secciones III.B.b) y IV.B.d).

<sup>52</sup> Véase VELJANOVSKI, *op. cit., supra*, p. 510.



*Cuarta.* Sobre algunas cuestiones específicas del diseño.

Tres cuestiones puntuales son las que creo importante apuntar:

— En primer lugar, el nivel de reducción de la multa.

En la UE, se fijó un único tipo de reducción del 10 por 100 para todos los escenarios. Como ya se ha explicado, muchos comentaristas consideraron que el nivel era excesivamente bajo y no generaba los incentivos adecuados. La experiencia UE ha demostrado que sí es suficiente, probablemente porque hay otros beneficios adicionales. Al menos lo es para los casos que implican clemencia. Para el resto, no ha sido suficiente por ahora: no hay ni un solo caso<sup>53</sup>.

En España, las primeras referencias apuntan a que se ofrezca un 10 por 100 o un 15 por 100 en función de si se hace antes del pliego de concreción de hechos o después. Con base en la experiencia europea, cabe adivinar que el nivel, al ser igual o superior, será también suficiente en el caso español, al menos para los casos que impliquen clemencia. Para el resto, todo parece indicar que no lo será. Además, parece difícil que se active la reducción del 15 por 100 en estos otros casos, dado que la (solicitud de) transacción temprana es más probable en los casos de clemencia. Será en estos, principalmente, en los que pueda tener un efecto positivo adicional.

— En segundo lugar, sobre si permitir o no los casos híbridos.

En el ámbito UE, se priorizan los casos puros pero sin descartar los híbridos. La decisión final tanto sobre si iniciar un procedimiento de transacción como sobre si continuarlo, en particular cuando una de los cartelistas abandona el proceso de transacción ya iniciado, reside en la Comisión europea. En la práctica, en este último escenario, la Comisión ha decidido transaccionar con los que querían y abrir procedimiento ordinario contra los que habían desistido en todos los casos menos en uno<sup>54</sup>.

¿Convendría seguir este mismo modelo también en el caso español?

Para empezar, conviene señalar que es imposible saber con antelación que van a hacer todas las empresas implicadas a lo largo del procedimiento de transacción y si van a estar satisfechas con la valoración final de la Comisión y el rango de la multa a imponer. Se pueden y se deben de tomar precauciones para iniciar procedimientos de transacción solo cuando haya expectativas fundadas de que todas las empresas van a aceptar la transacción, pero es imposible garantizarlo. Es inevitable que alguna empresa se pueda descolgar inesperadamente de la transacción. Debemos ser conscientes de que puede pasar (de que probablemente va a pasar alguna vez) y decidir cuál es la mejor opción cuándo eso ocurra.

Partiendo de esa base, las dos opciones de diseño posible son: dejarlo a discreción de la autoridad (modelo europeo) o descartar de antemano los asuntos híbridos, lo que impondría el procedimiento ordinario para todos.

<sup>53</sup> Para más detalles, véase *supra* sección IV.B.d).

<sup>54</sup> Para más detalles, véase *supra* sección IV.B.b).

¿Cuál es el mejor? La decisión no es sencilla porque hay argumentos a favor y en contra.

Es cierto que el primer modelo puede llevar a duplicidades y trabajo adicional pero también que no cabe descartar que los ahorros y eficiencias en un caso híbrido existan y no solo para las empresas que transaccionan (en cuyo caso es evidente) sino también para la autoridad de competencia y el interés público. No serán tan importantes como si la transacción hubiera sido pura pero también las puede haber y que sean significativas.

En un escenario en el que clemencia y transacción actúan complementariamente, optar por el segundo modelo podría reducir los incentivos al programa de clemencia. No se puede olvidar que los solicitantes de clemencia pueden ver clemencia y transacción como un paquete y generar expectativas favorables a la clemencia. Romper esas expectativas, y las que derivan de una cooperación leal con la autoridad con vistas a la transacción, puede no ser la mejor elección.

Una opción por el segundo modelo puede también crear fuertes presiones sobre la autoridad para que acepte la visión de la empresa díscola (la que duda si descolgarse). Esas presiones pueden estar también presentes en el modelo europeo, pero se verían muy incrementadas si la Comisión tuviera que decidirse por el todo o nada. No obstante, también cabe imaginar que, con el modelo europeo, alguna empresa abandone la transacción después de haber influido parcialmente en la Comisión y sabiendo que debe respetarse la igualdad de trato (salvo la reducción por transacción) con las que han transaccionado. Ese juego a dos bandas puede resultar incómodo para la autoridad de competencia.

Y lo más importante, la respuesta sobre qué es mejor puede depender del caso concreto. Factores como cuántas abandonan y cuántas querrían seguir, en qué momento se produce esta división o el propio contenido de la divergencia, pueden condicionar mucho la respuesta. Desde luego la transacción híbrida no es el ideal por no ser la más eficiente, pero tampoco cabe anticipar que sea peor opción que llevar a todas las empresas al procedimiento ordinario cuando casi todas están dispuestas a cerrar la transacción.

Por todo ello, parece que la opción más razonable es seguir el modelo europeo y dejarlo a la discreción de la autoridad, de modo que ella lo valore en cada caso concreto.

— En tercer lugar, la importancia de la seguridad jurídica y la transparencia.

En la UE, se optó por regular el procedimiento de transacción a un doble nivel: por un lado, en un Reglamento UE y, por otro lado, a nivel de *soft law*, en la Comunicación de la Comisión europea sobre el procedimiento de transacción. Es una práctica habitual a nivel UE y con resultados contrastados. La práctica administrativa ha sido consistente y se ha ajustado a la Comunicación y además ya se ha respaldado en sus líneas esenciales por el TJUE. Hay que recordar la importancia de disponer, como es el caso UE,



de un método de cálculo de multas transparente, consolidado y respaldado jurisdiccionalmente. Marca límites claros a la transacción, contribuyendo a la previsibilidad.

A nivel español, y para introducir una nueva técnica como la transacción, una combinación de ambos tipos de niveles parece la mejor opción y ha dado muy buenos resultados en otros ámbitos próximos como la clemencia<sup>55</sup>. Conviene pues anclar la regulación básica sobre el futuro procedimiento de transacción en la Ley de Defensa de la Competencia y en su Reglamento de procedimiento para dotarlo de seguridad jurídica y completarlo con una regulación de *soft law* a través de una Comunicación más detallada sobre el procedimiento de transacción. Además, la práctica de los primeros años será clave para asentarla y dar credibilidad a todo el sistema. Es también fundamental consolidar paralelamente el método de cálculo de multas y hacerlo más transparente a través de unas nuevas Directrices.

<sup>55</sup> Véase, a este respecto, J. MAILLO, «El programa de clemencia español a examen», en J. M. BENEYTO y J. MAILLO, *La lucha contra los cárteles en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 251-282, esp. pp. 256-257.

# LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES DE CÁRTEL COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ\*

Subdirectora Adjunta, Subdirección de Cárteles y Clemencia CNMC  
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado  
Doctora en Derecho

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. LA GENUINA PREOCUPACIÓN POR LA SALUD DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS.—III. LA ESPECÍFICA CONTEMPLACIÓN DE LA CLEMENCIA EN LA DIRECTIVA DE DAÑOS Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO NACIONAL: A. El régimen de acceso a las fuentes de prueba: la protección reforzada de las declaraciones de clemencia. B. La exención de responsabilidad conjunta y solidaria del beneficiario de exención.—IV. OTROS FACTORES A INCLUIR EN LA ECUACIÓN: A. Prohibición de contratar con el sector público y responsabilidad de directivos. B. La generalización de los programas de *compliance* y los procesos de reestructuración societaria.—V. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN AVANTAJADA DEL BENEFICIARIO DE CLEMENCIA FRENTE AL RESTO DE INFRACTORES ANTE RECLAMACIONES DE DAÑOS DERIVADOS.—BIBLIOGRAFÍA.

*«The report of my death was an exaggeration».*

Mark TWAIN<sup>1</sup>

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Cualquier operador en el mercado situado en posición de hacer uso del programa de clemencia realiza siempre una ponderación de las ventajas esperadas y de los costes previsibles de tal decisión. Una empresa que en

---

\* 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.

<sup>1</sup> Nota que Twain remitió en Londres, el 31 de mayo de 1897, al periodista Frank Marshall White para desmentir erróneas noticias publicadas sobre su estado de salud (S. FISHER FISHKIN, *Lighting Out For the Territory: Reflections on Mark Twain and American Culture*, Oxford University Press, 1996, p. 134).



el periodo transcurrido entre la puesta en marcha de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>2</sup> y la adopción de la Directiva 2014/104/UE<sup>3</sup> (en adelante, «Directiva de daños» o «Directiva 2014/104»), se hubiera planteado acudir a la autoridad de competencia para presentar una solicitud de exención de multa por su participación en un cártel, se habría visto presumiblemente aconsejada por sus asesores legales sobre la repercusión de tal decisión en al menos dos planos diferentes: el de la responsabilidad administrativa conectada con la infracción de la normativa de competencia y el de la responsabilidad civil por los daños generados por la conducta colusoria.

Desde la perspectiva del procedimiento administrativo sancionador, la empresa sería advertida sobre las condiciones a cumplimentar para poder hacerse acreedora de la exención de la multa que en otro caso le correspondería por la infracción de la que se autoinculparía, condiciones básicamente referidas a la información a aportar y la colaboración a prestar a la CNMC, en el marco del régimen establecido en art. 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y su desarrollo reglamentario, y a la vista de la Comunicación de Clemencia de la CNC de junio de 2013.

En el otro plano, la empresa en cuestión sería informada del riesgo de ser demandada ante la jurisdicción civil por los eventuales perjudicados por el cártel, pudiendo tener que responder *a priori* con carácter solidario por la totalidad de los daños<sup>4</sup>, sin perjuicio de la acción de regreso frente a los coinfractores. Sin duda, en el marco del asesoramiento recibido, la empresa en trance de invocar la clemencia sería advertida de la existencia de dos señeras sentencias del Tribunal Supremo, las cuales reconocieron elevadas indemnizaciones a los dañados por un cártel de fabricantes de azúcar que había sido previamente sancionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>5</sup>.

Nuestra protagonista debería tener en cuenta los elementos de prueba del daño que podrían ser usados en tal hipotética demanda civil, sin duda

---

<sup>2</sup> Como es sabido, en octubre de 2013 la CNMC asume las funciones anteriormente atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por mandato de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC).

<sup>3</sup> Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, 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.

<sup>4</sup> Tal como señala, con cita de otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995: «El motivo tiene que ser desestimado al ser ya consolidada la jurisprudencia de que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado [...] ya por entender que el resultado dañoso sería íntegramente imputable a cada una de las conductas ilícitas de los varios partícipes o porque así resultaría de redactarse el art. 1902 en plural o, en fin, porque la idea básica de la solidaridad radica en facilitar la reparación del daño causado, en beneficio de la víctima del ilícito». Véase, asimismo, *infra*, nota 43.

<sup>5</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 y 7 de noviembre de 2013, en relación a la Resolución del TDC de 15 de abril de 1999 (expte. 426/98, *Azúcar*).

valorando que, en el caso de revisión jurisdiccional de la resolución sancionadora, al remitir a la Audiencia Nacional el expediente administrativo, la CNMC identificaría expresamente las declaraciones realizadas por el solicitante de clemencia, de las que no se pueden obtener copias ni en fase administrativa ni ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 51.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de la LDC, en adelante RDC). No obstante, debería saber que si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prevé, en su art. 15 bis, que la cooperación de la CNMC con los órganos jurisdiccionales no alcanza a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la LDC, no existía —recordemos que la hipótesis está situada antes de la transposición de la Directiva de daños— ningún régimen especial sobre la validez del acceso a la solicitud de clemencia en el ámbito jurisdiccional civil a través de otros medios. Asimismo, le convendría no pasar por alto que la jurisprudencia del TJUE sobre acceso a las declaraciones de clemencia en los subsiguientes procedimientos de reclamación de daños no eran halagüeños para los beneficiarios de exención, desde la perspectiva de la previsibilidad de la actuación del juez civil en cuanto a la accesibilidad de la documentación vinculada a la clemencia<sup>6</sup>.

Naturalmente, todas estas cuestiones descansarían sobre otros factores de naturaleza más genérica —y de ponderación siempre difícil—, como son la probabilidad de detección del cártel por la autoridad de la competencia, bien de oficio bien a través de la solicitud de clemencia de otro partícipe en el cártel, y la probabilidad de que tras la resolución sancionadora se planteen demandas de daños, en función de circunstancias tales como el tipo de producto o servicio cartelizado, o la condición de los clientes y proveedores afectados<sup>7</sup>.

Sumado todo, cabe considerar que el marco normativo previo a la transposición de la Directiva de daños ofrecía suficientes incentivos para los cartelistas en trance de acogerse al programa de clemencia, pues el número de solicitudes de clemencia presentadas ante la autoridad de competencia española y que han dado lugar a expedientes sancionadores entre los años 2010 y 2016 se elevó a un total de 43, de las que 19 fueron solicitudes de exención y 24 de reducción<sup>8</sup>. La opinión más extendida es que el programa de clemencia de la CNC, después CNMC, ha tenido un funcionamiento

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2011 (C-360/09, *Pfleiderer*) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2013 (C-536/11, *Donau Chemie y otros*).

<sup>7</sup> Sobre la menor probabilidad de acciones de daños en supuestos de escasa cuantía relativa del daño y dispersión del mismo entre un volumen indeterminado de sujetos, véase J. MAILLO y P. MILLA, «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 57.

<sup>8</sup> Tal como se recoge en la Memoria de la CNMC de 2016 (última disponible). Se toma como referencia inicial el año 2010 puesto que el 21 de enero de 2010, la CNC resolvió el primer expediente sancionador en aplicación de este programa (expte. S/8408, *Fabricantes de Gel*), expediente iniciado a raíz de la primera solicitud de clemencia presentada ante la CNC el primer día de entrada en vigor del RDC, en febrero de 2008.



exitoso<sup>9</sup>, todo ello mientras se tejía la elaboración de la Directiva de daños, y tras su adopción en 2014 se dilataba su transposición, que no tuvo lugar sino tardíamente en mayo de 2017<sup>10</sup>.

¿Provoca la Directiva de daños, y su consiguiente transposición a Derecho interno, una alteración de los incentivos que los potenciales solicitantes de exención venían encontrando para acogerse al programa de clemencia, particularmente en relación con su posición frente a las eventuales demandas de responsabilidad civil derivadas de la conducta colusoria?

La regulación de la Directiva contiene una presunción *iuris tantum* de que los cárteles generan daños, e introduce un régimen facilitado de acceso a la prueba<sup>11</sup>, lo que está provocando un incremento de las demandas de daños en el ámbito de la Unión Europea. Esto ha traído consigo una modificación en el balance que realizaba el potencial solicitante de exención antes de la transposición de la Directiva de daños (exención de pago de la multa, posibilidad de tener que afrontar demandas de daños derivados) y el que realiza tras la transposición de la Directiva (exención de multa, mayor probabilidad de que se produzcan y prosperen reclamaciones por los daños ocasionados).

Ahora bien, hasta la fecha el riesgo de tener que afrontar demandas de daños derivados de un cártel ha sido un factor desincentivador, pero no el fundamental, en la decisión de la empresa solicitante de clemencia<sup>12</sup>. Existe un elemento adicional de valoración y es la mayor o menor vulnerabilidad relativa en el marco de las demandas de daños, por comparación con el resto de partícipes en la conducta infractora.

Este trabajo analiza ese tercer factor para constatar que, tras la adopción de la Directiva de daños, si bien todos los infractores de la normativa de competencia declarados como tales por una resolución de la autoridad de competencia están en peor posición que bajo la legislación anterior, dado el previsible incremento de las acciones de indemnización de daños, el beneficiario de la exención está sustancialmente en mejor posición que el resto de infractores.

De hecho, aparte el dato del incremento del riesgo de tener que soportar demandas de daños, común como digo a todos los infractores, el beneficiario de exención se encuentra en mejor posición que antes de la

---

<sup>9</sup> J. MAILLO y P. MILLA, «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 47-48.

<sup>10</sup> Cfr. Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (Real Decreto-ley 9/2017).

<sup>11</sup> Cfr. art. 17.2 (presunción de daño) y arts. 5 y ss. (exhibición de las pruebas) de la Directiva 2014/104.

<sup>12</sup> Así, el estudio de 2007 para la Comisión Europea, desarrollado por el Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam y LUISS Università, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, p. 492, esp. nota 735 [disponible en [ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white.../impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white.../impact_study.pdf), que cita un cuestionario llevado a cabo por el *International Competition Network* (ICN) sobre la cuestión].

transposición de la Directiva en relación con todos los demás factores, y por contraste con la situación de sus coinfractores.

Así pues, el propósito de este trabajo es intentar cifrar con la mayor precisión posible la verdadera incidencia que, en el marco de la regulación armonizada, están llamadas a tener las demandas de daños ocasionados por infracciones de cártel en el programa de clemencia.

Los epígrafes II y III analizan la contemplación por la Directiva de daños de la peculiar situación de los solicitantes de clemencia, la salvaguarda introducida en materia de acceso a las fuentes de prueba y el régimen excepcional de responsabilidad conjunta y solidaria del que disfruta el beneficiario de exención. La conclusión que se extrae de ese análisis es que, frente a lo anunciado por ciertos vaticinios sombríos sobre su efecto desincentivador del programa de clemencia, el nuevo régimen armonizado no solo no perjudica la posición del beneficiario de exención sino que la mejora claramente respecto de la situación previa al Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, que traspone la Directiva 2014/104 al Derecho español.

En el epígrafe IV se examinan otras piezas de la normativa de competencia (la responsabilidad de directivos *ex art.* 63.2 de la LDC y la posibilidad de solicitar la exención por personas físicas) y en sede de contratación pública (la exención de la prohibición de contratar para el beneficiario de clemencia), así como instrumentos de *soft law* (la generalización de los programas de *compliance*), que a mi juicio coadyuvan a reforzar los incentivos del programa de clemencia, incluso en un contexto de mayor probabilidad de interposición de demandas de daños y perjuicios derivados.

## II. LA GENUINA PREOCUPACIÓN POR LA SALUD DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS

Desde los inicios del extenso proceso de elaboración de la Directiva 2014/104/UE, la posibilidad de que cualquier persona (consumidores, empresas, autoridades públicas) pueda reclamar ante los órganos jurisdiccionales nacionales el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una infracción de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se ha tratado de salvaguardar sin perjudicar, por otro lado, el sistema de incentivos existente para que las empresas partícipes en una conducta de cártel presenten solicitudes de clemencia y aporten a las autoridades de competencia la máxima información posible, a fin de favorecer la detección y sanción de estas infracciones.

La adopción en la Unión Europea de un régimen armonizado de demandas de indemnización de daños derivados del falseamiento de la competencia, mejora la posición de los damnificados a la hora de ser compensados y, en análoga medida, incrementa para los infractores los costes de la detección de su conducta. La constatación de la necesidad de garantizar la



tutela del derecho a la plena compensación de los perjudicados, no impide tener igualmente en cuenta que el programa de clemencia es considerado en todas las jurisdicciones que lo han introducido como el instrumento más eficaz para la detección y represión de los cárteles<sup>13</sup>.

El conocido como *Estudio Ashurst*<sup>14</sup> preparado para la Comisión Europea en 2004, en las primeras etapas del diseño de una normativa armonizada sobre indemnizaciones de perjuicios derivados de infracciones de falseamiento de la competencia, apuntaba ya de forma sumaria la necesidad de considerar cómo las demandas de daños pueden repercutir en la eficacia del programa de clemencia.

El *Libro Verde* de la Comisión Europea, *Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, de diciembre de 2005, al analizar la necesidad de coordinación entre la aplicación pública y la privada del Derecho de la Competencia, identifica como elemento fundamental la necesidad de valorar «el impacto de las indemnizaciones por daños y perjuicios en el funcionamiento de los programas de clemencia con el fin de preservar la eficacia de los mismos. A este respecto, debería tenerse en cuenta que la existencia de los programas de clemencia ayuda generalmente a los litigantes privados en la reparación de daños y perjuicios puesto que sacan a la luz cárteles secretos». Las opciones que entonces manejaba la Comisión para preservar los incentivos del programa de clemencia eran tres:

«Opción 28: excluir que se pueda dar acceso a las solicitudes de clemencia, protegiendo así la confidencialidad de los documentos entregados a las autoridades responsables de competencia como parte de las mismas.

Opción 29: descuento condicional en cualquier indemnización por daños y perjuicios contra un solicitante de clemencia; las indemnizaciones debidas por los otros infractores —responsables solidariamente de la totalidad de los daños— no cambian.

Opción 30: suprimir la responsabilidad solidaria del solicitante de clemencia, limitando así la exposición del solicitante a las pretensiones de reparación. Una solución posible sería limitar la responsabilidad del solicitante de clemencia a la parte de los daños correspondiente a la participación del solicitante en el mercado del cártel».

Un posterior *Estudio* de diciembre de 2007 dedicaba un extenso epígrafe a la interacción entre los programas de clemencia y la aplicación privada<sup>15</sup>. El mismo se hacía eco de las opciones barajadas por el *Libro Verde* de la Comisión y analizaba los beneficios y costes de cada una de las tres alternativas.

<sup>13</sup> OCDE, *Challenges and Co-ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat*, 5 de junio de 2018, p. 1.

<sup>14</sup> *Ashurst-Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Analysis of Economic Models for the calculation of damages*, 31 de agosto de 2004, nota 59, p. 30.

<sup>15</sup> El ya citado estudio para la Comisión Europea de Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam y LUISS Università, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, pp. 492-532.

El *Libro Blanco* de la Comisión, de abril de 2008, reserva igualmente un tratamiento específico a la «Interacción entre los programas de clemencia y las demandas de indemnización por daños y perjuicios». La preocupación por mantener el atractivo de los programas de clemencia se vincula de forma transparente a la necesidad de garantizar «una protección adecuada contra la divulgación de las declaraciones corporativas presentadas por un solicitante de clemencia al objeto de evitar colocarle en una situación menos favorable que los coinfractores». Tal protección entiende la Comisión que debe aplicarse a todas las declaraciones corporativas presentadas por todos los solicitantes de clemencia en relación con una infracción del actual art. 101 del TFUE (también cuando se aplica paralelamente la legislación nacional en materia de competencia), independientemente de si la solicitud de clemencia es aceptada, rechazada o no conduce a decisión alguna de la autoridad de competencia. La Comisión señala que en caso contrario existe un riesgo de que se reduzca la calidad de las declaraciones de clemencia o incluso se disuada a un infractor de solicitar la clemencia.

La segunda medida propuesta en este *Libro Blanco* consiste en limitar la responsabilidad civil de los beneficiarios de inmunidad a los daños padecidos por sus clientes o proveedores directos e indirectos, al objeto de incrementar para el potencial solicitante de exención la previsibilidad de los daños a indemnizar y limitar el alcance de los mismos<sup>16</sup>.

El *documento de trabajo* de los servicios de la Comisión sobre la reparación de daños por incumplimiento de la normativa comunitaria de competencia que acompaña al *Libro Blanco*, dedica un Capítulo a esta cuestión, detallando la razón de ser de las propuestas de la Comisión<sup>17</sup>, luego recogidas en la Directiva 2014/104/UE.

Al igual que las instituciones comunitarias, la posición de las autoridades de competencia europeas ha sido unánime en favor de la protección de los solicitantes de clemencia, como elemento clave para la detección de cárteles secretos<sup>18</sup>.

En el ámbito nacional resulta reseñable que, en el debate que precedió a la aprobación de la Ley 15/2007, algún autor ya anticipase la necesidad de que se incluyeran «algunas previsiones necesarias para arbitrar mecanismos que eviten conflictos entre el impulso de la aplicación privada y otras novedades importantes incluidas en la reforma como, por ejemplo, los programas de *leniency*»<sup>19</sup>. En esa misma etapa, se oyeron también algunas

<sup>16</sup> La Comisión reconocía la necesidad de considerar el impacto de esa medida no solo respecto de la compensación de las víctimas, sino también en la posición de los coinfractores, especialmente si son también solicitantes de clemencia.

<sup>17</sup> Capítulo 10, sección B del Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, COM(2008) 165 final.

<sup>18</sup> Cfr. Resolución de la reunión de los directores de las autoridades europeas de competencia de 23 de mayo de 2012, *Protección de la documentación de clemencia en el contexto de los daños y perjuicios*, que puede consultarse en [http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency\\_material\\_protection\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf).

<sup>19</sup> Véase A. GUERRA FERNÁNDEZ, «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones



voces críticas sobre la propuesta de Directiva para armonizar la aplicación privada, destacando que la persecución de los cárteles solo podía descansar de modo efectivo en la actividad de las autoridades de competencia, y que la detección de cárteles se había incrementado precisamente como consecuencia de la entrada en vigor de los programas de clemencia en las distintas jurisdicciones<sup>20</sup>.

Hasta la fecha, las demandas de daños sucesivas no han puesto en riesgo el éxito del programa de clemencia, pero lo cierto es que el número de demandas de indemnización de daños, y con él la incidencia práctica de este tipo de demandas, ha sido relativamente escaso, dada la preponderancia —tanto en España<sup>21</sup> como en el resto de Europa<sup>22</sup>— de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, y el papel comparativamente secundario de la aplicación privada, a la que en la mayoría de los casos se acude como secuela tras una previa sanción administrativa de la infracción (*follow-on* o demandas consecutivas). En el ámbito español, no puede decirse que las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo<sup>23</sup> otorgando relevantes indemnizaciones en el conocido como «cártel del azúcar» hayan tenido un efecto desincentivador, a la vista del número de solicitudes de clemencia formu-

---

civiles en el marco de la reforma de la Ley», *GJUE*, núm. 243, junio de 2006, p. 34. Señalando que en el caso español, dada la escasa experiencia práctica tanto en la aplicación de los programas de clemencia como en el ejercicio de acciones indemnizatorias por infracción de competencia, era «premature hablar de una posible interacción negativa entre ellos», puede verse también C. HERRERO SUÁREZ, «La Aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, p. 117. Por el contrario, I. DIEZ PICAZO, «Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España», 1989-2007. *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, 2008, p. 70, aun siendo consciente del desincentivo que genera en los potenciales solicitantes de clemencia, tilda de aberrante que la normativa sobre indemnización de daños por conductas de falseamiento de la competencia contemple con carácter especial los programas de clemencia, pues «ello supondría obtener un resultado de interés público a costa del derecho al resarcimiento de los particulares. La empresa que se acoja al sistema de clemencia debe ponderar este extremo».

<sup>20</sup> Véase J. ALFARO, «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», *InDret*, 2009 (3), p. 14: «Es completamente ilusorio pretender que, a través de un procedimiento civil, se puede llegar a establecer la existencia, extensión, participantes y características de un cártel».

<sup>21</sup> Para el caso español, véanse D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, «La transposición de la *Directiva de daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, pp. 421-445; J. E. SORIANO GARCÍA, «Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía», *Actualidad Jurídica*, 25 de junio de 2014, identifica como razones de la confianza en el orden administrativo y la falta de recurso al orden jurisdiccional civil, la gratuidad del procedimiento administrativo, la facilidad y comodidad del procedimiento administrativo para el denunciante y la fiabilidad del procedimiento gestionado por las Autoridades de la competencia.

<sup>22</sup> C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 83 y 88. Solo unos pocos Estados miembros con normativas procesales comparativamente favorecedoras para el demandante (Reino Unido, Alemania y Países Bajos) destacan por ser foro jurisdiccional de un número creciente de demandas de daños. Para un análisis sumario de tales regímenes, véase D. GERADIN y L. A. GRELIER, «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, pp. 3-7, disponible en *ssrn.com*.

<sup>23</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 (rec. 2163/2009) y 7 de noviembre de 2013 (rec. 2472/2011).

ladas con posterioridad a la primera demanda vinculada a tal cártel, y en particular en el periodo transcurrido entre el dictado de esas sentencias y la adopción de la Directiva 2014/104<sup>24</sup>.

No obstante, si bien la incidencia de las demandas de daños en la jurisdicción española no puede calificarse más que de incipiente, las acciones de resarcimiento vinculadas al llamado «cártel de camiones» sancionado por la Comisión Europea en julio de 2016, tanto por su número como por la atención que están suscitando, van a suponer seguramente un punto de inflexión en esta materia<sup>25</sup>. Asimismo, la firmeza en sede jurisdiccional de algunas resoluciones de cárteles adoptadas por la CNMC en los últimos años, ha tenido reflejo —y probablemente lo tenga más— en la correspondiente interposición de demandas de daños<sup>26</sup>.

La comparativa con otros ordenamientos en los que están plenamente asentadas las demandas de daños ocasionados por infracciones de la competencia, no necesariamente permite anticipar la incidencia que el nuevo régimen armonizado de demandas de daños vaya a tener en el programa de clemencia, pues la diferencia de regímenes impide extrapolar fácilmente los resultados. No obstante, a título ilustrativo, cabe indicar que en Estados Unidos, donde la regla son las reclamaciones de perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia y se conceden daños punitivos, los datos indican que el 90 por 100 de las sanciones impuestas por el Departamento de Justicia por cárteles están vinculadas a investigaciones iniciadas a resultas de solicitudes de clemencia<sup>27</sup>. Para salir al paso del riesgo de desincentivo para el potencial solicitante de clemencia del incremento en el número de demandas de daños, Estados Unidos reformó en 2004 su regulación de *leni-*

<sup>24</sup> Para un análisis cuantitativo del número de solicitudes de clemencia presentadas desde 2008 a 2014, véase I. LÓPEZ GÁLVEZ, «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración y desafíos actuales», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 1037. Para una consulta de los datos más actualizados, la *web* de la CNMC contiene las últimas Memorias, señalándose en la correspondiente a 2016 (p. 21), que en ese año tres de los 14 cárteles sancionados tuvieron su origen en una solicitud de clemencia y que «las solicitudes de clemencia han dado lugar al desmantelamiento directo de un total de 25 cárteles desde enero de 2010, fecha en la que se resolvió el primer expediente sancionador en aplicación de este programa».

<sup>25</sup> Decisión de 19 de julio de 2016, asunto AT.39824, *Camiones*. Desde la publicación de la Decisión de la Comisión Europea han surgido múltiples plataformas de afectados del cártel de camiones y despachos de abogados que publicitan sus servicios a los damnificados por esta infracción.

<sup>26</sup> Sin ánimo exhaustivo, cabe citar, entre los expedientes sancionadores firmes que ya han generado demandas de daños, el S/0316/10 Sobres de papel. Por sus características, podrían derivar igualmente en demandas de daños, entre otros, expedientes tales como el S/0425/12, *Industrias Lácteas*, los de concesionarios de automóviles (S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*; S/13/0489/13, *Concesionarios Opel*; S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*; S/0486/13, *Concesionarios Toyota*; S/0505/14, *Concesionarios Chevrolet*; S/0506/14, *Concesionarios Volvo*; S/4888/13, *Concesionarios Hyundai*) o los expedientes sancionadores en los que las perjudicadas por el cártel habrían sido administraciones públicas. Así, el cártel afectante a, entre otros, productos sanitarios (S/DC/0504/14, *ATO*) o el cártel de construcciones modulares, adquiridas mayoritariamente por la administración educativa (S/0481/13, *Construcciones Modulares*).

<sup>27</sup> OCDE, *Challenges and Co-ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat*, 5 de junio de 2018, p. 4, con cita de L. GATTUSO, «From “Mono” to “Stereo”: Fine-Tuning Leniency and Settlement Policies», *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38 (3), pp. 395-421.



ency para permitir que el solicitante de exención eluda la responsabilidad conjunta y solidaria de daños punitivos<sup>28</sup>.

Así pues, la preocupación fundamental, una vez armonizada la normativa europea sobre acciones por perjuicios ocasionados por infracciones de competencia, es si el previsible aumento del número de demandas de daños supondrá un desincentivo de magnitud suficiente como para afectar negativamente a los programas de clemencia, haciendo que disminuya el número de empresas que se planteen solicitar una exención y poniendo en riesgo la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la Competencia, que descansa en gran medida en el correcto funcionamiento del programa de clemencia<sup>29</sup>.

Son muchos los que, tras la Directiva de daños, mantienen que la clemencia ha quedado *tocada* por aquella<sup>30</sup>: el solicitante de exención que acude a la autoridad de competencia para evitar la multa, se abstendrá de hacerlo —se advierte— si cooperar en la detección del cártel trae como consecuencia tener que afrontar el pago de unos daños y perjuicios muy superiores a la multa cuya elusión se persigue.

Así, hay quien señala que la comparación entre la multa esperable y la indemnización de daños a la que se puede enfrentar el potencial solicitante de clemencia, llevará a este a la conclusión racional de no acudir al programa de clemencia y, lo que es peor, de incrementar los esfuerzos junto al resto de cartelistas para evitar la detección del cártel. A modo de ejemplo, se alude al llamado cártel del transporte aéreo de mercancías<sup>31</sup>, en el que la compañía Lufthansa, que había resultado exenta de la multa, siendo así que la multa más elevada que debió asumir uno de los cartelistas, la de AirFrance/KLM, ascendió a 183 millones de euros<sup>32</sup>, hubo de hacer frente poco después a demandas de hasta tres empresas clientes (Deutsche Bahn, BMW y Bosch) por un importe conjunto de casi 4.000 millones de euros<sup>33</sup>.

Sin embargo, ese análisis de riesgos (multa administrativa *versus* indemnización de daños) debe realizarse incluyendo otros factores, tales

<sup>28</sup> *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*.

<sup>29</sup> Para una contundente defensa de la «inherente superioridad de la aplicación pública para la disuasión y la sanción de conductas anticompetitivas», W. WILS, «Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», *World Competition*, 40 (1), 2017, pp. 3-46, esp. pp. 17 y ss.

<sup>30</sup> Entre otros, D. GERADIN y L. A. GRELIER, «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, noviembre de 2013, pp. 1-21.

<sup>31</sup> Asunto AT.39258, *Transporte aéreo de mercancías*, Decisión de la Comisión de 17 de marzo de 2017.

<sup>32</sup> La multa que hubiera correspondido al beneficiario de exención no se publica en la Decisión de la Comisión, al contrario que en el caso de las resoluciones de la autoridad de la competencia española.

<sup>33</sup> Véase E. OLMEDO PERALTA, «La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, 2016, pp. 403-404, quien expone el caso y aboga por una modificación del modo de cálculo de las multas, para que atiendan no tanto a la cifra de negocios del infractor como a los daños generados por el acuerdo colusorio.

como la probabilidad de que el cártel sea detectado de oficio a través de denuncias de competidores, clientes, administraciones contratantes en el caso de licitaciones públicas<sup>34</sup> o directivos, así como el riesgo de afrontar demandas de daños sufridos por clientes o proveedores de otras de las empresas partícipes, dado el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria que se aplica a los cartelistas no beneficiarios de exención.

Por mi parte, más allá de suscribir la sensibilidad de los programas de clemencia y la necesidad de mantener el delicado equilibrio de riesgos e incentivos que lo sustentan, a la luz del régimen introducido por la Directiva de daños no considero que esté justificada una preocupación general sobre la salud del programa de clemencia.

A partir de este punto, analizaré la regulación introducida con el específico propósito de salvaguardar la eficacia de los programas de clemencia, primero en el régimen de la Directiva 2014/104 y después en su transposición al derecho nacional a través del Real Decreto-ley 9/2017.

### III. LA ESPECÍFICA CONTEMPLACIÓN DE LA CLEMENCIA EN LA DIRECTIVA DE DAÑOS Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO NACIONAL

La Directiva 2014/104 incluye, tanto en su articulado como en algunos considerandos, un tratamiento específico sobre la clemencia.

En efecto, los considerandos 24, 27 y 38 de la Directiva se refieren al especial régimen de excepción en la regla general de acceso a las pruebas de las conductas infractoras de la competencia y de responsabilidad solidaria de los infractores, que luego se regula en el articulado. El considerando 26, además, sintetiza de forma muy franca las preocupaciones relativas a los posibles efectos negativos para la aplicación pública, y en especial para los programas de clemencia<sup>35</sup>, de la regulación armonizada de las demandas de daños derivadas, así como el interés que trata de salvaguardar la Directiva: «Para garantizar la buena disposición continuada de las empresas para acudir voluntariamente a las autoridades de la competencia y presentar declaraciones en el marco de un programa de clemencia».

A su vez, tanto la LDC como la LEC, en la redacción dada a las mismas por el Real Decreto-ley 9/2017, incorporan de forma casi mimética, en cumplimiento de la transposición de la Directiva 2014/104, un régimen es-

<sup>34</sup> El art. 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece que los órganos de contratación (y los órganos consultivos de contratación pública y los competentes para resolver el recurso especial de contratación pública) deben comunicar a la CNMC cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación. Asimismo, el art. 150 de la LCSP establece que el órgano de contratación trasladará a la CNMC con carácter previo a la adjudicación del contrato, con efectos suspensivos, indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación.

<sup>35</sup> Y, en menor medida, para los procedimientos de transacción.



pecífico para la clemencia, que detallo *infra* para cada una de las categorías que cabe diferenciar.

#### A. EL RÉGIMEN DE ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA: LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LAS DECLARACIONES DE CLEMENCIA

Conforme al art. 6.6.a) de la Directiva de daños, las declaraciones efectuadas en el marco de un programa de clemencia, quedan excluidas con carácter absoluto de la exhibición de pruebas contenidas en un expediente de la autoridad de competencia. Dichas declaraciones resultan dotadas así de la máxima protección, y ubicadas en una llamada «lista negra», incluso después de concluido el procedimiento administrativo.

Algunos autores consideran que este es el punto crucial del necesario balance entre la aplicación pública y la privada<sup>36</sup> del Derecho de la Competencia, y que responde a que el acceso a la solicitud de clemencia por parte de los demandantes de daños y perjuicios colocaría al solicitante de clemencia en una posición de máxima vulnerabilidad frente a tales demandas<sup>37</sup>.

Naturalmente, las demandas de resarcimientos daños eran factibles también antes de la adopción de la Directiva, y distintos instrumentos normativos y de *soft law* se ocupaban ya con anterioridad de garantizar la protección de las declaraciones de clemencia frente a pretensiones de acceso a las mismas. Así, la *Leniency Notice* de la Comisión<sup>38</sup> indicaba:

«(33) Solo se concederá acceso a las declaraciones de empresa a los destinatarios de un pliego de cargos, siempre y cuando se comprometan, junto con sus asesores jurídicos que obtengan acceso en su nombre, a no hacer ninguna copia por medios mecánicos o electrónicos de la información contenida en las declaraciones de empresa a las que tenga acceso y a garantizar que la información que se obtenga de dichas declaraciones se utiliza exclusivamente a los efectos que se indican a continuación. Otras partes, tales como los denunciantes, no podrán acceder a las declaraciones de las empresas. La Comisión considera que la protección específica de las declaraciones de empresa contenida en esta Comunicación dejará de estar justificada desde el momento en que el solicitante divulgue su contenido a terceros».

Hemos anticipado *supra* que el art. 51.3 del RDC impide que en el marco del acceso al expediente sancionador los interesados puedan obtener

<sup>36</sup> C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, p. 93.

<sup>37</sup> De forma muy gráfica, J. E. SORIANO GARCÍA, «Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía», *Actualidad Jurídica*, 25 de junio de 2014, se refiere a «como si un ahorcado pusiese a disposición del verdugo la soga y el patíbulo».

<sup>38</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11).

copia de las declaraciones del solicitante de exención o de reducción, mientras que la Disposición Adicional segunda de la Ley 15/2007 ya introdujo en la LEC un art. 15 bis, que permite que, ante un requerimiento de información por parte de órganos judiciales en procesos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la LDC o 101 y 102 del TFUE, la autoridad de competencia no facilite tal información cuando esta se haya obtenido en el marco del programa de clemencia.

A su vez, la Comunicación de clemencia de la CNC de 2013<sup>39</sup> precisa en sus parágrafos 74 a 76, ese mismo régimen de protección reforzada en caso de revisión jurisdiccional del expediente administrativo o en procedimientos civiles de aplicación de la normativa de competencia.

No obstante, los pronunciamientos del TJUE sobre la materia, con anterioridad a la Directiva, habían llevado a una evidente inseguridad en materia de acceso a la documentación vinculada a la clemencia, pues dicho acceso se hacía depender de un análisis caso por caso realizado por el juez nacional competente de acuerdo con la normativa nacional. Los asuntos *Pfleiderer* en 2011 y *Donau Chemie* en 2013 abogaban por una ponderación circunstanciada por parte de los jueces nacionales<sup>40</sup>.

Superando ese estado de cosas, la Directiva 2014/104 aporta certidumbre al solicitante de exención, al establecer con claridad<sup>41</sup> que las declaraciones de clemencia se incorporan a la lista negra de documentos cuya exhibición los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero<sup>42</sup>:

«Artículo 6.

6. Los Estados miembros velarán por que, a efectos de las acciones por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas:

a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia. [...]

7. Un demandante podrá presentar una solicitud motivada para que un órgano jurisdiccional nacional acceda a las pruebas a las que se refiere el apartado 6, letras a) o b), con el único objeto de asegurar que sus contenidos se ajusten a las definiciones del artículo 2, puntos 16 y 18. En dicha

<sup>39</sup> Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, publicada en el *BOE* de 16 de agosto de 2013.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de junio de 2011 (C-360/09, *Pfleiderer*) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2013 (C-536/11, *Donau Chemie y otros*). La bibliografía que analiza estas sentencias es muy extensa. Cabe citar a C. CAUFFMAN, «Access to Leniency-Related Documents after *Pfleiderer*», *World Competition*, 34 (4), pp. 597-614, donde se contrasta el análisis del Abogado General con la sentencia del Tribunal de Justicia.

<sup>41</sup> En opinión de algunos autores, incluso con criticable rigidez, C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, p. 99.

<sup>42</sup> El considerando 24 establece que la Directiva «no afecta al derecho de los órganos jurisdiccionales a considerar el interés de la aplicación pública efectiva del Derecho de la Competencia, ya sea en virtud del Derecho de la Unión o del nacional, a la hora de ordenar la exhibición de cualquier tipo de prueba, con la excepción de las declaraciones en el marco de un programa de clemencia».



evaluación, los órganos jurisdiccionales nacionales podrán pedir asistencia solamente a las autoridades de la competencia competentes. También se ofrecerá a los autores de las pruebas de que se trate la posibilidad de ser oídos. El órgano jurisdiccional nacional no permitirá en ningún caso el acceso de otras partes o de terceros a esas pruebas».

Tras 2015, la *Leniency Notice* de la Comisión ha sido enmendada en consecuencia:

«(35 bis) En consonancia con el apartado 26 bis de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado, *la Comisión no transmitirá en ningún momento a los órganos jurisdiccionales nacionales declaraciones de clemencia formuladas por empresas para su uso en las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Tratado* (\*). El presente apartado se entenderá sin perjuicio de la situación a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 7, de la Directiva 2014/104/UE».

La regulación recién reseñada responde a la posición más garantista posible, coincidiendo con quienes se manifestaban a favor de que la protección se otorgase a todas las solicitudes de clemencia, no solo a aquellas que hayan sido exitosas ni a las que hayan desembocado en una resolución sancionadora. Además, para garantizar la calidad de las solicitudes de clemencia, la protección se predica de todos los documentos que no habrían sido producidos de no haber solicitado clemencia la empresa en cuestión<sup>43</sup>.

El Real Decreto-ley 9/2017 modificó en esta materia la normativa procesal española, en concreto añadiendo el nuevo art. 283 bis.i), para consolidar tal protección:

«Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia: [...]

6. En ningún momento podrá el tribunal ordenar a una parte o a un tercero la exhibición de cualquiera de las siguientes categorías de pruebas:

a) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia».

La excepción a la regla general de acceso a la prueba se proyecta sobre el *solicitante* de clemencia, no solo sobre el *beneficiario* de exención. A su vez, dada la definición de «declaración en el marco de un programa de clemencia», la inclusión en la «lista negra» de documentación a la que no se otorga acceso se extiende a las solicitudes de reducción. Y es que el concepto de «declaración en el marco de un programa de clemencia» se define, siguiendo a la Directiva, como: «Toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre, a una autoridad de la competencia, o la documentación al respecto, en la que se describan los conocimientos que esa empresa o persona física posea sobre un cártel y su papel en el mismo, y que se haya elaborado específicamente para su presentación a la autoridad con el fin de obtener la

<sup>43</sup> C. HUTTON y P. CHAPLIN, «Striking the right balance. A look at public and private enforcement of competition law in Europe», *Competition Law Insight*, 18 de septiembre de 2012, pp. 15-16.

exención o una reducción del pago de las multas en el marco de un programa de clemencia, sin que esta definición incluya la información preexistente» (cfr. Disp. Adic. cuarta de la Ley 15/2007, apdo. 3, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017) .

En síntesis, el detectado riesgo de «exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia» (considerando 26 de la Directiva), ha quedado oportunamente desactivado tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, y las empresas potenciales solicitantes de clemencia ante la CNMC se encuentran a este respecto objetivamente en mejor posición —en términos de protección y certidumbre— que antes de la adopción de esta normativa sobre compensación de daños causados por cárteles.

#### B. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DEL BENEFICIARIO DE EXENCIÓN

El art. 71.1 de la LDC establece la responsabilidad solidaria de los partícipes en una infracción de la normativa de competencia, siguiendo no solo la Directiva (art. 11) sino también la interpretación jurisprudencial sobre la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños ocasionados en supuestos, como los de cártel, en los que no es posible individualizar la responsabilidad en el ilícito<sup>44</sup>. Tal como señala la Directiva, «[c]uando varias empresas infrinjan conjuntamente las normas sobre competencia (como en el caso de un cártel) es adecuado disponer que esos coinfractores sean conjunta y solidariamente responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción» (considerando 37 de la Directiva).

No obstante, ese régimen de responsabilidad conjunta y solidaria tendría efectos perjudiciales señaladamente sobre el beneficiario de exención, al poderse convertir en objetivo principal de las demandas de daños con carácter solidario, tal como expone el considerando 38 de la Directiva al señalar que «la resolución de la autoridad de la competencia por la que se constata una infracción puede hacerse firme para el beneficiario de la dispensa antes de que sea firme para otras empresas a las que no se haya concedido la dispensa, convirtiendo por tanto al beneficiario de la dispensa en el objetivo preferente de cualquier litigio».

Para atajar el desincentivo que se produce en estas circunstancias, el art. 11 de la Directiva, en sus párrafos 4, 5 y 6, exceptúa de la responsabi-

<sup>44</sup> La solidaridad impropia, de construcción jurisprudencial, se predica de los supuestos en los que «hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad» (STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 1998, rec. 1892/1994). Asimismo, STS, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1996 se refiere al «reiterado criterio de la Sala conforme al cual puede declararse la solidaridad de la obligación de reparar el daño cuando no existen datos suficientes para atribuir cuotas concretas» (rec. 3452/1992).



alidad conjunta y solidaria al *immunity recipient*<sup>45</sup>, estableciendo a su vez un régimen específico para los casos de *umbrella damages*<sup>46</sup> y casos de insolvencia del resto de coinfractores<sup>47</sup>. Las dudas relativas a la justicia material de esta solución, por contraste con el derecho al pleno resarcimiento de los perjudicados por el cártel, son oportunamente resueltas por la Directiva en sede de considerandos, al señalar el papel clave que desempeñan las empresas solicitantes de exención en la detección de cárteles, lo que de por sí mitiga el perjuicio que podría haberse causado a las víctimas del cártel de continuar la infracción (considerando 38).

La LDC, en su transposición de la Directiva, prevé que los beneficiarios de la exención de pago de la multa en el marco de un programa de clemencia solo responden solidariamente ante otras partes perjudicadas distintas de sus propios compradores o proveedores, directos o indirectos, cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas partícipes en el cártel:

«Artículo 73

[...]

4. Como excepción a [la regla general], los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia serán responsables solidariamente:

- a) Ante sus compradores o proveedores directos o indirectos, y
- b) ante otras partes perjudicadas solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia».

Esa responsabilidad subsidiaria del beneficiario de exención, para los casos excepcionales de falta de solvencia conjunta del resto de infractores, deriva del principio de pleno resarcimiento, y corresponderá al perjudicado o perjudicados demandantes la carga de probar tal imposibilidad de obtener resarcimiento a través del resto de infractores no beneficiarios de la exención.

<sup>45</sup> H. BROKELMANN, «La Directiva de daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, 2015, pp. 13-14, considera que solo están incluidos en el art. 11 de la Directiva los beneficiarios de exención, dada la redacción del precepto en la versión inglesa («immunity»), en la francesa («immunité») y en la alemana («Kronzeuge»), y dado el origen estadounidense del concepto, por lo que la versión española de la Directiva (que utiliza el término «beneficiario de clemencia») sería incorrecta en este extremo. J. MARTÍ MIRAVALLS, «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, señala cómo el Derecho italiano y el francés han transpuesto la Directiva previendo como beneficiario del privilegio derivado de eludir la responsabilidad solidaria exclusivamente al beneficiario de la exención, no al eventual beneficiario de reducción, en consonancia con la finalidad de la Directiva.

<sup>46</sup> Como es sabido, el TJUE ha establecido que el derecho a la plena indemnización abarca los daños causados relacionados con los precios artificialmente elevados cobrados por una empresa como resultado de un cártel del que tal empresa no fue partícipe (Sentencia de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, *Kone y otros*).

<sup>47</sup> E. OLMEDO PERALTA, «La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, 2016, p. 401, subraya la alteración del régimen general de responsabilidad solidaria que introduce a estos efectos la normativa relativa a daños derivados en beneficio del programa de clemencia.

Algunos autores consideran que este beneficio justifica por sí solo el acudir al programa de clemencia incluso en el caso en el que se diera acceso a terceros, a los efectos de interponer demandas de daños, a las declaraciones de clemencia<sup>48</sup>.

La dispensa de responsabilidad conjunta y solidaria puede verse como un incentivo especialmente valioso para aquellas empresas partícipes en un cártel con una menor cuota en el mercado afectado por la infracción. Para esas empresas, responsables de un menor volumen de compradores o proveedores directos o indirectos del producto cartelizado, es más ventajoso solicitar el beneficio de clemencia, ya que así consiguen circunscribir la esfera de daños indemnizables, evitando el riesgo de ser demandadas solidariamente por los sobrecostes generados por otras empresas del cártel con mayor cuota de mercado. Cuanto mayor sea el número de empresas partícipes en el cártel y más dispares resulten sus respectivas cuotas de mercado, el potencial desestabilizador de este efecto será más alto, en la medida en que la solidaridad supone una carga proporcionalmente superior para las empresas con un número inferior de compradores directos e indirectos.

Mientras que el resto de infractores comparte el riesgo de que alguno de los partícipes en la infracción finalmente no pueda responder de sus obligaciones frente a los demandantes de daños, así como de tener que responder *ad extra* para después activar las correspondientes acciones de repetición frente a sus coinfractores, el beneficiario de exención no responde más que en el poco probable supuesto de insolvencia del resto de partícipes en el cártel. En vista de ello, el beneficiario de exención no será el destinatario preferido de las demandas de daños. La ventaja, por tanto, es doble: menor alcance de los daños a los que hacer frente, por un lado, y menor probabilidad de ser demandado, por otro.

Así pues, desde la perspectiva de la defensa jurídica de las víctimas de un cártel, los criterios que determinan la elección de la empresa cartelista demandada en una reclamación de daños han cambiado: antes de la Directiva el solicitante de exención que se había autoinculcado podía ser considerado el primer sujeto pasivo de la demanda de daños; tras la Directiva, este pasa a ser el demandado de último recurso, salvo, en su caso, respecto de los adquirentes o proveedores directos e indirectos. Se produce, en suma, un incremento del riesgo de ser elegido el objetivo de las acciones de daños para el resto de infractores distintos del beneficiario de exención.

En otro orden de cosas, la diferencia de trato entre el beneficiario de exención y el beneficiario de reducción, el cual no obtiene un trato especial en lo tocante a la responsabilidad conjunta y solidaria, responde al reconocimiento del papel clave del primero en posibilitar la detección misma del cártel. Si bien esto supone un desincentivo para el solicitante de re-

<sup>48</sup> C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, pp. 109 y 111.



ducción<sup>49</sup>, la solución de extender la exención de responsabilidad conjunta a los beneficiarios de reducción eliminaría, o limitaría notablemente, los efectos positivos para el beneficiario de exención de la regla de exclusión de la responsabilidad conjunta y solidaria<sup>50</sup>.

Otro elemento a tener en cuenta, a la hora de enjuiciar esa diferencia de trato, es que el beneficiario de reducción podrá estar con mayor probabilidad en posición de recurrir en vía administrativa la resolución sancionadora (cosa que no sucederá, como regla, con el beneficiario de exención), por razón de discrepar con la CNMC en cuanto al porcentaje de reducción de multa finalmente aplicado, retrasando de tal forma para sí la fecha de firmeza de la resolución, y evitando convertirse en el objetivo preferente de las reclamaciones de daños.

La posición privilegiada del beneficiario de exención incide también en el derecho de repetición del resto de infractores. Así, en el supuesto de que un coinfractor abone daños con carácter solidario, podrá repetir frente al resto de infractores un importe a determinar según la responsabilidad relativa de cada uno por el perjuicio conjunto ocasionado por el cártel. Frente al beneficiario de exención, en cambio, no podrá demandar más que la cuantía del perjuicio que este haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores, directos o indirectos, tal y como establece el art. 73.5 de la LDC:

«5. El infractor que hubiera pagado una indemnización podrá repetir contra el resto de los infractores por una cuantía que se determinará en función de su responsabilidad relativa por el perjuicio causado.

El importe de la contribución del infractor beneficiario de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia no excederá de la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores, el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio».

Si bien la intelección de este último párrafo del artículo puede resultar confusa<sup>51</sup>, se refiere —como la Directiva— al porcentaje que le correspon-

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, antes de la adopción de la Directiva, a favor de que también se le exceptione de la responsabilidad conjunta y solidaria, como reconocimiento del valor que tales beneficiarios de reducción aportan a las investigaciones de la Autoridad británica de la competencia, *Private Actions in Competition Law: a consultation on options for reform. The OFT's response to the Government's Consultation*, julio de 2002, párrafo 5.4, p. 20.

<sup>50</sup> En el mismo sentido, véase Centre for European Policy Studies, Erasmus University Rotterdam y LUISS Università, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pp. 521-522, donde se incluyen más razones para restringir la exención de responsabilidad conjunta al beneficiario de exención o, a lo sumo, al primer beneficiario de reducción.

<sup>51</sup> Véase, calificando como confusa la regulación de la Directiva sobre las reglas de reparto interno de la responsabilidad solidaria, y señalando la conveniencia de que la transposición al Derecho interno aclarara este extremo, A. M.ª TOBÍO RIVAS, «La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/1 04/UE», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, p. 105.

da por el daño sufrido por cualquier otro perjudicado que no sea comprador directo o indirecto de ninguno de los coinfractores (daños derivados del llamado «efecto paraguas»)<sup>52</sup>.

#### IV. OTROS FACTORES A INCLUIR EN LA ECUACIÓN

##### A. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO Y RESPONSABILIDAD DE DIRECTIVOS

El régimen de protección del programa de clemencia en el marco de las demandas de daños que deriva de la Directiva y su transposición al derecho nacional, se ve reforzado por dos institutos que coadyuvan a acentuar los incentivos del partícipe en un cártel para presentar solicitudes de exención.

Tras la reciente introducción en nuestro ordenamiento de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia<sup>53</sup> se ha añadido un nuevo instrumento de lucha contra las conductas infractoras de la LDC<sup>54</sup> que aúna los fines del Derecho de la Competencia y de la contratación pública. Ese instrumento se recoge actualmente en el art. 71 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP):

«Artículo 71. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

<sup>52</sup> Algunos autores hacen una interpretación incluso más beneficiosa para el beneficiario de exención. Así, J. MARTÍ MIRAVALLS, «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, p. 46: «El beneficiario del programa de clemencia, no solo tiene privilegios en la vertiente externa de la solidaridad, sino también en la interna, en coherencia con el privilegio conferido ex art. 11.4 Directiva 2014/104/UE. Su responsabilidad interna frente a otros infractores queda limitada a un máximo: la cuanta del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Si dicho máximo no ha sido alcanzado, el beneficiario de la clemencia responde, en relación con el perjuicio ocasionado a terceros distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos, en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio. Pero si dicho importe se ha alcanzado, el beneficiario de clemencia ya no responde internamente». Apoyando tal tesis, pero entendiendo que sería conveniente que se regulara con precisión en fase de transposición nacional, A. M.<sup>a</sup> TOBÍO RIVAS, «La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/104/UE», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, 2016-2017, p. 106.

<sup>53</sup> Instituto introducido inicialmente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disp. Final novena LRJSP) en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (arts. 60 y ss.).

<sup>54</sup> Como antecedente de esta previsión, el art. 20, letra *d*), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas consideraba causa de prohibición de contratar con la Administración la circunstancia concurrente en las personas físicas o jurídicas de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado». Tal previsión fue recogida posteriormente por el art. 49.1.c) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público. No obstante, una interpretación de la previsión como referida a la normativa de protección de los consumidores y/o comercio interior ha llevado a que tal prohibición no se haya visto anudada, hasta la fecha, a resoluciones sancionadoras de la Autoridad de la competencia española. Tampoco el concepto de falta en materia profesional ha sido interpretado para extraer como consecuencia anexa a una resolución sancionadora de las Autoridades de la competencia españolas la prohibición de contratar.



b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de falseamiento de la competencia».

La LCSP prevé, con una redacción imperfecta, que permite incluir al beneficiario de reducción, la excepción a la declaración de prohibición de contratar para supuestos de aplicación del programa de clemencia:

«Artículo 72:

5. No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia».

Si una empresa se arriesga a ser excluida de futuras licitaciones públicas, se reducen drásticamente sus incentivos para solicitar clemencia. La prohibición resulta más dañosa para aquellos operadores cuya actividad descansa de modo principal o muy relevante en el sector de las licitaciones públicas. En el caso de empresas que contratan casi en exclusiva con las distintas administraciones públicas, la prohibición de contratar anudada a su declaración como infractora supondrá un factor determinante en la opción de acogerse al programa de clemencia. En suma, si la empresa en cuestión puede evitar que se le aplique una prohibición de contratar como consecuencia adicional de ser beneficiaria del programa de clemencia, se incrementan los incentivos para solicitar la exención.

Al ponderar el riesgo de acudir o no a la CNMC con una solicitud de exención, las empresas deben tener en cuenta un factor adicional a los ya mencionados, a saber, la posibilidad de que se sancione a título individual a directivos y representantes de empresas infractoras (art. 63.2 LDC). Desde el inicio de actividad de la CNMC, se han impuesto sanciones a directivos y representantes de empresas infractoras en un total de cinco expedientes sancionadores<sup>55</sup>.

Pues bien, las personas físicas pueden solicitar en su propio nombre y obtener, si se dan las circunstancias del art. 65 de la LDC, una exención

<sup>55</sup> Cfr. Resoluciones de la CNMC de 26 de mayo de 2016, expte. S/0504/14, AIO; de 30 de junio de 2016, expte. S/DC/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*; de 10 de noviembre de 2016, expte. S/0555/15, *Prosegur-Loomis*; de 23 de febrero de 2017, expte. S/DC/0545/15, *Hormigones de Asturias*, y de 3 de mayo de 2018, expte. S/DC/0584/16, *Agencias de Medios*. En dos de tales expedientes han recaído ya sentencias de la Audiencia Nacional confirmando tanto la sanción como la corrección de la publicación de los nombres de los directivos sancionados en la resolución, tal como precisan el art. 69 de la LDC y el art. 37 de la LCCNMC (Sentencias de la AN de 20 de abril y 14 de septiembre de 2017, recursos 9/2016 y 10/2016, respectivamente, en relación con el expte. S/DC/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*, y Sentencias de la AN de 14 de marzo de 2018, recurso 352/2016, y de 13 de junio de 2018, recurso 356/2016, ambos en relación con el expte. S/DC/0504/14, AIO). En otros dos casos sancionados en el expte. S/DC/0504/14, AIO, la AN ha anulado la sanción.

total de multa. La exención o reducción concedida a una persona física representante o directivo de una empresa, a resultas de la correspondiente solicitud formulada a título personal, no conlleva que se beneficie de esa exención o reducción a la empresa, puesto que la LDC no prevé esa consecuencia, como sí sucede en el supuesto contrario (arts. 65.3 y 66.4 LDC). A su vez, la exención concedida a una persona física a título personal conforme al art. 65 de la LDC impide que cualquier otro solicitante posterior (sea persona física o jurídica) pueda ya beneficiarse de la exención<sup>56</sup> de multa y del beneficio adicional de limitación de la responsabilidad solidaria.

La opción de presentar en su propio nombre una solicitud de clemencia, para eludir las sanciones a directivos, incrementa exponencialmente las posibilidades de que un cártel sea conocido y sancionado por la CNMC, exponiendo a las empresas partícipes a las consecutivas demandas de daños. El directivo o ex directivo que decida acudir al programa de clemencia no tiene ningún desincentivo vinculado al temor a recibir demandas de daños, que son altamente improbables frente a personas físicas, y por el contrario puede tener razones muy diversas para ser el primero en solicitar la exención; entre otras, pero no solo, evitar una posible multa o fortalecer su posición en un procedimiento laboral de despido. En consecuencia, el cálculo de probabilidades que pudiera hacerse una empresa sobre la base de que el resto de partícipes en el cártel mantendrán en secreto la infracción, al considerar que para cualquiera de ellas el riesgo de afrontar daños supera los beneficios del programa de clemencia, se ve distorsionado por la posibilidad de que sea una persona física la que acuda primero a la CNMC como solicitante de exención.

## B. LA GENERALIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* Y LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA

Existen otros factores que, más allá de la cuestión relativa al diverso modo en que las demandas de daños derivados afectan al solicitante de clemencia, pueden contribuir a mantener la salud del programa de clemencia a despecho de los negativos augurios que sobre él se han vertido tras la implementación de la Directiva de daños.

Me refiero, en primer lugar, a la creciente implantación de los programas de *compliance* en el ámbito empresarial, como resultado de la generalización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y el beneficio de exención de esa clase de responsabilidad si se verifica que la empresa ha establecido «modelos de organización y gestión» que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos<sup>57</sup>. Sin duda, ello consti-

<sup>56</sup> Sobre el específico papel de las multas a directivos como factor favorecedor de la detección de cárteles me permito remitir al lector a M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2015, pp. 178-181.

<sup>57</sup> Cfr. art. 31 bis 2 del Código Penal y Circular 1/2016, de la Fiscalía sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con instrucciones a los fiscales para valorar la eficacia de los *compliance guides* o programas de cumplimiento normativo adoptados y ejecutados en las empresas.



tuye un elemento adicional en favor del recurso a la solicitud de exención en el marco del art. 65 de la LDC: un programa de *compliance* eficaz, aunque no logre evitar la infracción de cártel, aumentará las posibilidades de detectarlo de forma temprana, lo que conlleva el claro beneficio de optar al programa de clemencia, y a la correspondiente exención de multa y de responsabilidad solidaria en demandas de daños, como primer solicitante.

De forma análoga, y en segundo lugar, los procesos de reestructuración societaria están llamados a seguir siendo, como lo han sido la fecha y pese al riesgo de demandas de daños sucesivas, un elemento promotor de solicitudes de clemencia<sup>58</sup>. En los contextos negociación previos a operaciones de adquisición de empresas la mercantil adquirente puede delimitar contractualmente o bien trasladar al propio precio de la operación el cálculo sobre los riesgos de demandas de daños derivados de la conducta infractora de la empresa que va a ser adquirida<sup>59</sup>.

Ambos aspectos merecen un tratamiento propio que excede de los objetivos del presente trabajo.

## V. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN AVENTAJADA DEL BENEFICIARIO DE CLEMENCIA FRENTE AL RESTO DE INFRACTORES ANTE RECLAMACIONES DE DAÑOS DERIVADOS

En el marco de la elaboración, adopción y transposición de la Directiva de daños, se ha extendido la consideración de que la creciente exposición a las demandas de daños constituye un desincentivo estructural para los potenciales solicitantes de clemencia, puesto que tales reclamaciones son una consecuencia de la participación en el cártel que no solo no cabe ser eludida solicitando la clemencia, sino que la propia solicitud de exención del pago de la multa puede provocar<sup>60</sup>.

Frente a ese entendimiento, he sostenido la tesis de que las acciones de daños no solo no perjudican, sino que mejoran la efectividad de los programas de clemencia, al elevar el coste de no solicitar la exención en la hipótesis —típica de los escenarios de clemencia— de que otra empresa o

<sup>58</sup> La Comunicación de clemencia de la CNC de 2013 se refiere expresamente, entre las posibles solicitantes de clemencia, a la empresa sucesora de la que originariamente participó en el cártel, párrafo 14.

<sup>59</sup> J. M.ª BAÑO FOS, «Clemencia y aplicación privada: una visión desde la abogacía», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, 2016, pp. 234-235, señala una serie de razones por las que considera que «actualmente el riesgo de una futura acción de daños y perjuicios no es un obstáculo suficientemente serio para que una compañía decida renunciar a formular una solicitud de clemencia». Entre tales razones apunta la posibilidad de que, si la solicitud de clemencia deriva de un proceso de modificación estructural con cambio de dirección tras la correspondiente *due diligence*, la empresa adquirente se proteja contractualmente de forma anticipada estableciendo que los vendedores deban asumir las reclamaciones de daños y perjuicios derivados de conductas ilícitas anteriores.

<sup>60</sup> Véase B. SNYDER, «Challenges to Leniency Posed by the Proliferation of Leniency Programs and Private Enforcement», *OCDE Note*, 22 de mayo de 2018, p. 3.

persona física participe en la conducta infractora haga uso del programa de clemencia o la autoridad detecte el cártel de oficio. La posición del solicitante de clemencia tras la reforma de la LDC no solo se mantiene blindada, sino que incluso se ve fortalecida por el tratamiento que recibe en materia de imposibilidad de acceso a la declaración de clemencia y de dispensa de la responsabilidad conjunta y solidaria por los daños generados por el cártel<sup>61</sup>.

El análisis de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2017 permite concluir que los incentivos para coludir disminuyen en un contexto de potenciación de las demandas de daños, a la vez que los alicientes para presentar solicitudes de exención se incrementan, a la vista del régimen de protección reforzada otorgado al beneficiario del programa de clemencia<sup>62</sup>.

Si hasta la fecha el más poderoso incentivo del programa de clemencia era la exención o reducción de la multa por comparación al resto de partícipes en la infracción, de tal modo que el recurso a la clemencia es siempre una función de la percepción del riesgo de seguir coludiendo, cabe decir que este riesgo se ha acentuado tras la Directiva de daños y, en el caso español, tras otras modificaciones normativas y evoluciones en el enfoque estratégico de la actuación de la autoridad de la competencia coincidentes en el tiempo con la transposición de esa Directiva.

Solo habría un grupo de casos a los cuales no sería aplicable ese aumento de los incentivos para solicitar clemencia: el de aquellos cárteles en los que todas las empresas partícipes perciban como despreciable la posibilidad de detección de oficio. No obstante, en tales supuestos el recurso al programa de clemencia tampoco se plantearía aun en ausencia de la nueva regulación armonizada sobre demandas de daños. Es más, la existencia de una normativa facilitadora de la interposición y potencial éxito de demandas de daños puede ser un factor que contribuya a la detección de tales cárteles, al ser mayor la probabilidad de que las autoridades de la competencia reciban información relevante procedente de proveedores o consumidores —intermedios o finales— víctimas del cártel, posibilidad por cierto que se acentúa a medida que se *profesionaliza* el sector de los demandantes de

<sup>61</sup> Algunos autores, no obstante, consideran que debería irse más allá en la protección del solicitante de clemencia. Así, D. GERADIN y L. A. GRELIER, «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, noviembre de 2013, pp. 1-21, a la vista del texto propuesto por la Comisión defienden la necesidad de ampliar todavía más el ámbito de documentación procedente del beneficiario de clemencia no exhibible a efectos de acciones de daños, así como una exclusión absoluta en la responsabilidad solidaria, para evitar supuestos excepcionales en los que la anulación posterior de la resolución sancionadora por cuestiones procesales, por ejemplo, coloque en una posición vulnerable al beneficiario de clemencia, al verse imposibilitado para hacer uso de las acciones de regreso frente a los declarados copartícipes en el cártel y cuya responsabilidad sea revocada en sede contenciosa.

<sup>62</sup> Esa protección de la clemencia ha llevado a algunos autores a señalar críticamente que ciertas previsiones de la Directiva priorizan el sistema de aplicación pública, menoscabando el objetivo de la plena compensación de los daños. Véase C. MIGANI, «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, 2014, p. 81.



daños mediante operadores que adquieren masivamente derechos de reclamación de múltiples damnificados por conductas de cártel<sup>63</sup>. La propia Directiva reconoce la existencia de ese mercado de reclamaciones de daños, al señalar en su art. 73 que: «Los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación».

A título de ejemplo, uno de los agentes que ofrecen servicios a los titulares de acciones por daños derivados de cárteles, *Cartel Damages Claims (CDC)*, brinda un servicio denominado *Leniency PLUS+* basado en que el beneficiario de exención proporcione información y datos que faciliten las acciones de daños frente a otros partícipes en el cártel: además de un descuento sobre la responsabilidad que corresponda al beneficiario de clemencia sobre los daños generados a sus compradores o proveedores directos, CDC se compromete a no ejercer acciones de responsabilidad solidaria frente a los partícipes en el cártel que cooperen en el éxito de las demandas de daños<sup>64</sup>.

En otro orden de cosas, en el caso de que el dañado sea una administración pública, típicamente en supuestos de colusión en licitaciones públicas, es muy razonable pensar que la misma decida dirigir su reclamación de perjuicios a otros participantes en la infracción distintos del solicitante de exención, por coherencia con la política pública de promoción de la competencia.

En fin, la preocupación por la robustez de los programas de clemencia, para ser genuina, debe evitar que el argumento de la generalización de las reclamaciones de daños contamine el análisis de los factores auténticamente capaces de provocar una reducción en el atractivo del programa de clemencia.

A mi entender, la clave del éxito en materia de disuasión de infracciones de cártel radica en la coherencia del sistema y del procedimiento de cle-

<sup>63</sup> Véase C. CANENBLEY y T. STEINVORTH, «Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, núm. 4, 2011, p. 320, quienes señalan que la posibilidad de recibir indemnización por los daños derivados de una infracción de competencia genera un incentivo a la detección de cárteles por inversores privados, existiendo fondos de inversión que invierten en la adquisición de demandas de daños frente a cartelistas. A la Directiva no se le oculta la existencia de ese mercado de reclamaciones de daños. Conforme a su art. 73, «los Estados miembros velarán por que las pruebas que sean obtenidas por una persona física o jurídica exclusivamente mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia y que no estén contempladas en los apartados 1 o 2 solo puedan ser utilizadas en una acción por daños por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación».

<sup>64</sup> Tal como se publicita en su página web ([www.carteldamageclaims.com](http://www.carteldamageclaims.com)): «In the end, cartel members might even benefit twice if they decide to cooperate under both the public immunity programs and the CDC Leniency PLUS+ concept».

mencia, la cual a su vez está en función de: i) la amenaza plausible de multas verdaderamente disuasorias confirmadas en sede contenciosa, también para directivos; ii) la percepción de la existencia de un alto riesgo de detección de oficio, reforzada a su vez mediante la potenciación de mecanismos que faciliten la posibilidad de informar anónimamente a las autoridades de competencia sobre conductas de cártel<sup>65</sup>, y iii) la aplicación efectiva y ponderada de otros instrumentos sancionadores o consecuencias anudadas a la infracción de falseamiento de la competencia, como la prohibición de contratar con el sector público, de la que queden exentos los beneficiarios de clemencia, y la inhabilitación de administradores y directivos partícipes en la conducta<sup>66</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. (2015): «Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento», *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, pp. 161-184.
- BAÑO FOS, J. M.<sup>a</sup> (2016): «Clemencia y aplicación privada: una visión desde la abogacía», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 231-244.
- BROKELMANN, H. (2015): «La Directiva de daños y su transposición en España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 37, pp. 1-24.
- BUCCIROSSI, C.; MARVAO, C., y SPAGNOLO, G. (2014): «Leniency and Damages», *Working Paper*.
- CANENBLEY, C., y STEINVORTH, T. (2011): «Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, núm. 4, pp. 315-326.
- CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D.: «La transposición de la *Directiva de daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, pp. 421-445.
- CAUFFMAN, C. (2011): «The Interrelationship between Leniency and Damages Actions», *Competition Law Review*, vol. 7 (2), pp. 181-220.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2016): «Programas de clemencia y acciones de daños: una conflictiva relación», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 261-284.

<sup>65</sup> Véase W. WILS, «Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», *World Competition*, 40 (1), 2017, pp. 45-46, señalando como elemento clave para mantener el atractivo de los programas de clemencia la detección de oficio, particularmente potenciando las denuncias y los informantes anónimos. El Plan estratégico de la CNMC para 2018 (disponible en la *web* de la CNMC) apunta igualmente en tal dirección, al potenciar distintos instrumentos al servicio de la detección de oficio: un buzón de colaboración (*whistle-blowing mailbox*), programas de formación que los técnicos de la CNMC imparten a unidades de contratación en el sector público, el análisis de datos de licitaciones públicas para la detección casos de colusión en licitaciones públicas, y la configuración de una Unidad de Inteligencia.

<sup>66</sup> En OCDE, *Challenges and Co-ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat*, 5 de junio de 2018, p. 7, se señala como precondiciones clave para la existencia de un programa de clemencia efectivo el alto riesgo de detección, el importe significativo de las multas, y la transparencia y predictibilidad del propio programa.



- DÍEZ PICAZO, I. (2008): «Sobre algunas dificultades para la llamada «aplicación privada» de las normas de competencia en España», 1989-2007. *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, pp. 53-74.
- GERADIN, D., y GRELIER, L. A.: «Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?», *Working Paper*, pp. 1-21, disponible en *ssrn.com*.
- GUZMÁN CASTILLA, F. (2016): «Clemencia y aplicación privada: una visión desde las autoridades de competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 245-260.
- GUERRA FERNÁNDEZ, A. (2006): «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», *GJUE*, núm. 243, junio, pp. 18-34.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2008): «La Aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, pp. 103-117.
- LÓPEZ GÁLVEZ, I. (2015): «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración y desafíos actuales», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, pp. 1021 y ss.
- MAILLO, J., y MILLA, P. (2015): «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, pp. 39-67.
- MARTÍ MIRAVALLS, J. (2016-2017): «Acciones de daños por infracción del derecho de la competencia: responsabilidad conjunta y prescripción», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, pp. 29-54.
- MARVÃO, C., y SPAGNOLO, G. (2015): «On Leniency, Damages and Deterrence», *Policy Brief Series*, febrero.
- MIGANI, C. (2014): «Directive 2014/104/EU: In Search of a Balance between the Protection of Leniency Corporate Statements and Effective Private Competition Law Enforcement», *Global Antitrust Review*, pp. 81-111.
- OLMEDO PERALTA, E. (2016): «La incidencia de las acciones por daños sobre la efectividad de los programas de clemencia y la estabilidad de los cárteles en el derecho europeo de la competencia», *La compensación de los daños por infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, pp. 391-426.
- SNYDER, B. (2018): «Challenges to Leniency Posed by the Proliferation of Leniency Programs and Private Enforcement», *OCDE Note*, 22 de mayo.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2014): «Derecho de la competencia, programa de clemencia y reclamación de daños y perjuicios: nuevo escenario para la abogacía», *Actualidad Jurídica*, 25 de junio, pp. 2-10.
- TOBÍO RIVAS, A. M.<sup>a</sup> (2016-2017): «La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/104/UE», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 37, pp. 83-116.
- TÓTH, T. (2016): «The Interaction of Public and Private Enforcement of Competition Law Before and After the EU Directive —a Hungarian Perspective», *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, pp. 43-67.
- WAGNER-VON PAPP, F. (2016): «Access to Evidence and Leniency Materials», febrero, disponible en *ssrn.com/abstract=2733973*.
- WILS, W. (2017): «Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», *World Competition*, 40 (1), pp. 3-46.

# CAMIONES, SOBRES DE PAPEL, AZÚCAR Y EL SEGURO DECENAL: SOBRE LOS CÁRTELES EN ESPAÑA Y LAS ACCIONES RESARCITORIAS DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Fernando Díez ESTELLA

Profesor Titular (acreditado) de Derecho Mercantil, Centro Universitario Villanueva (adscrito a la Universidad Complutense de Madrid) [fdiez@villanueva.edu](mailto:fdiez@villanueva.edu)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CUESTIÓN DE LA PREJUDICIALIDAD: A. Consideraciones previas. B. El *cártel del seguro decenal* ante la autoridad administrativa. C. La acción de resarcimiento patrimonial. D. La valoración del Juzgado Mercantil. E. La revisión por la Audiencia Provincial.—III. ASPECTOS PROCESALES SOBRE COMPETENCIA OBJETIVA Y JURISDICCIÓN: A. El *cártel del azúcar*. B. La jurisdicción competente para conocer acciones de daños *antitrust*.—IV. LA VALORACIÓN ECONÓMICA DE LOS DAÑOS: A. Consideraciones previas. B. El precedente en el caso *Mussat*. C. El *cártel de los sobres de papel*. D. El *cártel de los camiones*. E. Los informes económicos de cuantificación del daño.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Unión Europea y sus Estados miembros, es innegable que el Derecho de Defensa de la Competencia está experimentando una auténtica revolución derivada principalmente de la aprobación de la Directiva<sup>1</sup> 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia. En España, esta profunda transformación se ha incorporado al Derecho interno por Real Decreto-ley<sup>2</sup> 9/2017, de 26 de mayo.

La Directiva 2014/104/UE pretende armonizar y mejorar la regulación en los diferentes Estados miembros de la UE de las acciones civiles que

<sup>1</sup> Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, *DOUE* L 349/1, de 5 de diciembre de 2014.

<sup>2</sup> Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, *BOE* núm. 126, p. 42820, de 27 de mayo de 2017.



contemplan el resarcimiento patrimonial de quien se ha visto perjudicado por un ilícito anticompetitivo<sup>3</sup>.

La posibilidad de reclamar los daños y perjuicios patrimoniales que resulten de la conducta anticompetitiva, ante la jurisdicción civil ordinaria, existía en términos teóricos y genéricos desde el Tratado de Roma de 1957, o en España desde la Ley 16/1989, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, pero su virtualidad real no se ha desplegado hasta este movimiento de «*private enforcement*» y la Directiva de Daños.

En efecto, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*<sup>4</sup>, del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy TJUE) como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la «plena compensación», en consonancia con la Resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo<sup>5</sup> y los primeros pronunciamientos<sup>6</sup> que ha dictado a este respecto el TJUE, se consagra ahora como uno de los pilares de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE. Poco tiempo después de *Courage*, en el año 2006, la sentencia del TJCE en el asunto *Manfredi*<sup>7</sup> desarrollaría aún más este principio, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta *antitrust*.

Así, se puede apreciar<sup>8</sup> que tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de la UE existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula<sup>9</sup>. Lo que no ofrecía ninguna duda desde el primer momento es que

<sup>3</sup> Además, aunque este aspecto concreto ha tenido mucho menos recorrido en la práctica, el texto legal vino acompañado de una serie de documentos de *soft law* relativos a las acciones colectivas: *Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*, DOUE L 201, de 26 de julio de 2013, pp. 0060-0065.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, rec. 2001 p. I-6297.

<sup>5</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)], DOUE núm. C 117/E, de 6 de mayo de 2010, p. 161: «Las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado».

<sup>6</sup> Véanse, entre otros, asunto 68/79, *Hans Just v. Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501; asunto 199/82, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio* [1983] ECR 3595; asuntos C-192/95, *Comateb and others v. Directeur général des douanes et droits indirects* [1997] ECR I-165, C-295/04, *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

<sup>8</sup> C. HERRERO SUÁREZ, «La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008.

<sup>9</sup> Nos estamos refiriendo al antiguo art. 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establecía una suerte de «prejudicialidad» administrativa, de modo que solo sobre

ambos sistemas (la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia) están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto es así por diseño explícito de las autoridades legislativas, desde el entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio —*deterrence*— a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva. Pensamos que este «equilibrio» es el que permitirá superar las objeciones<sup>10</sup> y las críticas<sup>11</sup> que, naturalmente, también se han puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada.

Sin embargo, la implementación en la práctica de este nuevo marco legal está experimentando algunas problemáticas, que serán objeto de estudio en este artículo. No se hablará de todas las cuestiones que se están suscitando, sino de tres aspectos muy concretos, que a nuestro juicio merecen especial interés: la vinculación al juez civil por la decisión de la autoridad administrativa (que será objeto de análisis en el apdo. II); cuál es la jurisdicción competente en el orden civil-mercantil para conocer de las acciones de daños (que se examinará en el apdo. III); y, finalmente, el valor que haya de concederse a la cuantificación de los daños a través del informe económico de los peritos (se abordará esta cuestión en el apdo. IV). Todas ellas se analizarán desde el punto de vista de la normativa aplicable, y se van a ilustrar con asuntos que ya han sido abordados por la jurisprudencia: se trata de las acciones de daños ejercidas como consecuencia del *cártel del seguro decenal*, del *cártel de los camiones*, del *cártel del azúcar*, y del *cártel de los sobres de papel*. Por último, en el apartado V de este trabajo se ofrecen una serie de conclusiones y valoración global de las cuestiones examinadas.

## II. LA CUESTIÓN DE LA PREJUDICIALIDAD

### A. CONSIDERACIONES PREVIAS

La problemática de la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de Competencia en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa *antitrust* ha sido estudiada en profundidad por la doctrina<sup>12</sup>, desde el

la base de una Resolución firme de la Autoridad pública correspondiente podían los particulares entablar la acción de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil.

<sup>10</sup> T. EGER y P. WEISE, «Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler's view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases», *Global Competition Law Review*, Issue 4, 2010, pp. 151-159.

<sup>11</sup> J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, <http://www.indret.com> (Barcelona, julio de 2009).

<sup>12</sup> Véase, por todos, A. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, «El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho antitrust», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, octubre de 2015, pp. 114-157.



momento mismo en que se publicó la propuesta de Ley<sup>13</sup> de transposición de la Directiva de Daños; a esos estudios nos remitimos para un análisis exhaustivo, ya que excede con creces el ámbito de este comentario. Aquí nos limitaremos a destacar sus rasgos esenciales, ilustrándolo con el ejemplo del *cártel del seguro decenal*, y la acción de daños ejercida por la aseguradora Musaat.

En el plano comunitario esta cuestión no ofrece ninguna dificultad, ya que desde las conocidas Sentencias *Delimitis*<sup>14</sup> y *Masterfoods*<sup>15</sup>, está clara —ex art. 16 del Reglamento núm. 1/2003— la obligación del juez nacional de respetar las decisiones de la Comisión Europea, incluso si aún no estuviesen adoptadas (pero sí «previstas»).

Sin embargo, en el plano de Derecho interno, el valor que se atribuya a las decisiones de la autoridad de competencia que se hayan dictado<sup>16</sup> en el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de conductas anti-competitivas (las llamadas acciones «*follow-on*»), es un tema de la mayor trascendencia y complejidad, ya que es precisamente la existencia de esa decisión lo que motiva el ejercicio de la acción resarcitoria. Incluso las sentencias firmes emanadas de la revisión jurisdiccional que confirman las sanciones impuestas por las autoridades de competencia, tampoco vincularían al tribunal civil en virtud del art. 12 de la LOPJ<sup>17</sup>, siendo la jurisprudencia del TS es muy taxativa a este respecto<sup>18</sup>.

Como puso de manifiesto en una publicación doctrinal<sup>19</sup> hace casi una década el magistrado ponente del pronunciamiento de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que acabamos de citar, es evidente que la relación entre litigios pertenecientes a distintos órdenes jurisdiccionales no es una cues-

<sup>13</sup> Especialmente completo, riguroso y acertado es el análisis de C. HERRERO SUÁREZ, «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*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2016, pp. 150-183.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger-Bräu AG*, asunto C-234/89, rec. 1991 I-00935 (ECLI:EU:C:1991:91).

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, asunto C-344/98, rec. 2000 I-11369 (ECLI:EU:C:2000:689).

<sup>16</sup> Así lo señaló, con acierto, F. JIMÉNEZ-LA TORRE, «Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, La Ley, núm. 25, La tercera de GJ, enero-febrero de 2012.

<sup>17</sup> «En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial». Véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (RJ 625/2008), dictada escasos días después de la publicación de la Propuesta de Directiva, y en la que se expresan reticencias sobre esta cuestión.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2015, rec. núm. 220/2013, RJ 191/2015 (ECLI: ES:TS:2015:191): «Bajo la normativa actualmente en vigor, no existe ninguna norma legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de la Competencia (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas» (FD 15).

<sup>19</sup> I. SANCHO GARGALLO, «Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia», *Revista electrónica Indret*, núm. 1, 2009, pp. 14 y ss.

tión pacífica, y sin embargo tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia reconocen la vinculación del juez civil a la resolución judicial de la Audiencia Nacional que confirme la resolución administrativa en virtud del efecto de cosa juzgada en sentido positivo o material. Por ello, tras referirse a la decisión de la CNC como un «instrumento de convicción de gran autoridad» para la jurisdicción civil, se señalaba a continuación en la Sentencia anteriormente citada que: «Esta previa resolución contencioso-administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil».

A este respecto, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE prevé que una resolución firme de una autoridad administrativa «se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional» (párr. 1.º), estableciendo el mandato para los órganos jurisdiccionales de que la tengan en cuenta «al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes» (párr. 2.º).

Tras un amplio debate, y barajar diferentes fórmulas legislativas para su transposición a nuestro Derecho interno, esta norma ha quedado consagrada en el nuevo art. 75 LDC, que bajo la rúbrica: «Efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia o de los tribunales competentes» establece (párr. 1.º):

«La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español».

La doctrina ha hecho una valoración positiva de esta fórmula adoptada por el legislador, destacando que «la vinculación de las decisiones administrativas requiere un elemento adicional: *la firmeza*. Firmeza que viene a manifestar la exigencia de intervención —o al menos, posibilidad de intervención— de una autoridad judicial que controle lo actuado por la administración. Sin firmeza y ante un mero pronunciamiento administrativo carente de respaldo judicial, una resolución de la CNMC (o de otra autoridad de competencia) no puede desplegar ningún efecto vinculante —*de iure*— (ni en relación a los hechos constatados ni a su calificación jurídica) ante la jurisdicción civil»<sup>20</sup>.

Se ha criticado —acertadamente— el diferente tratamiento de esta eficacia vinculante en función de que provenga de la autoridad de competencia propia del mismo Estado miembro o de otro<sup>21</sup>. Del mismo modo, ya que la firmeza puede emanar de una decisión administrativa y no de un pronunciamiento judicial, algunos autores van más lejos, pro-

<sup>20</sup> C. HERRERO SUÁREZ, *op. cit.*, 2016, p. 169 (cursiva en el original).

<sup>21</sup> A. ZURIMENDI ISLA, «La indemnización de daños y perjuicios», en M. ROBLES y A. LABORD (coords.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Granada, Comares, 2017, p. 297.



poniendo<sup>22</sup>, incluso, una modificación del art. 222.1 LEC, que sustituya la expresión «sentencias firmes», por «resoluciones firmes».

Además, y como se ha señalado igualmente, «este art. 75 LDC no atenta contra la independencia judicial consagrada en el art. 117 CE, ya que la vinculación solo se refiere a la existencia de la infracción en su ámbito subjetivo, los hechos y naturaleza de la infracción, pero no en los restantes elementos de la resolución»<sup>23</sup>. Incluso, como veremos seguidamente, el juez puede perfectamente separarse de determinados hechos que consten probados en la resolución sancionadora, y en la calificación jurídica otorgada por esta, si tiene motivos razonados para hacerlo conforme a su propia valoración del asunto.

## B. EL CÁRTEL DEL SEGURO DECENAL ANTE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

La Resolución<sup>24</sup> de la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de noviembre de 2009 impuso a seis compañías aseguradoras y reaseguradoras<sup>25</sup> multas que ascendían a un importe de casi 121 millones de euros por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado del seguro decenal entre 2002 y 2007 (en infracción de los arts. 1.1 de la Ley 15/2007 y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El funcionamiento del sector de los seguros en España en relación con este pronunciamiento de la autoridad administrativa ya ha sido estudiado en profundidad por la doctrina más atenta, y por ello nos remitimos a los estudios ya publicados al respecto<sup>26</sup>. En este comentario nos interesa únicamente en cuanto «antecedente necesario» para las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial que van a ser objeto de análisis.

Como acertadamente ha señalado el profesor MARCOS: «La infracción sancionada por la CNC comprendía tanto el cártel (que implicaba tanto a aseguradoras, como a reaseguradoras) como las medidas de vigilancia y cumplimiento, y entre ellas, el boicot que algunas de las cartelistas habrían empleado para evitar que Musaat lanzara al mercado una póliza que no respetara los precios y condiciones establecidas por el cartel»<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> P. FERRÁNDIZ, «Exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust (I)», en el *blog Almacén de Derecho*, 17 de julio de 2017, disponible en <https://almacendederecho.org/exhibicion-pruebas-procedimientos-danos-antitrust-i/> (última consulta el 14 de agosto de 2018).

<sup>23</sup> P. VIDAL MARTÍNEZ y T. ARRANZ FERNÁNDEZ BRAVO, «Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la Competencia», *La Ley Mercantil*, núm. 38, 2017, p. 20.

<sup>24</sup> Expte. S/0037/08, *Compañías de Seguro Decenal*.

<sup>25</sup> Asefa, Caser, Mapfre, Münchener, Scor y Swiss Re.

<sup>26</sup> Véase, por todos, F. MARCOS, «The Spanish Property Insurance Cartel», *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18/2, primavera de 2012, pp. 79-101.

<sup>27</sup> F. MARCOS, «Sí, hay indemnizaciones de daños y perjuicios por el cártel del seguro decenal», publicado el 31 de julio de 2014 en el *blog del Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/si-hay-indemnizaciones-de-danos-y-perjuicios-por-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 10 de enero de 2018).

En lo que hace referencia al cártel, la CNC estableció como acreditada la evidencia tanto del acuerdo inicial de precios mínimos, de fecha 5 de diciembre de 2001 (y que en el expediente se denomina «medidas correctoras SDD2002») como de la intención de las empresas de aplicarlo y extenderlo a todo el mercado del ramo del seguro decenal. El otro factor que la CNC tuvo en cuenta —y esto es especialmente relevante para la acción de daños que a la postre ejercerá Musaat—, fue el de los mecanismos destinados a asegurar el cumplimiento y control del acuerdo anticompetitivo, con algunos ejemplos de las medidas adoptadas (incluyendo el boicot y los actos de retorsión) para impedir la bajada en los precios<sup>28</sup>.

Las seis empresas sancionadas acudieron a la vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, quien a los tres años dictó las correspondientes Sentencias (en los recursos interpuestos por Asefa<sup>29</sup>, Scor<sup>30</sup>, Caser<sup>31</sup>, Mapfre<sup>32</sup>, Münchener<sup>33</sup> y Swiss Re<sup>34</sup>) que anulaban por completo la Resolución de la CNC. Sorprendentemente —ya que todas fueron dictadas por la misma Sección 6.ª, revisora de las decisiones administrativas en este ámbito— lo hicieron con fundamentos y razonamientos jurídicos distintos. El único motivo que compartían era la discrepancia con la CNC en cuanto a que el comportamiento de las aseguradoras y reaseguradoras —plasmado en el documento «medidas correctoras SDD2001»— no era un acuerdo de voluntades propiamente dicho, y por tanto no constituía una infracción del art. 1 LDC ni del art. 101 TFUE.

La Audiencia Nacional, por tanto, entendió que no se trataba de una conducta anticompetitiva, sino una actuación que respondía a las circunstancias del momento, caracterizado por la novedad de la introducción del seguro decenal obligatorio, la peculiar regulación del sector, y en cierta manera la conveniencia y oportunidad de intercambios de información entre las empresas del ramo, para ajustar mejor sus primas de riesgo.

Ante semejante «desbarajuste» judicial, no sorprende que la Comisión Europea, haciendo uno de una herramienta que solo emplea en casos muy excepcionales<sup>35</sup>, se personara en calidad de *amicus curiae* en los recursos

<sup>28</sup> F. MARCOS, «El cartel del seguro decenal sale del Tribunal Supremo», en el *blog* del *Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, publicado el 22 de julio de 2015, disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/el-cartel-del-seguro-decenal-sale-del-tribunal-supremo/> (última consulta el 13 de enero de 2018).

<sup>29</sup> SAN de 4 de enero de 2013, RJ 1/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1).

<sup>30</sup> SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5232/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5232).

<sup>31</sup> SAN de 14 de diciembre de 2012, RJ 5233/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5233).

<sup>32</sup> SAN de 20 de marzo de 2013, RJ 1176/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1176).

<sup>33</sup> SAN de 18 de diciembre de 2012, RJ 5306/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5306).

<sup>34</sup> SAN de 10 de abril de 2013, RJ 1663/2012 (ECLI:ES:AN:2012:1663).

<sup>35</sup> Como señala el art. 15.3 del Reglamento 1/2003, única y exclusivamente cuando la aplicación coherente del Derecho de la Competencia en la UE lo requiere, y se circunscribe esta facultad excepcional a aquellos expedientes de procesos judiciales en los Estados miembros en los que existe un riesgo de aplicación de las normas *antitrust* europeas, en el sentido en que dicha aplicación es interpretada por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE, garante último de la misma.



de casación contra las Sentencias de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo.

Este largo y complejo periplo del *public enforcement* en torno al cártel del seguro decenal se cerró en 2015 con las seis sentencias de nuestro Alto Tribunal, que en cuatro casos (Asefa<sup>36</sup>, Caser<sup>37</sup>, Scor<sup>38</sup> y Swiss Re<sup>39</sup>) anula los respectivos pronunciamientos de la AN, y por tanto ratifica en cuanto al fondo la Resolución original de la CNC de 2009, mientras que en los otros dos (Mapfre<sup>40</sup> y Münchener<sup>41</sup>) los confirma, declarando no contraria al art. 1 LDC la conducta de dichas empresas.

El objeto de este comentario no es propiamente el análisis del cártel del seguro decenal, o el desolador panorama que ha supuesto la revisión judicial de la Resolución de la CNC. Otros autores lo han hecho, con acierto, y a sus publicaciones nos remitimos, también para ofrecer un cuadro-resumen de las referidas sentencias<sup>42</sup>:

**Tabla 1.** Cuadro-Resumen Sentencias

	RCNC 12/XI/09 S/0037/08	AN Fecha	Fallo Audiencia		TS Fecha	Fallo T. Supremo 2015	
Asefa	27,759 M€	4/I/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
Caser	14,241 M€	14/XII/12	Anula RCNC	Falta culpa	26/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
Mapfre	21,632 M€	20/III/13	Anula RCNC	Sin prueba	27/V	Confirma SAN	Sin prueba
Münchener	18,856 M€	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba	9/VI	Confirma SAN	Sin prueba
Scor	18,599 M€	18/XII/12	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC
Swiss	22,641 M€	10/IV/13	Anula RCNC	Sin prueba+REC	22/V	Anula SAN	Hay prueba+No REC

Nos centraremos, en cambio, en uno de los efectos colaterales de este asunto: la acción de daños planteada por la empresa Musaat —ante la jurisdicción civil— contra tres de las empresas integrantes del cártel del seguro decenal.

<sup>36</sup> STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2543/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2543).

<sup>37</sup> STS de 26 de mayo de 2015, RJ 2536/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2536).

<sup>38</sup> STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2297/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2297).

<sup>39</sup> STS de 22 de mayo de 2015, RJ 2397/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2397).

<sup>40</sup> STS de 27 de mayo de 2015, RJ 2656/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2656).

<sup>41</sup> STS de 9 de junio de 2015, RJ 2516/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2516).

<sup>42</sup> F. MARCOS, «Matrioskas judiciales en la revisión del cártel de seguro decenal», en el *blog Almacén de Derecho*, publicado el 3 de agosto de 2015, disponible en <http://almacendederecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/> (última consulta el 30 de octubre de 2017).

### C. LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO PATRIMONIAL

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12, de 9 de mayo de 2014<sup>43</sup>, estima la demanda de resarcimiento patrimonial entablada por Musaas, aseguradora que no participó en el cártel y que ofreció el seguro decenal a precios inferiores a los mínimos pactados. Esta sentencia condena<sup>44</sup> a las aseguradoras Asefa y Caser y a la reaseguradora Scor a pagar a Musaas una indemnización de 3.550.615,7 euros por los daños y perjuicios derivados de los actos de boicot y retorsión contra ella, vulnerando el art. 1 de la LDC, así como el art. 101 del TFUE.

Musaas, que no es una víctima del cártel del seguro decenal sino un competidor de las aseguradoras presuntamente en él implicadas, alega en su demanda que entre finales de 2006 y principios de 2008 las demandadas llevaron a cabo contra ella actos de boicot y retorsión, como consecuencia de que comercializara un seguro decenal de daños a la edificación, a precios inferiores a los precios mínimos pactados por el cártel, y que dichos actos de boicot y retorsión afectaron al desarrollo y consecución del reaseguro<sup>45</sup>. Así, expone que, tras sondear a varias reaseguradoras que operaban en el mercado español, sin éxito, acudió al *bróker* del reaseguro Aon Re, para que le facilitase reaseguro. Al parecer, la reaseguradora Hannover Re accedió a dar reaseguro en la modalidad XL a Musaas por intermediación del citado *bróker*.

Sin embargo, el 13 de diciembre de 2006, habiendo iniciado ya Musaas los preparativos para su nuevo producto, Hannover Re remitió una misiva a AON RE en la que manifestaba que retiraba su apoyo y señalaba que «nuestros más importantes clientes amenazaron con tomar medidas de retorsión si seguimos brindando nuestro apoyo al Programa Decenal en Exceso de Pérdida de Musaas». La demandante aduce que Hannover Re retiró su oferta de reaseguro XL por las presiones de las codemandadas. La sentencia, por su parte, considera que, mediante prueba documental aportada por la demandante, quedan acreditados estos hechos, así como la relación profesional con Aon Re y la manifestación de esta de la intención de Hannover Re de proporcionar reaseguro XL a Musaas. En definitiva, de los autos obrantes en el expediente se deduce «la intervención, como poco, de las

<sup>43</sup> Sentencia núm. 88/2014, del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, RJ 24/2014 (ECLI:ES:JMM:2014:118).

<sup>44</sup> Véase un análisis más detallado de la misma en F. DÍEZ ESTELLA y C. ESTRADA MERAYO, «Las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014.

<sup>45</sup> La Resolución de la CNC sostiene que «ante la conducta de algunas aseguradoras cedente, y de forma particular Musaas, de aplicar precios inferiores a los pactados, Asefa, Caser, Scor, Suiza y Mrsep reaccionaron de forma coordinada con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos acordado, presionando a las reaseguradoras (como Hannover Re) que se mostraban dispuestas a contratar con Musaas su negocio en SDD para 2007 a precios inferiores a los acordados». El reproche *antitrust* de la CNC a estas conductas «surge por su origen coordinado o concertado y por su finalidad anticompetitiva: vigilar que el acuerdo de precios era respetado por las partes y por todo el mercado, y en caso de detectarse incumplimientos, ponerlos en conocimiento de los miembros del cártel de precios mínimos para, en su caso, adoptar medidas de presión, retorsión y boicot».



tres codemandadas en la realización de actos de presión a la reaseguradora Hannover Re, y a otras entidades reaseguradoras», con la finalidad de que no proporcionaran el concreto reaseguro a Musaat.

#### D. LA VALORACIÓN DEL JUZGADO MERCANTIL

La juez, que reconoce la continuidad de la conducta<sup>46</sup>, estima acreditado (FD 7.º) que «las tres codemandadas primero presionaron a fin de que Hannover Re no reasegurase a Musaat» y, segundo, «intentaron evitar que la entidad Musaat obtuviera Reaseguro en la modalidad XL de otra/s entidades, llegando a condicionar la celebración de contratos a compromisos de no contratación de tales productos con Musaat». En este sentido, considera (FD 8.º) que este comportamiento sí cabe ser calificado como actos de boicot y las «advertencias» realizadas a la otra empresa pueden ser conceptuadas como actos de retorsión.

Por otro lado, Musaat arguye que el comportamiento de las codemandadas se encaminaba a mantener el nivel de precios mínimos acordado. A este respecto, recoge la sentencia que de la prueba documental aportada se deduce la preocupación de las codemandadas respecto de que una aseguradora realice ofertas por debajo del «casual» precio «prácticamente común» de las demás.

En este marco, el FD 2.º señala que la acción ejercitada por Musaat «se asienta en el *denominado* Derecho de la Competencia» (cursiva añadida), como queriendo despejar cualquier duda sobre la estrecha conexión entre la demanda civil y el expediente administrativo, pero a la vez, manteniendo cada uno sus respectivos ámbitos propios. Y reitera (en el FD 5.º, *in fine*) que «se ha desestimar la alegación [de la demandada, sobre la prescripción de la acción de daños, *ex art.* 1968.2 CC] al constar únicamente acreditado el conocimiento por Musaat del alcance y origen de los actos que denuncia a raíz del dictado de la Resolución de la CNC».

Más adelante, en el FD 6.º, recoge la sentencia del juez mercantil una amplia argumentación del Tribunal Constitucional<sup>47</sup> (Sentencia

<sup>46</sup> La CNC la calificó de «infracción compleja, muy grave, única y continuada en el tiempo». Esta calificación ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de nuestra autoridad de competencia, y no ha estado exenta de cierta polémica doctrinal. Véase, entre otras, las RRCNC de 30 de julio de 2013, expte. S/0380/11, *Coches de Alquiler*; de 26 de noviembre de 2013, expte. S/0314/10, *Puerto de Valencia*, y de 28 de febrero de 2013, expte. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

<sup>47</sup> «Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no solo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde *perspectivas jurídicas diversas* [por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre (RTC 2008, 109), F. 3].

núm. 192/2009, de 28 de septiembre), que establece la conocida doctrina sobre cuándo un juez puede «apartarse» de lo establecido por otra jurisdicción.

Finalizada la extensa referencia a la doctrina constitucional que hemos transcrito a pie de página, el juez mercantil sigue el precedente<sup>48</sup> marcado por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 7 de noviembre de 2013 recordaba (FD 4.º, apdo. 3) cómo:

«Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales [...] tiene mayor sentido aun en un sistema como el del art. 13.2 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que es calificado como de “*follow on claims*” [...] por lo que ninguna indefensión le produce la vinculación de la jurisdicción civil, en los términos que se ha expresado, a los hechos constitutivos de la conducta anticoncurrencial».

Pero no estamos ante la Ley 16/1989, sino ante la Ley 15/2007, que deroga el antedicho art. 13.2 LDC, y suprimiendo ese requisito de procedibilidad, permite las acciones «*stand alone*». Y, concluye el FD 6.º, en cuanto a la vinculación a los hechos probados, y la valoración de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y presentada junto con la demanda, en ejercicio de su labor judicial, dado que se ha incorporado al procedimiento ha de valorarse conforme al art. 217 LEC, lo que le permite al juez mercantil llegar a un fallo distinto del resultado obtenido en el proceso administrativo.

Y así, a diferencia de lo expresado por la Audiencia Nacional, que niega la existencia de un cártel y tampoco consideró que hubiera actos de boicot y retorsión, concluye la Sentencia que hubo actos de presión a Musaat («Por tanto, de la documental y demás prueba examinada se deduce la intervención, como poco, de las tres codemandadas en la concreta conducta consistente en realización de actos de presión a la reaseguradora Hannover Re, y a otras entidades reaseguradoras, a fin de que no proporcionaran el concreto reaseguro a Musaat», FD 7.º *in fine*) y que dicha conducta es anticompetitiva («Y, en cuanto comportamiento contrario a la competencia eficiente, que obstaculizó la libre competencia, si cabe ser calificado como actos de boicot. Análogamente, las advertencias realizadas, al menos, a la reaseguradora Hannover Re, pueden ser conceptuadas como actos de retorsión», FD 8.º *in fine*).

---

Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni *fundamentos que justifiquen tal apartamiento* (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)» (cursivas añadidas).

<sup>48</sup> STS de 7 de noviembre de 2013, rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).



En el contexto del debate<sup>49</sup> sobre la firmeza de las decisiones administrativas —a los efectos de su carácter vinculante para la jurisdicción civil— obsérvese que este caso da lugar al supuesto inverso: inexistencia de licitud desde una perspectiva administrativa y, en cambio, acreditación de la conducta anticompetitiva y consecuente reconocimiento de responsabilidad civil. Esta situación, tan poco frecuente, naturalmente da pie a extender el debate sobre la vinculación o no del juez civil a resoluciones negativas, es decir, que no declaran o, en su caso, anulan una infracción.

Para salir del atolladero, necesariamente se ha de predicar la separación entre el procedimiento administrativo y la acción de daños. Por ello, como ha señalado —pensamos que acertadamente— la doctrina que más a fondo ha estudiado este asunto, «la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 12 de Madrid se apoya tan solo parcial y mínimamente en la resolución de la CNC. Desgaja de la infracción compleja sancionada por la CNC el boicot»<sup>50</sup>.

En la calificación como conductas contrarias al art. 1 LDC la Sentencia del Juzgado Mercantil de 9 de mayo de 2014 «se adelanta»<sup>51</sup> a algunos de los fallos en vía contencioso-administrativo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 (que resuelve el recurso planteado por Swiss Re), cuando apuntaba esto mismo<sup>52</sup> en su FD 6.º

La sentencia declara que los actos y conductas llevadas a cabo por las demandadas constituyen actos de boicot<sup>53</sup> y retorsión a Musaat, contrarios a los arts. 1 LDC y 101 del TFUE. Como consecuencia de ello, y sobre la base del art. 1902 del Código Civil, condena a las demandadas a indemnizar conjunta y solidariamente a Musaat por los daños y perjuicios ocasionados, en concepto de daño emergente en la cantidad de 3.550.615,7 euros, no habiendo lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

<sup>49</sup> Véase, recientemente, P. CALLOL, «Procedimiento de reclamación de daños generados por ilícitos antitrust: aspectos clave de la recepción en España de la Directiva comunitaria y responsabilidad potencial del Estado por transposición tardía», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2017, pp. 232 y ss.

<sup>50</sup> F. MARCOS, «Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal: Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014», *La Ley Mercantil*, 29 de julio de 2014, p. 14.

<sup>51</sup> Véase un agudo análisis de esta Sentencia, y los reproches que sobre este punto concreto el Tribunal Supremo dirige a la Audiencia Nacional, en J. ALFARO, «Otra (mejor) sentencia del Supremo sobre el cártel del seguro decenal», en el *blog Almacén de Derecho*, publicado el 10 de junio de 2015. Disponible en <http://www.almacendederecho.org/otra-mejor-sentencia-del-supremo-sobre-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 14 de diciembre de 2017).

<sup>52</sup> «En todo caso, aun con independencia de cuál fuese el alcance real de lo acordado en el año 2002, las referidas prácticas de seguimiento y control y, desde luego, las actividades de represalia frente a los incumplidores, son conductas anticompetitivas constitutivas por sí mismas de infracción [...] debe concluirse que las reuniones y las prácticas encaminadas al seguimiento y control del cumplimiento del acuerdo y, claro es, la adopción de medidas de represalia frente a los incumplidores comportan por sí mismas una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio como en la Ley 15/2007, de 3 de julio) y del art. 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)».

<sup>53</sup> Un completo y exhaustivo análisis del boicot puede encontrarse en A. EMPARANZA SOBEJANO, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Madrid, Civitas, 2000.

Antes de analizar la Sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso contra este pronunciamiento, procede hacer referencia a una interesante cuestión. La sentencia del juez mercantil no se pronuncia directamente sobre el cártel, sino que lo hace sobre el boicot y los actos de retorsión que llevaron a cabo las demandadas como medida de vigilancia de que el acuerdo de precios era cumplido, y, además, se dicta antes de que la Resolución de la CNC devenga firme<sup>54</sup>. No obstante, aquí no opera la prejudicialidad, por lo que el hecho de no haber recaído sentencia firme, no obsta para que proceda el resarcimiento patrimonial.

Se ha calificado la acción indemnizatoria ejercida por *Musaat* no como acción aislada (*stand-alone*), sino como de seguimiento (*follow-on*), pero «parcial, atípica y anticipada»<sup>55</sup>. En este comentario, vamos más bien a considerarla como una *stand-alone claim*, impropia y colateral, que toma como precedente la decisión administrativa, pero no se fundamenta en ella, sino que tiene entidad propia y autónoma.

#### E. LA REVISIÓN POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL

No puede desconocerse que la gran mayoría de las acciones de reclamación de daños y perjuicios que van a ejercitarse lo serán del tipo *follow-on*, apoyándose en la previa decisión administrativa declarando —y sancionando— la conducta *antitrust*.

Sin embargo, y de ahí la singularidad e interés del caso *Musaat*, el resarcimiento patrimonial no se apoya en el daño provocado por el cártel (en términos de sobre costes) a sus compradores, directos o indirectos, sino en el sufrido por un competidor de las compañías aseguradoras y reaseguradoras que fue objeto de actos de boicot y retorsión, precisamente por negarse a participar en la conducta anticompetitiva.

En efecto, así como en el momento de dictarse la Sentencia del Juzgado Mercantil el proceso contencioso-administrativo estaba en pleno desarrollo, con todas las Sentencias de la Audiencia Nacional recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, en el momento de pronunciarse la Audiencia Provincial ya se habían resuelto todos los recursos, con lo que en ese sentido el aspecto quizá más interesante es el pronunciamiento sobre la prejudicialidad (en qué medida la jurisdicción civil ha de estar vinculada por las resoluciones de los órganos administrativos); el otro aspecto, naturalmente, es el pronunciamiento relativo a la acción de daños —y su cuantificación— entablada por la demandante en primera instancia y luego apelada, *Musaat*, que analizaremos en detalle en epígrafe posterior.

A estas alturas puede afirmarse con toda seguridad que este es uno de los aspectos que más dificultades ha planteado la transposición de la Di-

<sup>54</sup> Como se ha expuesto, la Resolución de la CNC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien anuló las multas impuestas por la Autoridad de Competencia.

<sup>55</sup> F. MARCOS, «Indemnización de daños y perjuicios...», *op. cit.*, 2014, p. 11.



rectiva 2014/104/CE a los ordenamientos internos de los Estados miembros —no solo el nuestro— de la UE. Se entiende el recelo de los órganos jurisdiccionales nacionales a esta pérdida de independencia en el ejercicio de sus funciones que supone el estar *vinculado* por un pronunciamiento de un órgano administrativo<sup>56</sup>.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), en su Sentencia<sup>57</sup> de 3 de julio de 2017 resuelve el recuso de apelación planteado por Scor, Asefa y Caser contra la decisión del juez mercantil. Y lo hace recogiendo el mismo precedente del Tribunal Constitucional que ha invocado la sentencia de instancia, concluyendo con este principio que venimos predicando de «vinculación relativa»<sup>58</sup>.

Y hace seguidamente la AP una muy extensa —¡cuatro folios completos!— transcripción de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015, que resuelve el recurso planteado por Asefa, y que la AP toma como paradigma y modelo válido para las otras dos recurrentes (Scor y Caser), para concluir en el último párrafo de este FD 3.º que:

«Despejada, pues, en el sentido confirmatorio ya anunciado, la problemática referida a la realidad o irrealidad de las conductas imputadas a las demandadas en la demanda rectora del presente proceso así como la concerniente a la calificación jurídica de tales conductas, queda abierta, obviamente, la cuestión relacionada con la determinación de si tales conductas ocasionaron o no a Musaat algún quebranto patrimonial y, en caso afirmativo, a la cuantificación de ese quebranto, cuestiones ambas sobre las que, por obvias razones, no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso administrativo».

Y este es, en nuestra humilde opinión, el tipo de razonamiento que consagra en nuestro Derecho la virtualidad práctica de las *stand-alone claims*; a la jurisdicción mercantil le sirve como punto de partida la resolución administrativa —en este caso de la extinta CNC— y naturalmente los pronunciamientos que al respecto tienen lugar en sede contencioso-administrativa —a cargo de la AN y el TS—.

Pero en Primera Instancia se ha considerado acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva (actos de boicot y retorsión), de la que se

<sup>56</sup> Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011, FD 3.º, «a diferencia de lo dispuesto en el art. 16.1 del Reglamento 1/2003 en relación con las decisiones de la Comisión Europea, que son vinculantes incluso si son objeto de recurso, dado que disfrutan, en principio, de una presunción de legalidad mientras no hayan sido anuladas o revocadas la Ley de 2007 no contempla tal vinculación».

<sup>57</sup> Sentencia núm. 339/2017, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), de 3 de julio de 2017, ROJ 9034/2017 (ECLI:ES:APM:2017:9034).

<sup>58</sup> «Ni los hechos enjuiciados ni la perspectiva jurídica desde la que deben ser examinados (prácticas colusorias) experimentan variación alguna en el presente proceso civil, habiendo sido también comunes en ambos procesos los argumentos esgrimidos por las compañías ahora apelantes tendentes, bien a negar la existencia de acuerdos y prácticas colusorias, bien a justificar su amparo en la normativa de exención. Sin embargo, no nos parece necesario llevar a cabo una exposición detallada de tales concomitancias desde el momento en que son las propias entidades apelantes quienes proclaman su existencia y quienes, precisamente con base en esa circunstancia, postulan la aplicación en el presente caso del principio de vinculación relativa de las resoluciones emanadas de la jurisdicción contencioso administrativa» (FD 3.º).

han derivado unos perjuicios patrimoniales, que corresponde resarcir, y en sede de Apelación la Audiencia Provincial lo confirma, y por tanto procede a valorar la cuantificación del quebranto económico, cuestión sobre la cual, recuerda con acierto y precisión, «no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo».

Claro que no puede haber pronunciamiento previo sobre el tema de los daños, eso está fuera del ámbito del expediente administrativo, y por tanto de su revisión contencioso-administrativa. Pero, a la vista del desbarajuste en cuanto a la calificación de la conducta de las compañías aseguradoras y reaseguradoras como anticompetitivos, lo mismo puede decirse del pronunciamiento administrativo sobre la licitud de tales actuaciones. La jurisdicción civil se pronuncia ella sola sobre la cuestión. No le hace falta la decisión previa, aunque evidentemente la tenga en cuenta como punto de partida.

Volviendo a la frase anterior, «no existe pronunciamiento alguno proveniente del orden contencioso-administrativo», añadiríamos nosotros, si se nos permite la licencia histórica, que «ni existe, ni se le espera». No hace falta una decisión administrativa previa, no toda acción de resarcimiento tiene que ser una *follow-on*, este caso del cártel del seguro decenal y el procedimiento civil seguido a instancias de las empresa Musaat es un claro triunfo —con los matices y reservas ya expresados en estas páginas— de las acciones *stand-alone*.

### III. ASPECTOS PROCESALES SOBRE COMPETENCIA OBJETIVA Y JURISDICCIÓN

Al igual que ocurre con la cuestión que se ha analizado en el epígrafe anterior sobre la vinculación al juez civil por la resolución administrativa, la problemática de cuál sea la jurisdicción competente —por razón de la materia— para conocer de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* ha generado un intenso debate.

En efecto, al tratarse de acciones de resarcimiento patrimonial derivadas de una responsabilidad extracontractual (*ex art. 1902 CC*), en principio la competencia objetiva correspondería a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del demandado. Así se ha seguido en las pioneras reclamaciones entabladas —antes de la aprobación de la Directiva 2014/104/CE y por supuesto del Real Decreto-ley 9/2017— en el conocido caso del *cártel del azúcar*.

#### A. EL CÁRTEL DEL AZÚCAR

El origen de este asunto se remonta a la Resolución *Azucareras*<sup>59</sup>, que declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia

<sup>59</sup> Resolución del TDC, de 15 de abril de 1999, expte. 426/98.



prohibida por el art. 1.1.a) LDC y el art. 85.1.a) TUE, por parte de una serie de empresas azucareras, consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996. El entonces TDC impuso diversas sanciones a las empresas condenadas, y en particular a la mercantil *Acor* una multa de 151 millones de pesetas.

El recurso de apelación presentado por la empresa en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional fue desestimado<sup>60</sup> por Sentencia de 4 de julio de 2002, e igualmente<sup>61</sup> el de casación ante el Tribunal Supremo, por Sentencia de 26 de abril de 2005. Una vez que la Resolución del TDC ganó firmeza administrativa (recordemos que bajo la LDC 1989 era requisito necesario para entablar una acción de daños), se presentó la correspondiente acción resarcitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid contra dicha empresa, que tenía allí su domicilio social. El fallo<sup>62</sup> fue favorable a las demandantes, y la empresa fue condenada a pagar a las empresas perjudicadas unas cantidades por un importe total de más de un millón de euros. Esta sentencia se recurrió en apelación, y la Audiencia Provincial de Valladolid desestimó<sup>63</sup> el recurso de *Acor*.

Paralelamente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid dictó una sentencia<sup>64</sup> en la que se resuelve una demanda de estas mismas compañías (y algunas otras) contra la azucarera Ebro Puleva consistente en el ejercicio de una acción de responsabilidad civil extracontractual por los daños causados a dichas empresas por el mismo cartel. El pronunciamiento de primera instancia es favorable a los demandantes, y condena a la azucarera al pago de unas cuantiosas indemnizaciones por los daños causados. Curiosamente, el recurso de apelación es admitido, y en sentido contrario a lo expuesto en el pronunciamiento de la AP de Valladolid; la AP de Madrid sí considera<sup>65</sup> que ha habido «*passing-on*», con lo que niega el pretendido resarcimiento patrimonial a las empresas que se lo reclamaban a la azucarera Ebro Puleva (actualmente Ebro Foods, S. A.).

Los correspondientes recursos de casación planteados ante el Tribunal Supremo se resolvieron el 8 de junio de 2012 para la empresa *Acor*<sup>66</sup> y el 7 de noviembre de 2013 para Ebro Foods<sup>67</sup>, zanjando así la discusión sobre la repercusión de los sobre costes. El Tribunal Supremo afirma en ambos pronunciamientos que no debe sostenerse una concepción limitativa del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobreprecio, sino que considera que para que la excepción de *passing-on*<sup>68</sup> triunfe debería no

<sup>60</sup> SAN (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª), de 4 de julio de 2002.

<sup>61</sup> STS (Sala 3.ª), de 26 de abril de 2005.

<sup>62</sup> SJPI núm. 11 de Valladolid, de 20 de febrero de 2009, proc. ord. 571/2007.

<sup>63</sup> SAP Valladolid (Sección 3.ª), de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 214/2009.

<sup>64</sup> SJPI núm. 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, proc. ord. 735/2007.

<sup>65</sup> SAP de Madrid (Sección 8.ª), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.

<sup>66</sup> STS de 8 de junio de 2012, rec. 2163/12 (RJ 5462/2012).

<sup>67</sup> STS de 7 de noviembre de 2013, rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).

<sup>68</sup> C. TUDOR, «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección núm. 8, Asunto 737/07», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, Madrid, La Ley, 2012, pp. 277-291.

existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización. Así mismo, para que haya lugar al resarcimiento patrimonial es preciso demostrar que las empresas afectadas por el cártel no repercutieron el sobreprecio a su propia clientela.

## B. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER ACCIONES DE DAÑOS ANTITRUST

A lo largo de la tramitación del texto legal que iba a trasponer la Directiva de Daños a nuestro Derecho interno flotaba la duda sobre cuál sería la jurisdicción competente para conocer de este tipo de reclamaciones, ya que parecía aconsejable atribuírsela a los Juzgados de lo Mercantil, a quienes el art. 86 ter.2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia objetiva para conocer de acciones declarativas de infracción de los arts. 1, 2 y 3 LDC.

Algunos autores<sup>69</sup> han recordado lo que apuntábamos en la introducción a este epígrafe, de que en principio la competencia objetiva para conocer de este tipo de acciones corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Sin embargo, también se ha señalado<sup>70</sup>, por ejemplo respecto de las acciones de *follow-on*, que es evidente la conveniencia de acumular las acciones ante el Juzgado Mercantil.

Tras un amplio debate doctrinal, que ha incluido aportaciones de insignes procesalistas<sup>71</sup>, la Audiencia Provincial de Madrid parece haber zanjado esta discusión en su Auto<sup>72</sup> de 22 de junio de 2017, estableciendo que, con carácter general, serán estos Juzgados de lo Mercantil los que asuman la competencia objetiva por razón de la materia en aquellos pleitos civiles que versen sobre la aplicación del Derecho de la competencia tanto de la UE (Tratado de Funcionamiento) como español (LDC).

En el auto recurrido, el razonamiento<sup>73</sup> del órgano de primera instancia, señalaba que:

«El artículo 48.1 LEC, declara que la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta por el tribunal que esté conociendo del asunto. A su vez, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, enumera exhaustivamente las cuestiones atribuidas al conocimiento de los Juzgados Mercantiles. Las pretensiones ejercitadas en

<sup>69</sup> M. V. TORRE SUSTAETA, «Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado», *La Ley Mercantil*, núm. 21, enero de 2016.

<sup>70</sup> P. VIDAL, A. CAPILLA y C. GUAL, «El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 47, 2017, pp. 39-53.

<sup>71</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo de 2017, pp. 125-152.

<sup>72</sup> AAP de Madrid (Sección 8.ª), de 22 de junio de 2017, RJ AAP M 2421/2017 (ECLI:ES:APM:2017/2421A).

<sup>73</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).



la presente demanda son, indudablemente, de naturaleza civil, pero no son subsumibles en ninguno de los supuestos que el precepto citado atribuye a los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia, por lo que su conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil que territorialmente resulte competente, como órgano jurisdiccional civil de carácter general, según el artículo 45 de la propia LEC. Por lo expuesto, procede declarar la falta de competencia objetiva de este Juzgado, señalando, como dice el apartado 4 del artículo 48 citado, los Juzgados competentes [...], todo ello en los términos concretos que refleja el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se corresponde con la parte dispositiva del mismo».

La Audiencia Provincial acoge esta tesis (FJ 2.<sup>o</sup>), y concluye que serán los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos:

«Como se ha reseñado, considera la apelante que se está planteando una acción de responsabilidad civil extracontractual por daños, con fundamento en el artículo 1902 del CC; sin embargo, [...] daños y perjuicios que en todo caso serán siempre consecuencia de la infracción del citado artículo 3 de la ley especializada [Defensa de la Competencia], lo que corresponde enjuiciar al Juzgado especializado mercantil, por los fundamentos expuestos».

Así se venía haciendo ya en la práctica previa a la Directiva 104/2014/CE en algunos de nuestros tribunales, como por ejemplo ocurrió en el caso<sup>74</sup> *Céntrica/Iberdrola*, y así ha sido igualmente en el caso que acabamos de analizar de la acción de daños ejercida por Musaat frente al cártel del seguro decenal.

Recientes pronunciamientos, como el Auto<sup>75</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de diciembre de 2017, confirman esta postura. El auto que es objeto de recurso estima parcialmente una declinatoria formulada por un Juzgado de Primera Instancia, por falta de competencia objetiva para conocer de una reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva, al corresponder el conocimiento de dicha reclamación a los Juzgados de lo Mercantil.

El problema está claro, tal lo expresa en su FJ 3.<sup>o</sup>:

«De conformidad a los antecedentes enunciados en el anterior fundamento, la cuestión estriba en determinar si la competencia objetiva corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, a los efectos del artículo 86 ter 2.f) LOPJ, o a los Juzgados de Primera Instancia a los efectos del artículo 85 de la misma Ley».

Haciendo gala de una notable precisión jurídica y conocimiento del *status questionis* en esta materia, el Auto recoge toda la jurisprudencia que se ha venido citando en este trabajo (de hecho transcribe los mismos párrafos que hemos recogido aquí, de la STC 109/2009; dos páginas enteras de

<sup>74</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 16 de julio de 2010, RJ 138/2010 (ECLI:ES:JMBI:2010:138), que —mucho tiempo antes de que existiera siquiera la propuesta de Directiva de Daños— marca la pauta en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación y el cómputo del plazo a los efectos del *dies a quo*.

<sup>75</sup> Auto núm. 305/2017, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APM:2017:5569A).

la STS de 7 de noviembre de 2013 —el caso del *cártel del azúcar*—; el caso *Musaat*, etc.), dejando claro que en la fecha de autos no estaba todavía traspuesta en nuestro ordenamiento la Directiva 2014/104/UE, ya que todavía no se había aprobado el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo.

Y concluye<sup>76</sup> (en el mismo FJ 3.º, *in fine*) sin ningún género de dudas:

«Entendemos que la acción declarativa que se ejercita en el apartado primero del suplico de la demanda, se incardina dentro del artículo 86 ter 2.f) LOPJ, por lo que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, sin que pueda determinar la competencia [de los Juzgados de Primera Instancia] la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios por culpa extracontractual».

#### IV. LA VALORACIÓN ECONÓMICA DE LOS DAÑOS

Llegamos a la última cuestión que va a ser objeto de análisis en este trabajo, la relativa a la valoración del daño sufrido por el perjudicado por una conducta anticompetitiva, y el alcance que a estos efectos tienen los informes económicos elaborados por los peritos, y que necesariamente han de acompañar la acción de resarcimiento patrimonial.

##### A. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es evidente que en materia de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*, como en cualquier otra acción de resarcimiento patrimonial, la demanda ha de cuantificar y justificar inequívocamente la cuantía del quebranto económico sufrido por el perjudicado. A este respecto, es importante distinguir<sup>77</sup> entre la carga de la prueba de la existencia del daño de la relativa a la cuantificación del mismo.

No puede desconocerse ni obviarse la trascendencia de este análisis, y no sorprende por ello que, junto con todo el «paquete» de textos legales sobre acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, la Comisión Europea haya publicado una serie de estudios para que jueces y letrados dispongan de una guía completa sobre los métodos y herramientas empleados en el análisis económico para estimar los daños y podrán comprender mejor las pruebas e informes periciales aportados por las partes.

Se trata de la *Guía para la cuantificación de daños derivados de infracciones de los arts. 101 y 102*<sup>78</sup>, publicada en 2013, y la *Guía sobre el passing-on de los sobrecostes*<sup>79</sup>, publicada en 2016.

<sup>76</sup> En igual sentido que el Auto de la AP de Madrid, núm. 236/17, de 22 de junio (ECLI:ES:APM:2017:2421A).

<sup>77</sup> Un detallado análisis de esta cuestión se puede encontrar en E. SANJUÁN Y MUÑOZ, «The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)», 24 de junio de 2018. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779>.

<sup>78</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guia\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guia_en.pdf).

<sup>79</sup> Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>.



Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, en el caso del *cártel del azúcar*, a la que hemos hecho ya reiteradas referencias, aborda de lleno esta cuestión, y pese a que se dictó con anterioridad a la Directiva 2014/104/UE y la transposición a nuestro Derecho que hizo el Real Decreto-ley 9/2017, las pautas que marca para los informes periciales en este tipo de procedimientos siguen siendo perfectamente válidas.

El Tribunal Supremo indica (FJ 7.º2) que el informe pericial debe partir:

«De bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utilizar un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia».

Así mismo, nuestro alto tribunal reconoce que en un informe económico de ese tipo es imposible «realizar una reproducción perfecta de cuál habría sido la situación si no se hubiera producido conducta ilícita, pero eso es un problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar» (FJ 7.º3). Por ello recuerda que la valoración de «esta situación hipotética contrafáctica» (lo que se conoce en inglés como escenario *but-for*) es lo que la entonces propuesta de Directiva propugnaba, y naturalmente el texto final y su transposición a Derecho español han recogido.

Para el Tribunal Supremo, esta dificultad «no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido, sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio» (FJ 7.º3).

En definitiva —y veremos que esto jugó un papel clave en el caso que vamos a usar para ilustrar el problema que estamos analizando, el *cártel de los sobres de papel*— lo que el Tribunal Supremo exige al informe pericial que presente la parte demandante perjudicada por el cártel es que «formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos» (FJ 7.º3).

## B. EL PRECEDENTE EN EL CASO *MUSAAT*

Ya hemos reseñado anteriormente el caso del *cártel del seguro decenal*, y la evolución posterior al hilo de la acción de resarcimiento patrimonial ejercida por la empresa que se vio perjudicada al ser excluida del mercado.

Por lo que respecta a los daños indemnizables, *Musaat* reclamó indemnización tanto en concepto de lucro cesante como de daño emergente; considera que, como consecuencia del boicot llevado a cabo por las demandadas, sufrió graves perjuicios económicos «al incidir directamente en que sus ventas no alcanzaran los niveles que hubieran tenido de no haberse

producido estos actos anticompetitivos», y solicitó, asimismo, el coste real que le supuso la firma del contrato cuota-parte en el año 2007, como consecuencia del citado boicot.

La sentencia de primera instancia razona que no constan acreditados los extremos en los que Musaat basa su reclamación por *lucro cesante* y desestima tal petición. Así, expone:

«Lo cierto es que no se ha acreditado que un número significativo de clientes contratara otros productos debido precisamente a las conductas que se reprochan a las demandadas. De hecho, ni siquiera se acredita que un número significativo solicitase información o acreditación sobre la solvencia o situación económica de Musaat, como indicio de la afirmación que realiza la actora sobre la pérdida de parte de esta oportunidad de negocio» (FJ 13).

En relación al *daño emergente*, la sentencia de 2014 concluye que:

«Inicialmente Hannover estaba dispuesta a ofertar un reaseguro XL. Sin embargo, Musaat finalmente hubo de contratar reaseguro XL y reaseguro proporcional cuota parte del 15% que cubre la prioridad —los primeros 500.000— pero donde Musaat paga el 15% de todas las primas, con la reaseguradora, lo que obviamente no le ha resultado “gratis” a Musaat, con lo que los cálculos que cuantifican el daño emergente en “0” euros o por un importe anecdótico, son directamente descartables por contrarios a la lógica empresarial y económica» (FJ 13).

La juez acepta, con algunas correcciones, los cálculos obrantes en el informe pericial elaborado por Marketingroup y aportado por Musaat. Como es sabido, el art. 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, contempla la posibilidad de presentar informes periciales en un procedimiento cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

Finalmente, la sentencia reprocha (en el mismo FJ 13) que los informes aportados en este procedimiento se extralimitan:

«Basta recordar que no es objeto de la pericia el acreditar y valorar la concurrencia de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño. Sin embargo, esta ha de abarcar la realidad o no de los daños reclamados y su valoración, acudiendo cuando ello sea posible a elementos objetivos [...] para valorar las esperanzas, expectativas, previsiones y perspectivas económicas y de mercado futuras».

Resolviendo en apelación, señala el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, en su FD 4.º, que al haber sido rechazada por la sentencia del juez mercantil la pretensión indemnizatoria por razón de *lucro cesante*, Musaat consintió este pronunciamiento al no recurrirlo en apelación, de donde se deduce que el único concepto controvertido que hay que resolver en segunda instancia es el del *daño emergente*, concepto por el que dicha sentencia impuso a las demandadas y hoy apelantes una condena a resarcir solidariamente a la actora en la suma de 3.550.615,7 euros.



No nos parece oportuno aquí reproducir la argumentación que la AP desarrolla en los FFDD 4.º y 5.º de su pronunciamiento, ya que es de carácter marcadamente técnico y económico, y versa sobre cálculos actuariales, tasas de siniestralidad, informes periciales, etc. Baste señalar que el fallo estima parcialmente el recurso de las tres aseguradoras, rebajando la cuantía de la indemnización hasta la suma de 2.928.848,8 euros; como puede verse, una diferencia de algo más de 600.000 euros, que es ciertamente una cantidad considerable, pero ni mucho menos puede considerarse un triunfo para las recurrentes, sino más bien la confirmación de la pretensión de la demandante inicial, y luego apelada.

Sí parece oportuno señalar que esta tónica de conceder el daño emergente y no conceder el lucro cesante es ya tradicional en nuestra jurisprudencia, y podemos encontrar precedentes en un momento muy anterior a la Directiva 2014/104, cuando las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos eran todavía una «asignatura pendiente»<sup>80</sup> en el panorama de nuestro *enforcement antitrust*. En efecto, en el ya clásico asunto *Telefónica/Conduit*, en primera instancia se admitió<sup>81</sup> el *daño emergente* (y se confirmó en apelación), mientras que se rechazó<sup>82</sup> la solicitud de indemnización del *lucro cesante* derivado de una infracción de la normativa de competencia por no estar debidamente acreditada.

### C. EL CÁRTEL DE LOS SOBRES DE PAPEL

El origen de este asunto se remonta a la Resolución<sup>83</sup> de la CNC de 25 de marzo de 2013, en la que nuestra autoridad de competencia impuso sanciones por valor de más de 44 millones de euros a una serie de empresas<sup>84</sup> por formar y mantener un cártel en el sector de sobres de papel durante más de treinta años. El Consejo de la CNC considera acreditado que las empresas incoadas participaron en un cártel para repartirse el mercado español de sobres de papel entre los años 1977 y 2010. Los acuerdos se refirieron en particular a:

- i) La fijación de precios y reparto del mercado de sobres para los procesos electorales convocados entre 1977 y 2010.
- ii) El reparto del mercado de sobres pre-impresos.

<sup>80</sup> Véase algunas referencias de las escasísimas acciones de daños ejercidas en la década de los noventa y 2000 en F. DÍEZ ESTELLA, «Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente», en *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 215-228.

<sup>81</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70).

<sup>82</sup> SAP de Madrid (Sección 28.ª), de 25 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:6773).

<sup>83</sup> Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expte. S/0316/10, *Sobres de papel*.

<sup>84</sup> Andaluza de Papel, S. A., Antalis Envelopes Manufacturing, S. L., Argansobre, S. A., Emilio Domenech Mirabet, S. A., Envel Europa, S. A., Grupo Tompla Sobre Exprés, S. L., Hispapel, S. A., Maespa Manipulados, S. L., Pacsa, Papelera del Carrion, S. L., Maespa Manipulados, S. L., Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de Papel (SAM), Manipulados Plana, S. A., Sobre Industrial, S. L., Sobres Izalbe, S. A., y Unipapel Transformación y Distribución, S. A.

- iii) La fijación de los precios y reparto de los clientes de sobre blanco entre 1994 a 2010.
- iv) La limitación del desarrollo técnico en el mercado del sobre de papel a través de la constitución de una sociedad en la que se compartirían las innovaciones tecnológicas generadas entre las empresas participantes.

La Resolución exige del pago de la multa al grupo Adveo Group International, S. A., y a su filial Unipapel Transformación y Distribución, S. A., al haber presentado una solicitud de exención del pago de la multa (conforme al programa de *clemencia*) que permitió ordenar a la CNC las inspecciones realizadas el 19 de octubre de 2010. Además, por haber aportado posteriormente información con valor añadido significativo, se aplica a Antalis Envelopes Manufacturing, S. L., una reducción del 40 por 100 sobre el importe de su multa y a las filiales del Grupo Tompla una reducción del 30 por 100.

Así mismo es de destacar que un mes antes de que recayera esta resolución, la empresa Unipapel Transformación y Distribución, S. A., había sido sancionada por haber participado en un cártel en el sector del manipulado de papel y, de manera análoga, había quedado eximida de la sanción por haber participado igualmente en el programa de clemencia.

Como hemos hecho en anteriores apartados, no se trata aquí de llevar a cabo un análisis detallado de este cártel, sino usarlo como punto de partida para abordar el tema de los informes periciales en las reclamaciones de daños, y que precisamente al hilo de las que ya se han ejercido contra las empresas fabricantes de sobres de papel, y las resoluciones judiciales que se han ido conociendo, nos permiten extraer algunas conclusiones relevantes sobre esta cuestión.

Con carácter previo a las consideraciones que siguen, baste apuntar que la doctrina ha sido muy crítica con la transposición de la Directiva 2014/104/CE, y que al hilo de cárteles como este de los sobres de papel, y las acciones de daños que de él se han derivado, se ha calificado el momento histórico como de «ocasión perdida»<sup>85</sup>. Sirva también, de referencia sobre esta problemática, la situación que se ha creado con el conocido caso del *cártel de los camiones*.

#### D. EL CÁRTEL DE LOS CAMIONES

Tras una extensa investigación, las oportunas inspecciones domiciliarias, y la incoación de un expediente sancionador, la Comisión Europea concluyó que los fabricantes Man, Volvo/Renaul, Daimler, Iveco y Daf

<sup>85</sup> V. SOPENA BLANCO y G. MARTÍN MARTÍN, «La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, La Ley, núm. 17/2015, 1 de julio de 2015, pp. 1-40.



habían llegado a acuerdos secretos para repercutir sobre sus compradores los costes de cumplimiento con la normativa de emisiones. Así mismo, y según consta en la Decisión, el cártel se extendía a las fechas en las que introducían ciertas tecnologías, y la coordinación de precios mayoristas, en la venta de camiones medios (entre seis y 16 toneladas) y grandes (más de 16 toneladas).

Así, el 19 de julio de 2016 (asunto AT.398249, *Camiones*) la Comisión impuso<sup>86</sup> a dichas empresas una astronómica sanción, de 2.926 millones de euros, por participar en un cártel que afectó, durante catorce años (desde 1997 hasta 2011), a prácticamente toda la zona euro. El 27 de septiembre de 2017 «completó» la sanción al cártel de los camiones con una multa de 880 millones de euros a Scania, que no se había acogido al régimen transaccional como el resto de empresas en el expediente sancionador y, por tanto, siguió un procedimiento distinto.

Las tres conductas infractoras fueron, pues: 1) acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinearse; 2) acuerdos o prácticas concertadas sobre el calendario para la introducción de las tecnologías de emisiones de CO<sub>2</sub> exigida por las normas EURO3 a EURO6, y 3) acuerdos o prácticas concertadas para la repercusión a los compradores del coste de introducción de dichas tecnologías.

Como en otros casos que hemos examinado en estas páginas, no vamos a poner el foco del análisis en la conducta infractora, sino en las acciones de daños y perjuicios que se derivan de ella, y en este ejemplo concreto, en lo problemático que resulta la cuantificación de los daños.

Precisamente en una de las primeras sentencias que se han dictado en Europa sobre estas reclamaciones, la del Tribunal Regional de Hannover de 18 de diciembre de 2017, se aclara el alcance del principio de presunción de la existencia de daños causados por un cártel, que como es sabido se introduce en la Directiva 2014/104/UE y en nuestro país se ha incorporado en la normativa de transposición.

En efecto, como ya ha puesto de manifiesto<sup>87</sup> el profesor MARCOS, la información existente sobre este cártel (la que se contiene en la Decisión de la CE desde luego es muy escueta) no va a permitir, de modo sencillo, una cuantificación del daño sufrido por los adquirentes finales de los camiones. A esta dificultad se añade que el acuerdo entre los fabricantes no se materializó en concretas subidas de precios (como suele ocurrir con los cárteles duros), sino en otros aspectos de su comportamiento, que si bien es innegable que falsean la libre competencia (intercambio de información, alineamiento de conductas, coordinación de actuaciones, entendimiento sobre

---

<sup>86</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39824/39824\\_6567\\_14.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf).

<sup>87</sup> F. MARCOS, «El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones», 11 de julio de 2018, en el blog *Almacén de Derecho*, disponible en <http://almacenederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 11 de agosto de 2018).

precios brutos, etc.), es complicado calcular con exactitud en qué medida se produjo el daño para los adquirentes de los camiones, fueran concesionarios o clientes finales.

#### E. LOS INFORMES ECONÓMICOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Pese a no ser esta una cuestión estrictamente jurídica, es sin embargo la que posiblemente más importancia tenga de cara al éxito de la acción de daños y perjuicios, habida cuenta —sobre todo en las reclamaciones *follow-on*— que el ilícito anticompetitivo no hace falta demostrarlo.

Acabamos de ver cómo en la reclamación de daños contra el cártel del seguro decenal la juez mercantil acepta —con algunas matizaciones— el informe pericial aportado por los demandantes. Pues bien, en el caso del cártel de los sobres de papel, ocurre exactamente lo contrario, y ello provoca la desestimación de la demanda.

Se trata de la reciente Sentencia<sup>88</sup> del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018, que se pronuncia sobre la demanda de responsabilidad civil derivada de una infracción del Derecho de la competencia ejercida por la Cámara de Comercio de Madrid contra las empresas integrantes del cártel. Además de otras relevantes consideraciones —pero que no procede ahora contemplar— sobre aspectos varios de las acciones de daños *antitrust*, señala la sentencia en su FJ 5.º:

«La demanda identifica el daño emergente sufrido con la diferencia entre el precio del sobre de papel que la actora abonó a varias empresas cartelistas demandadas y el precio que hubiera debida abonar si el importe se hubiera fijado por el mercado, y no como consecuencia de la conducta anticompetitiva».

Para fijar el precio que hubiera abonado sin la concurrencia de cártel, el informe pericial lo que hace es estimar el precio que hubiera habido en el mercado afectado en ausencia de infracción, a partir de otros precios comparables del mismo mercado no afectados por la infracción, como son los precios posteriores a 2010 y los precios de otras empresas no cartelistas. Sin embargo, ante la dificultad de hallar una referencia comparable a la demandante adecuada, el informe opta por utilizar a tal efecto los datos que recoge la resolución de la CNC relativos a procesos electorales y a grandes clientes.

Pero, continúa el FJ 5.º de la sentencia (párr. 2.º):

«Dentro de los sobres afectados por el cartel, conforme a la resolución se podía distinguir tres tipos de sobres, y por tanto tres mercados distintos: sobres electorales, sobres pre-impresos corporativos y sobres blancos. La actora adquirió únicamente sobres pre-impresos de las empresas del cártel. Pero, a diferencia de la venta de sobres pre-impresos que utiliza el informe

<sup>88</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (ECLI:ES:JMM:2018:162).



para fijar el sobreprecio, en que se hizo por subasta, en las compras de estos sobres por la demandante no se siguió tal procedimiento.

Pues bien, el hecho de que las compras cuyos datos se han utilizado para fijar la referencia se realizasen a través de subasta impide que se puedan tener por equivalentes a las realizadas por la actora. El sobreprecio en aquel caso no tiene porqué ser similar al que hubiese podido sufrir la actora. Esta adquirió directamente de las empresas partícipes en el cartel, de acuerdo con una relación contractual con las mismas, sin seguir ningún proceso público en el que participasen en concurrencia varias empresas suministradoras».

Por ello, concluye que dicho método utilizado no es el más adecuado, y no es desde luego el óptimo para determinar el sobreprecio sufrido por la demandante. La consecuencia es sencillamente que al no haber probado el daño sufrido por la demandante procede desestimar la demanda, en aplicación del art. 1902 CC, regulador en Derecho español de la responsabilidad patrimonial extracontractual.

Derivada de este mismo asunto, sin embargo, la también reciente Sentencia<sup>89</sup> del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018, sí concede daños al demandante —la conocida empresa textil Cortefiel—, por importe de 477.435 euros, contra el cártel de los sobres, al entender que en este caso la estimación de la cuantía indemnizatoria sí estaba hecha sobre una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastados y no erróneos, tal como señala el *dictum* de la STS de 7 de noviembre de 2013, en el *cártel del azúcar*.

Frente a algunas manifestaciones que se han realizado de la falta de preparación de los jueces mercantiles, en nuestra humilde opinión esta sentencia (en concreto su FJ 3.º: *Valoración de dictámenes periciales*) constituye un loable ejercicio de rigor y precisión, y aplicación de la norma jurídica en clave económica (no en vano el ponente invoca la doctrina de POSNER, tanto directamente como a través de la cita del *blog* del profesor ALFARO). Este Fundamento de Derecho, redactado además en un impecable estilo pedagógico, señala en su apartado 1 las pautas para la valoración de daños derivados de ilícitos concurrenciales, para a continuación explicar los motivos por los que se rechazan los dictámenes periciales aportados por los codemandados, y elaborados por sus respectivas consultoras económicas: Tompla, elaborado por *Forest Partners* (apdo. 2); Envel, elaborado por *American* (apdo. 3); Adveo, elaborado por *Compass Lexecon* (apdo. 4).

Es, finalmente, en el apartado numerado 6 (aunque debiera ser el 5, dentro de este FJ 3.º) en el que justifica la admisión del dictamen pericial de la actora, elaborado por la consultora *Alfa Completeness*. Así, señala en el párrafo iii):

«En definitiva, de acuerdo con las particularidades de la prueba practicada en el caso, resuelvo aquí que el dictamen pericial ALFA determina

---

<sup>89</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:228).

“una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos” que permite determinar, con solvencia bastante, el alcance de los daños y perjuicios sufridos por la actora a resultas de la conducta cartelista de las codemandadas. Porque, en esos términos de valoración, el dictamen ALFA supone una auténtica y fiable reconstrucción del funcionamiento del cártel integrado por las demandadas y de sus consecuencias lesivas para todos sus clientes».

Es de prever que las sucesivas sentencias que se vayan dictando al hilo de este *cártel de los sobres*, o cualesquiera otros de los que se deriven acciones resarcitorias, sigan esta línea de razonamiento, como puede apreciarse en otro pronunciamiento<sup>90</sup>, dictado dos días después, por el Juzgado Mercantil núm. 11 de Madrid.

En este asunto el demandante son las Obras Misionales Pontificias de la Propagación de la Fe, que reclaman a las mismas empresas (Printeos, Adveo y Envel Europa) daños por importe de 400.967 euros. Y, pese a que la consultora es la misma que en el caso que acabamos de reseñar, Alfa Completness, en opinión del juez mercantil el informe pericial aportado «adolece de una serie de deficiencias en cuanto a su metodología y conclusiones que impiden que pueda ser tenido en cuenta a tal efecto» (FJ 4.º, apdo. 4.2.3), lo que lleva a desestimar en su integridad la acción de daños y perjuicios.

Esta dialéctica entre informes periciales no es, ni mucho menos, nueva en nuestra jurisprudencia, aunque es evidente que las acciones de daños *antitrust* le han dado nuevo realce. Por ejemplo, a comienzos de esta década se declaró<sup>91</sup> la conducta de Sogecable y Audiovisual Sport (AVS) de no adaptar, en la Temporada 2003/2004 y sucesivas, los mínimos garantizados de los contratos de emisión de partidos de fútbol suscritos en su día por los cable operadores como constitutiva de un abuso de posición dominante. El juez concluye que la cuantificación que hace el Informe pericial de la parte demandante es más convincente —por adecuado y por los parámetros utilizados— que el de la parte demandada<sup>92</sup>, con lo que es el que asume en la sentencia, y el que utilizar para conceder los daños solicitados.

De igual modo, en el conflicto *Antena 3/LNFP*, en sede de apelación se anuló la sentencia de primera instancia que concedía al reclamante de daños (la cadena de televisión) una indemnización de 25,5 millones de euros, que son considerados por la Audiencia Provincial como «sueños de ganancias», y no responde —su valoración económica y cuantificación— a los parámetros que el TS ha precisado para estos supuestos. Señala el FJ 8.º

<sup>90</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMM:2018:1232).

<sup>91</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010.

<sup>92</sup> Es muy ilustrativo, a este respecto, todo el FJ 3.º de esta sentencia, en el que bajo la rúbrica «El precio mínimo garantizado y el abuso de la posición de dominio», su señoría va contraponiendo las virtudes y defectos respectivos de dichas pruebas periciales, denominadas en el texto del pronunciamiento como «Informe NERA» (que es el presentado por la parte demandante) y el «Informe LECG» (presentado por los demandados) en atención a su autoría.



de la sentencia<sup>93</sup> que: «En el supuesto sometido a nuestra consideración, convenimos que las conclusiones del dictamen de Ernst & Young en que la demandante fundamenta su perjuicio económico, están basadas en un escenario teórico y subjetivo que no se ajusta a la realidad».

## V. CONCLUSIONES

De todo lo visto en las páginas precedentes, en relación a las problemáticas prácticas suscitadas en el ejercicio de acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, y a la luz de pronunciamientos recientes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La aplicación pública y privada del Derecho de la Competencia, buscando fines distintos (disuasión y resarcimiento patrimonial, respectivamente) están llamadas a complementarse. Esto es así desde un principio, y ha quedado consagrado en el espíritu y el texto tanto de la Directiva 2014/104/CE como el Real Decreto-ley 9/2017 que la incorpora al Derecho español.
2. Hay un gran consenso en cuanto a las «virtudes» de la aplicación privada, y lo incompleto que estaba el *enforcement antitrust* sin esta efectiva posibilidad de ejercer acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos. De ahí que la valoración global de la normativa sea muy favorable, pero existen una serie de dificultades que se han ido poniendo de manifiesto al hilo de casos reales, cuya solución dista mucho de ser satisfactoria.
3. En primer lugar, respecto de la *vinculación al juez civil de lo resuelto en sede administrativa* (una vez ganada firmeza en vía contencioso-administrativa), tanto la Directiva como su transposición al Derecho español parecen lograr un cierto equilibrio entre la seguridad jurídica (unos mismos hechos no pueden tener diferente alcance jurídico según qué instancias del Estado los enjuicie) y la independencia judicial (como hemos visto, la vinculación no es absoluta). Este equilibrio, junto con las tensiones existentes cuando los pronunciamientos de ambos órdenes —el administrativo y el civil— no son coincidentes, se ha puesto de manifiesto en el *cártel del seguro decenal*. Este asunto es, en nuestra opinión, un buen ejemplo igualmente de la eficacia y virtualidad de las acciones *stand-alone*, sin dejar de reconocer que lo habitual en estos casos serán las acciones *follow-on*.
4. En segundo lugar, respecto de cuál *sea la jurisdicción competente* para conocer de este tipo de acciones de resarcimiento patrimonial, pese a las vacilaciones iniciales de la jurisprudencia, pensamos que la cuestión ha quedado ya zanjada, y sin dejar de tratarse de una responsabilidad extracontractual (*ex art. 1902 CC*), que en principio debería conocer el Juzgado de Primera Instancia, los pro-

<sup>93</sup> SAP de Madrid (Sección 25.ª bis), de 18 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2006:18).

nunciamentos que hemos reseñado, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del *cártel del azúcar*, y los Autos más recientes de la Audiencia Provincial de Madrid, no ofrecen duda: corresponde a los Juzgados de lo Mercantil [al ser acciones incardinables en el art. 86 ter 2.f) LOPJ].

5. En tercer lugar, una cuestión que trasciende el análisis jurídico y cae de lleno en la esfera económica, es el peso y alcance que tiene la *valoración del daño llevada a cabo por los demandantes, a través de los correspondientes informes periciales*. La importancia de este análisis no debe ignorarse, y el papel que los economistas están llamados a jugar en la aplicación privada del Derecho de la Competencia es de gran alcance. Como se ha apuntado para el *cártel de los camiones*, y hemos visto ya en diferentes Sentencias relativas al *cártel de los sobres de papel*, una incorrecta valoración del daño (por el empleo de un método inadecuado, o unos cálculos erróneos) lleva a la desestimación de la pretensión resarcitoria.
6. Finalmente, señalar que la normativa aprobada y su aplicación por parte de los jueces, así como los estudios académicos que se están llevando a cabo sobre las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, sin duda están contribuyendo a una mejora del sistema en su conjunto y a una más eficaz y equilibrada aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia, en beneficio de empresas, consumidores, y el mercado en su conjunto.

## BIBLIOGRAFÍA

### A. DOCTRINA

- ALFARO, J. (2015): «Otra (mejor) sentencia del Supremo sobre el cártel del seguro decenal», en el *blog Almacén de Derecho*, publicado el 10 de junio. Disponible en <http://www.almacenederecho.org/otra-mejor-sentencia-del-supremo-sobre-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 14 de abril de 2018).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2009): «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», *InDret*, <http://www.indret.com>, Barcelona, julio.
- CALLOL, P. (2017): «Procedimiento de reclamación de daños generados por ilícitos *antitrust*: aspectos clave de la recepción en España de la Directiva comunitaria y responsabilidad potencial del Estado por transposición tardía», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2017*, Pamplona, Civitas Thomson Reuters, pp. 232 y ss.
- CALVO CARAVACA, A., y SUDEROW, J. (2015): «El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del derecho *antitrust*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, vol. 7, núm. 2, pp. 114-157.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2011): «Capítulo 14, El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho *antitrust*, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de jurisprudencia reciente», *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, pp. 215-228.



- DÍEZ ESTELLA, F., y ESTRADA MERAYO, C. (2014): «Las acciones de daños derivados de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15.
- EGER, T., y WEISE, P. (2010): «Some limits to the Private Enforcement of Antitrust Law: A Grumbler's view on Harm and Damages in Hardcore Price Cartel Cases», *Global Competition Law Review*, Issue 4, pp. 151-159.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (2000): *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Madrid, Civitas.
- FERRÁNDIZ, P. (2017): «Exhibición de pruebas en procedimientos de daños antitrust (I)», en el *blog Almacén de Derecho*, 17 de julio, disponible en <https://almacenederecho.org/exhibicion-pruebas-procedimientos-danos-antitrust-i/> (última consulta el 14 de agosto de 2018).
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2017): «Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre Defensa de la Competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la Propuesta de Ley de Transposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 9, núm. 1, pp. 125-152.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2008): «La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3.
- (2016): «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, vol. 8, núm. 1, pp. 150-183.
- JIMÉNEZ-LA TORRE, F. (2012): «Las reclamaciones de daños por infracciones de Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, La Ley, núm. 25, La tercera de GJ, enero-febrero.
- MARCOS, F. (2012): «The Spanish Property Insurance Cartel», *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 18/2, primavera, pp. 79-101.
- (2014a): «Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz del cártel del seguro de daños decenal: Notas a propósito de la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014», *La Ley Mercantil*, 29 de julio, p. 14.
- (2014b): «Sí, hay indemnizaciones de daños y perjuicios por el cártel del seguro decenal», en el *blog del Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, publicado el 31 de julio, disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/si-hay-indemnizaciones-de-danos-y-perjuicios-por-el-cartel-del-seguro-decenal/> (última consulta el 10 de mayo de 2018).
- (2015a): «Matrioskas judiciales en la revisión del cártel de seguro decenal», en el *blog Almacén de Derecho*, publicado el 3 de agosto, disponible en <http://almacenederecho.org/matrioskas-judiciales-en-la-revision-del-cartel-de-seguro-decenal/> (última consulta el 30 de enero de 2018).
- (2015b): «El cartel del seguro decenal sale del Tribunal Supremo», en el *blog del Observatorio de Aplicación del Derecho de la Competencia*, publicado el 22 de julio, disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/el-cartel-del-seguro-decenal-sale-del-tribunal-supremo/> (última consulta el 13 de junio de 2018).
- (2018): «El cálculo de los daños causados por el cártel de los fabricantes de camiones», en el *blog Almacén de Derecho*, publicado el 11 de julio, disponible en <http://almacenederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> (última consulta el 11 de agosto de 2018).
- SANCHO GARGALLO, I. (2009): «Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia», *Revista electrónica Indret*, núm. 1, pp. 14 y ss.

- SANJUAN Y MUÑOZ, E. (2018): «The Proof on the Quantification of the Damage in Assumptions of Defense of Competition (Spanish Law)», 24 de junio, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3201779>.
- SOPENA BLANCO, V., y MARTÍN MARTÍN, G. (2015): «La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, La Ley, núm. 17/2015, 1 de julio, pp. 1-40.
- TORRE SUSTAETA, M. V. (2016): «Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado», *La Ley Mercantil*, núm. 21, enero.
- TUDOR, C. (2012): «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección núm. 8, Asunto 737/07», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, Madrid, La Ley, pp. 277-291.
- VIDAL, P.; CAPILLA, A., y GUAL, C. (2017): «El nuevo régimen de reclamación de daños en España por ilícitos de competencia», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 47, pp. 39-53.
- VIDAL MARTÍNEZ, P., y ARRANZ FERNÁNDEZ BRAVO, T. (2017): «Aspectos sustantivos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva de daños por infracciones del Derecho de la Competencia», *La Ley Mercantil*, núm. 38, p. 20.
- ZURIMENDI ISLA, A. (2017): «La indemnización de daños y perjuicios», en M. ROBLES y A. LABORDA (coords.), *La lucha contra las restricciones de la competencia*, Granada, Comares, p. 297.

## B. LEGISLACIÓN Y OTROS DOCUMENTOS

- Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, *DOUE* L 349/1, de 5 de diciembre de 2014.
- Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.
- Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.
- Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, *BOE* núm. 126, p. 42820, de 27 de mayo de 2017.
- Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, *DOUE* L 201, de 26 de julio de 2013, pp. 0060-0065.
- Reglamento (CE) núm. 358/2003 de la Comisión, de 27 de febrero, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, *DOUE* núm. 53, de 28 de febrero de 2003, pp. 8-16.



- Reglamento (UE) núm. 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, *DOUE* L 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 1-7.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2009, sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [2008/2154(INI)], *DOUE* núm. C 117/E, de 6 de mayo de 2010.
- Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Analysis of economic models for the calculation of damages*, by Emily Clark, Mat Hughes and David Wirth, 31 august 2004, disponible en [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic\\_clean.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean.pdf).
- The Discussion Paper of DG Competition on Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 EC*, disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

### C. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.<sup>a</sup>), de 22 de junio de 2017, RJ AAP M 2421/2017 (ECLI:ES:APM:2017/2421A).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 305/2017, de 21 de diciembre (ECLI:ES:APM:2017:5569A).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid, de 24 de mayo de 2016 (RJ 239/16).
- Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expte. S/0316/10, *Sobres de papel*.
- Resolución de la CNC de 26 de noviembre de 2013, expte. S/0314/10, *Puerto de Valencia*.
- Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expte. S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.
- Resolución de la CNC de 30 de julio de 2013, expte. S/0380/11, *Coches de Alquiler*.
- Resolución del TDC de 15 de abril de 1999, expte. 426/98.
- Sentencia de Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, de 19 de junio de 2013 (RJ 625/2008).
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>), de 4 de julio de 2002.
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2013, RJ 1663/2012 (ECLI:ES:AN:2012:1663).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 2012, RJ 5233/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5233).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, RJ 5232/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5232).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2012, RJ 5306/2012 (ECLI:ES:AN:2012:5306).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2013, RJ 1176/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1176).
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de enero de 2013, RJ 1/2013 (ECLI:ES:AN:2013:1).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup> bis), de 18 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2006:18).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), núm. 339/2017, de 3 de julio de 2017, ROJ 9034/2017 (ECLI:ES:APM:2017:9034).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.<sup>a</sup>), de 3 de octubre de 2011, rec. núm. 370/2010.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), de 25 de mayo de 2006 (ECLI:ES:APM:2006:6773).
- Sentencia de la Audiencia Provincial Valladolid (Sección 3.<sup>a</sup>), de 9 de octubre de 2009, rec. núm. 214/2009.
- Sentencia del JPI núm. 11 de Valladolid, de 20 de febrero de 2009, Proc. Ord. 571/2007.
- Sentencia del JPI núm. 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, Proc. Ord. 735/2007.
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Bilbao, de 16 de julio de 2010, RJ 138/2010 (ECLI:ES:JMBI:2010:138).
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMM:2018:1232).
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid, núm. 88/2014, de 9 de mayo de 2014, RJ 24/2014 (ECLI:ES:JMM:2014:118).
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona, núm. 45/2010, de 20 de enero de 2011.
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de junio de 2018 (ECLI:ES:JMB:2018:228).
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid, de 7 de mayo de 2018 (ECLI:ES:JMM:2018:162).
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:JMM:2005:70).
- Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Madrid, de 4 de marzo de 2010, núm. 64/2010.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros*, rec. 2001 p. I-6297.
- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis c. HenningerBräu AG*, asunto C-234/89, rec. 1991 I-00935 (ECLI:EU:C:1991:91).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, asunto C-344/98, rec. 2000 I-11369 (ECLI:EU:C:2000:689).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.<sup>a</sup>), de 26 de abril de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015, RJ 2297/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2297).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015, RJ 2397/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2397).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015, RJ 2536/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2536).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2015, RJ 2543/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2543).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2015, RJ 2656/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2656).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, rec. 5819/13 (RJ 5819/2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, rec. 2163/12 (RJ 5462/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2015, rec. núm. 220/2013, RJ 191/2015 (ECLI:ES:TS:2015:191).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015, RJ 2516/2015 (ECLI:ES:TS:2015:2516).





# TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA DE EXPEDIENTES EN LA CNMC

Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ

Secretario del Consejo, CNMC

Andrés AZNAR

Subdirector

S. de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, CMMC

**SUMARIO:** I. EXPEDIENTE ELECTRÓNICO: CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS: A. El expediente son hechos, no documentos. B. Ubicuidad y colaboración. C. Todos al tanto. D. Multidispositivo y desde cualquier sitio. E. Sin límites. F. Usabilidad como concepto clave. G. Participantes en el expediente: no solo interesados.—II. CARACTERÍSTICAS DE LOS DOCUMENTOS: A. Confidencialidad. B. Documentos de acompañamiento. C. Foliado electrónico. D. Doble documento.—III. CARGA DE INFORMACIÓN EN EL EXPEDIENTE: A. Actuaciones propias de la Administración. B. Enfoque estratégico fundamental en las entradas externas: distribuidor y responsabilidad de la clasificación final. C. Entrada de datos desde la Sede Electrónica. D. Entrada de datos desde el registro presencial. E. Entrada de datos desde el Sistema de Interconexión de Registros de las AAPP.—IV. NOTIFICACIONES, COMUNICACIONES Y REMISIONES DEL EXPEDIENTE: A. Notificaciones integradas con el expediente. B. Se notifica a un NIF. C. Gestión de contactos a efectos de notificación. D. Práctica de una notificación electrónica.—V. Y ENTONCES CAMBIA LA LEY.—VI. CONCLUSIONES.

Lo hemos escuchado en numerosas ocasiones, se establece una y otra vez como objetivo en las administraciones públicas y de forma muy intensa en la Administración de Justicia, se da por hecho que su aplicación traerá grandes ventajas y en la teoría no se discute, pero en la práctica la realidad arroja detalles menos románticos. Hablamos del expediente electrónico y lo que es más importante, su tramitación electrónica, el Santo Grial que se persigue con insistencia mediante planes, líneas estratégicas y millones de euros en todas las Administraciones.

Pero, ¿es realmente el expediente electrónico lo que se busca? En realidad no, pues por expediente electrónico podríamos aceptar una carpeta de red llena de documentos PDF. Eso ya es un expediente electrónico pues se encuentra en formato digital, sin papel, pero claramente no es satisfactorio. Entonces, ¿qué es lo que se persigue de forma inconsciente? Concepto difuso y difícil que uno no siempre tiene claro, sabe que las tecnologías tienen



la capacidad de mejorar la gestión, la tramitación y de acelerar considerablemente la interacción entre las partes, pero no siempre es fácil definir con claridad cuáles son los objetivos.

En este artículo vamos a exponer las características que consideramos que debería tener un sistema electrónico de gestión de expedientes, pero no solo desde la teoría, sino desde la descripción de un sistema existente y en funcionamiento, y lo más importante, desde la experiencia, pues la experiencia de la CNMC viene de lejos y ha supuesto una evolución lenta, progresiva, con algunos errores y otros aciertos, que nos ha hecho llegar a esta situación. En la actualidad la práctica totalidad de los expedientes de la CNMC se gestionan con una misma herramienta llamada Weco, en la cual se han informatizado 42 procedimientos administrativos diferentes que incluyen más de 250 tipos de expedientes. Por poner dos ejemplos, uno de esos procedimientos sería «contratación» con sus tipos de expedientes «Contrato menor», «Caja fija», «Abierto», etc.; y otro serían los sancionadores de competencia con los tipos «denuncia» o «de oficio».

## I. EXPEDIENTE ELECTRÓNICO: CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS

Como se ha comentado, lo importante no es alcanzar un expediente electrónico sino la gestión electrónica de los expedientes, una herramienta que nos permita beneficiarnos de las ventajas que ofrece la tecnología. Pero la tecnología nos ayudará en la medida que se enfoquen ciertos conceptos de una forma que permita su aprovechamiento.

Dicho de otra forma, la tecnología no es magia ni es buena en sí misma, sino que habilita otras formas de pensar que pueden ser exploradas y explotadas en busca de soluciones que antes simplemente no eran posibles, o bien demasiado costosas.

### A. EL EXPEDIENTE SON HECHOS, NO DOCUMENTOS

Muchos gestores de expedientes han sido diseñados desde su origen partiendo del axioma de que «un expediente es un conjunto de documentos». Sin embargo, este enfoque limita desde el principio varias capacidades deseables en un expediente electrónico. Sabemos que existe mucha información asociada al expediente a la que uno puede acceder sin necesidad de abrir un solo documento, y que además nos permitirá establecer relaciones muy valiosas entre los documentos.

La herramienta de la CNMC parte de la base de que un expediente es un «conjunto de sucesos», lo cual viene a explicar que de forma muy genérica un expediente es un caso, al que le ha sido asignado un «número de caso», en el que se suceden acontecimientos, cada uno de los cuales tiene necesariamente una fecha y ha sido tipificado con anterioridad.

Esos sucesos podrán tener uno o varios documentos, por supuesto, pero además mucha otra información estructurada. Esta información es la que se utilizará para añadir mucha lógica del procedimiento, como, por ejemplo, la fecha de caducidad del expediente, el número de acuses de recibo pendiente para cada notificación realizada, el control de plazos internos de trabajo, el cierre de fases intermedias, los hitos determinantes de un nuevo criterio de permisos de accesos al expediente o el control de plazos intermedios como pueden ser los días que restan para la presentación de alegaciones.

## B. UBICUIDAD Y COLABORACIÓN

Quizá el cambio más importante en la forma de trabajar de una organización es consecuencia de concebir el «expediente» como esa información en formato electrónico que se encuentra en una herramienta *web* y no en una carpeta con papeles que se encuentra en un despacho o un armario. Si la organización alcanza este grado de madurez tecnológica, ciertos conceptos son profundamente alterados, como, por ejemplo, la idea de «quién tiene el expediente» o de «enviar el expediente» a otra unidad. La tecnología nos ofrece grandes ventajas, entre las cuales destaca la potenciación del trabajo colaborativo.

En lugar de hacer que el expediente se vaya enviando de una unidad a otra, el expediente simplemente «está», y las personas o unidades que deban intervenir, simplemente accederán, obviando de raíz el concepto de paso entre unidades o personas. Esto hace posible que un procedimiento se encuentre en un mismo instante pendiente de varios asuntos no relacionados entre sí, pero que pueden ser gestionados simultáneamente. Por ejemplo, podría estar realizándose la solicitud y correspondiente recepción de un informe preceptivo a otro ministerio, mientras se gestionan las alegaciones a la incoación del expediente, mientras se organiza una inspección domiciliaria.

Para que esto sea posible, es imprescindible que la herramienta permita visualizar y filtrar todo aquello que le ocurre a un expediente según los intereses del que trabaja con él.

Por otro lado, el diseño del sistema de seguridad ha de permitir que unas personas u otras accedan a un expediente dependiendo de la fase en la que se encuentre, o de la situación concreta del expediente. Por poner un ejemplo, el motor de permisos de la aplicación de la CNMC impide al acceso al Consejo en un expediente sancionador de competencia en fase de instrucción. Pero sí tendría acceso una vez que se eleva la propuesta de resolución al Consejo, que determina el inicio de la fase de resolución, o bien si en el expediente se ha interpuesto un recurso contra un acto de instrucción. En este último caso, la herramienta permite visualizar solo la parte del expediente correspondiente al historial anterior al acto recurrido.



### C. TODOS AL TANTO

Este escenario colaborativo no sería del todo posible si los responsables de un expediente, o aquellas personas que han de hacerle seguimiento, estuvieran obligadas a entrar en el expediente para revisar minuciosamente las novedades. Para solucionar este escollo, el gestor de expedientes de la CNMC dispone de un sistema de alertas altamente configurable, que aglutina todas las alertas sobre las que cada persona desea estar al tanto, en un único correo electrónico. En realidad, en uno o en varios, a gusto y necesidades de cada uno, pudiendo configurar, por ejemplo, que en un correo a las 8 h. se consoliden todas las modificaciones de todos los expedientes del día anterior de una subdirección en particular y en otro correo a las 13 h. se envíen todas las resoluciones y acuerdos que se hayan publicado en la *web* en la CNMC.

Este sistema implica que cada vez que alguien toca una coma de un expediente, se generará una pequeña alerta que le llegará a un nutrido grupo de vigilantes, de forma que es muy complicado que cualquier modificación o novedad pase desapercibida. La costumbre de revisar el correo electrónico de modificaciones y novedades en los expedientes se ha convertido en una rutina mañanera en la CNMC. Bien ordenado por ámbitos, y después por expedientes, se sabe muy bien quién tocó qué documento en qué hora y minuto del día anterior, o qué fechas de caducidad están próximas.

### D. MULTIDISPOSITIVO Y DESDE CUALQUIER SITIO

Para completar la capacidad de tener acceso permanente a la información, la herramienta no debe imponer barreras tecnológicas, como la exigencia de permisos de administrador, de configuraciones específicas o la necesidad de cualquier instalación. En ese sentido, Weco ha sido diseñado como una *web* pura, que no requiere la instalación de ningún *software* adicional, ni *plugin* o componente en el navegador, ni es necesaria ninguna configuración. Además, no determina el navegador, dejando a la libre elección del usuario si prefiere *Firefox*, *Chrome*, *Internet Explorer*, *Safari* o cualquier otro, con la única condición de que debe encontrarse en una versión moderna y actualizada.

En esta misma línea, la aplicación funcionará a través de cualquier «Red privada virtual» o VPN, de forma que uno pueda conectarse a la oficina y trabajar desde el PC personal de su casa o desde un portátil en el AVE.

### E. SIN LÍMITES

Aunque suele ser habitual encontrarse con límites en las aplicaciones informáticas, en relación, por ejemplo, al número de documentos o tamaño de los mismos, la realidad nos demuestra que existen expedientes de

un gran número de folios (muchas decenas de miles, o incluso cientos de miles) y que con respecto a los tamaños también cabe ser precavido. Especialmente en el caso de los videos, los tamaños pueden ser elevados, pero es una cuestión que no se puede evitar, pues a veces esos videos son parte fundamental del expediente (así en los expedientes tramitados en aplicación de la Ley General de Comunicación Audiovisual). El expediente electrónico debe ofrecer simplicidad a la hora de mostrar un expediente de 50.000 folios o de 4.000 documentos, así como considerar estos volúmenes a la hora de realizar la remisión del expediente a otra Administración, por ejemplo, o bien permitir el acceso al expediente a un interesado en el procedimiento, a través de la sede electrónica.

Recientemente se han realizado pruebas notificando desde Weco y hacia el portal de notificaciones, ficheros de 30 GB, lo cual podría ser equivalente a todo el correo electrónico que una persona ha podido acumular en seis años de trabajo, más de diez películas con calidad normal o una película de 4 K. Aunque en realidad no existe límite de tamaño, pues el sistema crea un «puente» que podría llegar a transmitir un fichero de cualquier tamaño.

Pero los límites no solo se refieren a los tamaños, sino al número de sucesos o número de documentos que un expediente puede contener, o al número de empresas involucradas. Por poner un ejemplo, el expediente S/0471/13 de concesionarios de coches, tiene 114 empresas incoadas y es conocido que la CNMC se lanzó a gestionar un expediente con tal número de interesados porque era posible hacerlo con la herramienta informática. Al tiempo de dictarse la resolución, el expediente estaba formado por más de 50.000 folios y ocupaba más de 6 GB.

## F. USABILIDAD COMO CONCEPTO CLAVE

La «usabilidad» es básica, un concepto clave que ha de cuidarse expresamente, que trasciende el del caso singular analizado en este artículo y alcanza a cualquier herramienta tecnológica. Se entiende por usabilidad la facilidad con la que las personas pueden utilizar una herramienta para alcanzar un fin concreto, o dicho de otra forma, la capacidad *intuitiva* de que una persona pueda utilizar la herramienta con pocas o ninguna explicación previa. Cuando una aplicación informática goza de una alta usabilidad, la información, los botones, y las opciones aparecen donde de forma lógica una persona esperaría que estuvieran. Lo mismo ocurre con las acciones que el usuario de la herramienta va ejecutando, es importante que realicen las acciones que se espera de ellas según el contexto.

Un gestor de expedientes tiene un objetivo muy generalista, por lo que no puede basar su buen funcionamiento en una formación previa. Desde luego toda formación es recomendable y ha de contemplarse, pero la realidad suele aproximarse más a un escenario en el que las personas han de tratar con expedientes según llegan a la organización, desde el primer día. El hecho de que la herramienta sea lo suficientemente intuitiva como para



permitir a una persona normal consultar expedientes, comprender la información e incluso introducir ciertos datos, es un valor.

#### G. PARTICIPANTES EN EL EXPEDIENTE: NO SOLO INTERESADOS

Si el expediente no es, como se ha señalado, una sucesión de documentos, sino de sucesos, debe también admitirse que el expediente no es sino la forma en la que una serie de actores se relacionan con tales sucesos. Al margen de los usuarios internos, o de la propia organización responsable de la tramitación del expediente, cabe discernir como actores externos los interesados, es decir, aquellos administrados cuyos derechos o intereses legítimos se ven o pueden verse afectados como consecuencia del procedimiento que se tramita. La identificación del interesado permitirá, a su vez, la identificación de sus datos a efectos de notificación, la de sus representantes, así como el acceso telemático al expediente, sea desde un acceso *web* al sistema de gestión electrónica de expedientes, sea mediante una notificación telemática del conjunto de archivos indexados que conforman el expediente.

Entre los terceros que se relacionan con el expediente cabe distinguir denunciante que no tienen reconocida la condición de interesado, administraciones autoras de informes preceptivos o destinatarias de solicitudes de información, ciudadanos solicitantes de acceso a información pública en aplicación de la Ley de Transparencia, etc. Todos ellos se relacionan con el expediente, mantienen un determinado régimen de acceso con el mismo.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LOS DOCUMENTOS

Como se ha comentado anteriormente, los expedientes se organizan en una secuencia cronológica de sucesos, los cuales normalmente tendrán documentos asociados. Estos documentos serán actos de la propia Administración (informes, acuerdos, oficios, etc.) o escritos presentados por un interesado o un tercero en el procedimiento. En la CNMC se ha definido el formato PDF como el formato que por defecto han de tener todos los documentos que se carguen en los expedientes, debido a las siguientes razones. Por un lado, se trata de un formato multiplataforma, por lo cual puede ser abierto por cualquier sistema operativo, que se encuentra basado en una especificación abierta para la que se han adaptado herramientas de *software* comercial como otras de *software* libre. Cualquier persona puede disponer gratuitamente de un lector de documentos PDF, independientemente de dónde viva, de su cultura o de las tecnologías que utilice. Es uno de los formatos más extendidos de Internet.

Por otro lado, la visualización no se ve alterada con el envío a otros usuarios, es decir, no se desordenan las páginas o se desorganizan los párrafos, y de hecho es considerado una «impresión virtual» de un documento, lo cual se pone de manifiesto cuando comprobamos que hasta pue-

de configurarse como una «impresora virtual» que genera el documento en PDF.

Por último, el archivo PDF ofrece algunas capacidades muy interesantes como el que pueden cifrarse y sobre todo firmarse digitalmente, manteniendo la propia firma incrustada dentro del documento. Esta característica es la razón más importante de la elección de este formato. Existen otros formatos de firma digital, pero el que utiliza la aplicación Weco es PAdES, que es un conjunto de restricciones y extensiones a PDF y al estándar ISO 32000-1, y que inserta la firma digital en el propio documento que se firma. Esto significa que el documento está firmado en sí mismo, del mismo modo que ocurre con los documentos en papel y que, por tanto, podría extraerse del expediente y, por ejemplo, ser enviado por correo electrónico, sin perder la firma digital. Cualquier persona que disponga del documento puede abrirlo y verificar la firma con el propio lector de PDF, haciendo el sistema de firma universal y no dependiente de la tenencia de ningún otro *software*.

Los sistemas informáticos que basan su firma digital en otros formatos de firma, guardan la propia firma de un documento en otro fichero distinto, en un formato incomprensible para una persona no técnica. Esto hace que se pueda enviar el documento original sin la firma, o que si se envían juntos la relación tenga que ser explicada, lo que da lugar a un gran número de malentendidos. Supongamos que se envían por *email* tres documentos con sus tres ficheros de firma correspondientes: podría no estar claro cuál se corresponde con cuál. Pero además, es más complicada la verificación de la firma dado que se requiere de una aplicación específica, no siendo suficiente con la propia aplicación que abre el documento para visualizarlo.

Además, la firma PAdES permite utilizar una ampliación denominada PAdES-LTV (Long Term Validation), que es el formato de firma longeva para PDF. Este perfil permite prorrogar por tiempo indefinido la validez de las firmas, de forma que se garantiza la validación tras muchos años después de la realización de la misma incluso aunque caduque el certificado original con el que fue firmado el documento.

No obstante, el gestor de expedientes ha de contemplar la posibilidad de carga de ficheros en otros formatos, pues en principio el concepto de «documento» que puede formar parte de un expediente es muy amplio. En el caso de los sancionadores en materia de sector audiovisual, el documento principal es un video, que por supuesto ha de ser parte del expediente. En actuaciones referidas al sistema de liquidaciones del sector energético, los elementos clave son hojas de cálculo. Además hay que tener en cuenta que muchos de los documentos son presentados por parte de los interesados a través de la sede electrónica y, por tanto, pueden entrar en la CNMC en cualquier formato. Por defecto, los ficheros que han sido originariamente presentados se guardan en el expediente, salvo que estuvieran corruptos, fueran ilegibles o tuvieran algún tipo de virus o *software* malicioso.



## A. CONFIDENCIALIDAD

Por defecto, aquellas personas físicas o jurídicas a las que se ha reconocido la condición de interesado en el expediente tienen derecho de acceder a todos los documentos que lo conforman. Pero algunos documentos pueden contener información relativa a uno de los interesados que, de ser puesta en conocimiento de otros interesados, por ejemplo, sus competidores, produjera un perjuicio en su esfera personal o comercial que no sea necesario para la resolución del expediente.

En estos casos, bien de oficio o bien a instancia del interesado, se puede declarar la confidencialidad sobre un documento o parte del mismo, para todos o solo para algunos de los interesados. La confidencialidad tiene un carácter necesariamente relativo dado que es el resultado de la ponderación de intereses contrapuestos, por lo que la misma podrá afectar de distinto modo a los distintos interesados de un expediente o, incluso, ser solo oponible para aquellos terceros que finalmente accedan al expediente por mor de la Ley de Transparencia. Todo ello permite concluir que la confidencialidad es un concepto clave en la configuración de una aplicación de gestión de expedientes.

El concepto de confidencialidad permite también identificar documentos «censurados», es decir, la versión pública o accesible de un documento que contiene datos confidenciales y que han sido debidamente omitidos (censurados), habitualmente la visualización de grandes líneas negras en sustitución de aquellos datos que deben mantenerse ocultos para aquellos cuyos intereses no permiten el acceso a dicha confidencialidad.

Es crucial emplear para la censura una herramienta adecuada. Soluciones no rigurosas, como la colocación sobre las palabras de unos rectángulos negros, tal y como se hizo en la reciente Sentencia núm. 20/2018, de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2.<sup>a</sup>, asunto *Gürtel*), la cual fue difundida en Internet y permitía leer los datos censurados de los acusados y los partícipes a título lucrativo, no resultan adecuadas para una debida protección de la confidencialidad. A este respecto, el propio editor de PDF de Acrobat tiene una opción específica para tal fin.

Cabe destacar que ambos tipos documentos, confidenciales y censurados, forman parte del expediente, de forma que aparecerán incluidos en el correspondiente índice y se foliarán en consonancia con la construcción ordenada del expediente. El carácter necesariamente relativo de la confidencialidad debe permitir introducir en la aplicación las excepciones a la confidencialidad. Excepción que concurrirá, habitualmente, para el titular del secreto comercial o industrial que la confidencialidad persigue proteger, pero podrá también concurrir para otros, como sujetos del mismo grupo empresarial o sujetos cuyos intereses resulten preponderantes respecto de tales secretos (por ejemplo, el derecho de defensa de otros sujetos imputados), no así respecto de otros cuyos intereses no tengan tal prevalencia (por ejemplo, denunciante). En tal escenario, Weco permite marcar el do-

cumento como confidencial y acto seguido elegir aquellos interesados para los que se exceptúa la confidencialidad, es decir, que podrán tener acceso al documento.

La información sobre confidencialidad de cada documento será especialmente importante en la aplicación Weco que gestiona la CNMC al tiempo de generar un «acceso al expediente» (para interesados con derecho de acceso) o al tiempo de generar una «remisión del expediente» (a terceros, otras administraciones o tribunales de justicia). Así, es la propia aplicación la que protege los documentos confidenciales de ser entregados a terceros. La herramienta para preparar la documentación que se entregará a un interesado o un tercero comprueba los permisos de todos los interesados de forma automatizada.

## B. DOCUMENTOS DE ACOMPAÑAMIENTO

Los documentos de acompañamiento no suelen tomarse en consideración cuando se diseña un gestor de expedientes, pero aportan un valor en la sombra que favorece y agiliza la gestión. Se trata de documentos que no forma parte del expediente, pero que sin embargo facilitan el trabajo. Por ejemplo, el documento en formato editable (word, ODT) que dio origen al documento PDF que es el que se ha incluido en el expediente, información de apoyo, referencias legales, bibliográficas o jurisprudenciales, notas resumen o correos electrónicos entre unidades internas.

En la aplicación Weco estos documentos son llamados «documentos de trabajo» y contribuyen muy activamente a la eficacia en la gestión, la colaborativo y la eficiencia del trabajo. Además de los ejemplos mencionados, con el tiempo van surgiendo otros usos muy adecuados para ser tipificados de esta forma, como pueden ser la versiones *web* de algunos documentos, el fichero ZIP resultante de un acceso al expediente entregado o remitido a un interesado o las sentencias de los tribunales que puedan servir de referencia. No forman parte del expediente, no se folian, pero se incorporan al margen para facilitar la actuación de los usuarios que intervienen en el procedimiento.

Existe otra categoría de documentos que podrían también calificarse como de acompañamiento. A diferencia de los «documentos de trabajo», estos sí forman parte del expediente (se folian), pero son documentos cuya relevancia está por debajo de los documentos que conforman el análisis de fondo del procedimiento. Aunque en la CNMC han sido tipificados como «no entregables por defecto», no significa que no deban entregarse si se remitiera el expediente, o si un interesado solicitara el acceso al mismo, sino que dada su baja importancia, por defecto se ignoran en las entregas salvo que se preste atención expresa sobre alguno de ellos. Se trata de los acuses de recibo de las notificaciones, de los poderes de representación, de las copias del NIF o de simples documentos administrativos de trámite.



### C. FOLIADO ELECTRÓNICO

El concepto de foliado en un expediente es ampliamente conocido en el ámbito papel, pero no así en el mundo digital. En la CNMC se ha adaptado este mecanismo que permite reflejar la ordenación lógica del expediente al mundo digital. Como se ha comentado anteriormente, el formato elegido para guardar los documentos es el formato PDF, aunque pueden existir ficheros con otros formatos. El formato PDF permite introducir marcas de agua en el propio documento, capacidad que es aprovechada para numerar en digital todas y cada una de las páginas. Al margen de que cada documento pueda tener su propia numeración propia, que suele encontrarse en la parte inferior de la página, el gestor de expedientes comenzará a asignar a todas las páginas un número de folio único, comenzando por el núm. 1.

Una vez se han foliado todas las páginas del primer documento PDF del expediente, se seguirá con la primera página del segundo documento, continuando con el número inmediatamente posterior al último número que se utilizó en el primer documento, y así sucesivamente. El foliado no es automático en Weco, pues la herramienta solo se limita a sugerir el siguiente número de folio, de forma que el foliado es realizado concienzudamente por la unidad que instruye el expediente.

En Weco existen dos tipos de foliados: el foliado provisional y el foliado definitivo. De esta forma un documento puede estar foliado provisionalmente, momento durante el cual puede ser alterado con facilidad, y llegado el momento se pueden fijar los números de folio pasando a un foliado definitivo. Una vez que un documento ha sido foliado de forma definitiva, el foliado se habrá fijado definitivamente, por lo que solo unas pocas personas con permisos especiales podrían modificar el foliado. Además, y para ciertos casos en los que es necesario introducir un folio entre dos existentes pero el refoliado completo del expediente produciría demasiados problemas por haber sido referenciado en muchas ocasiones posteriores, la aplicación permite insertar foliados «bis», pudiendo insertarse tantos «bis» como fuera necesario. Obviamente esta opción solo debe utilizarse en ocasiones muy señaladas.

Para garantizar la trazabilidad del foliado, Weco además guarda para cada documento un «historial de foliado», de forma que no solo conoce internamente qué folios tuvo anteriormente cada página concreta de cualquier documento, sino que, una vez deducido testimonio, se plasma en la propia página un poco más abajo, con una fuente de texto tachada.

El foliado garantiza dos propiedades muy útiles en un expediente. Por un lado, impide la inserción sospechosa de un documento en medio de otros dos que ya constaban en el expediente y que iban seguidos, y por otro lado permite que todas y cada una de las páginas de todos los documentos se pueda referenciar de forma directa y unívoca. Esto es muy útil en general, pero especialmente a la hora de redactar un documento de alegaciones, el pliego de cargos o la propia resolución, que permite referenciar con exac-

titud otros documentos y páginas concretas del expediente, no importa cuán largo sea.

Pero hemos de recordar que no todos los documentos de un expediente han de estar en formato PDF, por lo que, ¿qué hacer en el resto de casos? Podemos tener en el expediente digital un video, una hoja de cálculo, un documento de word o una imagen JPG, por poner algunos ejemplo. En este caso, la CNMC ha adoptado una solución general: todos los ficheros que no sean PDF serán referidos en la aplicación con un folio único y, dentro de ese folio, se podrán utilizar otras referencias propias del formato concreto que se trate. Por ejemplo, el video que consta en un sancionador podría foliarse con el núm. 12.508, lo que permitirá referirse a él según se puede observar en el folio 12.508, minuto 14, segundo 20.

El concepto de foliado es muy importante sobre todo cuando los expedientes que se tratan pueden enviarse a la Administración de Justicia, es decir, son objeto de recurso contencioso-administrativo. En caso de que el ámbito de Weco informaticice un procedimiento que en realidad no es un procedimiento administrativo, sino que se utiliza para soportar algún tipo de gestión interna, no sería necesario foliar los expedientes. Por ejemplo, si se quieren registrar como «expedientes» cada una de las preguntas informales a un buzón de correo de atención a usuarios. La aplicación de gestión de expedientes debe ser configurable para poder activar o desactivar los requerimientos de foliado según las necesidades.

Para finalizar con este apartado sobre el foliado digital, se destaca la utilidad que se ha creado en la aplicación Weco, de forma que un instructor del expediente puede acceder a cualquier folio del mismo en un click. Cuando el expediente se encuentra foliado, aunque sea de forma provisional, existe la opción de búsqueda de un número de folio o de un rango de folios, generando un PDF con ese folio o rango. Esto permite al instructor consultar las referencias de otros documentos de forma inmediata, lo que supone una clarísima ventaja sobre el formato papel.

#### D. DOBLE DOCUMENTO

Hace ya bastantes años, y principalmente a raíz de la incorporación del foliado digital en los expedientes, se puso de manifiesto un problema importante. Dado un documento, la aplicación Weco modifica ese documento para imprimir en cada página, en su margen superior derecha, una pequeña marca con el número del expediente, el número de folio y el carácter o no confidencial del documento. Resultó que este documento modificado es en la práctica mucho más útil para trabajar con el expediente, tanto para los propios instructores, como para los interesados el procedimiento o sus representantes. El hecho de que cada página esté identificada de forma inmediata facilita la comprensión y consulta de los documentos. Pero esta versión modificada por el gestor de expedientes de la CNMC no es el documento original. De hecho, existen documentos que se encuen-



tran firmados digitalmente y que, por tanto, no pueden ser alterados. Para estampar esta información, la aplicación genera una copia, normaliza el documento a tamaño A4, limpia y adecuenta el documento PDF, inserta los datos mencionados y, por último, sella este nuevo documento mediante un certificado digital de sello electrónico de la CNMC, para garantizar su validez. Dicho de otra forma, se realiza una «copia auténtica», de acuerdo con el concepto planteado en el art. 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esto significa que, dado un expediente electrónico, cada documento se encuentra duplicado, guardando la aplicación siempre dos versiones. Por un lado el documento original, que estará firmado en su caso por los firmantes correspondientes, o bien manteniendo el fichero que fue presentado por la sede electrónica en su formato y características iniciales. Por otro lado, se guarda la copia normalizada del documento, con las marcas de agua que facilitan su rápida identificación y referencia. El documento interesante para trabajar siempre será el segundo, pero eso no impide que la aplicación guarde también su homólogo original para poder ser consultado en cualquier momento. De hecho, el expediente digital no contendría una lista de documentos, sino una lista «doble» de documentos.

Llegar a esta forma de funcionamiento no ha sido rápido y se ha tenido que afinar a lo largo de los años, pero la experiencia ha demostrado ser una gran herramienta, que soluciona, por ejemplo, el problema del foliado o refoliado de documentos después de haber sido firmados digitalmente.

### III. CARGA DE INFORMACIÓN EN EL EXPEDIENTE

Toda herramienta informática que se diseñe para llevar a cabo la gestión de expedientes necesitará de un análisis sobre el proceso de carga de información en la misma. Es obvio, pero suele ser uno de los principales problemas en las primeras fases de implantación de un sistema de este tipo. Por desgracia los datos no se generan de forma espontánea dentro del expediente y constituye una queja habitual la «sobrecarga» que supone tener que introducirlos.

Esta queja va asociada al proceso normal por el que las personas siguen pensando en realizar una tramitación clásica en papel y «además» tener que cargar la información en un sistema informático. Según uno va recorriendo el camino de la transformación digital, se invierte la carga de la queja hacia los procesos manuales en papel, dado que el esfuerzo invertido en registrar información en un expediente electrónico produce un retorno satisfactorio cuya valoración va creciendo con el tiempo. La clave del proceso es convertir el «además» en un «en lugar de». Toda carga de información queda grabada públicamente y, por tanto, el esfuerzo realizado una única vez se convierte en una garantía de acceso para siempre, pues esa información podrá ser localizada y consultada con rapidez y sencillez.

Existen varias fuentes de información y documentos que han de llenar de contenido el expediente. Por un lado las actuaciones realizadas por la propia Administración y sus documentos y, por otro lado, los documentos presentados por los actores externos, que normalmente serán los interesados en el expediente, terceros u otras administraciones que participan en el procedimiento. Vamos a analizar con mayor detalle cada uno de estos casos.

#### A. ACTUACIONES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN

La propia Administración genera una parte de los documentos que forman parte del expediente, lo cual normalmente se hace con una herramienta ofimática. En el caso de la CNMC se utiliza la aplicación Word. Pero es cierto que muchos de los documentos están tipificados y estandarizados, es decir, que incluyen un formato predefinido y datos que ya han sido cargados en el propio expediente, como, por ejemplo, el número del expediente, el nombre, la fecha de incoación, los datos de los denunciados, etcétera.

Para facilitar la generación de documentos, la aplicación Weco dispone de un sistema de plantillas que permite generar y cargar directamente en el expediente los documentos que se hayan definido. Si se genera en formato word podrá ser modificado una vez facilitado el trabajo de generar un documento con los datos y el formato básico.

Lo interesante del sistema de plantillas es que una plantilla es también un documento word habitual, de forma que para crear plantillas o modificar las existentes no es necesario contar con la Subdirección de Tecnologías. Además, esas plantillas podrán incorporar algunos «campos especiales», de forma que casi cualquier dato que ya se encuentre en el expediente pueda ser insertado de forma automática en el documento que se genera al utilizar una plantilla. Con este mecanismo se ahorra tiempo, y además se percibe el valor de introducir en el expediente la información estructurada.

Una vez elaborado un documento word, tanto si se ha usado una plantilla como si no, este documento se puede convertir también en el propio gestor de expedientes Weco a PDF, de forma que podrían guardarse ambos ficheros en el mismo suceso, uno al lado del otro: el documento «de trabajo» que no forma parte del expediente en formato word y el documento oficial PDF que sí formará parte del expediente.

#### B. ENFOQUE ESTRATÉGICO FUNDAMENTAL EN LAS ENTRADAS EXTERNAS: DISTRIBUIDOR Y RESPONSABILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN FINAL

A la hora de diseñar el proceso de gestión electrónica de los expedientes, llega el momento en el que es necesario tomar una decisión estratégica y que marcará en gran medida el tipo de gestor de expedientes que se va a implantar. Dado un documento que entra en la Administración presenta-



do por un interesado en algún procedimiento administrativo es necesario decidir a qué expediente debe encaminarse (nuevo o existente), y después clasificar ese documento de forma adecuada.

A la hora de clasificar un documento puede realizarse una clasificación somera, o puede realizarse una clasificación profunda. Por clasificación somera podríamos entender, por ejemplo, que simplemente se defina si es una «denuncia», «recurso», «poder de representación» o «resto de escritos».

En la CNMC no es así, ya que se ha optado por una clasificación profunda, que puede ser explicada con otro ejemplo. Podría ser el caso de una solicitud de ampliación de plazo para remitir alegaciones a la confidencialidad, en contestación al Acuerdo de incorporación de documentos derivados de una inspección de competencia. En este caso, la inserción del documento presentado por la empresa inspeccionada no se colgaría en el expediente sin más, ya que como se ha explicado anteriormente, el expediente son hechos, no documentos. Por esta razón, sería necesario crear el nuevo suceso en el gestor de expediente, clasificado como «alegaciones», que debería ser relacionado con la empresa que presenta dichas alegaciones. Además de colgar el documento en ese expediente, hay que leerlo, comprenderlo y después insertar más información estructurada en Weco. Han de detallarse varias cosas, como que son alegaciones a la confidencialidad, como que también se solicita ampliación de plazo, y debe vincularse con aquellos documentos de la inspección que fueron cargados y notificados al interesado. Además se autocalculará si la presentación tiene lugar dentro del plazo establecido, o si se formulan otro tipo de peticiones.

Para cada tipo de suceso posible existe una clasificación diferente, lo cual nos lleva a inducir que solo podrá realizar la clasificación del documento que ha entrado en la Administración una persona que no solo tenga un conocimiento avanzado sobre el tipo de procedimiento administrativo sobre el que trata el asunto, sino incluso que conozca el concreto expediente y sus vicisitudes.

Este enfoque no es el habitual en los gestores de expedientes, pues requiere de una gran coordinación y mentalización en todas aquellas personas y unidades cercanas a los expedientes, que han de clasificar permanentemente todos los sucesos y documentos. Por ejemplo, en el inicio del proyecto de digitalización de expedientes de la Audiencia Nacional, los expedientes en papel se enviaban a un gran edificio fuera de las instancias judiciales, para que un equipo de más de 100 personas, contratadas para tal fin, se dedicaran a escanear y clasificar los documentos. Estas personas no podrían nunca realizar una clasificación fina de los mismos.

Continuando con la estrategia de la CNMC, cuando un documento entra en el organismo existen, por tanto, tres necesidades:

1. Escanearlo (solo en caso de que haya sido presentado presencialmente a través del registro físico de entrada/salida).
2. Hacerlo llegar a las personas que conocen y gestionan el expediente particular al que ese documento deba pertenecer.

3. Clasificarlo de forma profunda, dentro de un suceso, dentro de un expediente.

El primer punto se ha resuelto adoptando la medida de que es el propio personal de registro el que debe escanearlo, registrarlo e insertarlo en el «Distribuidor» («devolviéndose los originales al interesado» según reza el art. 16.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Para solucionar el segundo punto se ha implementado un módulo de Weco clave, llamado «Distribuidor», que permite ir distribuyendo, siempre en digital, cualquier asunto de unas unidades a otras, insertando comentarios, etiquetas, con trazabilidad absoluta de dónde estuvo el asunto en cada momento, hasta hacerlo llegar al «Saco» del expediente de destino. El distribuidor está preparado para no dividir los caminos, es decir, un asunto no se puede distribuir a dos destinatarios, sino a uno exclusivamente, para garantizar de forma absoluta dónde se encuentra ese asunto en cada momento, y por supuesto que no se extravíe ninguno.

El saco del expediente no es más que un conjunto de documentos que se encuentra pendiente de clasificación dentro de los sucesos del expediente. Dado que los documentos ya han llegado a su destino, serán las personas con un conocimiento muy cercano a ese expediente las que lo insertarán y clasificarán en el historial de sucesos.

#### C. ENTRADA DE DATOS DESDE LA SEDE ELECTRÓNICA

La presentación de escritos a través de las Sedes Electrónicas de las Administraciones Públicas debería ser lo habitual, a la vista del art. 14 de la Ley 39/2015, que establece que «las personas físicas podrán elegir», pero no así otra gran abanico de sujetos que «estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos» según se lee en el apartado 2 de ese mismo artículo. Por esta razón, y en el caso concreto de la CNMC cuyos principales interlocutores no son personas físicas, se entiende que la gran mayoría de asuntos serán presentados electrónicamente.

Los formularios de la Sede Electrónica tienen la ventaja de que se pueden definir cuantos campos sea necesario, así como el número de formularios que se considere, para que las entradas sean clasificadas en gran medida. No obstante, la automatización de extremo a extremo no se ha planteado, haciendo que los asuntos presentados sean encaminados por el Distribuidor igual que cualquier otro.

#### D. ENTRADA DE DATOS DESDE EL REGISTRO PRESENCIAL

Como se ha comentado, el registro presencial sigue cumpliendo la función de ventanilla física para la presentación de escritos en formato papel. Dado que el personal de registro se encarga de la digitalización de los do-



cumentos presentados, una vez que el asunto llegue al Distribuidor, no importará mucho a efectos prácticos si tuvo su entrada por la Sede Electrónica o por el registro presencial.

#### E. ENTRADA DE DATOS DESDE EL SISTEMA DE INTERCONEXIÓN DE REGISTROS DE LAS AAPP

Aquellos asuntos que provengan de otra Administración pública, ya sea un ministerio, organismo, ayuntamiento o comunidad autónoma, deberían ser transmitidos por el Sistema de Interconexión de Registros (SIR), al que se encuentra conectado la aplicación de registro de la CNMC.

Aunque en estos momentos existen limitaciones de tamaño que dificultan el envío de documentos de gran tamaño o de expedientes completos, se está trabajando para que en un futuro el SIR utilice un sistema de almacenamiento en la nube que permita no mover los documentos físicamente, sino solo los asientos con referencias a los ficheros.

Una vez realizada la entrega en la CNMC, el asiento y sus documentos asociados se envían al distribuidor de la forma habitual, de modo que es el distribuidor el que normaliza todas las entradas.

#### IV. NOTIFICACIONES, COMUNICACIONES Y REMISIONES DEL EXPEDIENTE

El principal canal por el que la Administración se comunica con los interesados en un procedimiento es el de las notificaciones administrativas. Recordando el art. 41 de la Ley 39/2015, las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. En la CNMC se ha optado por la vía de comparecencia en la sede electrónica del organismo, de las posibilidades que ofrece esa misma ley en su art. 43.

El portal de notificaciones electrónicas de la CNMC está pensado para facilitar al máximo la interacción con el mismo y reducir el número de problemas técnicos que se pueda tener. Por un lado, funciona con cualquier navegador que se encuentre razonablemente actualizado, sin limitar la tecnología ni el sistema operativo del PC, portátil, *tablet* o dispositivo con el que accede el interesado. No requiere la instalación de ningún *plugin*, *software* adicional, complemento *java*, *activex* o de cualquier otra índole y, por tanto, tampoco requiere que el usuario tenga permisos de administrador, ni requiere ningún complemento en ninguna versión específica.

A continuación vamos a profundizar en algunos conceptos adicionales que son la base del sistema en la CNMC.

## A. NOTIFICACIONES INTEGRADAS CON EL EXPEDIENTE

Normalmente, el sistema de notificaciones electrónicas se ha enfocado en otras Administraciones como un sistema distinto del propio gestor de expedientes, de forma que el gestor de expedientes envía las notificaciones al portal y después ofrece una forma de consultar el estado de las notificaciones. En la CNMC se ha optado por un diseño integrado de ambos sistemas, de forma que el portal de notificaciones se relaciona intensamente con Weco. De esta forma, el instructor de un expediente está observando el estado de las notificaciones practicadas, en tiempo real, en el propio historial del expediente. Cuando un interesado acepta una notificación, se genera un acuse de recibo en forma de un documento PDF firmado, que se integra en el propio expediente de forma automática. Este documento forma parte del expediente.

Lo mismo ocurre con el certificado de puesta a disposición y con la gestión de contactos, asuntos de los que se hablará más adelante.

## B. SE NOTIFICA A UN NIF

Si nos trasladamos por un momento al mundo papel, la «dirección de notificación» es una dirección postal, con su nombre de calle, número, piso, población y código postal. En el mundo de las notificaciones telemáticas, en la CNMC se ha considerado que la «dirección de notificación» es un NIF. Es decir, la notificación telemática se lanza contra un NIF y cualquiera que tenga un certificado digital reconocido para ese NIF concreto podrá acceder a la notificación. El certificado puede haber sido expedido por cualquier autoridad de certificación reconocida de las aceptadas por el Ministerio de Industria.

En la práctica este sistema tiene una propiedad crucial, que es la que se buscaba: no es necesario darse de alta en el portal de notificaciones de la CNMC. De hecho, no es necesario y no es posible, ya que no existe el concepto de «registro» ni de usuarios registrados en el portal. Esto significa que cualquier persona o empresa, en estos momentos, podría acceder al portal de notificaciones de la CNMC para revisar si tiene alguna notificación a su disposición o consultar su historial de notificaciones.

Para facilitar la práctica de las notificaciones, y siendo conscientes de que en la vida real no es adecuado que las cosas dependan de una única persona, el gestor de expedientes de la CNMC permite definir varios NIF, a efectos de notificación, para un mismo interesado. De esta forma, cualquiera de esa lista de contactos que se haya definido, podrá aceptar o rechazar la notificación, entendiendo que la notificación ha sido practicada la primera vez que cualquiera de los contactos de la lista acceda al portal y acepte la notificación. Entre los posibles NIF que se pueden configurar para un mismo interesado se encuentran los de persona física y los de persona jurídica.



Cabe recordar que los certificados electrónicos de representante guardan en sus campos internos, tanto el NIF de la persona física, como el NIF de la empresa a la que representa. Por esta razón, la notificación podría realizarse al NIF de la persona física, al NIF de la empresa o a ambos. En cualquiera de esos casos, la persona que disponga del certificado de representante podría aceptar la notificación.

Volviendo a la vida real, la CNMC es consciente de que cuando emite una notificación, es imprescindible tratar de avisar a los interesados por otros medios, denominados en la aplicación «avisos de cortesía». En particular se trata del envío de uno o varios correos electrónicos y uno o varios SMS. En un futuro se podrían estudiar otros canales como mensajes de *whatsapp*, *telegram*, *twitter* o *facebook*. Estos avisos no suponen la práctica de la notificación y podrían no enviarse sin ninguna consecuencia jurídica, pero es evidente que su envío facilita y engrasa en gran medida la relación fluida con la Administración.

En su momento supuso una agradable sorpresa comprobar que este concepto que se venía utilizando en la CNMC, generando cierta confusión porque era necesario insistir en que el aviso de cortesía no se identificara con la propia notificación, fue regulado en el art. 41.6 de la Ley 39/2015, aclarando al final del punto y de forma muy acertada que: «La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida».

### C. GESTIÓN DE CONTACTOS A EFECTOS DE NOTIFICACIÓN

Ya que las notificaciones se hacen a uno o varios NIF, se deduce que la gestión principal en lo relativo al funcionamiento del sistema es determinar cuál es esa lista de NIF a los que se van a lanzar las notificaciones.

Siempre se podrá establecer como destinatario el NIF de la empresa, pero es previsible que la empresa no acceda a la notificación si no se le envía un aviso de cortesía y además dispone de un certificado reconocido de representante en el que conste el NIF de la misma de forma apropiada. En el caso de la CNMC, la aplicación en la que se gestionan los datos de contacto de los destinatarios de las notificaciones no es el portal de notificaciones, sino que dicha gestión se integra también en el propio gestor de expedientes y, de hecho, en el propio expediente. Cada expediente dispone de su propia base de datos de contactos, independiente de cualquier otro listado general y de cualquier otro expediente para garantizar que no existen gestiones paralelas que podrían alterar los datos de contacto, más allá de las personas que están trabajando únicamente en ese expediente.

Al margen de lo anterior, hace dos años la CNMC comenzó a gestionar activamente una base de datos genérica de contactos a efectos de notificación «por defecto», de forma que las propias empresas puedan designar representantes a los que dirigir una notificación, salvo que se haya designado a otro u otros específicos para el expediente en cuestión. Esta base de

datos permite dirigir notificaciones telemáticas de actos iniciales en procedimientos iniciados de oficio. Esta base se encuentra en funcionamiento, pero se está trabajando en un proyecto para integrarlo en el propio gestor de expedientes y facilitar, tanto la auto-gestión de contactos por parte de las empresas, como la integración y sincronización con los expedientes.

También se está trabajando para integrar en el sistema de notificaciones de la CNMC el sistema de notificaciones del Punto de Acceso General electrónico del Sector Público Estatal, de forma que una persona pudiera aceptar una notificación en el propio Portal de Notificaciones de la CNMC o en el Punto de Acceso General, indistintamente.

#### D. PRÁCTICA DE UNA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

La práctica de una notificación se prepara y ejecuta en el propio expediente. Esto facilita la inserción de mecanismos de seguridad para, por ejemplo, no notificar documentos confidenciales. Dado uno o varios documentos cuya notificación debe cursarse, se crea una «remesa», concepto por el que se define un conjunto de notificaciones en las que se notifica el mismo documento.

Cada notificación está dirigida a un solo interesado en el expediente, que normalmente se canaliza a través del representante de una persona jurídica. Este interesado (o su representante) podrá haber definido varios contactos a efectos de notificación, de forma que la misma notificación será objeto de varios avisos de cortesía a personas diferentes, entre las que se suelen incluir el representante legal. Es importante destacar que la notificación no va dirigida al representante, sino a la empresa, y de entre todos los contactos que estén habilitados cualquiera podría aceptar la notificación a todos los efectos.

El sistema de notificaciones de la CNMC se encuentra diseñado para enviar documentos de cualquier tamaño, de forma que podrían enviarse hasta videos de varios gigabytes. Este detalle habilita la realización de un «acceso al expediente» a través del sistema de notificaciones telemáticas, dado que es posible (y se hace habitualmente) el envío de un expediente completo comprimido en un fichero ZIP al interesado, que puede contener miles de documentos y decenas de miles de folios. El receptor de la notificación puede de esta forma descargarse por Internet el expediente y un índice del mismo desde su propia sede física en cualquier ciudad lejos de Madrid, de forma que el desplazamiento a la sede de la CNMC resulta innecesaria para acceder a un expediente.

Otra ventaja de la íntima integración de Weco con el sistema de notificaciones es que el gestor de expedientes establece un bloqueo en los documentos del expediente, marcándolos con una etiqueta del tipo «este documento ha sido notificado», de forma que se extrema la precaución a la hora de gestionar el expediente, impidiendo su eliminación por ejemplo. El inicio del envío de las notificaciones depende del buen funcionamiento



de varios sistemas externos, como la aplicación de registro (para generar el número de registro de salida) o el propio portal. Por esta razón ha sido necesario diseñar la aplicación partiendo del supuesto de que cualquier sistema puede fallar o estar caído. Esos supuestos potencialmente fallidos se resuelven mediante un sistema de colas que permite reintentos controlados durante los días que haga falta, registrando en todo momento cualquier fallo que se produzca.

De forma automática se genera el certificado de «Puesta a disposición de la notificación», en formato PDF, que se integra de forma automática en el expediente. Este documento deja constancia de la fecha y hora exacta a la que los interesados ya podrían acceder al portal de notificaciones y descargar los documentos, así como de los adjuntos notificados y su destinatario.

Cada vez que un interesado acepta o rechaza una notificación, se genera un acuse de recibo, que el interesado puede descargarse y que se integra también de forma automática en el expediente, pasando a formar parte del mismo. Los rechazos tácitos, es decir, por el transcurso de diez días sin que se haya accedido a la notificación, también se generan de forma automática y se integran en el expediente. La ventaja es que en el mismo expediente, el instructor puede ir visualizando las empresas que han sido notificadas en tiempo real, pues se va actualizando el contador de acuses de recibo pendientes.

Por último, el gestor de expediente permite la gestión de notificaciones por cualquier medio, estando integrado en el mismo sistema el conteo y gestión de notificaciones telemáticas, por servicio postal, motorista, o por cualquier otro medio, habilitando incluso la posibilidad de realizar una misma notificación a un interesado por varios canales simultáneamente.

## V. Y ENTONCES CAMBIA LA LEY

A menudo el gestor de expedientes se enfoca desde la premisa de que debe implementar un «*workflow*» o flujo de estados, de forma que se han de definir con anticipación a que se pueda insertar un expediente aquellas fases o trámites por los que ha de pasar el expediente y en qué orden, definiendo cuáles son obligatorios y cuáles opcionales. La tipología de los expedientes puede ser relevante, pero si se gestionan expedientes de larga duración, como, por ejemplo, los sancionadores por prácticas restrictivas de la competencia cuyo plazo máximo de resolución es de dieciocho meses y en los que pueden integrarse varias decenas de miles de folios, se descubre que es muy difícil o imposible establecer un flujo de trabajo que abarque todas las hipótesis. Siempre ocurre algún supuesto imprevisto.

El enfoque centrado en definir los flujos de trabajo tiene otro inconveniente. Cada vez que ocurre un acto o suceso que no encaja en el flujo hay que modificar la definición, lo cual implica el bloqueo del expediente hasta que la modificación tiene lugar. Estas son las razones por las que en

la CNMC se estableció, desde el inicio, un sistema que permite cualquier secuencia de circunstancias en cualquier momento, con un solo requisito.

Cualquier cosa que suceda en el expediente ha de estar tipificada, pero una vez que ha sido descrita adecuadamente, puede insertarse en cualquier punto de la vida del expediente. Este enfoque también ha recibido sus críticas dirigidas principalmente a una excesiva flexibilidad, pero básicamente trasvasa la responsabilidad de registrar de una forma coherente los hechos a la unidad que instruye el expediente.

De todas formas, uno puede haber definido un flujo perfectamente detallado y que funciona correctamente, pero ocurre algo inevitable: un incauto legislador modifica la ley, se decide un cambio estructural u organizativo de órganos o unidades, cambia la tipología de los expedientes o las competencias que se ejercen, se fusionan y dividen los ministerios u organismos: los reales decretos de estructura son verdaderos cataclismos en los sistemas informáticos.

Los expedientes de la CNMC han sufrido estas desavenencias en los últimos diez años, incluidos cambios normativos y fusión de organismos. Para adaptar los expedientes digitales a tales circunstancias ha sido fundamental el hecho de no tener que adaptar ningún flujo de trabajo (pues el concepto no existe). Además ha sido muy útil la posibilidad de declarar ciertos tipos de sucesos o tipos de expedientes «obsoletos», con el efecto de que se mantendrán intactos en todos los expedientes anteriores, pero no se podrán insertar a partir de la fecha en la que se marcan. De esta forma, los expedientes antiguos mantendrán su tramitación relativa a la antigua ley, con sus nomenclaturas anteriores y en los nuevos podrán insertarse los nuevos sucesos adaptados a las nuevas denominaciones y casuística.

## VI. CONCLUSIONES

La tecnología no es una solución en sí misma, es una puerta que nos permite acceder a nuevas capacidades y formas de hacer las cosas. Pero para que la tecnología sea útil son necesarias dos condiciones. Por un lado, que las soluciones se implementen de forma que hagan la vida más fácil, que se refleje en el resultado del trabajo y que no supongan una tortura. Esto puede sonar evidente pero en la práctica no suele ser fácil, y es necesario recordarlo al acometer cada problema y cada decisión.

Por otro lado, es necesario basar las soluciones tecnológicas en conceptos bien definidos, que han de acertar en el enfoque. Por desgracia, los conceptos tradicionales no siempre son los adecuados en el mundo digital, principalmente porque el mundo digital habilita posibilidades que en el mundo papel son inconcebibles o demasiado costosas. Por esta razón es habitual que el entendimiento llegue una vez ya se ha acertado o se ha metido la pata en el enfoque, siendo complicado corregir algunas situaciones cuando nos encontramos en el segundo caso.



Con la tecnología la forma de trabajar se ve alterada en gran medida, principalmente por la simultaneidad de actuaciones sobre un mismo caso por personas diferentes, el acceso inmediato a la información y a cualquier dato de cualquier expediente, la eliminación de los tiempos y gestiones para «mover» el expediente, y por la pérdida del sentimiento de «posesión».

El cambio en la forma de trabajar siempre es difícil y está rodeado de grandes resistencias e inercias, pero uno sabe que está acertando al elegir el camino si la idea de volver a hacer las cosas como se hacían hace dos años es desechada.

## VI. CONCLUSIONES

La tecnología no es una variable en sí misma, es una guerra que nos permite acceder a nuevas capacidades y formas de hacer las cosas. Pero para que la tecnología sea útil son necesarios los cambios. Por un lado, que las soluciones se implementen en forma que hagan la vida más fácil, que se refleje en el resultado del trabajo y que no supongan una carga. Lo que se refleja en el resultado es lo que nos interesa, y es necesario acordarlo al sistema cada vez que se cambia.

Por otro lado, es necesario tener las relaciones tecnológicas en cuenta, que son bien distintas que las de un mundo físico. Por un lado, los conceptos tradicionales no siempre son los adecuados en el mundo físico, principalmente porque el mundo físico tiene límites físicos, que en el mundo papel son inabismables y desbordantes. Por otro lado es habitual que el conocimiento se genere y se acumule a lo largo de la vida en el trabajo, y que algunas veces se acumule en algunas personas cuando nos encontramos en el trabajo.

# IMPLICACIONES DE LA ECONOMÍA DIGITAL SOBRE EL SECTOR FINANCIERO: EL FENÓMENO FINTECH\*

María SOBRINO RUIZ

Técnico comercial y economista del Estado

Pedro HINOJO GONZÁLEZ

Vocal Asesor en la Subdirección de Estudios e Informes,  
Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL FENÓMENO FINTECH DENTRO DEL SISTEMA FINANCIERO.—III. LAS TECNOLOGÍAS DE REGISTRO DISTRIBUIDO.—IV. LAS INNOVACIONES EN LOS SERVICIOS Y SISTEMAS DE PAGO.—V. LOS CAMBIOS EN LA INDUSTRIA DE GESTIÓN Y ASESORAMIENTO FINANCIERO.—VI. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA.—VII. EL FENÓMENO INSURTECH.—VIII. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El sector financiero es probablemente el más relevante para el correcto desarrollo de una economía de mercado. No tanto por su peso cuantitativo sino especialmente por aspectos cualitativos. Es decir, como evidencia la historia económica y particularmente la experiencia reciente, los problemas del sistema financiero se trasladan a toda la economía e impiden a esta funcionar con normalidad.

El sector financiero también es un ámbito prioritario para una autoridad de competencia y regulación, por dos razones. Por un lado, los *outputs* de los mercados financieros (servicios de pago, crédito, seguro y otros auxiliares como la gestión o el asesoramiento) son *inputs* horizontales para otros sectores. Y son especialmente relevantes para las *start-ups* y las empresas innovadoras que acometen nuevos proyectos, claves para generar un entorno de mayores presiones competitivas. Por tanto, una mayor competencia en el sistema financiero resultará en servicios financieros menos costosos

---

\* Versión de junio de 2018. Las opiniones expresadas en el presente artículo son de los autores. Los autores desean agradecer las aportaciones de José Luis RODRÍGUEZ LÓPEZ, Lara TOBIAS PEÑA y Gilmer SÁNCHEZ VALENZUELA. Los errores u omisiones que pudieran existir son en cualquier caso responsabilidad exclusiva de los autores.



y/o con mayor calidad y variedad, factores de los que se beneficiarán otros sectores económicos.

Por otro lado, el sector financiero presenta notables fallos de mercado: información asimétrica, externalidades y características de bien público (por ejemplo, en el caso de la estabilidad financiera) y posibles contextos de poder de mercado asociados a economías de escala, alcance, aprendizaje y efectos de red. Por ello, el mecanismo de mercado en competencia perfecta no asegura una asignación óptima de máxima eficiencia, abriéndose un margen para que la intervención pública logre dicho objetivo. No obstante, para que el Estado mejore los resultados del mercado, las medidas adoptadas deben ser coherentes con los principios de regulación económica eficiente, fundamentalmente necesidad y proporcionalidad.

El fenómeno *Fintech*, definido de forma amplia, supone la aplicación de nuevas tecnologías al sector financiero de una manera disruptiva (y no meramente incremental), transformando los modelos de negocio. Esta aplicación puede venir de la mano de nuevas empresas en el sector financiero (*Fintech* en sentido estricto) o de las empresas ya instaladas, pero también puede provenir de empresas que aprovechan su conocimiento de esas tecnologías en otros sectores (*Techfin*) para implantarse en el sector financiero.

En cualquier caso, la revolución *Fintech* influye en las dos cuestiones anteriores y por eso suscita el interés de autoridades de competencia y regulación. Por una parte, el fenómeno *Fintech* tiene un impacto en las condiciones de competencia del sector financiero y por ende de toda la economía. Por otra parte, el ecosistema *Fintech* puede corregir eventualmente ciertos fallos de mercado, obligando a reconsiderar los motivos y las formas de la intervención pública.

En este artículo se trata de responder a esas dos cuestiones sobre el impacto de *Fintech* en la competencia y los posibles cambios en fallos de mercado y regulación. A estos efectos, tras este primer apartado introductorio, el artículo se estructura como sigue.

El segundo apartado aborda la definición general del fenómeno *Fintech* y su inserción dentro del sistema financiero, para a continuación abordar innovaciones concretas. El tercer apartado desarrolla las tecnologías de registro distribuido (DLTs, *distributed ledger technologies*) como una herramienta horizontal de aplicación en todo el sistema financiero (e incluso mucho más allá). El cuarto apartado aborda los cambios en el sistema de pagos, también con potencial para afectar a otros sectores. El quinto apartado se adentra en la industria de asesoramiento financiero y gestión. El sexto apartado explora la innovación que supone la financiación participativa (*crowdfunding*) en la intermediación crediticia. Y el séptimo apartado explica las innovaciones en el ámbito de los seguros (*Insurtech*). Finalmente, el último y octavo apartado desarrolla las principales implicaciones y conclusiones en materia de competencia y regulación.

## II. EL FENÓMENO FINTECH DENTRO DEL SISTEMA FINANCIERO

Para estimar el impacto global de Fintech en el sistema financiero, es necesario comprender en primer lugar los fundamentos económicos de la industria financiera, a través del prisma del análisis económico. Esto permite identificar cómo Fintech puede sacudir los cimientos mismos del sector financiero, impactando directamente en las raíces de la actividad financiera.

Si se hace abstracción del extraordinario conjunto de regulación financiera que potencialmente distorsiona incentivos de los agentes del sector, puede alcanzarse una visión de conjunto de los factores económicos estructurales que determinan teóricamente al sector financiero. La utilidad de este enfoque es triple: permitir conocer unos factores subyacentes que disfruten de una validez general, es decir, comunes a cualquier economía (dada la enorme heterogeneidad regulatoria) y casi a cualquier momento del tiempo; dotar de una necesaria fundamentación económica objetiva al análisis de Fintech, dada la novedad del fenómeno, y servir como guía para la futura acción legislativa que afecte al fenómeno Fintech desde la perspectiva de la competencia.

En consecuencia, pueden darse unas pinceladas de este tipo de análisis, con el fin de identificar los efectos estructurales generales de Fintech. Esto servirá como una guía básica de exploración económica de los efectos de Fintech en el sistema financiero.

El sistema financiero puede definirse<sup>1</sup> como el conjunto de mercados e intermediarios financieros y sus relaciones relativas al flujo de fondos entre agentes económicos (hogares, empresas, sector público y resto del mundo), así como la infraestructura financiera que le sirve de soporte. Su función es clave para la eficiencia global y el bienestar de cualquier economía.

Por el lado de la demanda, el sistema financiero cubre básicamente tres necesidades esenciales: la realización de pagos entre agentes, la transferencia de rentas o fondos entre distintos momentos del tiempo y la elección del nivel de riesgo deseado. Estas necesidades financieras básicas representan las «características» de los productos financieros intercambiados y que tienden a solaparse en los mismos. Por tanto, desde el lado de la oferta, se ofrecerán diversos «productos» financieros por las diferentes instituciones financieras que traten de combinar esas características. Estas instituciones pueden clasificarse bien como mercados financieros directos (bolsa de valores), o bien como intermediarios financieros (bancos) cuya razón de ser es precisamente la mitigación (rentable) de las asimetrías entre oferta y demanda de fondos, tanto informativas como de emparejamiento (indivisibilidades de la inversión), presentes en los primeros. La actividad de la industria financiera en su conjunto podría representarse de manera abstrac-

<sup>1</sup> J. DE HAAN, S. OOSTERLOO y D. SCHOENMAKER, *Financial Markets and Institutions: a European Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 5-6.



ta mediante una tecnología o forma de combinar *inputs* (capital, trabajo, conocimiento e información) con los que obtener un *output* en forma de productos financieros. Aunque la heterogeneidad de las numerosas actividades financieras es inmensa, un factor común a todas ellas es clave: la información.

Los intercambios y las relaciones entre agentes construidas en el sector financiero descansan vitalmente en la confianza y el crédito en la contraparte, debido a que la inmensa mayoría de los productos financieros no son sino una promesa de o derecho a un pago futuro, por ende incierto, y cuyo cumplimiento depende crucialmente de la buena fe de la parte obligada<sup>2</sup>. En consecuencia, asimetrías informativas plagan la industria financiera, de modo que estos productos poseen una naturaleza fiduciaria, es decir, dependen enormemente de las expectativas y la confianza. En un contexto dinámico y cambiante, los agentes se ven obligados a recabar constantemente nueva información relevante para ajustar sus expectativas y valorar correctamente estos productos, por lo que es razonable concluir que el sector financiero es probablemente una de las industrias más intensivas en el factor información.

Asimismo, si se inspecciona con profundidad esa tecnología de la industria financiera, se pueden encontrar, en términos de costes, diferentes economías estáticas, tanto de escala como de alcance, así como dinámicas. En unos casos están asociadas a resultados y regularidades estadísticas (como la ley de los grandes números) utilizados por la teoría financiera y actuarial, pero también a actividades que permiten mitigar las asimetrías informativas, como la creación de reputación o la vigilancia de contrapartes. Está abierto a debate hasta qué punto estas economías pueden resultar determinantes en la estructura de costes y por ende la organización industrial, pero un aspecto crucial es que todas ellas poseen un común denominador: todas se basan en información.

La conclusión a la que se llega es sencilla: la información es, con mucho, el insumo más importante de la industria financiera. Y Fintech no es sino una disrupción en la explotación de esa información.

El sector financiero es asimismo uno de los sectores más regulados de una economía desarrollada. Es más, es tan ingente este conjunto de regulación financiera que su consecuencia esperable sería la de influir en los incentivos económicos de los agentes. A efectos de un análisis de Fintech, tres son sus consecuencias más relevantes sobre esta regulación:

1. La justificación económica de la regulación financiera se basa fundamentalmente en dos fallos de mercado<sup>3</sup>, asimetrías infor-

---

<sup>2</sup> En efecto, ante la presencia de un alto nivel de incertidumbre exógena sobre el resultado futuro del negocio, los responsables siempre podrían esconderse tras el «argumento de la mala suerte» como excusa para un bajo rendimiento, ya que el inversionista posee una información limitada y no puede distinguir exactamente el papel desempeñado en el resultado por la incertidumbre exógena frente a la mala fe.

<sup>3</sup> J. DE HAAN, S. OOSTERLOO y D. SCHOENMAKER, *Financial Markets and Institutions: a European Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 406-407.

mativas y externalidades. Estos fallos a su vez dan lugar a las tres grandes categorías de regulación financiera: regulación prudencial, de normas de conducta (ambas justificadas por la asimetría informativa) y sistémica o macro-prudencial (debido a externalidades). El desarrollo de Fintech puede conllevar tanto una mejor explotación de la información, que mitigue en parte estos fallos de mercado (especialmente las asimetrías informativas) y lleve así a replantear y reformular la regulación financiera, como una redefinición y rediseño del esquema de regulación y supervisión financiera, pues el esquema actual, por el hecho de presentar un extraordinario grado de detalle en la intervención, podría impedir en parte el ajuste o adaptación del sistema financiero a las necesidades del mercado.

2. La regulación financiera ha exhibido tradicionalmente un *trade-off* entre estabilidad y competencia, especialmente en el sector bancario, de modo que se ha tendido a sacrificar la contestabilidad de los mercados en aras de una mayor estabilidad financiera. Fintech puede suponer la entrada de más agentes y mayor competencia en los mercados sin amenazar la estabilidad, de modo que este sesgo anticompetitivo de la regulación puede ser en parte solventado gracias al desarrollo y entrada de las empresas Fintech.
3. Fintech tiene como corolario el denominado *Regtech*, esto es, el uso de las nuevas TIC al proceso de supervisión financiera. Esta modernización tecnológica de la supervisión se daría tanto desde el lado de las entidades reguladas, que pueden utilizar las nuevas tecnologías para un mejor cumplimiento de las obligaciones regulatorias, así como desde el lado del propio supervisor, que puede aplicarlas para mejorar su labor de vigilancia.

La aplicación de las TIC al sistema financiero no es nueva. Ya la instalación de los primeros cajeros automáticos a finales de los años sesenta es un ejemplo pionero<sup>4</sup>, aunque el proceso se ha acelerado en las últimas dos décadas. Una definición amplia del Fintech sería la aplicación de las TIC a la provisión de servicios financieros<sup>5</sup>. Esta definición engloba no obstante dos sendas alternativas de desarrollo para el sector privado, a saber, Fintech en un sentido más restringido y su imagen especular, Techfin, sin olvidar la aplicación al proceso regulador y supervisor o Regtech.

Por una parte, Fintech en sentido restringido hace referencia a empresas del sector financiero, tanto incumbentes como entrantes, que buscan cubrir necesidades financieras no satisfechas, o una mejora en la satisfacción de las actualmente cubiertas, basadas en nuevos desarrollos de las TIC. Por otra parte, Techfin se refiere a empresas que provienen de fuera del sector

<sup>4</sup> D. W. ARNER, J. BARBERIS y R. P. BUCKLEY, «FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation», 37, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2017 (373).

<sup>5</sup> B. NICOLETTI, *The Future of Fintech: Integrating Finance and Technology in Financial Services*, Palgrave Macmillan (Palgrave Studies in Financial Services Technology), 2017, pp. 12-14.



financiero, habitualmente del propio sector tecnológico que desarrolla las TIC, y que extienden su negocio al sector financiero<sup>6</sup>.

El éxito del fenómeno Fintech (en sentido amplio) consiste en la mejor o más eficiente satisfacción de necesidades financieras. No obstante, pueden encontrarse una serie de factores desencadenantes del fenómeno Fintech, y que a su vez permiten caracterizarlo:

1. Las recientes innovaciones tecnológicas en ciertas áreas de las TIC, especialmente inteligencia artificial y *big data*, computación distribuida como el registro distribuido o *Blockchain*, criptografía y acceso móvil a internet, todas ellas con carácter mutuamente reforzado<sup>7</sup>.
2. El desarrollo de la economía colaborativa (servicios bajo demanda), ya que estas innovaciones tecnológicas han desvelado la existencia de amplias oportunidades para la individualización o personalización de servicios, lo que puede extenderse al sector financiero.
3. La reciente crisis financiera mundial también ha contribuido, ya que el colapso de los canales financieros tradicionales, especialmente la banca, en muchas economías y la desconfianza entre el público acerca del diseño actual del sistema financiero han impulsado una búsqueda de nuevas formas innovadoras de obtener servicios financieros.
4. La abundante regulación del sector financiero, exacerbada en respuesta a la crisis financiera mundial, puede haber estimulado la innovación disruptiva con la entrada de nuevos agentes que disputan los mercados a las instituciones establecidas utilizando modelos de negocio que pretenden sortear en cierta medida la regulación.

Hasta este momento, el fenómeno de Fintech plantea preguntas interesantes desde la perspectiva de la organización industrial y la competencia. Los nuevos participantes están desempeñando un papel destacado. Es cierto que las instituciones financieras tradicionales se están volviendo cada vez más activas en el desarrollo de las tecnologías financieras, pero es una característica muy significativa que estos nuevos entrantes se están posicionando a la vanguardia del fenómeno de Fintech. Además, aunque algunos de estos nuevos participantes son grandes compañías globales (por ejemplo, Amazon o Alibaba), muchas de ellas son *startups* relativamente pequeñas que operan en mercados regionales. Esto revelaría la ausencia de barreras de entrada sustanciales en algunos sectores, lo que sería lógico ya que algunos de estos negocios hasta ahora no existían. La entrada de nuevos agentes podría cambiar considerablemente las estructuras de mercado actuales como resultado del desplazamiento, transformación y potencial desaparición de los intermediarios financieros titulares, e incluso no se

---

<sup>6</sup> D. A. ZETZSCHE, R. P. BUCKLEY, D. W. ARNER y J. N. BARBERIS, «From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance», *EBI Working Paper Series*, 2017, n. 6.

<sup>7</sup> FMI, *Fintech and Financial Services: Initial Considerations*, IMF Staff Discussion Note SDN/17/05, 2017.

puede descartar una reestructuración radical de la industria financiera en su conjunto<sup>8</sup>.

Es pronto para conocer los efectos de Fintech en los sistemas financieros, pero vistos los fundamentos de la industria financiera, es posible vislumbrar algunas oportunidades y desafíos en términos globales del fenómeno de Fintech desde la perspectiva de la autoridad de competencia.

Entre las oportunidades, hay algunas que vale la pena señalar. En primer lugar, Fintech implica una innovación de proceso que puede suponer ganancias de eficiencia significativas, ya que por definición puede mejorar la explotación del insumo más importante en la industria financiera: la información. De hecho, este uso más eficiente de la información ayudará a reducir las asimetrías de información cuya mitigación es la razón de ser de la industria financiera. Un aspecto particular de este proceso de innovación proviene de la «centralidad del cliente»<sup>9</sup>, es decir, la personalización o individualización de los servicios financieros a raíz de la economía colaborativa. Como resultado, Fintech puede conducir a clientes con mejores servicios y, por tanto, a niveles más altos de bienestar.

En segundo lugar, este mejor uso de la información también puede representar una innovación de producto, ya que puede ampliar la frontera de producción mediante la generación de nuevos productos o servicios que antes no estaban disponibles debido a los problemas de información. A este respecto, es importante subrayar el hecho de que algunos de estos nuevos canales de financiación están permitiendo el nacimiento de muchas empresas emergentes innovadoras, por ejemplo en los sectores de TIC (datos) de vanguardia. Es decir, estas nuevas posibilidades de financiación pueden suponer una facilitación (por dinámica pura de mercado) de la entrada en industrias con efectos secundarios significativos en términos de mayor crecimiento económico y bienestar para toda la economía. TechFins (especialmente BigTechs) juegan un papel importante ya que pueden partir con ventaja como innovadores de productos en el sector financiero. De hecho, típicamente tienen acceso a información relevante más allá del ámbito financiero sobre los clientes, y han acumulado la experiencia en la explotación de esta información, lo que puede mejorar la evaluación financiera de los clientes.

En tercer lugar, como una ola disruptiva, los nuevos competidores (a menudo pequeños) están disputando los mercados a las instituciones financieras tradicionales. Esta pugna, hasta ahora desconocida, puede fomentar la eficiencia gracias a una mayor disciplina de mercado. De hecho, la impugnabilidad en algunas actividades podría llevar a la remodelación de algunos sectores e incluso entidades, como la posibilidad de desagregación (*unbundling*) de las instituciones financieras, especialmente los bancos, de

<sup>8</sup> BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Implications of fintech developments for banks and bank supervisors*, Sound Practices, febrero de 2018.

<sup>9</sup> B. NICOLETTI, *The Future of Fintech: Integrating Finance and Technology in Financial Services*, Palgrave Macmillan (Palgrave Studies in Financial Services Technology), 2017, pp. 9-10.



las gigantescas firmas actuales (a menudo «demasiado grandes para caer» o *too-big-to-fail*) y altamente integradas hacia otras de tamaño más reducido. En este sentido, Fintech podría ayudar a aliviar el problema de riesgo moral de las instituciones de carácter sistémico.

En cuarto lugar, Fintech puede fomentar la inclusión financiera. En los países industrializados, a los clientes pequeños (hogares de ingresos bajos a medios y pymes) no se les suele ofrecer toda la gama de servicios financieros que los grandes clientes tienen a su disposición<sup>10</sup>, como la gestión de finanzas personales, por lo que las ganancias potenciales de eficiencia pueden extender la demanda satisfecha de servicios financieros. Además, este también puede ser el caso de los países en desarrollo que generalmente carecen de mercados financieros confiables, lo que tiende a lastrar su desarrollo económico<sup>11</sup>.

Sin embargo, el advenimiento de Fintech también plantea algunos desafíos importantes. En primer lugar, desde la perspectiva de la competencia, algunos de estos nuevos servicios se basan en plataformas digitales (*crowdfunding*) y redes, que pueden crecer hasta el punto de adquirir un poder de mercado significativo gracias a efectos complejos, como los efectos de red directos e indirectos. Esto requiere un examen más minucioso por parte de las autoridades de competencia, que consiga identificar y evitar conductas anticompetitivas que reduzcan el bienestar.

En segundo lugar, en relación con la aplicación de la legislación de competencia, Fintech plantea preguntas relevantes para las autoridades de competencia sobre el acceso a la información («*facility*»), el papel desempeñado por los algoritmos y Big Techs y la posibilidad de ampliar el poder de mercado (relaciones verticales):

- Existen controversias sobre la aplicabilidad o no de la doctrina del *input* esencial para el acceso a ciertos datos (como la información sobre el historial financiero y los registros) por parte de nuevas empresas Fintech. Sin embargo, esta doctrina del «*input* esencial» es uno de los estándares más exigentes en la aplicación de la jurisprudencia comunitaria. Requiere un análisis caso a caso, de manera que la exigencia de facilitar el acceso a terceros se circunscribe a aquellas situaciones en las que la falta de acceso a los datos del operador dominante conlleva un perjuicio para el interés general por la desaparición de la competencia.
- Los algoritmos, aunque permiten una determinación más eficiente de los precios, están siendo vigilados de cerca por las autoridades de competencia, ya que podrían ser facilitadores de conductas colusorias<sup>12</sup>. A pesar de estar en una etapa temprana de desarrollo, algunos

<sup>10</sup> D. A. ZETZSCHE, R. P. BUCKLEY, D. W. ARNER y J. N. BARBERIS, «From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance», *EBI Working Paper Series*, 2017, n. 6.

<sup>11</sup> Para una panorámica de la interacción desarrollo y finanzas, véase Th. BECK, *Finance and Growth: Lessons from the literature and the recent crisis*, LSE Growth Commission, 2012.

<sup>12</sup> Caso 50223 de Competition and Markets Authority (CMA) de Reino Unido, de venta *online* de pósters y marcos en Amazon Marketplace.

estudios ya han explorado la posibilidad de colusión tácita o prácticas conscientemente paralelas a través de algoritmos, especialmente en casos de homogeneidad del producto (sin lealtad a la marca) en mercados transparentes y concentrados<sup>13</sup>.

- Los nuevos participantes no son necesariamente pequeñas empresas de nueva creación, sino grandes compañías de Techfin ya consolidadas (como BigTechs), que pueden encontrar rentables la entrada en la industria financiera apoyándose en su experiencia en *big data*. En los casos en que estas empresas Techfin tengan un poder de mercado significativo en sus sectores de origen, podrían intentar extender este poder «aguas abajo» al sector financiero.

En tercer lugar, el efecto de una mayor competencia sobre la toma de riesgos y la estabilidad de los intermediarios financieros (bancos) sigue siendo una cuestión abierta a debate, por lo que la presencia de nuevos actores que disputan algunos mercados se suma al intrincado marco de incentivos. En cualquier caso, un diseño óptimo de la regulación financiera debe tener en cuenta la intensidad de la competencia<sup>14</sup> y los potenciales beneficios y mecanismos disciplinantes de la misma.

En cuarto lugar, dado que Fintech se basa en una mejor explotación de la información, esto podría plantear varias preguntas sobre la posibilidad de discriminación de precios y la extracción de excedentes del consumidor. No obstante, no es posible determinar *a priori* un efecto inequívoco en términos de bienestar de las estrategias de discriminación<sup>15</sup>. Además, si las actividades de Fintech están sujetas a cierto grado de escrutinio vía redes sociales, este tipo de prácticas difícilmente podría pasar desapercibido entre los consumidores financieros afectados, lo que podría presumiblemente penalizar a los discriminadores en términos de reputación e imagen.

### III. LAS TECNOLOGÍAS DE REGISTRO DISTRIBUIDO

Las tecnologías de registro distribuido (DLTs, *distributed ledger technologies*) permiten mantener una constancia de una serie de transacciones de manera estable a partir de la validación de unos «nodos» o usuarios de la red<sup>16</sup>.

Existen dos tipos de DLTs<sup>17</sup>: centralizadas (*permissioned*) y descentralizadas (*permissionless*). En las primeras la validación recae exclusiva-

<sup>13</sup> A. EZRACHI y M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.

<sup>14</sup> X. VIVES, *Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy*, Princeton University Press, 2016.

<sup>15</sup> OECD Roundtable on Price Discrimination (Comité de Competencia de la Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales), 29-30 de noviembre de 2016.

<sup>16</sup> A. MCQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech. Information Technology & Innovation Foundation*, 2016.

<sup>17</sup> DEUTSCHE BUNDESBANK, «Technology-enabled financial innovations: a source of opportunities and risks», *Financial Stability Review*, 2016, pp. 67-77.



mente sobre unos nodos activos centrales que actúan como «notarios» del sistema y normalmente son remunerados mediante una comisión. Por ello son una continuación de los registros actuales, aunque con mayor transparencia y menores costes de transacción.

Las segundas son aún más disruptivas, pues la validación no es competencia exclusiva de unos pocos nodos sino que está descentralizada y abierta a todos, dependiendo de un mecanismo de consenso. Un ejemplo es la tecnología de la cadena de bloques (*blockchain*) que se aplica a las criptomonedas y a las ofertas iniciales de monedas o ICOs (*Initial Coin Offerings*). Los costes de transacción no desaparecen totalmente, pues en general sigue existiendo una remuneración por la validación, pero se reducen aún más dramáticamente que en las redes centralizadas. Y además se pueden aprovechar externalidades de red, con un impacto muy positivo en la eficiencia.

La aplicación de las DLTs a los mercados financieros (y a otras áreas) es inmediata, pues permite registrar todos los datos relevantes de las transacciones: compradores, vendedores, precios, importes, fecha y otros detalles del contrato. En el área de pagos las criptomonedas ofrecen una nueva alternativa para transferencias monetarias, facilitando transacciones reales y financieras. En el ámbito de financiación las ICOs son una manera de obtener financiación alternativa a los canales habituales, particularmente útil para los modelos donde la tecnología *blockchain* es aplicable (por ejemplo, en plataformas de intercambio P2P donde la reputación sea relevante). Finalmente, en el subsector de los seguros se permite el diseño de contratos inteligentes (*smart contracts*) que se activan cuando acontecen determinadas contingencias<sup>18</sup>.

Por tanto, las DLTs reducen los costes de intermediación e incrementan la competencia y eficiencia en transacciones financieras, lo que repercute positivamente en el sector real. También pueden facilitar el cumplimiento normativo por la transparencia y la trazabilidad de las transacciones<sup>19</sup>, lo que supone una ventaja para las empresas y el propio supervisor, especialmente teniendo en cuenta la profusa regulación que afecta al sector.

Aunque esto es en cierta medida paradójico, porque en las DLTs descentralizadas se mantiene la anonimidad para los particulares<sup>20</sup> (pese a la trazabilidad de las transacciones), lo cual puede tener un coste en términos de opacidad para el supervisor. En términos de competencia, esto puede ser un riesgo cuando se produce un intercambio ilícito de información o cualquier otra forma de colusión o manipulación de la competencia, que puede incluso automatizarse mediante contratos inteligentes. Y, aunque la validación esté *a priori* abierta a todos los nodos, en la práctica es necesario poder

---

<sup>18</sup> C. CATALINI y J. S. GANS, «Some Simple Economics of the Blockchain», *NBER Working Paper Series*, 2016, 22952.

<sup>19</sup> IOSCO, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, 2017.

<sup>20</sup> B. ARRUÑADA y L. GARICANO, «Blockchain: The birth of Decentralized Governance», *Barcelona GSE Working Paper Series*, 2018, 1038.

computacional y uso de energía y activos digitales, lo que puede acarrear dinámicas de concentración y concertación. Mientras, las DLTs centralizadas también tienen riesgos específicos, pues pueden crear una barrera de entrada y facilitar asimismo acuerdos entre operadores.

Pero, en cualquier caso, se trata en general de innovaciones que suponen efectos positivos, que rebajan los costes de transacción en la verificación de transacciones y también pueden generar externalidades de red en la localización de intermediarios o contrapartes. Los reguladores deben aprovechar las oportunidades que aportan, también para el cumplimiento normativo y la supervisión. Las criptodivisas y las ICOs tienen retos regulatorios específicos, pero pueden ser muy dinamizadoras de los pagos y la financiación empresarial.

#### IV. LAS INNOVACIONES EN LOS SERVICIOS Y SISTEMAS DE PAGO

Los sistemas y servicios de pago también están en proceso de transformación por factores<sup>21</sup> tecnológicos (como la conectividad por internet móvil o el uso del *big data* y el *cloud computing*), sociales (por la mayor demanda de conveniencia e inmediatez de los usuarios) y económicos (como el auge del comercio electrónico y las plataformas digitales). Esto está atrayendo a dos nuevos tipos de actores a la industria de los pagos, más allá de los actores tradicionales (bancos y entidades emisoras de tarjetas de crédito y débito).

Por un lado, nuevos proveedores de servicios de pago que proceden de otros sectores<sup>22</sup>: plataformas digitales (*BigTech*) y de comercio electrónico, comercio minorista, telecomunicaciones, manufacturas (sobre todo del ámbito donde se pueden generar datos a través del *internet of things*), etc. Estos operadores ven la posibilidad de vincular los pagos (tradicionalmente muy lucrativos en términos de comisiones y rentabilidad relativa)<sup>23</sup> a sus bienes y servicios, lo cual puede permitir mejorar y expandir otros servicios bancarios y no bancarios (como aquellos relacionados con el marketing: publicidad, promociones personalizadas, gestión de inventarios...).

Por otro lado, operadores de nicho especializados en dos nuevos servicios innovadores<sup>24</sup>: los iniciadores de pagos (PIS, *payment initiation services*) y los agregadores de información (AIS, *account information*

<sup>21</sup> ACCO, *Payment Systems*, 16/2017, 2017; AFI, *La industria bancaria minorista y los medios de pagos electrónico*, 2017; WEF, *Beyond Fintech: A Pragmatic Assessment Of Disruptive Potential In Financial Services*, 2017.

<sup>22</sup> DEUTSCHE BUNDESBANK, «Technology-enabled financial innovations: a source of opportunities and risks», *Financial Stability Review*, 2016, pp. 67-77.

<sup>23</sup> C. TREVIJANO, *Tendencias clave del mercado de medios de pago en el contexto de la directiva PSD2*, 2017.

<sup>24</sup> S. MARTIN, J. GRIERA y J. BENDELL, *Competitive innovations in P2P financing*. Social Currency Institute, 2017; WEF, *Beyond Fintech: A Pragmatic Assessment Of Disruptive Potential In Financial Services*, 2017.



*services*). Los iniciadores permiten completar transacciones *online* al aportar al vendedor confirmación de que los fondos han salido de la cuenta del comprador<sup>25</sup> (con lo que más operaciones de comercio electrónico se cerrarían por transferencia en lugar de por tarjeta). Los agregadores acceden a la cuenta del usuario para obtener y consolidar información que puede ser útil para el propio cliente (a la hora de conocer su situación financiera y decidir sobre su demanda de productos financieros) y para las empresas (a la hora de ofrecer otros servicios bancarios y no bancarios).

La entrada de nuevos competidores y la desintermediación son un ejemplo clásico de *shock* por el lado de la oferta, que se traduce en una reducción de costes, precios y márgenes. Así, pueden completarse más transacciones, en un ejemplo claro de eficiencia estática.

Y también se genera eficiencia dinámica, pues la mayor información y capacidad de elección del consumidor aporta los incentivos adecuados para una mayor innovación<sup>26</sup>. La innovación puede ser de proceso (mejorando la gestión de pagos e incluso otras actividades del *back-office* como la gestión de inventarios o la contabilidad, por la utilización de los datos sobre transacciones) o de producto (expandiendo el rango de bienes y servicios ofertados, incluyendo los no financieros como las promociones y descuentos personalizados).

Los efectos trascienden al sistema financiero. A nivel del consumidor, la mayor información tiene un efecto disciplinante sobre las entidades financieras y aumentará la sensibilidad al precio, generándose unos ahorros que los consumidores pueden destinar a otros bienes y servicios. A nivel de empresa, un menor coste de los servicios de pagos significa la posibilidad para ciertas empresas (como las pymes) de afrontar entornos más competitivos pero también más rentables, como el comercio internacional<sup>27</sup> (donde las transferencias y los pagos transfronterizos son un coste relevante).

Pero para materializar todas estas ventajas los operadores alternativos deben vencer diversos obstáculos. En ocasiones estas barreras son endógenas al sector, como los costes de cambio o la generación de externalidades de red, que pueden generar dinámicas de concentración y dificultar que un nuevo entrante gane escala o adquiera confianza. En otras ocasiones, son los operadores instalados los que pueden generar barreras, por ejemplo, aplicando subsidios cruzados<sup>28</sup> (se subvencionarían las tarjetas de crédito y débito, previniendo la irrupción de competidores, con las peores condiciones a otros servicios, como la remuneración de depósitos,

---

<sup>25</sup> D. GARCÍA y S. HERMIDA, *Escenarios en el mercado bancario tras la aplicación de la Directiva PSD2: transformación y disrupción*, 2017; S. VEZZOSO, *Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy*, 2018.

<sup>26</sup> CANADA COMPETITION BUREAU, *Technology-led innovation and emerging services in the Canadian financial services sector*, 2017.

<sup>27</sup> A. MCQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech. Information Technology & Innovation Foundation*, 2016.

<sup>28</sup> CMA, *Making banks work harder for you*, 2016.

donde la entrada es más difícil por factores de regulación y confianza) o dificultando el acceso a *inputs* como los sistemas de compensación o los datos.

Es por ello que son interesantes las iniciativas de «Open Banking» para asegurar que el acceso a *inputs* se efectúa en términos razonables y no discriminatorios, respetando principios de neutralidad tecnológica e interoperabilidad<sup>29</sup>. Estos son los principios que ha instaurado la nueva normativa Europea (PSD2, *Payments Service Directive*)<sup>30</sup> para el acceso de los nuevos operadores a ciertos datos relevantes para prestar los nuevos servicios innovadores de iniciación de pagos y agregación de cuentas.

## V. LOS CAMBIOS EN LA INDUSTRIA DE GESTIÓN Y ASESORAMIENTO FINANCIERO

El asesoramiento financiero y la gestión de patrimonios también están siendo afectados por distintos factores tecnológicos (el *big data* y la inteligencia artificial) y sociales (como el uso de redes sociales). Estos factores han cristalizado en distintas innovaciones<sup>31</sup> (que pueden ordenarse de mayor a menor control ejercido por el inversor o, viceversa, de menor a mayor automatización):

- Los comparadores *web* o digitales<sup>32</sup> (DCTs, *Digital Comparison Tools*) permiten a los clientes comparar entre distintos proveedores de servicios de manera sistemática. Se suelen llamar comparadores de precios (*Price comparison websites*, PCWs) porque normalmente se aplican a bienes relativamente estandarizados, como ocurre en servicios financieros minoristas: tipos de interés de préstamos y depósitos, crédito hipotecario, seguros... Aunque cada vez se utilizan en servicios más complejos, como los fondos de inversión<sup>33</sup>.
- Los agregadores financieros y de gestión personal (PFM, *personal financial management*), como los ya mencionados agregadores de cuentas, permiten agrupar la información de distintas fuentes para servicios más básicos, de control y seguimiento de gastos y obligaciones (hábitos de consumo, impuestos, facturas...), o servicios más avanzados, de gestión y asesoramiento financiero<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> AdC, *Inovação Tecnológica e Concorrência no Setor Financeiro em Portugal*, 2018; CANADA COMPETITION BUREAU, *Technology-led innovation and emerging services in the Canadian financial services sector*, 2017; S. VEZZOSO, *Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy*, 2018.

<sup>30</sup> Directiva (UE) 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

<sup>31</sup> IOSCO, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, 2017.

<sup>32</sup> Pues no son necesariamente una *web* y pueden tener la forma exclusiva de una aplicación móvil.

<sup>33</sup> CANADA COMPETITION BUREAU, *Technology-led innovation and emerging services in the Canadian financial services sector*, 2017.

<sup>34</sup> A. McQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech*. Information Technology & Innovation Foundation, 2016.



- Las plataformas de contactos y percepción en los mercados financieros (*sentiment and networking platforms*) aprovechan técnicas de análisis de redes sociales y *big data* para realizar investigación y proveer servicios de gestión, asesoramiento e intermediación.
- El *social trading* (o *copy trading*) permite seguir a un líder en sus decisiones de inversión, aplicando herramientas de reputación<sup>35</sup>.
- Las plataformas electrónicas permiten conectar a agentes en redes para automatizar transacciones, aportando ventajas importantes para ahorradores y prestatarios<sup>36</sup>.
- El asesoramiento robotizado (*robo-advising*) automatiza servicios de gestión y asesoramiento a partir de la inteligencia artificial<sup>37</sup>.

Todas estas innovaciones aportan eficiencia estática, pues ahorran *inputs* como el trabajo o las sedes físicas, especialmente en el caso del *robo-advising*<sup>38</sup>. Suponen, por tanto, un abaratamiento de servicios para el consumidor, aportando ventajas añadidas como la inclusión financiera de más hogares.

Y de nuevo también aumenta la eficiencia dinámica por la mejora de los incentivos. Por ejemplo, la separación entre el asesoramiento y la gestión puede prevenir conflictos de interés, paliando problemas de información asimétrica<sup>39</sup>. En general, la mayor transparencia y comparabilidad empodera al consumidor para vencer esas imperfecciones en la información (aunque también puede fomentar la colusión tácita al tratarse de servicios estandarizados). Y, finalmente, el aprovechamiento de externalidades de red permite incrementar la eficiencia y aporta incentivos a la autorregulación en calidad, generando confianza entre los distintos agentes<sup>40</sup>.

No obstante, la competencia de los nuevos modelos tendrá que vencer la baja tasa de cambio de operador que existe en este ámbito<sup>41</sup>, ya sea por costes directos o por la complejidad inherente de estos productos y de sus estructuras tarifarias, que además se suelen empaquetar con otros servicios.

Y ciertas innovaciones pueden amplificar, y no mitigar, las imperfecciones de la información<sup>42</sup>. Por ejemplo, un modelo de mera intermediación puede llevar a la conducta de originar el riesgo para luego distribuirlo (*originate to distribute*), generando riesgo moral y más inestabilidad. Y los

<sup>35</sup> AEFI, *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*, 2017.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> DEUTSCHE BUNDESBANK, «Technology-enabled financial innovations: a source of opportunities and risks», *Financial Stability Review*, 2016, pp. 67-77.

<sup>38</sup> CANADA COMPETITION BUREAU, *Technology-led innovation and emerging services in the Canadian financial services sector*, 2017.

<sup>39</sup> FCA, *Working paper on the supply of fiduciary management services by investment consultancy firms*, 2017; A. MCQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech. Information Technology & Innovation Foundation*, 2016.

<sup>40</sup> CANADA COMPETITION BUREAU, *Technology-led innovation and emerging services in the Canadian financial services sector*, 2017.

<sup>41</sup> CMA, *Making banks work harder for you*, 2016.

<sup>42</sup> DEUTSCHE BUNDESBANK, «Technology-enabled financial innovations: a source of opportunities and risks», *Financial Stability Review*, 2016, pp. 67-77; IOSCO, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, 2017.

fenómenos muy apoyados en redes sociales o en *big data* pueden exacerbar las conductas de rebaño y las situaciones de prociclicidad y exuberancia racional.

Pero, en general, la contribución de las innovaciones a la solución de conflictos de interés y problemas de información asimétrica parece positiva. Y más teniendo en cuenta los incentivos a la autorregulación que emergen de la adopción de un modelo de plataforma. Al permitir la interacción de los distintos lados (ahorradores y prestatarios), se aprecia la interdependencia en la demanda y los efectos de red, de forma que la plataforma tiene incentivos a asegurar la calidad de los productos a ambos lados del mercado, contribuyendo positivamente a la estabilidad financiera y a la protección del inversor.

La presencia de economías de red, y también de escala y alcance, implica que es importante limitar en lo posible las reservas de actividad, pues estas impedirán a la plataforma generar eficiencias al expandir su oferta de bienes y servicios.

## VI. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA

La financiación participativa o *crowdfunding* puede definirse como la contribución de una base amplia de agentes a la financiación de un proyecto<sup>43</sup>. Actualmente los segmentos más importantes son los préstamos, *crowdlending*, y las acciones o participaciones, *equity crowdfunding*.

De nuevo, se trata de un *shock* por el lado de la oferta, que genera eficiencia estática y abarata el margen de intermediación crediticia. Esto es relevante por diversas cuestiones<sup>44</sup>:

- A nivel de los prestatarios, el abaratamiento de la financiación permite aliviar el problema de racionamiento, lo que beneficia sobre todo a las empresas y proyectos más innovadores, claves para la competencia en todos los sectores.
- A nivel de los prestamistas, el beneficio no es solo directo por la mayor rentabilidad sino también indirecto por el mayor potencial de diversificación, lo que reduce el riesgo.
- La mejora de la ratio rentabilidad-riesgo genera beneficios para toda la economía, a nivel de estabilidad financiera y protección del inversor.

Y a esto se añaden otras dos ganancias fundamentales a nivel dinámico<sup>45</sup>:

<sup>43</sup> A. SCHWIENBACHER y B. LARRALDE, *Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures*, 2012; K. WILSON y M. TESTONI, «Improving the role of equity crowdfunding in Europe's capital markets», *Bruegel Policy Contribution*, Issue 2014/09.

<sup>44</sup> A. K. AGRAWAL, C. CATALINI y A. GOLDFARB, «Some Simple Economics of Crowdfunding», *NBER Working Paper Series*, 2013, 19133.

<sup>45</sup> DEUTSCHE BUNDESBANK, «Technology-enabled financial innovations: a source of opportunities and risks», *Financial Stability Review*, 2016, pp. 67-77.



- Se aumenta la transparencia y se utiliza mejor y de manera más eficiente la información para la valoración de riesgos. Esto puede reducir los problemas de información asimétrica.
- Las externalidades de red son internalizadas por la plataforma que se autorregula para generar confianza a ambos lados: prestamistas y prestatarios. Además, puede asumir servicios de valor añadido, como herramientas de asesoramiento y gestión y valoración de proyectos. Incluso puede absorber riesgo para generar los incentivos adecuados.

Aunque estas aparentes ventajas también pueden entrañar riesgos según el contexto<sup>46</sup>:

- El aumento de la transparencia puede tener efectos negativos si permite a las empresas instaladas conocer y controlar proyectos rentables de potenciales competidores (como también ocurre con las ICOs).
- Las imperfecciones en la información podrían exacerbarse por ciertos rasgos del *crowdfunding*: proyectos incipientes, inversores menos cualificados, riesgos de iliquidez, conductas rebaño, etc. Especialmente puede aumentar el riesgo moral si la plataforma sigue el modelo ya comentado de «*originate to distribute*», de forma que no tiene incentivos para controlar el riesgo ni *ex ante* ni *ex post*<sup>47</sup>. Y los propios prestamistas pueden no tener tampoco dichos incentivos si el riesgo está diversificado.
- Las externalidades de red pueden llevar a dinámicas de concentración.

Por tanto, la regulación tiene que tener en cuenta esos riesgos específicos del *crowdfunding* pero al mismo tiempo su potencial de autorregulación y generación de eficiencias por las economías de red. Pero para ello debe permitirse a las plataformas actuar con relativa flexibilidad, pudiendo ofrecer ciertos servicios de valor añadido<sup>48</sup> como asesoramiento y gestión de carteras y proyectos, creación de mercados financieros, asunción de riesgos en su cartera, etc. Estas actividades son claves para aprovechar economías de alcance e incrementar la eficiencia y la competencia en la intermediación crediticia.

## VII. EL FENÓMENO INSURTECH

La revolución en el ámbito de los seguros se apoya en factores tecnológicos y sociales análogos al del resto del fenómeno Fintech (automatización, inteligencia artificial, *big data*, conectividad móvil, transacciones P2P

<sup>46</sup> IOSCO, *IOSCO Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, 2017.

<sup>47</sup> DEUTSCHE BUNDESBANK, «Technology-enabled financial innovations: a source of opportunities and risks», *Financial Stability Review*, 2016, pp. 67-77.

<sup>48</sup> A. McQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech*. Information Technology & Innovation Foundation, 2016.

y economía colaborativa...). Estas innovaciones no son solo incrementales (aumento de la eficiencia) sino también substanciales (disrupción de los modelos de negocio), fundamentalmente por la mayor orientación al consumidor (*customer centricity*). De esta manera cristalizan nuevas formas de relación con clientes, trabajadores e intermediarios<sup>49</sup>:

- La primera innovación son los comparadores digitales y agregadores financieros (ya mencionadas en asesoramiento y gestión de patrimonio). Su aplicación a los seguros se debe a varios factores como la existencia de una demanda inducida por la regulación o la sensibilidad de los consumidores al precio, lo que genera bastantes cambios de proveedor (*switching*).
- Un cambio más disruptivo es la generación de redes P2P, muy apoyadas en la tecnología de la cadena de bloques (*Blockchain*) y en contratos inteligentes (*Smart contracts*).
- También muy disruptiva es la práctica del *social brokering*, que consiste en agrupar consumidores según sus características aprovechando el *big data* y el *internet of things*.
- Una práctica intermedia entre las dos anteriores es la actividad de microseguros para riesgos y consumidores específicos (por ejemplo, en transacciones P2P y en la economía colaborativa): pago por el uso, a demanda o seguros específicos a ciertos bienes y servicios para pequeñas transacciones<sup>50</sup>.

Las ventajas de estas innovaciones se pueden agrupar en tres tipos:

- En primer lugar, el clásico *shock* por el lado la oferta: aumento de competencia y reducción de costes, márgenes y precios.
- En segundo lugar, aumento de la eficiencia por innovaciones de proceso (ahorro de *inputs*) y de producto (incremento de la variedad de bienes y servicios).
- En tercer lugar, ventajas inherentes al sector de los seguros asociadas a la desintermediación y a la ampliación de actividades. Por ejemplo, la agregación de múltiples agentes permite la reducción de riesgos por puesta en común (*pooling*) y diversificación (*spreading*). Al mismo tiempo, la generación de datos por el *internet of things* permite ajustar mejor los precios a los costes (eficiencia estática) e incluso puede mejorar los incentivos (eficiencia dinámica), pues los consumidores pueden modificar su comportamiento (en dirección a reducir riesgo) si saben que están siendo «monitorizados»<sup>51</sup>. Finalmente, la agrupación de consumidores por sí mismos para nego-

<sup>49</sup> T. CATLIN, R. HARTMAN, I. SEGEV y R. TENTIS, *The Making of a Digital Insurer. The Path to Enhanced Profitability, Lower Costs and Stronger Customer Loyalty*, 2015; J. D. WILSON, *Creating Strategic Value through Financial Technology*, Hoboken, New Jersey, United States of America, Wiley, 2017.

<sup>50</sup> WEF, *Beyond Fintech: A Pragmatic Assessment Of Disruptive Potential In Financial Services*, 2017.

<sup>51</sup> A. MCQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech*. Information Technology & Innovation Foundation, 2016.



ciar primas puede reducir los problemas de información asimétrica, pues ellos mismos ejercerán una supervisión mutua para reducir los riesgos del grupo.

Pero también cabe expresar cautelas y potenciales riesgos ligados al Insurtech. La automatización y el uso del *big data* puede llevar a errores de medición o a fenómenos de retroalimentación. Y las dificultades de acceso a datos pueden frenar el desarrollo de nuevos modelos de negocio.

Además, es cierto que determinados tipos de agentes pueden salir perdiendo con un eventual recálculo de primas, aunque precisamente serían los más arriesgados (lo cual en principio es eficiente). Pero está en relación con otros retos relacionados al social *brokering*, como la posible personalización de precios, que puede chocar con regulaciones que imponen la no discriminación a partir de ciertos parámetros.

Por tanto, algunos de los retos del fenómeno Insurtech tienen que ver precisamente con la regulación. Una buena regulación puede conducir a aplicar los principios de no discriminación, neutralidad tecnológica e interoperabilidad en el ámbito de los seguros al igual que en banca y pagos, instalando una política de «*open banking and insurance*». Y respecto a la discriminación de precios, cabe valorar en qué medida puede restringirse cuando las empresas pueden aplicarla utilizando otros criterios objetivos.

El sector de los seguros está afectado por otras barreras al acceso y al ejercicio, como las exigencias de capital, que podrían revisarse de considerar que las antedichas ganancias de eficiencia pueden mejorar la gestión de riesgos. También se podrían relajar los requisitos de implantación física dado el afloramiento de nuevos modelos de negocio P2P o de microseguros.

## VIII. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN

La aplicación de las nuevas tecnologías al sector financiero (Fintech) y la disrupción generada tienen dos efectos fundamentales.

El primer impacto es un incremento de la competencia y la eficiencia en el sistema financiero. Aun siendo cautos por las barreras de entrada en el sector, el fenómeno Fintech genera una mayor entrada y competencia en el sector, comprimiendo costes, márgenes y precios. La eficiencia aumenta no solo por la mayor competencia (fuente *per se* de eficiencia estática y dinámica) sino también por el aprovechamiento de innovaciones de proceso (que reducen el uso de *inputs*) y de producto (que permiten ofrecer nuevos o mejorados servicios).

El incremento de la competencia y la eficiencia tiene otros canales más sutiles. Por un lado, la desagregación (*unbundling*) de los servicios finan-

cieros que reduce el potencial de aplicar subsidios cruzados y facilita la entrada de competidores de nicho. Por otro lado, la desintermediación y la adopción del modelo de plataforma, que permite a los distintos lados del mercado interactuar directamente y beneficiarse de mayor eficiencia por las externalidades de red.

No obstante, los aspectos positivos de las dos ideas anteriores pueden matizarse en función del contexto. La entrada de nuevos competidores podría proceder de empresas que aumenten la competencia en el sector financiero a costa de afianzar su dominio en otros mercados (como las plataformas tecnológicas o, en menor medida, las telecomunicaciones o el comercio minorista). Asimismo, los mercados de plataforma pueden generar dinámicas de concentración. No obstante, la política de competencia dispone de herramientas *ex ante* (control de fusiones) o *ex post* (sanción de conductas) para afrontar esos potenciales riesgos de deterioro de la competencia en el sistema financiero o en otros sectores conexos.

Pero en general se esperan efectos positivos de una mayor competencia y eficiencia en el sistema financiero como en cualquier sector: comprensión de costes, márgenes y precios y aumento de la cantidad y de la calidad de bienes y servicios. En el sistema financiero esto es particularmente relevante, en tres sentidos. Para los consumidores, supone una mayor inclusión financiera mediante un acceso más barato a servicios finales que son fundamentales para el desarrollo personal. Para las empresas, supone un mayor y mejor acceso a *inputs* que son necesarios especialmente para los proyectos nacientes e innovadores, suponiendo un impacto procompetitivo en todos los sectores. Para la economía en su conjunto, la eficiencia en el sector financiero implica una mejora de la ratio rentabilidad-riesgo, suponiendo una mejor consecución de los objetivos del sector minimizando el riesgo, incrementando la estabilidad financiera y la protección del inversor.

El segundo gran impacto de Fintech es la presumible atenuación de algunos de los fallos de mercado que justifican la abundante regulación financiera. Por ejemplo, la asimetría informativa puede mitigarse por la mejora de la transparencia asociada a ciertas innovaciones, contribuyendo a la protección del inversor. Asimismo, las externalidades asociadas a la inestabilidad financiera pueden paliarse parcialmente si los operadores las internalizan en un contexto de efectos de red, por ejemplo, adoptando un modelo de plataforma que supone una cierta autorregulación en calidad para dar confianza a los múltiples lados del mercado.

Estos efectos positivos sobre competencia, eficiencia y prevención de fallos de mercado deben llevar a las autoridades a acomodarse al fenómeno Fintech y a diseñar su respuesta de acuerdo a los principios de regulación económica eficiente, especialmente los de necesidad y proporcionalidad. En virtud del principio de necesidad la intervención pública debe responder a la identificación clara de un fallo de mercado o estar justificada por una



razón imperiosa de interés general. En virtud del principio de proporcionalidad, la intervención debe ser la mínima imprescindible para lograr la necesidad anteriormente expresada, sin que existan otras medidas alternativas que permitan lograr el mismo fin con menos restricciones, imposiciones o distorsiones

Esta reconsideración de la regulación debe aplicarse a los requisitos de implantación física, adecuación de capital, organización interna, dotación de recursos humanos, etc. La revolución Fintech permite organizar las actividades de una manera más eficiente y además paliar fallos de mercado por una mayor transparencia e incentivos a la autorregulación en calidad.

Estas ideas generales se pueden aplicar a cuatro recomendaciones más específicas:

- Pasar de regular entidades a regular actividades<sup>52</sup>, pues los fallos de mercado están ligados a estas últimas y no a las primeras. Como aplicación de este principio se debe evitar imponer reservas de actividad, salvo que lo justifique una razón imperiosa de interés general o un fallo de mercado, pues esto implica un fuerte coste en términos de eficiencia, al no permitir aprovechar economías de red y de alcance.
- Modernizar la regulación y la supervisión, aprovechando el fenómeno RegTech<sup>53</sup>, esto es, la aplicación de las nuevas tecnologías al cumplimiento normativo. Las innovaciones detrás de Fintech permiten al mismo tiempo agilizar y automatizar el cumplimiento de la regulación financiera. Esto no es solo una ventaja para las empresas (por el abaratamiento de costes) sino también para el supervisor (con un mejor y más rápido control), lo que podría llevar a reducir la regulación y los requerimientos de información.
- Considerar un «banco de pruebas» regulatorio (*sandbox*), con exenciones o alivios de las cargas administrativas para ciertos modelos de negocio (innovadores y de pequeña escala), al menos de forma temporal<sup>54</sup>. Esto puede permitir obtener más información sobre el verdadero impacto de ciertas innovaciones antes de adoptar una respuesta regulatoria más estricta. Esta medida se puede acompañar de un centro de innovación («*innovation hub*») donde los reguladores puedan obtener esa información de las empresas y estas obtengan asesoramiento y seguridad jurídica sobre el encaje regulatorio de sus modelos de negocio.

<sup>52</sup> COFECE, *Repensar la competencia en la economía digital*, 2018; FMI, *Fintech and Financial Services: Initial Considerations. IMF Staff Discussion Note SDN/17/05*, 2017.

<sup>53</sup> A. McQUINN, W. GUO y D. CASTRO, *Policy Principles for Fintech. Information Technology & Innovation Foundation*, 2016.

<sup>54</sup> ACCO, *Payment Systems*, 16/2017; AdC, «Inovação Tecnológica e Concorrência no Setor Financeiro em Portugal», *Issues Paper, Versão Preliminar para Consulta Pública*, 2018; CANADA COMPETITION BUREAU, *Technology-led innovation and emerging services in the Canadian financial services sector*, 2017; COFECE, *Repensar la competencia en la economía digital*, 2018.

- Desarrollar iniciativas de «*open banking and insurance*», aplicando los principios de neutralidad tecnológica, no discriminación e interoperabilidad en el acceso a *inputs*.

De esta forma, adoptando una respuesta óptima al fenómeno Fintech y respetando los principios de regulación económica eficiente, se puede asegurar una contribución positiva de estas innovaciones al sistema financiero y a la sociedad en su conjunto.





# LOS HALLAZGOS CASUALES EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL

Doctor en Derecho  
Magistrado

Letrado del Tribunal Constitucional

**SUMARIO:** I. ¿QUÉ ES UN HALLAZGO CASUAL?—II. HALLAZGOS CASUALES. CONCEPTO Y PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ADOPTADA.—III. HALLAZGOS CASUALES Y PRINCIPIO ACUSATORIO.—IV. HALLAZGOS CASUALES Y PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA.—V. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO EN EL CASO DE LOS HALLAZGOS CASUALES. EL CONTROL JUDICIAL *EX POST*.—VI. HALLAZGOS CASUALES Y CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.—VII. UN BANCO DE PRUEBAS.

El presente trabajo constituye un intento de aproximación al tema de los denominados hallazgos casuales en los procedimientos sancionadores del Derecho de la Competencia. Se van a abordar, desde una perspectiva esencialmente constitucional, los requisitos exigibles doctrinalmente para que despliegue efectos probatorios el material hallado casualmente en el curso de la investigación y ajeno al ámbito de la Orden de inspección que sirve de cobertura a dicha investigación. Para ello, vamos a partir de una premisa: que para que esa labor que nos proponemos sea eficaz es necesario deslindar precisamente los derechos fundamentales concernidos: de un lado, el secreto de las comunicaciones o, más frecuentemente, la inviolabilidad del domicilio, que pueden verse afectados cuando se excede, en la búsqueda de material probatorio, el ámbito de la Orden administrativa de inspección o de la autorización judicial exigible en esos casos; por otro lado, se puede ver afectado el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el material probatorio obtenido vulnerando algún derecho fundamental sirve de base para la sanción. Se trata de dos tipos de vulneraciones diferenciadas, y es preciso partir de esa primera premisa, en nuestra opinión, para un enfoque correcto de la cuestión que planteamos.



## I. ¿QUÉ ES UN HALLAZGO CASUAL?

El origen del concepto de «hallazgo casual» está en el Derecho penal y es habitual definirlo en términos semejantes a los siguientes: «Aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de una investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos [...] o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se describen por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados»<sup>1</sup>.

De esta forma, en primer lugar, el término remite a una discordancia entre el objeto de una investigación, controlada o autorizada judicialmente, y su resultado. En suma, es preciso que exista esa investigación, sobre cuyas características y naturaleza hablaremos más tarde, y que en el seno de la misma se produzca un descubrimiento ajeno a su objeto prefijado.

Como segundo dato relevante, el hallazgo casual ha de producirse en un ámbito investigador que incida en los derechos fundamentales de las personas inquiridas. Si no fuera así, su tratamiento jurídico no tendría especificidad alguna. Expresado en otros términos, es la afectación de un derecho fundamental al practicar una diligencia concreta lo que cualifica el hallazgo casual. Si, por ejemplo, se encuentran joyas ocultas durante un rastreo policial dirigido a la búsqueda de drogas en una zona de descampado, es claro que, aun tratándose de un hallazgo casual en sentido amplio —o, más propiamente, de un descubrimiento ocasional— no existe ninguna peculiaridad respecto a la relevancia del material probatorio logrado, que funciona en ese caso como mera *notitia criminis*. Distinto es el caso en el que ese mismo hallazgo se produce, por ejemplo, en el ámbito domiciliario, porque en ese supuesto la intervención policial ha de limitarse al objeto preciso de la autorización judicial, que será necesaria en tanto que existe una incidencia en derechos fundamentales y se limitará precisamente, en aras del principio de proporcionalidad, al objeto de la investigación prevista.

Así pues, es en ese caso de discordancia entre el objeto de la autorización judicial que permite la incidencia en el derecho fundamental y el objeto materialmente encontrado —nuevo— en el ámbito de la investigación desarrollada, cuando puede hablarse propiamente de hallazgos casuales en el sentido jurídico penal del término.

<sup>1</sup> S. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011.

## II. HALLAZGOS CASUALES. CONCEPTO Y PERSPECTIVA DE ANÁLISIS ADOPTADA

Frecuentemente se suele explicar la teoría de los hallazgos casuales partiendo de la delimitación del objeto del proceso penal<sup>2</sup>. Ese objeto determinaría el contenido de la investigación, de forma que los hechos que se revelen durante la misma que fueran ajenos a él deberían quedar al margen del proceso. En este sentido, las diligencias de investigación se ordenan exclusivamente al descubrimiento y análisis de los hechos que constituyen la *notitia criminis* que da origen al proceso, por lo que los hallazgos ajenos a esos elementos fácticos permanecerían extramuros.

Sin embargo, al menos desde mi punto de vista, vincular el tratamiento jurídico de los hallazgos casuales con el objeto del proceso da lugar a una visión demasiado procesalista del problema. Además, si ese enfoque puede tener razón de ser en el ámbito penal, no resulta útil en el procedimiento administrativo sancionador. Entiendo que no es tanto el objeto del proceso penal —o de la investigación administrativa en el caso de los procedimientos sancionadores— lo que determina el alcance de lo que deba considerarse un hallazgo casual a nuestros efectos. Ciertamente, el objeto del proceso penal, o del procedimiento sancionador, ha de servir de marco para delimitar el alcance de la resolución judicial autorizatoria de la inmisión en el derecho fundamental, de forma que no se podrá autorizar judicialmente una incidencia en un derecho si de lo que se trata es de obtener material probatorio ajeno al proceso. Pero puede suceder que esa autorización judicial circunscriba el alcance de la investigación, reduciendo su ámbito respecto de lo que con carácter general constituye el objeto del proceso. En este sentido, el objeto del proceso y el ámbito de la resolución judicial que autoriza la concreta diligencia no son coextensos.

En mi opinión, el análisis de los hallazgos casuales tiene que ver con dos cuestiones de alcance constitucional y esa es la perspectiva desde la que vamos a abordar este trabajo. Puede suceder en primer lugar, que esos hallazgos se pretendan hacer valer, como nueva prueba de cargo, en el mismo procedimiento sancionador en el que se autorizó la práctica de la diligencia que condujo a su aparición. En ese caso, lo relevante es determinar de qué forma opera el principio acusatorio, como luego veremos. Independientemente de ello, el tema del hallazgo casual también debe ser confrontado con otros derechos fundamentales; en particular, con: *a*) el derecho a un procedimiento con todas las garantías, cuando de lo que se trata es del valor probatorio del hallazgo casual en el proceso, y *b*) los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad; ambos pueden resultar afectados si el hallazgo se descubre sin la suficiente cobertura, es decir, sin la necesaria autorización judicial. Tanto el caso *a*) como el *b*) el problema se plantea

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, I. NADAL GÓMEZ, «El régimen de los hallazgos casuales en la Ley 13/2105, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 40, septiembre de 2016, pp. 13 y ss.



tanto en los casos en los que el hallazgo casual opera en el mismo procedimiento en el que se descubre, como en aquellos otros en los que da lugar a la apertura de un nuevo procedimiento por hechos distintos a los inicialmente imputados. Como hemos dicho, la posible colisión con el principio acusatorio solo se plantea cuando el descubrimiento ocasional se pretende hacer valer en el mismo procedimiento, ya sea alterando la calificación jurídica de los hechos, ya sea como una mera aportación de material probatorio adicional que no varía la calificación jurídica inicial.

### III. HALLAZGOS CASUALES Y PRINCIPIO ACUSATORIO

El hecho de que se descubra nuevo material fáctico de manera imprevista en el curso de un procedimiento, al hilo de la práctica de una diligencia dirigida a otro propósito, puede incidir en el principio acusatorio, concebido en este caso como aquel que obliga a confrontar al encartado con los hechos imputados y con la base probatoria que los sustenta.

En primer lugar, es importante destacar que el fundamento último del principio acusatorio radica en la necesidad de preservar la imparcialidad del juez. En este sentido, la STC 54/1985, de 18 de abril, afirma que lo que se pretende es «alcanzar la mayor independencia y equilibrio del juez evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia». Esta perspectiva resulta determinante para la tesis que aquí vamos a sostener.

De entre las varias manifestaciones del principio acusatorio, nos interesa destacar, con la STC 83/1992, de 28 de mayo, FJ 2.º, la vertiente que se identifica con la exigencia de que el encartado sepa la imputación que se le formula. En los términos de la sentencia mencionada, el principio acusatorio «presupone que la acción sea previamente formulada y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa, y consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación».

Antes de continuar el estudio del principio acusatorio en relación con los hallazgos casuales hay que despejar la cuestión de su aplicabilidad al ámbito de las sanciones administrativas, ya que dogmáticamente se trata de un tema radicado en el campo penal. A este respecto, cabe recordar que la STC 160/1994, de 23 de mayo, es clara al afirmar que «la vigencia del principio acusatorio respecto del procedimiento administrativo (sancionador) se predica de este, como manifestación que es del ejercicio del *ius puniendi* del Estado». En este mismo sentido, la STS de 3 de septiembre de 1988, establece que entre los principios del Derecho penal aplicables al procedimiento administrativo sancionador «se encuentra, como garantía del administrado, el acusatorio de tal forma que la sanción que hay de imponerse viene delimitada en su aspecto fáctico por los recogido

en el pliego de cargos, que, de esta forma, actúa a modo de calificación definitiva».

Esa sentencia nos pone ya sobre la pista de la relación entre los hallazgos casuales y la posible vulneración del principio acusatorio. No solo se trata de que el encartado haya de conocer los hechos que se le imputan sino que es necesario que ese conocimiento se produzca en el momento procesal adecuado, de forma que tenga posibilidad de reacción frente a ellos. Es decir, para apreciar la posible vulneración del principio acusatorio por la aparición de hechos nuevos es necesario concretar el momento en que el que se fijan con carácter definitivo los hechos imputados al encartado. El Tribunal Constitucional viene admitiendo que en los procedimientos sancionadores administrativos no se concreten definitivamente esos hechos en la misma orden de inicio, lo que significa que podrán añadirse otros nuevos durante la tramitación. Para que esa modificación, o ampliación fáctica, no implique una vulneración del principio acusatorio, lo relevante es que el encartado tenga «conocimiento tempestivo y completo conocimiento de la imputación a través del pliego de cargos» (SSTC 120/1996, de 8 de julio, FJ 7.º, y 3/1999, de 25 de enero, FJ 7.º). Ello supone que no es exigible la determinación estricta de los hechos desde el momento mismo de la incoación del procedimiento, lo que abre la puerta a la aparición de hallazgos casuales durante el proceso y a su operatividad probatoria.

La STC 3/1999, que acabamos de citar, afirma literalmente que «de un examen de las actuaciones se deduce que, en efecto, como se sostiene en la demanda de amparo, en el Acuerdo administrativo de incoación del expediente disciplinario no se concretaban ni se especificaban cuáles eran los hechos ni la infracción que constituían su objeto, y solo se hacía una vaga y genérica referencia a la conducta del demandante. Sin embargo, es evidente que tal indeterminación inicial se concreta inmediatamente en el pliego de cargos, en el cual se describen los hechos y se califica jurídicamente la conducta que se imputa al demandante de amparo, seguidamente contestado en el pliego de descargos. Por consiguiente, puede deducirse que la originaria indefinición fáctica y jurídica no ha supuesto un desconocimiento de los hechos que determinan la incoación del expediente disciplinario, ni ha originado al demandante, que tuvo conocimiento tempestivo y completo de la imputación, una indefensión con relevancia constitucional»<sup>3</sup>.

El momento relevante, pues, para la fijación de los hechos imputados no es la orden de inicio. Debe efectuarse en un momento posterior, nor-

<sup>3</sup> El Reglamento del Procedimiento Sancionador viene a recoger entre el contenido esencial del acuerdo de inicio la exposición de «los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder» partiendo así de la idea de que en ese momento ya hay una acusación formal. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha relativizado ese postulado, afirmando que el derecho a ser informado de la acusación en el procedimiento sancionador solo surge «cuando el expediente lo permita por haber llegado a un momento en que las imputaciones puedan ya formularse con fundamento sólido» (STS de 27 de febrero de 2003). Véase L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor, Thompson Civitas, 2007, p. 128.



malmente identificado con el Pliego de cargos. Y hay que recordar que el Pliego de cargos, de ordinario es el resultado de una investigación llevada a cabo por la Administración con carácter previo. En el concreto ámbito de los procedimientos sancionadores en el ámbito del Derecho de la Competencia nos encontramos con el art. 50 de la Ley de Defensa de la Competencia, que fija el siguiente iter:

- «1. La Dirección de Investigación, una vez incoado el expediente, practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades.
2. [...]
3. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes».

Es decir, la secuencia sería: incoación del expediente, instrucción después y, por último, fijación de hechos en el pliego. Hay posibilidad de evolución de lo fáctico durante el procedimiento sancionador, pero solo hasta la notificación del Pliego de Cargos.

De esta forma, durante la investigación los hallazgos casuales producidos permiten añadir nuevos datos fácticos al proceso, al menos hasta que se redacte el pliego de concreción de hechos, sin que ello suponga merma del principio acusatorio. Esa afirmación nos permite llegar a una primera conclusión: en principio, la delimitación inicial del objeto del proceso sancionador no impide la aportación de material probatorio obtenido por descubrimientos ocasionales o hallazgos casuales. La flexibilidad de la que el Tribunal Constitucional ha dotado a los procedimientos sancionadores en cuanto al momento de fijación de los hechos imputados implica que la aparición de hechos nuevos —hallazgos casuales— no vulnera el principio acusatorio.

Desde una primera perspectiva, pues, las limitaciones que impone el principio acusatorio a la admisión de hallazgos casuales en el ámbito sancionador se circunscriben a la prohibición de aportación, del material obtenido, una vez notificado el Pliego de concreción de hechos. Hasta ese momento, existen amplias posibilidades de aportación de nuevo material. Es en ese momento cuando ha de ponerse en conocimiento del encartado.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es bastante confusa en relación con el derecho que resulta lesionado cuando se utiliza en un procedimiento sancionador de la competencia material probatorio ajeno al objeto de la inspección. Como luego veremos, son varias las sentencias de referencia: *Nexans*, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-135/09, *Nexans France SAS y Nexans SA c. Comisión Dow Benelux/Comisión*; de 17 de octubre de 1989, asunto 85/87, *Deutsche Bahn A. G. y otros/Comisión*; de 6 de septiembre de 2013, asuntos acumulados T-289/11, T-290/11 y 521/11; finalmente, la de 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados C-238/99 O, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P y C-254/99 P.

Todas ellas parten de que no se puede hacer valer en una investigación concreta las pruebas encontradas en el curso de esa investigación que no tengan que ver con las actividades que dan lugar a la inspección<sup>4</sup>.

La STJCE 39/1990, asunto *Dow Chemical* afirmaba que «esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una obstrucción por parte de las empresas afectadas». De esta forma, parece que se legitima una actuación amplia de la Comisión en el desarrollo de la inspección. De ello puede deducirse, y así lo hace el Tribunal Supremo, que no es necesaria una estricta interpretación de los límites de la CNC al inspeccionar en el marco de una investigación.

Sin embargo, es cierto que otras sentencias parecen llegar a una solución menos permisiva con las facultades administrativas de inspección. En concreto, la Sentencia del TGUE, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-135/09, *Nexans France SAS y Nexans SA c. Comisión*, paras. 63-66:

«63. En segundo lugar, el ejercicio de esta facultad de búsqueda de elementos de información diversos que no sean aún conocidos o no estén todavía plenamente identificados permite a la Comisión examinar determinados documentos de carácter profesional de la empresa destinataria de una decisión adoptada en virtud del artículo 20, apartado, del Reglamento núm. 1/2003<sup>5</sup>, aun cuando ignore si están comprendidos en las actividades objeto de dicha decisión, con el fin de verificar si es así y evitar que la empresa de que se trate le oculte elementos de prueba pertinentes para la investigación con el pretexto de que no están comprendidos en el objeto de la inspección.

64. No obstante, a pesar de lo anterior, cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento núm. 1/2003, está obligada a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con los sectores indicados

<sup>4</sup> Sin ánimo de pronunciarnos sobre la aplicabilidad de esa doctrina a las inspecciones realizadas por las autoridades españolas, cuestión debatida cuando de lo que se trata es de las garantías de los derechos fundamentales consagradas en nuestra Constitución, sí puede asumirse, al menos, un cierto «efecto de irradiación» de esa doctrina. En cuanto a la interacción entre Derecho europeo de la competencia y Derecho español, véase J. GULLÉN CARAMÉS, «La compleja interacción entre el Derecho Comunitario y el Derecho nacional en la aplicación del Derecho de la Competencia: a propósito de los programas de clemencia», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 59, julio/septiembre de 2016.

<sup>5</sup> «Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el art. 23 y en el art. 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia. La Comisión tomará estas decisiones después de consultar a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección».



en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación.

65. En efecto, si la Comisión no estuviera sujeta a dicha limitación, en primer lugar, en la práctica, cada vez que tuviera indicios que le permitieran sospechar que una empresa ha infringido las normas sobre competencia en un ámbito concreto de sus actividades, podría realizar una inspección sobre la totalidad de dichas actividades cuyo fin último sería detectar la existencia de cualquier infracción de las citadas normas sobre competencia que la empresa pudiera haber cometido, lo que resulta contrario a la protección de la esfera de actividad privada de las personas jurídicas garantizada como un derecho fundamental en una sociedad democrática.

66. Además, la obligación de la Comisión de indicar la finalidad y el objeto de la inspección en las decisiones adoptadas en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento núm. 1/2003 tendría un objetivo meramente formal si estuviera definida según sugiere la Comisión. La jurisprudencia según la cual dicha obligación tiene principalmente por objeto permitir a las empresas afectadas comprender el alcance de su deber de colaboración se vulneraría en la medida en que dicha obligación se extendería sistemáticamente a todas las actividades de las empresas de que se trate».

Por su parte, la STJUE de 15 de octubre de 2002, ya citada, indica que:

«La Comisión no introdujo de oficio, en los presentes asuntos, los propios documentos que había obtenido en otro, sino que volvió a obtener dichos documentos en el marco de mandatos de inspección relativos en particular, al PVC».

Desde nuestro punto de vista, en lo que concierne a nuestro objeto de estudio hay dos elementos clave en la doctrina del tribunal europeo. El primero radica en la importancia que se da a la exigencia de que los elementos encontrados en el ámbito de una inspección concreta ajenos al objeto de la misma no sean utilizados en el seno de esa inspección. Lo que se sostiene es que ese material solo permite incoar otro procedimiento de investigación, con la finalidad de garantizar la verosimilitud de esas informaciones. El segundo dato clave es que de no hacerse así, lo que se lesiona es el «derecho de defensa de las empresas» y, eventualmente, el secreto profesional.

Esas dos conclusiones se revelan de manera clara en la Sentencia *Deutsche Bahn*, ya citada, cuyos apartados 124 y 125 nos parecen bastante reveladores al respecto:

«124. A continuación, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la información obtenida durante las inspecciones no debe utilizarse para fines distintos de los indicados en la decisión de inspección. En efecto, dicho requisito pretende preservar, además del secreto profesional, el derecho de defensa de las empresas. Este derecho resultaría gravemente dañado si la Comisión pudiese invocar contra las empresas pruebas obtenidas durante una inspección pero ajenas al objeto y finalidad de la misma (véase, con respecto al Reglamento núm. 17, la Sentencia del Tri-

bunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux/Comisión*, 85/87, rec. P. 3137, apdo. 18).

125. Sin embargo, no cabe deducir de ello que la Comisión tenga prohibido incoar un procedimiento de investigación a fin de verificar la exactitud de informaciones de las que tuvo conocimiento incidentalmente en una inspección anterior o de completar tales informaciones, en el supuesto de que las mismas indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre competencia del Tratado (véase con respecto al Reglamento núm. 17, la Sentencia *Dow Benelux/Comisión*, apdo. 124 *supra*, apdo. 19)».

En nuestra opinión, desde la perspectiva española el estándar a aplicar en estos casos es el relativo al principio acusatorio, más que el correspondiente al derecho a la defensa de las empresas. Frente a la doctrina europea, el hallazgo casualmente obtenido puede emplearse como material probatorio en el mismo proceso, pero con las garantías propias de aquel principio, especialmente en lo relativo al momento de aportación al proceso, al conocimiento del encartado y a su posibilidad de reacción. Todo ello, por supuesto, excepto en los casos en los que el título habilitante de la inspección haya sido una autorización judicial necesaria por incidir la actuación administrativa en derechos fundamentales; en este último caso el tema plantea una complejidad adicional que será analizada más tarde.

El siguiente problema a analizar se centra, en cuanto ahora importa, en el valor probatorio del material obtenido, pero no ya porque sea ajeno al proceso, sino porque se haya logrado con vulneración de derechos fundamentales. Analizaremos este aspecto en apartados sucesivos.

#### IV. HALLAZGOS CASUALES Y PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

Hemos llegado a la conclusión de la aparición de nuevo material probatorio durante la investigación no tiene porqué vulnerar el principio acusatorio, aunque ese material de lugar a nuevos hechos imputables al encartado y no consignados en la Orden de inicio del expediente.

El problema se desplaza entonces a los límites de la instrucción del procedimiento sancionador. En particular a las constricciones que impone el hecho de que las diligencias a practicar incidan en derechos fundamentales. En esos casos, será necesaria la autorización judicial.

Conviene precisar, sin embargo, que el problema tiene una doble faz. En primer lugar, la obligación de que la prueba sea obtenida por medios lícitos—esto es, en cuanto ahora importa, sin lesión alguna de derechos fundamentales—. De ordinario, son dos los derechos fundamentales del encartado que pueden resultar potencialmente afectados durante la investigación administrativa: el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE)<sup>6</sup> y

<sup>6</sup> «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en casos de flagrante delito».



el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)<sup>7</sup>. El segundo aspecto o vertiente del problema es el relativo a la relevancia que en el seno del proceso pueda darse a esa prueba ilícitamente obtenida. Para ello, conviene recordar que el art. 11.1 LOPJ determina que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». En este caso, el derecho fundamental que podrá resultar lesionado el derecho a un juicio con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Aunque ambos aspectos pueden ser separados dogmáticamente, tienen una relación evidente. En este sentido, resulta aclaratoria la STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 1.º, que manifestó que existía necesariamente una «consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de [un] derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal».

## V. LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO EN EL CASO DE LOS HALLAZGOS CASUALES. EL CONTROL JUDICIAL *EX POST*

Aunque en hipótesis pudiera darse en los procedimientos sancionadores en el ámbito del Derecho concurrencial una lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, lo habitual es que sea el derecho a la inviolabilidad del domicilio el que puede verse afectado, atendido sobre todo a la naturaleza de la investigación en esos casos y el alcance de los poderes concedidos a los inspectores en la Ley de Defensa de la Competencia.

Por ello, es necesario precisar el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, que son, por esencia, las protagonistas de Derecho sancionador de la Competencia.

Nuestra doctrina constitucional ha venido reconociendo ese derecho a las personas jurídicas desde antiguo. La STC 137/1985, de 17 de octubre, declaró, aunque sobre la base de interpretación muy discutida, que nuestro texto constitucional «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas [...] pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que —suele ponerse de relieve— también son titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de sus titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades».

<sup>7</sup> «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Otra línea jurisprudencial ha venido a matizar la indeterminación doctrinal que, respecto del concepto de domicilio protegido de las personas jurídicas, podía derivarse de esa sentencia y que encontraría también apoyo en el hecho de que el art. 18.2 CE no se refiere a la vivienda sino, más ampliamente, al domicilio. Esa segunda línea doctrinal parte de que la protección del domicilio es instrumental respecto al derecho a la intimidad. De esta forma, no todo local puede ser entendido como domicilio a efectos de su protección *ex art. 18.12 CE*. Como afirma la STC 228/1997, de 16 de diciembre, «no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales— tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad», lo que implica, entre otras consideraciones, que la inviolabilidad del domicilio no protege los derechos dimanantes de la propiedad, la posesión o la mera disposición de un inmueble, sino que está ligado con el derecho a la intimidad.

Ciertamente, esa afirmación ha de ser cohonestada con la doctrina dimanante de la STC 137/1985, ya citada, que reconocía el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, aunque desde luego resulta difícil llegar a una compatibilidad plena, ya que el derecho a la intimidad corresponde esencialmente a las personas físicas. En fin, ese es el debate en el que permanentemente se mueve el Tribunal Constitucional en esta materia: las personas jurídicas son titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero de una forma distinta a la de las personas físicas. De esta forma la protección se extiende «a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros» (STC 69/1999).

Como hemos anticipado antes, en cualquier caso, una vez reconocido el derecho a la inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, cualquiera que sea la base doctrinal que lo sustente, es necesario conocer el alcance de las facultades de quienes actúan en ejercicio de la inspección. Para ello resulta preciso, en primer lugar, determinar el objeto concreto de la inspección, delimitada por la propia orden administrativa que la acuerda y por el Auto judicial autorizador, en aquellos casos, lógicamente, en los que se vaya a incidir en el derecho fundamental mencionado.

Como pone de manifiesto GUILLEN CARAMÉS<sup>8</sup>, las SSTC 41/1988 y 14/2001, han fijado la siguiente doctrina general respecto del alcance y ámbito de las inspecciones a practicar:

---

<sup>8</sup> GUILLEN CARAMÉS y CUERDO MIR (dirs.), «Inspecciones y protección de derechos fundamentales en el Derecho de la Competencia», en *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters, 2015, p. 324.



- a) Los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados.
- b) Dichos documentos no pueden ser obtenidos en violación de los derechos fundamentales ni del resto de las garantías constitucionales, so pena de ilicitud de dicha prueba.
- c) La finalidad de la entrada y registro en domicilio ha de estar referida únicamente a los hechos que puedan constituir infracción administrativa.
- d) Es necesaria un test de proporcionalidad que tenga en cuenta la gravedad de los hechos.
- e) La inspección y registro tiene como finalidad la búsqueda de pruebas de tales hechos.
- f) La causa justificativa de la entrada y registro es la investigación de una infracción administrativa.

Sentado lo anterior, el problema que esencialmente se plantea es el relativo a la conducta a desplegar para que un hallazgo casual no incluido en el ámbito de la Orden de inspección o en el Auto autorizador pueda ser incorporado al proceso como prueba con plenas garantías.

La cuestión que se suscita es la de si se es exigible un control *ex post* del hallazgo casual por parte del juez autorizante de la entrada en el domicilio. Así parecería deducirse de algunas sentencias del Tribunal Constitucional a tenor de las cuales se exige que «en el momento en el que se produzcan hallazgos casuales, dicho hito se ponga en inmediato conocimiento del Juez que autorizó la entrada para que este decida, en función de la información proporcionada, su autoriza a seguir dicha nueva línea de investigación». Se pueden citar en este sentido, las SSTC 41/1998, de 24 de febrero, y 49/1996, de 26 de marzo, el Auto 188/2004, de 26 de mayo, y otras resoluciones del Tribunal Supremo que se citan.

En mi opinión, la falta de control *ex post* ni implica vulneración alguna y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, se ha de recordar es conceptualmente es diferente la lesión que se puede producir en la inviolabilidad del domicilio y el alcance o valor probatorio de la documentación lograda con merma de ese Derecho. No conviene mezclar los efectos de la doctrina de los «hallazgos casuales» como criterio de legitimación de la prueba y como parámetro de legalidad de la inspección. Habría que distinguir cuidadosamente los efectos de esa doctrina en ambos casos.

El análisis de la legalidad ordinaria y la propia doctrina constitucional permiten discernir con claridad ambas cuestiones. A título de ejemplo, la STC 22/2003 en la que se resolvía un recurso de amparo presentado por un sujeto que había sido condenado por un delito de amenazas y por otro de tenencia ilícita de armas. La prueba en la que se sustentaba la condena por este segundo delito se había obtenido en un registro en el que el STC declaró la vulneración del art. 18.2 CE, por razones que no son del caso. La sentencia afirma que ello no se proyecta necesariamente sobre la posi-

bilidad de aportación del material probatorio habido en ese registro, en este caso una pistola detentada sin licencia. En concreto, se dice que «la inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece en ese caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión laguna del derecho fundamental (véase STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5.º) y que obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia del mandamiento judicial».

Es decir, la eventual vulneración del art. 18.2 CE no implica necesariamente la imposibilidad de utilizar el material probatorio habido en el registro. También cabría decir que el hecho de que ese material probatorio haya dado lugar, indebidamente, a otro expediente sancionador no supone que el registro originariamente practicado haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Son dos lesiones autónomas. Esa entrada y registro han de analizarse de manera autónoma, comprobando en primer lugar, si se ha acomodado a lo establecido en el Auto autorizatorio. Especialmente en casos en los que el material probatorio obtenido, no se visualizado en el mismo acto del registro, sino cuando este ya ha finalizado, como sucede, por ejemplo, con los correos electrónicos que solo se analizan después del volcado de todo los datos de los equipos de la empresa inspeccionada. En ese caso, se podría haber utilizado una prueba ilícitamente obtenida, lo que implica la lesión del art. 24.2 CE.

Por otro, la doctrina constitucional que hemos citado está referida mayoritariamente a casos de intervención de comunicaciones telefónicas en el ámbito penal. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado (s.e.u.o) sobre la necesidad de control judicial *ex post* en los casos de hallazgos casuales en autorizaciones de entrada.

Algunas de las sentencias que hemos citado, en la que se exige un control judicial *ex post*, están referidas a casos penales en los que el hallazgo casual se produce en el marco de una intervención telefónica (en concreto, la STC 49/1996 y el ATC 188/2004). Así, se afirma que «la ausencia de control por el juez instructor de la ejecución de la medida de intervención telefónica provocó la vulneración del principio de proporcionalidad, en cuanto criterio de interpretación inferido de los preceptos constitucionales en juego, toda vez que, al desconocer los hechos que realmente se estaban investigando, no pudo efectuar ponderación alguna entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (*ex art. 18.3 CE*) que la medida de intervención telefónica suponía, y la finalidad perseguida con la misma; no pudo considerar el juez si resultaba adecuada a la naturaleza de los hechos». En esos casos, se había solicitado una prórroga en la medida ya acordada, y esa prórroga fue autorizada sin saber el órgano judicial que era para la investigación de otro delito distinto. Sin embargo, en los casos que estamos analizando son distintos: se refieren, por ejemplo,



a supuestos en los que no se solicitó una nueva autorización de entrada en domicilio sino que el hallazgo casual se produjo al comprobar el contenido del volcado de los ordenadores, días después de finalizar el registro domiciliario.

El secreto de las comunicaciones, al que se refieren esas resoluciones, se protege con un sentido e intensidad distintos, por lo que, aunque fueran de aplicación las previsiones de dichas sentencias al ámbito sancionador administrativo, no podría hacerse una traslación mimética de las afirmaciones en ella contenidas a los supuestos en los que la vulneración alegada es la inviolabilidad del domicilio. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha remarcado las diferencias entre ambos géneros de afectación de derechos fundamentales (por todas, la STS 48/2013, de 23 de enero, que se transcribe parcialmente unos párrafos más abajo).

Parece claro que las diligencias de intervención en las comunicaciones electrónicas y telemáticas suponen una injerencia en la intimidad de las personas superior a la que produce la entrada y registro domiciliarios. Por dos razones: la primera, que el sujeto que la padece desconoce que está siendo sometido a ninguna investigación, de modo que la intimidad personal se revela sin que se tenga conciencia de ello. Por otro lado, a diferencia de la entrada y registro, la intervención telefónica o electrónica, de ordinario, se prolonga a lo largo de periodos de tiempo más o menos dilatados. No así el registro en domicilio, que es una medida de «tracto único». Prueba de esta mayor gravedad es que la Ley 13/2015, ha introducido en la LECrim una limitación en cuanto a los delitos cuya investigación permite las injerencias telefónicas, telemáticas y electrónicas: delitos dolosos castigados con pena mínima de tres años, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo. No existe esta limitación cuando de los que se trata es de autorizar una entrada y registro domiciliarios.

La diferencia del régimen de los hallazgos casuales cuando se producen en caso de una intervención de las comunicaciones y cuando surgen en el curso de una entrada y registro domiciliaria ha sido refrendada por la Ley 13/2015, de modificación de la LECrim, que no ha dotado de regulación legal ni directa ni indirecta a los descubrimientos ocasionales producidos en el marco de la diligencia de entrada y registro, salvo su inclusión en un nuevo Capítulo I, dentro del Título VIII. *De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE*, y que con la rúbrica «de la entrada y registro en lugar cerrado» acoge los arts. 545 a 572. Pero el contenido de estos últimos no ha variado, mientras que sí se ha introducido un nuevo art. 579 bis sobre «utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales» en los casos de detención y apertura de la correspondencia.

En resumen, lo establecido en las resoluciones constitucionales y del Tribunal Supremo respecto a los hallazgos casuales en casos de escuchas telefónicas no es de aplicación al caso de lo obtenido por azar en el curso de un registro domiciliario autorizado judicialmente.

Caso distinto es el analizado por la STC 41/1998, de 24 de febrero, que, aunque referida al ámbito penal, ha aplicado la doctrina que hemos mencionado nacida en el ámbito de las escuchas telefónicas. La mencionada sentencia razona de la siguiente forma:

«Estos datos fácticos conducen a negar que la entrada y registro en la sede social de la empresa Corral de la Parra vulnerara la garantía jurisdiccional del derecho a la inviolabilidad del domicilio que enuncia el art. 18.2 CE.

En primer lugar, que la instrucción en cuyo seno fue adoptado el Auto judicial de entrada y registro hubiera nacido de una *notitia criminis* procedente de un sumario distinto, y a raíz de una conversación telefónica interceptada al indagar otro delito, como era el de tráfico de drogas, no conlleva su invalidez. Que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos. Los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim y ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 28 de abril de 1995 y 4 de octubre de 1996). La demanda de amparo no ofrece razón o indicio alguno que pueda llevar a pensar que los funcionarios policiales hayan burlado las garantías constitucionales de los derechos fundamentales afectados por su actuación: no se aprecia ninguna divergencia entre las autorizaciones judiciales concedidas y las investigaciones practicadas por la policía, ni tampoco se sustrajeron al conocimiento del Juez que había autorizado la intervención los resultados de la misma (STC 49/1996, FJ 4.º).

Por las mismas razones, resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro. Los policías que efectuaron el registro incautaron documentación que podía ser útil para esclarecer los hechos investigados, lo que la demanda de amparo no disputa. Si, al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos descubrieron indicios criminales distintos a los investigados, su deber era ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 LECrim). Se da la circunstancia, además, de que la información hallada como consecuencia del registro era de interés para procedimientos que se encontraban abiertos ya en el Juzgado, y con los que terminó siendo acumulado el seguido por delito fiscal, por lo que no hay traza de vulneración de ningún derecho fundamental. Solo si la obtención de esos documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor. Pero la demanda de amparo no razona, ni menos ofrece un principio de prueba, tendente a mostrar algún abuso en ese sentido, a pesar de que es carga del recurrente razonar convincentemente su existencia.

34. En segundo lugar, el registro fue llevado a cabo por la policía de conformidad con un Auto judicial que lo autorizaba. El Auto indicaba expresamente su finalidad (intervenir cuantos documentos pudieran tener interés para esclarecer el delito fiscal objeto de la investigación) y se encontraba



suficientemente motivado, al indicar la necesidad de determinar las operaciones mercantiles realizadas con una sociedad, HRT, sobre la que recaían distintos indicios de criminalidad que obraban en las actuaciones, sin que hasta ese momento se hubiera podido identificar a las personas físicas involucradas, e incluso existiendo datos que mostraban que se estaban ocultando o destruyendo pruebas. El Auto ponderó los intereses en conflicto para salvaguardar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con una motivación sin duda lacónica, pero adecuada para hacer patente el motivo de la autorización judicial, y para acotar el alcance y finalidad de la interferencia pública en el ámbito del domicilio (SSTC 290/1994, FJ 3.º, y 126/1995, FFJJ 3.º y 4.º)».

La simple exposición del contenido de esta sentencia, pone de relieve su inaplicabilidad al caso que aquí estamos analizando. Y ello por las siguientes razones:

- a) El hecho de que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos, puesto que los funcionarios de policía tienen siempre el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia. Es decir, el deber de control se limita a la autoridad penal competente de la investigación, que no existe cuando estamos en el ámbito de una infracción administrativa. Y además, se trata de un deber que se impone a la policía y aquí estamos ante funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia.
- b) Si al analizar el contenido de los documentos y papeles intervenidos se descubren indicios criminales distintos a los investigados, el deber de quien realiza la inspección es ponerlos en conocimiento de la autoridad competente (arts. 259 y 284 LECrim). Pero esa previsión no parece aplicable a este supuesto, puesto que esa autoridad no era judicial, sino administrativa.

Así pues, en nuestra opinión no existe obligación de control *ex post* de los hallazgos casuales por parte del órgano judicial autorizante de la medida invasiva del derecho constitucionalmente protegido. Por las dos razones ya expuestas: a) la investigación no está judicializada —la intervención judicial en este caso es ajena a la investigación de la posible infracción, ya que tiene como objetivo único el control de la medida de inspección para garantizar el respeto a la inviolabilidad domiciliaria—, y b) la práctica del registro no la llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que tienen obligaciones de persecución del delito de las que evidentemente carecen los inspectores de la CNMC. Como marco de fondo, no olvidemos que estamos ante medidas acordadas en el ámbito penal, y el objeto de nuestro estudio se refiere a las sanciones administrativas.

A lo anterior habría que añadir aún que la jurisprudencia penal más reciente no exige de manera terminante y automática el control judicial *ex post* de los hallazgos casuales.

Hemos descartado en el apartado anterior que la nueva reforma de la LECrim haya regulado los hallazgos casuales obtenidos en el curso de un registro domiciliario, aunque sí se ha efectuado esa nueva regulación cuando tales descubrimientos se producen en caso de detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica (art. 579 bis) o en los supuestos de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen y el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos [art. 588 bis j), en relación con el 579 bis].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido vacilante históricamente en cuanto a la posibilidad de otorgar valor probatorio a los hallazgos casuales cuando efectivamente se producen en el curso de un registro domiciliario. Ciertamente, en algunas sentencias, bastante antiguas, se adopta el mismo criterio que en caso de investigaciones telefónicas, aplicando el principio de especialidad. En este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1992, 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994. En la primera de ellas puede leerse lo siguiente: «En la medida en que, ya durante la diligencia, se descubrieran presuntamente otros delitos distintos, solo el juez habría de decidir si los mismos eran o no conexos y si procedía extender el mandamiento y consiguientemente el objeto del registro con la adopción de cuantas prevenciones correspondieran en Derecho.

Pero ello, inexcusablemente, comporta la obligación de la policía para, con suspensión de la diligencia, ponerlos hechos en conocimiento de la Autoridad Judicial que, finalmente, resolvería lo procedente en cuanto a su competencia y respecto de la proporcionalidad antes dicha, concediendo o extendiendo las autorizaciones pertinentes. Así lo exige la trascendencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que se invade, y la justicia eficaz que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma (ratificado en instrumento de 29-9-1979) proclama elocuentemente en su art. 8.º».

Pero esa doctrina jurisprudencial ha convivido con otra más deferente con el otorgamiento de valor probatorio a los hallazgos casuales producidos en el curso de un registro. De hecho, esta última se ha impuesto en los más recientes pronunciamientos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Así, la STS 48/2013, de 23 de enero, se pronuncia de la siguiente forma, dando cuenta de la evolución de la jurisprudencia al respecto:

«B) Tampoco puede la Sala aceptar la pretendida nulidad del registro, basada en el argumento de que el auto de entrada y registro acordado en el domicilio del recurrente solo cubría el hallazgo de drogas, no la intervención de un arma y el documento sobre el que se ha construido la condena por un delito de falsedad. El recurrente reconoce que por la Secretaría que se hallaba presente en el registro se acordó la continuación de la diligencia y la ampliación del auto, pero esa resolución no llegó a aportarse.



Hemos dicho en la STS 110/2010, de 23 de diciembre, que el supuesto en que, en el transcurso de un registro autorizado en busca de efectos relacionados con delito determinado, de mención obligada en el auto judicial, son hallados efectos relacionados o evidenciadores de un delito distinto, *ha sido objeto de controversia doctrinal en orden a si tal hallazgo novedoso, no relacionado con el delito investigado, podría ser introducido en un proceso distinto sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, o si, por el contrario, al no encontrarse entre el objeto autorizado del registro había de considerarse desprovisto de la cobertura judicial habilitante de la intromisión en el ámbito domiciliario y por tanto, obtenido como si tal resolución no le afectase.*

*En la jurisprudencia de esta Sala también se han encontrado presentes ambos criterios.* En algunas sentencias se reprochaba a la comisión judicial o a la fuerza actuante que no hubiera suspendido la diligencia en el momento del hallazgo novedoso a fin de comunicar el mismo al Juez autorizante y reclamar de este una resolución distinta que amparase la investigación del nuevo delito bajo pena de nulidad, cual si no hubiese existido auto judicial respecto a este casual hallazgo, que señalan que si el registro va más allá del mandato judicial e investiga otros delitos conexos *o no, será nulo en lo relativo a los excesos, si el juez instructor no amplía su mandato respecto al objeto del registro.*

Esta línea jurisprudencial trasladaba al ámbito del registro domiciliario la tesis elaborada con ocasión de los descubrimientos casuales ocurridos en el curso de una intervención telefónica, en la que el principio de especialidad adquiere especial relevancia y justifica la intervención solo al delito investigado, en evitación de “rastreos” indiscriminados de carácter meramente preventivo o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento.

No obstante *esta Sala Segunda ha venido marcando las diferencias existentes en la diligencia de intervención telefónica y en el registro domiciliario en los supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia.* Así en la STS 981/2003, de 3 de julio, se recuerda como esta Sala ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa y viene sentando una doctrina consolidada en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que: “Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidación, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos [...], que ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino

consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal”.

En igual sentido, la reciente STS 167/2010, de 24 de febrero, recoge la doctrina de otras sentencias precedentes, como la 315/2003, de 4 de marzo, admitió la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim, teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente “adición”, y la STS 742/2003, de 22 de mayo, que expresa que la autorización judicial para la entrada y registro se concreta en actividades delictivas concretas, ello, sin embargo, no supone que el hallazgo de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada que entraña un domicilio. *Se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado.*

La Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentre investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentasen a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, *siempre que esta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales* (STC 49/1996, de 26 de marzo) y también que, el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim».

En resumen, el estado actual de doctrina jurisprudencial que se ha ido consolidando los últimos años de cara a conceder valor a los hallazgos casuales habidos en el contexto de una entrada y registro, podría concretarse resumidamente de la siguiente forma:

- La entrada inicial ha de ser constitucionalmente válida en sí misma.
- Los efectos hallados han de ser verdaderamente casuales.
- Debe concurrir algún criterio de legitimación: bien sea la flagrancia en la comisión del nuevo delito, derivada de la exposición de los efectos delictivos, bien sea el carácter conexo del delito respecto del que se investigaba, bien sea la buena fe de los agentes que llevan a cabo la intervención sobre la legalidad de la medida y por extensión sobre los hallazgos casuales.

Por último, ha de reiterarse que las inspecciones desarrolladas por el Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tienen un marco normativo habilitante diferente de las producidas en el ámbito penal. Mientras que estas se desarrollan en el ámbito de la LECrim, como se ha visto,



aquellas encuentran encaje en la Ley de Defensa de la Competencia, que otorga unas amplias facultades a la Comisión.

Es decir, la habilitación legal es bastante amplia, si bien, como es lógico se somete a autorización judicial cuando implique restricción de derechos fundamentales. En cualquier caso, y por lo que ahora resulta relevante, a mi juicio la presencia de ese marco normativo propio impide la traslación mimética y acrítica de las conclusiones alcanzada por la Jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, con todos los matices expuestos, en cuanto a la necesidad de un control judicial *ex post* en los casos de hallazgos casuales.

## VI. HALLAZGOS CASUALES Y CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Una posible vía de solución al problema de la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas en el procedimiento sancionador se puede encontrar, en algunos casos, con la aplicación de la teoría de la conexión de antijuridicidad.

Recordemos que el art. 11.1 LOPJ indica que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. La doctrina de la conexión de antijuridicidad impone la prohibición de valoración no solo de las pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación de un derecho fundamental, sino de aquellas otras derivadas de aquellas, teniendo en cuenta que la conexión entre unas y otras no responde a un principio de causalidad natural, sino jurídica, y su concurrencia exige un examen complejo. Ahora bien, la aparición de material probatorio como consecuencia de un hallazgo casual puede suponer la ruptura de la conexión de antijuridicidad, de forma que los descubrimientos ocasionales pueden, en esos casos, desvincularse de su origen ilícito permitiendo su valoración en el proceso.

Por otro lado, desde la STC 81/1988 la teoría de la conexión de antijuridicidad ha de ser expresada en términos ligeramente distintos. De acuerdo con dicha sentencia «las pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá de establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).

Ello puede resultar determinante para que en el caso que estamos analizando —hallazgos casuales en el curso de un registro domiciliario autorizado judicialmente pero con un objeto no coincidente—. El Tribunal Constitucional afirma que cuando no se expresa totalmente el presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, pero no puede afir-

marse que no concurra en la realidad, la valoración de la prueba practicada no vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, si se aprecia un elemento de ruptura de la conexión de antijuridicidad. La causalidad del hallazgo puede operar como ese elemento de ruptura, permitiendo así que un procedimiento sancionador se aporte y valore documentación obtenida ocasionalmente en un registro domiciliario amparado por un Auto judicial con un objeto no totalmente coincidente.

## VII. UN BANCO DE PRUEBAS

Una vez expuesto el marco normativo y doctrinal del tratamiento de los hallazgos casuales en el curso de procedimientos sancionadores del Derecho de la Competencia, vamos a exponer sucintamente cual fue la respuesta administrativa y judicial en un caso concreto, que puede incardinarse en el ámbito de las consideraciones que hemos expuesto precedentemente. Hemos obtenidos los datos de las resoluciones judiciales pertinentes, en cuyos antecedentes de hecho pueden encontrarse todos los aspectos relevantes a nuestros efectos.

En el marco de una información reservada, personal de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia realizó una inspección domiciliaria en la sede de una determinada mercantil, que denominaremos HM. Dicha inspección domiciliaria fue autorizada por Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Barcelona, en el que se señala lo siguiente: «Se acuerda autorizar a los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia para entrar en los locales de HM [...] a fin exclusivo de proceder a partir del día 17 de diciembre de 2009 y durante el tiempo estrictamente necesario para la inspección, todo ello en los términos precisos de la Orden de Investigación de 3 de diciembre de 2009».

Dicha Orden de Investigación tenía, en cuanto ahora interesa, el siguiente contenido:

«Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la distribución y venta de motocicletas, consistentes en la adopción de acuerdos de intercambio de información y la coordinación de estrategias para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de [...] y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan estos.

La Dirección de Investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y alcance de la posible coordinación de conductas, que actualmente se tramita».

A continuación, dicha Orden autoriza a determinados funcionarios a «proceder a una inspección en relación con la información reservada que se tramita en esta Dirección de Investigación de la CNC bajo la referencia».



Además, se mencionan las facultades de los mismos conforme al art. 40.2 LDC y se señala que: «Habilitados con estas facultades de Inspección, se autoriza a los funcionarios indicados para realizar a partir del día 17 de diciembre de 2009, inclusive una inspección en la sede de la empresa HM o en cualquiera otro establecimiento de esta empresa, su matriz, filiales o participadas.

La posible conducta colusoria que se investiga esta Dirección de Investigación tendría como objeto y/o efecto principal el intercambio de información y la coordinación de estrategias entre HM y sus distribuidores para la fijación de precios y condiciones comerciales de venta de [...] y/o de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes (o subdistribuidores) por las ventas que realizan estos.

A la vista de lo anterior, el objeto de la presente Inspección es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de HM y/o de sus distribuidores que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y/o por el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, así como verificar, igualmente, si tales actuaciones se han llevado a la práctica».

Como consecuencia de esa inspección, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador contra HM y varios de sus concesionarios incorporando al mismo parte de la información recabada en la inspección correspondiente a la relación entre HM y dichos concesionarios.

Sin embargo, con posterioridad, la Dirección de Investigación notificó a HM un acuerdo adicional del instructor del procedimiento por el que procedía a deducir testimonio de varios documentos del mencionado expediente y a incorporarlos a un nuevo procedimiento de información reservada referido a intercambio de información comercial sensible entre competidores, no ya en relación a los distribuidores de HM. Entre los documentos que se dedujo testimonio constaba un «correo electrónico enviado por un empleado de la empresa K —a otro de la empresa HM— cuyo asunto era “lista de precios” que había sido recabado durante la inspección en los locales de HM llevada a cabo en fecha 17 de diciembre de 2009».

Contra dicho acuerdo del instructor, se presentaron alegaciones por HM en las que se oponía al desglose del correo electrónico toda vez que el mismo no guardaba, en su opinión, relación con el objeto de la orden de investigación y el Auto de autorización. La Dirección de Investigación desestimó las alegaciones y acordó incorporar al expediente la documentación de la que se había deducido testimonio y el citado correo electrónico.

El recurso que se interpuso contra ese Acuerdo de la Dirección de Investigación fue desestimado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con fundamento, en lo que ahora importa, en los siguientes extremos:

- a) No se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio de HM ya que, en todo caso, esa vulneración la habría producido

la inspección realizada en la sede de MH, pero no el acuerdo del instructor de incorporar el correo electrónico habido en esa inspección a otro expediente distinto.

- b) En cualquier caso, el objeto de la inspección abarcaba otras posibles conductas anticompetitivas de HM y no solo las derivadas de su relación con sus distribuidores, sino también con otros competidores, como K.
- c) Se pueden incorporar a otro expediente documentos amparados bajo una orden de inspección legítima, como eran en el presente caso, los correos de K.
- d) No ha existido indefensión.

Frente a esa resolución administrativa de la CNC, *se interpuso recurso contencioso administrativo por HM*, que fue *estimado* por la Audiencia Nacional en una Sentencia fechada el 4 de diciembre de 2012, cuyos Fundamentos de Derecho, en síntesis, eran los siguientes:

- La orden de investigación establecía que los funcionarios solo estaban habilitados para la incautación de documentación relacionada con intercambios de información o supuestos acuerdos entre HM y sus distribuidores (acuerdos verticales) en relación con las condiciones de venta de los productos fabricados por HM, pero no para documentos relacionados con intercambios con competidores. Así expresamente se establece en la Orden que «se autoriza a los siguientes funcionarios para proceder a una inspección en relación con la información reservada que se tramita en esta Dirección de Investigación de la CNC bajo la referencia». Al no ser K concesionario o distribuidor de HM sino otro fabricante de vehículos de motor, el correo electrónico en cuestión no estaba contenido en el objeto de la orden de investigación y orden judicial.
- Ciertamente, es cierto que el Tribunal Supremo, en la sentencia *STANPA* (referida a otro procedimiento sancionador en el ámbito del Derecho de la Competencia) afirmó que no es conforme con el art. 18.2 CE una interpretación según la cual los inspectores solo puedan incautar documentos conocidos previamente, pero lo que no afirmó esa sentencia es que puedan incautar documentos que no tengan relación con el objeto de la inspección.

Frente a esa resolución de la Audiencia Nacional, la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación ante la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. El recurso fue estimado en la Sentencia de 6 de abril de 2016 (rec. casación 113/2013) con base en el argumento de que nada impide que se persigan prácticas prohibidas descubiertas en una actuación inspectora si resultan de los documentos examinados como consecuencia de la misma.

En particular, la sentencia nos dice que «lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a Derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investi-



gación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registros y la incautación de documentación se producen de manera adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, en material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado».

Descarta después la sentencia la posibilidad de que, al hilo de una determinada inspección, se realicen «requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación». En este punto concreto, el Tribunal Supremo maneja conceptos jurídicos indeterminados, pues no se concreta qué es una requisa general, salvo que se identifique con la incautación de todo el material que se encuentre en la inspección, ni tampoco se precisa cuando un material es «manifiestamente» ajeno a la investigación.

Cita jurisprudencia penal, recogida en la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de 3 de julio de 2003 (rec. 2095/2002), de la que resulta que si en la práctica de un registro aparecen objetos constitutivos de un posible delito distinto al que determinó el mandamiento habilitante, tal descubrimiento posee el carácter de flagrancia, por lo que su recogida es consecuencia de la norma general contenida en la ley procesal. Con algunas matizaciones, recuerda la sentencia, es de aplicación la jurisprudencia penal al ámbito sancionador administrativo. Ahora bien, es cierto que en el ámbito sancionador administrativo la flagrancia es improbable, por lo que lo relevante en estos casos es que: *a*) la entrada y registro sean ajustadas a derecho, esto es «autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados», y *b*) que los datos o documentos que se revelen sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación, y ello porque se encuentren accidentalmente elementos indiciarios de otras actuaciones irregulares.

De esta forma, «habida cuenta que el hallazgo casual del citado documento se produjo en el marco de un registro practicado de forma regular y conforme a Derecho, nada hay que objetar a que la CNC procediese a iniciar dicha investigación y abriese un expediente sancionador distinto encaminado a depurar otras conductas ilegales, así como que dicho documento fuese incorporado a tales actuaciones».

«Como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la invio-

labilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo».

En resumen, el Tribunal Supremo acoge en esta sentencia una solución a nuestro entender incompleta puesto que ni se pronuncia sobre la necesidad de control judicial *ex post* de los hallazgos casuales ni distingue adecuadamente entre la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que ciertamente, puede conducir a que la prueba obtenida sea de ilícita utilización en un procedimiento sancionador, y la violación del derecho a un proceso con todas las garantías que resultaría, autónomamente, si esa prueba es empleada en perjuicio del encartado. Por último, tampoco se analiza esta última cuestión desde la perspectiva de la conexión de antijuridicidad y de la posible ruptura de la misma que implicaría la naturaleza causal del hallazgo.





# INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA CUANDO EXISTE AGOTAMIENTO EN SUPUESTOS DE MARCAS PARALELAS

Cristina PELLISÉ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universitat de Barcelona

**SUMARIO:** I. MARCAS NACIONALES PARALELAS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS: A. Marcas nacionales paralelas. B. Agotamiento del Derecho de marca como mecanismo de equilibrio entre los derechos de exclusiva y la libre circulación de mercancías. C. La aplicación del principio de agotamiento del Derecho de marca en supuestos de marcas nacionales paralelas.—II. EL AGOTAMIENTO EN SUPUESTOS DE INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE MARCA PARA COMPARTIMENTAR EL MERCADO ÚNICO EUROPEO: A. La función reactiva del principio de agotamiento del Derecho de marca cuando se mantiene la imagen de marca global tras la fragmentación de la titularidad. B. El agotamiento automático como consecuencia de la concertación entre los titulares en la explotación de las marcas paralelas.—III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE MARCA PARA COMPARTIMENTAR EL MERCADO: A. El agotamiento del Derecho de marca como presupuesto de la ilicitud de las restricciones al comercio paralelo. B. Restricciones de la competencia en supuestos de marcas paralelas desmembradas. C. La especial relevancia de la aplicación pública de las normas de competencia para la supresión de las conductas de compartimentación del mercado basadas en marcas paralelas. D. La terminación convencional de la CNMC en el asunto *Schwepptes*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

En el EEE conviven actualmente marcas con un ámbito de protección territorial coincidente con el territorio nacional de cada Estado y marcas de la Unión<sup>1</sup> que brindan protección en todo el territorio del EEE. Los sistemas nacional<sup>2</sup> y de la UE son complementarios y funcionan en paralelo. Las marcas nacionales son un sistema de protección preexistente al proceso de integración regional europea, sistema cuya existencia quedó garantizada cuando los Estados miembros convinieron el respeto de la propiedad privada en el Tratado fundacional. Con el avance de la integración europea, ha

<sup>1</sup> Existen también marcas de ámbito regional que otorgan protección en Bélgica, los Países Bajos y/o Luxemburgo, previa obtención del registro en la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux.

<sup>2</sup> Se incluyen las marcas registradas internacionalmente con efecto en algún Estado miembro.



sido necesario armonizar las legislaciones nacionales de marcas atendiendo a la especial incidencia del ejercicio de los derechos de exclusiva de ámbito nacional en el funcionamiento del mercado interior europeo. En particular, con el fin de equilibrar la existencia de derechos marcarios de ámbito territorial nacional con la libre circulación de mercancías, el legislador europeo ha armonizado y moderado, mediante el agotamiento regional del Derecho de marca, el alcance del *ius prohibendi* o monopolio legal de explotación del signo que ostenta el titular de la marca.

A su vez, los derechos de exclusiva están estrechamente vinculados al funcionamiento del mercado en un sistema de competencia no falseada, pues confieren a su titular un derecho exclusivo que afecta a las condiciones de competencia. Atendiendo a los efectos positivos de las marcas para la consecución de un entorno de competencia no falseada, el ejercicio de los derechos de exclusiva no constituye una infracción de la competencia *per se*, siempre y cuando el ejercicio de los mismos se ajuste a las normas específicas en materia de propiedad industrial (entre otras, el principio de agotamiento).

En suma, en el Derecho de la Unión cobra singular relevancia la vinculación entre la libre circulación de mercancías, la propiedad industrial y el Derecho de la Competencia que son tres sectores normativos complementarios al servicio de un mismo objetivo, a saber, el mercado interior con un sistema de competencia no falseado. La reciente STJ<sup>3</sup> de 20 de diciembre de 2017, en el asunto *Schweppes*<sup>4</sup>, aporta una nueva perspectiva de la interrelación entre estas tres políticas de la Unión. Esta sentencia introduce consideraciones propias de la política de la competencia en los límites al ejercicio de los derechos de exclusiva y elimina la cobertura legal a las estrategias empresariales de compartimentación del mercado basadas en el ejercicio de los derechos de marca nacionales para obstaculizar las importaciones paralelas. La STJ *Schweppes* tiene origen en una demanda para impedir importaciones paralelas en un supuesto de desmembramiento voluntario de marcas nacionales paralelas<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).

<sup>4</sup> STJ de 20 de diciembre de 2017, *Schweppes* (C-291/16, ECLI:EU:C:2017:990), en adelante STJ *Schweppes*.

<sup>5</sup> La STJ *Schweppes*, de alcance obligatorio para todas los tribunales y autoridades nacionales, tiene una repercusión directa inmediata más allá del litigio en el marco del cual se planteó (el procedimiento ordinario sustanciado ante el Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona, asunto J. O. 774/2014F, que resolvió el litigio con fecha 9 de abril de 2018, Sentencia núm. 84/2018, <http://redparalela.eu/wp-content/uploads/2018/04/SENTENCIA-SCHWEPPEVS-RED-PARALELA-.pdf>), pues son muchos los distribuidores que, tras las actuaciones de Schweppes, S. A., han cesado en su actividad de importación y comercialización de tónica Schweppes procedente de otros Estados miembros. Son más de 50 los procedimientos ordinarios iniciados por Schweppes, S. A., y otros tantos los acuerdos suscritos extrajudicialmente por esta entidad con distribuidores, para compartimentar el mercado español de tónica Schweppes (Antecedentes de Hecho Primero, Resolución de la CNMC de 29 de junio de 2017, S/DC/0548/15: *Schweppes*, <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc054815>). De forma paralela al procedimiento prejudicial ante el TJ planteado en el marco del procedimiento ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, se sustanció el procedimiento sancionador S/DC/0548/15: *Schweppes*.

## I. MARCAS NACIONALES PARALELAS Y LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

Marcas nacionales paralelas, agotamiento de los derechos conferidos por la marca, objeto del Derecho de marca y función esencial de la marca son los conceptos centrales de la problemática que se analiza. A continuación, se describe el significado de cada uno de estos conceptos al hilo de la explicación de la articulación de la libre circulación de mercancías con la protección de las marcas nacionales.

### A. MARCAS NACIONALES PARALELAS

La expresión marcas nacionales paralelas se refiere a situaciones en que la misma marca está registrada a nivel nacional en varios Estados del EEE. Los operadores deciden con qué sistema de protección de marcas les conviene en cada caso distinguir sus productos. La existencia de marcas nacionales paralelas no es percibida como una anomalía desde la óptica del funcionamiento del mercado interior europeo.

Las marcas son bienes inmateriales susceptibles de transmisión. Las marcas nacionales paralelas pueden estar en manos de un mismo titular o en manos de titulares distintos. En este segundo caso, puede tratarse de marcas con un origen común o que fueron originariamente solicitadas por personas diferentes. En el mercado único europeo surgen cuestiones específicas cuando la titularidad de las marcas nacionales no recae en una misma persona.

La marca Schweppes® es notoriamente conocida a nivel mundial, en particular en lo que se refiere al producto agua tónica en diversas variantes. Esta marca no es objeto de un registro único como marca de la Unión, sino que está registrada desde hace tiempo como una serie de marcas nacionales, denominativas y figurativas, idénticas o casi idénticas, en todos los países que componen el EEE. Inicialmente, todas estas marcas Schweppes® pertenecían a la empresa Cadbury Schweppes. En 1999, Cadbury Schweppes cedió a la sociedad Coca-Cola Atlantic Industries una parte de dichas marcas paralelas, a saber, aquellas registradas en trece países del EEE (entre los cuales, el Reino Unido). Cadbury Schweppes mantuvo la titularidad de otra parte de dichas marcas paralelas, a saber, las registradas en los 18 países restantes del EEE, entre ellos España<sup>6</sup>. Tras varias adquisiciones y reestructuraciones, las marcas paralelas conservadas por Cadbury Schweppes pertenecen hoy a la sociedad británica Schweppes International Limited. Esta última concedió a la sociedad española Schweppes, S. A., una licencia exclusiva sobre las marcas paralelas españolas controvertidas en el litigio en el marco del cual se ha planteado la cuestión prejudicial. Tanto Schwep-

<sup>6</sup> STJ *Schweppes*, apartado 8.



pes International Limited como Schweppes, S. A., son sociedades controladas por la sociedad de Derecho holandés Orangina Schweppes Holding BV, que se encuentra a la cabeza del grupo Orangina Schweppes.

El litigio en el procedimiento principal se inicia con una demanda presentada por la sociedad española Schweppes, S. A., alegando infracción de las marcas españolas Schweppes®. La supuesta infracción consiste en la importación y distribución en España por parte de las demandadas Red Paralela y Carbóniques Montaner de botellas de tónica identificadas con la marca Schweppes®, provenientes del Reino Unido y de otros países del EEE.

#### B. AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA COMO MECANISMO DE EQUILIBRIO ENTRE LOS DERECHOS DE EXCLUSIVA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

Desde los Tratados constitutivos originarios, el procedimiento de integración europea se ha basado en el principio de respeto de la propiedad privada<sup>7</sup> y, por tanto, en el principio de que la consecución del mercado interior no afecta a la existencia de los derechos reconocidos por la legislación de un Estado miembro en materia de propiedad industrial e intelectual. Por ello, las legislaciones de los Estados miembros reconocen al titular de una marca el derecho de exclusiva de explotación del signo distintivo en el territorio nacional.

Es evidente que el ejercicio de los derechos de marca de protección territorial nacional choca con el objetivo de la libre circulación de mercancías. En efecto, cuando se trata de productos que proceden de otro Estado miembro, esto es, de productos que gozan de la libre circulación de mercancías, el ejercicio del *ius prohibendi* da lugar a una restricción de la libre circulación, esto es, a una medida de efecto equivalente en el sentido del art. 34 TFUE.

Para conciliar los intereses contrapuestos de la protección de la propiedad industrial e intelectual con la libertad fundamental de libre circulación de mercancías, los Tratados constitutivos originarios incorporaron una «razón de interés general» referida a la protección de la propiedad industrial y comercial, como excepción a la prohibición de las restricciones derivadas de medidas de efecto equivalente. Esta excepción está incluida en la relación de excepciones de la primera frase del art. 36 TFUE<sup>8</sup>.

Sin embargo, pronto se constató que era necesario modular la excepción para encajar correctamente los intereses contrapuestos de estos dos sectores

<sup>7</sup> Art. 345 TFUE (antes art. 295 CE que sustituyó al art. 222 Tratado CE).

<sup>8</sup> Art. 36 TFUE (antiguo art. 30 CE y originariamente art. 36 Tratado CE): «Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de [...] protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

normativos. El TJ estableció que, en el mercado interior, el *ius prohibendi* que la marca confiere al titular de la misma no es un derecho de carácter absoluto, sino limitado. Posteriormente, el legislador europeo constató entonces que era imprescindible armonizar las legislaciones nacionales sobre marcas en lo relativo al ejercicio de los derechos de exclusiva incorporando el principio del agotamiento regional. Las sucesivas Directivas en materia de marcas han codificado la jurisprudencia del TJ<sup>9</sup> en materia de agotamiento de los derechos de marca, cuya regulación no ha sufrido cambios significativos en las sucesivas normas armonizadoras<sup>10</sup>.

La Directiva 2008/95 efectúa una total armonización completa de las normas relativas a los derechos conferidos por la marca y de este modo define los derechos de los que gozan los titulares de marcas nacionales en la Unión<sup>11</sup>. En particular, el art. 5 de la esta Directiva confiere al titular de la marca un derecho exclusivo que le permite, entre otras cosas, prohibir a cualquier tercero importar productos designados con la marca, ponerlos a la venta, comercializarlos o conservarlos a tal fin (*ius prohibendi*). Estas facultades están limitadas en la Directiva por el principio del agotamiento del Derecho de marca. Introducido primero en el Derecho de la Unión por vía jurisprudencial y codificado después en el art. 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95<sup>12</sup>, el principio del agotamiento del derecho conferido por la marca limita el alcance del *ius prohibendi* reconocido por los Estados miembros, con el objetivo de evitar que se ejerza de modo que se segmente el mercado interior mediante la compartimentación de los mercados nacionales.

En aras del equilibrio entre territorialidad nacional de la marca y libre circulación de mercancías, este límite objetivo a los derechos de exclusiva postula que, cuando un producto designado legalmente con la marca haya sido comercializado en el EEE con el consentimiento del titular o por él mismo, este no puede oponerse a la circulación posterior de este producto dentro del EEE.

La doctrina del agotamiento regional del Derecho de marca circunscribe el *ius prohibendi* a la primera puesta en circulación en el EEE del producto portador de la marca. Esta limitación que del derecho de exclusiva de

<sup>9</sup> STJ *Schweppes*, apartado 34.

<sup>10</sup> La Directiva 2008/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas ha quedado derogada con efectos a partir del 15 de enero de 2019 por la Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (que entró en vigor el 12 de enero de 2016). La Directiva 2008/95/CE sustituyó a la Directiva 89/104/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Todas ellas son normas válidas para el EEE.

<sup>11</sup> STJ de 3 de junio de 2010, *Coty Prestige Lancaster Group* (C-127/09, EU:C:2010:313), apartado 27.

<sup>12</sup> El art. 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95 (anteriormente el art. 7, apdo. 1, de la Directiva 89/104) dispone: «1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento». El art. 15, apartado 1, de la Directiva 2015/2436 se corresponde sustancialmente con el art. 7 de la Directiva 2008/95.



marca hace la doctrina del agotamiento, implica que el titular de la marca o su licenciatarario no podrán controlar ni prohibir los ulteriores actos de comercialización que del producto portador de marca auténtica hagan los terceros. Por ello, el titular de la marca no puede oponerse a que se venda en cualquier país del EEE ese producto.

Ahora bien, en el sistema de fuentes del Derecho europeo, frente a esta normativa sectorial priman las disposiciones del TFUE relativas a la libre circulación de mercancías<sup>13</sup> que prevén la excepción de la protección de la propiedad industrial. Básicamente, el TJ ha interrelacionado estos dos órdenes de disposiciones estableciendo que el principio de agotamiento es el instrumento que elimina la contradicción más flagrante entre derechos de exclusiva y libre circulación.

La existencia o no de agotamiento se regula por la normativa sectorial<sup>14</sup>. En consecuencia, la invocación de la razón de interés general de la protección de las marcas contemplada en el art. 36 TFUE, primera parte, se rige por la regulación sectorial del agotamiento del Derecho de marca. Ahora bien, el TJ también ha determinado que el principio del agotamiento debe interpretarse en los límites tolerados por las normas del Tratado<sup>15</sup>. Por consiguiente, el principio de agotamiento debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del TJ relativa, por un lado, a los principios generales de interpretación de las excepciones a la libre circulación de mercancías y, por otro lado, relativa a la segunda parte del art. 36 TFUE<sup>16</sup>.

El primero y principal criterio interpretativo establecido por el TJ es que las excepciones a la libre circulación de mercancías deben ser interpretadas de forma restrictiva. Respecto a la protección de los derechos de marca, esta interpretación restrictiva significa que únicamente se puede invocar la excepción para la protección de los derechos que constituyen el objeto específico de la marca<sup>17</sup>. El TJ considera que el objeto específico del Derecho de marca es asegurar la garantía de procedencia empresarial del producto que lleva dicha marca, esto es, garantizar que la marca pueda cumplir su función esencial<sup>18</sup>. La función esencial<sup>19</sup> de la marca es la función diferen-

---

<sup>13</sup> En particular, en lo que ahora concierne, los arts. 34 y 36 TFUE relativos a la prohibición de las medidas de efecto equivalente y a las excepciones a dicha prohibición.

<sup>14</sup> STJ *Schwepes*, apartado 30.

<sup>15</sup> STJ *Bristol-Myers Squibb*, apartados 31 y ss.

<sup>16</sup> Segunda parte del art. 36 TFUE (antiguo art. 30 TCE y originariamente art. 36 TCEE): «No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

<sup>17</sup> SSTJ de 17 de octubre de 1990, *Hag GF (Hag II)* (C-10/89, ECLI:EU:C:1990:359), apartado 12, y de 11 de noviembre de 1997, *Loendersloot v. Ballantine & Son and Others* (C-349/95, ECLI:EU:C:1997:530), apartado 25.

<sup>18</sup> STJ de 17 de mayo de 2018, *Junek Europ-Vertrieb* (C-642/16, ECLI:EU:C:2018:322), apartado 23.

<sup>19</sup> A modo ilustrativo sobre la formulación del TJ acerca de este concepto, «la función esencial de la marca es garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen del producto o del servicio que con ella se designa, permitiéndole distinguir sin confusión posible dicho producto o servicio de los que tienen otra procedencia [véanse, en particular, las SSTJ de 29 de septiembre de 1998, *Canon* (C-39/97, rec. p. I5507), apdo. 28, y de 4 de octubre de 2001, *Merz & Krell* (C-517/99, rec.

ciadora de determinados productos o servicios indicando la procedencia empresarial del producto o servicio<sup>20</sup>, es decir, quién es el empresario que produce el producto o presta el servicio<sup>21</sup>.

Esta definición genérica del objeto específico del Derecho de marca es contextualizada en función de las circunstancias en que se plantea el conflicto sobre el ejercicio de los derechos de marca. En supuestos de importaciones paralelas de productos distinguidos con marcas nacionales paralelas desmembradas, el TJ entiende que el objeto específico del Derecho de marca consiste en conferir al titular A el derecho a utilizar la marca para la primera comercialización de un producto, y en protegerlo, de este modo, contra los competidores que pretendan abusar de la posición y de la reputación de la marca vendiendo productos designados con marca idéntica del titular B registrada en otro país del EEE<sup>22</sup>. Esto es, según el TJ, el objeto específico del Derecho de marca es el derecho que se reconoce al titular de una marca de oponerse a cualquier utilización de la misma que pueda falsear la garantía de procedencia empresarial.

Es evidente que para que exista un «objeto específico del Derecho de marca» a proteger es necesario que la marca en cuestión cumpla su función esencial que consiste en garantizar al consumidor o al usuario final la identidad de origen de los productos que con ella se designan, permitiéndole distinguir sin confusión posible dichos productos de los que tienen otra procedencia empresarial. Si por el uso que se ha hecho de la marca ya no queda garantizada su función esencial, desaparece la justificación que sustenta la excepción a la libre circulación de mercancías en base a la razón de interés general relativa a la protección de la propiedad industrial.

El segundo elemento que limita el alcance de la excepción basada en la protección de los derechos de marca es el principio de agotamiento. Cuando a la situación controvertida es de aplicación el principio de agotamiento, el *ius prohibendi* está limitado en el sentido establecido por la Directiva de marcas. El principio de agotamiento es el mecanismo específico que limita el ámbito de aplicación de la excepción. Pero la aplicación de este

---

p. 16959), apdo. 2]. Para que la marca pueda desempeñar su función de elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado CE pretende establecer, debe constituir la garantía de que todos los productos o servicios designados con ella han sido fabricados o prestados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad»; «en general, la percepción del sector de los consumidores o usuarios finales desempeña un papel decisivo. En efecto, la finalidad de todo el proceso de comercialización es la adquisición del producto en el seno de aquel sector y la función de los intermediarios consiste tanto en detectar y anticiparse a la demanda del producto en cuestión como en intensificar y orientar dicha demanda», STJ de 29 de abril de 2004, *Björnekulla Fruktindustrier* (C-371/02, ECLI:EU:C:2004:275). Más reciente, la STJ de 8 de junio de 2017, *W. F. Gözze Frottierweberei* (C-689/15, ECLI:EU:C:2017:434), apartado 41.

<sup>20</sup> Las marcas tienen otras funciones accesorias, tales como la consistente en garantizar la calidad, o las de comunicación, inversión o la publicitaria que no inciden en el agotamiento del Derecho de marca [STJ de 8 de junio de 2017, *W. F. Gözze Frottierweberei* (C-689/15, ECLI:EU:C:2017:434), apdo. 42].

<sup>21</sup> A nivel legal, véase el considerando 16 y el art. 3 de la Directiva 2015/2436 (art. 4.1 Ley de Marcas).

<sup>22</sup> STJ *Schwepes*, apartado 37; STJ de 22 de junio de 1994, *IHT Internationale Heiztechnik v. Ideal-Standard* (C-9/93, ECLI:EU:C:1994:261), apartado 33.



límite no solo lo determina la Directiva de marcas, sino que por encima de esta también lo limita el propio art. 36 TFUE. La segunda parte del art. 36 TFUE establece que la restricción derivada del ejercicio de los derechos de exclusiva está autorizada, a menos que constituya un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. La jurisprudencia dictada por el TJ respecto a la interpretación de la segunda parte del art. 36 TFUE es abundante, pero, hasta el asunto *Schweppes*, el TJ no se había pronunciado sobre su aplicación en relación con el ejercicio del *ius prohibendi* en supuestos de marcas nacionales desmembradas.

Más adelante se expone la doctrina del TJ relativa a la compartimentación encubierta cuando se ejerce el *ius prohibendi* en situaciones en las que, de resultas del comportamiento del titular de la marca tras el desmembramiento, su función esencial ya no está garantizada<sup>23</sup>. En este supuesto, el TJ impone el agotamiento del derecho conferido por la marca, allá donde inicialmente hubiera sido conforme a la normativa sectorial el ejercicio del *ius prohibendi*. Se trata de una activación reactiva del agotamiento allá donde en principio operaba una excepción a la libre circulación de mercancías. Esta activación reactiva del agotamiento es el instrumento con el que se garantiza el cumplimiento de la prohibición absoluta de las restricciones encubiertas del comercio entre los Estados miembros, en el sentido de la segunda parte del art. 36 TFUE.

En suma, el principio de agotamiento de los derechos de marca y los conceptos de «objeto específico del Derecho de marca» y de «función esencial de la marca» delimitan negativamente la posibilidad de ejercer el *ius prohibendi*. A continuación, se expone cuando, en aplicación de la Directiva de marcas, se produce el agotamiento en supuestos de marcas paralelas.

### C. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA EN SUPUESTOS DE MARCAS NACIONALES PARALELAS

La titularidad dividida de las marcas nacionales paralelas pone en jaque el mecanismo de equilibrio establecido por el Derecho europeo entre la libre circulación de mercancías y la protección de los derechos de marca. En estas situaciones surgen cuestiones específicas en torno al agotamiento cuando la titularidad de las marcas nacionales no recae en una misma persona. Efectivamente, la aplicación del principio de agotamiento de los derechos de marca en el EEE garantizaría la libre circulación de mercancías, pero eliminaría la protección otorgada por la marca del territorio A, al poder ser comercializados en ese territorio A los productos del tercero con marca idéntica del territorio B.

El TJ se ha pronunciado en cuatro ocasiones sobre el agotamiento del Derecho de marca cuando las marcas nacionales paralelas tienen titulares

<sup>23</sup> Véase *infra* II.A.

diferentes, siendo la última de ellas el asunto *Schweppes*. En estas cuatro sentencias se dilucida si el titular de una marca registrada en varios Estados miembros, titularidad en un primer momento de una misma persona y fraccionada posteriormente, de manera voluntaria o como consecuencia de una medida de coacción pública, puede oponerse a la importación en el territorio en el que su derecho está protegido de productos designados con la misma marca introducidos en el tráfico económico en un Estado miembro en el que la mencionada marca es titularidad de un tercero. La STJ *Van Zuylen Hag (Hag I)* dictada en el 1974, cuando todavía no se había armonizado las respectivas legislaciones nacionales de marcas contiene un pronunciamiento que por genérico es confuso.

Las dos posteriores STJ *Hag GF (Hag II)* y STJ *IHT Internationale Heiztechnik v. Ideal-Standard* establecieron que en estos casos, no se produce el agotamiento de los derechos de marca, de tal manera que el titular de la marca del territorio A puede impedir la comercialización en su territorio de los productos con marca idéntica del territorio B. La fragmentación de la titularidad conlleva la aniquilación del principal instrumento de equilibrio entre derechos de marca y libre circulación de mercancías: el principio de agotamiento no se aplica a las importaciones paralelas entre el territorio A y el territorio B. Estas tres sentencias anteriores al asunto *Schweppes*, añaden que, aunque no se aplique en estos casos el principio de agotamiento de forma automática, el ejercicio del *ius prohibendi* sigue sin ser absoluto, pues en ningún caso su ejercicio puede constituir una compartimentación encubierta del mercado interior. Sin esta precisión, esta jurisprudencia habría dado alas a la instrumentalización de las marcas nacionales paralelas para compartimentar el mercado.

La STJ *Schweppes* constituye el primer pronunciamiento sobre situaciones en que la aplicación del principio de agotamiento se impone como consecuencia del modo en que los diferentes titulares de las marcas tras el desmembramiento han usado las marcas paralelas. La STJ *Schweppes* impone la aplicación del principio de agotamiento como si se tratase de una situación de titular único de las marcas paralelas en el EEE.

En el asunto *Schweppes*, el desmembramiento de la titularidad de las marcas paralelas es también voluntario<sup>24</sup> y las marcas paralelas desmembradas distinguen productos idénticos. Los hechos en el litigio principal ya han sido descritos<sup>25</sup>. Las dudas planteadas al TJ están referidas a la posibilidad de que el uso y explotación de las marcas paralelas con posterioridad a su desmembramiento tenga como consecuencia la aplicación del principio de agotamiento de los derechos de marca en el comercio entre los territorios de sendos titulares.

---

<sup>24</sup> Hay que indicar que el desmembramiento parcial fue una opción del cedente tras comprobar que la cesión total de la marca Schweppes® al grupo Coca-Cola no sería aprobada por la Comisión Europea y por las autoridades de la competencia de algunos Estados miembros ([https://elpais.com/diario/1999/05/25/economia/927583206\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1999/05/25/economia/927583206_850215.html); [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/03/10/empresas/1394434863\\_487144.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/03/10/empresas/1394434863_487144.html)).

<sup>25</sup> Véase *supra* I.A.



La doctrina establecida por el TJ en la STJ *Schweppes* es objeto de un análisis detallado a continuación. Esta sentencia aclara como se interpreta la segunda parte del art. 36 TFUE cuando el uso de las marcas constituye una compartimentación encubierta del mercado y, afirma que la concertación en la explotación de las marcas paralelas es constitutiva de la existencia de vínculos económicos entre los titulares. En ambos casos, la consecuencia ante estos comportamientos es la aplicación del principio de agotamientos allá donde de no existir ese comportamiento, la prohibición de las importaciones paralelas hubiera sido compatible con el TFUE.

## II. EL AGOTAMIENTO EN SUPUESTOS DE INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE MARCA PARA COMPARTIMENTAR EL MERCADO ÚNICO EUROPEO

El agotamiento del Derecho de marca elimina la cobertura legal a los comportamientos empresariales tendentes a la compartimentación nacional del mercado interior.

El agotamiento del Derecho de marca no se aplica, en principio, cuando se trata de importaciones entre los territorios de los distintos titulares de marcas paralelas desmembradas. En estas situaciones, el agotamiento del Derecho de marca ve su ámbito de aplicación limitado a los territorios nacionales en los que el titular de la marca es el mismo (agotamiento regional con extensión territorial parcial). En estos supuestos, el titular del territorio A se puede, en principio, oponer a la importación hacia su territorio de productos de marca idéntica puestos en el mercado en el territorio B donde el titular de la marca idéntica es un tercero. Este es el punto de partida en la STJ *Schweppes*, en la que el TJ reconoce que «podría quedar mermada la función esencial de la marca si, en ausencia de cualquier expresión de consentimiento por parte del titular, este no pudiera oponerse a la importación de un producto idéntico o similar designado con una marca idéntica o que induzca a confusión, que ha sido fabricado y comercializado en otro Estado miembro por un tercero que no tiene ningún vínculo económico con ese titular»<sup>26</sup>.

La STJ *Schweppes* establece dos situaciones en las que los obstáculos a las importaciones entre los territorios de los distintos titulares de marcas paralelas desmembradas pierden el amparo legal del Derecho europeo. El mecanismo que establece el TJ es la aplicación del principio de agotamiento de los derechos de marca, en supuestos en los que, si los titulares de las marcas paralelas se hubieran comportado de otro modo, oponerse a las importaciones paralelas hubiera sido legal. Estas dos situaciones no son excluyentes entre ellas.

---

<sup>26</sup> STJ *Schweppes*, apartado 38.

A. LA FUNCIÓN REACTIVA DEL PRINCIPIO DE AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA CUANDO SE MANTIENE LA IMAGEN DE MARCA GLOBAL TRAS LA FRAGMENTACIÓN DE LA TITULARIDAD

El asunto *Schweppes* es importante porque es la primera vez que se pregunta al TJ acerca de la interpretación del principio de agotamiento a la luz de la segunda parte del art. 36 TFUE. El TJ ya había manifestado que la facultad de oponerse a las importaciones paralelas de productos con marca idéntica de otro titular en otro país del EEE está condicionada a que el ejercicio del *ius prohibendi* no constituya una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Esta condición es la que el TJ exige en el asunto *Schweppes* con la fórmula «siempre que en todo caso, a pesar de su origen común, cada una de las marcas, en el marco territorial que le corresponde, haya cumplido de forma independiente, a partir de la expropiación o la cesión, su función de garantizar que los productos designados con la marca tienen una procedencia única»<sup>27</sup>. En otros términos, siempre que no concurren circunstancias que impidan que cada una de las marcas paralelas deje de constituir la garantía de que todos los productos con ellas designados han sido fabricados bajo el control de una única empresa, a la que puede hacerse responsable de su calidad.

La STJ *Schweppes* atribuye, así, al agotamiento del Derecho de marca una función reactiva que se acciona cuando, tras una desmembración, cada una de las marcas no ha cumplido de forma independiente su función identificadora del origen empresarial de los productos. Esta función está directamente entroncada con la segunda parte del art. 36 TFUE que establece un control *ex post* para evitar que la invocación de la razón de interés general de la protección de los derechos de marca sea fraudulentamente utilizada por los titulares de las marcas paralelas para promover compartimentaciones encubiertas, en perjuicio del mercado único y de los consumidores europeos.

Como ya se ha señalado, Schweppes® es un signo distintivo protegido por marcas nacionales paralelas desde el año 1999 fruto de una cesión voluntaria parcial de los registros marcarios en algunos países del EEE, en particular del Reino Unido, a Coca-Cola. El conflicto surge cuando el licenciatario exclusivo de la marca Schweppes® en España (Schweppes, S. A., filial de Cadbury Schweppes) demanda a Red Paralela, S. L., por infracción de los derechos de marca en base a la importación paralela de productos lícitos de la marca Schweppes® procedentes de otros Estados miembros, entre otros, del Reino Unido. Red Paralela, S. L., se opuso a la demanda invocando, en particular, el agotamiento del Derecho de marca porque Schweppes, S. A., y Schweppes International Limited (entidad inglesa titular de la marca y filial de Cadbury Schweppes) habían mantenido la apariencia de una marca global y habían coordinado su política marcaria

<sup>27</sup> STJ *Schweppes*, apartado 39.



con la de Coca-Cola. El importador paralelo apoya esta pretensión en una serie de elementos de prueba que aporta al procedimiento y que el titular/licenciatarario no discute<sup>28</sup>.

Ante estas alegaciones, finalizado el periodo probatorio, el Tribunal Mercantil núm. 8 de Barcelona decide plantear cuatro preguntas prejudiciales que el TJ reformula en la pregunta única siguiente:

«El órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95, a la luz del artículo 36 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca procedentes de otro Estado miembro, en el que esta marca, que pertenecía inicialmente al mismo titular, es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos relativos a la misma mediante cesión, cuando concurren una o varias de las siguientes circunstancias:

— el titular ha promovido una imagen de marca global asociada al Estado miembro de donde proceden los productos cuya importación pretende prohibir;

— el titular y el tercero coordinan su estrategia de marca para promover deliberadamente, en el conjunto delEEE, la apariencia o la imagen de marca única y global;

— la imagen de marca única y global proyectada de este modo genera confusión en el consumidor medio en cuanto al origen empresarial de los productos designados con esta marca;

— el titular y el tercero mantienen intensas relaciones comerciales y económicas, aunque no de estricta dependencia, para la explotación conjunta de la marca;

— el titular ha consentido, expresa o tácitamente, que los mismos productos cuya importación pretende que se prohíba se importen en otro u otros Estados miembros en los que sigue siendo propietario de los derechos de marca»<sup>29</sup>.

El TJ afirma que oponerse a las importaciones paralelas en un supuesto como el descrito por el tribunal remitente<sup>30</sup> constituye una compartimentación encubierta del comercio entre los Estados miembros «cuando, tras la cesión de una parte de las marcas paralelas nacionales a favor de un tercero, el titular, solo o coordinando su estrategia de marca con ese tercero, haya

<sup>28</sup> Sobre el desarrollo del litigio principal que ha dado lugar a la STJ *Schweppes* y el planteamiento de la cuestión prejudicial, véase Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial (Auto de 17 de mayo de 2006, Tribunal de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, ECLI:ES:JMB:2016:90; CENDOJ: 08019470082016200001) y Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de 9 de abril de 2018, juicio ordinario 774/2014 (<http://redparalela.eu/wp-content/uploads/2018/04/SENTENCIA-SCHWEPES-vs-RED-PARALELA-.pdf>), en adelante SJM8B *Schweppes*.

<sup>29</sup> STJ *Schweppes*, apartado 31.

<sup>30</sup> La STJ *Schweppes*, apartado 14, describe el comportamiento de Schweppes, S. A., y de Schweppes International Limited (e indirectamente, de Coca-Cola) tras la cesión a partir de los hechos probados relacionados en el hecho segundo del Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial (Auto de 17 de mayo de 2006, Tribunal de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, ECLI:ES:JMB:2016:90; CENDOJ: 08019470082016200001). El detalle de estos hechos está descrito en el extenso apartado 74 de la SJM8B *Schweppes* (<http://redparalela.eu/wp-content/uploads/2018/04/SENTENCIA-SCHWEPES-vs-RED-PARALELA-.pdf>).

seguido *promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única*, creando o reforzando de este modo una confusión en el público pertinente en cuanto al origen empresarial de los productos designados con esta marca». En estas circunstancias, el TJ considera que ha desaparecido el objeto de la protección de la marca porque «a través de tal conducta, que provoca que la marca del titular ya no cumpla su función esencial de forma independiente en el marco territorial que le corresponde, el propio titular ha menoscabado o, incluso, ha desnaturalizado esta función. Por consiguiente, no puede esgrimir la necesidad de proteger dicha función para oponerse a la importación de productos idénticos designados con la misma marca procedentes de otro Estado miembro en el que esa marca es actualmente propiedad de dicho tercero»<sup>31</sup>.

Por todo ello, el TJ falla lo siguiente:

«El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, a la luz del artículo 36 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca y procedentes de otro Estado miembro, en el que esta marca, que pertenecía inicialmente al mismo titular, es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos relativos a la misma mediante cesión cuando, tras esta cesión,

— el titular, solo o coordinando su estrategia de marca con ese tercero, ha seguido promoviendo activa y deliberadamente la apariencia o la imagen de una marca global y única, creando o reforzando de este modo una confusión en el público pertinente en cuanto al origen empresarial de los productos designados con esta»<sup>32</sup>.

Como en muchas otras resoluciones interpretativas, el TJ afirma que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si el comportamiento del titular que se opone a las importaciones paralelas responde al patrón descrito en la STJ *Schweppes*, tomando en consideración todos los elementos que caracterizan la situación particular en cuestión. En la Sentencia de 9 de abril de 2018, el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona concluye que «SIL, sola o coordinando su estrategia con Coca-Cola, ha seguido, tras la fragmentación de la marca en 1999, promoviendo activa y deliberadamente una imagen de marca Schweppes® global y única, creando confusión en el público pertinente sobre el origen empresarial»<sup>33</sup>. Fundamenta esta afirmación en los siguientes hechos: llevar a cabo publicidad en su *web* de productos de Coca-Cola; el re-direccionamiento a la *web* del otro titular; la defensa en las redes de los productos británicos; el uso en la publicidad propia de productos británicos; las vinculaciones con el Reino

<sup>31</sup> STJ *Schweppes*, apartado 40 (cursiva añadida).

<sup>32</sup> El fallo acaba con la descripción de una segunda situación en que se produce igualmente agotamiento y que es analizada más adelante.

<sup>33</sup> SJM8B *Schweppes*, apartado 75. Para llegar a este pronunciamiento, este Juzgado excluye el hecho relativo a la invocación del origen histórico de las marcas españolas en el Reino Unido, tal y como exigía la STJ *Schweppes*, apartado 42.



Unido sin ser el titular marcario en aquel territorio; los acuerdos económicos en Holanda entre los dos titulares; la similitud de las presentaciones de los productos; y, la política de marca paralela registrando los mismos signos en sus respectivos estados o incluso a nivel europeo.

Para el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, «todos estos elementos llevan a afirmar que *ambos titulares están concertados* para generar y mantener una imagen de marca global que genera confusión en el consumidor respecto del origen empresarial del producto, por lo que se desnaturaliza la función esencial de la marca, no pudiendo en estos casos, como indica el TJ en el apartado 40 de su resolución, esgrimir la necesidad de proteger dicha función para oponerse a la importación de productos idénticos designados con la misma marca procedentes de otro EM en el que esa marca es actualmente propiedad de dicho tercero con el que está coordinando la estrategia de explotación de la misma»<sup>34</sup>. En consecuencia, el titular o el licenciatarario de la marca española no puede oponerse a la comercialización en España de botellas de tónica Schweppes® fabricadas por Coca-Cola y comercializadas en el EEE con su consentimiento<sup>35</sup>.

#### B. EL AGOTAMIENTO AUTOMÁTICO COMO CONSECUENCIA DE LA CONCERTACIÓN ENTRE LOS TITULARES EN LA EXPLOTACIÓN DE LAS MARCAS PARALELAS

La segunda vía por la que el asunto *Schweppes* amplía la aplicación del principio de agotamiento para evitar la instrumentación de las marcas para compartimentar el mercado es a través del concepto de vínculos económicos existentes, en este caso, entre los titulares de las marcas paralelas. El TJ afirma que la concertación en la explotación de las marcas paralelas constituye un vínculo económico, a los efectos de la aplicación del principio de agotamiento, entre los titulares de las marcas paralelas desmembradas<sup>36</sup>. Si existen vínculos económicos entre el titular del territorio A que se opone a la importación paralela y el titular del territorio B de donde proceden los productos, ninguno de los dos podrá oponerse a que se comercialicen en su

<sup>34</sup> SJM8B *Schweppes*, apartado 75.

<sup>35</sup> Aunque el juez español aprecia que se trata de un comportamiento conjunto, corresponde al tribunal de un país en el que el titular es Coca-Cola valorar si esta entidad se puede oponer a la importación de tónica Schweppes® fabricada por Cadbury Schweppes. En todo caso, la tónica Schweppes® fabricada por Coca-Cola e importada a España podrá, a continuación, comercializarse en todo el EEE.

<sup>36</sup> «El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, a la luz del artículo 36 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que impide que el titular de una marca nacional se oponga a la importación de productos idénticos designados con la misma marca y procedentes de otro Estado miembro, en el que esta marca, que pertenecía inicialmente al mismo titular, es actualmente propiedad de un tercero que ha adquirido los derechos relativos a la misma mediante cesión cuando, tras esta cesión (...), existen vínculos económicos entre el titular y dicho tercero, en el sentido de que coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura dicha marca y de controlar su calidad». Fallo de la STJ *Schweppes*.

territorio los productos del otro titular que hayan sido comercializados con su autorización en su respectivo territorio.

Como ya se ha expuesto, el principio de agotamiento es el equilibrio entre los intereses contrapuestos de la protección de los derechos de marca y la libre circulación de mercancías. Se aplica el principio de agotamiento porque las importaciones paralelas no pueden afectar negativamente a la función esencial de la marca. Esta función no se ve en absoluto afectada por la libertad de las importaciones cuando el titular de la marca en el país del EEE de recepción y el titular de la marca en el país del EEE de procedencia son el mismo. Progresivamente, el TJ ha asimilado a esta situación supuestos en los que la primera comercialización del producto en el EEE no la ha realizado directamente el titular de la marca, pero sí un operador vinculado a este; porque considera que el objetivo del mercado interior exige aplicar el principio del agotamiento cuando no existiendo identidad entre la persona que es titular de los derechos de marca y la persona que ha realizado la primera comercialización en el EEE, existen vínculos económicos entre ambas. Es la doctrina del agotamiento del derecho exclusivo conferido por la marca cuando la comercialización de los productos la efectúa un operador económicamente vinculado al titular de la marca<sup>37</sup>.

El concepto de «vínculos económicos» se ha ido ampliando con los años, aplicándose a situaciones diversas que tienen como elemento común el hecho que el titular de la marca mantiene el control sobre la calidad de los productos porque, aunque sea un tercero quien los pone en el mercado, los productos designados con la marca se fabrican bajo el control de una misma entidad<sup>38</sup>, de modo que la libre circulación de estos productos no pone en peligro la función esencial de la marca. El TJ ha afirmado que existen estos vínculos económicos cuando el tercero que comercializa los productos en el EEE es un licenciataria, una sociedad matriz o una filial del mismo grupo o, incluso, un concesionario exclusivo<sup>39</sup>. Como puede apreciarse, el concepto de vínculos económicos, en el sentido de esta jurisprudencia, no alude a un criterio formal, sino a un criterio material. El abanico de situaciones que pueden ser calificadas como vínculos económicos es una relación abierta<sup>40</sup>.

La STJ *Schweppes* añade un nuevo supuesto a esta jurisprudencia: la existencia de vínculos económicos entre los titulares de marcas paralelas desmembradas, a los efectos de esta jurisprudencia, deriva del comportamiento posterior a la cesión de estos titulares. Este supuesto presenta la peculiaridad de incorporar consideraciones del análisis de la libre competencia en la aplicación del concepto de vínculos económicos<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> STJ *IHT Internationale Heiztechnik v. Ideal-Standard*, apartados 34 y 37.

<sup>38</sup> STJ *Schweppes*, apartado 45.

<sup>39</sup> STJ *Schweppes*, apartado 44; Conclusiones AG *Schweppes* apartados 75 y ss.

<sup>40</sup> STJ *Schweppes*, apartado 46.

<sup>41</sup> Las reglas sobre libre circulación y las reglas de competencia son normas complementarias que tienen como misión garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Ciertamente es que tienen diferencias en cuanto a sus destinatarios, a sus consecuencias legales y a su aplicación, pero



La fragmentación de la titularidad de la marca Schweppes® se produce por la cesión de las marcas nacionales en diversos países del EEE a Coca-Cola<sup>42</sup>. El importador paralelo demandado en el procedimiento ordinario se opuso a la acción por supuesta infracción marcaria, alegando que entre los titulares de las marcas paralelas existían vínculos económicos a los efectos del principio de agotamiento<sup>43</sup>. El Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona preguntó al TJ si puede considerarse que existen vínculos económicos cuando los titulares de las marcas paralelas desmembradas tienen un comportamiento como el descrito en el litigio principal<sup>44</sup>.

En la STJ *Schweppes*, tras recordar que el carácter voluntario de la cesión no conlleva la existencia *per se* de vínculos económicos, el TJ afirma que el concepto de vínculo económico se cumple «cuando, tras la fragmentación de marcas paralelas nacionales resultante de una cesión territorialmente limitada, los titulares de esas marcas coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de dichas marcas, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura la marca y de controlar su calidad»<sup>45</sup>. En las Conclusiones, el Abogado General desarrolla esta tesis sobre la existencia de control conjunto de dos personas distintas —cada una titular de derechos reconocidos a nivel nacional— que actúan, en la explotación de la marca, como un mismo centro de intereses<sup>46</sup>. En estas circunstancias, considera que «el hecho de permitir que tales titulares protejan sus respectivos territorios contra la importación paralela de estos productos llevaría a una compartimentación de los mercados nacionales que no está justificada por el objeto del Derecho de marca y que, en particular, no es necesaria para preservar la función esencial de las marcas en cuestión». Y, por ello, como en los precedentes supuestos de vínculos económicos, considera que en estas circunstancias, también «debe considerarse que el producto fue comercializado en el Estado miembro de exportación con el consentimiento del titular del Derecho de marca protegido por el Estado miembro de importación en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/95, interpretado a la luz del artículo 36 TFUE»<sup>47</sup>. Por tanto, se establece la existencia de consentimiento conjunto cada vez que un titular de las marcas paralelas pone en el mercado del EEE un producto

---

están destinadas a funcionar de forma complementaria. La STJ *Schweppes* es una manifestación directa de esta complementariedad, pues incorpora al principio de agotamiento de los derechos de marca consideraciones del análisis de la libre competencia. Otra muestra de esta complementariedad es la Sentencia de 14 de julio de 2011, *Viking Gas* (C-46/10, ECLI:EU:C:2011:485), apartados 31 y ss.

<sup>42</sup> Véase *supra* I.A y I.D.

<sup>43</sup> Conclusiones del Abogado General de 12 de septiembre de 2017, *Schweppes* (C-291/16, ECLI:EU:C:2017:666), nota 4 (en adelante, Conclusiones AG *Schweppes*).

<sup>44</sup> Véase *supra* II.A nota 30.

<sup>45</sup> STJ *Schweppes*, fallo: «Existen vínculos económicos entre el titular y dicho tercero, coordinan sus políticas comerciales o se conciertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de la marca, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura dicha marca y de controlar su calidad».

<sup>46</sup> Conclusiones AG *Schweppes*, apartado 78.

<sup>47</sup> STJ *Schweppes*, apartados 46 a 48.

distinguido con la marca paralela. Apreciada la existencia de coordinación o concertación, el agotamiento es automático para todos los productos comercializados en el EEE.

Sin más indicaciones, el TJ encomienda a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si, tomando en consideración todos los elementos pertinentes del caso, los titulares de las marcas paralelas se han coordinado o han concertado para gestionar en común sus signos distintivos.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona remitente dictó sentencia el 9 de abril de 2018 y apreció que «entre los titulares de las marcas paralelas hay unos vínculos económicos en el sentido de coordinar sus políticas comerciales para llevar a cabo un control conjunto sobre el uso de la marca determinando los productos y la calidad de los mismos donde figura la marca»<sup>48</sup>. Este tribunal no es muy explícito, pues ya había razonado el agotamiento como reacción ante un comportamiento que no garantiza de forma independiente la función esencial de la marca, y este pronunciamiento es a mayor abundamiento. Así, afirma que los mismos indicios relacionados para fundamentar el agotamiento reactivo son suficientes para constatar que los titulares han coordinado sus políticas comerciales para llevar a cabo un control conjunto sobre el uso de la marca determinando los productos y la calidad de los mismos donde figura la marca. Como ejemplo suficiente, menciona el acuerdo de producción en Holanda donde Schwepes International Limited es el titular de las marcas paralelas, pero la explotación de la marca en dicho país (esto es, la elaboración, el embotellado y la comercialización del producto) corre a cargo de Coca-Cola, en calidad de licenciataria. Este acuerdo de colaboración constituye un indicio claro de que los titulares de esas marcas coordinan sus políticas comerciales o se concertan para ejercer un control conjunto sobre el uso de dichas marcas, de modo que tienen la posibilidad de determinar directa o indirectamente los productos en los que figura la marca y de controlar su calidad.

A notar que la STJ *Schweppes* se refiere a dos modalidades de comportamiento que son constitutivos de vínculos económicos: la coordinación y la concertación. El TJ ha establecido la diferencia entre estos dos comportamientos en el ámbito de las normas de competencia<sup>49</sup>. Estos conceptos son trasladables a este ámbito.

El TJ en la STJ *Schweppes* impone en los supuestos de desmembración voluntaria, una inversión de la carga de la prueba<sup>50</sup>, de tal forma que el tercero importador únicamente debe aportar un conjunto de indicios precisos y concordantes de los que se pueda inferir la existencia de tales vínculos

<sup>48</sup> Apartado 78 de la SJM8B *Schweppes*.

<sup>49</sup> STJ de 10 de marzo de 1992, *Montedipe/Comisión* (T-14/89, ECLI:EU:T:1992:36), apartado 49.

<sup>50</sup> Según jurisprudencia consolidada, la carga de la prueba corresponde a la parte que invoca el agotamiento [Sentencia de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff y Levi Strauss* (C-414/99 a C-416/99, EU:C:2001:617), apdo. 54], pero ante una cesión voluntaria se invierte la carga de la prueba sobre la existencia de cooperación o concertación en la explotación de las marcas tras la cesión.



económicos<sup>51</sup>. Esta inversión de la carga de la prueba se explica porque cuando existe desmembración voluntaria, es muy probable que si los titulares de las marcas fragmentadas concertan su comportamiento futuro, lo hagan de forma oculta.

Aunque en la STJ *Schweppes* no se mencione, este agotamiento automático se producirá mientras perduran los efectos de la coordinación o concertación. Para la desaparición de los vínculos económicos creados no es suficiente con cesar en la coordinación o concertación y tampoco con adoptar decisiones individuales en la explotación marcaria. Es necesario, por ejemplo, hacer desaparecer los efectos de la coordinación o concertación, renunciando, por ejemplo, a marcas paralelas registradas con posterioridad a la cesión. La conexión de este supuesto de vínculos económicos con los planteamientos propios de la política de competencia sustenta esta consideración<sup>52</sup>.

De este modo, el agotamiento del Derecho de marca es también un instrumento anulador de los beneficios que para los titulares se hubieran generado con la coordinación o concertación en la explotación de las marcas paralelas. El agotamiento del Derecho de marca es la «sanción» de la política de libre circulación de mercancías ante comportamientos de particulares tendentes a la compartimentación del mercado interior en base a la coordinación de la explotación de marcas paralelas desmembradas. Los órganos ejecutores de esta «sanción» son los jueces ordinarios que únicamente actuarán si se invoca la existencia de agotamiento y si se aportan indicios suficientes. El pronunciamiento que únicamente existirá si se ejercitan acciones marcarias, tendrá efectos inter partes. Por ello, este instrumento no permite eliminar desde una perspectiva global del funcionamiento del mercado en competencia, la compartimentación concertada del mercado, función que corresponde a la aplicación de las normas de competencia y, como se explica más adelante<sup>53</sup>, con mayor eficacia en la aplicación pública de estas normas.

### III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO DE MARCA PARA COMPARTIMENTAR EL MERCADO

El establecimiento de un sistema de competencia no falseado constituye uno de los objetivos originarios de los Tratados fundacionales. Ahora bien, un sistema de competencia no falseado no es un fin en sí mismo, sino una condición para la realización de un mercado interior en competencia y dinámico, y constituye uno de los instrumentos que contribuyen al bienestar económico general.

<sup>51</sup> STJ *Schweppes*, apartados 52 a 54.

<sup>52</sup> STJ *Montedipe/Comisión*, apartado 231.

<sup>53</sup> Véase *infra* IV.C.

La protección de las marcas es una parte intrínseca de este sistema de competencia no falseado<sup>54</sup>. En el asunto STJ *Hag GF (Hag II)*, el TJ señaló que el Derecho de marca constituye un elemento esencial del sistema de competencia no falseado que el Tratado pretende establecer y mantener, y que este sistema requiere que las empresas sean capaces de crear y mantener relaciones con sus clientes en virtud de la calidad de sus productos<sup>55</sup>. La protección de los derechos de marcas se percibe como un elemento de la competencia no falseada, pero para ello es necesario que cada marca tenga la capacidad de indicar el origen empresarial de los productos.

En lo que se refiere a los límites de los derechos de exclusiva, el principio de competencia efectiva exige establecer un equilibrio no solo entre los intereses de los titulares de las marcas y la libre circulación de mercancías, sino también con los intereses de los otros actores del mercado en el uso de los signos distintivos para fines legítimos. El sistema de competencia no falseado es un principio interpretativo que permitirá fijar el correcto alcance de los derechos de marca, esto es, que permitirá encontrar el equilibrio entre los intereses de los titulares marcarios y los de los otros operadores del mercado y los consumidores. En suma, el sistema de competencia no falseado es el criterio rector en la interpretación del principio de agotamiento<sup>56</sup>, en los supuestos de obstaculización de las importaciones paralelas analizados desde el prisma de las normas de la competencia.

La STJ *Schweppes* no se pronuncia sobre la interpretación de las normas de la competencia porque el Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona únicamente le sometió dudas interpretativas sobre la interpretación del principio de agotamiento de los derechos de marca a la luz de las normas sobre libre circulación de mercancías. Sin embargo, es menester mencionar que, en el procedimiento principal, la parte demandada ejerció en sede reconvencional, acciones por infracción de las normas de la competencia<sup>57</sup>. Posteriormente, en el acto de vista, la actora reconvencional desistió de las acciones de defensa de la competencia porque la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNMC) había incoado expediente sancionador<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> A diferencia de otros derechos de propiedad industrial como las patentes, el objetivo de las marcas no es conferir una posición exclusiva en el mercado para determinados bienes o tecnologías. Las marcas no generan obstáculos de entrada a los mercados. Para entrar en el mercado, los operadores únicamente tienen que distinguir sus productos con otra marca que permita establecer el origen empresarial de sus productos.

<sup>55</sup> STJ *Hag GF (Hag II)*, apartado 13.

<sup>56</sup> La postura adoptada por el Tribunal de Justicia en la STJ *Van Zuylen Hag (Hag I)* anticipada, en el ámbito de las normas de competencia, por la STJ de 18 de febrero de 1971, *Sirena v. Eda* (40/70, ECLI:EU:C:1971:18), apartado 11, y confirmada por la STJ de 22 de junio de 1976, *Terrapin* (119/75, EU:C:1976:94), apartado 6.

<sup>57</sup> La acción ejercitada se describe en los siguientes términos: «Acción de defensa de la competencia por infracción de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y del artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia, al haber incurrido en actos de limitación de la distribución de productos “Schweppes” auténticos y en actos de reparto del mercado y de las fuentes de aprovisionamiento» (SJM8B *Schweppes*, apdos. 7 y 10; hecho primero del Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial en este procedimiento ordinario).

<sup>58</sup> Expediente sancionador S/DC/0548/15: *Schweppes* que fue concluido mediante terminación convencional el 29 de junio de 2017, RCNMC *Schweppes* (<https://www.cnmc.es/expedientes/>)



A continuación, se explican las peculiaridades de la aplicación de las normas de la competencia a las prácticas restrictivas de restricción del comercio paralelo en supuestos de marcas paralelas desmembradas y por qué la persecución pública de estas conductas es esencial. Para acabar, se realiza un análisis crítico de la terminación convencional adoptada por la CNMC en el expediente *Schweppes*.

#### A. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA COMO PRESUPUESTO DE LA ILICITUD DE LAS RESTRICCIONES AL COMERCIO PARALELO

La temática analizada se refiere a restricciones al comercio paralelo en supuestos de marcas paralelas desmembradas, esto es, a restricciones al margen de la red autorizada del fabricante<sup>59</sup>. No se abordan aquí ni los acuerdos de licencia ni los sistemas de distribución exclusiva o selectiva, porque de lo que se trata es de las importaciones paralelas realizadas por operadores ajenos a la red oficial del titular de la marca.

Cuando existen marcas paralelas con titularidad única, el principio de agotamiento permite que surja el comercio paralelo, incrementando de este modo la competencia intra marca. La doctrina del agotamiento, junto con la prohibición a las restricciones a las ventas pasivas, deben permitir que los consumidores europeos se beneficien de precios más bajos.

En principio, el agotamiento de los derechos conferidos por la marca no se aplica al comercio entre territorios de titulares diferentes de marcas paralelas. Cada titular podrá ejercer su *ius prohibendi* para oponerse a la entrada de productos de marca idéntica, pero de un tercero. Si los titulares de las marcas paralelas desmembradas acuerdan, entre sí, un sistema de compartimentación absoluta entre sus territorios respectivos, este acuerdo no vulnerará el art. 101 TFUE. En el mismo sentido, si uno de los titulares ostentase una posición de dominio, sus actuaciones tendentes a excluir del territorio A los productos de marca idéntica procedentes del territorio B

---

*sdc054815*), sorprendentemente, excluyendo de los compromisos el objeto de la cuestión prejudicial (a saber, la oposición a las importaciones paralelas procedentes del reino Unido) a pesar de que era una restricción denunciada e investigada. La Resolución indica que: «La presente terminación convencional debe entenderse en todo caso sin perjuicio del resultado del asunto C-291/16, *Schweppes S. A./Exclusivas Ramírez S. L.*, y de la sentencia que pueda llegar a emitir el TJ en el mismo en relación a la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2008/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, así como del resultado del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona en el que dicha cuestión prejudicial fue formulada». Es difícilmente comprensible en el marco legal de la terminación convencional el significado de la expresión «sin perjuicio». La Resolución no contiene ningún compromiso sobre los obstáculos a las importaciones procedentes de los territorios en los que el titular de la marca es Coca-Cola, en particular del Reino Unido. En consecuencia, se produce una situación anómala en la que se ha cerrado un expediente mediante una terminación convencional que no incluye el principal objeto de la incoación tal y como es descrito en la nota de prensa de la incoación emitida por la CNMC (<https://www.cnmc.es/file/125687/download>).

<sup>59</sup> No se va a tratar en esta sede la articulación de los derechos de marca con las restricciones territoriales de venta en las redes oficiales de distribución, pues es una cuestión que excede el ámbito de esta colaboración.

donde el titular es un tercero, no serán abusivas. Todas estas actuaciones restrictivas encuentran cobertura legal en la legislación marcaria.

En suma, las normas de defensa de la competencia no pueden perseguir comportamientos de los titulares marcarios que restringen el comercio paralelo entre territorios de titulares diferentes de marcas idénticas cuando esta fragmentación del mercado interior tiene una cobertura legal. La compartimentación tendrá un origen legal y no será consecuencia de una conducta empresarial.

Pero esta cobertura legal puede desaparecer. Si a resultas de la explotación coordinada o concertada de las marcas o del mantenimiento de una imagen de marca global se aplica el principio de agotamiento, cualquier actuación que tenga como objeto o efecto compartimentar el mercado será susceptible de análisis bajo el prisma de los arts. 101 y 102 TFUE. En este escenario, estos preceptos tienen como finalidad garantizar la competencia inter marca que permite generar el principio de agotamiento.

Las normas de defensa de la competencia tienen como función garantizar que los titulares de las marcas paralelas conjuntamente o unilateralmente no puedan anular la corriente de comercio paralelo abierta como consecuencia de la aplicación del principio de agotamiento de los derechos marcarios. Hay que recordar que el principio del agotamiento es un instrumento de equilibrio de dos sectores normativos para los cuales el Derecho europeo no ha previsto unas autoridades con facultades sancionadoras. La efectividad del principio de agotamiento requiere que se inste su reconocimiento en sede judicial y su eficacia será inter partes<sup>60</sup>, por lo que el pronunciamiento únicamente afectará a los productos litigiosos<sup>61</sup>.

La necesidad de que exista agotamiento como requisito previo a la existencia de infracción de las normas de competencia a causa de restricciones al comercio paralelo de productos designados con marcas paralelas sería la explicación de porqué hasta el momento el TJ no ha analizado nunca esta cuestión en profundidad.

Hasta aquí, lo importante es retener que las prácticas de compartimentación del mercado entre territorios de diferentes titulares marcarios en supuestos de marcas paralelas únicamente son analizables desde el prisma de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>62</sup>, si se aplica el principio del agotamiento a las importaciones paralelas litigiosas.

---

<sup>60</sup> Esta afirmación no contradice la posibilidad de que la Comisión Europea inicie un procedimiento de incumplimiento contra España por una práctica administrativa sistemática por parte de las autoridades españolas (sentencias reiteradas que no aplican el principio de agotamiento de conformidad con la jurisprudencia del TJ), que supone un obstáculo para el libre intercambio de los productos y que, por consiguiente, constituye una medida de efecto equivalente prohibida por el art. 34 TFUE [Sentencia de 5 de marzo de 2009, *Comisión c. España* (C-88-07, ECLI:EU:C:2009:123), apdo. 54].

<sup>61</sup> Véase *infra* apartado III.C.

<sup>62</sup> Anteriormente arts. 81 y 82 CE.



## B. RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA EN SUPUESTOS DE MARCAS PARALELAS DESMEMBRADAS

Los titulares de las marcas paralelas desmembradas que, tras la fragmentación han actuado de un modo tal que han provocado la aplicación del principio de agotamiento, pueden posteriormente intentar obstruir las oportunidades de comercio paralelo que se han generado<sup>63</sup>.

Con carácter previo a la exposición de estos comportamientos obstructivistas, es menester excluir de este análisis el contrato de cesión de marcas paralelas. Aunque cabe la posibilidad de que la cesión tenga una finalidad anticompetitiva, en el sentido de que se realice con el objetivo de instrumentalizar las marcas para compartimentar el mercado, la cesión parcial de marcas paralelas no es *per se* perseguible en base al art. 101 TFUE. El falseamiento de la competencia no resultará del contrato de cesión celebrado, sino únicamente del modo en que se realiza el ejercicio de los derechos de marca con posterioridad al desmembramiento de las marcas paralelas. El efecto restrictivo asociado al contrato de cesión parcial de marcas paralelas se produce únicamente cuando los titulares de las marcas paralelas desmembradas optan por hacer uso de sus derechos para impedir las importaciones paralelas sin el amparo del Derecho de marca. Si este ejercicio contraviene el agotamiento constatado a consecuencia del comportamiento de los titulares tras el desmembramiento, podrá existir infracción de los arts. 101 y 102 TFUE y podrá ser oportuno analizar las circunstancias del contrato de cesión.

También con carácter previo, conviene aclarar que la conducta supuestamente restrictiva no se puede presumir iniciada con el comportamiento que ha dado pie al agotamiento. El ejercicio de los derechos de marca de una manera que no permite garantizar de forma independiente su función esencial o la coordinación o concertación en la explotación de las marcas desmembradas<sup>64</sup> no son conductas restrictivas *per se*<sup>65</sup>. Mantener una

<sup>63</sup> La existencia de cuantiosa información pública sobre el asunto *Schweppes* permite ilustrar con este litigio diferentes conductas restrictivas perseguibles en base a los arts. 101 y 102 TFUE. Además, de la STJ *Schweppes* y las Conclusiones AG *Schweppes*, así como la SJM8B *Schweppes* (también, el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial) y la RCNMC *Schweppes*, se han publicado numerosas noticias que se hacen eco de las vicisitudes de la actuación de SSA para impedir la comercialización en España de tónica Schweppes procedente de otros países de la SSA. A título de ejemplo, [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/03/10/empresas/1394434863\\_487144.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/03/10/empresas/1394434863_487144.html), <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/schweppes-versus-schweppes-bye-bye-libre-circulacion-de-mercancias/>, <http://www.expansion.com/2014/06/30/juridico/1404152786.html>.

<sup>64</sup> Esta coordinación o concertación no es restrictiva por objeto. En efecto, en situaciones de conflictos marcarios, la negociación de convenios de coexistencia entre signos distintivos en disputa es una solución consensuada habitual. En estos convenios las partes se comprometen, entre otros extremos, a dejar de utilizar tal o cual marca y/o a abstenerse de solicitar registros en un periodo de tiempo más o menos largo. Estos acuerdos no tienen por objeto restringir la competencia.

<sup>65</sup> «Con carácter preliminar, procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo debe tener “por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”. Es jurisprudencia reiterada, desde la Sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, rec. p. 337), que el carácter alternativo de este

imagen de marca global o una coordinación en la explotación de las marcas no tiene efectos restrictivos sobre el comercio paralelo, aunque sí sea perjudicial para un sistema de competencia no falseado, pues se confunde a los otros operadores y al consumidor sobre el origen empresarial de los productos. Por ello, el TJ, en el asunto *Schwepkes*, ha decretado el agotamiento. Es lógico suponer que cuando se produce un desmembramiento voluntario y los titulares adoptan algunos de los comportamientos que causan agotamiento de los derechos de marca, su objetivo es preservar el valor de la marca no haciendo visible a los ojos de los consumidores el desmembramiento de su titularidad. El agotamiento es una «sanción» latente, que se manifiesta cuando el titular de la marca del territorio A pretende oponerse a la importación paralela de productos con la marca del territorio B de otro titular.

Si existen diferencias de precios interesantes, los operadores del comercio paralelo iniciarán importaciones paralelas confiados en la imagen de marca global. Si ante estos flujos de importaciones paralelas, los titulares de las marcas paralelas desmembradas no intentan oponerse a esta competencia inter marca, no existe infracción de la competencia porque no se producen efectos restrictivos de compartimentación del mercado. El agotamiento manifiesta sus efectos dando cobertura legal a estas importaciones paralelas.

La restricción a la competencia se inicia cuando los titulares de las marcas paralelas adoptan comportamientos tendentes a obstaculizar el comercio paralelo, salvo la existencia de indicios que indiquen que la finalidad de la cesión era restrictiva. Y subsiste mientras perduran los efectos de la conducta de compartimentación del mercado.

La dificultad es que, en la práctica, el pronunciamiento sobre la aplicación del principio de agotamiento en estos supuestos se produce en el marco de litigios de oposición a importaciones paralelas y, hasta ahora, los importadores no han invocado, salvo en el procedimiento ordinario que ha dado lugar a la STJ *Schwepkes*<sup>66</sup>, la infracción de normas de la competencia. El asunto *Schwepkes* abre nuevas vías de defensa ante obstrucciones del comercio paralelo sin cobertura del Derecho marcario. Por tanto, antes de oponerse a las importaciones paralelas, los titulares de marcas paralelas desmembradas deberían autoevaluar si su comportamiento tras la cesión puede ser causante de la aplicación del principio de agotamiento pues en caso de respuesta positiva, su conducta será muy posiblemente restrictiva.

La forma de obstaculizar las importaciones paralelas puede ser diversa como, por ejemplo, intentar el cese de las importaciones con coacciones

---

requisito, como indica la conjunción “o”, lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Cuando queda acreditado el objeto contrario a la competencia de un acuerdo, no es necesario examinar sus efectos (véase la Sentencia de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, rec. p. 19291, apdo. 55 y jurisprudencia citada)» [STJ de 3 de junio de 2010, *Coty Prestige Lancaster Group* (C-127/09, EU:C:2010:313), apdo. 34].

<sup>66</sup> Véase *infra* III.D.



extrajudiciales o la firma de acuerdos con distribuidores independientes de que únicamente adquieran productos distinguidos con la marca del titular del territorio donde se realiza la comercialización. Una cuestión compleja es determinar si las demandas por infracción marcaría contra los importadores paralelos constituyen, en sí mismas, una actuación restrictiva. El análisis desde la óptica de las normas de la competencia debe realizarse atendiendo a los efectos de la conducta sobre la competencia, de tal modo que no será la misma la valoración de un comportamiento del titular marcario consistente en una demanda aislada contra un único distribuidor paralelo que una conducta global contra muchos importadores paralelos con el objetivo del cese inmediato del comercio paralelo mediante la solicitud de medidas cautelares *in limine litis*. El hecho de que se recurra a la vía judicial para hacer valer un supuesto *ius prohibendi* no impide que se considere que se está ante un comportamiento restrictivo de la competencia.

En caso de denuncia de las conductas de compartimentación del mercado ante las autoridades responsables de la aplicación de las normas de competencia (tanto aplicación pública como privada), estas deberán resolver la cuestión del agotamiento, para así determinar si pueden existir prácticas restrictivas. En el apartado siguiente se señalan determinadas peculiaridades y dificultades procesales que plantea la articulación de la cuestión previa del agotamiento con la aplicación de las normas de competencia.

Partiendo de la existencia de agotamiento de los derechos de marca, se describen, a continuación, algunos supuestos de prácticas restrictivas<sup>67</sup>.

Una primera situación consistiría en la existencia de un pacto entre los titulares de las marcas paralelas para mantener una estructura de distribución oficial en las que se contempla una prohibición de ventas pasivas a clientes del territorio del otro titular marcario. Esta situación de infracción del art. 101 TFUE debería ser analizada desde las perspectivas horizontal y, en su caso, vertical. Además, sería conveniente verificar si la cesión tenía finalidades anticompetitivas.

Una segunda situación más probable, es cuando uno de los titulares pretende impedir las importaciones paralelas dentro de su territorio, mientras que el otro titular se mantiene pasivo. Se produce una restricción de la competencia que será perseguible en base al art. 102 del TFUE si el

---

<sup>67</sup> Es importante tener en mente que el agotamiento certifica que la competencia inter marca de los productos distinguidos con marcas paralelas desmembradas es la situación que permite el correcto funcionamiento del mercado interior. Cualquier restricción a este comercio paralelo constituye una infracción grave de las normas de defensa de la competencia. Además, los titulares de las marcas paralelas pasan a ser empresas competidoras. Ahora bien, este cambio de las condiciones de competencia no altera la calificación no restrictiva por objeto de la coordinación para el mantenimiento de una imagen global o de la explotación en coordinación o concertada de las marcas. Lo que ocurre es que la aplicación del principio de agotamiento deslegitima las conductas que puedan tener como efecto restringir el comercio paralelo compartimentando así el mercado.

titular tiene posición de dominio en el mercado de destino de las importaciones paralelas. En estas circunstancias, también se aplica el art. 101 TFUE porque los dos titulares son partícipes de la conducta<sup>68</sup>, si bien puede ser que únicamente uno sea responsable a los efectos de la sanción pecuniaria.

En ambas situaciones, si la aplicación del principio de agotamiento se fundamenta en la existencia de una concertación en la explotación marcaría, el estándar de prueba exigible para la aplicación de las normas de competencia no tiene porque ser superior al exigido para afirmar la existencia de vínculos económicos entre los titulares de las marcas paralelas. Debe recordarse que la STJ *Schweppes* establece unos criterios de carga de la prueba importados del ámbito de la aplicación de las normas de competencia. La existencia de esta coordinación o concertación también da base a la aplicación del art. 101 TFUE, aunque el expediente se incoe o la acción se ejercite únicamente contra el titular que ha obstaculizado el comercio paralelo. La conexión entre la coordinación que da lugar al agotamiento de los derechos de marca y los efectos restrictivos de obstrucción de las importaciones paralelas es clara. La obstrucción la materializa generalmente el titular del territorio de destino de las importaciones paralelas. Como ya se ha apuntado, cabe considerar que ambos titulares han participado en la conducta, aunque únicamente uno de ellos haya ejecutado la oposición a las importaciones<sup>69</sup>.

En relación al supuesto de agotamiento en base al mantenimiento de una imagen de marca global, el TJ dispone que puede tratarse de un comportamiento unilateral o bilateral. Si la conducta es bilateral para la aplicación del art. 101 TFUE, lo expuesto en relación a la concertación en la explotación marcaría es igualmente aplicable a este supuesto. Si es unilateral, únicamente será perseguible en aplicación del 102 del TFUE.

La tercera y última situación, es que el titular que pretende eliminar el comercio paralelo imponga acuerdos con los importadores paralelos mediante los cuales estos se comprometan a no comercializar productos procedentes del comercio paralelo. Estos acuerdos contienen una restricción vertical muy grave que infringe el art. 101 TFUE<sup>70</sup>. En este caso, siguiendo la práctica habitual en el análisis de los acuerdos verticales, se consideraría responsable de la infracción al titular de la marca que ha suscrito los acuerdos.

<sup>68</sup> Normalmente, solo actúa el titular perjudicado por las importaciones paralelas. Por tanto, el que se oponga a las mismas uno u otro es circunstancial.

<sup>69</sup> Entre otras razones porque, atendiendo al carácter nacional de la marca, únicamente el titular de la marca o su licenciatario puede ejercer el *ius prohibendi*.

<sup>70</sup> En el caso de *Schweppes* se plantea una situación añadida y es que se han dictado más de 40 sentencias antes del pronunciamiento del TJ. En estas sentencias, se estima la demanda de *Schweppes*. La mayoría de estas sentencias son firmes. Estas sentencias no son revisables. El importador paralelo puede decidir reiniciar su actividad de comercio paralelo y si es nuevamente demandado, invocar el agotamiento y la infracción de las normas de la competencia, aportando los elementos de prueba suficientes para que el juez pueda decidir sobre la concurrencia de alguna de las dos situaciones del asunto *Schweppes*.



C. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN PÚBLICA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA PARA LA SUPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS DE COMPARTIMENTACIÓN DEL MERCADO BASADAS EN MARCAS PARALELAS

El agotamiento es un principio que se predica respecto de cada producto en concreto. El agotamiento se presenta como un efecto limitativo de los derechos exclusivos del titular de la marca que surge como consecuencia de la primera comercialización de los productos, siempre y cuando se den determinados requisitos, en particular el consentimiento a esta primera comercialización en el EEE. Por ello, cuando surge un litigio marcario en el que se discute el alcance del *ius prohibendi*, la declaración respecto del agotamiento únicamente se refiere a los productos litigiosos.

La delimitación de cuáles son los productos litigiosos está en función de cómo se plantee la demanda. Si la demanda se plantea en relación a unos determinados lotes de productos, el pronunciamiento únicamente afectará a dichos productos. Pero si la demanda se plantea en términos más generales, el alcance podrá ser más amplio, aunque siempre con efectos inter partes.

De la STJ *Schweppes* en el procedimiento principal se desprende que la demanda se plantea en términos genéricos<sup>71</sup>: Schweppes, S. A., solicita que se declare «que la importación y/o distribución y/o almacenamiento y/o comercialización por parte de Red Paralela, S. L., y Carbóniques Montaner, S. L., en España de cualesquiera productos identificados con la marca Schweppes, los cuales no hayan sido fabricados por la mercantil Schweppes, S. A. o un tercero autorizado, supone una infracción del derecho exclusivo de la marca»<sup>72</sup>. El Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona desestima esta pretensión y declara el agotamiento de los derechos de marca en los siguientes términos:

«79. Acreditadas las circunstancias expuestas por el TJ en la Sentencia de 20 de diciembre de 2017, la promoción de una imagen global y única de marca y la existencia de vínculos económicos para la explotación y uso de la marca, debo concluir que en el caso de autos existe consentimiento tácito por parte de SSA en la introducción de producto marcado con la marca paralela en el EEE, por lo que de conformidad con el art. 36 de la LM existe agotamiento de su Derecho de marca, *no pudiéndose oponer a la comercialización llevada a cabo por las demandadas*, es decir, a la introducción en España de tónicas Schweppes inglesas, por lo que procede la desestimación de la demanda»<sup>73</sup>.

Por tanto, el agotamiento se declara para todas las botellas de tónica Schweppes (declaración genérica) con marca paralela que importen las demandas (efecto inter partes) desde un país del EEE.

<sup>71</sup> Este es el caso de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona y, a tenor de la resolución de la CNMV, también en todos los otros procedimientos iniciados por esta entidad contra distribuidores de productos procedentes del comercio paralelo.

<sup>72</sup> SJM8B *Schweppes*, Antecedente de Hecho 1.º

<sup>73</sup> SJM8B *Schweppes*, FD 10, apartado 79 (cursiva añadida).

El carácter inter partes junto con la delimitación genérica de los productos litigiosos en las demandas conlleva un riesgo evidente de decisiones judiciales contradictorias, tanto entre procedimientos sobre infracción marcaria contra distribuidores diferentes, como entre procedimientos sobre infracción marcaria y procedimiento sobre infracción competencial entre las mismas partes. Si en el procedimiento por infracción marcaria no se plantean acciones de competencia, nada impide que el distribuidor independiente que ha sido condenado por infracción marcaria plantee, posteriormente, una demanda contra el titular marcario por infracción de las normas de defensa de la competencia.

A la vista de esta complejidad, adquiere especial relevancia la aplicación pública de las normas de defensa de la competencia. Las conductas que compartimentan el mercado interior son especialmente lesivas para el correcto funcionamiento del mercado interior. La limitación del *ius prohibendi* es el instrumento de la libre circulación de mercancías que es la política nuclear del mercado interior, mientras que la política de competencia constituye un instrumento para la consecución de este objetivo.

La Comisión Europea y los órganos nacionales de la competencia son las autoridades mejor colocadas para realizar un pronunciamiento de alcance general que, en caso de constatarse la infracción, consiga el cese de las restricciones al comercio paralelo. Las autoridades de competencia deben pronunciarse con carácter previo sobre la existencia o no de agotamiento. Las pautas que establece la STJ *Schweppes* son de obligado cumplimiento para estas autoridades. La instrucción que se requiere para comprobar si existe o no concertación en la explotación marcaria o, incluso, si existe o no una imagen de marca global no es ni más compleja ni más costosa que la que se requiere para establecer la existencia de infracciones competenciales. Apreciado el agotamiento, la acreditación del comportamiento obstructor del comercio paralelo no plantea dificultades relevantes, así como tampoco la identificación de los infractores.

Es evidente que la ilicitud marcaria que se encuentra en el origen de estas infracciones de la competencia exige a las autoridades de competencia adentrarse en un ámbito jurídicamente complejo. Pero también es cierto que estas autoridades no se encuentran limitadas por el carácter nacional de los derechos marcarios litigiosos y que su intervención no limitada por el alcance inter partes de las sentencias en procedimientos ordinarios es más efectiva.

#### D. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE LA CNMC EN EL ASUNTO *SCHWEPPE*S

Como ya se ha mencionado, Red Paralela, S. L., parte demandada en el procedimiento por infracción marcaria iniciado por Schweppes, S. A., ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, se opuso a la demanda por supuesta infracción marcaria invocando la existencia de agotamiento



de los derechos de marca y, en vía reconventional, ejercitó acciones por infracción de las normas europeas de la competencia. Paralelamente, el 13 de febrero de 2015, Red Paralela, S. L., presentó una denuncia ante la CNMC que fue incoada el 17 de septiembre de 2015<sup>74</sup>. La incoación abarca todas las actuaciones emprendidas por SSA para impedir las importaciones paralelas hacia España.

Esta situación de aplicación paralela, pública y privada, de las normas de la competencia desapareció cuando Red Paralela, S. L., desistió, en el procedimiento ordinario, de las acciones por infracción de la competencia. Según se desprende de la *SJM8B Schweppes*, este desistimiento, aceptado en fecha de 7 de abril de 2016, se justificó por haberse dictado el acuerdo de incoación de la CNMC. No obstante el desistimiento, la participación de Schweppes, S. A., y Red Paralela, S. L., como partes en ambos procedimientos, ha supuesto que la CNMC ha estado puntualmente informada de los desarrollos del litigio marcario que, como ya se ha expuesto, versa sobre la cuestión previa determinante en el análisis de la infracción competencial. En particular, la CNMC estuvo plenamente informada sobre el procedimiento prejudicial ante el TJ<sup>75</sup>.

Si se coteja la cronología de ambos procedimientos, se constata que el acuerdo de incoación del expediente sancionador es de fecha 17 de septiembre de 2015 y que, en menos de tres meses, se inicia el procedimiento de terminación convencional.

El 4 de julio de 2016, la CNMC tuvo conocimiento del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJ y del contenido de las cuestiones planteadas. El 9 de febrero de 2017, la CNMC recibió las observaciones escritas de la Comisión, Holanda y Grecia<sup>76</sup>, todas ellas apuntando claramente a la existencia de agotamiento. El 31 de mayo de 2017 se celebró la vista oral en el procedimiento prejudicial ante el TJ.

Este procedimiento prejudicial no debió de interesar a la CNMC pues, con fecha 31 de agosto de 2017 se elevó el informe propuesta de terminación prejudicial. De la *RCNMC Schweppes* se desprende que la instrucción decidió eludir el objeto principal de la denuncia, del acuerdo de incoación y de la cuestión prejudicial, y aceptar unos compromisos referidos únicamente a cuestiones circunstanciales que no han tenido efectos restrictivos reales sobre el funcionamiento del mercado<sup>77</sup>.

El 29 de junio de 2017, la CNMC dictó *RCNMC Schweppes*. El 12 de septiembre de 2017 se hacen públicas las Conclusiones AG *Schweppes* y el

---

<sup>74</sup> Nota de prensa de la incoación emitida por la CNMC (<https://www.cnmc.es/file/125687/download>).

<sup>75</sup> La información recibida por la CNMC sobre el desarrollo del procedimiento prejudicial se percibe claramente en la descripción de los Antecedentes de Hecho de la Resolución de la *RCNMC Schweppes*.

<sup>76</sup> *RCNMC Schweppes*, Antecedente de Hecho 18. Es relevante observar que España no se personó en el procedimiento ante el TJ.

<sup>77</sup> De la *SJM8B Schweppes* se desprende claramente que el comercio paralelo que Schweppes, S. A., quería impedir era el procedente del Reino Unido.

20 de diciembre de 2017 el TJ dictó la STJ *Schweppes*. Para un expediente cuyo procedimiento de terminación convencional ha durado dieciocho meses, es sorprendente que no se halla esperado a la finalización del procedimiento prejudicial para dictar la RCNMC *Schweppes*. Todavía más absurda y criticable es la situación creada por esta Resolución cuyo contenido crea una situación de gran inseguridad jurídica y bloqueo en la posibilidad de eliminación de los efectos de compartimentación del mercado interior.

En efecto, en los Fundamentos de Derecho de la RCNMC *Schweppes* se alude a la cuestión prejudicial en dos ocasiones:

«Tal y como se ha señalado en los antecedentes de hecho 14 y 18, en la actualidad se encuentra pendiente de resolución ante el TJ la cuestión prejudicial C-291/16, planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona mediante Auto de 17 de mayo de 2016 y concerniente a la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2008/95, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas».

«La presente terminación convencional *debe entenderse en todo caso sin perjuicio del resultado del asunto C-291/16, Schweppes, S. A. / Exclusivas Ramírez, S. L.*, y de la sentencia que pueda llegar a emitir el TJ en el mismo en relación a la interpretación del artículo 7 de la Directiva 2008/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, así como del resultado del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona en el que dicha cuestión prejudicial fue formulada»<sup>78</sup>.

La adopción de una Resolución de terminación convencional que no contiene compromisos sobre la totalidad de la conducta descrita por el acuerdo de incoación es una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>79</sup>. Más grave es que la adopción de la RCNMC *Schweppes* sin perjuicio del procedimiento prejudicial constituye un incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho europeo. En efecto, la inclusión de la expresión «debe entenderse en todo caso sin perjuicio» manifiesta que la CNMC era consciente de la relevancia del dictamen del TJ y, a pesar de ello, prescinde del mismo, lo cual es un incumplimiento flagrante del principio de cooperación leal con la UE. Este principio, establecido en el art. 4, apartado 1 TUE, comporta abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines de la UE. Las autoridades de competencia están vinculadas, cuando aplican el Derecho europeo, al imperativo de eficacia en el sentido de la cooperación leal con la UE.

<sup>78</sup> RCNMC *Schweppes*, Hechos acreditados II. Caracterización del mercado. 1. Marco Normativo *in fine* y Fundamentos de Derecho. Segundo. Valoración Jurídica de los Compromisos, respectivamente (cursiva añadida).

<sup>79</sup> Esta «reserva» debe ser interrelacionada con el hecho de que si bien el Acuerdo de incoación incluye los obstáculos a las importaciones procedentes de territorios donde el titular de la marca es Coca-Cola, los compromisos propuestos y aprobados únicamente alcanzan a las importaciones paralelas procedentes de territorios donde el titular de la marca es el mismo que en España, Schweppes International Limited.



Es significativo también el uso de la expresión «así como» con la que la CNMC pone al mismo nivel la sentencia del TJ y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona. Nada más incorrecto que equiparar ambas sentencias, cuando la propia magistrada del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona solicita el auxilio del TJ suspendiendo el procedimiento para plantear las preguntas prejudiciales. Es evidente que cerrar un procedimiento sancionador mediante terminación convencional en estas circunstancias comporta un riesgo real de que la RCNMC *Schweppes* vulnere el art. 101, apartado 1 TFUE en relación con el art. 4, apartado 1 TUE. No en vano, el TJ ha afirmado que «tanto el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, como el objetivo de la aplicación eficaz y uniforme del Derecho de la Unión en materia de competencia obligan al juez nacional a tener en cuenta el análisis preliminar de la Comisión y a considerarlo un indicio —o, incluso, un principio de prueba— del carácter contrario a la competencia del acuerdo en cuestión a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1»<sup>80</sup>. Esta doctrina es extrapolable a este caso, en el que la CNMC tuvo acceso, antes de aprobar la resolución de terminación de competencia, al escrito presentado por la Comisión Europea en el procedimiento prejudicial que ha dado lugar a la STJ *Schweppes*. En consecuencia, la CNMC debería haber esperado a que el TJ dictase la sentencia prejudicial<sup>81</sup>.

¿Cuál es la situación creada con la RCNMC *Schweppes*? Incierta y obstructiva. La conducta investigada era única, pero la CNMC ha adoptado conscientemente una resolución parcial. La terminación convencional impide a todos los distribuidores que se han visto obligados a cesar la importación paralela desde el Reino Unido, acceder a la información obrante en el expediente para intentar la aplicación privada de las normas de la competencia.

¿Cómo se podría desbloquear la situación? Un recurso-contencioso administrativo por parte de Red Paralela, S. L., que, según consta en la RCNMC *Schweppes* presentó alegaciones a los compromisos propuestos. También podría interpretarse la RCNMC *Schweppes* en el sentido de que la CNMC examinará de oficio la parte pendiente del expediente una vez dictada la STJ *Schweppes*. Finalmente, no se puede excluir que la Comisión Europea inicie un expediente, dado que la CNMC no ha entrado en el fondo<sup>82</sup>. Cualquiera de estas salidas será más lenta que haber esperado a la STJ *Schweppes* para resolver sobre la adecuación de los compromisos propuestos por las entidades investigadas.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el sistema de competencias establecido en los Tratados constitutivos para la consecución del mercado interior, el principio de agotamiento

<sup>80</sup> STJ de 23 de noviembre de 2017, *Gasorba y otros* (C-547/16, ECLI:EU:C:2017:891), apartado 29.

<sup>81</sup> En este sentido, la STJ de 25 de julio de 2018, *Georgsmarienhütte y otros* (C-135/16, ECLI:EU:C:2018:582), apartados 24 y 25.

<sup>82</sup> En sentido inverso, véase STJ *Gasorba y otros*.

comunitario del Derecho de marca es el instrumento de equilibrio entre la existencia de los derechos de marca nacionales y los objetivos de la libre circulación de mercancías, y los arts. 101 y 102 TFUE son el complemento necesario para evitar que los titulares perpetúen compartimentaciones del mercado sin la cobertura legal del Derecho de marcas. El principio de agotamiento no es suficiente para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior cuando los operadores instrumentalizan las marcas nacionales para compartimentar el mercado. En estos supuestos, la intervención pública de las autoridades de la competencia se asevera la más eficaz para el correcto funcionamiento del mercado interior.





# ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DE SANCIONES DE COMPETENCIA A TRAVÉS DE LAS RESOLUCIONES DE RECÁLCULO

Javier GARCÍA-VERDUGO

Asesor económico del Presidente CNMC  
Profesor Titular de Economía Aplicada

Ana VIEJO GONZÁLEZ

Asesoría Económica, CNMC

Carlos MERINO TRONCOSO

Asesoría Económica, CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. RECÁLCULOS REALIZADOS POR EL CONSEJO DE LA CNMC DESDE EL 29 DE ENERO DE 2015 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2017: A. Información recogida por expediente. B. Análisis de las multas recalculadas: a) Sanciones en euros. b) Comparación de multas en relación con el tamaño de la empresa (multa/VNT). c) Comparación de multas en relación con la dimensión de la infracción (multa/VNMA).—IV. FACTORES QUE EXPLICAN EL INCREMENTO O REDUCCIÓN DE LAS SANCIONES TRAS EL RECÁLCULO: EL CARÁCTER MULTIPRODUCTO DE LAS EMPRESAS.—V. CONCLUSIONES.—ANEXOS.—REFERENCIAS.

## I. INTRODUCCIÓN

La metodología de cálculo de sanciones por infracciones de la normativa de defensa de la competencia, tanto de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) hasta octubre de 2013 como, posteriormente, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se basaba en la Comunicación sobre la cuantificación de sanciones de febrero de 2009<sup>1</sup>, que establecía unas pautas muy similares —aunque no totalmente idénticas— a las recogidas en las Directrices de la Comisión Europea<sup>2</sup>.

---

<sup>1</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>2</sup> 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).



Esta Comunicación establecía el cálculo de sanciones en tres etapas. 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 y duración de la misma, así como los demás criterios para la determinación del importe de las sanciones previstos en el art. 64.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). A estos efectos, el volumen de ventas afectado era la suma ponderada de las ventas obtenidas por cada empresa infractora en el mercado afectado durante el tiempo en que la infracción hubiese tenido lugar, donde los pesos aplicados a la facturación en cada año de infracción eran decrecientes a medida que aumentaba la distancia con el momento de imposición de la sanción.

En segundo lugar, el importe básico se veía incrementado o reducido por un coeficiente de ajuste, en función de las circunstancias agravantes o atenuantes. Así, la aplicación de cada una de estas circunstancias aumentaba o reducía el importe básico entre un 5 y un 15 por 100.

Por último, la Comunicación señalaba que si la multa derivada de los dos pasos anteriores superaba el límite máximo del art. 63 de la LDC que fuera aplicable (1 por 100 del volumen de negocios total para las leves, 5 por 100 para las graves y 10 por 100 para las muy graves), el importe de la sanción debía ser reducido hasta dicho límite máximo, que se entendía como un umbral de nivelación para asegurar la continuidad de las empresas infractoras<sup>3</sup>.

La CNMC (siguiendo la práctica de su antecesora, la CNC) entendía que el art. 63 de la LDC establece un límite máximo para las sanciones expresado como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa, que se entendía como una medida de su capacidad de pago, mientras que la multa se fijaba en función de los criterios del art. 64, especialmente la dimensión del mercado afectado por la infracción. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a partir de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 en el caso *Vinos de Jerez*<sup>4</sup>, comenzó a cambiar su interpretación del art. 63 de la LDC, en contra de la práctica de la CNMC y de su propia interpretación hasta ese momento. La Audiencia Nacional comenzó a interpretar que la expresión «volumen de negocios total» del art. 63 debía entenderse como «volumen de negocios total en el mercado afectado por la infracción» y no como el volumen resultante de todas las actividades de la empresa. Por otro lado, la Audiencia Nacional defendía que los límites establecidos en el art. 63 debían entenderse como el límite superior de un arco sancionador y no como un «umbral de nivela-

---

<sup>3</sup> Si bien el párrafo 19 de la Comunicación de 2009 establecía que la multa no podría ser inferior al beneficio ilícito obtenido por la empresa infractora como consecuencia de su participación en la infracción, cuando fuese posible calcularlo, en la práctica la autoridad de competencia se limitaba a comprobar que la sanción se situase por debajo del límite legal.

<sup>4</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2013, recurso núm. 619/2010, en relación con el expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*.

ción» que operase *ex post* en caso de que la sanción resultante superase tal porcentaje. Por tanto, la Audiencia Nacional reducía las multas u obligaba a la CNMC a recalcularlas, por lo que la CNMC recurrió estas sentencias al Tribunal Supremo cuando era posible. A principios de 2015 había más de 16 recursos de casación pendientes de resolución<sup>5</sup>.

El 29 de enero de 2015 el Tribunal Supremo dictó una sentencia<sup>6</sup> —seguida, posteriormente, de otros pronunciamientos en el mismo sentido— que resolvió la disputa interpretativa entre la autoridad de competencia y la Audiencia Nacional, y obligó a abandonar la metodología establecida por la Comunicación de multas, sentando las bases de una nueva metodología, que se ha venido aplicando desde febrero de 2015.

Esta sentencia interpreta el art. 63.1 de la LDC de la siguiente manera, sentando así los criterios que sirven de base para el nuevo método:

- El 10 por 100 al que se refiere la ley no debe interpretarse como un límite extrínseco que se aplica *a posteriori*, una vez calculada la sanción, ya que esta práctica genera un sesgo al alza al situarse muchas multas en el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa. Según el Tribunal, este 10 por 100 constituye el límite superior de un arco sancionador dentro del cual se situará la multa en función de la gravedad de la conducta. El 10 por 100, por tanto, debe quedar reservado a las infracciones más graves.
- El volumen de negocios al que se refiere el art. 63.1 de la LDC debe entenderse como el volumen de negocios total de la empresa infractora. Esto es, en todas las actividades económicas en las que la empresa participe, independientemente de cuál sea el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción.
- El Tribunal Supremo insiste en la importancia —y reconoce la dificultad de esta tarea— de conseguir equilibrar la necesaria proporcionalidad con el imprescindible carácter disuasorio de las sanciones. La sentencia exige a la CNMC considerar la dimensión de la concreta infracción como una referencia necesaria para asegurar la proporcionalidad de las multas, especialmente en el caso de las empresas «multiproducto», utilizando la terminología del Tribunal.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia posterior en la misma línea, han obligado a la CNMC a elaborar un nuevo método de determinación de sanciones a partir de enero de 2015 de acuerdo con los anteriores criterios.

Este sistema consta de dos fases. En primer lugar, se determina un tipo sancionador general, basado en la gravedad y características generales de la infracción y aplicable, por tanto, a todas las empresas que forman parte

---

<sup>5</sup> Véase F. DÍAZ y J. GARCÍA-VERDUGO, «Las Guidelines del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», en *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, pp. 341-362.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en relación con el expediente S/0269/10, *Transitarios 2*.



de la misma. Para ello hay que definir la sanción como leve, grave o muy grave para precisar si el extremo superior del arco sancionador aplicable es del 1, 5 o 10 por 100 del volumen de negocios total. En segundo lugar, se realiza una valoración individual de la conducta de cada una de las empresas infractoras que se traduce en un aumento del tipo sancionador general.

Para la determinación del tipo sancionador general, se tienen en cuenta, de acuerdo con el art. 64 de la LDC, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción [art. 64.1.a)], la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables [art. 64.1.b)], el alcance de la infracción [art. 64.1.c)], la duración de la infracción [art. 64.1.d)], el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos [art. 64.1.e)] y los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción [art. 64.1.f)]. El tipo sancionador determinado a partir de estos criterios es aplicado a todas las empresas infractoras por igual, ya que refleja elementos generales de la conducta.

Una vez determinado el tipo sancionador general, se individualiza en función de la efectiva participación de cada empresa en la conducta. Para ello, se tiene en cuenta el volumen de negocios de cada empresa sancionada en el mercado afectado durante la infracción (en adelante, VNMA), que viene determinado por la duración e intensidad de la participación de cada una de ellas en la conducta.

Sumando el VNMA aportado por todas las empresas, se obtiene el total del volumen de negocios afectado por la infracción, a partir del cual se calcula la cuota de participación de cada infractora en la conducta, es decir, la proporción del VNMA de cada empresa sobre el total de la facturación en el mercado afectado por la conducta. Como se ha dicho, el VNMA depende tanto de la duración de la conducta acreditada para cada empresa como de la intensidad de su participación, por lo que constituye un buen criterio de individualización de la sanción.

Para que la sanción respete la efectiva dimensión de la conducta, se considera que aquellas empresas que tengan una cuota de participación más elevada merecerán un reproche sancionador mayor, por lo que se les incrementará el tipo sancionador general en mayor proporción.

Por otra parte, en esta fase de individualización se valoran también las circunstancias agravantes o atenuantes que, en su caso, puedan concurrir [art. 64.1.g) de la LDC], que se hayan especificadas respectivamente en los apartados 64.2 y 64.3.

Siguiendo la citada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 1, 5 o 10 por 100 del volumen total de negocios, la valoración de la densidad antijurídica de la conducta. De este modo, se fija el tipo sancionador que corresponde imponer a cada una de las empresas de acuerdo con la gravedad y características de la conducta, y de su participación en ella.

Una vez determinado el tipo sancionador total en estas dos fases, se realiza una última comprobación de proporcionalidad ya que, aunque el tipo sancionador sea adecuado a las características de la conducta y a la participación de cada empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto —es decir, empresas que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado— la sanción resultante podría ser desproporcionada respecto de la concreta dimensión de la infracción.

De acuerdo con la teoría de la multa óptima<sup>7</sup>, para valorar la proporcionalidad de las sanciones es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de su participación en la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental por motivo de disuasión<sup>8</sup>. La cifra estimada representa el límite por encima del cual una sanción se debe considerar desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la conducta. Por tanto, en caso de que la sanción en euros obtenida al aplicar el tipo sancionador al volumen de negocios total de la infractora resulte en una multa superior al límite de proporcionalidad para dicha empresa, la multa deberá reducirse hasta igualar este límite. En cambio, si la sanción en euros que se deriva del tipo sancionador total es inferior al valor de referencia estimado, significa que no hay dudas sobre su proporcionalidad y, por tanto, no es necesario realizar ningún ajuste.

Interesa mencionar que, después de bastantes meses de aplicación del nuevo sistema de determinación de multas, varias sentencias recientes de la Audiencia Nacional han confirmado por primera vez la nueva metodología, dos de ellas en relación una resolución sancionadora original<sup>9</sup> y otra sobre una resolución de recálculo<sup>10</sup>.

Los efectos de este nuevo método de determinación de sanciones han suscitado cierta controversia en sentidos opuestos. Por un lado, algunas empresas o sus representantes legales critican que el nuevo sistema genera sanciones más elevadas que las que se obtenían mediante el antiguo méto-

---

<sup>7</sup> Véase J. GARCÍA-VERDUGO, C. MERINO TRONCOSO y L. GÓMEZ CRUZ, «Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015)», en *Anuario de la Competencia 2016*, Fundación ICO, pp. 345-379.

<sup>8</sup> Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos necesarios para determinar el margen de beneficio ilícito, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los valores de los parámetros utilizados se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la base de datos de los ratios sectoriales de sociedades no financieras del Banco de España ([https://www.bde.es/bde/es/areas/cenbal/Bases\\_de\\_datos\\_p/Ratios\\_sectoria\\_70456df33de7551.html](https://www.bde.es/bde/es/areas/cenbal/Bases_de_datos_p/Ratios_sectoria_70456df33de7551.html)).

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 20 de marzo de 2018, recurso núm. 374/2016, y Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 6 de abril de 2018, recurso núm. 363/2016, ambas en relación con el expediente S/0504/14, AIO.

<sup>10</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 19 de marzo de 2018, recurso núm. 751/2015, en relación con el expediente S/0091/08, *Vinos finos de Jerez*.



do; al mismo tiempo, algunos expertos en política de competencia —sobre todo académicos— critican a la CNMC por estar reduciendo las sanciones y, por tanto, disminuir su efecto disuasorio. A veces ambas críticas se producen simultáneamente sobre una misma resolución sancionadora, lo que no deja de llamar la atención, por lo que se hace particularmente necesario realizar una comparación rigurosa que permita aclarar este debate.

Afortunadamente, este nuevo método no se ha utilizado solo para la determinación de sanciones en resoluciones originales posteriores al 29 de enero de 2015. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han anulado también diversas resoluciones exclusivamente en lo que se refiere a la cuantía de la multa por emplear el sistema previsto en la Comunicación de 2009, y han ordenado el recálculo de las sanciones utilizando el nuevo método.

Estas sentencias, que confirman la valoración realizada por la Autoridad de competencia pero que ordenan el recálculo con los criterios de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituyen el mejor campo de comparación de los dos métodos de determinación de sanciones, tanto en lo que se refiere a su capacidad disuasoria como a sus efectos diferenciales según el tipo de entidades sancionadas. En efecto, en el marco de las resoluciones de ejecución de sentencias de recálculo se ha aplicado el nuevo método de determinación de sanciones *a la misma infracción* que fue sancionada por la resolución original según la Comunicación de sanciones de 2009. Cualquier comparación de los dos métodos que se refiriera a casos diferentes no permitiría extraer resultados concluyentes, porque podría variar el tipo de infracción, su gravedad, las características del mercado afectado, su dimensión, y el resto de criterios del art. 64 de la LDC que se tienen en cuenta para la fijación de la multa.

Con el fin de comparar los dos métodos de determinación de sanciones, los únicos recálculos relevantes son aquellos que han tenido que realizarse únicamente porque el sistema de fijación de la sanción utilizado originalmente ha sido anulado. Es decir, no se han tenido en cuenta en este trabajo aquellos recálculos en los que los tribunales han obligado a modificar alguna otra circunstancia además del sistema de determinación, como pueden ser la duración de la conducta, su gravedad, la definición del mercado afectado, o cualquier otro elemento relevante para la cuantificación de la sanción.

El resto de este trabajo se estructura como sigue. En primer lugar, se analizan los datos disponibles de cada expediente que ha sido objeto de recálculo; posteriormente se realiza un sencillo análisis descriptivo de estos datos acompañado de algunas ratios con el objetivo de comparar el nivel de las multas originales con las resultantes del recálculo con la nueva metodología sancionadora; finalmente, se estudian los motivos que pueden explicar las diferencias entre las sanciones derivadas de uno y otro sistema sancionador, y en concreto se destaca la importancia de la caracterización de las empresas como monoproducción o multiproducción para la determinación de las sanciones.

## II. RECÁLCULOS REALIZADOS POR EL CONSEJO DE LA CNMC DESDE EL 29 DE ENERO DE 2015 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2017

Una vez detallados los dos sistemas de determinación de sanciones, en los siguientes apartados se recogen todas las resoluciones de recálculo de sanciones aprobadas por el Consejo de la CNMC después del 29 de enero de 2015 y hasta el final de 2017, que permiten comparar el sistema antiguo de cálculo contenido en la Comunicación de sanciones de 2009 y el sistema nuevo, establecido —como se ha dicho— a partir de los criterios expuestos por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de enero de 2015.

A continuación, se analizan las multas impuestas en la resolución que finaliza el expediente sancionador original (en adelante, resolución original) con las multas impuestas a las mismas empresas tras el recálculo de la sanción y antes de la aplicación, en su caso, del principio de prohibición de *reformatio in peius*. Como es sabido, este principio prohíbe que los tribunales que resuelvan un recurso impongan una pena más elevada que la que fue fijada en la resolución original. Por tanto, en sus recálculos la CNMC está obligada a imponer una sanción menor o igual que la que fue aplicada originalmente, de modo que cuando el nuevo método genera una multa superior a la inicial, se impone de nuevo la multa original. Sin embargo, en este estudio tendremos en cuenta únicamente la multa que *habría sido impuesta* en caso de no existir esta prohibición, es decir, la obtenida mediante el método actual de determinación de sanciones, que es la única que permite realizar una comparación adecuada.

### A. INFORMACIÓN RECOGIDA POR EXPEDIENTE

Se han recopilado todas las empresas cuyas sanciones han sido objeto de recálculo, según los criterios expuestos anteriormente. Debe tenerse en cuenta que en algunos expedientes no se han recalculado las sanciones de todas las infractoras, ya que las sentencias se refieren a empresas y no a expedientes en conjunto. Por este motivo, los datos se recogen por empresas y no por expedientes.

En total se trata del recálculo de las sanciones de 71 empresas, que pertenecen a 22 expedientes. De cada una de ellas se ha recopilado la siguiente información:

- a) *Empresas infractoras y expediente al que pertenecen*: nombre de la empresa y referencia del expediente en el que fue sancionada.
- b) *Duración*: duración en meses de la participación de cada empresa en la conducta ilícita sancionada.
- c) *Sanción original y sanción recalculada*: en primer lugar, la cuantía en euros de la sanción que aparece en la resolución original de la CNC o CNMC. En segundo lugar, la cuantía de la sanción recalculada.



lada con la nueva metodología, pero antes de la aplicación de la prohibición de *reformatio in peius* en aquellos casos en los que la multa final supera a la original.

- d) *Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA)*: volumen de facturación de las entidades infractoras en el mercado afectado por la infracción. Para cada una se incluye la suma de la facturación de cada año que dura la infracción, a diferencia de lo previsto en la Comunicación de multas de la CNC, como se ha explicado anteriormente.
- e) *Volumen de negocios total (VNT) del año inmediatamente anterior a la imposición de la multa*: se utiliza el volumen de negocios total de cada entidad, de acuerdo con el art. 63 de la LDC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es decir, la cifra de negocios según aparezca reflejada en las cuentas anuales de la empresa, sin desagregar por ramas de actividad o áreas geográficas.
- f) *Porcentaje que supone la multa en euros sobre el VNT de la empresa, tanto en la resolución original como en la de recálculo*: como puede observarse, en el caso de las resoluciones de recálculo este porcentaje es igual al tipo sancionador total, determinado a partir de los criterios del art. 64, que se aplica sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción para obtener la multa en euros.
- g) *Ajuste de proporcionalidad*: la base de datos recoge si en el recálculo de cada empresa fue necesario ajustar la sanción reduciéndola hasta el límite de proporcionalidad estimado, por ser este inferior a la sanción en euros resultante del tipo sancionador total, así como la cuantía de dicho límite.

La siguiente tabla muestra los expedientes que se han tenido en cuenta en este trabajo, así como el número de empresas de cada expediente que fueron recalculadas hasta el 31 de diciembre de 2017<sup>11</sup>. Los expedientes aparecen ordenados cronológicamente según la fecha de la primera resolución de recálculo de cada uno de ellos.

**Tabla 1.** Expedientes sancionadores con empresas objeto de resoluciones de recálculo

<i>Código del expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Número de empresas objeto de recálculo</i>
S/0269/10	Transitarios 2	1
S/0091/08	Vinos finos de Jerez	2
S/0226/10	Licitaciones de carreteras	12

<sup>11</sup> Para una información más detallada acerca de los datos utilizados, véase el Anexo I.

<i>Código del expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Número de empresas objeto de recálculo</i>
S/0424/12	Notarías de Ceuta	3
S/0018/11	Endesa	1
S/0646/08	Axion/Abertis	1
S/0627/07	Estación Sur de Autobuses	1
S/0287/10	Postensado y geotecnia	4
S/0179/09	Hormigón y productos relacionados	2
S/0241/10	Navieras de Ceuta 2	1
588/05	Distribuidores de cine	5
S/0060/08	Sintrabi	1
S/0342/10	Espuma de poliuretano	1
S/0312/10	Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas	2
S/0037/08	Compañías de seguro decenal	4
S/0402/12	Espuma elastomérica	1
S/0237/10	Motocicletas	6
S/0410/12	Ascensores 2	2
S/0317/10	Material de archivo	2
S/0380/11	Coches de alquiler	10
S/0376/11	Panaderías de Pamplona	6
S/0329/11	Asfaltos de Cantabria	3

## B. ANÁLISIS DE LAS MULTAS RECALCULADAS

A continuación, se muestran una serie de estadísticos descriptivos y diferentes ratios obtenidos a partir de la información de la base de datos, que permiten realizar una primera comparación de las sanciones obtenidas originalmente mediante el método de la Comunicación de 2009 y las sanciones recalculadas utilizando el nuevo método.

### a) Sanciones en euros

De las 71 multas recalculadas relevantes para este trabajo se obtienen los siguientes datos que ofrecen una visión general.



En la Tabla 2 se observa a primera vista que en una clara mayoría de casos (62 por 100) la sanción recalculada es menor que la sanción original, con una minoración media de la sanción de aproximadamente el 45 por 100. Este resultado puede considerarse coherente con la afirmación que hace el Tribunal Supremo, en la sentencia que da origen al nuevo método, acerca del «sesgo al alza» de las sanciones que generaba el sistema anterior.

**Tabla 2.** Comparación entre multas originales y recalculadas

<i>Multa</i>	<i>Número</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Modificación media</i>
Original > Recálculo	44	62,0%	-44,7%
Recálculo > Original	27	38,0%	+69,0%

No obstante, en el resto de los casos (un 38 por 100 nada despreciable) la sanción se incrementa tras el recálculo, y lo hace en una proporción mayor, casi un 70 por 100 de media.

En la Tabla 3 se observa que tanto la media como la mediana son ligeramente inferiores tras el recálculo de la sanción con el nuevo método, pasando la multa media de unos 2,74 millones de euros a alrededor de 2,48 millones de euros. Esto supone una reducción de la sanción media próxima al 10 por 100, mientras que la mediana se reduce algo más, en torno al 15 por 100. Este comportamiento distinto entre media y mediana se debe a que, en los casos en los que la sanción recalculada es menor, esta minoración es más pequeña que los incrementos que se producen en los casos en que la sanción resultante del recálculo es mayor.

**Tabla 3.** Estadísticos descriptivos de las multas originales y recalculadas (euros)

<i>Categorías</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
Original	2.737.918	1.032.455	5.448.020	5.426	27.759.000
Recalculada	2.476.723	870.697	5.819.282	2.704	34.000.000

La dispersión de los datos es elevada, con un rango de valores antes del recálculo que abarca desde 5.426 euros hasta casi alcanzar 27,8 millones de euros. Tras el recálculo la dispersión es mayor, con una multa mínima más reducida y una multa máxima que supera en más de 6 millones a la mayor multa impuesta en aplicación de la Comunicación de 2009 en los expedientes objeto de recálculo. La desviación estándar es también superior para las sanciones recalculadas, en torno a un 7 por 100 más alta.

b) *Comparación de multas en relación con el tamaño de la empresa (multa/VNT)*

La siguiente tabla refleja el porcentaje que suponen las multas impuestas en relación con el volumen de negocios total de la empresa en el periodo anterior a la imposición de la sanción, es decir, la proporción que supone la sanción respecto de la cifra de negocios total de la empresa. Con el antiguo método de determinación de sanciones, este porcentaje no era fijado por la autoridad de competencia, pero es comparable con el tipo sancionador total aplicado a cada empresa en las resoluciones de recálculo.

**Tabla 4.** Comparación de estadísticos descriptivos de la ratio multa/VNT por empresa (%)

<i>Categorías</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
Original	8,2	6,1	8,9	0,04	41,8
Recalculada	4,1	4,4	2,0	0,13	7,5

La Tabla 4 muestra que la media de la ratio multa/VNT en las resoluciones originales alcanzaba el 8,2 por 100 del VNT, mientras que esta cifra cae a la mitad (4,1 por 100) al utilizar la nueva metodología. Este resultado confirma nuevamente el sesgo al alza que generaba el sistema de la Comunicación de 2009, ya que demuestra que muchas de las sanciones fijadas con el método antiguo se situaban en el extremo superior del arco sancionador.

Llama la atención que la ratio máxima entre las sanciones originales es de casi un 42 por 100, cuando el máximo legal era —igual que en la actualidad— el 10 por 100 del volumen de negocios. No es el único caso en que el porcentaje supera este límite, y se debe a que el límite máximo del art. 63 de la LDC fue calculado en ocasiones utilizando el volumen de negocios total del grupo empresarial al que pertenecía la entidad infractora. En este trabajo, se ha tenido en cuenta más bien el volumen de negocios total de la empresa efectivamente sancionada en el expediente, lo que produce en ocasiones valores de la ratio superiores al límite legal del 10 por 100.

c) *Comparación de multas en relación con la dimensión de la infracción (multa/VNMA)*

El cociente entre la multa impuesta y la dimensión de la infracción —cuantificada mediante 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, y también es un indicador útil para la comparación entre las sanciones originales y las recalculadas con el nuevo sistema. La Tabla 5 muestra los estadísticos



descriptivos de la ratio multa/VNMA por empresa agrupados por multas originales y recalculadas:

**Tabla 5.** Comparación de estadísticos descriptivos de la ratio multa/VNMA por empresa (%)

<i>Tipo</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
Original	6,5	5,1	5,2	0,03	25,6
Recálculo	6,1	3,2	5,7	0,02	23,0

Los valores de la tabla anterior reflejan la proporción que supone la multa impuesta respecto al volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA). En este caso se observa que la diferencia entre el valor medio de la ratio correspondiente a las sanciones originales y el de los recálculos es mucho menor que al comparar la ratio de la multa respecto del volumen de negocios total, si bien los valores correspondientes a las sanciones originales siguen siendo más altos (especialmente el valor de la mediana).

Esto quiere decir que, aunque las multas respecto al volumen de negocios total de la empresa varían de forma considerable entre sanciones originales y recalculadas, representan una proporción del volumen de mercado afectado muy similar en ambos métodos. Es decir, el hecho de que —como se muestra en la Tabla 4— la proporción de la multa respecto del VNT se reduzca de un 8 a un 4 por 100 al utilizar el nuevo método de determinación de sanciones no quiere decir que las multas sean inferiores en relación con la efectiva dimensión de la conducta.

#### IV. FACTORES QUE EXPLICAN EL INCREMENTO O REDUCCIÓN DE LAS SANCIONES TRAS EL RECÁLCULO: EL CARÁCTER MULTIPRODUCTO DE LAS EMPRESAS

En la sección anterior se ha mostrado que el 62 por 100 de las sanciones recalculadas son inferiores a las originales, mientras que en el 38 por 100 de los casos los recálculos arrojan cifras superiores a la multa inicial. También se ha puesto de relieve que las sanciones recalculadas —en euros— son de media un 10 por 100 menores que las originales. Además, se ha observado que en proporción al tamaño de las empresas las sanciones se han reducido a la mitad, mientras que solo han bajado ligeramente en proporción a la dimensión de la infracción. Ahora bien, ¿hay algún factor, relacionado con los métodos utilizados, que explique que la sanción recalculada sea mayor o menor que la impuesta en la resolución original?

Como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia, a la hora de determinar las sanciones es importante tener en cuenta que existen diferentes tipos de empresas según la diversidad de sus ramas de actividad en relación con el mer-

cado afectado por la infracción. A un lado se sitúan las empresas que pueden calificarse como monoproducción, que son aquellas que están activas sobre todo en un mercado y en las que, por tanto, el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) es muy similar a la cifra de negocios total de la empresa. Por otro lado, encontramos empresas que pueden considerarse multiproducción, y que están activas en diversas ramas de actividad, por lo que el VNMA representa una pequeña parte de la cifra de negocios total de la empresa.

El método de la Comunicación de multas de 2009 determinaba la sanción a partir del VNMA, por lo que en el caso de las empresas multiproducción —con una amplia actividad fuera del mercado afectado— la sanción resultaba proporcionada a la dimensión de la conducta y simultáneamente adecuada a la capacidad de pago de la empresa medida con su VNT. Sin embargo, cuando se trataba de empresas monoproducción, con la mayor parte de su actividad en el mercado afectado, la sanción seguía resultando adecuada a la dimensión de la infracción pero, con frecuencia —cuando la infracción era prolongada y el VNMA elevado—, era excesiva para la capacidad de pago de la empresa, lo que se traducía en que la sanción propuesta superaba el límite del 10 por 100 del volumen de negocios total, de forma que era necesario reducir la sanción finalmente impuesta a este límite legal. Esto generaba el sesgo al alza reprochado por el Tribunal Supremo en su STS de 29 de enero de 2015.

Por el contrario, con el nuevo método, la aplicación del tipo sancionador sobre el volumen de negocios total genera una sanción adecuada para empresas monoproducción, pero puede resultar en sanciones desproporcionadas cuando se trata de empresas multiproducción. Como advierte la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en este tipo de empresas «la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad [...] tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que se incluye en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007».

Por este motivo, en el nuevo método, una vez determinado el tipo sancionador total que corresponde a cada empresa en función de la gravedad y características de la infracción y de su participación en ella, se estima un límite de proporcionalidad que garantice que, cuando las sanciones en euros derivadas del tipo sancionador se encuentran por debajo de ese límite, las multas son proporcionadas. Si las sanciones son superiores a este límite, han de ajustarse a la baja hasta esa cantidad. Esto es lo que ocurre con relativa frecuencia en el caso de empresas con una amplia actividad fuera del mercado afectado. Es decir, en el caso de empresas multiproducción es frecuente que se ajuste a la baja la multa respecto a la que correspondería imponer al aplicar el tipo sancionador, determinado en función de los criterios del art. 64 de la LDC, sobre su volumen de negocios total.

Por todo lo dicho, puede esperarse que el carácter más o menos multiproducción de una empresa permita explicar en buena medida la variación



de las sanciones impuestas según se utilice el método de la Comunicación de multas de 2009 o el nuevo sistema de determinación de las sanciones aplicado a partir de la STS de 29 de enero de 2015.

Ahora bien, para valorar si una empresa puede considerarse monoproducción o multiproducción es necesario utilizar algún indicador cuantitativo. El que se ha elegido para este trabajo es la ratio «VNMA anual medio/VNT», que permite cuantificar la proporción del volumen de negocios total de cada empresa que se genera en el mercado afectado por la infracción. Más en concreto, el VNMA anual medio es el cociente entre la facturación de la empresa infractora en el mercado afectado y la duración de la infracción en años, mientras que el VNT es la cifra de negocios total el año anterior a la imposición de la multa. Si la ratio es próxima al 100 por 100, la empresa desarrolla la mayor parte de su actividad en el mercado afectado y puede caracterizarse como monoproducción, mientras que si la ratio tiene un valor más próximo al 0 por 100 resulta aparente que la empresa está presente en otras muchas ramas de actividad, por lo que puede caracterizarse como multiproducción.

A continuación, se incluye una tabla que refleja una descripción estadística de los valores que toma la ratio VNMA anual medio/VNT en los casos en los que la multa original es mayor que la resultante del recálculo y viceversa. Los valores de esta ratio para cada empresa se incluyen en el Anexo II.

**Tabla 6.** Comparación de estadísticos descriptivos de la ratio VNMA anual medio/VNT según la multa recalculada sea menor o mayor que la original (%)

<i>Tipo</i>	<i>Núm. de casos</i>	<i>Media</i>	<i>Mediana</i>	<i>Desviación estándar</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>
Original > Recálculo	44	80,6	71,3	60,2	3,0	236,1
Recálculo > Original	27	28,5	19,0	28,1	0,2	100,0

Para el cálculo de estos estadísticos se han excluido los valores extremos de dos empresas cuyas ratios se encontraban por encima de 1.000 por 100, con el objetivo de obtener una visión más realista del tipo de empresa que predomina en cada caso. Para calcular la ratio VNMA anual medio/VNT se utilizan datos de VNMA de todos los meses en los que tuvo lugar la infracción, mientras que solo se utiliza un dato de VNT, el correspondiente al año inmediatamente anterior al de imposición de la sanción. Los valores extremos excluidos, por tanto, reflejan que las empresas se encontraban en una situación de grave crisis en el momento de imposición de la multa, por lo que su VNT era ya muy reducido, mientras que en los periodos anteriores que coinciden con su participación en la infracción su facturación en el mercado afectado —y, por tanto, su facturación— total era sustancialmente mayor.

Además de estos casos extremos, relacionados en ocasiones con concursos de acreedores en las empresas sancionadas, aparecen otros valores de la ratio que superan el 100 por 100 cuando las empresas han experimentado una caída de su actividad en relación con el periodo de participación en la infracción.

En la tabla se observa que en los casos en los que la sanción se ha visto reducida tras el recálculo, el valor de la ratio VNMA/VNT es muy elevado, superando de media el 80 por 100 y situándose la mediana por encima del 71 por 100. Aunque la dispersión de los datos es muy elevada, los estadísticos que se incluyen en la tabla muestran que las empresas cuya sanción se ha minorado tras el recálculo pueden considerarse esencialmente monoproducción. De nuevo, este resultado es acorde con el planteamiento del Tribunal Supremo sobre el sesgo al alza que se producía con el sistema anulado en el caso de empresas monoproducción. Estas sanciones, como ya se ha explicado, alcanzaban en muchos casos el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa.

Por el contrario, la ratio media en el caso de las sanciones que se han visto incrementadas tras el recálculo es del 28,5 por 100, lo que indica que se trata principalmente de empresas multiproducción en las que, de media, menos del 30 por 100 de su actividad total se corresponde con el mercado afectado. La mediana es aún menor y no alcanza el 20 por 100, lo que refuerza esta conclusión. Este resultado refleja que, al emplear el método antiguo, las sanciones determinadas en base al VNMA en ocasiones eran relativamente reducidas respecto al volumen de negocios total, lo que sucedía sobre todo cuando el mercado afectado suponía una parte pequeña de la actividad total de la empresa. Con el sistema actual de determinación de sanciones, al fijar en primer lugar un tipo sancionador general aplicable a todas las empresas infractoras, y que refleja la gravedad y características de la infracción, se asegura que, aunque la actividad de la empresa en el mercado afectado haya sido reducida, la sanción sea coherente con la gravedad de la conducta en la que haya participado y con la capacidad de pago de la entidad infractora.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo se han analizado las resoluciones de recálculo dictadas por la CNMC desde enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2017, comparando estos recálculos con las sanciones impuestas en las resoluciones originales. Los tribunales obligaron a la CNMC a recalcular algunas sanciones que habían sido originalmente calculadas mediante el método previsto en la Comunicación de multas de 2009, que fue anulado por el Tribunal Supremo en una Sentencia de 29 de enero de 2015. A partir de los criterios que el Tribunal fijó en esta sentencia, se ha desarrollado una metodología que ha sido utilizada tanto en estos recálculos como en las resoluciones posteriores a esa fecha.



Los recálculos llevados a cabo únicamente como consecuencia de la metodología utilizada —sin que se haya modificado ninguna circunstancia de la infracción— nos permiten comparar de forma adecuada los dos sistemas de determinación de multas. Esta comparación puede servir para aclarar la controversia suscitada en torno a la nueva metodología, criticada por unos por generar sanciones excesivas y, por otros, por resultar en multas que no tienen suficiente efecto disuasorio.

En este trabajo se han comparado las sanciones en euros obtenidas mediante ambos métodos, así como las sanciones en relación con el tamaño de la empresa (multa/VNT) y en relación con la dimensión de la infracción (multa/VNMA).

El análisis de los datos muestra que las sanciones recalculadas son en la mayoría de casos (en un 62 por 100) menores que la sanción original, aunque en los casos en los que se incrementan lo hacen en una proporción mayor. En relación con el tamaño de la empresa, las sanciones tras el recálculo son sustancialmente menores, situándose la ratio multa/VNT media 4 puntos por debajo sobre un total de 10 puntos, lo que confirma el «sesgo al alza» atribuido por el Tribunal Supremo a la Comunicación de multas de 2009. Sin embargo, las multas en relación con la dimensión de la infracción son similares en ambos métodos.

Estos resultados son coherentes con el hecho de que el método de la Comunicación de multas de 2009 determinaba la sanción a partir del VNMA, de forma que en el caso de empresas multiproducto —con gran parte de su actividad fuera del mercado afectado— la sanción era proporcionada a la dimensión de la conducta y a su vez era adecuada a los límites sobre el VNT establecidos en el art. 63 de la LDC. En cambio, en el caso de empresas monoproducción, en muchas ocasiones la sanción resultaba excesiva en relación con el VNT de la empresa, lo que obligaba a limitar la sanción al límite legal del 10 por 100, produciéndose así el mencionado «sesgo al alza».

El nuevo método, en cambio, determina la sanción a partir del volumen de negocios total, lo que lo hace adecuado para empresas monoproducción. En el caso de las empresas multiproducto, en cambio, es necesario realizar un ajuste final de proporcionalidad que tenga en cuenta la efectiva dimensión de la infracción para no generar sanciones desproporcionadas.

Por estas razones, cabe esperar que el hecho de que una empresa sea monoproducción o multiproducto haya influido en que la sanción resultante del recálculo sea mayor o menor que la original. La ratio VNMA anual medio/VNT permite cuantificar qué proporción de la facturación de cada empresa se genera en el mercado afectado por la infracción y, de este modo, comprobar si una empresa tiene un carácter más monoproducción (si la ratio se aproxima a 100 por 100) o más multiproducto (si es más próxima a 0 por 100). Analizamos qué valores toma esta ratio en los casos en los que la multa original es mayor que la resultante del recálculo y viceversa. Se observa que, en el primer supuesto, la ratio alcanza valores muy superiores, situándose de media por encima del 200 por 100 frente al 28,5 por 100 que

alcanza en los casos en los que la sanción impuesta en la resolución de recálculo es mayor.

Estos datos permiten concluir que, con el método anulado, a la vez que generaba sanciones excesivas en el caso de empresas monoproducción, las multas impuestas a las empresas multiproducción eran en muchas ocasiones reducidas respecto al tamaño de la empresa. Sin embargo, el método actual permite imponer sanciones adecuadas a las empresas monoproducción al fijarlas en relación al volumen total de la empresa y, gracias al ajuste de proporcionalidad final, asegurar que las multas sean proporcionadas a la dimensión de la conducta en empresas multiproducción. Además, el tipo sancionador general aplicable a todas las empresas sancionadas en un mismo expediente garantiza que, aunque una empresa tenga un VNMA más reducido, la sanción pueda adecuarse a la gravedad y características generales de la infracción, y no resulte excesivamente reducida o poco disuasoria.

## ANEXO I

### Listado completo de empresas cuyas multas fueron recalculadas por utilizar el método de determinación de sanciones anulado por la STS de 29 de enero de 2015

<i>Código del expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Empresas</i>
S/0269/10	Transitarios 2	BCN Aduanas y Transportes, S. L.
S/0091/08	Vinos finos de Jerez	Bodegas González Byass, S. A.
		Bodegas Williams-Humbert, S. A.
S/0226/10	Licitaciones de carreteras	Gevora Construcciones, S. A.
		Arcebansa, S. A.
		Ascan, S. A.
		Becsa, S. A.
		Europea de Asfaltos, S. A.
		Pavimentos Barcelona, S. A.
		Sorigué, S. A.
		Obras Caminos y Asfaltos, S. A.
		Pavimentos Asfálticos de Castilla, S. A.
		Probisa Tecnología y Construcción, S. L.
		PAS Infraestructuras y Servicios, S. L.
Misturas Obras e Proxectos, S. A.		



<i>Código del expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Empresas</i>
S/0424/12	Notarías de Ceuta	Antonio Fernández Naveiro
		Ignacio Javier Moreno Vélez
		José Eduardo García Pérez
S/0018/11	Endesa	Endesa Distribución Eléctrica, S. L. U.
S/0646/08	Axion/Abertis	Cellnex Telecom, S. A.
S/0627/07	Estación Sur de Autobuses	Estación Sur de Autobuses en Madrid, S. A.
S/0287/10	Postensado y geotecnia	BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S. L.
		Mekano4, S. A.
		Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S. L.
		Freyssinet, S. A.
S/0179/09	Hormigón y productos relacionados	Canteras de Echauri y Tiebas, S. A.
		Cementos Portland Valderrivas, S. A.
S/0241/10	Navieras de Ceuta 2	Forde Reederei Seetouristik Iberia, S. L.
588/05	Distribuidores de cine	Hispano Foxfil, S. A. E.
		Sony Pictures Releasing de España, S. A.
		Universal Pictures International Spain, S. L.
		Walt Disney Company Iberia, S. L.
		Warner Bros Entertainment España, S. L.
S/0060/08	Sintrabi	Bidetrans, S. L.
S/0342/10	Espuma de poliuretano	Flex 2000 - Productos Flexíveis, S. A.
S/0312/10	Carpa dorada y Club de variedades vegetales protegidas	Carpa Dorada, S. L.
		Nador Cott Protection, S. À. R. L.
S/0037/08	Compañías seguro decenal	Asefa, S. A.
		Caser, S. A.
		Scor Global P&C, S. E.
		Swiss Reinsurance Company, S. A.

<i>Código del expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Empresas</i>
S/0402/12	Espuma elastomérica	Armacell Ibérica, S. L.
S/0237/10	Motocicletas	Codismoto, S. L.
		Motofunción, S. L.
		Motorrad Centro, S. L.
		Motorsport Villalba, S. A.
		Motos Andrés, S. L.
		Suzuki Motor Ibérica, S. A. U.
S/0410/12	Ascensores 2	Ascensores Imem, S. L.
		Ascensores Eninter, S. L.
S/0317/10	Material de archivo	Dohe, S. A.
		Esselte, S. A.
S/0380/11	Coches de alquiler	Automotive Cars Málaga, S. L.
		Bardón y Rufo 67, S. L.
		Cargest, S. L.
		Dickmanns Rent a Car, S. L.
		Drivalia Car Rental, S. L.
		Guerin Rent a Car, S. L.
		Helle Auto, S. A.
		New Cars Costa del Sol, S. L.
		Niza Cars, S. L.
Prima Rent a Car, S. L.		
S/0376/11	Panaderías de Pamplona	Arrasate, S. L.
		Berlys Corporación Alimentaria, S. A. U.
		Fabripan y Ori, S. L.
		Horno Artesano, S. L. U.
		Panadería Miravalles, S. L.
		Unión Panadera de La Ribera, S. L.
S/0329/11	Asfaltos Cantabria	Arruti Santander, S. A.
		Ascan, S. A.
		Servicios y Obras del Norte, S. A.



## ANEXO II

**Multa original, multa recalculada y ratio VNMA anual medio/VNT  
para cada empresa del Anexo I**

<i>Empresa<sup>1</sup></i>	<i>Multa original</i>	<i>Multa recalculada<sup>2</sup></i>	<i>VNMA anual medio/VNT (%)</i>
Antonio Fernández Naveiro	45.574	34.180	135,8
Arcebansa, S. A.	1.032.455	1.044.785	13,6
Armacell Ibérica, S. L.	6.497.371	1.375.986	124,5
Arrasate, S. L.	58.016	67.000	12,0
Arruti Santander, S. A.	1.459.160	870.697	93,6
Ascan, S. A. (expte. S/0329/11)	2.292.240	3.000.000	3,9
Ascan, S. A. (expte. S/0223/10)	1.218.525	3.204.110	15,3
Ascensores Eninter, S. L.	27.759.000	6.828.000	79,0
Ascensores Imem, S. L.	2.986.326	1.732.312	236,1
Asefa, S. A.	497.147	253.545	75,2
Automotive Cars Málaga, S. L.	2.640.000	639.407	45,8
Bardón y Rufo 67, S. L.	1.184.000	639.356	16,6
BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S. L.	717.965	750.026	1,8
BCN Aduanas y Transportes, S. L.	1.785.000	1.411.370	69,6
Becsa, S. A.	1.436.857	919.588	49,2
Berlys Corporación Alimentaria, S. A. U.	870.000	2.624.812	7,8
Bidetrans, S. L.	2.300.000	1.382.265	44,6
Bodegas Gonzalez Byass, S. A.	1.425.299	783.914	130,5
Bodegas Williams-Humbert, S. A.	160.983	80.492	116,1
Canteras de Echauri y Tiebas, S. A.	14.241.000	13.400.000	3,0
Cargest, S. L.	22.658.863	18.717.500	13,4
Caser, S. A.	397.900	155.600	54,5
Cellnex Telecom, S. A.	5.726.431	9.129.900	12,7
Cementos Portland Valderrivas, S. A.	332.308	238.832	83,5
Dickmanns Rent a Car, S. L.	103.294	153.419	67,3
Dohe, S. A.	1.037.900	3.216.840	0,2

<i>Empresa</i> <sup>1</sup>	<i>Multa original</i>	<i>Multa recalculada</i> <sup>2</sup>	<i>VNMA anual medio/VNT (%)</i>
Drivalia Car Rental, S. L.	103.533	268.800	46,2
Endesa Distribución Eléctrica, S. L. U.	2.403.802	910.900	67,7
Esselte, S. A.	464.781	369.166	73,0
Estación Sur de Autobuses en Madrid, S. A.	100.000	87.486	3,8
Europea de Asfaltos, S. A.	85.791	50.490	59,5
Fabripan y Ori, S. L.	4.521.000	1.908.868	51,4
Flex 2000 - Productos Flexíveis, S. A.	1.884.600	2.009.808	19,0
Forde Reederei Seetouristik Iberia, S. L.	2.400.000	2.435.733	99,0
Freyssinet, S. A.	2.805.000	1.313.074	28,6
Gevora Construcciones, S. A.	3.172.395	1.603.475	60,6
Guerin Rent a Car, S. L.	226.732	374.875	54,4
Helle Auto, S. A.	347.483	180.691	174,7
Hispano Foxfil, S. A. E.	158.031	170.940	33,3
Horno Artesano, S. L. U.	42.517	25.116	105,7
Ignacio Javier Moreno Vélez	25.732	138.108	52,2
Jose Eduardo García Pérez	45.347	28.115	143,0
Mekano4, S. A.	1.420.000	951.352	39,9
Misturas Obras e Proxectos, S. A.	1.601.900	964.008	18,6
Motofunción, S. L.	131.318	68.282	125,9
Motorrad Centro, S. L.	38.614	52.000	12,0
Motorsport Villalba, S. A.	12.848	17.000	36,9
Motos Andrés, S. L.	123.658	36.127	180,0
Nador Cott Protection, S. À. R. L.	83.147	96.250	22,0
New Cars Costa del Sol, S. L.	370.535	188.973	110,9
Niza Cars, S. L.	614.525	287.598	212,8
Obras Caminos y Asfaltos, S. A.	5.551.455	5.892.876	22,5
Panadería Miravalles, S. L.	58.026	67.000	28,3
PAS Infraestructuras y Servicios, S. L.	2.136.225	1.415.493	23,0
Pavimentos Asfálticos de Castilla, S. A.	946.235	874.955	53,1



<i>Empresa</i> <sup>1</sup>	<i>Multa original</i>	<i>Multa recalculada</i> <sup>2</sup>	<i>VNMA anual medio/VNT (%)</i>
Pavimentos Barcelona, S. A.	787.650	877.672	61,7
Prima Rent a Car, S. L.	32.571	16.286	113,8
Probisa Tecnología y Construcción, S. L.	954.200	910.720,00	3,0
Scor Global P&C, S. E.	18.599.000	28.700.000	0,9
Servicios y Obras del Norte, S. A.	4.399.910	768.838	214,0
Sony Pictures Releasing de España, S. A.	2.400.000	999.378	100,0
Sorigué, S. A.	1.772.695	2.325.288	12,6
Suzuki Motor Ibérica, S. A. U.	816.817	1.080.000	6,4
Swiss Reinsurance Company, S. A.	22.641.000	34.000.000	0,3
Técnicas del Pretensado y Ss. Auxiliares, S. L.	1.957.000	349.384	66,6
Unión Panadera de La Ribera, S. L.	2.400.000	2.645.910	100,0
Universal Pictures International Spain, S. L.	174.488	56.330	111,5
Walt Disney Company Iberia, S. L.	2.400.000	6.152.501	28,1
Warner Bros Entertainment España, S. L.	2.400.000	2.280.577	100,0

<sup>1</sup> Ordenadas alfabéticamente.

<sup>2</sup> Antes de la aplicación del principio de prohibición de *reformatio in peius*.

### **Empresas excluidas en el cálculo de los estadísticos que se muestran en la Tabla 6 (Punto 4)**

<i>Empresa</i>	<i>Multa original</i>	<i>Multa recalculada</i>	<i>VNMA anual medio/VNT (%)</i>
Carpa Dorada, S. L.	5.426	3.798	3.941,7
Codismoto, S. L.	22.322	2.704	1.353,7

## REFERENCIAS

A. *SOFT LAW*

- 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.
- 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).

## B. JUDICIALES

a) *Tribunal Supremo*

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en relación con el expediente S/0269/10, *Transitarios 2*.

b) *Audiencia Nacional*

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2013, recurso núm. 619/2010, en relación con el expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 20 de marzo de 2018, recurso núm. 374/2016, y Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 6 de abril de 2018, recurso núm. 363/2016, ambas en relación con el expediente S/0504/14, *AIO*.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 19 de marzo de 2018, recurso núm. 751/2015, en relación con el expediente S/0091/08, *Vinos finos de Jerez*.

## C. BIBLIOGRÁFICAS

- DÍAZ, F., y GARCÍA-VERDUGO, J. (2015): «Las Guidelines del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», en *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, pp. 341-362.
- GARCÍA-VERDUGO, J., MERINO, C., y GÓMEZ, L. (2016): «Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015)», en *Anuario de la Competencia 2016*, Fundación ICO, pp. 345-379.





# PRECIOS EXCESIVOS Y DISCRIMINATORIOS. ÚLTIMAS NOVEDADES DESDE EL TJUE. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DEBEN PONERSE AL DÍA

Rafael ALLENDESALAZAR

Socio Martínez-Lage, Allendesalazar & Brokelmann

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECIOS EXCESIVOS TRAS LA SENTENCIA *AKKA/LAA*: A. Los precios excesivos en Derecho de la Competencia. B. Concepto legal de precio excesivo como abuso de posición de dominio. C. Primer elemento del test *United Brands*: la determinación del precio excesivo: a) Precisiones respecto de la aplicación del test *Tournier-Lucazeau*. b) La elección de los países cuyas tarifas se van a comparar. c) Qué diferencia de precios es excesiva. D. Segundo elemento del test *United Brands*: precios no equitativos. E. Conclusión: la Sentencia *AKKA/LAA* y los precios excesivos.—III. PRECIOS DISCRIMINATORIOS DE SEGUNDA LÍNEA TRAS LA STJUE EN EL ASUNTO *MEO*: A. Respecto de la posición de dominio de la Entidad de Gestión y de su falta de interés por restringir la competencia en los mercados en los que no están presentes. B. La desventaja competitiva como requisito indispensable de la infracción. C. Conclusión: la Sentencia *MEO* y los precios discriminatorios de segunda línea.—IV. NECESIDAD DE AJUSTAR LA DOCTRINA DE CNMC Y TRIBUNALES ESPAÑOLES: A. Aplicación de la prohibición de precios excesivos por la CNMC y los tribunales españoles. B. Aplicación de la prohibición de precios discriminatorios por la CNMC y los tribunales españoles.—V. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y su correlativo art. 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC), prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado.

La definición del *abuso de posición de dominio* sigue siendo, en esencia, la misma que formuló hace cuarenta años el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Hoffmann-La Roche*: «Concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferen-



tes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia»<sup>1</sup>.

Tradicionalmente, los abusos se han clasificado en dos categorías:

- Los *abusos de exclusión*, por los cuales la empresa en posición de dominio puede excluir total o parcialmente a los competidores, actuales o potenciales del mercado; los ejemplos típicos son los precios predatorios; los acuerdos de compra exclusiva y descuentos condicionados; las ventas vinculadas; la negativa de suministro y el estrechamiento de márgenes.
- Los *abusos de explotación*, que perjudican directamente a los clientes de la empresa dominante o a los consumidores finales mediante la imposición de condiciones que dicha empresa no habría podido aplicar en un mercado en competencia; el ejemplo paradigmático son los precios excesivos.

Pero estas dos categorías no son compartimentos estancos. Por una parte, porque la finalidad última de toda práctica de exclusión es debilitar a los competidores de la empresa dominante para conseguir, una vez incrementado su poder de mercado, obtener beneficios supra-competitivos; o como dice Lars-Hendrik RÖLLER, que fuera el primer economista jefe de la DGCOMP, «one excludes in order to exploit»<sup>2</sup>. RÖLLER incluso cuestiona la conveniencia de perseguir cualquier práctica de explotación: «Si uno no tuviese nunca la posibilidad de explotar su poder de mercado, no tendría incentivo para competir. De ahí que los comportamientos pro-competitivos también implican explotación (efecto positivo)»<sup>3</sup>.

Por otra parte, hay prácticas, y en particular los precios discriminatorios, que pueden encajar en ambas categorías de abuso, en función de quiénes sean los directamente perjudicados: la *discriminación de primera línea* o *de primer grado* es aquella que realiza la empresa dominante para atraer a los clientes de sus competidores con objeto de excluir o debilitar la posición competitiva de los operadores presentes en el mismo mercado y en el mismo nivel (desde el plano vertical) que aquel en el que opera la empresa dominante<sup>4</sup>. Este tipo de discriminación se examina normalmente como un supuesto de abuso de exclusión. Por el contrario, la *discriminación de segunda línea* o *de segundo grado* es la que afecta esencialmente a los clientes o proveedores de la empresa dominante en los mercados descendentes o ascendentes a aquel en el que opera dicha empresa dominante, y se analizan como supuestos abusos de explotación.

<sup>1</sup> Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, asunto 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

<sup>2</sup> L.-H. RÖLLER, ESMT, *Exploitative Abuses*, Business Brief No. BB-107-002; ESMT European School of Management and Technology, 2007.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Conclusiones del Abogado General WAHL, presentadas el 20 de diciembre de 2017 en el asunto C-525/16, *MEO c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2017:1020.

De hecho, en varios de los primeros casos en los que la Comisión Europea analizó la existencia de precios excesivos, esos precios respondían esencialmente a una lógica de exclusión. En efecto, tanto en *United Brands*<sup>5</sup>, como en *General Motors*<sup>6</sup> y en *British Leyland*<sup>7</sup>, los precios elevados no buscaban tanto explotar a los consumidores como segmentar los mercados nacionales, obstaculizando así las importaciones paralelas de sus propios productos.

La mayoría de las autoridades europeas de la competencia se han centrado en la represión de los abusos de exclusión, mientras que las sanciones por abusos de explotación son mucho más escasas. En su XXIV Informe sobre la Política de la Competencia (1994), la Comisión Europea explicó esta opción afirmando que «la existencia de una posición dominante no es contraria en sí misma a las normas de competencia. Los consumidores pueden verse perjudicados por el hecho de que una empresa dominante abuse de su situación, generalmente porque los precios serán más elevados que en un mercado sujeto a una competencia efectiva. Sin embargo, en sus prácticas decisorias, la Comisión no suele controlar o condenar el alto nivel de precios en sí mismo, sino que más bien analiza la actuación emprendida por la empresa dominante con objeto de mantener esta posición dominante, que suele ir dirigida directamente contra sus competidores o contra las nuevas empresas que intentan introducirse en el mercado y que podrían establecer una competencia real, que llevaría aparejada una nivelación de precios»<sup>8</sup>.

Sin embargo, en los últimos años, las autoridades de la competencia se han visto sometidas a una creciente presión para que persigan los precios que la opinión pública —o el Gobierno de turno— perciben como excesivos o discriminatorios<sup>9</sup>. Los casos europeos más conocidos tienen unos elementos comunes: la mayoría se refieren al sector de los productos farmacéuticos y las investigaciones surgieron como consecuencia de incrementos súbitos y muy significativos de los precios a los que las empresas investigadas venían vendiendo esos mismos productos<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands Company c. Comisión*, asunto 27/76. ECLI:EU:C:1978:22.

<sup>6</sup> Sentencia de 13 de noviembre de 1975, *General Motors c. Comisión*, asunto 26-75. ECLI:EU:C:1975:150.

<sup>7</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 1986, *British Leyland c. Comisión*, asunto 226/84.

<sup>8</sup> XXIV Informe sobre la Política de la Competencia (1994), párrafo 270., ECLI:EU:C:1986:421.

<sup>9</sup> F. JENNY, «Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment» (11 de septiembre de 2016).

<sup>10</sup> Decisión de la Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, de 29 de septiembre de 2016, imponiendo cinco millones de euros de multa al Grupo farmacéutico Aspen por incrementar entre 300-1.500 por 100 el precio de algunos medicamentos anticancerígenos; en mayo de 2017, la Comisión Europea anunció el inicio formal de una investigación contra ese mismo laboratorio por esencialmente los mismos motivos, sin que hasta la fecha haya recaído una decisión final; Decisión de la Competition & Markets Authority (CMA) británica imponiendo a los laboratorios Pfizer y Flynn multas que totalizaban casi 90 millones de libras por aplicar incrementos entre 2.300-2.600 por 100 a algunos medicamentos; decisión anulada por el Competition Appeal Tribunal (CAT) el 25 de julio de 2018, al considerar que las conclusiones del CMA se basaban más en una concepción idealizada de la competencia perfecta que en un análisis de la competencia efectiva en el mundo real; Investigación iniciada por el *Bundeskartellamt* cuando Lufthansa elevó sus precios en algunas líneas un 20-30 por



Por ello, resultan particularmente oportunas dos recientes sentencias del Tribunal de Justicia que han venido a precisar las condiciones en las que se pueden considerar abusivos los precios excesivos<sup>11</sup> y los precios discriminatorios<sup>12</sup>. En ambos casos, las sentencias fueron precedidas por sendas conclusiones del Abogado General (A. G.) Nils WAHL, que contienen un esclarecedor examen de los principales problemas vinculados con la aplicación de ambos tipos de abusos, conclusiones que, sin duda, facilitaron el análisis del TJUE, y que, por su claridad y precisión, seguiremos muy de cerca en este comentario.

Para terminar esta introducción, y antes de entrar en el análisis concreto de los precios excesivos y los precios discriminatorios desde el punto de vista del Derecho de la Competencia<sup>13</sup>, creo conveniente hacer una precisión terminológica. Los adjetivos «excesivos» y «discriminatorios» tienen de por sí un marcado carácter peyorativo, y por tanto pueden llevar a pensar que, desde el momento en que se califica un precio de excesivo o de discriminatorio, debería estar prohibido y debería sancionarse a la empresa que los aplica. Esta concepción, que puede ser válida si se usan estas expresiones en un sentido lato o «de la calle», es radicalmente incorrecta —y peligrosa, por inducir a confusión— cuando analizamos precios supuestamente excesivos o discriminatorios desde el punto de vista económico y en el sentido técnico que tienen en Derecho de la Competencia.

En efecto, no todo los precios excesivos restringen la competencia, ni están prohibidos. Tomemos el ejemplo extremo de los monopolios. Algunas empresas pueden lícitamente tener en un momento dado un monopolio, porque se lo haya atribuido el Estado o por haber desarrollado un producto nuevo protegido por una patente. Esas empresas pueden vender sus bienes o servicios a un precio de monopolio que maximice su beneficio y que, por definición, será superior al precio en un mercado competitivo. Dicho precio de monopolio podría llegar a calificarse, como seguidamente veremos, de «excesivo»; pero no será un precio abusivo, ni estará prohibido.

Lo mismo ocurre con los precios discriminatorios. La aplicación de precios distintos a diferentes clientes es un fenómeno corriente en muchísimos sectores económicos, por lo general considerado perfectamente lícito y pro-competitivo desde un punto de vista económico, ya que el bienestar general se optimiza cuando las empresas pueden aplicar precios distintos

---

100 coincidiendo con el cese de actividad de Air Berlín; esta investigación fue cerrada sin declaración de práctica prohibida en mayo 2018.

<sup>11</sup> Sentencia de 14 de septiembre de 2017, *Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome (AKKA/LAA)*, asunto C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689. Conclusiones del A. G. Sr. N. WAHL, presentadas el 6 de abril de 2017, ECLI:EU:C:2017:286.

<sup>12</sup> Sentencia de 19 de abril de 2018, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA c. Autoridade da Concorrência*, asunto C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270. Conclusiones del A. G. Sr. N. WAHL, presentadas el 20 de diciembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:1020.

<sup>13</sup> En este comentario no abordaremos la problemática específica de los precios excesivos aplicados por los titulares de patentes esenciales en la concesión de licencias sometidas a condiciones FRAND. A este respecto, véase la Sentencia de 16 de julio de 2015, *Huawei c. ZTE*, asunto C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477.

en función inversa a la elasticidad de la demanda (*precios Ramsey*). Así, las compañías aéreas intentar cubrir los costes de sus vuelos aplicando mayores precios a los pasajeros con menor elasticidad de demanda, lo que les permite ofrecer las plazas restantes a precios progresivamente menores, ampliando así su oferta a clientes más sensibles al precio que, de otra forma, no habrían comprado un billete.

Para evitar la confusión entre las expresiones «precio excesivo» o «precio discriminatorio» en sentido lato y en su sentido técnico jurídico, cabría intentar reservar su uso únicamente a los casos en los que ya se ha comprobado que se cumplen los respectivos *test* legales por considerar que son abusivos y, por tanto, que están prohibidos. Pero eso nos obligaría a intentar en vano desterrar estas expresiones del lenguaje diario, y a generalizar en su lugar el uso de expresiones eufemísticas como «precios altos» o «precios elevados», en un caso, y «precios diferenciados» o «precios personalizados» en el otro. Sería sin duda un intento inútil. Por ello, no vamos a renunciar a utilizar estas expresiones, aunque recordando a los lectores, una vez más, que en un sentido técnico jurídico —y económico— no todos los precios excesivos, ni todos los precios discriminatorios, son abusivos en el sentido del art. 102.a) y c) TFUE y del art. 2.2.a) y c) LDC.

## II. PRECIOS EXCESIVOS TRAS LA SENTENCIA AKKA/LAA

### A. LOS PRECIOS EXCESIVOS EN DERECHO DE LA COMPETENCIA

En contraste con las legislaciones europeas de la competencia, el Derecho *antitrust* norteamericano, precursor del resto de las legislaciones de la competencia, ni siquiera prohíbe los precios excesivos, dado que en Estados Unidos prevalece la idea de que hay que dejar a las fuerzas del mercado corregir los eventuales desequilibrios puntuales. Por ello, la *Sherman Act* no prohíbe prácticas que en Europa se consideran como abusos de explotación, sino solo aquellas que favorecen la monopolización, y por tanto que coartan el desarrollo de nuevas fuerzas de mercado. Esta filosofía fue perfectamente expresada por el juez SCALIA en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Trinko*, cuando afirmó: «la mera [...] aplicación de precios monopolísticos no solo no es ilegal, sino que es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopolísticos —al menos durante un breve periodo— es lo que incita el “espíritu empresarial” en un primer momento; fomenta la asunción de riesgos, propiciando la innovación y el crecimiento económico. A fin de salvaguardar los incentivos a la innovación, solo se considerará que la tenencia de un poder monopolístico es ilegal cuando esté acompañada de una conducta contraria a la competencia»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Sentencia de Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (02-682) 540 U.S. 398 (2004), citada por el A. G. WAHL en sus conclusiones en el asunto AKKA/LAA.



En Europa, donde existe una menor confianza en las fuerzas del mercado, sí se ha encomendado a las autoridades de la competencia perseguir las prácticas de explotación. Pero como ya hemos señalado, la mayoría de estas autoridades de la competencia europeas han sido muy cautas a la hora de sancionar casos concretos de precios excesivos.

Ello se debe a que la doctrina económica coincide en la enorme dificultad de determinar cuándo un precio es excesivo por no tener una relación razonable con el valor económico de la prestación realizada. Además, como también han reconocido los expertos de las principales autoridades de la competencia en el seno de la OCDE, la seguridad jurídica exige que las normas que prohíben los precios abusivos sean lo suficientemente claras, predecibles y coherentes que puedan ser conocidas y aplicadas *ex ante* por las empresas en posición de dominio al establecer sus políticas de precios<sup>15</sup>.

A esta dificultad de establecer normas claras y predecibles se le suma el hecho de que existe un amplio consenso entre la doctrina de que los errores de Tipo I o falsos positivos en la persecución de las prácticas abusivas tienen, por regla general, un mayor coste social que los errores de Tipo II o falsos negativos. Así lo ha recogido el A. G. WAHL en sus conclusiones en el asunto *AKKA/LAA*, cuando afirmó, citando al final al profesor EASTERBROOK, que «el cálculo del precio de referencia<sup>16</sup> es una operación bastante compleja e incierta. Si las autoridades de la competencia intervinieran por cualquier diferencia —por pequeña que fuera— entre esos dos precios, el riesgo de obtener falsos positivos sería sencillamente demasiado alto. Ello supone un problema no solo porque podría imponerse una cuantiosa multa a la empresa responsable, sino también porque una conducta neutral —o incluso posiblemente favorable a la competencia— podría estar prohibida». A este respecto, se ha afirmado con razón que los errores de tipo I en las decisiones de competencia relativas a conductas unilaterales suponen un coste mucho mayor para la sociedad que los errores de tipo II: «El sistema económico corrige los monopolios con mayor facilidad que los errores judiciales [...]. Una vez condenada una práctica, probablemente continuará condenada, con independencia de sus ventajas. Una práctica monopolística aceptada por error dará paso finalmente a la competencia, ya que los precios superiores de la entidad monopolística atraerán a competidores»<sup>17</sup>.

Otro de los motivos que explican el escaso entusiasmo de muchas autoridades de la competencia por sancionar precios excesivos, es el hecho de que les obliga, no solo a hacer complejas estimaciones de costes de la empresa para poder determinar que un precio es excesivo, sino también, una vez declarado que lo es, a vigilar que los nuevos precios aplicados por la empresa dominante ya no sean abusivos. Las autoridades de la competencia no están normalmente bien equipadas para hacer este tipo de función, que es más propia de los reguladores sectoriales.

<sup>15</sup> OCDE. Documento de trabajo sobre Precios excesivos. DAF/COMP(2011)18, p. 25.

<sup>16</sup> Para comparar con otro y determinar si este otro es excesivo.

<sup>17</sup> Conclusiones del A. G. WAHL en el asunto *AKKA/LAA*, párrafo 103. El entrecomillado final es una cita de F. H. EASTERBROOK, «The limits of antitrust», *Texas Law Review*, 1984, p. 15.

De hecho, numerosos expertos europeos en política de la competencia han expresado sus dudas acerca de la conveniencia de mantener la prohibición sobre los precios monopolísticos, o, en todo caso, propugnan la necesidad de calibrar cuidadosamente los criterios legales a aplicar, de forma que la prohibición se aplique únicamente en los supuestos estrictamente necesarios<sup>18</sup>. Incluso el CAT británico, en su reciente sentencia anulando la resolución de la CMA que sancionó a Pfizer y Flynn por supuestos precios excesivos, reconoció que *«[c]ases of pure unfair pricing are rare in competition law. Authorities find them difficult to bring and are, rightly, wary of casting themselves in the role of price regulators. Generally, price control is better left to sectoral regulators, where they exist, and operated prospectively; ex post price regulation through the medium of competition law presents many problems»*<sup>19</sup>.

El siguiente cuadro, elaborado por expertos de la OCDE, resume los principales argumentos a favor y en contra de la intervención de las autoridades de la competencia en casos de precios excesivos<sup>20</sup>.

**Principales argumentos a favor y en contra de la intervención en casos de precios excesivos**

<i>Argumentos para no intervenir</i>	<i>Argumentos en favor de la intervención</i>
Los mercados se auto-corrigen.	Los mercados no siempre se auto-corrigen (fallos de mercado).
Una incorrecta reglamentación puede agravar los fallos de mercado.	Los precios excesivos reducen el bienestar del consumidor.
El coste de la intervención es superior a sus beneficios, incluso cuando corrige el fallo de mercado.	Los precios excesivos reducen el bienestar total.
La intervención es innecesaria en la medida en que la competencia elimina progresivamente los precios excesivos.	La intervención puede colmar una laguna del Derecho de la Competencia y ofrecer una segunda oportunidad si la autoridad no ha detectado la práctica de exclusión.
Las reglamentaciones/intervenciones de precio son difíciles de ajustar.	La intervención vuelve a la opinión pública más favorable a la política de competencia.
El concepto de precio «excesivo» es arbitrario e incierto (difícil de determinar lo que es excesivo).	La vinculación entre precio excesivo y entrada en el mercado es ilusoria.

<sup>18</sup> M. GAL, «Abuse of Dominance - Exploitative Abuses», en LIANOS y GERADIN (eds.), *Handbook on European Competition Law*, Edward Elgar, 2013, Capítulo 9, marzo, 2015, pp. 385-422.

<sup>19</sup> Sentencia del CAT de 25 de julio de 2018, *Flynn Pharma Ltd and Flynn Pharma (Holdings) Ltd v. Competition and Markets Authority*, asunto núm. 1275-1276/1/12/17.

<sup>20</sup> OCDE, Documento de trabajo sobre Precios excesivos, DAF/COMP(2011)18, p. 28.



<i>Argumentos para no intervenir</i>	<i>Argumentos en favor de la intervención</i>
Prohibir precios de monopolio equivale a prohibir los monopolios.	Los precios excesivos son una infracción al Derecho de la Competencia.
La intervención falsea las inversiones y los comportamientos de las empresas y favorece la búsqueda de un alto de gama superfluo.	Consideraciones de políticas públicas; voluntad del legislador; presiones políticas (primacía de la política).

Sin embargo, la Comisión Europea ha señalado que existen al menos tres razones por las que no puede renunciar a perseguir los precios excesivos cuando sean abusivos<sup>21</sup>. La primera, es que el propio Tratado, en el párrafo 2, apartado *a*) del art. 102, califica de abusiva la imposición de precios u otras condiciones de transacción no equitativas. En segundo lugar, el hecho de que la política europea de la competencia tiene como objetivo fundamental proteger el bienestar del consumidor, siendo extraño hacerlo únicamente de forma indirecta, protegiendo el proceso competitivo sancionando las prácticas de exclusión, y no de forma directa, persiguiendo las de explotación. Y en tercer lugar que, dado que el Derecho europeo no prohíbe la posición de dominio sino solo su explotación, habría casos en los que no se podrían sancionar abusos de exclusión y en los que la persecución de los abusos de explotación sería la única forma de proteger a los consumidores.

#### B. CONCEPTO LEGAL DE PRECIO EXCESIVO COMO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En su Sentencia *United Brands* el Tribunal de Justicia calificó de abuso «el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada; [se] trataría entonces, de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido y, en caso afirmativo, examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con los productos competidores»<sup>22</sup>.

Como nos recuerda el A. G. WAHL en sus conclusiones en *AKKA/LAA*, con cita de jurisprudencia, no cualquier precio que se desvíe de valor económico será contrario al art. 102 TFUE: «Únicamente los precios “desproporcionados” o «exorbitantes» podrán vulnerar dicha disposición»<sup>23</sup>.

Para poder concluir que un precio excesivo es abusivo, es necesario realizar un análisis en dos pasos:

<sup>21</sup> OCDE, Documento de trabajo sobre Precios excesivos. Aportación de la Unión Europea, DAF/COMP/WP2/WD(2011)54, p. 2.

<sup>22</sup> Sentencia *United Brands*, párrafos 250 y 252.

<sup>23</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 16.

- En primer lugar, determinar que el precio es excesivo «comparando el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio»<sup>24</sup> o determinar si existe un exceso —es decir, una diferencia significativa— entre el precio efectivamente cobrado por la empresa que goza de posición dominante en el mercado de que se trate y el precio que dicha empresa habría cobrado hipotéticamente si hubiera existido competencia efectiva en el mercado (en lo sucesivo, «precio de referencia»)<sup>25</sup>.
- Si se comprueba que existe una diferencia significativa entre el precio efectivamente cobrado y el precio de referencia, en una segunda etapa se determinará en qué medida ese precio efectivo «no es equitativo, en sí mismo o en comparación con los productos competidores», para lo cual es necesario «investigar si la diferencia de precio es simplemente el resultado de una explotación abusiva de la posición dominante de la empresa o es consecuencia de otras razones, legítimas»<sup>26</sup>. A este respecto, el A. G. WAHL añade que «[un] precio solo puede considerarse “no equitativo” en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra a), si no hay una justificación válida de la diferencia entre el precio de referencia y el precio efectivo impuesto por la empresa en posición dominante a sus clientes»<sup>27</sup>.

#### C. PRIMER ELEMENTO DEL TEST *UNITED BRANDS*: LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EXCESIVO

En la Sentencia *United Brands*, el Tribunal dejó abierta la posibilidad de utilizar distintos métodos para determinar cuándo un precio podía ser considerado *a priori* excesivo.

En aquel asunto, el Tribunal se refirió en particular a la posibilidad de comparar el precio de venta del producto con su precio de coste, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio, lo que en esencia supone aplicar un método de *comparación precio-«cost-plus»*.

En relación con este método, el Tribunal ya dejó apuntadas las dificultades «no desdeñables y a veces muy grandes de la determinación del *precio de coste*, que a veces puede exigir un reparto discrecional de los costes indirectos y de los gastos generales y puede presentar importantes diferencias según la importancia de la empresa, su objeto, su complejidad, su extensión territorial, la unicidad o la diversidad de sus productos, el número de sus filiales y su imbricación»<sup>28</sup>. En este mismo sentido, en *AKKA/LAA*, el A. G. WAHL puso de manifiesto que «la información requerida para llevar

<sup>24</sup> Sentencia *United Brands*, párrafo 251.

<sup>25</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 17.

<sup>26</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 20 y 21.

<sup>27</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 22.

<sup>28</sup> Sentencia *United Brands*, párrafo 254.



a cabo las operaciones necesarias para el cálculo del precio de referencia puede ser incompleta o inexistente, o cabe que su validez sea discutida. Por ejemplo, identificar costes y atribuirlos a un determinado producto es una tarea sumamente compleja en la mayoría de los tipos de negocios y en muchas empresas. El cálculo de los márgenes de beneficio es, pues, una labor bastante incierta. No debe olvidarse que las tarifas y las normas de contabilidad pueden variar entre los distintos sectores o países, debido a diferentes disposiciones legales o convenciones contables, y además cabe que no siempre reflejen los conceptos económicos pertinentes»<sup>29</sup>.

Respecto del beneficio, además de las dificultades inherentes a su cálculo, la doctrina ha señalado que márgenes podrían, a primera vista, parecer muy elevados, son sin embargo normales en muchos sectores, no debiendo considerarse como un indicio de precios excesivos. Así Lorenzo COPPI ha explicado que márgenes del 60-80 por 100 sobre costes variables no son inusuales en algunas industrias, y aporta el siguiente cuadro ilustrativo de su amplitud y dispersión<sup>30</sup>:

<i>Company</i>	<i>Gross margin (septiembre 2016)</i>	<i>Company</i>	<i>Gross margin (septiembre 2016)</i>
Statoil ASA	54,66 %	BHP Billiton plc	83,58 %
3M Co	49,33 %	Dow Chemical Co	22,62 %
Dell Inc	21,40 %	Hewlett Packard	29,13 %
BMW	19,67 %	Audi	19,47 %
Coca Cola	60,53 %	PepsiCo	54,99 %
Nike	46,24 %	Puma	45,47 %
Johnson & Johnson	69,27 %	Starbucks	59,36 %

Por si estas dificultades a la hora de calcular los costes y los beneficios fuesen pocas, en la medida que se trata de determinar si el precio es excesivo por no ser razonable respecto del valor económico de la prestación realizada, es indispensable también examinar el *valor atribuido por la demanda* al producto o servicio. En efecto, como reconoció la Comisión Europea en el asunto del *Puerto de Helsingborg*, en el que rechazó dos denuncias que consideraban excesivas sus tarifas, si los clientes atribuyen un mayor valor intangible a un bien o servicio (en ese caso, la mejor localización del puerto), y están por ello dispuestos a pagar un precio superior, dicho intangible incrementa el valor económico del producto ofrecido, en el sentido de la Sentencia *United Brands*, incluso aunque no implique que el suministrador haya incurrido en un mayor coste<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 38.

<sup>30</sup> L. COPPI, *The Rediscovery of Excessive Pricing in Europe Fairness in action?* Presentación en la 13.ª GCLC Annual Conference, 19 de enero de 2018.

<sup>31</sup> Decisiones de 22 de julio de 2004, *Scandlines/Puerto de Helsingborg*, Case COMP/A.36.568/D3, y *Sundbusserne/Puerto de Helsingborg*, COMP/A.36.570/D3.

Por otra parte, como señala el A. G., el método de la comparación coste-precio no tiene sentido para analizar el posible carácter excesivo del suministro de bienes inmateriales y, en particular, de obras protegidas por derechos de autor<sup>32</sup>.

En los precedentes comunitarios podemos encontrar comparaciones entre, por una parte, el precio efectivamente cobrado por la empresa en posición dominante y, por otra parte, los precios cobrados en el mismo mercado por empresas que no disfrutaban de posición dominante (*comparación entre competidores*)<sup>33</sup>, o por la misma empresa en posición dominante en distintos momentos (*comparación en el tiempo*)<sup>34</sup>, o los precios aplicados en otros mercados geográficos por la misma empresa en posición dominante<sup>35</sup> o por otras empresas<sup>36</sup> (*comparación geográfica*).

Todas estas comparaciones deben realizarse con las debidas cautelas, pues hay distintos factores que pueden incidir en el nivel de los precios y que son completamente ajenos a su eventual carácter excesivo. Así, en relación con la comparación entre competidores, el A. G. avisa de la necesidad de tomar en consideración que las diferencias de precios pueden reflejar simplemente diferencias de calidad entre los productos, diferencias que pueden ser reales o fruto de la percepción de los clientes.

En relación con las comparaciones geográficas, señala que los impuestos nacionales, las características particulares del mercado de trabajo nacional y las preferencias de los consumidores locales pueden incidir considerablemente en los precios finales.

La comparación en el tiempo entre los precios practicados por la propia empresa en posición de dominio puede ser relevante en la medida en que el incremento de precio no responda al coste de desarrollo del producto que ya se venía comercializando a un precio sensiblemente inferior. Sin embargo, incluso en este supuesto, un súbito incremento de precio no es, por sí mismo, prueba de la existencia de un precio excesivo; es importante comprobar si el precio anterior era el resultado de condiciones normales de competencia o si, por ejemplo, estaba topado por un marco regulatorio que limitaba la libertad de la empresa de fijarlo libremente.

Pero incluso si la comparación se realiza entre precios homogéneos y se demuestra que el precio actual es sensiblemente superior al precio anterior, antes de considerarlo abusivo, la empresa habrá de poder acreditar que su incremento es el resultado de otros factores externos. En efecto, como recuerda el A. G. WAHL «los factores que pueden afectar al precio final de un producto o servicio en el mercado pueden cambiar con gran celeridad.

<sup>32</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto AKKA/LAA, párrafo 37.

<sup>33</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias de 29 de febrero de 1968, *Parke, Davis & Co.* (24/67, EU:C:1968:11), y de 5 de octubre de 1988, *CICRA* y *Maxicar* (53/87, EU:C:1988:472).

<sup>34</sup> Véanse las Sentencias *General Motors c. Comisión* y *British Leyland c. Comisión*, ya citadas.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Véanse las Sentencias de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon* (78/70, EU:C:1971:59), y de 4 de mayo de 1988, *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225).



Dichos factores pueden estar relacionados con estrategias empresariales legítimas (por ejemplo, una empresa puede decidir intentar entrar en un nuevo mercado y, durante algún tiempo, aplicar unos precios muy bajos, aceptando así reducir al mínimo sus márgenes), con un aumento de los costes (debido a factores externos, como modificaciones del régimen fiscal local o de los costes de endeudamiento, o decisiones de la propia empresa relativas, por ejemplo, a campañas publicitarias o investigación y desarrollo), o incluso con cambios en las preferencias de los consumidores (por ejemplo, variaciones en la forma en que los consumidores perciben un producto a raíz de nuevas estrategias de marketing). Todos estos factores pueden propiciar cambios súbitos y significativos (habitualmente legítimos) en los precios»<sup>37</sup>.

Dadas las limitaciones de cada uno de los métodos de comparación señalados, y dado también el alto riesgo de que se produzcan errores tipo I o tipo II, el A. G. WAHL considera que las autoridades de la competencia deberían combinar varios de estos métodos: resulta «crucial que, con objeto de evitar (o, para ser más exacto, minimizar) el riesgo de errores, las autoridades de la competencia examinen un caso combinando varios de los métodos aceptados por el pensamiento económico convencional y que resulten idóneos y viables en el supuesto concreto»<sup>38</sup>. Y aunque señala el peligro de que la utilización de varios métodos no dé lugar a una conclusión fiable, concluye afirmando que «siempre que los métodos utilizados no sean defectuosos en sí mismos y se apliquen todos ellos con rigor y objetividad, la convergencia de los resultados puede considerarse un indicador del posible precio de referencia en un caso concreto»<sup>39</sup>.

Tras explicar los posibles métodos que permiten determinar los precios de referencia que se podrán comparar con los de la empresa dominante, el A. G. WAHL deja apuntados tres indicadores que, de concurrir, hacen más difícil que existan precios excesivos. En relación con el primer indicador, señala que cuando en un mercado no existen barreras de entrada significativas, es difícil que existan precios excesivos. En este sentido, hace claramente suyo el enfoque imperante en Estados Unidos de que, en ausencia de barreras de entrada, los precios elevados atraerán nuevos operadores o inducirán a los existentes a expandirse, con lo que se corregirá el nivel de precios.

En virtud del segundo indicador, entiende que, cuando existe un regulador sectorial que fija o controla los precios de las empresas del sector, es menos probable que existan precios excesivos; además, esos reguladores sectoriales están claramente más capacitados que las autoridades de la competencia para corregir los posibles abusos. En este punto, también el A. G. se acerca a la doctrina americana contenida en la Sentencia *Trinko*, que viene a dar la última palabra en materia de precios en sectores re-

<sup>37</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 41.

<sup>38</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 43.

<sup>39</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 45.

gulados a las autoridades reguladoras sectoriales en detrimento de las de competencia; y aunque no reniega abiertamente de la doctrina contraria tradicional en Europa, y expresada en las Sentencias *Deutsche Telecom* y *Telefónica*, que permiten a las autoridades de la competencia sancionar precios autorizados por reguladores sectoriales, el A. G. concluye afirmando que «las infracciones de la competencia en tales situaciones deberían limitarse principalmente a casos de error o, en general, fallos del regulador: supuestos en los que la autoridad sectorial debería haber intervenido pero por error no lo hizo»<sup>40</sup>.

En tercer lugar, el A. G. recuerda que una empresa en posición de dominio «es evidentemente menos capaz de hacer uso de su posición cuando negocia con compradores poderosos»<sup>41</sup>. Esta idea le llevará, en sus conclusiones en el asunto *Meo*, a cuestionarse si la entidad de gestión portuguesa, pese a ser la única que ofertaba los derechos de autor que necesitaban las cadenas de televisión, estaba en posición de dominio frente a estos clientes tan poderosos.

El A. G. termina su exposición general sobre los precios excesivos con un recordatorio muy útil para minimizar el riesgo de errores tipo I, es decir, de imputaciones erróneas de precios excesivos. Comienza por recordar que la obligación de demostrar que los precios son excesivos recae en las autoridades de la competencia, y que las empresas investigadas deben disfrutar de una presunción de inocencia. En este sentido, precisa que «las posibles dificultades que encuentre una autoridad al realizar una apreciación no pueden ir en detrimento de la empresa investigada». Y termina señalando que, para que las autoridades de la competencia puedan concluir que un precio aplicado por la empresa dominante es excesivo, deben examinar los distintos indicadores y ver si el conjunto de ellos, de manera suficientemente completa y fiable apuntan en una misma y única dirección: la existencia de una diferencia notable y persistente entre el precio de referencia (hipotético) y el precio (efectivo) aplicado por la empresa en posición dominante de que se trate<sup>42</sup>.

#### a) *Precisiones respecto de la aplicación del test Tournier-Lucazeau*

Una vez examinadas las cuestiones generales acerca de la aplicación de la prohibición contenida en el art. 102 TFUE a los precios excesivos, en todo similar a la que establece el art. 2 LDC, el A. G. en sus conclusiones y el Tribunal de Justicia en la sentencia analizan varias importantes cuestiones concretas planteadas por el tribunal letón de remisión del asunto *AKKA/LAA*, relativas a la aplicación del método de comparación geográfica para la determinación de precios supuestamente excesivos en relación con tarifas aplicadas por entidades de gestión de derechos de autor.

<sup>40</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 49.

<sup>41</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 50.

<sup>42</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 52 a 54.



Este método, conocido como test *Tournier-Lucazeau* por haber sido definido en dos sentencias de 1989 en recursos relativos al eventual carácter excesivo de unas tarifas de la SACEM, está resumido en el considerando 38 de la Sentencia *AKKA/LAA*: «Cuando una empresa en una posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante (Sentencias de 13 de julio de 1989, *Tournier*, 395/87, EU:C:1989:319, apartado 38, y de 13 de julio de 1989, *Lucazeau y otros*, 110/88, 241/88 y 242/88, EU:C:1989:326, apartado 25)».

Algún autor ha criticado este método indicando que, en la medida en que las Entidades de gestión en la mayoría de los Estados miembros tienen, en la práctica, un monopolio respecto de los derechos de autor que gestionan, no cabe presumir que las tarifas de las entidades tomadas como referencia sean competitivas<sup>43</sup>. El A. G. reconoce esta circunstancia, pero no considera que invalide la comparación, en la medida en que favorecería a la entidad investigada<sup>44</sup>, en consonancia con los principios de presunción de inocencia y de interpretación *pro reo* que deben regir en un ordenamiento sancionador como es el de aplicación del art. 102 TFUE.

#### b) *La elección de los países cuyas tarifas se van a comparar*

Dadas las frecuentes diferencias entre las tarifas aplicables por las entidades de gestión de los distintos Estados miembros, puede ser crucial para el resultado de la comparación la elección de las entidades cuyas tarifas se utilizarán para determinar el precio de referencia respecto del cual se comparará la tarifa de la entidad investigada.

En los asuntos *Tournier* y *Lucazeau*, la comparación se había realizado con las tarifas del resto de los Estados miembros de la época. En el caso *AKKA/LAA*, el Consejo de competencia letón comparó las tarifas de *AKKA* con las aplicables en los países limítrofes, Lituania y Estonia, que se consideraron relativamente similares a Letonia en cuanto a hábitos de consumo, economía y producto interior bruto, y respaldó esta comparación con las tarifas de otros Estados miembros, teniendo en cuenta el índice de paridad del poder adquisitivo basado en el producto interior bruto (en lo sucesivo, «índice PPA»)<sup>45</sup>.

A este respecto, aunque el A. G. consideraba que una comparación limitada a dos países podía no proporcionar datos fiables<sup>46</sup>, el Tribunal de Justicia

<sup>43</sup> G. MONTI, *Excessive pricing: Competition Law in Shared Regulatory Space*, presentado en 23rd Competition Law and Policy Workshop, European University Institute (2018).

<sup>44</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, pie de página 37.

<sup>45</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 10 y considerando 39 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

<sup>46</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 67.

afirmó que no se puede establecer un número mínimo de mercados que deban compararse, y que una comparación no es insuficientemente representativa por el mero hecho de que implique a un número restringido de Estados miembros. Ello es así siempre que los Estados miembros de referencia se seleccionen según *criterios objetivos, apropiados y comprobables*<sup>47</sup>, a lo que añade el A. G., como requisito, que estos criterios sean «reales y verdaderamente pertinentes» para el análisis realizado por la Autoridad de competencia<sup>48</sup>.

El A. G. da algunas orientaciones suplementarias dirigidas a los tribunales que revisen, en su caso, la comparación realizada por una autoridad de la competencia. Si la autoridad ha comparado únicamente con unos Estados miembros de referencia elegidos con arreglo a criterios objetivos, adecuados y comprobables, el tribunal revisor habrá de cerciorarse de que ningún otro Estado miembro cumple esos mismos criterios, y en particular «ha de verificar también que [la autoridad de la competencia] no ha excluido países de forma arbitraria o, peor aún, porque tales países aportan datos que no “encajan” en su argumentación»<sup>49</sup>.

Respecto de los criterios que pueden utilizar las autoridades de la competencia para elegir los mercados análogos, el Tribunal de Justicia menciona con carácter enunciativo los hábitos de consumo y otros elementos económicos o socioculturales, como el producto interior bruto *per cápita* y el patrimonio cultural e histórico<sup>50</sup>. A este respecto, reconoce que pueden existir diferencias significativas de precios entre Estados miembros para servicios idénticos, ligadas a la diferencia de poder adquisitivo de los ciudadanos. Es importante tener en cuenta este hecho, dado que «el nivel de vida y el poder adquisitivo influyen en la capacidad de los explotadores de los comercios o de los espacios de servicios para abonar los servicios de la sociedad de gestión de derechos de autor»<sup>51</sup>, y, por tanto, en el valor económico de la prestación realizada a la que se refiere la Sentencia *United Brands*.

Ello lleva al Tribunal de Justicia a completar el método *Tournier-Lucazeau*, incluyendo un nuevo criterio no mencionado en la jurisprudencia anterior: las autoridades de la competencia y los tribunales que revisen sus decisiones deberán «necesariamente» —dice el considerando 46— utilizar el índice PPA para comprobar si existen diferencias entre el nivel de vida de los Estados miembros tomados como referencia y aquel cuyas tarifas está examinando, para así asegurarse de que la comparación es suficientemente significativa. Como afirma el A. G., la comparación del valor económico de una determinada operación no puede realizarse *in abstracto*, sino que necesariamente debe tenerse en cuenta el contexto económico y financiero en el que se lleva a cabo la operación<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 10 y Considerando 39 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

<sup>48</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 64.

<sup>49</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 65.

<sup>50</sup> Considerando 42 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

<sup>51</sup> Considerando 46 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

<sup>52</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 90.



Dada la redacción imperativa del citado considerando 46, la realización de esta comprobación suplementaria no queda al albedrío de la autoridad de competencia y los tribunales revisores. Es una comprobación que deberán realizar siempre y en todos los casos en que utilicen el test *Tournier-Lucazeau* para determinar si una tarifa aplicada por una entidad de gestión es excesiva. Cuestión distinta es si únicamente puede utilizarse el índice PPA para comprobar si existen diferencias entre el nivel de vida de los Estados miembros. A este respecto, y pese a la redacción imperativa de la sentencia, creemos que sería aceptable que la autoridad de competencia o el tribunal revisor utilicen otros métodos diferentes que permitan realizar esa misma comprobación, siempre que cumplan dos condiciones: i) que expliquen suficientemente por qué, en ese caso concreto, la utilización de un índice alternativo resulta más adecuada, y ii) que comprueben que el resultado de utilizar ese índice no desvirtúa el resultado que se obtendría aplicando el índice PPA propugnado por el Tribunal de Justicia.

Concluimos con dos precisiones respecto de la comparación entre Estados miembros que, como expresamente recuerda el Tribunal, «debe efectuarse sobre una base homogénea».

La primera, se refiere a la estructura y base de cálculo de la tarifa investigada en los Estados miembros de referencia. Cabe preguntarse si, cuando las estructuras o bases de cálculo entre las tarifas de los distintos Estados miembros son diferentes, las autoridades de la competencia pueden, sin embargo, seguir considerando que la comparación se realiza sobre una base homogénea. La sentencia, en su considerando 45, parece descartar con claridad esta posibilidad: «Incumbe al tribunal remitente comprobar si el método de cálculo de las tarifas en los Estados de referencia seleccionados, basado en la superficie del comercio o del espacio de servicios en cuestión, es análogo al método de cálculo aplicable en Letonia». Solo en ese caso podrá el tribunal «concluir que la base de la comparación ha sido homogénea». Esta exigencia es, además, coherente con el hecho de que la comparación deba realizarse entre los precios «efectivamente cobrados» por las entidades en los distintos Estados miembros que se comparan. Si las estructuras o las bases de cálculo de las tarifas son distintas, difícilmente se podrán comparar los precios efectivamente cobrados sobre una base coherente, tal y como exige el test *Tournier-Lucazeau*. Esta conclusión queda corroborada por el hecho de que, en su Sentencia *AKKA/LAA*, el Tribunal de Justicia ha querido reforzar la exigencia de que la comparación se haga sobre una base homogénea, introduciendo la obligatoriedad de incluir el índice PPA en dicha comparación.

La segunda cuestión, se refiere a la posibilidad de utilizar como referencia las tarifas aplicadas en otros Estados que no sean Estados miembros, tal y como hizo la CNMC en su Resolución de 6 de noviembre de 2014 en el expte. S/0460/13, *SGAE-CONCIERTOS*, donde utilizó como referencia las tarifas en Estados Unidos. A nuestro juicio, esta posibilidad no es conforme con el test *Tournier-Lucazeau* por al menos dos razones. En primer lugar, porque en todos los asuntos en los que ha aplicado este test, el Tribunal

de Justicia se ha referido de manera reiterada a «los Estados miembros de referencia»; en ningún caso ha previsto poder utilizar como país de referencia uno que no sea Estado miembro. En segundo lugar, por la exigencia de que la comparación se haga sobre una base homogénea, y, en particular, que los Estados tengan similares hábitos de consumo y otros elementos económicos o socioculturales, tales como el producto interior bruto *per cápita* y el patrimonio cultural e histórico. Si el Tribunal exige comprobar la similitud de estos criterios entre Estados miembros, no existe razón para considerar que sería aceptable tomar en consideración un Estado tercero en el que, no solo esos criterios serían sin duda más divergentes que entre los Estados miembros, sino que, además, la propia configuración legal de los derechos de autor difiere radicalmente de la existente en las legislaciones de los Estados miembros.

En definitiva, en relación con la elección de los Estados miembros de referencia, la Sentencia *AKKA/LAA* viene a reiterar y reforzar la exigencia de que la comparación se realice sobre una base homogénea, y a introducir la obligación de utilizar el índice PPA para asegurarse de que las diferencias de precios que se puedan observar no respondan a diferencias en el nivel adquisitivo de esos Estados miembros.

### c) *Qué diferencia de precios es excesiva*

El tribunal nacional de referencia había preguntado al Tribunal de Justicia si existía un umbral a partir del cual la diferencia de precio entre los efectivamente aplicados en los Estados miembros de referencia y el supuestamente excesivo pueda considerarse excesiva.

A este respecto, cabe recordar que el Tribunal de Justicia, en su Sentencia *Post Denmark II*, rechazó la posibilidad de fijar con carácter general un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) por debajo del cual no se aplicaría la prohibición contenida en el art. 102 TFUE<sup>53</sup>. El A. G. se plantea, desde un punto teórico, si cualquier desviación respecto del precio competitivo en un mercado regulado justificaría una intervención de las autoridades de la competencia, pero concluye que este enfoque «no sería realista ni aconsejable», y ello por tres razones. En primer lugar, si las autoridades de la competencia intervinieran por cualquier diferencia, por pequeña que fuera, el riesgo de un falso positivo y de sancionar a una empresa por una conducta neutral, o incluso pro-competitiva, «sería sencillamente demasiado alto», en particular porque, como señala el propio A. G., el coste social de los errores de tipo I es mucho mayor que el de los errores de Tipo II. En segundo lugar, precisamente por las dificultades e incertidumbre de determinar cuándo una diferencia es excesiva, puede ser difícil para la empresa conocer por anticipado, con suficiente grado de certidumbre, cuándo el precio será excesivo; por ello la seguridad jurídica exige que ese umbral no se fije

<sup>53</sup> Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, asunto C-23/14. ECLI:EU:C:2015:651.



demasiado cerca del precio de referencia. En tercer lugar, porque un enfoque estricto exigiría que las autoridades de la competencia se convirtieran en reguladoras de precios con la obligación de intervenir continuamente y en cualquier mercado, siendo así que no tienen ni los recursos ni los conocimientos especializados para ello<sup>54</sup>.

Partiendo de la base de que, en *Tournier y Lucazeau*, el Tribunal había señalado que solo las tarifas que eran «notablemente más elevadas» podían dar lugar a un posible abuso, el A. G. afirma que la diferencia entre los precios únicamente podrá calificarse de abusiva si cumplen dos requisitos: debe ser *significativa y persistentemente superior al precio de referencia*<sup>55</sup>. Por ello, concluye afirmando que «una autoridad solo debe intervenir en virtud del art. 102 TFUE cuando *tenga certeza de que, al margen de las limitaciones e incertidumbres que rodean el cálculo del precio de referencia, la diferencia entre este y el precio efectivo es de tal magnitud que no queda casi ninguna duda del carácter abusivo de este último*. Por otro lado, cuanto más significativa sea la diferencia entre el precio de referencia y el precio efectivo, y cuanto más prolongado sea el periodo durante el que ese precio alto se aplica, más fácil será para una autoridad satisfacer la carga de la prueba que recae sobre ella»<sup>56</sup>. El Tribunal, por su parte, hace suyo el razonamiento del A. G., y confirma que, si bien no existe un umbral concreto, «una diferencia entre cánones podrá calificarse de “notable” si, vistos los hechos, es significativa y persistente en lo que atañe, concretamente, al mercado de que se trate, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente»<sup>57</sup>.

#### D. SEGUNDO ELEMENTO DEL TEST *UNITED BRANDS*: PRECIOS NO EQUITATIVOS

Como hemos señalado anteriormente, para que un precio sea contrario al art. 102 TFUE, no solo debe ser excesivo (primer elemento del test *United Brands*), sino que también ha de ser inequitativo «en sí mismo o en comparación con los productos competidores»<sup>58</sup>.

A este respecto, el A. G. afirma que un precio es *no equitativo en sí mismo* cuando dicho carácter «puede determinarse sin necesidad de efectuar una comparación con productos similares o competidores»<sup>59</sup>. Este sería el caso cuando la empresa exige un precio por un servicio que los clientes

<sup>54</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 101 a 105. Al referirse a la investigación que la DGCOM está realizando a los laboratorios Aspen por precios supuestamente excesivos, la comisaria Vestager reconoció el riesgo de convertirse en un regulador de precios, y añadió: «*This is a risk that we are really, really trying to avoid because this is not our role*», citada por PARR, *Vestager flags EC desire to avoid Price regulation in Aspen probe* (15 de julio de 2018).

<sup>55</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 106.

<sup>56</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 112.

<sup>57</sup> Considerando 55 de la Sentencia *AKKA/LAA*.

<sup>58</sup> Considerando 252 de la Sentencia *United Brands*.

<sup>59</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 121.

no han solicitado o que la empresa no ha prestado, y también cuando fija un precio especialmente elevado porque en realidad no está interesada en vender el producto, sino alcanzar un objetivo distinto y contrario a la competencia<sup>60</sup>.

En relación con el carácter *no equitativo en comparación con los productos competidores*, el A. G. comienza por recordar «caben diversas razones —posiblemente legítimas— por las que una empresa puede fijar el precio de un determinado producto o servicio por encima del importe calculado por la autoridad como precio competitivo (hipotético)». Ello puede ocurrir, por ejemplo, porque los costes que soporta la empresa en posición de dominio sean superiores a los correspondientes a las empresas en mercados de referencia. La empresa no puede justificar sus costes invocando simplemente mayores costes de una estructura ineficiente o económica, pero sí otros costes imputados al desarrollo del servicio, como por ejemplo, los costes de I+D. La empresa dominante también puede justificar un mayor precio si acredita que los clientes obtienen o perciben un valor económico superior<sup>61</sup>.

El A. G. concluye resumiendo la esencia del segundo elemento del test *United Brands*, proponiendo lo que podríamos calificar de «test de racionalidad económica»: «[Un] precio solo podrá calificarse de abusivo a efectos del art. 102 TFUE cuando no sea posible apreciar ninguna explicación económica racional —salvo la mera capacidad y voluntad de hacer uso de una posición dominante, incluso de forma abusiva— para el elevado precio aplicado por una empresa en posición dominante»<sup>62</sup>.

A diferencia del primer elemento, cuya prueba recae en la autoridad de la competencia, la prueba de que un precio excesivo no es inequitativo recae sobre la empresa. A este respecto, el Tribunal recuerda que «la sociedad de gestión de derechos de autor tiene la posibilidad de justificar la diferencia, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro de que se trate y la situación que prevalezca en los demás Estados miembros incluidos en la comparación»<sup>63</sup>.

## E. CONCLUSIÓN: LA SENTENCIA AKKA/LAA Y LOS PRECIOS EXCESIVOS

Aunque la Sentencia *AKKA/LAA* no supone un cambio radical respecto de la jurisprudencia anterior en relación con los precios excesivos, sí que impone a las autoridades de la competencia un análisis mucho más riguroso, tanto en la selección de los criterios de comparación de los precios de referencia como en la coherencia en su comparación, así como a la hora de analizar las posibles razones aducidas por la empresa justificando sus

<sup>60</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 122-123.

<sup>61</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafos 124-130.

<sup>62</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *AKKA/LAA*, párrafo 131.

<sup>63</sup> Considerando 57 de la Sentencia *AKKA/LAA*.



mayores precios, que pueden estar vinculadas tanto al mayor coste del producto como al mayor valor ofrecido o percibido por los clientes.

La sentencia sí introduce una novedad en relación con la aplicación de la comparación geográfica, y es la obligatoriedad de utilizar el índice PPA para asegurarse analizar la diferencia en el nivel de vida en los distintos mercados geográficos.

Pero en realidad lo más novedoso de la sentencia es que desaparece la sospecha, casi presunción, de que cualquier precio superior de una empresa en posición de dominio es abusivo. Esta nueva orientación es todavía más palpable en las conclusiones del A. G., que claramente asume la concepción económica de que los precios excesivos no son necesariamente anti-competitivos, e incluso pueden ser pro-competitivos; resulta difícil de imaginar, hace unos años, una cita a las tesis del juez SCALIA en la Sentencia *Trinko*, o la advertencia a las autoridades de la competencia del riesgo de incurrir en falsos positivos. De ahí que concluya proponiendo la aplicación del test de racionalidad económica: en precio elevado por una empresa en posición de dominio solo será abusivo si carece de esa aplicación económica racional lícita.

### III. PRECIOS DISCRIMINATORIOS DE SEGUNDA LÍNEA TRAS LA STJUE EN EL ASUNTO *MEO*<sup>64</sup>

Las autoridades de la competencia y los tribunales europeos han tenido numerosísimas ocasiones de pronunciarse sobre la aplicación del art. 102 TFUE a precios discriminatorios que perjudicaban principalmente a las empresas competidoras de la empresa que otorgaba dichos descuentos (de *primera línea*). Son en cambio mucho más infrecuentes los casos de discriminación tarifaria de *segunda línea*, que afecta esencialmente a los clientes con los que la empresa dominante mantiene únicamente una relación vertical. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con los efectos de exclusión de los descuentos condicionados<sup>65</sup>, no existen reglas claras que permitan determinar cuándo una discriminación supone un abuso de explotación y, por tanto, incurre en la prohibición tipificada en el art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), así como en el correspondiente art. 2.2.d) LDC: «Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes<sup>66</sup>, que ocasionen a estos una desventaja competitiva».

En la mayoría de los casos de precios discriminatorios, el debate se ha centrado fundamentalmente en determinar si los terceros contratantes es-

<sup>64</sup> Véase nota 12 de este artículo.

<sup>65</sup> La Comisión Europea expresamente no incluyó los abusos de exclusión en sus Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. [102 TFUE] a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes; véase párrafo 7.

<sup>66</sup> Desde un punto de vista económico, también existiría una discriminación cuando una empresa otorga las mismas condiciones a terceros que se encuentren en condiciones objetivas diferentes, pero este supuesto no está contemplado en la prohibición.

taban o no en una situación equivalente, y, por tanto, en si las condiciones desiguales implicaban o no una discriminación. Se trata de una cuestión más filosófica que jurídica: dado que, en la práctica, no hay dos clientes iguales<sup>67</sup>, la empresa normalmente intentará convencer a la autoridad de que no hay discriminación porque la diferencia en las condiciones aplicadas está justificada por diferencias objetivas entre ellos, mientras que las autoridades pueden tender a tratar cualquier diferencia de trato como discriminación, para luego ver si está justificada o no. Esa es, por ejemplo, la concepción tradicional de la CNMC y de los tribunales españoles, tal y como señaló el Gobierno español en el asunto *MEO*<sup>68</sup>.

Cuando las autoridades llegan a la conclusión de que hay una discriminación, en la mayoría de los casos se olvidan del segundo requisito del tipo (existencia de desventaja competitiva causada por la discriminación), o se limitan a presuponer su cumplimiento subsumiéndolo dentro de la propia discriminación.

La Sentencia *MEO* tiene la virtud de abordar precisamente esta cuestión, y de poner de manifiesto la importancia de que se compruebe la concurrencia de los dos requisitos del tipo.

El litigio en cuestión tiene su origen en una denuncia presentada por el operador portugués de televisión *MEO* ante su autoridad nacional de la competencia contra la entidad de gestión *GDA*, por haberle aplicado una tarifa superior a la que aplica a su competidor *NOS*, por el uso en sus emisiones de obras protegidas por derechos de autor. La autoridad portuguesa de la competencia, aun reconociendo que *GDA* había aplicado tarifas distintas, desestimó la denuncia al considerar esa diferencia no tenía efecto restrictivo sobre la posición competitiva de *MEO*.

#### A. RESPECTO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE LA ENTIDAD DE GESTIÓN Y DE SU FALTA DE INTERÉS POR RESTRINGIR LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS EN LOS QUE NO ESTÁN PRESENTES

Pese a que *GDA* era la única entidad en Portugal que podía otorgar a las televisiones una licencia para la utilización de las obras protegidas por derechos de autor que, como señaló el Gobierno español, estas necesitan para ofrecer sus servicios, y pese a que ni la autoridad portuguesa de competencia ni el tribunal que planteó la cuestión prejudicial cuestionaron que *GDA* estuviese en posición de dominio, esta es la primera cuestión que aborda el A. G. *WALH*.

A este respecto, *GDA* había señalado que no podía ejercer ningún tipo de presión comercial sobre *MEO* y *NOS*, ya que son sus dos principales

---

<sup>67</sup> Teóricamente, cabría también pensar en una empresa con un poder de demanda tal que fuese capaz de extraer de sus proveedores condiciones distintas por un mismo producto. Pero se trata casi de un caso de laboratorio, dado que las autoridades de competencia raramente intervienen en caso de empresas con poder de demanda.

<sup>68</sup> Conclusiones A. G. *WAHL* en asunto *MEO*, párrafo 29 y pie de página 7.



clientes y constituyen un potente duopolio (en realidad, un «duopsonio») del que dependen la gran mayoría de los ingresos que obtiene la entidad. Además, la fijación de las tarifas estaba condicionada por la ley nacional, que obliga a las partes, a falta de acuerdo, a recurrir a arbitraje. Por último, al no estar integrada verticalmente, GDA alegó no tener ningún interés en los mercados ascendentes y descendentes ni en situar a un usuario de sus derechos en desventaja competitiva respecto del otro. Es más, el debilitamiento de la posición competitiva de uno de ellos probablemente perjudicaría a GDA.

El A. G. WAHL asume esencialmente los argumentos de GDA. Reconoce que MEO y NOS tienen un cierto poder de negociación que puede contrarrestar el de GDA, y recuerda que el hecho de que esta sea la única entidad de gestión en Portugal no significa que esté efectivamente en posición dominante, pues «no dispone de un poder de mercado que le permita actuar al margen de sus socios comerciales»; es este, y no la cuota de mercado, el test utilizado por la jurisprudencia *Hoffmann-La Roche* y *United Brands* para definir la posición dominante<sup>69</sup>.

A continuación, el A. G. viene a aplicar un test de racionalidad económica similar al que menciona en *AKKA/LAA* para los precios excesivos, y niega que GDA tenga un interés en imponer precios discriminatorios con el fin de excluir o debilitar la posición competitiva de uno de sus clientes, dado que no está presente en el mercado descendente en el que operan MEO y NOS. Su único interés, afirma, «parece residir en dinamizar sus ingresos mediante la fijación de precios negociados de forma individual y bilateral con esos proveedores»<sup>70</sup>, sin que encuentre ninguna tacha en este (lícito) interés de GDA por incrementar sus ingresos.

El A. G. WAHL concluye sus consideraciones preliminares afirmando que «resulta problemático sancionar a una empresa por haber abusado de su supuesta posición dominante debido a la diferenciación de precios que aplica a sus socios situados en el mercado descendente, cuando no opera en dicho mercado y se beneficia directamente de la competencia entre esos socios. Estas dudas llaman, con mayor razón, a ser prudentes en el examen de las prácticas de diferenciación de precios controvertidas»<sup>71</sup>.

Aunque estas reflexiones del A. G. exceden del objeto concreto de este artículo, son ilustrativas de un enfoque abierto que toma en consideración las circunstancias de hecho y de derecho reales en las que a menudo se mueven las empresas en posición de dominio, y en particular las entidades de gestión. Estas ideas contrastan vivamente con los razonamientos, por lo general mucho más formalistas, que podemos encontrar en la gran mayoría de las resoluciones de la CNMC que examinan las tarifas de las entidades de gestión, razonamientos formalistas que en muchos casos son asumidos por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

<sup>69</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 50-53.

<sup>70</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 54.

<sup>71</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 59.

## B. LA DESVENTAJA COMPETITIVA COMO REQUISITO INDISPENSABLE DE LA INFRACCIÓN

Del tenor literal del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), así como en el correspondiente art. 2.2.d) LDC, se deduce que para incurrir en la prohibición, deben concurrir tres requisitos: i) que la empresa investigada esté en posición de dominio; ii) que esta empresa aplique a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y iii) que estas condiciones desiguales ocasionen a esos terceros una desventaja competitiva.

Las autoridades de la competencia se esfuerzan por acreditar las dos primeras condiciones, pero con frecuencia no le prestan atención a la tercera. De hecho, en el propio asunto *MEO*, el Gobierno español presentó unas alegaciones recogiendo la doctrina tradicional de la CNMC, que «[considera] sistemáticamente como infracción la aplicación de tarifas discriminatorias cuando el organismo de gestión de los derechos de autor y de los derechos afines no la puede justificar»<sup>72</sup>, obviando así completamente el tercer requisito.

En relación con este tercer requisito, el A. G. WAHL comienza por recordar que las prácticas discriminatorias, incluidas las relativas a precios, no son en sí mismas problemáticas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, ya que pueden tener el efecto de reforzar la eficiencia económica y, por ende, el bienestar del consumidor. Como ya hemos indicado, la aplicación de precios discriminatorios permite a una empresa, aunque sea dominante, ofrecer productos y servicios a un mayor número de consumidores, y en particular a los de menor poder adquisitivo, por lo que puede ser un importante estímulo de la competencia. De ahí que, como afirma el A. G., a diferencia de lo que podría sugerir un análisis superficial, el art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), no obliga a los titulares de un monopolio o de una posición dominante a aplicar tarifas uniformes<sup>73</sup>, sino que, por el contrario, la discriminación tarifaria por una empresa dominante «*única-mente* estará comprendida en el ámbito de la prohibición de abuso de posición dominante *si* [y solo si, añade la versión inglesa de las conclusiones] *la competencia entre esos socios resulta falseada* a consecuencia de dicha discriminación» (en cursiva en el texto original)<sup>74</sup>.

El A. G. afirma que no puede presumirse que toda discriminación dé lugar a una situación de «desventaja competitiva» en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c). Por ello, la autoridad debe proceder en todos los casos a examinar los efectos reales o potenciales de la conducta discriminatoria. Ello es particularmente importante en los casos de *discriminación de*

<sup>72</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 29 y pie de página 7.

No deja de llamar la atención que el Gobierno español fuese el único que presentase observaciones en este sentido. Es más, también apuntó a una presunción de que las entidades de gestión están en posición de dominio, al subrayar que las licencias que conceden constituyen un elemento esencial para que los usuarios de que se trata puedan prestar sus servicios finales (párrafo 31).

<sup>73</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 64, reiterado en el párrafo 87.

<sup>74</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 65 a 68.



*segunda línea*, cuando la empresa dominante no compite con sus clientes a los que aplica condiciones distintas y, por tanto, no tiene en principio ningún interés en excluir a ninguno de sus clientes del mercado.

En relación con la desventaja competitiva, el A. G. WAHL aclara «no debe confundirse con la desventaja sentida o incluso sufrida de forma inmediata por los operadores a los que se les han aplicado precios más elevados para la adquisición de un bien o de un servicio»<sup>75</sup>. Más adelante concluye que «para que pueda apreciarse la existencia de una “desventaja competitiva” en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), además de la desventaja que genera la discriminación tarifaria tomada de forma aislada, la práctica en cuestión debe tener un efecto específico sobre la posición competitiva de la empresa supuestamente discriminada. Dicho de otro modo, es preciso que la desventaja sufrida sea lo suficientemente significativa como para tener consecuencias en la posición competitiva de la empresa discriminada. Es pues necesario comprobar que los precios discriminatorios falsean la relación de competencia entre los socios comerciales en el mercado descendente»<sup>76</sup>.

Aunque en el ámbito del art. 102 TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (y entre otras, la Sentencia *AKKA/LAA* que hemos comentado anteriormente) no existe un umbral *de minimis* que excluya su aplicación, el A. G. señala que eventuales diferencias de trato que no incidan en la competencia o que, a lo sumo, tengan efectos muy limitados, no pueden ser constitutivas de un abuso de posición dominante<sup>77</sup>.

Para determinar si unas condiciones discriminatorias resultan en una verdadera distorsión de la competencia, la autoridad deberá examinar sus efectos reales o potenciales «a la luz de todas las circunstancias pertinentes», y cuanto menos dos circunstancias: i) «la realidad y la importancia relativa de la diferenciación de precios», y ii) la importancia del coste de los insumos suministrados en condiciones discriminatorias con respecto a los costes totales soportados por las empresas perjudicadas<sup>78</sup>.

En relación con este segundo factor, el A. G. propone las siguientes reglas: «Cuando el peso relativo de los precios impuestos por la empresa dominante sea irrisorio, estos no pueden incidir en la posición competitiva del cliente perjudicado»; en cambio, «cuando el precio impuesto por la empresa dominante represente una parte significativa de los costes totales que soporta el cliente perjudicado, la discriminación de precios podría incidir no ya en la rentabilidad de la actividad de dicho cliente, sino también en su posición competitiva»<sup>79</sup>.

Aplicando estos criterios al caso de referencia, el A. G. concluía que, dado que los importes que MEO abonó a GDA representaban un por-

<sup>75</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 63.

<sup>76</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 96 y 97.

<sup>77</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 105.

<sup>78</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 106-108.

<sup>79</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafos 109 y 110.

centaje escaso de los costes soportados por MEO y una parte ínfima de los beneficios obtenidos por la prestación de su servicio de televisión de pago, no se veía cómo podía incidir la diferenciación de las tarifas aplicada por GDA en la posición competitiva de MEO y, por consiguiente, generar una desventaja competitiva en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c).

En su sentencia, el Tribunal de Justicia hizo plenamente suyas las conclusiones del A. G. Así, en relación con la distinción entre la desventaja sufrida por el operador al que la empresa en posición de dominio aplica un mayor precio y la «desventaja competitiva» que exige el art. 102 TFUE, afirmó que «la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores a quienes se hayan aplicado precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores por una prestación equivalente no significa sin embargo que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo. En efecto, la discriminación de socios comerciales que se encuentran en relación de competencia solo podrá considerarse abusiva si el comportamiento de la empresa en posición dominante pretende, según se desprende de todas las circunstancias del caso concreto, llevar a una distorsión de la competencia entre esos socios comerciales»<sup>80</sup>.

En cuanto a la necesidad de que la discriminación produzca un impacto significativo, el Tribunal de Justicia aclaró que «cuando el impacto de una diferenciación de tarifas sobre los costes soportados por el operador que se considera perjudicado, o sobre la rentabilidad y los beneficios obtenidos por dicho operador, no es significativo, cabe deducir, en su caso, que dicha diferenciación de tarifas no puede tener efecto alguno sobre la posición competitiva de dicho operador»<sup>81</sup>.

El Tribunal de Justicia parece también asumir el test de racionalidad económica propuesto por el A. G. ya que concluye formulando una presunción favorable si la discriminación es de segunda línea, al señalar que «[cuando] la aplicación de las distintas tarifas afecta únicamente al mercado descendente, la empresa en posición dominante no tiene, en principio, ningún interés en excluir del mercado descendente a uno de sus socios comerciales»<sup>82</sup>.

## C. CONCLUSIÓN: LA SENTENCIA *MEO* Y LOS PRECIOS DISCRIMINATORIOS DE SEGUNDA LÍNEA

La Sentencia *MEO* es el «asunto de referencia» que fija importantes pautas que las autoridades de la competencia y los tribunales deberán seguir cuando tengan que enjuiciar la aplicación de condiciones discriminatorias de segunda línea por una empresa en posición de dominio.

<sup>80</sup> Considerandos 26 y 27 de la Sentencia *MEO*.

<sup>81</sup> Considerando 34 de la Sentencia *MEO*.

<sup>82</sup> Considerando 35 de la Sentencia *MEO*.



En primer lugar, pone de relieve la importancia de uno de los elementos del tipo —la necesidad de que las condiciones discriminatorias produzcan una «desventaja competitiva»— que las autoridades de la competencia habían tendido a olvidar o a presumir su existencia vinculada a la discriminación. Como señala el A. G., esa presunción está «desfasada», y responde a una concepción, también superada, de la prohibición contenida en el art. 102 TFUE basada en el objeto formal de la práctica y no en sus efectos.

Por otra parte, aclara que esa desventaja competitiva no puede identificarse con la desventaja sufrida de forma inmediata por los operadores a los que la empresa en posición de dominio ha aplicado precios más elevados.

Para poder considerar que unos precios discriminatorios de segundo grado son contrarios al art. 102 TFUE por producir una desventaja competitiva significativa, las autoridades de la competencia deberán examinar, no solo la amplitud de la discriminación y su duración, sino también su impacto sobre la rentabilidad, los beneficios y los costes soportados por los operadores que se consideran perjudicados. Si ese impacto no es significativo, cabe presumir que la discriminación no puede tener efecto alguno sobre la posición competitiva de dicho operador.

Por último, cuando la empresa dominante no compite con los operadores a los que aplica condiciones discriminatorias, el test de racionalidad económica permite presuponer que no tiene ningún interés en excluir del mercado descendente a parte de sus socios comerciales.

#### IV. NECESIDAD DE AJUSTAR LA DOCTRINA DE CNMC Y TRIBUNALES ESPAÑOLES

Frente a la prudencia mostrada por otras autoridades europeas de la competencia en la persecución de los abusos de exclusión, la CNMC ha sido mucho más proclive a calificar los precios aplicados por empresas en posición de dominio —y en particular por entidades de gestión— de abusivos por excesivos o por discriminatorios. Además, el análisis que tanto la CNMC, como la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en su función revisora, aplicaron en esos casos a veces raya con un «mero ejercicio formal de deducción automática, basado en presunciones jurídicas o fácticas»<sup>83</sup>, que el A. G. criticaba en sus conclusiones del asunto *MEO*. La disparidad entre, por una parte, la posición formalista de la CNMC y los tribunales españoles, y por otra, la aplicación del art. 102 TFUE basada en los efectos que se desprende de las Sentencias *AKKA/LAA* y *MEO*, quedó expresamente reflejada en este segundo asunto, relativo a los precios discriminatorios, donde, como ya hemos señalado, el Gobierno español fue el único interviniente ajeno a las partes que propuso obviar el tercer requisito expresamente previsto en el art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c).

<sup>83</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 115.

**A. APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PRECIOS EXCESIVOS POR LA CNMC Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES**

En su Resolución de 6 de noviembre de 2014 (expte. S/0460/13, *SGAE-CONCIERTOS*) la CNMC consideró que la SGAE había abusado de su posición dominante al aplicar tarifas inequitativas y excesivas en las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales en conciertos celebrados en España. La CNMC aplicó como criterio de comparación el test *Tournier-Lucazeau* y comparó las tarifas de la SGAE con las aplicadas por otras entidades de gestión extranjeras para remunerar los derechos de autor en el marco de la ejecución de obras musicales en conciertos. A estos efectos, elaboró una tabla comparativa con las tarifas establecidas por algunas entidades que fijaban un porcentaje determinado sobre los ingresos de taquilla. La tabla revelaba que en 14 Estados miembros se aplicaban tarifas más reducidas que la SGAE, en tres, la tarifa era la misma, y en otros tres, se aplicaba una tarifa superior<sup>84</sup>.

**Gráfico 1.** Tarifas en la UE por derechos de autor por el uso de la música en conciertos, según la CNMC



Fuente: elaboración propia a partir de información en el PCH de la CNMC.

<sup>84</sup> En este gráfico, la parte sombreada en cada país refleja la tarifa nominal, mientras que la clara compara las tarifas efectivas.



La CNMC hizo especial referencia a las tarifas más bajas aplicadas en Estados Unidos y el Reino Unido, que consideró especialmente relevantes porque el mayor porcentaje de los pagos efectuados por la SGAE a entidades de gestión extranjeras en virtud de sus contratos de representación recíproca se destinaban a estos países, y concluyó que las diferencias que reflejaba la tabla permitían concluir que las tarifas de la SGAE eran abusivas. La apreciación de la CNMC fue confirmada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 7 de febrero de 2018<sup>85</sup>, que tuvo especialmente en cuenta el contenido de la referida tabla (FD. 4º).

Sin embargo, la aplicación al caso del test *Tournier-Lucazeau* realizado por la CNMC incurrió, a nuestro juicio, en diversos errores que no fueron corregidos por la Audiencia Nacional.

En relación con la comparación respecto a las tarifas en Estados Unidos y en el Reino Unido, debemos recordar en primer lugar que, como ya hemos señalado, ni las Sentencias *Tournier* y *Lucazeau*, ni la más reciente Sentencia *AKKA/LAA*, prevén la posibilidad de utilizar como criterio de comparación los precios aplicados en países terceros —caso de Estados Unidos—, sino que expresamente se refieren siempre a los precios en otros Estados miembros.

Además, se trata de dos países que no permiten una comparación «sobre una base homogénea», tal y como exige la jurisprudencia. No solo porque difieran en los factores que menciona en la Sentencia *AKKA/LAA* (hábitos de consumo y otros elementos económicos o socioeconómicos, tales como el PIB y el patrimonio cultural e histórico), o porque la CNMC no utilizase el PPA ni ningún otro criterio para justificar la supuesta homogeneidad<sup>86</sup>; Estados Unidos y el Reino Unido no permiten una comparación sobre una base homogénea porque la propia configuración de los derechos de autor en dichos países es muy diferente a la que existe en el resto de los países europeos, y entre ellos en España. Además, el hecho de que los autores de esos países reciban el mayor porcentaje de los pagos efectuados por la SGAE a autores extranjeros, no parece un motivo que justifique que se trata de una comparación homogénea. Más bien cabe pensar que la elección de estos países responde a un «sesgo confirmatorio», o parafraseando al A. G. WAHL, a una selección de los países que aportan datos que «encajan» en la argumentación de la CNMC.

Por otra parte, la CNMC comparó las tarifas nominales en cada país y no «el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido», tal y como dicta la jurisprudencia. En relación con esto, cabe mencionar que existe una gran heterogeneidad entre la forma de aplicar la tarifa en

<sup>85</sup> Sentencia de 7 de febrero de 2018, recurso 23/2015, ECLI:ES:AN:2018:414.

<sup>86</sup> Aunque la Resolución de la CNMC es anterior a la Sentencia *AKKA/LAA*, lo que podría explicar el hecho de que la CNMC no comparase, tal y como exigió el Tribunal de Justicia, el PPA de los países considerados como referencia, la sentencia de la Audiencia Nacional es posterior, y de hecho se refiere expresamente a *AKKA/LAA*, aunque permanece completamente muda respecto de esta obligación que impuso el Tribunal de Justicia.

los distintos Estados miembros: en algunos países, la base de la remuneración son los ingresos brutos por taquilla del concierto, mientras que en otros, son los ingresos netos; en algunos, se incluyen otro tipo de ingresos en la base (venta de bebidas, de productos de *merchandising*, patrocinios, etc.); las invitaciones (entradas gratuitas) pueden no computar, o sí, y a diferentes precios, etc. Por ello, la comparativa simplista de tarifas que realizó la CNMC, avalada por la Audiencia Nacional, donde únicamente se cotejaba el porcentaje nominal aplicado en cada uno de los países, no es representativa del coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido, como dicta la jurisprudencia.

Pero donde creemos que estriba el error más relevante del análisis realizado por la CNMC y confirmado por la Audiencia Nacional, estriba en la conclusión de que las tarifas de la SGAE eran «notablemente más elevadas» que las aplicadas en otros Estados miembros, tal y como exige la jurisprudencia. De hecho, la sentencia de la Audiencia Nacional cita reitradamente de forma incorrecta la jurisprudencia *Tournier-Lucazeau*, cuando omite el adverbio de modo «notablemente» y al afirmar que las tarifas de la SGAE eran más elevadas que las de «*otros* Estados miembros», en lugar de «*en los restantes* Estados miembros». Tanto en la Resolución de la CNMC como en la sentencia de la Audiencia Nacional, se reconoce expresamente que tres Estados miembros (Polonia, Francia e Italia —países con características socioeconómicas y tradición cultural y jurídica mucho más cercanas a España que el Reino Unido y Estados Unidos—), tenían tarifas más elevadas que las de la SGAE, y de la tabla se desprende que otros tres aplicaban la misma tarifa. De esta manera, la comparación queda reducida a la mera comprobación de si en unos países se aplican tarifas más altas que en otros, lo que claramente no es conforme con la exigencia jurisprudencial de que sean «*notablemente más elevadas* que las que se aplican en los *restantes* Estados miembros», tal y como ha quedado establecida por el Tribunal de Justicia en sus Sentencias *Tournier* y *Lucazeau* y reiteró en su Sentencia *AKKA/LAA*<sup>87</sup>. En efecto, de aceptarse la tesis de la CNMC y la Audiencia Nacional de que basta con que una tarifa sea superior a la de algunos Estados miembros aunque sea igual o inferior a la de otros, y en la medida en que no todas las entidades de gestión aplican las mismas tarifas, siempre habría unas entidades cuyas tarifas serían abusivas por excesivas, con independencia de que la diferencia con las tarifas del resto de las entidades de gestión sea o no «notable».

En definitiva, en nuestra opinión, tanto la CNMC como la Audiencia Nacional efectuaron en ese caso una aplicación incorrecta del test *Tournier-Lucazeau*, tal y como ha sido precisado en *AKKA/LAA*. No realizaron la comparación entre las tarifas sobre una base homogénea ni demostraron que el resultado de esa comparación pusiera de manifiesto que las tarifas de la SGAE fuesen «*notablemente más elevadas* que las que se aplican en los *restantes* Estados miembros», como exige la jurisprudencia para considerar

<sup>87</sup> Véanse, por ejemplo, los considerandos 38 y 53 de la Sentencia *AKKA/LAA*.



que son excesivas. Además, tampoco acometieron el segundo paso tendente a demostrar que el precio es inequitativo, ya que no investigaron si la diferencia de precio era esencialmente el resultado de una explotación abusiva de la posición dominante, o si respondía a otras razones legítimas.

La declaración por parte de la CNMC del carácter excesivo y abusivo de la tarifa aplicada por la SGAE a las licencias concedidas para la comunicación pública de las obras musicales en conciertos celebrados en España, resulta aún más llamativa si se tiene en cuenta que, unos años antes, el entonces denominado Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) había confirmado el sobreseimiento dictado por el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de una denuncia formulada contra esa misma tarifa. Esta decisión se basó en tres argumentos<sup>88</sup>: 1.º el reconocimiento de que el hecho de que la tarifa aplicada por la SGAE difiera de las tarifas aplicadas por entidades similares en otros países de la Unión Europea, no es condición suficiente para concluir que dicha disparidad suponga *per se* una conducta abusiva; 2.º «la dificultad y complejidad que requiere la comparación sobre bases homogéneas propuesta por la Jurisprudencia Europea para abordar los casos de abuso en materia de propiedad intelectual», que ya había sido enfatizada por el TDC en una Resolución de 13 de julio de 2006 (expte. 593/05, *televisiones*) y, como consecuencia de lo anterior, y 3.º la imposibilidad de reunir los elementos necesarios que permitan acreditar que dicha tarifa pudiera considerarse abusiva en el sentido de los entonces vigentes arts. 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado. Dicha Resolución de 2007 fue anulada por la Audiencia Nacional al considerar que el TDC debía profundizar en la investigación. Y, aunque esa nueva investigación solo pudo corroborar la diferencia entre la tarifa de la SGAE y la de otras entidades europeas —que ya había quedado acreditada en 2007 y no había cambiado desde la primera Resolución del TDC—, la CNMC llegó en 2014 a la conclusión radicalmente opuesta a la que había alcanzado el TDC en 2007. En efecto, el razonamiento del TDC en el año 2007 era mucho más próximo a la doctrina del Tribunal de Justicia en *Tournier-Lucazeau* y en *AKKA/LAA* que la lógica formalista aplicada por la CNMC y la Audiencia Nacional en 2014 y 2017, respectivamente.

## B. APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE PRECIOS DISCRIMINATORIOS POR LA CNMC Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En la Resolución de 3 de julio de 2012 (expte. S/0220/10, *SGAE*) la CNC analizó la tarifa aplicada por esa entidad a las autorizaciones por el derecho de comunicación pública de obras musicales en bailes celebrados con motivo de bodas, bautizos y comuniones, o en los que el acceso de los asistentes se realice a través de invitación personal, llegando a la conclusión de que era discriminatoria e inequitativa. Para incentivar el cumplimiento por parte de los establecimientos que hacen uso de esos derechos, la SGAE

<sup>88</sup> Resolución de 8 de marzo de 2007 (expte. R 701/2006, *Promotores Musicales/SGAE*).

había acordado con sendas asociaciones representativas de los establecimientos que ofrecen ese tipo de eventos la aplicación de descuentos del 20 y del 15 por 100 a los usuarios que fuesen miembros de esas asociaciones y que, además, cumpliesen con las obligaciones relativas a la comunicación previa a la SGAE de los eventos, a la obtención de la correspondiente licencia, y domiciliasen sus pagos. En un primer momento, los usuarios que hubieran optado por no pertenecer a ninguna organización sectorial, no obtenían ningún descuento; posteriormente, la SGAE introdujo la posibilidad de que obtuviesen descuentos de hasta el 15 por 100, vinculados al cumplimiento de las obligaciones formales relativas a la declaración previa de los eventos, obtención de la licencia y domiciliación de los pagos. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo confirmaron la Resolución de la CNC salvo en el extremo relativo a la multa<sup>89</sup>.

Tanto CNMC como los tribunales revisores concluyeron que la SGAE había incurrido en una conducta abusiva consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a distintos agentes, al considerar que únicamente podía ofrecer lícitamente descuentos si correspondían exactamente con el ahorro de costes que obtenía, y si los ofrecía también a todos los usuarios. Además, afirmaron que «una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15 o un 20 por 100 del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación y para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros».

A nuestro juicio, este razonamiento diverge claramente de la doctrina relativa a los precios discriminatorios contenida en la Sentencia *MEO*.

En primer lugar, ni la CNMC ni los tribunales revisores tuvieron en cuenta que, al igual que ocurría con la entidad de gestión portuguesa en el asunto *MEO*, la SGAE no está presente en el mismo mercado ni compite con los establecimientos de bailes y bodas a los que se aplicaba la tarifa calificada de abusiva. Por ello, ignoraron que el trato favorable aplicado a los usuarios miembros de las asociaciones representativas del sector no pretendía producir un efecto de exclusión prohibido, sino que respondía a un deseo lícito de la SGAE de dinamizar sus ingresos primando a los establecimientos que cumpliesen puntualmente con sus obligaciones relativas a la obtención y pago de la correspondiente licencia. En un sector tan atomizado y en el que existe un grado muy elevado de incumplimiento en relación con los derechos de autor, la SGAE suscribió convenios con las entidades representativas del sector a fin de que estas le ayudasen a fomentar, a través de la oferta de descuentos a sus miembros, la obtención previa de licencias y el pago puntual de la tarifa. El otorgamiento de descuentos vinculados a la pertenencia a una asociación, cuyo efecto discriminatorio sería en todo caso de segundo grado, era pues una conducta racional desde el punto de vista económico, que, como seguidamente veremos, no oca-

---

<sup>89</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2015, recurso 452/2012, ECLI:ES:AN:2015:4724, y Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2018, recurso 271/2016, ECLI:ES:TS:2018:2073.



sionaba una desventaja competitiva entre los usuarios de los derechos de autor, en el sentido del art. 102 TFUE, párrafo 2, letra c), así como en el correspondiente art. 2.2.d) LDC.

En relación con este elemento del tipo, la CNMC y los tribunales revisores consideraron que la SGAE únicamente hubiese podido aplicar una bonificación igual al menor coste que suponían la gestión de los establecimientos favorecidos, pero «una diferencia de trato entre los clientes que suponga un 15 o un 20 por 100 del coste, sin justificación objetiva, es suficientemente relevante para considerarla una discriminación y para colocar en desventaja a unos operadores frente a otros».

Este razonamiento confunde, a nuestro juicio, la ventaja obtenida por la SGAE y la desventaja que podían sufrir los establecimientos a los que se aplicaba la tarifa completa frente a los que obtenían una tarifa reducida, con la «desventaja competitiva» que exigen tanto el art. 102 TFUE como el art. 2 LDC.

En relación con la ventaja obtenida por la SGAE, debemos recordar que, tanto de las conclusiones del A. G. WAHL como de la sentencia del Tribunal en el asunto *MEO*, se desprende que el art. 102 TFUE no se opone a que las entidades de gestión traten de forma diferente a los usuarios de sus derechos para dinamizar sus ingresos, siempre que esa diferencia no produzca una «desventaja competitiva».

En relación con dicha desventaja competitiva, tanto la CNMC como los tribunales revisores se limitaron a enfatizar el porcentaje del descuento otorgado por la SGAE a los usuarios que, además de cumplir determinadas obligaciones que facilitaban la obtención de la licencia y la gestión y liquidación de los derechos de autor, pertenecían a las asociaciones representativas del sector que habían suscrito un convenio con la SGAE. Pero ignoraron los argumentos que demostraban el escaso impacto de la tarifa aplicada por la SGAE en relación con el conjunto de los ingresos y gastos que generan para los establecimientos la celebración de los eventos que daban lugar a la percepción de derechos de autor y, por tanto, la ínfima repercusión que sobre estos ingresos y gastos suponía el descuento otorgado a algunos de esos establecimientos<sup>90</sup>.

De haber realizado el examen correcto, habrían tenido que concluir, de conformidad con lo afirmado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *MEO*, que el impacto de la diferenciación de tarifas sobre los costes soportados por los establecimientos a los que no se aplicaba el descuento nego-

---

<sup>90</sup> La diferencia de trato equivalía a una parte marginal del presupuesto de un evento de este tipo, no superando el 0,35 por 100 por evento en cada caso. En efecto, según datos del expediente, que eran pacíficos, el coste promedio de un banquete con barra libre y música se situaba entre 7.400 y 14.100 euros para un evento medio de unos 100 invitados. Esta cantidad incluía el local, la comida, la bebida y la música. El precio que pagaría el organizador del evento a la SGAE sería de alrededor de 132 euros. Teniendo en cuenta estos datos, el descuento del 20 por 100 aplicado por la SGAE a las asociaciones (que sería de 26 euros) equivalía a un 0,35 y a un 0,18 por 100 del total del presupuesto de los banquetes de 7.400 y 14.100 euros, respectivamente. La supuesta diferenciación afectaría, por tanto, a una parte mínima de la estructura de costes de los usuarios de la SGAE para este tipo de eventos.

ciado con las asociaciones, o sobre su rentabilidad y beneficios, no era significativa, por lo que «dicha diferenciación de tarifas no puede tener efecto alguno sobre la posición competitiva de [dichos establecimientos]»<sup>91</sup>, y que, por tanto, dichos descuentos no ocasionaban una desventaja competitiva en el sentido de los arts. 2, letra *d*), LDC y 102, letra *c*), TFUE.

## V. CONCLUSIÓN

Tanto el A. G. WAHL en sus conclusiones en los asuntos *AKKA/LAA* y *MEO* como el Tribunal de Justicia en las sentencias de esos asuntos vienen claramente a reforzar la exigencia de una aplicación medida y rigurosa de la prohibición contenida en el art. 102 TFUE (y también en el art. 2 LDC) de los precios excesivos y discriminatorios.

Dicha aplicación debe huir de un análisis meramente formal y de la presunción de que los precios aplicados por las entidades en posición de dominio son abusivos, y exige que las autoridades de la competencia, y los tribunales revisores, realicen un examen riguroso de todas las circunstancias de hecho y de derecho caso. Así lo pone de manifiesto el A. G. WAHL cuando afirma que «tanto en la práctica decisoria de las autoridades de competencia como en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, ha ido cuajando la idea de que, cuando debe examinarse un comportamiento empresarial desde la perspectiva del art. 102 TFUE, no puede presumirse la existencia de una restricción de la competencia. Para concluir que dicha restricción existe, es preciso proceder en todo caso a un examen de los efectos reales o potenciales de la medida censurada a la luz de todas las circunstancias del asunto de que se trate»<sup>92</sup>.

En particular, deben prestar una especial atención a la racionalidad económica de esos precios y a su impacto real sobre el comportamiento competitivo de los clientes. Además, dada la dificultad de determinar *a priori* lo que pueda ser un precio abusivo por excesivo o por discriminatorio, deben respetar escrupulosamente la presunción de inocencia de las empresas en posición de dominio. En este sentido, deben tener muy presente el riesgo de incurrir en falsos positivos, y sancionar estructuras de precios cuyos efectos pueden ser neutrales desde el punto de vista de la competencia, o incluso pro-competitivas.

<sup>91</sup> Considerando 34 de la Sentencia *MEO*.

<sup>92</sup> Conclusiones A. G. WAHL en asunto *MEO*, párrafo 70.





# ANÁLISIS DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS DESDE LA ÓPTICA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Marcos GARCÍA ALFONSO

Julia GARCÍA-ROYO DÍAZ

Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos  
Departamento de Promoción de la Competencia - CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y CONTEXTO DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS.—III. CONCLUSIONES DEL INFORME DE LA CNC DE 2013.—IV. ANÁLISIS Y REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA: A. Ausencia de necesidad análisis de eficiencia tanto para la condición de medio propio como para cada encargo. B. Problemas en la determinación de existencia de control análogo. C. Comprobación del umbral del 80 por 100 de las actividades del medio propio destinadas al poder adjudicador que realiza el encargo. D. Reconocimiento estatutario expreso o en los actos de creación; disposición de medios apropiados y prestaciones parciales. E. Régimen tarifario. F. Publicidad y transparencia. G. Recurso especial en materia de contratación y causa de anulabilidad.—V. CONCLUSIONES FINALES.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Las entidades del sector público actúan como demandantes y oferentes de bienes y servicios, afectando estática y dinámicamente a multitud de mercados relevantes. Así, por el lado de la demanda, destaca el peso económico del sector público como contratista alcanzando cifras superiores al 10 por 100 del PIB en nuestro país<sup>1</sup> y generando, por tanto, un mercado en el que las empresas privadas compiten por ser adjudicatarias de licitaciones públicas. Por el lado de la oferta, el sector público, a través de la constitución de entes públicos de distinta naturaleza, ofrecen bienes y prestan servicios tanto a demandantes públicos como a privados. En este sentido, destacan las hasta hace poco llamadas encomiendas de gestión, ahora de-

---

<sup>1</sup> Según la OCDE (*Government at a glance 2017*) representó el 10,5 por 100 del PIB y el 23,9 por 100 del gasto total de las Administraciones Públicas en 2015. De acuerdo con la Comisión Europea, la contratación pública representa alrededor del 19 por 100 del PIB de la UE (*Contratación Pública. Guía Práctica. 2015*).



nominadas encargos a los medios propios, tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público<sup>2</sup> (en adelante, LCSP).

A estos efectos, hemos de tener presente que el mercado de la contratación pública en la UE no es sino una parte más del mercado interior. Desde esta perspectiva, se ha de partir de la consideración de que la consecución del mercado interior de la contratación pública es el fin al que sirven las normas, que encuentran como el medio necesario la competencia efectiva.

Así, el Derecho de la UE confiere una importancia axial a la competencia en este mercado, afirmando, como se puede observar en el considerando 1<sup>3</sup> de la Directiva 2014/24/UE<sup>4</sup> (también en el considerando 2<sup>5</sup> de su predecesora, la Directiva 2004/18/CE<sup>6</sup>), que la finalidad misma de las normas de la UE es la de la apertura de la contratación pública a la competencia.

Lo mismo sucede, quizá de forma aún más explícita, en la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJ). Así en la STJ de 11 de enero de 2005, en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 44<sup>7</sup> se señala:

«A este respecto, es necesario, en primer lugar, recordar el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, que se ha destacado en la respuesta a la primera cuestión, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros. Ello implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas comunitarias pertinentes cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas».

La misma sentencia (apdo. 37) recalca este aspecto en lo referente a la Directiva de hace dos generaciones: «Los objetivos perseguidos por la Directiva 92/50, a saber, la libre circulación de los servicios y que en esta materia exista una competencia abierta y no falseada en todos los Estados miembros».

<sup>2</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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, *BOE* núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>3</sup> «Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia».

<sup>4</sup> Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

<sup>5</sup> «No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública».

<sup>6</sup> En particular, Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

<sup>7</sup> En el mismo sentido, véanse, por ejemplo, las SSTJ de 8 de mayo de 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apartado 22; y de 8 de diciembre de 2016, en el asunto C-553/15, *Undis Servizi*, apartado 28.

Por lo expuesto anteriormente, no es posible considerar en pie de igualdad a todos los principios, objetivos y criterios que figuran en el abigarrado art. 1 de la nueva LCSP, sino que cualquier ponderación entre los mismos debe tener presente el tenor de las normas y de la jurisprudencia de los tribunales de la UE en su interpretación y aplicación.

En cualquier caso, el aprovisionamiento público (entendido como término que engloba tanto la contratación pública en sentido estricto como los encargos a medios propios) al tratarse de una actividad con un impacto significativo en los presupuestos de los Estados miembros, debe atender al principio de eficiencia en la asignación de los recursos públicos, como se puede observar en el considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, en el que se expresa que esa búsqueda de la eficiencia es la que ha motivado la revisión de las Directivas de la generación anterior<sup>8</sup>.

De ahí la insistencia de las Autoridades de Competencia en relacionar directamente la eficiencia con la salvaguarda de la libre competencia. Su fundamento se basa en garantizar la existencia de competencia como medio para conseguir que, tanto el propio sector público en particular como la sociedad en su conjunto, se vean beneficiados, a través de la obtención de menores precios y de una mejora de la calidad, cantidad y gama de los bienes y servicios que se obtengan, así como el incremento de las inversiones y de la I+D+i. Por tanto, la inexistencia de competencia o la limitación de la misma, va a suponer que el sector público y los ciudadanos reciban bienes y servicios de manera subóptima.

En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) en sus Informes, entre otros, el Informe IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» y el Informe PRO/CNMC/001/15, de 5 de febrero, referente al «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia»<sup>9</sup>, ha manifestado que rara vez los órganos de contratación entran a analizar la adecuación económica del conjunto de decisiones que toman en materia de aprovisionamiento público, ni evalúan desde una perspectiva económica y con carácter previo la utilización de uno u otro instrumento de aprovisionamiento (contratos, encargos, convenios o subvenciones, por ejemplo) con la finalidad de la elección del más eficiente, sino que más bien tienden a utilizar aquello que conocen y vienen empleando tradicionalmente, que no necesariamente se corresponde con la opción más eficiente.

---

<sup>8</sup> A tenor literal: «Garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (4), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público».

<sup>9</sup> Todos los Informes de la CNMC se encuentran disponibles en su página *web*. Concretamente, las actuaciones relacionadas con contratación pública están disponibles en *Recomendaciones para el aprovisionamiento público*.



Los datos publicados por la Comisión Europea en su marcador<sup>10</sup> muestran la deficiente actuación del Reino de España, con un resultado insatisfactorio especialmente en los indicadores que maneja para evaluar la competencia, el acceso a los mercados de contratación y la calidad de la información. Atendiendo a este diagnóstico, la Autoridad de Competencia continúa en su empeño en promocionar la competencia en nuestro sistema de aprovisionamiento público para alcanzar mayores cotas de eficiencia económica.

La presente colaboración se va a centrar exclusivamente en el análisis de los encargos a los medios propios desde el punto de vista de la promoción de la competencia, escapando del alcance de este trabajo, por razones de extensión, el estudio de los contratos públicos para el aprovisionamiento público y para lo cual nos remitimos a las numerosas actuaciones de la Autoridad de Competencia en este ámbito<sup>11</sup>.

Diversos motivos conducen a que los encargos a medios propios tengan innegable impacto para la competencia.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que este tipo de negocios jurídicos entre un poder adjudicador y su medio propio —entendido como entidad del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil creada al efecto por aquella— instrumentalizadas a través de un «encargo», son consideradas de naturaleza no contractual. En consecuencia, al tratarse de relaciones internas o instrumentales entre un poder adjudicador que atribuye un encargo a su medio propio, escapan de la regla general de concurrencia a la que se someten los procedimientos para la adjudicación de los contratos públicos. Por ello, ha de destacarse que desde, el punto de vista de la competencia, la principal característica esta figura es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por tanto, de la concurrencia competitiva, que de acuerdo con la normativa aplicable debe regir ordinariamente la provisión de bienes y servicios (art. 1 LCSP). Es decir, este instrumento permite, en determinadas circunstancias, que el sector público no tenga que acudir a la contratación con terceros para la adquisición de obras, suministros o servicios, o la adjudicación de concesiones de obras o de servicios, y pueda encargar directamente a sus medios propios la obtención de dichas prestaciones.

En segundo lugar, no hay que perder de vista que estos medios propios son operadores económicos, que si bien su cliente principal es un ente del sector público en una relación de cuasi-monopsonio (es decir, la entidad controlada ejerce la mayor parte de su actividad para la entidad que la controla), también compiten en el mercado con otros operadores económicos (con los que deberían poder competir por el mercado si pudiesen acceder

---

<sup>10</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Single Market Scoreboard, Public Procurement Performance, Spain 2017*, mide el desempeño general de la contratación pública de los distintos Estados miembros sobre la base de unos parámetros comparativos.

<sup>11</sup> Para ello se recomienda visitar la *web* de la CNMC.

a las licitaciones públicas en pie de igualdad por los encargos atribuidos directamente). De ahí que su uso por parte del sector público tenga un impacto para la competencia en los mercados en los que actúan los medios propios en cuestión.

Precisamente, el recurso a esta figura no ha sido limitado. Tradicionalmente, el sector público ha gozado de una amplia discrecionalidad para acudir a este tipo de entes instrumentales, precisamente en atención a la naturaleza interna y de subordinación de la relación entre ambas partes. Esta discrecionalidad, sumada a razones de flexibilidad, rapidez y eficacia, ha promovido que se haya usado y abusado del recurso a los medios propios.

La Comisión Nacional de la Competencia (extinta CNC, ahora CNMC) en su Informe sobre «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia» (2013) constató que: «La razón de ser de los medios propios tiene que ver con la necesidad, o conveniencia, que tienen las Administraciones de aprovisionarse de determinados bienes y servicios con excepcional rapidez; por la naturaleza particularísima de las prestaciones demandadas; o por la ausencia de proveedores alternativos».

Por ello, el recurso a los encargos a medios propios, ante la falta de competencia que implica y el alcance generalizado en su uso, ha motivado que las autoridades de competencia, y en particular la española, hayan analizado este instrumento, al igual que otros organismos supervisores y de control de la actividad pública (Tribunal de Cuentas<sup>12</sup>, CNC<sup>13</sup> y CNMC<sup>14</sup>). Todos ellos coinciden al resaltar la ausencia de realización de estudios específicos que acrediten las ventajas de recurrir al encargo a medios propios en detrimento de los procedimientos de contratación, sin que se tenga constancia de que se hayan efectuado estudios comparados sobre los costes de la opción del encargo frente a los potenciales beneficios atribuibles a la competencia por el mercado. De ahí que la ausencia de una planificación adecuada, unida a la falta de seguimiento y control en la ejecución de los encargos a medios propios haya supuesto por sí misma un grave impedi-

---

<sup>12</sup> Cabe destacar el «Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013» del Tribunal de Cuentas aprobado el 22 de diciembre de 2016 (*Informe de fiscalización núm. 1197*). Como conclusiones generales de dicho Informe, se aprecia una escasa regulación de esta figura, que contrasta con la relevante dimensión, tanto cualitativa como cuantitativa, que ha alcanzado su empleo. Conclusiones similares alcanzó también el Tribunal de Cuentas en el *Informe de fiscalización núm. 1.198* de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades públicas aprobado el 30 de abril de 2015.

<sup>13</sup> La *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (2011), recomendaba evitar extralimitaciones en la utilización de las encomiendas. Para ello el poder adjudicador debería valorar en qué medida el mercado presta o puede prestar dichos bienes o servicios y el precio al que los mismos se ofrecen, debiéndose descartar la utilización de la encomienda si dichos precios resultan potencialmente inferiores. De igual forma, se establecían reparos a la subcontratación sistemática con terceros por parte del medio propio.

<sup>14</sup> Véase en el citado Informe *IPN/CNMC/010/15*, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» (pp. 20-25).



mento para evaluar si el recurso al encargo ha sido un medio más eficiente que otros posibles, como la contratación pública.

La realidad es que este tipo de relaciones ha suscitado gran controversia en la última década en nuestro país<sup>15</sup>, debido en gran parte a su configuración como prácticas internas de los Estados miembros y los límites del alcance de las Directivas de Contratación pública que, como se analizará en esta contribución, ha ido definiendo la jurisprudencia europea.

El objeto de esta contribución es analizar desde el punto de vista de competencia la evolución de esta figura en nuestro ordenamiento, y tratará de poner en relieve cuáles son los aspectos sustanciales de una figura jurídica que implica caer en una de las excepciones a las normas europeas de contratación pública que limita principio de libre competencia. Para ello, primero expondremos la evolución del concepto desde que fuera concebido por la jurisprudencia europea hasta la actualidad, con la reciente entrada en vigor de la LCSP. En segundo lugar, recordaremos la posición de la CNC en su Informe de 2013 sobre la materia. Posteriormente, nos adentraremos en aquellos aspectos concretos que, a nuestro juicio, siguen siendo controvertidos desde la óptica de competencia y que quedan abiertos en la regulación vigente. Finalmente, realizaremos una serie de conclusiones cuya finalidad es paliar los perjuicios a la competencia derivados de un uso no excepcional o restrictivo de esta figura.

## II. CONCEPTO Y CONTEXTO DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS

El régimen jurídico de los encargos a los medios propios (las relaciones *in-house* en su término anglosajón) no ha figurado expresamente en las Directivas de contratación de la UE hasta la cuarta generación (de la que la Directiva 2014/24/UE forma parte), y es una figura creada y desarrollada por los tribunales de la UE, que la han ido perfilando y completando paulatinamente.

Por ello, debemos acudir en primer lugar a la jurisprudencia europea para localizar los requisitos legales que deben concurrir en este tipo de relaciones *in-house* para que se puedan considerar negocios jurídicos puramente internos, de manera que sea lícito excluirlos del ámbito contractual y, por tanto, del sometimiento a las normas sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

Sin duda, el *leading case* en este ámbito es la STJ de 1999 en el asunto C-107/98, *Teckal*. Esta sentencia pone de manifiesto, en primer lugar, que

---

<sup>15</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina. Por ejemplo, entre otros, C. AMOEDO SOUTO, *Los encargos a medios propios e instrumentales ¿hacia un nuevo comienzo? Estudio sistemático ley de contratos*, Aranzadi, 2018, o M. FRANCO-GARCÍA, «Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la ley de contratos del sector público», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 154, 2018.

las Directivas de contratación son aplicables, por principio, a todos los casos subsumibles en las mismas (apdos. 41, 42, 45 a 47 y fallo<sup>16</sup>)<sup>17</sup>.

En segundo lugar, la aportación esencial la hace en los apartados 49 y 50: «Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas. A este respecto, conforme al artículo 1, letra *a*), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

La concurrencia cumulativa de ambos requisitos determina la inexistencia de «un convenio entre dos personas distintas», a efectos de la (in) aplicación de las Directivas.

En tercer lugar, se trata de una excepción a las normas imperativas que las Directivas imponen (apdo. 43 de la referida sentencia, véase *infra*), respecto de lo cual, en la sentencia en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 63<sup>18</sup>, se que afirma que: «Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la sentencia *Stadt Halle* y *RPL Lochau*, antes citada, apdo. 46)».

Como hemos indicado inicialmente, esta excepción cabe entender que se trata de una creación jurisprudencial, no prevista expresamente por las Directivas, sino de la interpretación del TJUE. Pese a ello, la propia sentencia en el asunto C-107/98, *Teckal*, dispone que<sup>19</sup>: «En efecto, procede re-

---

<sup>16</sup> STJ de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, *Teckal*: «La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora».

<sup>17</sup> En el mismo sentido se expresan la STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 47 que se inicia de la siguiente manera: «Con la idea de la apertura de los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las normas comunitarias». La misma sentencia cierra su apartado 37 recalcando cuáles son los objetivos de las Directivas: «Los objetivos perseguidos por la Directiva 92/50, a saber, la libre circulación de los servicios y que en esta materia exista una competencia abierta y no falseada en todos los Estados miembros». De igual forma, las Sentencias de 2014 en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apartado 24 y de 2016 en el asunto C-553/15, *Undis Servizi Srl*, apartado 28.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, y de forma general para las excepciones a las normas de las Directivas, véase, por ejemplo, la STJ en el asunto C-57/94, *Comisión c. Italia*, apartado 27. En cuanto a la interpretación estricta, véanse pronunciamientos más recientes, por ejemplo: STJ en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, apartado 23; y STJ en el asunto C-553/15, *Undis Servizi Srl*, apartado 29.

<sup>19</sup> En este mismo sentido, véase la STJ en el asunto C-220/05, *Auroux*, apartado 59.



cordar que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 93/36 son las mencionadas taxativa y expresamente en ella (véase, respecto de la Directiva 77/62, la Sentencia de 17 de noviembre de 1993, *Comisión/España*, C-71/92, rec. p. I-5923, apdo. 10)».

Si se verifican tales requisitos, se considera que la relación jurídica entre la entidad instrumental y el poder adjudicador no debe interpretarse o calificarse como un contrato sujeto a las Directivas. Dicho de otro modo, se entiende que los negocios jurídicos de naturaleza contractual vienen marcados por la bilateralidad o multilateralidad entre entes con personalidad jurídica diferente (siendo la clave que existan voluntades distintas) como factor esencial, cuestión que no concurre en las relaciones *in-house*.

En palabras de otro *leading case* en este ámbito, la referida STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 48, se recalca la posibilidad de recurrir a los propios medios: «Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos».

Esta misma sentencia, en sus apartados 49 y 50, añade otra cuestión clave para delimitar el concepto de la relación *in-house*: la ausencia de participación de capital privado en la entidad a la que se adjudica el encargo, debido a la distinción entre el interés público y los intereses privados<sup>20</sup>:

«En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta».

Abundando en tal distinción, la STJ en el asunto C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, refuerza esta interpretación con la reiteración de la exclusión a cualquier entidad del sector privado, incluso si se trata, en particular, de entidades sin ánimo de lucro, siendo irrelevante la forma jurídica de la entidad a estos efectos (apdo. 33)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En este mismo sentido, STJ en el asunto C-220/05, *Auroux*, apartado 64.

<sup>21</sup> «Al respecto, debe recordarse, en primer lugar, que la circunstancia de que la adjudicataria revista la forma jurídica de una asociación de Derecho privado y que no tenga ánimo de lucro

Adicionalmente, resulta importante tener en cuenta que, como se expresa en la STJ en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 62<sup>22</sup>, también existe la posibilidad de acudir a una relación *in-house* en caso de que las Directivas no sean de aplicación: «Por consiguiente, en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece».

Por tanto, como se indica en la STJ en el asunto C-573/07, *Sea*, apartado 37<sup>23</sup>, la posibilidad de acudir a una relación *in-house*, junto con sus requisitos, no solo existe cuando son aplicables las Directivas, sino también cuando no lo son y ha de ser aplicado directamente el TFUE<sup>24</sup>.

El Tribunal de Justicia también ha ido perfilando el concepto de «control análogo», señalando que debe tratarse de la posibilidad de que la entidad adjudicadora ejerza una influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del adjudicatario y que el control ejercido por la entidad adjudicadora debe ser efectivo, estructural y funcional<sup>25</sup>. También ha admitido que se ejerza de forma conjunta<sup>26</sup>.

A partir de la construcción jurisprudencial de esta figura, el legislador de la UE finalmente ha decidido incluir expresamente una regulación específica sobre la misma en la cuarta generación de Directivas.

Nos centraremos en la Directiva 2014/24/UE, cuyo art. 12 positiviza esta excepción a la aplicación de las normas generales. Llama la atención el título del mismo: *Los contratos públicos entre entidades del sector público*<sup>27</sup>. En él, se hace referencia al *contrato*<sup>27</sup> como el vínculo jurídico que

---

carece de pertinencia a efectos de la aplicación de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos y, por consiguiente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la excepción inherente a las operaciones “*in house*”. En efecto, tal circunstancia no impide que la entidad adjudicataria de que se trate pueda desarrollar una actividad económica (véanse, en este sentido, las Sentencias *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, apdo. 41, y *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, apdo. 45)».

<sup>22</sup> En el mismo sentido, véase la STJ en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apartado 26.

<sup>23</sup> «Pues bien, esta jurisprudencia resulta pertinente tanto por la interpretación de la Directiva 2004/18 (LCEur 2004, 1837) como por la de los arts. 12 CE (RCL 1999, 1205 ter), 43 CE y 49 CE, así como por la de los principios generales de los que constituyen su expresión específica [véanse, en este sentido, las Sentencias de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005, 1), *Stadt Halle* y *RPL Lochau* C-26/03, rec. p. I-1, apdo. 49, y de 13 de octubre de 2005 (TJCE 2005, 295), *Parking Brixen*, C-458/03, rec. p. I-8585, apdo. 62]».

<sup>24</sup> En el mismo sentido, véase también la STJ en el asunto C-410/04, *ANAV*.

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apartado 28; en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65; o en el asunto C-340/04, *Carbotermo*, apartado 36.

<sup>26</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTJ en el asunto C-295/05, *Asemfo/TRAGSA*, apartado 62; en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, apartados 47 y 50; en el asunto C-573/07, *Sea*, apartado 59; o en los asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*, apartado 28.

<sup>27</sup> En idéntico sentido en el art. 17 de la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones.



se establece entre el poder adjudicador que realiza el encargo y el medio propio personificado que ha de ejecutarlo, pese a que se excluya del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>28</sup>.

Cuatro son los casos de cooperación entre entidades públicas que se declaran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE (en los primeros cuatro apartados del referido art. 12):

El primer apartado contempla relación vertical descendente directa e indirecta (es decir, entre *padre-hijo* y *abuelo-nieto*). Establece la exclusión clásica construida jurisprudencialmente en torno a los tres requisitos fundamentales que hemos expuesto anteriormente: control análogo sobre la entidad controlada al que se ejerce sobre los propios servicios, más del 80 por 100 de las actividades de la entidad controlada se efectúan para el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por el mismo; y que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada.

Se explicitan dos cuestiones relevantes: por un lado, se indica porcentualmente, como novedad en la Directiva 2014/24/UE, el volumen de actividad como umbral de referencia, siguiendo en este punto lo que ya establecía la Directiva 2004/17/CE<sup>29</sup> en su art. 23 para permitir la exclusión de la aplicación de la referida Directiva de los contratos adjudicados por una entidad adjudicadora a una empresa asociada; por otro lado, se concreta el concepto del control que ejerce el poder adjudicador sobre una persona jurídica, análogo al que ejerce sobre sus propios servicios: cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

También se permite en un determinado caso concreto la existencia de capital privado, cuestión que parecería contradecir la jurisprudencia en la materia hasta el momento, tal como hemos visto.

El segundo apartado contempla dos casos novedosos, a saber, las relaciones *in-house* horizontales (*entre hermanos*) y vertical ascendente (*de hijo a padre*). Solo se exige la ausencia de participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato. Los problemas que se plantean en este ámbito se analizarán más adelante (véase *infra*, apartado *Problemas en la determinación de existencia de control análogo*).

El tercer apartado contempla el caso del control análogo conjunto, refrendado por diversas sentencias del TJ<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> «Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes».

<sup>29</sup> Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

<sup>30</sup> Por citar alguna de las más relevantes, véanse STJ en el asunto C-295/05, *Asemfo/TRAGSA*; la STJ, en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*; la STJ en el asunto C-573/07, *Sea*; o la STJ, en los asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*.

Finalmente, en el apartado cuarto se regula el supuesto de la cooperación horizontal entre entidades del sector público sin que exista una relación de control entre las referidas entidades, esto es, el caso en el que hay una verdadera cooperación en pie de igualdad formal entre los intervinientes, donde todos participan de forma directa. También este tipo de relaciones de cooperación se ha ido perfilando por la jurisprudencia del TJ<sup>31</sup>.

En este mismo ámbito, se podría haber incluido una exigencia en cuanto a las transferencias financieras entre dichas entidades, como se hace en la STJ en el asunto C-480/06, *Comisión c. Alemania*, apartado 43. Asimismo, se recuerda la exigencia jurisprudencial de que «no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores»<sup>32</sup>, que no ha sido incluida expresamente, mientras que se ha establecido el requisito de que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado abierto más del 20 por 100 de las actividades objeto de la cooperación. Estas dos exigencias no parecen ser equivalentes.

El legislador español ha pretendido seguir fielmente el tenor de las Directivas y la jurisprudencia de la UE y ha encuadrado este tipo de relaciones dentro de la potestad autoorganizativa de la Administración<sup>33</sup>. Pese a lo anterior, se echa en falta en la regulación nacional una declaración expresa sobre el carácter excepcional de esta figura, pese a que, en algunas instancias se ha expresado<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, la STJ en el asunto C-480/06, *Comisión c. Alemania*; la STJ en el asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*; o la sentencia en el asunto C-386/11, *Piepenbrock*.

<sup>32</sup> Véanse, por ejemplo, STJ en el asunto C-480/06, *Comisión c. Alemania*, apartados 44 y 47; la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, en el asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, apartado 35; o la sentencia en el asunto C-386/11, *Piepenbrock*, apartado 37.

<sup>33</sup> En el Informe IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» se señaló que «llama la atención el que, a diferencia del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE, en el APL no se les denomina contratos sino encargos. Esta conceptualización, en línea con nuestra tradición normativa, puede tener repercusiones prácticas (estadísticas por ejemplo) que convendría aclarar».

<sup>34</sup> Véase el *Informe de fiscalización núm. 1197* del Tribunal de Cuentas, Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013: «Esta técnica de las encomiendas o encargos contractuales constituye una excepción a la aplicación de la normativa contractual. En consecuencia, requiere una interpretación estricta, correspondiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a quien pretenda utilizarla» (p. 27). En la misma línea se expresa en las pp. 14 y 44. También en términos más estrictos: «En términos similares se pronuncia la Sindicatura de Comptes de la C. Valenciana, para la que las encomiendas de gestión son una excepción, no una alternativa a la contratación administrativa o a la contratación de personal» (p. 45).

Véase la Circular 4/2015, de 20 de mayo de la Intervención General del Estado sobre diversos aspectos relacionados con las encomiendas de gestión reguladas en los arts. 4.1.n) y 24.6 del texto refundido de la ley de contratos del sector público (p. 36): «Esta Intervención General en diversos antecedentes en los que ha analizado la distinta problemática que se va planteando en relación a las «encomiendas de gestión» o encargos a entidades que tienen la condición de medios propios y servicios técnicos de la Administración reguladas en el artículo 24.6 del TRLCSP, este instrumento o relación jurídica supone una excepción a los principios de publicidad y concurrencia que inspiran la normativa sobre contratación pública, por lo que los requisitos necesarios para poder acudir a esta figura han de ser objeto de una interpretación estricta. Sin embargo, la realidad refleja un incremento notable en los últimos años de entidades a las que se les reconoce la condición de medios propios en



De forma novedosa, llama la atención cómo la LCSP no recoge expresamente la exclusión tradicional [art. 4.1.n)] del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP)<sup>35</sup> de estas relaciones *in-house* de su ámbito de aplicación y se recogen dentro de las disposiciones generales sobre la contratación del sector público (Título I del Libro Primero), incorporando mayor regulación de los mismos, a pesar de que la Directiva sí que lo considera como negocios excluidos (art. 12 de la Directiva 2014/24/UE).

Concretamente, la LCSP ordena estos negocios *in-house* como una figura específica de aprovisionamiento público entendido como la prestación de servicios, suministros de bienes o ejecuciones de obras, o de concesiones de obras o de servicios, que, a cambio de una compensación tarifaria, se realiza a un poder adjudicador por una entidad instrumental, ya sea de derecho público o privado, que presenta una relación de dependencia respecto de aquel, previo encargo.

Para ello, siguiendo la estela de la Directiva 2014/24/UE, la LCSP recoge los requisitos exigibles para que pueda acudir a la figura jurídica de los encargos<sup>36</sup>: control análogo sobre el adjudicatario al que puede ejercer el poder adjudicador sobre sus propios servicios; más del 80 por 100 de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo para el poder adjudicador que hace el encargo; y, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

Cabe resaltar especialmente el art. 32 de la LCSP que recoge la regulación axial de los encargos a medios propios, estableciendo las siguientes especialidades no previstas en la Directiva 2014/24/UE:

1. La contraprestación al medio propio por la ejecución del encargo se define como una compensación, que debe establecerse por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende dicho ente instrumental cuando este ente ejecute directamente los encargos. Cuando, por el contrario, se subcontraten con empresarios particulares, la compensación se fijará atendiendo al coste

---

sus normas de creación o en sus estatutos y, en consecuencia, un aumento muy considerable de este tipo de relaciones que, en la medida en que su objeto sea la realización de prestaciones propias de los contratos públicos u otro tipo de negocios sujetos a principios, como se ha reiterado, de publicidad, transparencia y concurrencia, a juicio de este Centro y por las excepciones que implica, deberían ser de utilización excepcional».

<sup>35</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>36</sup> El preámbulo de la LCSP señala que: «En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de “medio propio” disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad».

efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio [apdo. 2.a)].

2. La condición de medio propio de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de dos requisitos [apdo. 2.d)]: primero, la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; y segundo, la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Los referidos estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberán contener una serie de exigencias concretas<sup>37</sup>.
3. El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos exigidos por la LCSP comportará la pérdida de la condición de medio propio y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución (apdo. 5).

La LCSP afirma que los encargos atribuidos bajo las condiciones prescritas, no tendrán la consideración jurídica de *contrato*, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas (apdo. 6):

- a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.
- b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente cuando supere los 50.000 euros (la información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros deberá publicarse al menos trimestralmente)<sup>38</sup>. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.
- c) Los órganos que tengan la condición de poder adjudicador necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce

---

<sup>37</sup> «El poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

<sup>38</sup> La información a publicar para este tipo de encargos será, al menos, su objeto, duración, las tarifas aplicables y la identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.



millones de euros. También en las modificaciones de esos mismos encargos cuando superen el 20 por 100 del importe del encargo.

En cuanto los negocios jurídicos que los medios propios celebren en ejecución del encargo, la LCSP también determina su regulación, estipulando que<sup>39</sup> (apdo. 7):

- a) El contrato quedará sometido a la LCSP de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos. En todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas que rigen los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones Públicas<sup>40</sup>.
- b) El importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50 por 100 de la cuantía del encargo (no se consideran prestaciones parciales las que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación)<sup>41</sup>. Excepcionalmente puede superarse este porcentaje siempre que el encargo se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución (justificación que acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente).

Finalmente, no hay que olvidar que el art. 86 (*Medio propio y servicio técnico*) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>42</sup> (en adelante, LRJSP), establece los requisitos que, como entidad del sector público, debe reunir un medio propio. De acuerdo con el mismo, además de reunir los requisitos de la LCSP antes expuestos, la entidad debe acreditar que dispone de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social de acuerdo con su norma o acuerdo de creación. Asimismo, debe darse alguna de las dos circunstancias siguientes y que ha de acreditarse en el control de eficacia<sup>43</sup>:

<sup>39</sup> Este aspecto ha sido recientemente modificado: el apartado 7 del art. 32 de la LCSP ha sido modificado por la Disposición Final 44.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

<sup>40</sup> Título I del Libro Tercero de la LCSP.

<sup>41</sup> Se prevén excepciones para: los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión (de obras o de servicios), cuando la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado cuyo capital sea 100 por 100 público. Tampoco en determinados casos de prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública.

<sup>42</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>43</sup> La acreditación en cuestión se ha de realizar en una memoria justificativa que acompañará la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico, informada por la intervención general.

- a) Que sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Como mecanismo adicional de publicidad, el art. 82 (*El Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local*) de esta misma Ley, prevé que los medios propios de cada Administración territorial figuren con tal carácter en su correspondiente Inventario de Entidades del Sector Público.

En definitiva, nuestro ordenamiento regula en diferentes leyes (LRJSP y LCSP) las figuras de los medios propios y de los encargos a los mismos, como forma de aprovisionamiento público que tiene como consecuencia evitar recurrir a un procedimiento de adjudicación de prestaciones en régimen de concurrencia competitiva. Los requisitos legales para su utilización tienen por finalidad evitar su uso fraudulento y la creación de prácticas cuasi monopolísticas injustificadas, incompatibles con los principios del mercado interior, y en detrimento del principio de libre competencia.

Para cerrar este apartado, queremos hacer referencia a la permanencia de la figura de la encomienda de gestión en el Derecho administrativo español, si bien su contenido ya excluye sin duda, por el objeto, las relaciones *in-house*. En efecto, si bien la definición del nuevo art. 11.1, párrafo 1.º, de la LRJSP (*Encomiendas de gestión*) es la misma que la del art. 15.1 de la Ley 30/1992<sup>44</sup>, ahora se añade un párrafo 2.º que excluye toda posibilidad de identificación con los encargos a medios propios: «Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta».

Razones de eficacia o carencia de medios idóneos justifican este apoyo que unos órganos o entidades de Derecho público prestan a otros. Se trata de una suerte de cooperación público-pública mediante la ejecución de prestaciones que, objetivamente, estén excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP, que las excluye expresamente de su ámbito de aplicación en su art. 6.3. En todo caso, parece que la virtualidad práctica de esta figura resulta bastante limitada.

Por otra parte, también quedan excluidos los convenios entre entidades del sector público que sean poderes adjudicadores regulados en el art. 6.1

---

Además, en la denominación de las entidades que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M. P.».

<sup>44</sup> «La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño».



de la LCSP cuando, también por el objeto, no se pueda considerar un contrato<sup>45</sup>. Los requisitos que se exigen son los establecidos en el art. 12.4 de la Directiva, al que se añade el referido criterio objetivo que la Directiva no exige expresamente.

Por último, se desea también hacer referencia a la exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP establecida en el art. 6.2<sup>46</sup>. Se refiere a «convenios» con personas del sector privado cuyo objeto no sea el de los contratos públicos.

Por la regulación en el art. 6.1 (convenios entre entidades del sector público) podría parecer que el supuesto del art. 6.2 es equiparable (entre el sector público y el privado) dado que el hecho de que en ambos casos exista una exclusión objetiva debería de bastar por sí misma para que la LCSP no sea aplicable a ninguna de ellas.

Sin embargo, no puede serlo. En efecto, por un lado, el caso del art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE (que parece que es el que se traspone en el art. 6.1 LCSP) ha de partir de un contrato objetivamente sujeto a la misma, que esta excluye cuando se verifiquen las condiciones establecidas. De hecho, cabría incluso pensar si, dada la exclusión objetiva, resulta necesario imponer los requisitos previstos en el referido art. 12.4 de la Directiva, así como cuestionarse qué diferencia habría entre el caso del art. 6.1 LCSP y el del art. 11.1, párrafo 1.º, de la LRJSP. Por otro lado, cuando se trata de una persona del sector privado (caso del art. 6.2 LCSP), como ya hemos visto, nunca es aplicable la excepción *in-house* a las relaciones objetivamente sujetas a la Directiva, sin perjuicio de que se puedan beneficiar, en su caso, de otras exclusiones previstas.

### III. CONCLUSIONES DEL INFORME DE LA CNC DE 2013

Sin perjuicio de la evaluación jurisprudencial y normativa de esta figura, el impacto del uso de los medios propios, por sus efectos en la competencia, ha sido siempre cuestión de interés para la Autoridad de Competencia. Prueba de ello, es el Informe denominado «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia»<sup>47</sup> (CNC, 2013), cuyo objeto fue analizar el impacto para la competencia derivado del uso sistemático de estas figuras<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> «Cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

<sup>46</sup> «Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

<sup>47</sup> Disponible en la *web* de la CNMC, *Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013. Debe advertirse que las encomiendas de gestión analizadas en el marco temporal del Informe hoy serían calificadas como encargos a medios propios en virtud de la nueva calificación que otorga la nueva LCSP.

<sup>48</sup> El mencionado informe analizó la actividad de cinco entidades de la Administración General del Estado considerados medios propios (Tragsa y las filiales de su Grupo: Ineco, Isdefe, Red.es y

Fruto del análisis extenso y riguroso sobre el empleo de esta figura, la CNC pudo advertir que el recurso a los medios propios era muy extendido en las distintas Administraciones Públicas objeto de su estudio y verificó que esta práctica produce una serie de impactos sobre la competencia. Principalmente, destaca la ausencia de tensión competitiva propia de la competencia por el mercado en que consiste la licitación y el consecuente cierre del acceso a otros operadores distintos del medio propio, como proveedores de bienes y servicios al sector público. Es más, señaló que este cierre puede verse agravado y afectar a la competencia dinámica en el mercado en sectores donde la Administración es un importante demandante de bienes y servicios, o cuando el contenido de la encomienda se define de forma generosa tanto en su objeto —englobando de forma genérica distintas prestaciones—, como en la determinación de su duración.

En igual sentido, destacó como restrictivo la relajación de los requisitos de información y publicidad, en particular cuando parte de la prestación encomendada al medio propio es, a su vez, «subcontratada» por este a otros operadores. Por otra parte, señaló que la ausencia de información del mercado desincentiva al demandante público a comparar otras modalidades de aprovisionamiento, así como tampoco permite conocer la eficiencia en el desempeño de los medios propios, ni estática ni dinámicamente.

Todas estas restricciones a la competencia identificadas en el Informe conllevan una serie de riesgos para el sistema de aprovisionamiento público que fueron analizados igualmente por la CNC. De forma destacada, la determinación de las tarifas y condiciones de las encomiendas, a diferencia de los procedimientos de licitación donde se permite la interacción competitiva entre distintos operadores para determinar dichas variables, se fijan unilateralmente con anterioridad al encargo y sin capacidad de minorar las asimetrías de información entre demandante y proveedor por mecanismos de mercado, de ahí que el riesgo de mantener o incrementar las ineficiencias sea elevado. Además, se observó que el recurso sistemático a los medios propios puede perjudicar a la estructura de la oferta en la medida en que se limita el acceso y expansión de terceros operadores en el mercado, así como a la neutralidad competitiva entre los medios propios y sus competidores privados, ya activos en el mercado.

Por otro lado, el Informe recoge entre sus conclusiones la necesidad de que, tanto la creación de medios propios como el mantenimiento de dicha condición, sean decisiones que deben estar justificadas rigurosamente. En este sentido, tales decisiones deben ir precedidas de un adecuado análisis de los efectos sobre la competencia que pueden comportar, así como la justificación de su necesidad y proporcionalidad.

---

su filial Inteco) y a sus poderes adjudicadores (Ministerios de adscripción), por ser significadamente activos en el sector de la consultoría técnica de proyectos. Se escogió este sector por considerar que en el mismo existe una pluralidad de prestadores privados que ofertan servicios similares a los encomendados a los medios propios señalados.



Finalmente, la CNC concluye que igualmente debe ser objeto de justificación rigurosa, caso a caso, la utilización de las encomiendas, y confrontándose con el perjuicio para la competencia. De esta forma, la elección de la encomienda frente al aprovisionamiento mediante operadores privados a través de procesos de licitación pública, debe responder a elementos de eficiencia, racionalidad económica y, por lo menos, a una mayor eficacia administrativa. Se critica en particular el caso en que, tras la adjudicación de la encomienda, se produce la «subcontratación» de buena parte de la misma.

#### IV. ANÁLISIS Y REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Las exigencias que debían cumplir los encargos a los medios propios personificados no han sido en el pasado todo lo efectivos que deberían, a tenor de las conclusiones del informe de la CNC de 2013.

Debido a los innegables efectos que la extralimitación en su empleo conlleva sobre la competencia efectiva, bajo las advertencias de la Autoridad de Competencia, se esperaba la llegada de la nueva Ley de Contratos como una oportunidad para poner coto a tales prácticas.

La CNMC en el Informe referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» cuestiona el texto por ampliar la vía de la cooperación (horizontal y vertical) a través de figuras afines a la contratación pública y recomienda que ambas figuras se interpreten restrictivamente por cuanto suponen mecanismos de escape a la exigencia de salvaguarda de la libre competencia y posibles pérdidas de eficiencia.

Si bien, advertimos en la nueva regulación notables mejoras con respecto a la regulación anterior (TRLCSJP), lo cierto es que el nuevo texto incorpora algunas otras carencias que tienen un impacto desde la óptica de competencia que trataremos en el presente epígrafe.

##### A. AUSENCIA DE NECESIDAD ANÁLISIS DE EFICIENCIA TANTO PARA LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO COMO PARA CADA ENCARGO

Pese a que, como hemos visto, el art. 86.2.a) de la LRJSP, establece como una de las dos vías para que una entidad acceda a la consideración de medio propio el que «sea una opción más eficiente que la contratación pública»: cabe acudir a otra opción alternativa (seguridad jurídica o urgencia en la necesidad) y, además, no se fijan parámetros claros de comprobación que permitan asegurar que la opción es más eficiente. No obstante, es un avance en la línea de lo recomendado por la CNC en el Informe de 2013.

Adicionalmente, no se exige justificación de esta circunstancia para cada encargo, es decir, para la atribución directa de cada prestación. Consideramos que esto sería mucho más beneficioso desde la perspectiva de

competencia, dado que permitiría observar, caso a caso, si el recurso a esta figura resulta adecuado. Incluso, si se emplea el encargo de forma recurrente sería posible medir las eventuales ganancias en eficiencia a lo largo del tiempo.

A este respecto, hemos de recalcar que el hecho de que exista un medio propio a disposición de un determinado poder adjudicador constituye una opción de este, no una obligación. Es decir, pese a disponer de la posibilidad de atribuir un encargo, el poder adjudicador puede perfectamente acudir a la licitación pública de las prestaciones que requiere. Este aspecto ha sido puesto de manifiesto también por la jurisprudencia del TJ<sup>49</sup>: la relación *in-house* permite no recurrir a la licitación de la prestación, pero no se impone la exclusión de licitar como un contrato sujeto a las normas.

## B. PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE EXISTENCIA DE CONTROL ANÁLOGO

Hemos visto que el art. 12.2 de la Directiva 2014/24/UE prevé dos casos novedosos, que se recogen como reflejo en el art. 32.3 de la LCSP, en que se permite la inaplicación de los procedimientos previstos en aquella: las relaciones *in-house* de *hijo a padre* y *entre hermanos*.

En estos dos casos, es necesario cuestionar la existencia del requisito del control análogo. En particular, en el segundo supuesto (de *hijo a padre*), cabe discutir incluso también que se verifique el requisito de que la entidad matriz desarrolle la parte esencial de su actividad para la entidad controlada adjudicadora.

Ambos supuestos se consideran novedosos, dado que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre ninguno de ellos reconociendo que sean aceptables. No obstante, el caso de la relación *in-house* horizontal se planteó en la STJ en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, donde, pese a la opinión favorable del Abogado General en sus conclusiones, con ciertas condiciones, el TJ se pronunció en contra de extender la

---

<sup>49</sup> Véase la STJ en el asunto C-573/07, *Sea*, apartado 36: «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una licitación no es obligatoria en caso de contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la autoridad local que es la entidad adjudicadora en el supuesto de que esta entidad territorial ejerza sobre dicha entidad un control, aunque el contratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que la entidad territorial, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y de que esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, C-107/98, rec. p. I 8121, apdo. 50)».

En la misma línea, véase la sentencia en el asunto C-220/05, *Jean Auroux*, apartado 63: «Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la licitación no es necesaria para los contratos celebrados entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta de este conforme a los cuales es preciso que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (véanse las sentencias *Teckal*, antes citada, apdo. 50, y de 13 de enero de 2005, *Comisión/España*, C-84/03, rec. p. I-139, apdos. 38 y 39)».



excepción más allá de lo exigido por la jurisprudencia (apdos. 28 a 30)<sup>50</sup>. Además, indicó que no se verificaba el control análogo de la matriz sobre la entidad adjudicataria (apdo. 31)<sup>51</sup>.

Por otra parte, resulta cuestionable que se pueda permitir estas excepciones, al menos la vertical ascendente, sobre la base de la doctrina *in-house*. Pensemos por ejemplo en lo absurdo del requisito del control análogo: o bien es descendente (lo cual parece intuitivo), o bien es ascendente (lo cual parece contraintuitivo), pero difícilmente pueden darse ambos simultáneamente partiendo de la base de que ha de darse una relación jerárquica. Adicionalmente, la fijación de la contraprestación y de las condiciones del encargo *¿correspondería su determinación por una entidad controlada a una matriz, la cual, por definición, es la que debe ejercer el control sobre la referida entidad controlada?*

La CNMC ya advirtió en su Informe referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» sobre los riesgos que pueden derivarse de la puesta en marcha de esta figura, observándose difícil la aplicabilidad práctica de los requisitos exigidos a los encargos descendentes (control o fijación de tarifas entre otras cuestiones).

En este sentido, la STJ en el asunto C-295/05, *Asemfo/TRAGSA*, apartado 54, estableció la ausencia de capacidad de la entidad controlada para decidir sobre el encargo ni la fijación de la tarifa como elemento en favor de aceptar la excepción *in-house*<sup>52</sup>. Por el contrario, debido a la ausencia de control que ostenta una entidad controlada a su entidad matriz, difícilmente va a poder fijarle la tarifa o las condiciones, sino que más bien sería la entidad matriz la que determinaría para sí misma, de forma indirecta, el contenido del encargo.

En otro orden de cosas, planteamos que la presunción establecida en el art. 32.2.a), párrafo 2.<sup>o</sup><sup>53</sup>, puede no verificar las exigencias del concepto

<sup>50</sup> Apartados 28 a 30:

«28. En el litigio principal, ha quedado acreditado que no existe ninguna relación de control entre la Universidad, que es la entidad adjudicadora, e HIS, que es la adjudicataria. En efecto, la Universidad no tiene ninguna participación en el capital de dicha entidad ni ningún representante legal en sus órganos de dirección.

29. Por consiguiente, la razón que justifica el reconocimiento de la excepción por lo que respecta a las adjudicaciones denominadas “*in house*”, a saber, la existencia de un vínculo interno específico entre la entidad adjudicadora y la adjudicataria, no se da en una situación como la del litigio principal.

30. Por tanto, esa situación no puede estar cubierta por la antedicha excepción, salvo que los límites de la aplicación de la excepción, claramente circunscritos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se extiendan de un modo que puede reducir significativamente el alcance del principio enunciado en el apartado 24 de la presente sentencia».

<sup>51</sup> «Por lo demás, procede señalar que, en cualquier caso, sobre la base de los elementos de los autos remitidos al Tribunal de Justicia y a la luz de la jurisprudencia anteriormente expuesta, la Ciudad de Hamburgo no puede ejercer sobre la Universidad un “control análogo”».

<sup>52</sup> «Procede observar que, si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato».

<sup>53</sup> «En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferírle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o

de control análogo exigidas por la jurisprudencia del TJ. En efecto, los motivos por los que se puedan incluir en los estatutos o el acto de creación de una entidad la obligación de ejecutar encargos a requerimiento de otras entidades pueden ser diversos, pero el hecho de obliguen al medio propio a ejecutarlos no tiene por qué implicar lo que sí impone la Directiva 2014/24/UE: que ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada a la que se atribuye el encargo.

#### C. COMPROBACIÓN DEL UMBRAL DEL 80 POR 100 DE LAS ACTIVIDADES DEL MEDIO PROPIO DESTINADAS AL PODER ADJUDICADOR QUE REALIZA EL ENCARGO

La explicitación de este umbral del 80 por 100 de las actividades del medio propio en favor de la(s) entidad(es) que la controla(n), como límite para aceptar la aplicación de la doctrina *in-house* [arts. 12.1.b) y 12.3.b) de la Directiva 2014/24/UE, y arts. 32.2.b) y 32.4.b) de la LCSP], nos genera dudas.

Por un lado, en cuanto al método de cálculo de dicho porcentaje: pese a que la LCSP relaciona algunos, como el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador u «otro indicador alternativo de actividad». Con independencia del método aplicado, el mismo deberá estar referido a los tres ejercicios anteriores al de la formalización del encargo y, si no fuera posible, hay que justificar que el nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio. Observamos que la LCSP se asienta sobre criterios abiertos y ambiguos y adolece de imprecisión en cuanto a la metodología de cálculo válida.

En este sentido, la CNMC en el referido Informe sobre el «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público» cuestionó la imprecisión a la hora de calcular este porcentaje de las actividades que el ente destinatario del encargo, recomendando una mayor aclaración sobre cómo proceder a dicho cálculo, así como sobre el concepto de «otro indicador alternativo de actividad que sea fiable».

Por otro lado, existe un ámbito que puede resultar más laxo en cuanto a su cómputo y control, cual es el de las operaciones que realicen los medios propios fuera de la UE. En la medida en que la Directiva 2014/24/UE no distingue en ningún momento si las actividades realizadas por los medios propios se efectúan dentro de la UE o fuera, y teniendo presente que la posición ganada como medio propio a nivel nacional, derivada de su natura-

---

unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo».



leza de entidad pública con un mercado cautivo (el de los encargos), puede servir para reforzar la posición competitiva del medio propio en el exterior, debería prestarse especial atención a este aspecto. Además, las empresas de los Estados miembros también compiten por el mercado exterior, por lo que cualquier beneficio a estos efectos tendrá repercusión en el mercado interior.

D. RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO EXPRESO O EN LOS ACTOS DE CREACIÓN; DISPOSICIÓN DE MEDIOS APROPIADOS Y PRESTACIONES PARCIALES

El art. 32.2.d) LCSP establece una serie de exigencias no impuestas por la Directiva 2014/24/UE. En primer término, se exige conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; asimismo, se exige que, conforme a su objeto social, el medio propio disponga de medios adecuados para realizar los encargos; y que los estatutos del medio propio contengan una serie de elementos mínimos.

Lo primero que hay que indicar es que la LCSP avanza en la dirección correcta. Cuanto mejor se delimite el ámbito de los medios propios, menos riesgos de arbitrariedad y abuso de la figura se podrán dar. No obstante, no debe bastar la exigencia de requisitos meramente formales, que pueden suponer cargas administrativas, para seguir haciendo las cosas de la misma manera.

Por ejemplo, la LCSP exige que el medio propio disponga de medios *adecuados*, y la LRJSP establece que debe disponer de medios *suficientes e idóneos* lo que podría no resultar equivalente. Pero, en cualquier caso, esta verificación solo se exige en el momento de su creación. Si, por el contrario, la verificación se hiciese en relación con cada encargo, no sería necesario permitirle expresamente la posibilidad de realizar contrataciones parciales de hasta un 50 por 100 del valor del encargo. Además, la disposición de medios adecuados se presume en caso de que ostente la clasificación concreta para la realización del encargo, lo que no parece admitir prueba en contrario. Adicionalmente, salvo en este supuesto, no se expresa en ningún punto cómo se va a acreditar la referida disposición de medios adecuados, por lo que previsiblemente quedará al arbitrio de la entidad de la que depende el admitir que cuenta con dichos medios, lo que no parece imparcial, dado que esa entidad tiene incentivos para pronunciarse favorablemente. Lo anterior se ve matizado positivamente por el hecho de que, en la Administración General del Estado, sea la Intervención la que deba informar sobre este aspecto.

En cuanto a los negocios jurídicos en ejecución de los encargos, prevista en el art. 32.7 LCSP, también se considera que la regulación que se establece avanza en la dirección correcta.

La sujeción de los referidos negocios jurídicos a la LCSP en los términos que corresponda según sus características, es una garantía de mínimos, reforzada por la sujeción, en todo caso, a las normas correspondientes a los

contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas. Con esto se acota la huida del Derecho administrativo parcialmente, pese a que se permite reducir hasta ese nivel la sujeción que, de haberse adjudicado por una Administración, habría habido.

Por otro lado, si bien se limita la posibilidad de contratar con terceros hasta un 50 por 100 de la cuantía del encargo, lo que evitaría los encargos en los que el medio propio sea un mero intermediario, se permite, equivalentemente, contratar hasta el otro 50 por 100, lo que demostraría, al menos, una de las dos cosas siguientes: o bien resulta más eficiente la realización de la prestación por parte de terceros (al menos parcialmente), o bien el medio propio no dispone de los medios suficientes para ejecutar el encargo por sí mismo (como hemos visto más arriba). En ambos casos podría parecer que se incumpliría alguna de las exigencias de la LCSP en el sentido expuesto anteriormente, al menos en cuanto a su finalidad.

Por último, existe una serie de casos en que no se aplica el límite indicado (por ejemplo, en todas las concesiones), sin que parezca, a priori, que exista una justificación objetiva clara, o, en todo caso, expresa.

## E. RÉGIMEN TARIFARIO

Como se ha indicado anteriormente, el art. 32.2.a) LCSP establece que la contraprestación al medio propio por la realización del encargo se define como una compensación. A este respecto, se ha de indicar que, si con ello se pretende demostrar que no se trata de un precio para evitar la calificación del negocio jurídico como oneroso, tal y como ha establecido la jurisprudencia del TJ, eso resulta irrelevante. En efecto, como se indica en STJ en el asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, apartado 29:

«En tercer lugar, como expuso la Abogado General en los puntos 32 a 34 de sus conclusiones, y como se deriva del sentido normal y habitual de los términos “con carácter oneroso”, un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado».

Por ello, se desea recalcar que es la ausencia de dos o más voluntades distintas la que permite que estemos ante un negocio jurídico excluido de la aplicación de la Directiva 2014/24/UE, y no la ausencia de onerosidad del mismo.

En segundo lugar, la forma de determinación de las tarifas no resulta eficiente, dado que, en lugar de orientarse a precios de mercado, se establece administrativamente por la entidad que controla al medio propio, y «se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio». Esto lo que garantiza es que se consoliden las ineficiencias que se han ido acumulando a lo largo del tiempo e, incluso, se incrementen, dado que no se opone ninguna evaluación sobre el desempeño del medio propio en la ejecución de los en-



cargos, ni en términos absolutos, ni en términos comparativos con operadores de mercado que ejecutan prestaciones equivalentes. Además, las tarifas de dos medios propios diferentes por los mismos servicios podrían divergir sustancialmente. Lo único positivo en este ámbito es que, al menos, se limita de alguna manera objetiva la cuantía del pago al medio propio.

Únicamente cuando las actividades objeto del encargo se subcontraten con empresarios particulares, las referidas tarifas se fijarán atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas [art. 32.2.a), párr. 3.º LCSP]. Esta es la única medida que podría servir de referencia para promover alguna eficiencia, pero, sin embargo, no se establece que el medio propio deba tender a reducir sus costes en medida equivalente.

Adicionalmente, y en la medida en que la finalidad de la LCSP al determinar de esta forma las tarifas, los medios propios no deberían de generar beneficios por sus operaciones. Más concretamente, solo deberían poder generarlos con las actividades que no deriven de los encargos (como mucho el 20 por 100 del total), cuestión que debería de resultar relativamente sencilla de controlar por quien esté encargado del control de su actividad o, al menos en la actividad de control prevista en el art. 85 de la LRJSP (por ejemplo, en las actuaciones de control de eficacia y supervisión continua, que tomarán en consideración la información económico financiera disponible).

En el caso de que se generasen beneficios por las referidas actividades, cabría plantearse si se está otorgando al medio propio una ayuda de Estado en el sentido del art. 107 del TFUE, por el exceso de compensación de los referidos gastos, en especial si dicho medio propio lleva a cabo operaciones en el mercado, compitiendo con operadores del sector privado.

## F. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Conforme a reiterada jurisprudencia del TJ, el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE establece los principios del TFUE por los que se ha de regir la adjudicación de cualesquiera contratos públicos, incluso por debajo de los umbrales: las libertades básicas del mercado interior y los principios que de estas se derivan, los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. El propio art. 18.1 de la Directiva 2014/24/UE así lo impone: «Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

La referida jurisprudencia consolidada otorga una importancia axial a los principios de transparencia y publicidad. Como ejemplo, la STJ en el asunto C-410/04, *ANAV*, se expresa de la siguiente manera en su apartado 21:

«Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas *Te-leaustria* y *Telefonadress*, apdos. 61 y 62, y *Parking Brixen*, apdo. 49)».

La utilidad del principio de transparencia resulta clave para la consecución del mercado interior de la contratación pública, como se expresa en la STJ en el asunto C-231/03, *Coname*, apartado 18: «En efecto, si no existe transparencia, esta última empresa no tendrá ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión».

La transparencia en la adjudicación de los contratos públicos sirve a una finalidad esencial, conforme se expresa en la STJ en el asunto C-387/14, *Esaprojekt*, apartado 36: «El objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador».

Es cierto que las exigencias en materia de transparencia y publicidad se matizan, para los contratos no cubiertos por las Directivas (en particular, cuando no lleguen a los umbrales armonizados), por el concepto de interés transfronterizo<sup>54</sup>.

Como se ha indicado anteriormente, en el Informe sobre Medios propios de la CNC de 2013, la efectividad de estos principios en las encomiendas de gestión dejaba mucho que desear, caracterizándose por la opacidad y la falta de sistemática en la provisión de información.

En este campo, un gran avance fue la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que en su art. 8.1.b) establece: «Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma».

La anterior información, en lo referente a la Administración General del Estado, ha de hacerse pública en el Portal de la Transparencia (art. 10),

---

<sup>54</sup> STJ en el asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, apartado 23: «En primer término, debe señalarse que la aplicación de la Directiva 2004/18 a un contrato público está sujeta al requisito de que el valor estimado de este alcance el umbral fijado en el artículo 7, letra b), de dicha Directiva, teniendo en cuenta el valor normal en el mercado de las obras, suministros o servicios objeto del contrato público. En caso contrario, resultan de aplicación las normas fundamentales y los principios generales del Tratado FUE, en concreto los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que el contrato de que se trate presente un interés transfronterizo cierto habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución (véanse en este sentido, en particular, las Sentencias de 15 de mayo de 2008, *SECAP* y *Santorso*, C-147/06 y C-148/06, rec. p. 13565, apdos. 20, 21 y 31 y jurisprudencia citada)».



bajo el control del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Por primera vez se hacía pública y de forma centralizada la información referente a las encomiendas de gestión atribuidas a medios propios.

La nueva LCSP ahonda en este ejercicio al exigir la publicación en la Plataforma de Contratación correspondiente la información relativa tanto al medio propio [art. 32.6.a)]<sup>55</sup> como a cada encargo individual [art. 32.6.b)], cuando supere los 50.000 euros (en este caso, también se publicarán en el Perfil del Contratante), si bien en los que superen los 5.000 euros se podrán agrupar trimestralmente.

Podemos decir a día de hoy que se ha avanzado en gran medida en los últimos años en materia de publicidad y transparencia en el ámbito de los medios propios. No obstante, podemos observar la existencia de una cierta dispersión de la información, que no resulta coincidente en los diferentes ámbitos (Portal de la Transparencia, Plataforma de Contratación y Perfil del Contratante) y la autonomía de las diferentes administraciones puede dar lugar a mayores dificultades para el acceso a la información y para su presentación y actualización.

Finalmente, dada la gravedad de la adjudicación directa sin publicidad que supondría la atribución de un encargo fuera de los casos previstos por las normas<sup>56</sup>, se podría adoptar una medida que garantizase la necesidad de publicación como requisito para poder ejecutar el contrato. De esta manera se aseguraría la vigencia de los principios de transparencia, publicidad e igualdad de trato y se garantizaría la posibilidad de impugnación.

#### G. RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y CAUSA DE ANULABILIDAD

Destaca, por su novedad, la previsión del art. 44.2.e) LCSP, en virtud del cual es susceptible de recurso especial en materia de contratación «la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales», si bien solo es operativa para encargos cuyos importes superen los umbrales armonizados<sup>57</sup>.

A este respecto, hemos de afirmar lo adecuado de esta disposición, en línea con la referida STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 34<sup>58</sup>,

<sup>55</sup> Del medio propio se publicará: su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

<sup>56</sup> Véase STJ en el asunto C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 37, *infra*.

<sup>57</sup> Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 4 de julio de 2017 (FJ 2.º) sobre la interposición del recurso contra encargos que hayan sido utilizados para ocultar un contrato «la decisión de formalización del encargo a medios propios, en tanto posible adjudicación ilegal, encajaría en los supuestos legales que son objeto del recurso especial» aplicando los principios generales.

<sup>58</sup> «Habida cuenta de esta jurisprudencia, así como de los objetivos, la estructura y el tenor de la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895), y con el fin de preservar el efecto útil de esta, es necesario concluir que constituye una decisión recurrible en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva

en virtud de la cual, de no ser recurrible la decisión de no incoar un procedimiento de contratación formal ni la decisión del poder adjudicador acerca de si un contrato público está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación de las Directivas:

«Tendría como resultado convertir la aplicación de las normas comunitarias pertinentes en facultativa, según la voluntad de cada entidad adjudicadora, cuando, por el contrario, dicha aplicación es obligatoria si se cumplen los requisitos previstos en estas normas. Una facultad de este tipo podría provocar la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos por parte de una entidad adjudicadora» (*Stadt Halle*, apdo. 37).

Por su parte, la STJ en el asunto C-391/15, *Marina del Mediterráneo, S. L.*, apartado 26, recalca que «toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en las Directivas de recursos»<sup>59</sup>.

Sin embargo, con los mismos argumentos, cabe plantearse si no debería también declararse susceptible de impugnación la formalización de un convenio de cooperación horizontal entre entidades públicas, tal como se definen en el art. 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, y se transponen en el art. 6.1 de la LCSP, como antes hemos expuesto. Igualmente, las encomiendas de gestión tal y como se definen en el art. 11 de la LRJSP.

En otro orden de cosas, también se declaran impugnables, conforme dispone el art. 44.1, último párrafo, de la LCSP, «los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios». Este precepto fija indirectamente la duración máxima de los encargos a medios propios, lo cual también se considera un avance significativo en la buena dirección, si bien, en caso de que nadie recurra en tiempo y forma la formalización del encargo en este punto, podría dar lugar a encargos indefinidos impugnables.

Finalmente, el art. 40.c) de la LCSP considera como causa de anulabilidad:

«Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio».

---

89/665 cualquier acto de una entidad adjudicadora, adoptado en relación con un contrato público de servicios que esté comprendido dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) y que pueda tener efectos jurídicos, con independencia de que este acto se adopte sin un procedimiento formal de contratación pública o en el marco de tal procedimiento».

<sup>59</sup> En particular, la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.



También se acierta al avanzar en los mecanismos de control para el adecuado empleo de esta figura por los poderes adjudicadores. Sin embargo, cabe cuestionarse si, en lo referente a los requisitos de la Directiva 2014/24/UE traspuestos por el art. 32 LCSP, contravenir directamente las disposiciones expresas de una Directiva de la UE, en una excepción a su aplicación, ha de ser objeto solo de una causa de anulabilidad. Asimismo, hay que recordar que la carga de la prueba de que concurren todos los requisitos para la adjudicación directa del encargo recae sobre quienes se han beneficiado del mismo.

## V. CONCLUSIONES FINALES

El recurso a los medios propios implica *per se* una restricción a la competencia, dado que ni existe competencia por el mercado ni tampoco competencia en el mercado, por lo que ha sido un ámbito del aprovisionamiento público en el que la Autoridad de Competencia ha recomendado evitar extralimitaciones en su uso y restringirlo a los casos en los que se evidencia la consecución de eficiencias respecto a otros mecanismo<sup>60</sup>, como la contratación pública, respecto de la cual constituye una excepción.

Del análisis de la evolución normativa y jurisprudencial de los, ahora, denominados encargos a los medios propios (antes encomiendas de gestión), se observan grandes avances en este sentido. Destacamos como aspectos positivos los avances en cuanto a la delimitación de la figura del medio propio y de los encargos, así como la limitación de su empleo a requisitos normativos preestablecidos. Todo ello, pese a la expansión que ha experimentado esta figura en la normativa tanto europea como nacional, a lo que habría que añadir que algunos conceptos quedan abiertos a la discrecionalidad de los poderes adjudicadores, lo que puede implicar una cierta laxitud en su utilización, así como una aplicación asimétrica de los mismos.

No obstante, consideramos que persisten en la regulación de esta figura una serie de carencias que cuestionan su uso o empeoran sus efectos en la competencia.

Como hemos visto en el apartado cuarto, sería deseable, en primer lugar, concebir tanto la creación del medio propio como la realización de encargos al mismo, como una posibilidad que en ambos casos debería estar justificada desde la perspectiva de la eficiencia, de forma que se reduzca el automatismo y la discrecionalidad. Por ello, debería imponerse que tales decisiones del sector público estén precedidas de un adecuado análisis de los efectos sobre la competencia que pueden comportar, así como la justificación de su necesidad y proporcionalidad.

En relación con el requisito del control análogo, observamos una ampliación desmesurada de las posibilidades que se abren, incluso en la propia

---

<sup>60</sup> El poder adjudicador que cuenta con un medio propio puede elegir no optar por el encargo y acudir a la licitación, como hemos indicado anteriormente.

Directiva, siendo cuestionable en algunos casos la ausencia de una clara apoyatura jurisprudencial.

En cuanto al umbral del 80 por 100 de actividades, la ausencia de rigor en su control puede cuestionar la legalidad de la aplicación de la excepción *in-house*.

Pese a la exigencia de disponer de medios adecuados y delimitar la externalización de prestaciones parciales al 50 por 100, lo cual es un avance, debería reforzarse este requerimiento, de forma que se exigiese disponer de medios suficientes y, consecuentemente, restringir al mínimo las posibilidades de externalizar dichas prestaciones parciales.

La orientación a costes en la fijación de tarifas consolida las ineficiencias acumuladas por el medio propio y genera incentivos en el poder adjudicador a favorecer a su entidad controlada. Por otra parte, el riesgo de sobrecompensación como contrapartida por los encargos debería introducir el análisis desde la óptica de ayudas de Estado.

Por otro lado, observamos mejoras significativas en términos de publicidad y transparencia, favoreciendo el general conocimiento de los medios propios y de las prestaciones encargadas por sus poderes adjudicadores, así como incrementando sus posibilidades de control. No obstante, advertimos que la dispersión normativa y de portales de publicación, pueden limitar su potencial. Además, podemos reconocer algunas carencias en materia de publicidad, como son: la ausencia de publicidad de la externalización de las prestaciones parciales, las modificaciones de los encargos fuera del caso previsto expresamente<sup>61</sup>, y la del incumplimiento sobrevenido de los requisitos para ser medio propio.

Acogemos también positivamente la ampliación del objeto de recurso especial y de las causas de anulabilidad en garantía del principio de legalidad y en beneficio de todos los operadores del mercado, aunque solamente se restringe a los casos por encima de los umbrales armonizados y a los encargos a medios propios, con exclusión de otras figuras reconocidas en la LCSP.

En definitiva, en esta contribución se ha podido analizar cómo gran parte de las demandas que la Autoridad de Competencia formuló en su Informe de 2013 han sido atendidas por el legislador y han tenido su reflejo en la nueva LCSP y en el LRJSP. No obstante, a nuestro juicio queda camino por recorrer y deben resolverse algunas cuestiones que han quedado abiertas o imprecisas en nuestro ordenamiento jurídico.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMOEDO SOUTO, C. (2018): «Los encargos a medios propios e instrumentales ¿hacia un nuevo comienzo?», *Estudio sistemático Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi.

---

<sup>61</sup> Es el caso de encargo de importe superior a doce millones de euros, que ha de ser aprobado por el Consejo de Ministros [art. 32.6.c) LCSP].



- CNC (2011): *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia*.
- (2013): *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*.
- CNMC, PRO/CNMC/001/15, de 5 de febrero, referente al «Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia».
- CNMC, IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio, referente al «Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público».
- COMISIÓN EUROPEA (2017): *Single Market Scoreboard, Public Procurement Performance, Spain 2017*.
- FRANCO-GARCÍA, M. (2018): «Propósitos y despropósitos sobre los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios instrumentales en la ley de contratos del sector público», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 154.
- TRIBUNAL DE CUENTAS (2015): Informe de fiscalización núm. 1088, aprobado el 30 de abril, sobre «Las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas».
- (2016): Informe de fiscalización núm. 1197, aprobado el 22 de diciembre, sobre «Informe de fiscalización sobre la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las entidades del sector público autonómico español durante el ejercicio 2013».

# ¿MERECE LA PENA PARTICIPAR EN UN CÁRTEL? UN ANÁLISIS DE LAS EMPRESAS CARTELIZADAS EN ESPAÑA (1995-2014)\*

Carmen GARCÍA GALINDO \*\*, \*\*\*

European University Institute

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LITERATURA.—III. DATOS Y METODOLOGÍA: A. Construcción de la Muestra de Interés. B. Datos.—IV. ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y RESULTADOS.—V. CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Un cártel se define como un acuerdo de colusión explícito entre dos o más empresas, que coordinan su comportamiento en el mercado para influir en los parámetros de competencia. Entre otras, incluye conductas de fijación de precios, cuotas de producción o ventas, o el reparto de mercados. Esta forma de cooperación tiene como objetivo aminorar la competencia entre las empresas participantes (y en el mercado en general, pues en ocasiones los participantes de estos acuerdos tratan de expulsar a los competidores del mercado), para así reforzar su poder de mercado y, de esta forma y como fin último, incrementar los beneficios que obtendría cada una de las empresas por separado. Las empresas infractoras se enfrentan generalmente a sanciones pecuniarias si son descubiertas, aunque en algunas jurisdicciones se contempla incluso la existencia de sanciones individuales monetarias y penales (BORRELL, JIMÉNEZ y LUNA, 2015).

En la literatura económica existe un gran consenso sobre lo indeseable que son las restricciones a la competencia a través de la colusión (WERDEN,

---

\* Este artículo descriptivo proviene del artículo original *Cartelization: is it worth it?*, perteneciente a la tesis doctoral *Essays on Cartels and Competition Policy*, que realicé en el European University Institute (Florencia, Italia) y que contendrá la aproximación econométrica a esta cuestión.

\*\* Agradezco al profesor Joan-Ramon BORRELL (Universitat de Barcelona) su inestimable ayuda y guía en este proyecto de tesis doctoral. También agradezco a los profesores Juan Luis JIMÉNEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria) y José Manuel ORDOÑEZ (Universidad de Málaga) que hayan compartido conmigo la base de datos que han creado sobre los casos de cárteles en España, así como por sus comentarios.

\*\*\* Department of Economics, European University Institute. Villa La Fonte, Via delle Fontanelle 18, 50014 San Domenico di Fiesole, Italy. Contacto: [carmen.garcia@eui.eu](mailto:carmen.garcia@eui.eu).



2009). Las empresas que participan en un cártel producen menos, de manera menos eficiente, y obtienen mayores beneficios. Por tanto, se produce una asignación ineficiente de los recursos y se reduce el bienestar de los consumidores.

Los cárteles son considerados una de las infracciones más graves de la Ley de Defensa de la Competencia, tanto a nivel global e internacional, como a nivel nacional y europeo; y es por ello que estos acuerdos son secretos, y en consecuencia son difíciles de detectar. La lucha contra los cárteles y la prevención de su formación es una de las prioridades no solo de la Comisión Europea de Competencia sino también de la mayoría de las Autoridades Nacionales de Competencia.

Por esta razón, los estudios que contribuyen a entender en profundidad los determinantes y las consecuencias de la existencia de cárteles serán útiles tanto para la detección como la prevención de estos acuerdos colusorios.

Las políticas de competencia existentes tienen por objetivo la prevención y la detección de la formación de cárteles. En particular, tanto las leyes nacionales como las europeas han establecido sanciones para aquellas empresas para las cuales ha sido descubierta y probada su participación en un cártel. Las multas impuestas a estas empresas dependen de la gravedad y la duración de la infracción. Sin embargo, existe un límite a dicha penalización, que asciende al 10 por 100 del volumen de negocio total de la empresa en el año anterior a la decisión de la Autoridad de Competencia. Tal como apunta GARCÍA-VERDUGO (2016), este límite se considera que es el esfuerzo máximo que puede pedirse a la empresa, aunque no se explica la procedencia de este porcentaje. Por tanto, este tope supone un mecanismo para limitar los posibles efectos negativos de las sanciones. A ello se suma cierto tratamiento indulgente contemplado en los programas de clemencia, según el cual se puede reducir e incluso eliminar la multa de la empresa participante en el cártel, si el delator es de los primeros infractores en delatar (y descubrir así) el acuerdo a la Autoridad de Competencia, y coopera plenamente con esta.

No obstante, en la práctica se carece de una medida precisa de cuánto se benefician las empresas debido a la colusión. Es decir, en la literatura se han estudiado las variables determinantes para la formación, estabilidad y ruptura de cárteles (LEVENSTEIN y SUSLOW, 2006 y 2011; HEROLD y PAHA, 2017). También se ha analizado o cuantificado cuánto cobran de más (*overcharges*) las empresas infractoras (CONNOR y LANDE, 2008; BOYER y KOTCHONI, 2015) y la disuasión conseguida gracias a la actuación de las Autoridades de Competencia o gracias a la política de competencia (SMUDA, 2014; BOS, DAVIES, HARRINGTON y ORMOSI, 2018).

Por otra parte, existen artículos que estudian el impacto de la política de competencia y las acciones de las Autoridades de Competencia sobre los beneficios de las empresas y la valoración de estas en los mercados bursátiles (AGUZZONI, LANGUS y MOTTA, 2013). No obstante, hasta donde conozco, los análisis existentes sobre los efectos de la colusión en el rendi-

miento o beneficio de las empresas carecen de un (buen) grupo de control o no tienen en cuenta el problema de la causalidad de forma apropiada.

El objetivo de este trabajo es cuantificar el efecto de la cartelización (entendido como la participación de una empresa en un cártel) sobre los ingresos y los beneficios obtenidos por las empresas debido a su participación en uno de estos acuerdos ilegales. La principal contribución de este artículo respecto a la literatura existente se basa en la creación de un grupo de control, el mejor posible dadas las limitaciones explicadas posteriormente, para obtener una medida del impacto de interés. Entender cuán grande es el incentivo que tienen las empresas a coludir es relevante y esencial para el diseño de las políticas de competencia y su efectividad, debido a que dichas políticas tratan de reducir las rentabilidades potenciales y reales de la colusión.

Para analizar el efecto de interés, la muestra está compuesta por datos de panel de empresas españolas *cartelizadas* y *no cartelizadas* durante el periodo 1995-2014. Los datos provienen de dos fuentes distintas. Por una parte, se dispone de la información proporcionada por los informes de los cárteles que han sido sancionados por la Autoridad Española de Competencia en las dos últimas décadas. Dichos informes especifican qué empresas han participado en un caso de cártel y la fecha en que tuvo lugar dicho evento.

Por otra parte, se utiliza el balance financiero de 21.000 empresas españolas. Por tanto, se pueden estudiar los ingresos y los beneficios obtenidos por las empresas miembros de un cártel durante el periodo de cartelización, en comparación con lo que obtenían antes de dicho periodo, y también en comparación con empresas que no han participado en un cártel (creando así un grupo de tratamiento y un grupo de control, respectivamente).

Los resultados preliminares descriptivos muestran que los Ingresos de Explotación de las empresas aumentan alrededor del 28 por 100 debido a su participación en un acuerdo colusorio, y los beneficios de estas, medidos como Resultado del Ejercicio, también se incrementan. En los tres primeros años de cartelización, las empresas aumentan sus ingresos alrededor del 8 por 100 de media, en comparación con lo que hubiesen obtenido si no hubieran pertenecido a un cártel. Los resultados más interesantes se obtienen al dividir la muestra entre cárteles de *corta* duración y cárteles de *larga* duración. Mientras que los primeros muestran indicios de no ser rentables, en los segundos las empresas no solo ven incrementado sus ingresos en mayor medida (56 por 100), sino que también aumentan sus beneficios (algo más de tres veces mayor respecto a lo que obtuvieron de media en el periodo antes de cartelizarse). Estos cárteles de *larga* duración parecen ser rentables desde los periodos iniciales.

En la literatura relacionada con los cárteles y los acuerdos colusivos quedan patentes las limitaciones resultantes de trabajar con este tipo de datos. En primer lugar, solo podemos analizar los cárteles que han sido descubierto, ya que poco podemos saber de la población latente. En particular, en el presente análisis este problema supone que las empresas utilizadas



como referencia o grupo de control podrían haber participado en un cártel que no ha sido descubierto. En dicho caso podría no encontrarse un efecto significativo al analizar el impacto que tiene el hecho de ser miembro de un cártel en los ingresos y beneficios de dicha empresa, pues se estaría comparando con una empresa que también está cartelizada pero este hecho no se sabría. Sin embargo, sería necesario en primer lugar que la empresa del grupo de control estuviese cartelizada durante exactamente el mismo periodo que la empresa del grupo de tratamiento para invalidar completamente los resultados. Por otra parte, en el artículo original<sup>1</sup> se muestran los test de placebo, los cuales sugieren que esta situación problemática es bastante improbable que esté teniendo lugar en este análisis.

Una segunda limitación puede ser que las empresas del mercado se beneficien de la colusión existente en el mercado, pues hay menos competencia; o que se vean perjudicadas por esta si las empresas que están coludiendo tratan de expulsar al resto de empresas del mercado. En este caso, las empresas del grupo de control pueden pertenecer o no al mismo sector que la empresa cartelizada, por lo que pueden no estar compitiendo en el mismo mercado, aunque sí pueden estar compitiendo en mercados similares las empresas analizadas y las empresas utilizadas como comparación. En cualquier caso, si las empresas compitiesen en el mismo mercado y las empresas del grupo de control se viesen afectadas, los resultados se interpretarían como el efecto diferencial de ser miembro de un cártel dado que existe un cártel en el mercado. De nuevo, los test de placebo muestran que los resultados son robustos al uso de otras empresas similares como grupo de comparación.

Tras esta introducción, la estructura del artículo es la siguiente. En la siguiente sección se presenta una revisión de la literatura relacionada con el presente estudio. En la sección III se presentan la construcción de la muestra de interés, los datos y la metodología utilizada para el análisis de estos. Posteriormente, la sección IV presenta los resultados obtenidos y la sección V concluye con las ideas más destacables del estudio.

## II. LITERATURA

La relación entre colusión y rentabilidad de las empresas ha sido analizada previamente en la literatura académica. ASCH y SENECA (1976) examinan desde un punto de vista empírico el papel que tiene la colusión en la rentabilidad de empresas americanas pertenecientes al sector manufacturero, durante el periodo 1958-1967. La muestra está compuesta por 51 empresas colusivas, que fueron declaradas infractoras en respuesta a la ley *Sherman*<sup>2</sup>, y por otras 50 empresas utilizadas como control, que fueron

<sup>1</sup> *Cartelization: is it worth it?*. Disponible bajo petición.

<sup>2</sup> La Ley *Sherman Antitrust* fue publicada el 2 de julio de 1890, y fue la primera medida del Gobierno federal estadounidense para limitar los monopolios, y la fusión de empresas o las conspiraciones dedicadas a restringir la competencia.

elegidas aleatoriamente de una muestra de empresas no colusivas. Los autores analizan el efecto que tiene coludir sobre los ratios de rentabilidad (la variable de interés es una variable dicotómica que determina si la empresa ha sido infractora y ha coludido, o no). Con el fin de aislar el efecto de interés, controlan por otras variables que pueden afectar a los beneficios como son el tamaño de la empresa (total de activos), la concentración en la industria, el ratio de publicidad respecto a ventas, y el crecimiento de la empresa durante el periodo estudiado.

Lo que encuentran estos autores es que la presencia de un comportamiento colusorio está negativamente relacionado con la rentabilidad de la empresa. Este resultado, en principio contrario a la lógica, lleva a los autores a considerar el problema de la causalidad, el cual daría lugar a la estimación sesgada del efecto de interés. Por tanto, se cuestiona en este artículo si la colusión determina la rentabilidad de las empresas, con el resultado empírico de que el comportamiento colusorio da lugar a menores ratios de rentabilidad; o si se da el caso de que la baja rentabilidad o beneficios de las empresas es lo que motiva el comportamiento colusivo. Los autores comprueban esta segunda hipótesis del impacto de los beneficios de la empresa sobre la probabilidad de coludir, y encuentran que rendimientos pobres en cuanto a beneficios aumentan la probabilidad de coludir.

La evidencia empírica respecto al impacto de la cartelización sobre el beneficio o rentabilidad de las empresas es dispar. LEVENSTEIN y SUSLOW (2006) examinan casos de estudio de diversos cárteles de manera individual, y cuatro tipos de muestras de corte transversal de cárteles en Estados Unidos y cárteles internacionales con el objetivo de analizar los factores determinantes del éxito de los cárteles. Las autoras encuentran que algunos cárteles fueron capaces de aumentar precios y beneficios en diversos grados, existiendo una gran variabilidad en estos aumentos. LÜBBERS (2009) estudia el caso del *Rhenish Westphalian Coal Syndicate* (RWCS), el cual tuvo lugar entre 1893 y 1913. Utilizando la metodología de estudios de eventos y utilizando un análisis dinámico de datos de panel, estudia el efecto de pertenecer al *Rhenish Westphalian Coal Syndicate* (RWCS) sobre la reacción de los mercados de valores y sobre la rentabilidad de las empresas. El autor concluye que pertenecer al RWCS no tuvo ningún impacto significativo sobre los beneficios de sus miembros.

GÜNSTER, CARREE y VAN DIJK (2012) estudian cómo la formación y ruptura de los cárteles afecta a la actuación y eficiencia de sus miembros. En concreto, analizan los beneficios, la productividad y la innovación de los miembros del cártel, utilizando datos de 141 empresas que cotizan en mercados bursátiles y que han participado en 49 casos de cárteles de la Unión Europea entre 1983 y 2004. Los autores comparan el rendimiento y eficiencia de las empresas durante el periodo de cartelización respecto al periodo anterior a la formación del cártel y al periodo posterior a la ruptura del mismo. Los resultados muestran que las empresas aumentan su rentabilidad (0,5 por 100) durante los años de pertenencia al cártel y reducen su eficiencia. Otra conclusión obtenida es que a mayor duración del cártel,



más rentable resulta para sus miembros y menos incentivos tienen estos a producir de manera eficiente.

Por otra parte, el problema de la auto-selección respecto a formar parte de un cártel debido a las condiciones financieras de la empresa ha sido estudiado desde distintos puntos de vista. BERTRAND, LUMINEAU y FEDOROVA (2014) utilizan una muestra de empresas involucradas en cárteles perseguidos por la Comisión Europea entre 2001 y 2011 para estudiar cuáles son los factores que explican la probabilidad de ser miembro de un cártel. Este estudio concluye que las empresas con relativamente mayor cuota de mercado son más propensas a participar en un cártel, mientras que las empresas con un alto grado de liquidez tienen menos tendencia a participar en estos acuerdos. También demuestran que las empresas relativamente más viejas tienden a participar más en acuerdos colusivos, y que el tamaño de la empresa está positivamente relacionado con la probabilidad de cartelizarse, aunque este efecto varía con la concentración en la industria.

GUSTAFSON, IVANOV y RITTER (2015) analizan los incrementos en las tarifas aéreas que tuvieron lugar en Estados Unidos entre enero de 2005 y diciembre de 2005, y concluyen que las condiciones financieras de las empresas determinan el grado de colusión. Estos autores encuentran que en el contexto de poca capacidad no utilizada, las aerolíneas financieramente débiles parecen valorar los flujos de caja obtenidos de manera inmediata provenientes del aumento de la cooperación, mientras que solo aquellas empresas limitadas por su baja liquidez son las que están dispuestas a incurrir en los costes de la tentativa de cooperación. Por tanto, la liquidez en el corto plazo y las preocupaciones financieras a largo plazo aumentan la probabilidad de cooperar de las aerolíneas. Bajos niveles de liquidez a corto plazo predicen la iniciación de la subida de las tarifas aéreas, mientras que la salud financiera a largo plazo de las empresas determina la continuación y éxito de dichas subidas.

No obstante, los estudios existentes en la literatura que analizan la relación entre colusión y beneficios de las empresas no han tratado la pregunta desde un punto de vista causal, y por ello no utilizan un (buen) grupo de control. El presente artículo trata de identificar y cuantificar el efecto causal de participar en un cártel en los ingresos y los beneficios obtenidos por las empresas. Las principales contribuciones de este estudio son dos. La primera de ellas es el uso de un grupo de control (empresas no cartelizadas) para poder tener un grupo de referencia que no haya sido afectado por el tratamiento (o cartelización), y así poder comparar la evolución de los ingresos y los beneficios de las empresas cartelizadas respecto a estas empresas no cartelizadas.

La segunda contribución relevante es que se tiene en el problema de auto-selección en el tratamiento, es decir, la existencia de factores conducentes a aumentar la probabilidad de participar en un cártel y los cuales están relacionados con los ingresos y los beneficios de las empresas. Para ello, la creación del grupo de control se basa en buscar empresas no carte-

lizadas que sean similares en dichos factores a las empresas cartelizadas. Así tenemos dos grupos de empresas con probabilidades de participar en un cártel parecidas, y los cuales son comparables, por lo que la evolución de las empresas no cartelizadas refleja de la manera más aproximada posible lo que hubiese ocurrido con las empresas cartelizadas si no hubiesen pertenecido a un cártel.

Además, el estimador de diferencias-en-diferencias (*difference-in-differences*) permite la posibilidad de que exista una diferencia de nivel entre ambos grupos de empresas, y controla por factores comunes a todas las empresas cartelizadas, por factores comunes a ambos grupos de empresas durante el periodo de cartelización, y por factores no observables. Finalmente, mientras la literatura se suele centrar en casos de cárteles particulares y relevantes o en un sector en concreto, en el estudio actual quedan representados distintos sectores colusivos.

La Tabla 1 resume los trabajos más relacionados directamente con los objetivos del presente.

**Tabla 1.** Literatura sobre la relación entre colusión y la rentabilidad de las empresas

Año	Autores	Metodología	Base de Datos	Resultados
1976	ASCH y SENECA	Mínimos Cuadrados Ordinarios.	Empresas americanas (51 colusivas y 50 no colusivas aleatorias), sector manufacturero (1958-1967).	Comportamiento colusorio negativamente relacionado con rentabilidad de empresas. Y rendimientos pobres de beneficios aumentan la probabilidad de coludir.
2006	LEVENSTEIN y SUSLOW	Casos de estudio.	Cárteles de Estados Unidos e internacionales.	Algunos cárteles capaces de aumentar precios y beneficios en distintos grados.
2009	LÜBBERS	Estudio de eventos y análisis dinámico de datos de panel.	<i>Rhenish Westphalian Coal Syndicate</i> (RWCS, 1893-1913).	Pertener al RWCS no tuvo impacto significativo sobre los beneficios de sus miembros.
2012	GÜNSTER, CARREE y VAN DIJK	Datos de panel con efectos fijos de empresa y año.	49 cárteles de UE (1983-2004). 141 empresas que cotizan en mercados bursátiles.	Las empresas aumentan su rentabilidad (0,5 por 100) debido al cártel y reducen su eficiencia. Cuanta mayor duración, más rentable resulta.
2014	BERTRAND, LUMINEAU y FEDOROVA	Regresión logística para eventos raros.	Empresas de cárteles perseguidos por EC (2001-2011).	Empresas con mayor cuota de mercado, más viejas y mayor tamaño son más propensas a participar en un cártel; cuanto mayor liquidez, menos tendencia a participar.



<i>Año</i>	<i>Autores</i>	<i>Metodología</i>	<i>Base de Datos</i>	<i>Resultados</i>
2015	GUSTAFSON, IVANOV y RITTER	Regresión binomial negativa.	8 aerolíneas americanas (enero 2005 - diciembre 2005).	Las condiciones financieras de las empresas determinan el grado de colusión: baja liquidez a corto plazo predice iniciación de subida de tarifas aéreas y salud financiera a largo plazo determina la continuación y éxito de las subidas.

*Fuente:* elaboración propia.

### III. DATOS Y METODOLOGÍA

#### A. CONSTRUCCIÓN DE LA MUESTRA DE INTERÉS

Para estudiar el efecto de participar en un cártel sobre los ingresos y beneficios de las empresas, se han recolectado datos de panel provenientes de dos fuentes distintas. Por una parte, la base de datos está compuesta por datos de panel del balance financiero de empresas españolas, en el periodo que comprende desde 1992 hasta 2014. Estos datos provienen del Sistema de Análisis de Balances Ibéricos (SABI). En particular, contiene las 21.514 empresas españolas más grandes medidas según los Ingresos de Explotación en el año 2014. La empresa mayor obtuvo 22 billones de euros en Ingresos de Explotación en 2014, mientras que la más pequeña obtuvo 10 millones de euros.

Por otra parte, se dispone de información sobre los 68 casos de cárteles sancionados por la autoridad española de competencia desde 1990 hasta 2014<sup>3</sup>. Algunos de estos casos han sido descubiertos por propia iniciativa de la Autoridad, otros por quejas de terceros y el resto debido al programa de clemencia. Gracias a las resoluciones, se puede obtener información de la fecha de formación y ruptura del cártel. La fecha de formación hace referencia al primer momento en el que la autoridad tiene evidencia de la existencia de un cártel. La fecha de ruptura es el día en el que el cártel finalizó, bien por razones naturales o internas, o el día en el que fue descubierto y sus miembros tuvieron que parar el acuerdo ilegal.

Los informes de los cárteles sancionados recogen el nombre de las empresas concretas que participaron en el cártel y durante qué periodo fueron miembros de este (dentro de un mismo cártel, la fecha de participación puede variar de una empresa a otra). Alrededor de 748 empresas descubiertas han coludido durante el periodo 1990-2014. En particular, 253 de estas 748 aparecen en la base de datos de SABI, lo que implica poseer información de sus balances financieros.

<sup>3</sup> Para más información sobre la base de datos, véase BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ DE HARO (2015) u ORDÓÑEZ DE HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018) para el caso europeo.

Gracias al cruce entre estas dos bases de datos se puede distinguir qué empresas han participado en un acuerdo colusivo ilegal (*cartelizadas*) de aquellas que nunca han participado en un cártel o no han sido descubiertas<sup>4</sup> (*no cartelizadas*). Sin embargo, no se puede comparar las empresas calificadas como cartelizadas con el resto de empresas en la base de datos que han sido calificadas como no cartelizadas. El motivo es que estos dos grupos de empresas pueden ser muy diferentes tanto respecto a variables observables en la base de datos, como respecto a otras características no observables.

Por tanto, siguiendo a ARTÉS, JIMÉNEZ y PERDIGUERO (2015), el primer paso en el tratamiento de datos es buscar un grupo de empresas no cartelizadas (grupo de control) que sean comparables a las empresas que han sido miembros de un cártel en ciertas características. Dichas variables deben poder explicar tanto la diferencia en ingresos y beneficios entre ambos grupos, como la diferencia en la probabilidad de pertenecer a un cártel. Una vez se tiene los dos grupos de empresas, que son similares en ciertas características, y por tanto, comparables, es posible estimar una regresión de diferencias-en-diferencias para controlar por características no observables.

El método utilizado para obtener la muestra de interés (compuesta por empresas cartelizadas y no cartelizadas que sean comparables) se denomina *Nearest Neighbor Matching Method*<sup>5</sup>. En esencia, lo que hace este método es buscar una pareja que sea similar a la unidad de observación tratada. Por similar se refiere a que la distancia entre ciertas características sea la menor posible, pudiendo incluso dar más peso a unas características que a otras.

Una cuestión importante es que estas características observables deben ser similares antes de que tenga lugar el tratamiento. Por tanto, el *matching* o la búsqueda de la pareja de cada empresa cartelizada ha sido realizado cinco años antes de la fecha en que la empresa comenzó a participar en el cártel. Además, solamente se ha tenido en cuenta aquellas empresas que han pertenecido a un solo cártel durante el periodo de la muestra, ya que si ha participado más de una vez, el efecto de la cartelización sobre beneficios o ingresos puede no ser lineal. Una vez se tiene una pareja para la empresa cartelizada, imputamos artificialmente el periodo de cartelización de la empresa cartelizada a la empresa no cartelizada, para poder comparar ambas empresas durante el mismo periodo.

Las variables observables utilizadas para el *matching* provienen de la literatura<sup>6</sup>. En este caso, las variables observables que se han utilizado para el *matching* son las siguientes: edad, endeudamiento, ratio de deuda a largo plazo respecto al total de activos, apalancamiento financiero, sector (dos dígitos), coste de empleados, ratio de coste de empleados sobre ingresos de

---

<sup>4</sup> El hecho de que no pueda distinguir entre estos dos posibles estados es una de las limitaciones del trabajo. Sin embargo, los resultados y los test de placebo realizados tienden a mostrar que este hecho no invalida los resultados.

<sup>5</sup> Véase IMBENS y WOOLDRIDGE (2009) para una explicación más detallada.

<sup>6</sup> Véase BERTRAND, LUMINEAU y FEDEROVA (2014) en la sección de la revisión de la literatura.



explotación, ratio de solvencia y total de activos. Esta última variable tiene un mayor peso, por lo que es la variable más relevante al buscar un control.

Mientras que la variable total de activos explica el tamaño de la empresa y está relacionada con la rentabilidad o los rendimientos de estas, el ratio de deuda a largo plazo sobre activos controla por los préstamos y obligaciones financieras que duran más de un año respecto a los activos de la empresa. Además, dos medidas de endeudamiento se han tenido en cuenta: la variable endeudamiento compara el total de deudas de una empresa respecto a sus activos, mientras que la variable apalancamiento es el porcentaje de deuda de una empresa respecto a su capital. Esta última refleja hasta qué punto las operaciones están financiadas por los prestamistas versus los accionistas. Finalmente, también dos medidas de gastos de personal han sido utilizadas, que son el coste de empleados y el ratio de dicho coste respecto a los ingresos de explotación, medidas en niveles y porcentaje respectivamente.

La Tabla 2 muestra la media de las variables utilizadas para el *matching*, tanto para el grupo de empresas no cartelizadas como para el grupo de empresas cartelizadas. En dicha tabla también se incluye el test de igualdad de medias entre ambos grupos, para demostrar que efectivamente ambos grupos tienen características similares. Aunque el *matching* se ha realizado en el año quinto antes de que empiece el tratamiento, la media presentada en la tabla ha sido computada para cada grupo durante todo el

**Tabla 2.** T-test de igualdad de medias

<i>Variable</i>	<i>No Cartelizadas</i>	<i>Cartelizadas</i>	<i>Diferencia</i>	<i>p-valor</i>	<i>N</i>
Edad	25,81 (0,83)	25,59 (0,85)	0,22	0,85	972
Total Activos	67.978,9 (6.705,9)	76.733,9 (8.984,5)	-8.754,94	0,44	926
Endeudamiento	67,08 (0,90)	67,21 (0,90)	-0,13	0,92	926
Deuda LP/Activos	0,12 (0,01)	0,10 (0,004)	0,02	0,05	884
Coste Empleados	7.214 (585,42)	6.685,4 (511,96)	528,64	0,50	926
Coste Empleados/Ing. Explot.	13,88 (0,58)	15,70 (0,61)	-1,83	0,03	926
Ratio de Solvencia	1,37 (0,04)	1,28 (0,03)	0,09	0,05	926
Apalancamiento	147,74 (35,64)	123,97 (7,15)	23,77	0,50	926

*Nota:* desviación estándar en paréntesis.

periodo antes del tratamiento (media de los cinco años antes de que ocurra el tratamiento). Un *p-valor* igual o menor a 0,05 indica que la media de la variable es significativamente distinta entre el grupo tratado y el grupo de control<sup>7</sup>.

Se puede observar en la Tabla 2 que no existe una diferencia de medias significativa entre las empresas cartelizadas y las empresas no cartelizadas en la mayoría de las características utilizadas en el *matching*. Es decir, no se puede rechazar que el valor medio de estas variables sea igual para un grupo que para otro.

En particular, existe una diferencia significativa cuando analizamos todo el periodo pre-tratamiento en las siguientes variables: el ratio de deuda a largo plazo respecto al total de activos, el ratio de coste de empleados respecto a ingresos de explotación y en el ratio de solvencia. Sin embargo, si el test de igualdad de medias se realizase periodo a periodo para cada uno de los cinco años antes el tratamiento, no se encontraría ninguna diferencia significativa entre dichas variables financieras de las empresas.

## B. DATOS

Una vez se dispone de la muestra de interés sobre la que se va a realizar el análisis, se pueden comparar algunos datos tanto relativos a los cárteles como a las variables de interés de las empresas, como son los ingresos y los beneficios.

En la Tabla 3 se pueden observar los estadísticos descriptivos de los casos de cártel. De los 68 casos con los que se parte, permanecen 27 de ellos en la muestra de interés. Debido a que la base de datos de los datos financieros comienza en 1992, y que el grupo de control se debe buscar antes de que comience el periodo de cartelización, únicamente se puede disponer de las empresas de aquellos cárteles que comiencen al menos en 1995 (tanto para estos casos como para aquellos que han comenzado en 1996, el *matching* se ha realizado tres y cuatro años antes de que comience el tratamiento, respectivamente, de manera excepcional). También el hecho de analizar solo aquellas empresas que han estado cartelizadas una sola vez durante el periodo muestra hace que se pierdan observaciones. Asimismo, de las 748 empresas cartelizadas que se podían localizar en la base de datos de SABI, finalmente se dispone de 99 de ellas.

Mientras que los 68 cárteles iniciales afectan a un total de 12 sectores, los casos de cárteles de la muestra de interés afectan a nueve sectores. El porcentaje de representación de cada sector se mantiene similar en ambas muestras. Sin embargo, el número medio de empresas por cártel es superior en la muestra de interés respecto a la muestra inicial (17 *versus* 12). Por

---

<sup>7</sup> El mismo test ha sido realizado periodo a periodo en cada uno de los cinco años antes de que ocurra el tratamiento, y en ninguno de los casos se rechaza que las medias entre los dos grupos sean iguales.



otra parte, la media de duración de los cárteles se mantiene relativamente similar, siendo de 8,2 años en la base de datos de cárteles y de siete años en la muestra finalmente utilizada para el análisis. En este caso, la moda de ambas duraciones es igual.

**Tabla 3.** Estadísticos descriptivos de los casos de cártel

	<i>Total</i>			<i>Muestra Matching</i>		
Casos cárteles	68			27		
Número de empresas diferentes	748			99		
Número de sectores afectados	12			9		

	<i>Media</i>	<i>Moda</i>	<i>Me- diana</i>	<i>Media</i>	<i>Moda</i>	<i>Me- diana</i>
Núm. empresas por cártel	12,16	6	7	16,96	5	14
Duración (en años)	8,19	7	6,23	7,04	7	7
Año de inicio	1999	2008	1999	2003	2004	2004
Año de finalización	2007	2011	2009	2007	2013	2009

Un aspecto que cabe destacar respecto a los datos es que a pesar de estar analizando empresas españolas y casos de cárteles que han tenido lugar en España, no existen razones para pensar que existen características propias del ámbito geográfico que produjesen resultados muy diferentes en comparación con otros países.

En particular, la muestra de interés está compuesta por 196 empresas, tanto cartelizadas como no cartelizadas. En la base de datos está disponible la información sobre el país de origen de la matriz global de 115 de las 196 empresas. Alrededor del 30 por 100 de las empresas de la muestra pertenecen a una matriz internacional, siendo este porcentaje casi un 34 por 100 en el caso de empresas que han sido miembros de un cártel. Por tanto, esto indica que tanto las empresas españolas como las empresas no españolas que operan en varios países podrían estar teniendo comportamientos colusorios ilegales en las distintas localizaciones. Además de esto, España está sujeta a las normas de competencia comunes de la Unión Europea, tal como el resto de países de la UE, por lo que el entorno en el que proliferan estos acuerdos ilegales es similar en muchos de estos países.

Para estudiar el efecto que tiene el hecho de ser miembro de un cártel sobre los ingresos y los beneficios de dichas empresas, se ha construido en primer lugar una muestra de empresas comparables, para las cuales se tiene datos antes de que comience su participación en el acuerdo, así como durante la participación en el cártel.

En la Tabla 4 se encuentran resumidos los estadísticos descriptivos de las variables de interés en el periodo antes de que la empresa fuese miem-

Tabla 4. Estadísticos descriptivos

Grupo	Variable	Pre-Tratamiento					Tratamiento				
		Obs.	Media	D. E.	Min.	Max.	Obs.	Media	D. E.	Min.	Max.
No Cartelizada	Ingresos Explotación	453	61.743,4	88.091,4	215	545.822	421	81.524,1	148.819,4	4.248,6	954.321
	Log Ing. Explotación	453	10,34	1,2	5,4	13,2	421	10,57	1,1	8,4	13,8
	Resultado Ejercicio	453	1.990,7	7.523,9	-56.906,6	47.620	421	1.893,1	6.864,1	-39.713	47.049
Cartelizada	Ingresos Explotación	473	105.570,1	415.633,7	198,6	4.707.617	467	128.473,3	293.007,4	4.048	4.699.735
	Log Ing. Explotación	473	10,29	1,4	5,3	15,4	467	10,8	1,3	8,3	15,4
	Resultado Ejercicio	473	2.127,3	7.253,9	-32.874	57.282	467	5.729,4	20.794,2	-81.413	146.205

Nota: las variables Ingresos de Explotación y Resultado del Ejercicio se expresan en miles de euros.



bro de un cártel y en el periodo de cartelización, por grupo de empresas (cartelizadas y no cartelizadas). Se considera periodo *pre-tratamiento* los años para los que se posee información de las empresas antes de que comience el tratamiento. Como el *matching* se ha realizado en el quinto año antes de que comience el tratamiento, el periodo *pre-tratamiento* engloba estos cinco años previos.

Por otra parte, el periodo de *tratamiento* hace referencia a todos los años que la empresa participa en un cártel, siendo el periodo cero el primer año en el que se carteliza. Una vez la empresa finaliza su participación en el acuerdo colusivo, no es considerada en la muestra<sup>8</sup>.

La variable Ingresos de Explotación<sup>9</sup> refleja los ingresos que obtiene la empresa relacionados con su actividad económica habitual. Mientras que las empresas no cartelizadas obtuvieron, de media, 61.734,4 miles de euros en Ingresos de Explotación en los cinco años del periodo pre-tratamiento, las empresas cartelizadas obtuvieron de media 105.570,1 miles de euros. Por tanto, podemos ver que existe una diferencia en esta variable entre empresas cartelizadas y no cartelizadas.

En la Figura 1 podemos observar la evolución de la media de las variables Logaritmo de Ingresos de Explotación y Resultado del Ejercicio, respectivamente, según el periodo respecto al tratamiento (los años antes de que las empresas se convirtiesen en miembros de un cártel y los periodos durante los cuales tuvo lugar la participación) y según el estado de las empresas (cartelizada o tratada y no cartelizada o control).

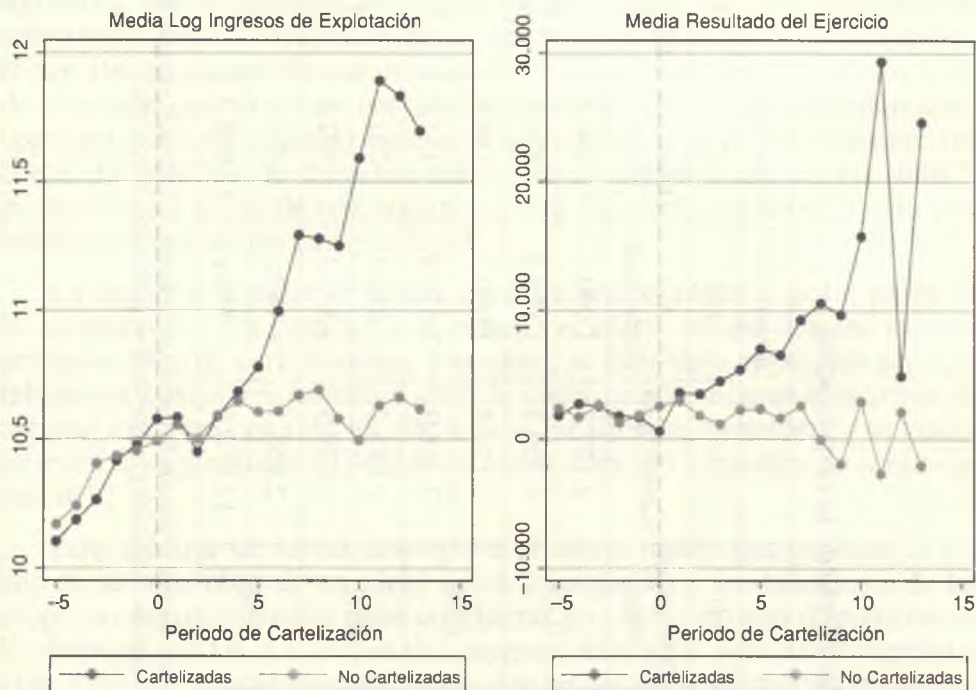
En ella se puede observar la evolución media de las variables Ingresos de Explotación (en logaritmo) y Resultado del Ejercicio, respectivamente, distinguiendo entre empresas cartelizadas y empresas no cartelizadas. En ambos casos se puede observar que la evolución y los niveles de las variables de interés eran similares antes del comienzo del acuerdo colusivo. Sin embargo, a partir del inicio de la participación en un cártel (línea discontinua en el gráfico), se puede observar cómo las empresas miembros de este comienzan a obtener ingresos y beneficios mayores que los obtenidos por las empresas no participantes, los cuales se mantienen relativamente constantes, siendo estas diferencias cada vez mayores a medida que la empresa cartelizada permanece durante más tiempo en el cártel<sup>10</sup>. Por tanto, esta figura muestra indicios de la existencia del impacto de la cartelización sobre los ingresos y beneficios de las empresas participantes.

<sup>8</sup> Por ejemplo, puede existir una empresa para la que se tiene información durante ocho periodos (los cinco periodos antes de que comience el tratamiento, y tres años de tratamiento), y otra que se sigue durante trece periodos (cinco antes de cartelizarse y ocho de cartelización, contando con el periodo inicial que es denominado como el periodo cero).

<sup>9</sup> Se trabajará con el logaritmo de esta variable, ya que toma valores positivos. Además, esto permite obtener una relación más lineal entre el tratamiento y la variable de interés, y permite interpretar el efecto en porcentajes.

<sup>10</sup> Las oscilaciones presentes en la variable Resultado del Ejercicio en los últimos periodos pueden deberse al bajo número de observaciones que permanecen en la muestra.

**Figura 1.** Media de las variables *Logaritmo de Ingresos de Explotación* (izquierda) y *Resultado del Ejercicio* (derecha) por grupos de empresas



#### IV. ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y RESULTADOS

En esta sección, se va a realizar un análisis descriptivo con el fin de comparar los ingresos y beneficios de las empresas cartelizadas y no cartelizadas. Estos cálculos son meramente orientativos, pero permitirán obtener los primeros indicios acerca del efecto que tiene la cartelización sobre las variables de interés<sup>11</sup>.

En la Tabla 5 se presenta la media de las variables Log Ingresos de Explotación y Resultado del Ejercicio, respectivamente, según si las empresas son miembros de un cártel o no, y por periodo de cartelización (antes de la participación en el cártel y durante el periodo de cartelización). En la columna (1) se presenta la media de la variable Log Ingresos de Explotación de las empresas cartelizadas y en la columna (2) se presenta la media para las empresas no cartelizadas. De forma análoga, se presentan las medias para la variable Resultado del Ejercicio en las columnas (5) y (6).

<sup>11</sup> Los resultados presentados son diferencias de medias. Sin embargo, se debe realizar un análisis econométrico más robusto que determine si dicha diferencia es significativa y se debe exclusivamente a que una empresa ha participado en un cártel y la otra no. Dichas estimaciones y sus resultados se pueden encontrar en el artículo *Cartelization: is it worth it?*, que se encuentra en elaboración y cuyos resultados preliminares sustentan en parte lo aquí mostrado descriptivamente.



Tabla 5. Cálculo descriptivo del efecto de la cartelización

Efecto	Periodo Tratamiento	Log Ingresos de Explotación			Resultado del Ejercicio				
		(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)
		Cartelizada	No Cartelizada	Diferencia (1)-(2)	Diferencia Neta	Cartelizada	No Cartelizada	Diferencia (5)-(6)	Diferencia Neta
Efecto Total	Antes	10,29	10,34	-0,05	0,29	2.127,3	1.990,7	136,6	3.699,8
	Durante	10,80	10,57	0,24		5.729,4	1.893,1	3.836,3	
Efecto Corto Plazo	Antes	10,29	10,34	-0,05	0,08	2.127,3	1.990,7	136,6	-289,6
	Durante	10,55	10,52	0,03		2.368,9	2.521,9	-153,0	
Cartel Corta Duración	Antes	10,39	10,48	-0,09	-0,07	2.015,2	2.216,4	-201,2	-771,2
	Durante	10,50	10,66	-0,16		1.859,9	2.832,3	-972,4	
Cartel Larga Duración	Antes	9,87	9,79	0,08	0,56	2.958,3	1.483,1	1.475,2	10.223
	Durante	11,14	10,49	0,65		12.552,3	854,1	11.698,2	

Nota: la diferencia neta de medias [columnas (4) y (8)] se calcula como la diferencia durante el periodo de cartelización menos la diferencia existente en el periodo pre-cartelización. Es decir, si fuera positivo indicaría un mejor resultado para la empresa cartelizada respecto de la no cartelizada, y viceversa.

Se han considerado cuatro muestras de interés. La primera de ellas es la muestra de empresas cartelizadas y no cartelizadas, creada a través del *matching*, que nos permite estudiar el efecto medio total de la cartelización sobre los ingresos y beneficios de las empresas. Esta muestra está compuesta por 196 empresas (99 cartelizadas y 97 no cartelizadas), y por un periodo muestral que va desde cinco años antes del comienzo del tratamiento (periodo pre-cartelización) hasta que la empresa deja de ser miembro del cártel. El máximo de duración dentro de un cártel es de catorce años<sup>12</sup>, pudiendo este variar de una empresa a otra. El efecto encontrado para esta muestra se denominará Efecto Total.

La segunda muestra se utiliza para analizar el efecto a corto plazo de la cartelización. En particular, se estudia el efecto medio durante los tres primeros años de cartelización. Por tanto, se considera el periodo pre-cartelización y estos tres primeros años de cartelización, aunque el máximo de algunas empresas es solo un año o dos. Finalmente, la tercera y la cuarta muestra distinguen entre cárteles de *corta* duración y cárteles de *larga* duración<sup>13</sup>.

Para analizar de forma descriptiva el efecto medio que produce el hecho de ser miembro de un cártel sobre los ingresos y los beneficios de las empresas participantes se debe considerar no solo si existen diferencias en lo obtenido por los dos grupos de empresas durante el periodo de cartelización, sino que también se debe descontar las posibles diferencias existentes en el periodo pre-cartelización (ya que las empresas son similares pero no idénticas). Por ello, se calcula en primer lugar la diferencia media entre los ingresos (y los beneficios) obtenidos por las empresas cartelizadas y no cartelizadas durante el periodo pre-tratamiento. En segundo lugar se realiza el mismo cómputo para el periodo de cartelización. Finalmente, se calcula el cambio (o la diferencia total) que se ha producido entre los ingresos o beneficios de las empresas cartelizadas y no cartelizadas en el periodo de cartelización respecto a la diferencia que existía en el periodo pre-cartelización.

La primera fila de la columna (3) muestra que los Ingresos de Explotación de las empresas cartelizadas son un 5 por 100 inferior que los ingresos medios de las empresas no cartelizadas en el periodo pre-cartelización. Esta diferencia varía según la muestra considerada: la cifra desciende al 9 por 100 en el caso de cárteles de *corta* duración; mientras que los ingresos medios de las empresas cartelizadas que pertenecieron a un cártel de *larga* duración son un 8 por 100 mayor que los ingresos medios de las no cartelizadas durante el periodo pre-tratamiento.

Cuando se analizan las medias de los dos grupos en el periodo en el que tiene lugar el tratamiento, se puede apreciar que, en el caso de la muestra

---

<sup>12</sup> Es decir, son 13 periodos además del periodo 0, que es el momento en el que comienza la cartelización

<sup>13</sup> Se ha clasificado como cárteles de *corta* duración aquellos que duran como máximo ocho periodos, contando con el periodo inicial (periodo 0). Se consideran como cárteles de *larga* duración aquellos que duran como máximo 14 periodos, contando con el periodo inicial.



total, las empresas cartelizadas obtuvieron de media un 24 por 100 más en ingresos que las empresas no cartelizadas. Sin embargo, se debe comparar esta diferencia en el periodo de cartelización con la diferencia preexistente entre ambos grupos de empresas. Si la participación en el cártel no tuviese ningún efecto, la diferencia de medias entre los dos grupos debería ser similar al periodo pre-cartelización (como ya se ha mencionado, esta diferencia es negativa en dicho periodo). Por tanto, al comparar las diferencia neta entre grupos en los periodos durante el cártel y antes de su comienzo, se obtienen indicios de que la cartelización aumentó los ingresos de las empresas colusivas alrededor de un 29 por 100 más de lo que hubiesen obtenido si no hubiesen participado en dicho acuerdo.

Asimismo, se observa en la Tabla 5 que a corto plazo se obtiene un efecto medio del 8 por 100 de diferencia en ingresos entre las empresas cartelizadas y no cartelizadas, cuando se tiene en cuenta la diferencia preexistente entre estos dos grupos. Mientras que en los cárteles de *corta* duración se aprecia una diferencia media negativa en los ingresos<sup>14</sup>, en los cárteles de *larga* duración el efecto medio en los ingresos asciende al 56 por 100.

Por otra parte, las columnas (4)-(8) presentan los resultados del análisis descrito para la variable Resultado del Ejercicio. También en este caso se obtiene un efecto total positivo en los beneficios de las empresas cartelizadas respecto a las empresas no cartelizadas, cuando se descuenta a la diferencia de beneficios entre ambos grupos en el periodo de cartelización la diferencia media que existía en el periodo de pre-cartelización. El incremento en los beneficios de las empresas cartelizadas es casi dos veces mayor<sup>15</sup> que la media de beneficios de este grupo de empresas en el periodo de cartelización.

En este caso, el efecto medio encontrado para el corto plazo y para los cárteles de *corta* duración es negativo. Finalmente, el mayor efecto encontrado se presenta en los cárteles de *larga* duración. Las empresas cartelizadas consiguen un incremento en sus beneficios, respecto a las empresas no cartelizadas, más de tres veces mayor que los beneficios medios obtenidos en el periodo pre-cartelización.

Cabe destacar que estos resultados suponen una comparación de medias, en una muestra de empresas cartelizadas y no cartelizadas que ha sido construida de manera cuidadosa para disponer de empresas similares y comparables, de manera que las empresas no cartelizadas sean el mejor reflejo posible de las empresas cartelizadas. Naturalmente, se debe realizar un análisis econométrico<sup>16</sup> más detallado que muestre si estas diferencias son significativas, y si se deben a la pertenencia de las empresas cartelizadas al

---

<sup>14</sup> Cuando se estima la regresión adecuada con efectos fijos de empresa y año, este efecto es positivo. Véase el artículo original, en elaboración.

<sup>15</sup> Esta cifra (1,74 veces) se obtiene comparando la diferencia total (3.699,8) respecto a los beneficios medios de las empresas cartelizadas en el periodo pre-cartelización (2.127,3).

<sup>16</sup> En concreto, se debe utilizar el estimador de diferencias-en-diferencias controlando por efectos fijos de empresas y año, así como realizar los test de placebo correspondientes.

cártel. Sin embargo, el hecho de que los dos grupos sean comparables hace que las diferencias de medias reflejen los resultados cualitativos (y cuantitativos) principales<sup>17</sup>, pues con esta comparación de medias se está haciendo uso del estimador de diferencias-en-diferencias aunque sin controlar por efectos fijos de empresa y año.

En conclusión, el análisis descriptivo muestra que la cartelización es, en media, rentable en lo que a ingresos se refiere (efecto total y efecto a corto plazo positivo), mientras que respecto a los beneficios puede no obtenerse el efecto deseado a corto plazo. Además, mientras que existen cárteles de *corta* duración que parecen no ser rentables, se puede concluir que los cárteles de *larga* duración parecen ser muy rentables (incremento de ingresos del 56 por 100 y aumento de beneficios tres veces mayor a la media inicial).

En este contexto pueden ser consideradas dos explicaciones. Por una parte, puede darse el caso de que el cártel tenga que durar lo suficiente para que las empresas consigan convertir sus mayores ingresos en mayores beneficios. O bien, puede ser que existan cárteles en los que las empresas consiguen aumentar sus ingresos y beneficios desde los primeros periodos, y que existan otros cárteles en los que las empresas no consiguen aumentar sus beneficios, y esta sea una de las razones por las cuales los miembros del cártel deciden poner fin a su participación o incluso romper el cártel.

En la Figura 2 se muestra evidencia tendiente a concluir que es más probable que existan cárteles en los que las empresas consiguen incrementar sus beneficios desde los periodos iniciales<sup>18</sup>. En concreto, se muestra la diferencia de medias de la variable *Resultado del Ejercicio* entre el grupo de empresas cartelizadas y el grupo de empresas no cartelizadas, periodo a periodo.

Lo que se observa en este gráfico es, en primer lugar, que antes de la entrada de las distintas empresas en los diversos cárteles, no existe diferencia significativa entre los beneficios medios que obtenían las empresas *a posteriori* cartelizadas y las empresas no cartelizadas. Esto es cierto tanto si nos referimos a empresas que pertenecieron posteriormente a un cártel de *corta* duración como a aquellas que pertenecieron a un cártel de *larga* duración.

El segundo hecho que se aprecia es que no existe diferencia significativa en cada periodo entre los beneficios medios de las empresas cartelizadas, participantes de un cártel de *corta* duración, y los beneficios medios obtenidos por sus correspondientes parejas del grupo de control. Finalmente, se puede observar en el gráfico de la derecha que, aquellas empresas que formaron parte de un cártel que tuvo una *larga* duración, desde los inicios (periodo 2) obtienen una diferencia significativa en be-

---

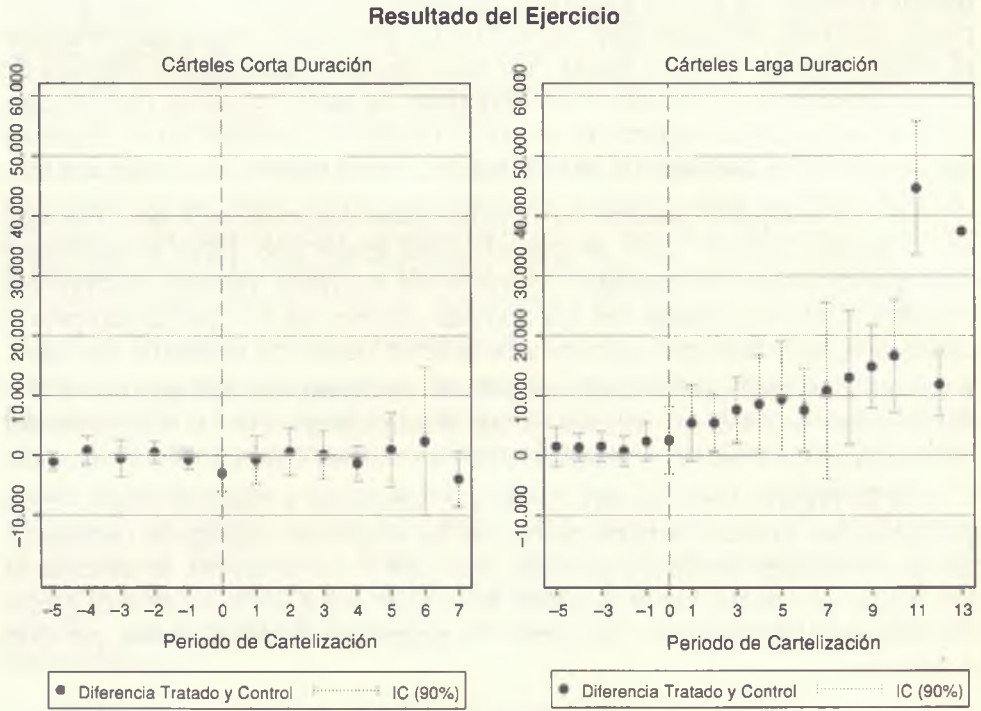
<sup>17</sup> En el artículo original (*Cartelization: is it worth it?*) se presentarán también los resultados de las regresiones para las muestras consideradas, así como el análisis de los ingresos y los beneficios obtenidos por los cárteles de *corta* y *larga* duración periodo a periodo.

<sup>18</sup> En el artículo original (*Cartelization: is it worth it?*) se presentan también los resultados de las regresiones para cárteles de *corta* y *larga* duración, y los test de igualdad de coeficientes periodo a periodo, relacionados con las implicaciones de la Figura 2.



neficios respecto a lo que hubiesen obtenido si no hubiesen formado parte del acuerdo colusivo (es decir, respecto a lo que obtiene de media el grupo de control).

**Figura 2.** Diferencia de medias de la variable Resultado del Ejercicio periodo a periodo



*Nota:* diferencia de medias entre el grupo de empresas cartelizadas y el grupo de empresas no cartelizadas. Intervalo de confianza al 90 por 100 de nivel de significatividad.

## V. CONCLUSIONES

Los cárteles son considerados una de las infracciones más graves de la Ley de Defensa de la Competencia, tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Estos acuerdos colusivos que tienen como fin último incrementar los beneficios de las empresas participantes, son secretos, y en consecuencia son difíciles de detectar. Es por ello que las políticas de competencia existentes tienen por objetivo la prevención y la detección de la formación de cárteles. Y la literatura económica trata de entender en profundidad los determinantes y las consecuencias de la existencia de cárteles para hacer la lucha contra ellos más efectiva.

El objetivo de este trabajo es cuantificar el efecto de la cartelización (entendido como la participación de una empresa en un cártel) sobre los ingresos y los beneficios obtenidos por las empresas debido a su participación

en uno de estos acuerdos ilegales, con el fin de entender cuán grande es el incentivo que tienen las empresas a coludir.

A pesar de las limitaciones derivadas de poder trabajar únicamente con los cárteles descubiertos y sancionados, este estudio trata de aportar dos contribuciones principales. La primera de ellas es el uso de un grupo de control (empresas no cartelizadas) para poder tener un grupo de referencia que no haya sido afectado por el tratamiento (o cartelización), y así poder comparar la evolución de los ingresos y los beneficios de las empresas cartelizadas respecto a estas empresas no cartelizadas. La segunda de ellas es que se tiene en el problema de auto-selección en el tratamiento, es decir, la existencia de factores conducentes a aumentar la probabilidad de participar en un cártel y que a su vez relacionados con los ingresos y los beneficios de las empresas. Para ello, la creación del grupo de control se basa en buscar empresas no cartelizadas que sean similares en dichos factores a las empresas cartelizadas.

Para llevar a cabo el análisis, se utiliza una muestra compuesta por datos de panel de empresas españolas *cartelizadas* y *no cartelizadas* durante el periodo 1995-2014, provenientes de dos fuentes distintas. Por una parte se dispone de información sobre los 68 casos de cárteles sancionados por la autoridad española de competencia desde 1990 hasta 2014. Por otra parte, la base de datos está compuesta por datos de panel del balance financiero de empresas españolas, en el periodo que comprende desde 1992 hasta 2014. Estos datos provienen del Sistema de Análisis de Balances Ibéricos (SABI).

Del análisis conjunto de ambas bases de datos se puede distinguir entre empresas que han participado en un cártel descubierto (*cartelizadas*) y empresas que a priori no han participado en ningún acuerdo colusivo (*no cartelizadas*). Tras construir una muestra en la que se incluyen empresas cartelizadas y empresas no cartelizadas similares y comparables (con el algoritmo *Nearest Neighbor Matching Method*), se pueden comparar los ingresos y beneficios de estos dos grupos para analizar el efecto de la cartelización.

Los resultados preliminares descriptivos muestran que las empresas aumentan sus ingresos en media alrededor de un 28 por 100 debido a la participación en un cártel, respecto a lo que hubiesen obtenido en ausencia de este; y obtienen beneficios casi dos veces mayor que la media en el periodo antes de cartelizarse. En los tres primeros años de cartelización, las empresas aumentan sus ingresos alrededor del 8 por 100 de media, en comparación con lo que hubiesen obtenido si no hubiesen pertenecido a un cártel.

Sin embargo, los resultados más interesantes se obtienen al dividir la muestra entre cárteles de *corta* duración y cárteles de *larga* duración. Mientras que los primeros muestran indicios de no ser rentables, en los segundos las empresas no solo ven incrementado sus ingresos en mayor medida (56 por 100), sino que también aumentan sus beneficios (algo más de tres veces mayor respecto a lo que obtuvieron de media en el periodo antes de car-



telizarse). Estos cárteles de *larga* duración parecen ser rentables desde los periodos iniciales.

En definitiva, se puede concluir que coludir es rentable en España, especialmente cuando el acuerdo es de larga duración. Asimismo, la magnitud del efecto debe ser considerada a la hora de diseñar políticas de competencia.

## REFERENCIAS

- AGUZZONI, L.; LANGUS, G., y MOTTA, M. (2013): «The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation», *The Journal of Industrial Economics*, 61(2), 243-467.
- ARTÉS, J.; JIMÉNEZ, J. L., y PERDIGUERO, J. (2018): «The Effects of Revealed Corruption on Local Finances», *MIMEO*.
- ASCH, P., y SENECA, J. J. (1976): «Is Collusion Profitable?», *The Review of Economics and Statistics*, 58(1), 1-12.
- BERTRAND, O.; LUMINEAU, F., y FEDOROVA, E. (2014): «The Supportive Factors of Firms' Collusive Behavior: Empirical Evidence from Cartels in the European Union», *Organization Studies*, 35(6), 881-908.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y LUNA, Y. (2016): «Crímenes y Castigos en la Lucha contra los Cárteles», *Revista de Economía Industrial*, 398(I), 129-144.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y ORDÓÑEZ-DE-HARO, J. M. (2015): «Análisis Forense de los Cárteles Descubiertos en España», *Papeles de Economía*, 145, 82-103.
- BOS, I.; DAVIES, S.; HARRINGTON, J. E., y ORMOSI, P. L. (2018): «Does Enforcement deter Cartels? A Tale of Two Tails», *International Journal of Industrial Organization*, 59, 372-405.
- BOYER, M., y KOTCHONI, R. (2015): «How Much Do Cartels Overcharge?», *Review of Industrial Organization*, 47(2), 119-153.
- CONNOR, J. M., y LANDE, R. H. (2008): «Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines», *3 Issues in Competition Law and Policy 2203* (ABA Section of Antitrust Law 2008).
- GARCÍA-VERDUGO, J. (2016): *Valoración Económica de las Sanciones de Competencia*, Documento AE-01/16(0428), CNMC.
- GÜNSTER, A.; CARREE, M., y VAN DIJK, M. A. (2011): *Do Cartels Undermine Economic Efficiency?*, [http://conference.druid.dk/acc\\_papers/r562i715lf7h-p9rv11dnahc0ssep.pdf](http://conference.druid.dk/acc_papers/r562i715lf7h-p9rv11dnahc0ssep.pdf).
- GUSTAFSON, M.; IVANOV, I., y RITTER, J. (2015): «Financial Condition and Product Market Cooperation», *Journal of Corporate Finance*, 31, 1-16.
- HEROLD, D., y PAHA, J. (2017): «Cartels as Defensive Devices: Evidence from Decisions of the European Commission 2001-2010», *Review of Law and Economics*, forthcoming.
- IMBENS, G. W., y WOOLDRIDGE, J. M. (2009): «Recent Developments in the Econometrics of Program Evaluation», *Journal of Economic Literature*, 47 (1), 5-86.
- LEVENSTEIN, M., y SUSLOW, V. Y. (2006): «What Determines Cartel Success?», *Journal of Economic Literature*, XLIV, 43-95.
- (2011): «Breaking Up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration», *Journal of Law and Economics*, 54(2), 455-492.
- LÜBBERS, T. (2009): «Is Cartelisation Profitable? A Case Study of the Rhenish Westphalian Coal Syndicate, 1893-1913», *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, núm. 2009/09.

ORDÓÑEZ-DE-HARO, J. M.; BORRELL, J. R., y JIMÉNEZ, J. L. (2018): «The European Commission's Fight against Cartels (1962-2014): A Retrospective and Forensic Analysis», *Journal of Common Market Studies*, forthcoming.

SMUDA, F. (2014): «Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law», *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1), 63-86.

SYMEONIDIS, G. (2008): «The Effect of Competition on Wages and Productivity: Evidence from the United Kingdom», *The Review of Economics and Statistics*, 90(1), 134-146.

WERDEN, G. J. (2009): «Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment fit the Crime», *European Competition Journal*, 19-35.

ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LA PENALIZACIÓN ECONÓMICA Y DEL DETERRENTE PARADOJICO EN EL DERECHO DE COMPETENCIA

Resumen: Este artículo analiza la efectividad de la penalización económica y del deterrente en el derecho de competencia. Se examina el impacto de las sanciones económicas y del derecho de competencia en el comportamiento de las empresas y en la eficiencia del mercado. Se discuten los resultados de un estudio empírico que muestra que las sanciones económicas tienen un efecto limitado en la reducción de la actividad de cárteles, pero que el derecho de competencia puede ser más efectivo en la promoción de la competencia y en la reducción de los precios para los consumidores.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad de los cárteles constituye una amenaza para la competencia efectiva en los mercados. Los cárteles reducen la competencia y aumentan los precios para los consumidores. El derecho de competencia tiene como objetivo prevenir y sancionar esta actividad. Sin embargo, la efectividad de las sanciones económicas y del derecho de competencia en la reducción de la actividad de cárteles ha sido cuestionada. Este artículo analiza el impacto de las sanciones económicas y del derecho de competencia en el comportamiento de las empresas y en la eficiencia del mercado. Se discuten los resultados de un estudio empírico que muestra que las sanciones económicas tienen un efecto limitado en la reducción de la actividad de cárteles, pero que el derecho de competencia puede ser más efectivo en la promoción de la competencia y en la reducción de los precios para los consumidores.

La actividad de los cárteles constituye una amenaza para la competencia efectiva en los mercados. Los cárteles reducen la competencia y aumentan los precios para los consumidores. El derecho de competencia tiene como objetivo prevenir y sancionar esta actividad. Sin embargo, la efectividad de las sanciones económicas y del derecho de competencia en la reducción de la actividad de cárteles ha sido cuestionada. Este artículo analiza el impacto de las sanciones económicas y del derecho de competencia en el comportamiento de las empresas y en la eficiencia del mercado. Se discuten los resultados de un estudio empírico que muestra que las sanciones económicas tienen un efecto limitado en la reducción de la actividad de cárteles, pero que el derecho de competencia puede ser más efectivo en la promoción de la competencia y en la reducción de los precios para los consumidores.





# AYUDAS PÚBLICAS AL DESPLIEGUE DE LA BANDA ANCHA DESDE LA ÓPTICA DE UNA REGULACIÓN ECONÓMICA EFICIENTE. PASADO, PRESENTE Y FUTURO. RECOMENDACIONES

Jorge EIRIZ MARTÍNEZ\*

Subdirección de Ayudas Públicas  
e Informes de Proyectos Normativos  
CNMC

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA MÁS RELEVANTE APLICABLE A LOS PLANES DE BANDA ANCHA FINANCIADOS CON AYUDAS PÚBLICAS Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MARCO NACIONAL Y EUROPEO.—III. PLANES NACIONALES DE AYUDAS PÚBLICAS A LA BANDA ANCHA.—IV. FUNCIONES Y ACTUACIONES DE LA CNMC. RECOMENDACIONES.—V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La sociedad y los gobiernos nacionales son conscientes de la importancia de la conectividad en el desarrollo económico de cada país. Por ello, el desarrollo de la banda ancha reviste una importancia estratégica para el crecimiento y la innovación de Europa en todos los sectores de la economía, así como para la cohesión social y territorial. La Estrategia Europa 2020 (en adelante, UE 2020) subraya la importancia del despliegue de la banda ancha en el marco de la estrategia de crecimiento de la UE. Una de sus iniciativas emblemáticas, la Agenda Digital para Europa (ADE) reconoce las ventajas socioeconómicas de la banda ancha y pone de relieve su importancia para la competitividad, la inclusión social y el empleo.

La ADE reafirma el objetivo de UE 2020 de poner la banda ancha a disposición de todos los europeos y pretende garantizar que en 2020: i) todos los europeos tengan acceso a Internet a velocidades muy superiores a 30 Mbps, y ii) el 50 por 100 o más de los hogares europeos estén abonados a conexiones a Internet superiores a 100 Mbps. Asimismo, como objetivos

---

\* Las opiniones expresadas son exclusivamente del autor y no representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.



para el año 2025 ya se habla de planes estatales para ofrecer velocidades de un Gigabit en algunas zonas de cobertura, así como planes de cobertura con tecnología cinco G y velocidades similares o incluso superiores a las actuales ofertas minoristas sobre fibra.

Entre 2014 y 2020, según datos de la Comisión Europea, para lograr el objetivo de un acceso a Internet a velocidades superiores a 30 Mbps se necesitarán hasta un máximo de 60.000 millones de euros de inversión y hasta 270.000 millones para que al menos el 50 por 100 de los hogares europeos dispongan de conexiones de velocidad superior a 100 Mbps. Estas inversiones deberían proceder, principalmente, de inversores comerciales, aunque los objetivos de la ADE no pueden alcanzarse sin el apoyo de fondos públicos. Por esta razón, la ADE propone a los Estados miembros que utilicen financiación pública en consonancia con las normas sobre ayudas estatales y de competencia de la UE y así poder alcanzar los objetivos definidos para el año 2020.

Sin embargo, es importante que los fondos públicos que se utilicen en este sector sean complementarios a las inversiones de los agentes del mercado y no los sustituyan. Las intervenciones estatales deben limitar en lo posible el riesgo de excluir a las inversiones privadas o de alterar los incentivos a la inversión comercial y, por tanto, de falsear la competencia en contra de los intereses comunes de la Unión Europea.

La mayoría de los Estados miembros llevan desarrollando estrategias nacionales para el despliegue de infraestructuras de banda ancha con el fin de lograr los objetivos de la ADE en sus respectivos territorios. La mayor parte de estas estrategias contempla la utilización de fondos públicos para ampliar la cobertura de la banda ancha en zonas donde los operadores comerciales no tienen ningún incentivo para invertir y, asimismo, acelerar el despliegue de redes de acceso de nueva generación de alta y muy alta velocidad.

En este contexto, cabe señalar y no podemos olvidar lo establecido en los artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) que regulan las ayudas públicas o ayudas de Estado (arts. 107 a 109). Debemos partir, por tanto, de la prohibición establecida en el art. 107.1: «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Este artículo no aporta una definición estricta de ayuda de Estado, sino que se limita a declarar incompatibles con el mercado interior cierto tipo de ayudas (las que reúnan los cuatro elementos que se describirán ampliamente más adelante), contemplando los apartados 2 y 3 del citado artículo las ayudas que pueden considerarse compatibles con el mercado interior.

La razón de ser del control de las ayudas públicas en el ámbito de la Unión Europea la encontramos en uno de los principales objetivos que ya se fijaron las Comunidades Europeas en la década de los cincuenta:

la creación de un mercado único, un mercado interior en el que se garanticen la igualdad y la equidad de todos los operadores económicos, con independencia del Estado miembro del que procedan, y que reúna las condiciones de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Ese es el motivo por el que el art. 3 del TFUE atribuye a la Unión la competencia exclusiva para el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Por ello, el control de las ayudas de Estado forma parte de la Política de Competencia de la UE, y la Comisión se erige como la máxima responsable de dicho control. Las ayudas públicas han demostrado ser uno de los instrumentos por los que más puede resultar afectada la competencia, dada la gran capacidad económica y regulatoria de los Estados y las Administraciones Públicas.

A pesar de la mención realizada en el TFUE las ayudas de Estado no han tenido una definición consensuada e inequívoca, a pesar de que son objeto de una intensa actividad administrativa, normativa y jurisprudencial. No ha existido un concepto acordado «normativamente» hasta julio de 2016, cuando se publicó la Comunicación sobre el Concepto de ayuda de Estado<sup>1</sup>. Existen varias razones de oportunidad sobre esta ausencia de concepto normativo, manifestando la dificultad que supone, en no pocas ocasiones, identificar si nos encontramos ante una ayuda de Estado. Por ello, han sido tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia los que han ido perfilando los elementos constitutivos para conocer si estamos ante una ayuda de Estado. Genéricamente podríamos concluir que estamos ante una ayuda cuando se dan estos cuatros requisitos de manera simultánea:

- Existencia de una ventaja o beneficio para una empresa.
- Otorgamiento por los Estados (o entidades públicas) o mediante fondos públicos o estatales.
- Que favorezca a una empresa o a unidades económicas (carácter selectivo).
- Falsee (o amenace con falsear) la competencia o el comercio entre Estados miembros.

## II. NORMATIVA MÁS RELEVANTE APLICABLE A LOS PLANES DE BANDA ANCHA FINANCIADOS CON AYUDAS PÚBLICAS Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MARCO NACIONAL Y EUROPEO

La Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal ha establecido una serie de pautas generales a la hora de aprobar cualquier tipo de subvención estatal. En particular, en relación con proyectos de despliegue de banda ancha nos indica que la financiación pública de infraes-

---

<sup>1</sup> Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el art. 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01).



estructuras de banda ancha para la prestación de conectividad a usuarios finales está sujeta a las normas sobre ayudas estatales.

Si queremos ahondar en las pautas que sigue la Comisión Europea para determinar si una ayuda pública a un proyecto de banda ancha es o no una ayuda de Estado y si es o no compatible con el ordenamiento comunitario debemos mirar hacia las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha<sup>2</sup>.

Las Directrices explican que el sector de la banda ancha se caracteriza por presentar rasgos específicos, en particular, por el hecho de que una red de banda ancha puede albergar a varios operadores de servicios de telecomunicaciones y, por tanto, puede brindar una oportunidad para la presencia de operadores competidores. En cambio, conectar mediante infraestructuras de telecomunicaciones sedes de autoridades públicas no es una actividad económica y la financiación pública de las denominadas «redes cerradas», por consiguiente, no constituye ayuda estatal. Como no podía ser de otro modo las ayudas estatales deberían centrarse en facilitar ayudas dirigidas a casos en los que haya deficiencias o fallos en el mercado teniendo en cuenta los objetivos de interés común europeo.

En general, las ayudas deberían dirigirse a corregir fallos del mercado, mejorando así la eficiencia en el funcionamiento de los mismos e incrementando la competitividad. Además, cuando los mercados ofrecen resultados eficientes, pero considerados insatisfactorios desde el punto de vista de la política de cohesión, las ayudas estatales pueden utilizarse para conseguir un resultado más equitativo y conveniente. En particular, una intervención estatal selectiva en el ámbito de la banda ancha puede contribuir a reducir la «brecha digital» entre las zonas o regiones donde se ofrecen servicios de banda ancha asequibles y competitivos y las zonas que carecen de ellos.

Sin embargo, si las ayudas estatales a la banda ancha fueran dirigidas a las zonas en las que los operadores de mercado quieren invertir o en las que ya hubieran invertido, esto podría eliminar considerablemente los incentivos para que los inversores comerciales apostasen por la banda ancha en esas zonas. En tales casos, las ayudas estatales a la banda ancha podrían ser contraproducentes para el objetivo perseguido. El objetivo del control de las ayudas estatales en el ámbito de la banda ancha es garantizar que las ayudas estatales consigan un mayor grado de cobertura y penetración de la banda ancha, o a un ritmo más rápido del que se daría sin la ayuda, apoyando al mismo tiempo unos servicios de mayor calidad y más asequibles, unas inversiones que favorezcan la competencia garantizando que los efectos positivos de la ayuda contrarresten los posibles efectos negativos y falseamientos de la competencia.

---

<sup>2</sup> Comunicación de la Comisión-Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2013/C 25/01).

Sin ánimo exhaustivo y con el objetivo de concluir si estamos ante ayuda de Estado y conocer si la misma es compatible o no con la normativa aplicable debemos valorar los siguientes conceptos y criterios:

a) La ayuda debe ser recibida por una «Empresa»: según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación<sup>3</sup>. La clasificación de una entidad concreta como empresa depende, pues, totalmente de la naturaleza de sus actividades.

Las medidas estatales de apoyo a las inversiones en banda ancha se dirigen generalmente al ejercicio de una actividad económica, como la construcción, la explotación y la concesión de acceso a la infraestructura de banda ancha o permitir la prestación de conectividad a los usuarios finales. También el propio Estado puede desarrollar una actividad económica cuando gestiona y explota una infraestructura de banda ancha, por ejemplo, a través de una empresa estatal o como parte de la Administración del Estado. La construcción de una infraestructura de red de banda ancha con vistas a su futura explotación comercial por el Estado u operadores terceros también constituye una actividad económica. El despliegue de una red de banda ancha para fines no comerciales podría no constituir ayuda estatal si la construcción de la red no favorece a ninguna empresa.

b) La ayuda lleva aparejada el «uso de recursos estatales»: la concesión de una ventaja directa o indirecta mediante fondos estatales y la imputabilidad de dicha medida al Estado son dos condiciones separadas y acumulativas para que exista ayuda estatal<sup>4</sup>. Por «fondos estatales» se entiende todos los fondos del sector público, incluidos los fondos de entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole) y, en determinadas circunstancias, fondos de organismos privados. Es irrelevante que una institución dentro del sector público sea autónoma o no. Los recursos de las empresas públicas también constituyen fondos estatales porque el Estado puede orientar la utilización de los mismos.

La transferencia de recursos del Estado puede adoptar muchas formas, como subvenciones directas, deducciones fiscales, préstamos bonificados o condiciones financieras preferentes de otro tipo. También existe presencia de recursos estatales si el Estado aporta una prestación en especie. Los recursos estatales pueden ser empleados en los niveles nacional, regional o local. Los fondos procedentes de la Unión Europea (por ejemplo, de los Fondos Estructurales, FEADER, FEDER), del Banco Europeo de Inversiones o del Fondo Europeo de Inversiones, o de instituciones financieras in-

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, apartado 74; Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, apartado 107.

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión (Stardust)*, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, apartado 24; Sentencia del Tribunal General de 5 de abril de 2006, *Deutsche Bahn AG/Comisión*, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, apartado 103.



ternacionales (como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo), se consideran fondos estatales si las autoridades nacionales tienen discreción en cuanto a su uso (en particular, en cuanto a la selección de los beneficiarios). En cambio, si dichos fondos los concede directamente la Unión Europea, el Banco Europeo de Inversiones o el Fondo Europeo de Inversiones, sin discreción por parte de las autoridades nacionales, no constituyen fondos estatales [por ejemplo, financiación concedida en gestión directa en virtud del programa marco Horizonte 2020, el Programa de la UE para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) o los fondos de la Red Transeuropea de Transporte (RTE-T)].

c) La ayuda debe otorgar una «ventaja» a una empresa: se entiende por ventaja todo beneficio económico que una empresa no podría haber obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal<sup>5</sup>.

Por lo general, la ayuda se concede directamente a inversores en redes que, en la mayoría de los casos, son elegidos mediante un procedimiento de licitación. Cuando la contribución del Estado no se facilita en condiciones de mercado normales y por consiguiente pasa a ser considerada ayuda estatal con arreglo al principio del inversor en una economía de mercado<sup>6</sup>, el recurso a una selección competitiva garantiza que cualquier ayuda se limite al importe mínimo necesario para el proyecto concreto. Sin embargo, no elimina la ayuda, puesto que la autoridad pública todavía facilitará una subvención al adjudicatario (por ejemplo, en concepto de «diferencia de financiación» o contribución en especie) y el fin de dicho procedimiento es precisamente la selección del beneficiario de la ayuda. El apoyo financiero permitirá al licitador elegido realizar esta actividad comercial en unas condiciones que de otra manera no encontraría en el mercado. Además del beneficiario directo de la ayuda, los operadores terceros que logran un acceso mayorista a la infraestructura subvencionada podrían ser beneficiarios indirectos.

d) La ayuda debe ser «selectiva»: no todas las medidas que favorecen a operadores económicos entran en el concepto de ayuda, sino solo aquellas que conceden una ventaja de manera selectiva a determinadas empresas o categorías de empresas o a determinados sectores económicos.

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, apartado 60; Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999, *España/Comisión*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, apartado 41.

<sup>6</sup> En su Decisión Ámsterdam, la Comisión examinó la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado en el ámbito de la banda ancha. Como se subrayaba en dicha Decisión, la conformidad de una inversión pública con las condiciones de mercado debe probarse de manera exhaustiva, ya sea por medio de una participación importante de inversores privados o por la existencia de un plan de negocios sólido que muestre un rendimiento adecuado de la inversión. Cuando participen en el proyecto inversores privados, es una condición imprescindible que asuman el riesgo comercial vinculado a la inversión en las mismas condiciones que el inversor público. La misma lógica se aplica también a otros tipos de apoyos estatales tales como préstamos bonificados o garantías.

En principio, las medidas estatales que apoyan el despliegue de redes de banda ancha tienen carácter selectivo ya que van destinadas a inversores en banda ancha y a operadores terceros que solo son activos en determinados segmentos del mercado global de servicios de comunicaciones electrónicas.

e) La ayuda debe implicar un «falseamiento de la competencia»: el apoyo público a las empresas solo constituye ayuda estatal si «falsea o amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones» y solo «en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros». Se considera que una medida concedida por el Estado falsea o amenaza falsear la competencia cuando es probable que mejore la posición competitiva del beneficiario frente a otras empresas con las que compite. A todos los efectos prácticos, generalmente se considera que existe un falseamiento de la competencia cuando el Estado concede una ventaja financiera a una empresa en un sector liberalizado en el que hay, o podría haber, competencia<sup>7</sup>.

El hecho de que las autoridades encomienden un servicio público a un prestador interno (aunque sean libres de encomendar ese servicio a terceros) no excluye un posible falseamiento de la competencia. Sin embargo, se excluye un posible falseamiento de la competencia si se cumplen las siguientes condiciones acumulativas: a) el servicio está sujeto a un monopolio legal (establecido con arreglo a la legislación de la UE); b) el monopolio legal no solo excluye la competencia en el mercado sino también por el mercado, puesto que excluye cualquier posible competencia para convertirse en el prestador exclusivo del servicio en cuestión; c) el servicio no compite con otros servicios, y d) si el prestador del servicio está presente en otro mercado (geográfico o de producto) que está abierto a la competencia, deben descartarse las subvenciones cruzadas. Esto requiere que se lleven contabilidades separadas, que los costes e ingresos se asignen de la forma adecuada y que la financiación pública facilitada para el servicio sujeto al monopolio legal no pueda beneficiar a otras actividades.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la ayuda financiera o en especie falsea la competencia en la medida en que refuerza la posición de una empresa en relación con otras empresas. Debido a la ayuda estatal concedida a un competidor, los operadores existentes podrían reducir su capacidad y los operadores potenciales podrían decidir no entrar en un mercado o zona geográfica nuevos. Los falseamientos de la competencia probablemente se agudizarían si el beneficiario de la ayuda posee poder de mercado. Si el beneficiario dispusiera de una posición dominante en un mercado, la ayuda puede reforzar este dominio al debilitar aún más la presión competitiva que pueden ejercer los competidores.

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2000, *Alzetta*, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, etc., ECLI:EU:T:2000:151, apartados 141 a 147; Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.



f) La ayuda debe provocar un «efecto sobre el comercio»: el apoyo público a las empresas solo constituye ayuda estatal si «afecta a los intercambios comerciales entre Estados miembros». A este respecto, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sino únicamente si la ayuda puede afectar a dichos intercambios. En particular, los órganos jurisdiccionales de la Unión han dictaminado que «cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios, procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios»<sup>8</sup>.

Puede considerarse que el apoyo público es capaz de tener efectos sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros aun cuando el beneficiario no participe directamente en intercambios comerciales transfronterizos. Por ejemplo, la subvención puede hacer más difícil que los operadores de otros Estados miembros entren en el mercado, manteniendo o aumentando la oferta local.

Por último, en la medida en la que la intervención estatal puede afectar a los proveedores de servicios de otros Estados miembros (también disuadiéndoles de que se establezcan en los Estados miembros de que se trate), afecta también al comercio puesto que los mercados de servicios de comunicaciones electrónicas (mercados mayoristas y minoristas de banda ancha) están abiertos a la competencia entre operadores y proveedores de servicios.

En algunos casos, los Estados miembros pueden considerar que la instalación de una red de banda ancha debe considerarse como servicio de interés económico general (SIEG) con arreglo al art. 106, apartado 2, del TFUE y la jurisprudencia *Altmark* y proporcionar financiación pública sobre esta base. En tales casos, las medidas de los Estados miembros deben evaluarse con arreglo a: i) la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales de la UE a la compensación concedida para la prestación de servicios de interés económico general; ii) la Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 106, apartado 2, del TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general; iii) la Comunicación de la Comisión relativa al Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011), y iv) el Reglamento de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE a las ayudas *de minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general. Estos documentos de la Comisión (denominados en su

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, *Eventech/The Parking Adjudicator*, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, apartado 66; Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, *Libert y otros*, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, apartado 77; Sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2001, *Friuli Venezia Giulia*, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, apartado 41.

conjunto el «paquete SIEG») se aplican también a las ayudas estatales para el despliegue de banda ancha.

En lo que se refiere a la definición de SIEG, la Comisión ya ha aclarado, en términos generales, que los Estados miembros no pueden vincular obligaciones específicas de servicio público a servicios que ya prestan, o pueden prestar satisfactoriamente, empresas que operan en condiciones normales de mercado.

Aplicando este principio a las inversiones sobre proyectos de banda ancha, la Comisión considera que en las zonas en que los inversores privados ya han invertido en una infraestructura de red de banda ancha (o estén en proceso de ampliar la red) y ya prestan estos servicios de manera competitiva con una cobertura adecuada, la creación de una infraestructura paralela de banda ancha financiada con fondos públicos no puede considerarse un SIEG. Sin embargo, cuando pueda demostrarse que los inversores privados no están en condiciones de prestar en un futuro próximo una adecuada cobertura de banda ancha a todos los ciudadanos o usuarios, dejando a una parte considerable de la población sin cobertura, puede concederse una compensación por servicio público a una empresa a la que se haya confiado la prestación de un SIEG, siempre que se cumplan las condiciones de la citada Comunicación sobre los SIEG.

Además, el despliegue y la explotación de una infraestructura de banda ancha solo puede considerarse SIEG si esa infraestructura ofrece conectividad universal a todos los usuarios, residenciales y empresas por igual, en una zona dada. El apoyo para la conexión únicamente de empresas no será suficiente. El carácter obligatorio de la misión de SIEG implica también que el proveedor de la red desplegada no podrá negar el acceso a la infraestructura por razones discrecionales o discriminatorias (por ejemplo, porque no sea rentable ofrecer servicios de acceso en una zona dada).

Dado el grado de competitividad que se ha logrado desde la liberalización del sector de las comunicaciones electrónicas en la Unión y, en particular, la competencia que existe actualmente en el mercado minorista de banda ancha, una red financiada con fondos públicos implantada en el contexto de un SIEG debe estar disponible para todos los operadores interesados. En consecuencia, el reconocimiento de una misión de SIEG para el despliegue de banda ancha deberá estar basado en el despliegue de una infraestructura pasiva, neutra y abierta. La red debe ofrecer acceso a los interesados mediante todas las formas posibles de acceso de red y permitir una competencia efectiva a nivel minorista, garantizando la prestación de servicios competitivos y accesibles a los usuarios finales.

Por consiguiente, la misión de SIEG debe cubrir únicamente el despliegue de una red de banda ancha que ofrezca conectividad universal y la prestación de los servicios de acceso mayorista correspondientes, sin incluir servicios minoristas de comunicación. Cuando el proveedor de la misión de SIEG sea además un operador de banda ancha integrado verticalmente, deben establecerse las salvaguardias adecuadas para evitar cualquier conflicto



de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta. En tales situaciones, cualquier compensación concedida deberá cubrir únicamente los costes de desplegar infraestructuras en las zonas no rentables, teniendo en cuenta los ingresos pertinentes y un beneficio razonable.

Pues bien, dado todo lo anterior, la Comisión Europea a la hora de evaluar si una ayuda es compatible analiza si la incidencia positiva de la medida de ayuda compensa sus potenciales efectos secundarios negativos, tales como el falseamiento del comercio y la competencia. Este análisis se lleva a cabo en dos fases.

En primer lugar, todas las medidas de ayuda deben cumplir las condiciones necesarias que figuran a continuación. En caso de que no se cumpla alguna de ellas la ayuda será declarada incompatible con el mercado interior por parte de la Comisión Europea:

- 1) Contribución a la consecución de objetivos de interés común.
- 2) Ausencia de prestación del mercado debido a deficiencias del mismo o a importantes desigualdades, esto es, que haya una deficiencia en el mercado.
- 3) Idoneidad de la ayuda estatal como instrumento político.
- 4) Existencia de efecto incentivador.
- 5) Ayuda circunscrita al mínimo necesario.
- 6) Efectos negativos limitados.
- 7) Transparencia.

En segundo lugar, la Comisión Europea realiza una prueba de sopesamiento de la medida de ayuda para valorar su idoneidad. Si la prueba de sopesamiento pone de manifiesto que los efectos negativos superan a los positivos, la Comisión puede prohibir la ayuda o requerir que se adopten medidas correctoras en relación con su concepción o con las distorsiones que ha provocado en la competencia.

A la hora de evaluar las ayudas estatales para el despliegue de redes de nueva generación es de vital importancia conocer sobre qué zonas geográficas los Estados miembros quieren realizar sus actuaciones. Por ello, la Comisión Europea en las Directrices sobre banda ancha da una serie de pautas para distinguir tres diferentes zonas de actuación según las redes desplegadas en dicha área o que se puedan desplegar por inversores privados en un plazo de tres años.

Con el objetivo de garantizar aún más que la intervención pública no entorpece las inversiones privadas, las autoridades que conceden la ayuda deben verificar si hay inversores privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo (entendiendo por «futuro próximo» un periodo de tres años). Si la autoridad que concede la ayuda usa un plazo más largo como marco temporal para el despliegue de la infraestructura subvencionada ese mismo plazo deberá usarse en la evaluación de la existencia de planes de inversión comercial. Para verificar que no

hay inversores privados con planes para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo, la autoridad que conceda la ayuda deberá publicar un resumen de la medida de ayuda prevista e invitar a las partes interesadas a presentar sus observaciones<sup>9</sup>. Las zonas vienen definidas según lo establecido en las Directrices de la Comisión Europea:

— Las «zonas blancas» son aquellas en las que no existe infraestructura de banda ancha y es poco probable que se desarrolle en un futuro próximo. Los objetivos de la Comisión con respecto a la ADE implican una cobertura con una velocidad de al menos 30 Mbps para 2020. Por ello, constituye una prioridad invertir a tiempo en zonas que todavía no están suficientemente cubiertas. Por tanto, la Comisión acepta que al aportar apoyo financiero para la prestación de servicios de banda ancha en zonas en las que no están disponibles actualmente, los Estados miembros persiguen objetivos de verdadera cohesión y desarrollo económico y, por tanto, probablemente su intervención sea acorde con el interés común.

— Las «zonas grises» son aquellas en las que está presente un operador de red y es poco probable que se desarrolle otra red en un futuro próximo. La mera existencia de un operador de red no implica necesariamente que no haya una deficiencia del mercado o un problema de cohesión. Si este operador dispone de poder de mercado (monopolio), puede ofrecer a los ciudadanos una combinación de calidad de servicio y precios que no sea óptima. Determinadas categorías de usuarios pueden no ser adecuadamente atendidos o, a falta de tarifas de acceso mayorista reguladas, los precios al por menor pueden ser superiores a los aplicados por los mismos servicios ofrecidos en zonas o regiones del país más competitivas, aunque comparables. Si, además, solo hay perspectivas limitadas de que se incorporen al mercado operadores alternativos, la financiación de tal infraestructura alternativa podría ser una medida adecuada.

Por otra parte, en zonas en las que ya existe un operador de red de banda ancha, las subvenciones para la construcción de una red alternativa pueden falsear la dinámica del mercado. Por consiguiente, el apoyo estatal para el despliegue de redes de banda ancha en «zonas grises» solo está justificado en caso de que se demuestre claramente que persiste una deficiencia del mercado. Será necesario un análisis más detallado y una evaluación exhaustiva de la compatibilidad.

---

<sup>9</sup> Existe el riesgo de que una mera «manifestación de interés» de un inversor privado pueda retrasar la prestación de servicios de banda ancha en la zona afectada si posteriormente las inversiones no se materializan y, al mismo tiempo, la intervención pública se ha congelado. Por ello, el organismo que concede la ayuda podrá exigir determinados compromisos del inversor privado antes de aplazar la intervención pública. Estos compromisos deben garantizar la realización de avances significativos en términos de cobertura en el periodo de tres años o en el periodo más largo previsto para la inversión que reciba el apoyo. También podrá solicitar al operador que celebre un contrato que resuma los compromisos de despliegue. Este contrato podría establecer una serie de etapas que deberían cubrirse durante ese periodo de tres años así como la obligación de informar sobre los avances logrados. Si no se alcanza uno de ellos, la autoridad que concede la ayuda podrá seguir adelante con sus planes de intervención pública. Esta norma se aplica tanto a las redes básicas como a los accesos de nueva generación.



Las «zonas grises» podrían acogerse a ayudas estatales a condición de que se cumplan las condiciones de compatibilidad expuestas anteriormente, si además se demuestra que: i) no se prestan servicios asequibles o adecuados para satisfacer las necesidades de los ciudadanos o empresas, y ii) no existen medidas menos falseadoras (incluida una regulación previa) para alcanzar los mismos objetivos. Por ello, la Comisión evaluará si:

- a) Las condiciones de mercado generales no son adecuadas, considerando, entre otras cosas, el nivel de precios actuales de la banda ancha, el tipo de servicios ofrecidos a los usuarios finales (usuarios residenciales y empresariales) y las condiciones de aquellos.
- b) A falta de regulación previa impuesta por una autoridad nacional reguladora, el acceso efectivo a la red no se ofrece a terceros o las condiciones de acceso no propician una competencia efectiva.
- c) Las barreras generales a la entrada excluyen la entrada potencial de otros operadores de comunicaciones electrónicas.
- d) Ninguna de las medidas adoptadas o soluciones impuestas por la autoridad nacional reguladora o por la autoridad de competencia por lo que se refiere al proveedor de red existente ha podido solucionar los problemas.

— «Zonas negras»: en estas zonas no es necesaria la intervención estatal. Cuando en una zona geográfica dada existen al menos dos proveedores de red de banda ancha y los servicios de banda ancha se prestan en condiciones competitivas (competencia basada en infraestructuras), se puede suponer que no hay deficiencia de mercado. Por consiguiente, el margen para que la intervención estatal reporte mayores beneficios es muy pequeño. Por el contrario, el apoyo estatal para la financiación de la construcción de una red de banda ancha adicional con capacidades comparables llevará, en principio, a un falseamiento inaceptable de la competencia y al desplazamiento de inversores privados. En consecuencia, de no haber una deficiencia de mercado claramente demostrada, la Comisión considerará negativamente las medidas de financiación del despliegue de una infraestructura de banda ancha adicional en una «zona negra».

En relación con posibles ayudas destinadas a redes de banda ancha ultrarrápidas teniendo en cuenta que, especialmente en las zonas urbanas las necesidades de prestación pueden ser más elevadas en comparación con lo que los inversores comerciales están dispuestos a ofrecer en un futuro próximo se podrá autorizar excepcionalmente la intervención pública para las redes de acceso de nueva generación que puedan ofrecer velocidades ultrarrápidas muy por encima de 100 Mbps. Esta intervención solo podrá autorizarse en las «zonas negras a efectos de las redes de acceso de nueva generación» si diera lugar a un avance importante, sostenible, favorecedor de la competencia y permanente sin desincentivar de forma desproporcionada las inversiones privadas.

Todas las medidas estatales de ayuda al despliegue de banda ancha deben cumplir todos los principios de compatibilidad, incluido el objetivo

de interés común, la existencia de una deficiencia de mercado y el efecto incentivador de la medida. Por lo que respecta a limitar el falseamiento de la competencia, además de demostrar cómo se logra un «cambio considerable» en todos los casos (en zonas blancas, grises y negras), deben cumplirse las siguientes condiciones necesarias para demostrar la proporcionalidad de la medida. Si no se cumple alguna de estas condiciones lo más probable es que se deba realizar una evaluación pormenorizada que podría llegar a la conclusión de que la ayuda es incompatible con el mercado interior. El procedimiento que debe llevar a cabo la Administración Pública competente debe basarse en la realización de los siguientes hitos y condiciones:

- a) Elaborar un mapa detallado y análisis de la cobertura: los Estados miembros deberán identificar claramente qué zonas geográficas estarán cubiertas por la ayuda pública, siempre que sea posible en cooperación con los organismos nacionales competentes. Los ejemplos de mejores prácticas sugieren la creación de una base de datos central de las infraestructuras disponibles a escala nacional que incremente la transparencia y reduzca los costes de despliegue de pequeños proyectos locales.
- b) Efectuar una consulta pública: los Estados miembros deben dar una publicidad adecuada a las principales características de la medida y a la lista de zonas objetivo mediante la publicación de la información relevante del proyecto e invitando a la presentación de observaciones. La difusión a través de una página de Internet a escala nacional garantiza, en principio, que esta información esté a disposición de todas las partes interesadas. Al verificar, asimismo, los resultados del mapa detallado mediante consulta pública se minimiza el falseamiento de la competencia con los proveedores existentes y con los que ya tienen planes de inversión para un futuro próximo, permitiéndoles así planificar sus actividades. Un mapa detallado y una consulta exhaustiva no solo garantizan un alto grado de transparencia, sino que sirven también como instrumento esencial para definir la existencia de zonas blancas, grises y negras.
- c) Utilizar un procedimiento de selección competitiva: cuando las autoridades adjudicadoras seleccionen un operador para desplegar y explotar la infraestructura subvencionada el proceso de selección se realizará ateniéndose al espíritu y a los principios de las Directivas de la UE sobre contratación pública. Mediante un procedimiento de licitación pública se garantiza la transparencia a todos los inversores que deseen presentar ofertas para ejecutar o gestionar el proyecto subvencionado. La licitación es un método que reduce el coste para el presupuesto, minimiza la potencial ayuda estatal y al mismo tiempo reduce el carácter selectivo de la medida ya que no se conoce de antemano quién es el beneficiario elegido. Los Estados miembros deben garantizar un proceso transparente y un resultado competitivo y utilizar una página de Internet central a nivel nacional para la publicación de todos los procedimientos de licitación en curso sobre medidas de ayuda estatal a la banda ancha.



- d) Valorar la oferta económicamente más ventajosa: en el contexto de un procedimiento de licitación, el organismo que concede la ayuda establecerá criterios de adjudicación en base a los cuales se evaluarán los datos cualitativos presentados que deberá cumplir el adjudicatario. Entre dichos criterios pueden incluirse, por ejemplo, la cobertura geográfica, la sostenibilidad del enfoque tecnológico o el impacto sobre la competencia de la solución propuesta. Tales criterios cualitativos tienen que ser ponderados en relación con el importe de la ayuda solicitada. Con el fin de reducir el importe de la ayuda que se vaya a conceder, en condiciones de calidad si no idénticas sí similares, el licitador que solicite el menor importe de ayuda recibirá en principio más puntos prioritarios en la evaluación general de su oferta. La autoridad adjudicadora deberá especificar siempre de antemano la valoración relativa que otorgará a cada uno de los criterios (cualitativos) elegidos.
- e) Seguir el principio de neutralidad tecnológica: como existen diferentes soluciones tecnológicas para prestar servicios de banda ancha, la licitación no deberá favorecer ni excluir a ninguna tecnología o plataforma de red particulares. Los licitadores deberán poder proponer la prestación de los servicios de banda ancha solicitados utilizando o combinando cualquier tecnología que consideren adecuada. Sobre la base de los criterios de licitación objetivos, la autoridad adjudicadora podrá seleccionar la solución tecnológica o combinación de soluciones tecnológicas que considere más adecuada.
- f) Utilización de infraestructuras existentes por parte de los proyectos presentados a la licitación: los Estados miembros fomentarán que los licitadores recurran a cualquier infraestructura existente disponible con el fin de evitar una duplicación innecesaria y onerosa de recursos y de reducir el importe de la financiación pública. Todo operador que posea o controle una infraestructura (con independencia de que sea o no sea realmente utilizada) en la zona objetivo y que desee participar en la licitación deberá cumplir las siguientes condiciones: i) informar al organismo que concede la ayuda y a la autoridad nacional reguladora sobre dicha infraestructura durante la consulta pública, y ii) aportar toda la información pertinente a otros licitadores con tiempo suficiente para que estos puedan incluir en su oferta esta infraestructura. Los Estados miembros deberán crear una base de datos nacional sobre la disponibilidad de las infraestructuras existentes que podrían ser reutilizadas para el despliegue de la banda ancha.
- g) Obligación de acceso mayorista: el acceso mayorista efectivo de terceros a una infraestructura de banda ancha subvencionada es un componente indispensable de toda medida estatal de apoyo a la banda ancha. En particular, permite a operadores terceros competir con el licitador elegido (cuando este también actúe a nivel minorista), reforzando con ello la oferta y la competencia en las zonas

afectadas por la medida y evitando, al mismo tiempo, la creación de servicios regionales monopolísticos. Este acceso mayorista debe ser concedido lo antes posible antes de comenzar a explotar la red y como mínimo durante un periodo de siete años.

- h) Precios de acceso mayorista: el precio de acceso mayorista deberá basarse en los principios de fijación de precios establecidos por las autoridades nacionales reguladoras y en patrones comparativos y deberán tener en cuenta la ayuda recibida por el operador de la red. Como parámetro de referencia se utilizarán los precios mayoristas medios publicados prevalentes en otras zonas comparables, más competitivas, del país o de la Unión o, si dichos precios no estuvieran publicados, los precios ya fijados o aprobados por las autoridades nacionales reguladoras para los mercados y servicios afectados. Si no existen precios publicados o regulados para poder comparar determinados productos de acceso mayorista a efectos de la fijación de precios, los precios deberán ajustarse a los principios de orientación en función de los costes según la metodología establecida de acuerdo con el marco normativo sectorial. Deberá enviarse una descripción detallada del proyecto de ayuda a la autoridad nacional reguladora como mínimo dos meses antes de la notificación, para que dicha autoridad tenga un plazo razonable para emitir su dictamen. Cuando la autoridad nacional reguladora disponga de dicha competencia, el organismo que concede la ayuda deberá solicitar su asesoramiento con respecto a la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista.
- i) Supervisión y cláusula de reembolso: las autoridades adjudicadoras deben supervisar la ejecución del proyecto de banda ancha durante toda su duración. Si se selecciona el operador sobre la base de un procedimiento de contratación competitiva, normalmente no hay tanta necesidad de controlar el desarrollo posterior de la rentabilidad del proyecto. En muchas circunstancias puede ser apropiado fijar el importe de la ayuda sobre una base *ex ante*, para cubrir así la diferencia de financiación prevista en un periodo determinado, antes que fijar el importe de la ayuda solo sobre la base de los costes e ingresos cuando se produzcan. En los casos en los que los gastos e ingresos futuros están rodeados de un alto grado de incertidumbre y existe una fuerte asimetría de información, el poder público puede desear también adoptar modelos de financiación que no sean totalmente *ex ante*, sino más bien una combinación de *ex ante* y *ex post* (por ejemplo, utilizando reembolsos para permitir un reparto equilibrado de beneficios no anticipados). Con objeto de que ello no suponga una carga desproporcionadamente alta para pequeños proyectos locales, habrá que justificar un umbral mínimo para la cláusula de reembolso. Por ello, los Estados miembros deberán establecer la cláusula de reembolso si el importe de la ayuda supera 10 millones de euros. Una obligación de separación contable para el adjudicatario facilitará a las autoridades adjudicatarias efectuar



un seguimiento de la aplicación del proyecto de desarrollo de la banda ancha.

- j) **Transparencia:** los Estados miembros publicarán en una página de Internet central como mínimo la siguiente información sobre las medidas de ayuda estatal: texto completo del régimen de ayuda aprobado y sus disposiciones de aplicación, nombre del beneficiario de la ayuda, importe de la ayuda, intensidad de la ayuda y tecnología usada. Esta información se publicará una vez se haya tomado la decisión de concesión, se conservará como mínimo diez años y estará a disposición del público general sin restricciones. El beneficiario de la ayuda estará obligado a facilitar a las terceras partes habilitadas un acceso completo y no discriminatorio a la información sobre la infraestructura desplegada (incluidas conducciones, distribuidores en la calle, fibra, etc.) en el marco de una medida de ayuda estatal de modo que otros operadores puedan establecer fácilmente la posibilidad de acceso a dicha infraestructura, y facilitar toda la información pertinente sobre la red de banda ancha.
- k) **Informes:** a partir de la fecha de entrada en servicio de la red, y mientras dure la medida de ayuda, la autoridad que conceda la ayuda estatal deberá presentar cada dos años a la Comisión Europea un informe sobre los proyectos de ayuda. En el caso de regímenes marco nacionales o regionales, las autoridades nacionales o regionales deberán consolidar la información relativa a las medidas individuales e informarán de ello a la Comisión Europea.

Asimismo, el Reglamento 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado establece que las ayudas a la inversión destinadas al desarrollo de redes de banda ancha serán compatibles con el mercado interior y quedarán exentas de la obligación de notificación siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que podríamos sintetizar en que:

- a) La inversión debe realizarse en zonas en las que no exista infraestructura de la misma categoría (banda ancha básica o NGA) y en las que no sea probable que dicha infraestructura se desarrolle en condiciones comerciales en un plazo de tres años a partir del momento de publicación de la medida de ayuda prevista, lo cual también se verificará mediante una consulta pública abierta, lo que ya habíamos indicado anteriormente como zonas blancas.
- b) Las ayudas deben concederse sobre la base de un procedimiento de selección competitiva abierto, transparente y no discriminatorio, que respete el principio de neutralidad tecnológica.
- c) El operador de la red deberá ofrecer acceso mayorista activo y pasivo, lo más amplio posible, en condiciones equitativas y no discriminatorias, con inclusión de la desagregación física en el caso de las redes NGA. El citado Reglamento de exención nos indica, asimismo, que los costes subvencionables dentro del proyecto se-

rán: i) los costes de inversión para el despliegue de una infraestructura de banda ancha pasiva; ii) los costes de inversión de obras de ingeniería civil relacionadas con la banda ancha; iii) los costes de inversión para el despliegue de redes de banda ancha básica, y iv) los costes de inversión para el despliegue de redes de acceso de nueva generación.

Finalmente, el Reglamento (UE) 1407/2013, de la Comisión, de 18 de diciembre, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* exime de la obligación de notificar a la Comisión Europea ayudas de cuantía inferior a 200.000 euros recibidas en un periodo de tres años consecutivos. La Comisión Europea considera que ciertas ayudas concedidas por los Estados miembros a sus empresas no se califican como ayudas de Estado, ya que sus efectos sobre la competencia son limitados. Además de la cuantía y el plazo, la ayuda *de minimis* debe ser transparente. Según el Reglamento, se consideran transparentes las ayudas brutas en efectivo, las garantías y las ayudas incorporadas a préstamos (bonificaciones de tipo de interés), siempre que cumplan determinadas condiciones.

### III. PLANES NACIONALES DE AYUDAS PÚBLICAS A LA BANDA ANCHA<sup>10</sup>

En los últimos doce años se han invertido cientos de millones de euros en la extensión de la banda ancha en el territorio nacional. El Plan Avanza 2005-2008 incluía en su Programa de Extensión de la Banda Ancha (PEBA) una dotación presupuestaria de más de 250 millones de euros con el objetivo de realizar actuaciones en alrededor de 57.000 poblaciones rurales que incluían alrededor de 8,5 millones de personas. Finalmente, se aprobaron ayudas por importe de 172,3 millones de euros (34,3 millones de euros en subvenciones y 128 millones de euros en créditos blandos para este periodo) con una inversión público-privada total de 568 millones de euros.

Posteriormente el plan Avanza2 continuó por la misma senda de extender la cobertura de la banda ancha haciendo especial hincapié en las zonas donde el despliegue de estas infraestructuras era deficitario.

Más recientemente, la Orden IET/1144/2013, de 18 de junio, estableció las bases reguladoras para la concesión de ayudas con cargo al Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (PEBA). Mediante diferentes resoluciones de convocatorias anuales<sup>11</sup> se han aprobado impor-

<sup>10</sup> Cabe señalar que actualmente se encuentra en fase de consulta pública el Borrador de Orden por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas con cargo al programa de extensión de la banda ancha de nueva generación 2019-2021.

<sup>11</sup> **2013:** Resolución de 3 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos en el marco del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación, dentro de la Agenda Digital para España. La cuantía máxima disponible para la concesión de ayudas con cargo a la pre-



tantes cuantías económicas para desplegar redes de banda ancha y cumplir con los objetivos de la Agenda Digital.

Cada proyecto susceptible de obtener ayuda bajo este programa, debía estar encuadrado en una de las tres líneas de actuación siguientes:

- a) Línea A, relativa a la extensión de la cobertura de las redes de acceso de nueva generación (NGA) de muy alta velocidad (100 Mbps o superior).
- b) Línea B, relativa a la extensión de la cobertura de puntos de acceso al núcleo de la red troncal («*backhaul*») adecuados para la conexión de redes de acceso de nueva generación de alta velocidad (30 Mbps o superior) y de muy alta velocidad.
- c) Línea C, relativa a la extensión de la cobertura de las redes de acceso de nueva generación de alta velocidad (30 Mbps o superior).

Este tipo de programas han servido para aumentar la cobertura de la banda ancha en España en los últimos años en las zonas donde más difícil era que los operadores de mercado estuvieran interesados en desarrollar planes de despliegue de infraestructuras de telecomunicaciones por su poca viabilidad comercial. Incluso han servido para que España, en estos momentos se encuentre a la cabeza de Europa en despliegue de fibra óptica. Sin embargo, se han podido producir algunas ineficiencias entre las diferentes posibilidades que existían para el desarrollo de la banda ancha a través de estos planes, en particular, para el despliegue de redes que soportasen 30 Mbps. El art. 6.2 del Real Decreto 458/2011<sup>12</sup> fijaba la obligación, a los operadores que dispusieran de al menos 10 MHz pareados en la banda de 800 MHz, de completar conjuntamente, antes del 1 de enero de 2020, las ofertas proporcionadas con otras tecnologías o en otras bandas de fre-

---

sente convocatoria es de cinco (5) millones de euros en subvenciones y de cincuenta (50) millones de euros en préstamos.

**2014:** Resolución de 15 de abril de 2014. La cuantía máxima disponible para la concesión de ayudas con cargo a la presente convocatoria es de cinco (5) millones de euros en subvenciones y de sesenta (60) millones de euros en préstamos.

**2015:** Resolución de 6 de abril de 2015. La cuantía máxima disponible para la concesión de ayudas con cargo a la presente convocatoria es de ocho (8) millones de euros en subvenciones y de cincuenta y cinco (55) millones de euros en anticipos FEDER.

**2016:** Resolución de la SESIAD, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos en el marco del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación. La cuantía máxima disponible para la concesión de ayudas con cargo a la presente convocatoria es de ocho (8) millones de euros en subvenciones y de cincuenta y cinco (55) millones de euros en anticipos FEDER.

**2017:** Resolución de la SESIAD por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos en el marco del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación. La cuantía máxima disponible para la concesión de ayudas con cargo a la presente convocatoria es de veinte (20) millones de euros para la modalidad de subvenciones + cinco (5) millones por ampliación y de ochenta (80) millones de euros para la de anticipos FEDER.

**2018:** Resolución de la SESIAD por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos en el marco del Programa de extensión de la banda ancha de nueva generación (convocatoria 1/2018). La cuantía máxima disponible para la concesión de ayudas con cargo a la presente convocatoria es de treinta (30) millones de euros en la modalidad de subvenciones y de ciento veinte (120) millones de euros en la de anticipos FEDER. Ambas modalidades son ayudas a fondo perdido.

<sup>12</sup> Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital.

cuencias, con el fin de alcanzar una cobertura que permitiera el acceso a una velocidad de 30 megabits por segundo (Mbps) o superior, al menos, al 90 por 100 de los ciudadanos de unidades poblacionales de menos de 5.000 habitantes. Dicha obligación de cobertura se encontraba en línea con el objetivo marcado en la Agenda Digital de disponer de cobertura de más de 30 Mbps para el 100 por 100 de la ciudadanía en 2020. A día de hoy aún no se dispone de la norma que desarrolle dicha obligación. Esto podría ser incongruente con algunas de las licitaciones que se desarrollaron en los PEBA de años anteriores<sup>13</sup>. Por ello, podríamos inferir que si se hubiera realizado con anterioridad la planificación del objeto del proyecto de orden establecido en el Real Decreto 458/2011 podría no haber sido necesaria la inversión de recursos públicos en tales proyectos.

#### IV. FUNCIONES Y ACTUACIONES DE LA CNMC. RECOMENDACIONES

Una de las potestades más destacadas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es su función de preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. En los últimos cinco años la CNMC ha realizado más de 25 informes sobre proyectos de ayudas públicas al despliegue de redes de nueva generación, tanto de planes nacionales, como autonómicos y locales. Sin ir más lejos durante el año 2017 se han realizado más de 10 informes de este tipo por parte de la citada Comisión por lo que es plausible el aumento de estas actuaciones y, por tanto, la importancia que tienen para las diferentes Administraciones Públicas. El presupuesto de los proyectos informados por parte de la CNMC en el año 2017 varía considerablemente de unos a otros, ascendiendo la suma total de todos ellos a alrededor de 90 millones de euros<sup>14</sup>.

Estos proyectos suelen tener por objeto la regulación de las bases y/o convocatorias para la concesión de ayudas al despliegue de redes NGA de alta —a partir de 30 Mbit/s— y/o muy alta velocidad —100 Mbps o superior y 300 Mbps o superior— en polígonos empresariales o zonas normalmente poco pobladas consideradas como zonas blancas NGA. Por parte de la CNMC se realizaron, principalmente, las siguientes recomendaciones, destacadas, asimismo, en su Informe Anual de Ayudas públicas de 2018:

- i) Obligación de ofrecer acceso mayorista en condiciones equitativas y no discriminatorias.
- ii) Inclusión de obligaciones de replicabilidad económica y técnica de los servicios minoristas que preste el adjudicatario sobre las

<sup>13</sup> Desde el año 2013 entidades del sector ganaron licitaciones con tecnología LTE a estos programas con un importe cercano a los cuatro millones de euros.

<sup>14</sup> Parece que esta tendencia creciente de inversión por parte de las Administraciones Públicas en este tipo de proyectos continúa en el año 2018 resultando lógica al aproximarse el año 2020 y, por tanto, los objetivos señalados para ese año por la Agenda Digital.



- redes subvencionadas en el supuesto de que el adjudicatario actúe a nivel mayorista y minorista sobre la red que se despliegue en el ámbito del proyecto.
- iii) En materia de precios mayoristas, se emitieron recomendaciones específicas sobre los criterios para la fijación de dichos precios.
  - iv) Se insta a las Administraciones a publicar adecuadamente en los *Boletines Oficiales* correspondientes, en la página *web* de los operadores beneficiarios de las ayudas y en el espacio *web* de la Administración concedente de la ayuda, a fin de proporcionar una información lo más amplia y transparente posible sobre la localización y extensión de los despliegues NGA y sobre los servicios y precios ofrecidos sobre tales redes.
  - v) Establecimiento de un plazo suficiente para la presentación de solicitudes que permita a los licitadores una mejor preparación de sus ofertas para asegurar una mayor concurrencia en el procedimiento competitivo.
  - vi) Eliminación de umbrales en cada criterio de adjudicación a falta de una justificación adecuada ya que ello puede dar lugar a situaciones en las que se eliminan ofertas que no los alcanzan, aunque estas en su conjunto puedan tener una puntuación superior a otras.
  - vii) Reevaluación de la intensidad máxima de la ayuda con el objetivo de minimizar el importe manteniendo el efecto incentivador y así evitar la sobrecompensación.
  - viii) Justificación de los gastos subvencionables, ya que solo deberían ser subvencionables los gastos directamente relacionados con los costes de inversión asociados al despliegue de la infraestructura para el desarrollado de la banda ancha.
  - ix) Inclusión de criterios alternativos para acreditar la solvencia económica para entidades de nueva creación o con menos de tres años desde su constitución. Asimismo, se recomienda la introducción de criterios menos restrictivos tanto para la solvencia económica como para la solvencia técnica.
  - x) Establecimiento de pautas objetivables, cuantificables y evaluables mediante fórmulas que permitan evaluar los criterios de valoración con la finalidad de mejorar la seguridad jurídica y reducir el ámbito de discrecionalidad del órgano concedente de la ayuda.
  - xi) Publicación con tiempo suficiente del listado de las infraestructuras públicas existentes de titularidad autonómica y de terceros operadores susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas para que puedan ser incluidas por los solicitantes de las ayudas en sus proyectos.
  - xii) Inclusión de algún mecanismo de evaluación *ex post* del esquema de ayudas con el objeto de mejorar lo establecido para futuras convocatorias.

Sobre este tipo de proyectos, cabe señalar que cuando una administración local o autonómica española quiere efectuar un proyecto de este tipo

debe coordinarse con el Estado de conformidad al Real Decreto 462/2015<sup>15</sup>. Este Real Decreto obliga a la administración interesada a obtener previamente un informe vinculante de la actual Secretaría de Estado para el Avance Digital en el que: i) se pronuncia sobre la compatibilidad de la medida de ayuda promovida en relación con el régimen jurídico de las telecomunicaciones y con los planes de banda ancha del Ministerio, donde, entre otros aspectos, se valorará la compatibilidad con el mapa de cobertura de banda ancha y la complementariedad con las medidas de ayuda de dicho Ministerio y, asimismo, ii) podrá incluir, una evaluación sobre la adecuación de la medida de ayuda a las condiciones establecidas en las Directrices de la Unión Europea y recomendaciones para su cumplimiento, recogiendo el tenor literal de los requisitos relativos a la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista que hayan sido comunicados por la CNMC en el informe que emita a solicitud de la Secretaría de Estado para el Avance Digital.

Finalmente, cabe destacar los primeros pasos que está dando la tecnología 5G y la primera licitación realizada por el Gobierno en julio de este año para proporcionar el espectro radioeléctrico necesario para desplegar redes de este tipo. Habrá que estar atentos a los próximos hitos, en particular, a cómo se desarrollará el traslado de los operadores audiovisuales de la banda de 700 MHz (segundo dividendo digital) previsiblemente en el año 2020 con el objetivo de que los operadores de comunicaciones electrónicas utilicen esa frecuencia para prestar sus servicios. La tecnología 5G por sus características puede llegar a ser, en algunos casos, competidora de servicios de banda ancha prestados actualmente bajo otras tecnologías (como por ejemplo la fibra).

## V. CONCLUSIONES

Las infraestructuras de telecomunicaciones de banda ancha de alta y muy alta velocidad son la base de la próxima transformación digital de la sociedad. Por ello, el Gobierno ha desarrollado diversos planes para que España no quede rezagada respecto del despliegue de infraestructuras que puedan soportar los cambios que previsiblemente demanden nuestra industria y una sociedad más digitalizada.

En relación con los países de nuestro entorno los datos de España son buenos en conectividad, gracias a la amplia disponibilidad de redes de banda ancha fija y móvil rápidas y ultrarrápidas y al despliegue realizados en los últimos años. El objetivo es alcanzar una conexión de 30 Mbps en 2020 en la totalidad de los hogares, pero mirando hacia velocidades superiores en el futuro cercano. Así, una conexión de 100 Mbps o superior para el

---

<sup>15</sup> Real Decreto 462/2015, de 5 de junio, por el que se regulan instrumentos y procedimientos de coordinación entre diferentes Administraciones Públicas en materia de ayudas públicas dirigidas a favorecer el impulso de la sociedad de la información mediante el fomento de la oferta y disponibilidad de redes de banda ancha.



usuario final debería de estar en el punto de mira de las Administraciones Públicas para que la totalidad de la población o la mayor parte de ella pueda aprovecharse de los diferentes servicios que permiten esas velocidades. Posiblemente uno de los grandes objetivos para el año 2025 es lograr una conectividad de muy alta velocidad en escuelas, hospitales y zonas urbanas, así como en las principales vías de transporte terrestre una cobertura 5G ininterrumpida.

Sin embargo, debemos ser cautelosos a la hora de permitir la intervención pública en el despliegue de este tipo de infraestructuras para no desincentivar la inversión privada. Por ello, dado el volumen de ayudas públicas que se prevé que sean otorgadas por las autoridades públicas (nacionales, autonómicas y locales) hasta el 2020 con el objetivo de cumplir las agendas digitales tanto nacionales como europeas es necesario ahondar en la coordinación entre las diferentes administraciones y el cumplimiento de la normativa sobre ayudas de Estado. De este modo, se maximizarán las subvenciones otorgadas y, asimismo, el usuario final que carece de la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas acorde a las necesidades sociales y económicas presentes y futuras podrá obtenerlo.

## SEGUNDA PARTE

# DIRECCIONES DE INTERNET





## 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

EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA  
EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.  
Organización. Estatuto y responsabilidad  
**Paula Del Val Talens**

ARTE Y DERECHO MERCANTIL.  
Imagen y concepto de los títulos-valores  
en la España ilustrada  
**Carlos Petit**

LOS CONFLICTOS PERMANENTES DE INTERÉS  
ENTRE EL ADMINISTRADOR Y LA SOCIEDAD  
**Kattalin Otegui Jáuregui**

DERECHO DE LA COMPETENCIA. DESAFÍOS  
Y CUESTIONES DE ACTUALIDAD  
**Luis M.ª Miranda Serrano**  
**Julio Costas Comesaña (dirs.)**

EL RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL DERECHO  
ESPAÑOL Y EUROPEO  
**Luis Arroyo Jiménez**  
**Adán Nieto Martín (dirs.)**

LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO:  
CUESTIONES ACTUALES  
**Esther Arroyo i Amayuelas**  
**Ángel Serrano de Nicolás (dirs.)**

INVERSIÓN COLECTIVA, MERCADO HIPOTECARIO Y  
TITULIZACIÓN  
Tratado de Derecho Mercantil. Tomo XIII  
**Agustín Madrid Parra**

LAS *LOYALTY SHARES*: CORTOPLACISMO CONTRA  
ACTIVISMO ACCIONARIAL  
**Isabel Fernández Torres**

LA PARALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIALES EN  
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL  
Estudio de sus remedios societarios y una propuesta  
de reforma  
**Luis Fernández del Pozo**

REFORMAS EN DERECHO DE SOCIEDADES  
**José Luis Pérez-Serrabona González (dir.)**  
**F. Javier Valenzuela Garach**  
**F. Javier Pérez-Serrabona González (coords.)**

LA REGULACIÓN CIVIL Y MILITAR DE LAS AERONA-  
VES CIVILES PILOTADAS POR CONTROL REMOTO  
Comentario al RD 1036/2017, de 15 de diciembre  
**M.ª Jesús Guerrero Lebrón (dir.)**



*fundación*



ISBN: 978-84-9123-589-7



9 788491 235897