

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2018



fundación



ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2018

FUNDACIÓN ICO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2018

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 2018

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*

Marisa ÁLVAREZ SUÁREZ

*Subdirectora General de Unidad de Mercado,
Mejora de la regulación y Competencia
Ministerio de Economía y Empresa
marialuisa.alvarez@mineco.es*

Joaquín ARTES

*Profesor Titular de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid
jartes@ucm.es*

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

*Doctora en Derecho
Subdirectora de Vigilancia
CNMC
carmenmaria.cerda@cnmc.es*

Juan M. CONTRERAS DELGADO DE COS

*Administrador Civil del Estado
Subdirector de ayudas públicas e informes de
proyectos normativos
CNMC
juanmanuel.contreras@cnmc.es*

Beatriz DE PAZ GÚTIEZ

*Jefa de Departamento en la Asesoría Jurídica
CNMC
beatriz.depaz@cnmc.es*

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ

*Abogado
Magistrado excedente
juanmanuel.fernandez@telefonica.net*

Javier GARCÍA-VERDUGO

*Asesor Económico del Presidente
CNMC
Profesor Titular de Economía Aplicada
javier.garciaverdugo@cnmc.es*

Joaquín LÓPEZ VALLÉS

*Técnico Comercial y Economista del Estado
Director del Departamento de Promoción de
la Competencia
CNMC
joaquin.lopez@cnmc.es*

Ane Miren MARTÍN

*Asesoría Económica
CNMC
anemiren.martin@cnmc.es*

Francisco MARCOS

*Profesor de IE Law School (Madrid)
francisco.marcos@ie.edu*

Marta MARTÍNEZ GUERRA

*Vocal Asesora de la Subdirección General de
Entidades de Crédito, Servicios Bancarios y
de Pago
Ministerio de Economía y Empresa
mmartinezg@tesoro.mineco.es*

Carlos MERINO TRONCOSO

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

Gerard PÉREZ OLMO

*Socio de GOLD Abogados
gpolmo@goldabogados.com*

Amadeo PETITBÓ

*Catedrático de Economía Aplicada
apetitbo@frdelpino.es*

Eduardo PRIETO KESSLER
Ex Director de Competencia (2013-2018)
CNMC
eduardo.prieto@cnmc.es

María Ángeles PARAJA
Jefa Asesoría Jurídica
CNMC
ma.rparaja@cnmc.es

Xavier PUIG I SOLER
Técnico de la Dirección General de la
Autoritat Catalana de la Competencia
xpuigs@gencat.cat

Marc REALP I CAMPALANS
Director General de la Autoritat Catalana de
Competencia
marc.realp@gencat.cat

Manuel RECIO MENÉNDEZ
Universidad de Almería
mrecio@ual.es

María Victoria ROMÁN GONZÁLEZ
Universidad de Almería
mvroman@ual.es

Laura ROMERO VALERO
Técnico en la Subdirección de Estudios e
Informes
Departamento de Promoción de la
Competencia
CNMC
laura.romero@cnmc.es

Eduardo SORIANO IZQUIERDO
Subdirector Adjunto en la Subdirección de
Servicios
Dirección de Competencia
CNMC
eduardo.soriano@cnmc.es

Cristina VALLEJO GIL
Jefa de Servicio en la Subdirección de
Estudios e Informes
Departamento de Promoción de la
Competencia
CNMC
cristina.vallejo@cnmc.es

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación Fundación ICO	9
La lucha anticartel en España (2009-2018) <i>The anti-cartel action in Spain (2009-2018)</i> Eduardo PRIETO KESSLER.....	11
La Directiva (UE) 2019/1 "ECN+": necesidad y oportunidad de reforma de la legislación española en materia de competencia <i>The Directive (EU) 2019/1 "ECN+": need and opportunity to amend the Spanish antitrust regulations</i> Gerard PÉREZ OLMO	41
Defensa de la competencia e informes económicos <i>Competition law and economic reports</i> Joaquín ARTES y Amadeo PETITBÓ	61
Los principios de la Ley de unidad de mercado como fuente de competencia y regulación eficiente de las actividades económicas <i>The Market Unit Law principles as a source of competition and efficient regulation of economic activities</i> Marisa ÁLVAREZ and Marta MARTÍNEZ GUERRA	79
Diez años desde la transposición de la directiva de servicios (2009-2019): la contribución de la CNMC a la mejora de la regulación en España <i>Ten years since the services directive transposition (2009-2019): the CNMC contribution to the improvement of the Spanish regulation</i> Juan M. CONTRERAS DELGADO DE COS y Joaquín LÓPEZ VALLÉS	103
Análisis de los costes percibidos por las empresas sobre la regulación en Europa <i>Analysis of the companies perceived costs regarding the European regulation</i> María Victoria ROMÁN GONZÁLEZ y Manuel RECIO MENÉNDEZ	123
Propuestas de cambio regulatorio ante el conflicto taxi/VTC a partir de la óptica de competencia <i>Proposals for regulatory changes regarding the taxi/VTC conflict from an antitrust perspective</i> Xavier PUIG I SOLER y Marc REALP CAMPALANS	143

<p>Reacción de las autoridades de competencia españolas frente a restricciones injustificadas de la libre competencia <i>Reaction of the Spanish antitrust authorities to unjustified restrictions to free competition</i> Francisco MARCOS</p>	161
<p>Probabilidad de detección de cárteles en España: una estimación <i>Cartel detection probability in Spain: an estimate</i> Javier GARCÍA-VERDUGO, Carlos MERINO TRONCOSO y Ane Miren MARTÍN</p>	183
<p>5 años en revisión: la infracción única y continuada en el derecho española de la competencia <i>5 years under review: the single and continuous infringement in Spanish competition law</i> Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE.....</p>	201
<p>Préstamos sindicados y derivados financieros de cobertura de riesgo de tipo de interés <i>Syndicated loans and financial derivatives hedging interest rate risks</i> Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ</p>	225
<p>Los directivos como beneficiarios del programa de clemencia: retos y oportunidades <i>Managers as beneficiaries of the leniency programme: challenges and opportunities</i> María ÁLVAREZ SAN JOSÉ</p>	253
<p>La imagen de marca de las empresas verticalmente integradas en los sectores energéticos: efectos en la competencia y en el consumidor <i>The brand image of vertically integrated companies in energy sectors: effects on competition and on the consumer</i> María Ángeles RODRIGUEZ PARAJA y Beatriz DE PAZ GÚTIEZ</p>	273
<p>Las restricciones verticales, especial referencia a la distribución selectiva: un enfoque económico, jurídico y práctico <i>Vertical restrictions, special reference to selective distribution: an economic, legal and practical approach</i> Eduardo SORIANO IZQUIERDO</p>	293
<p>La Regulación de las Viviendas de Uso Turístico: principales restricciones y actuaciones de la CNMC <i>The Regulation of Touristic Dwellings: main restrictions and actions of the CNMC</i> Laura ROMERO VALERO y Cristina VALLEJO GIL</p>	313

PRESENTACIÓN

El Anuario de la Competencia se inició en el año 1996 y ha venido publicándose de manera ininterrumpida desde entonces. Cumple esencialmente dos objetivos: promover el debate y la reflexión sobre la Competencia tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir como fuente de información periódica y actualizada para todas aquellas personas que, por distintos motivos, se acercan a la libre competencia.

Para la consecución de estos objetivos, el Anuario recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes, que han sido relevantes cada año, comentarios de casos concretos dictados y crónicas acerca de su evolución en distintos países, en especial en el ámbito europeo. Asimismo, presenta datos relativos a la actividad de los distintos órganos administrativos y judiciales y da cuenta de las novedades normativas aparecidas.

En el año 2019, la Fundación ICO, en su deseo de fomentar una mayor cultura de la Competencia, decidió crear un repositorio y una web donde estuvieran digitalizados, todos los artículos publicados hasta ese momento en acceso libre y gratuito. En paralelo, se desarrolló un thesaurus especializado, en castellano e inglés, y una herramienta que permite realizar búsquedas cruzadas. La web incluye además una sección de enlaces de interés a plataformas y páginas relacionadas con organismos de numerosos países, en los cinco continentes.

El Anuario correspondiente a 2018, fue el primero que no se editó ya impreso, suponiendo un avance importante en la transformación digital de esta obra que se publica desde hace más de veinte años. Esperamos que en este nuevo formato siga siendo un punto de referencia fundamental para los profesionales de esta disciplina.

Agradecemos a todas aquellas personas que de una manera u otra han colaborado todos estos años en las sucesivas ediciones, a los autores y en especial a su director, Lluís Cases, su dedicación y el haber contribuido a crear una obra de referencia.

Fundación ICO

LA LUCHA ANTICÁRTEL EN ESPAÑA (2009-2018)

The anti-cartel action in Spain (2009-2018)

Eduardo PRIETO KESSLER

Ex Director de Competencia (2013-2018)

Resumen

La introducción en España del programa de clemencia y la progresiva mejora de las inspecciones domiciliarias han permitido el desmantelamiento y sanción de 69 cárteles durante los últimos 10 años (2009-2018). Ello constituye un éxito sin precedentes en la lucha contra los cárteles en nuestro país que ha ido acompañado de un aumento significativo de las sanciones a las empresas cartelizadas. Este proceso no ha estado exento de críticas y reveses ante los tribunales, que, no obstante, han confirmado en buena medida las decisiones administrativas, reforzando con ello el carácter disuasorio del sistema. Una política de nombramientos basada en el mérito de los candidatos y una mejora en la dotación de recursos tanto en la fase administrativa como en la jurisdiccional, contribuirán al refuerzo de las instituciones y determinarán los resultados de los próximos años.

Abstract

The entry into force of the leniency program and the progressive improvement in dawn raids and investigative techniques has given rise to an unprecedented success of the fight against cartels in Spain. During the last ten years (2009-2018) 69 cartels have been detected and sanctioned with circa € 2 billion fines along the period. Criticisms and a few unfavourable court judgements, have not tarnished the Competition Commission anti cartel work along these years, remarkably strengthening the deterrence effect. The appointment of Commissioners, more routed on the merits of the candidates, and the increase of human and financial resources, both at the administrative and revision levels, will reinforce the institution and will be key in the expected outcome of the Spanish competition policy in the coming years.

Palabras clave: Cártel | Clemencia | Inspecciones domiciliarias | Multas | Revisión judicial | Caducidad del procedimiento |

Keywords: Cartel | Leniency | Inspections | Dawn raids / domicile inspections | Judicial review | Expiry of the proceeding |

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Nacional de la Competencia y los Mercados (CNMC) se constituyó en octubre de 2013 sustituyendo a las anteriores comisiones reguladoras y a la de la competencia. Desde la perspectiva de la competencia el reto al que se enfrentó la nueva Comisión fue doble; de un lado, continuar el trabajo heredado de la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC) y de otro el mantenimiento de la elevada actividad en la lucha contra los cárteles que había caracterizado el periodo anterior (2008-2013) y que resultaba inédito hasta entonces en el sistema español.

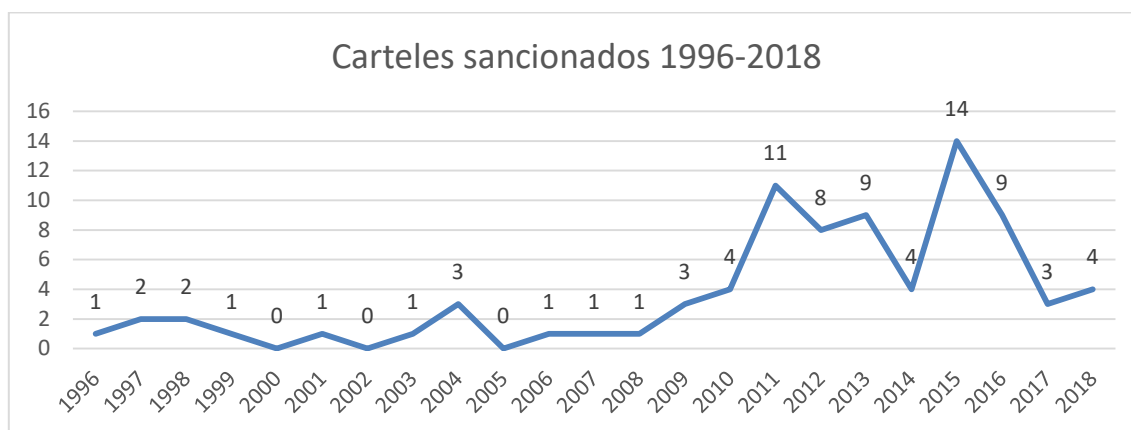
La resolución de un buen número de asuntos de cártel en el primer semestre 2013¹, junto con el inicio de nuevas investigaciones² en sectores como la distribución de automóviles, gasolinas o saneamientos urbanos daría lugar durante los meses —y años— posteriores a la instrucción e investigación de casos que se resolvieron en su gran mayoría en 2015.

Pero más importante que la instrucción y resolución de los casos heredados fue el mantener vivo y hacer perdurar el éxito de la lucha contra los cárteles que se había inaugurado con la aprobación de la ley de 2007 y la posterior puesta en marcha del programa de clemencia en España, verdadero detonante del éxito de una empresa nada fácil.

Nada fácil, pues a pesar de que nuestro país contaba con un sistema de protección de la competencia desde principios de los años 60, que recibió impulso y efectividad con la entrada en la CEE y la aprobación de la ley de 1989, durante sus casi 50 años de existencia no había logrado detectar y sancionar apenas alguno de los muchos cárteles que existían y llevaban existiendo desde hacía décadas.

Así entre 1990 y 2008 (la época anterior poco cuenta pues no se impuso la primera multa hasta 1987) se descubrieron y sancionaron en torno a 15 cárteles, menos de un cártel anual.

A partir de esa fecha la cosa cambió radicalmente, tal y como se observa en el gráfico.



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

¹ S/0343/11 Manipulado de papel, febrero 2013; /S/0342/11 Espuma de Poliuretano, febrero 2013; S/0316/10 Sobres de papel, marzo 2013; S/0303/10 Distribuidores Saneamiento, mayo 2013; S/0380/11 Coches de Alquiler, julio 2013

² 06/03/2013 Residuos industriales; 13/03/2013 Transporte frigorífico; 10/04/2013 Cartón ondulado; 24/04/2013 Rodamientos Ferroviarios; 08/05/2013 Puerto de Alicante; 08/05/2013 Puerto de Santander; 27/05/2013 Combustibles automoción; 04/06/2013 Concesionarios vehículos motor; 11/06/2013 Postes de hormigón; 02/07/2013 Saneamientos Urbanos; 09/07/2013 Construcciones modulares; 22/07/2013 Precios combustibles automoción; 18/09/2013 Construcciones modulares

Solo en 2010 se sancionaron 4 carteles en los mercados de residuos sanitarios, champús o transitarios³. Al año siguiente fueron 11, y luego 8 y así continuamente hasta totalizar 69 cárteles descubiertos y sancionados en los 10 años que van desde 2009 hasta 2018, una media de 7 cárteles por año.

El desmantelamiento de 69 cárteles en España en los últimos 10 años evidencia el elevado grado de cartelización al que estaba sometida nuestra economía y los consiguientes perjuicios que de ello se derivan para consumidores, clientes y la correcta asignación de los recursos. Es indicativo asimismo del éxito sin precedentes logrado en esta área fundamental del derecho antitrust como es la lucha contra los cárteles. Y ello porque ha demostrado la capacidad de los poderes públicos para diseñar un sistema que combata los cárteles de manera eficaz y prevenga la formación de otros nuevos, al castigarlos severamente y mostrar las graves consecuencias del incumplimiento.

A lo largo del presente artículo se van a exponer, en primer lugar, algunas de las razones del éxito de la lucha contra los cárteles⁴ en nuestro país en la última década. En segundo lugar, se ofrecen cifras sobre los cárteles descubiertos en los últimos 10 años, comparando dos periodos correspondientes a la CNC (2009-2013) y CMNC (2014-2018) y diferenciando entre los descubiertos gracias al programa de clemencia del resto, los sectores afectados o las sanciones impuestas. En el tercer apartado se analizan algunas de las críticas que se han hecho al sistema, a través del comentario de las sentencias revisoras del trabajo de las autoridades administrativas en materia de cárteles, inspecciones, multas etc. Se finaliza con una reflexión sobre los pasos a dar para seguir contando en el futuro con un sistema eficaz de lucha contra los cárteles.

II. LAS RAZONES DEL ÉXITO

De entre todas las razones que explican el inusitado éxito de la lucha contra los cárteles en España en la última década hay dos que, en mi opinión, destacan sobre otras.

De un lado la aprobación del programa de clemencia en 2007 y de otra la experiencia adquirida en la realización de inspecciones y el éxito en la obtención de pruebas acreditativas de la existencia de los acuerdos prohibidos.

A. El programa de clemencia

La aprobación del programa de clemencia en la reforma de la ley de competencia del año 2007 fue el detonante del importante cambio en la eficacia del derecho de la competencia en la lucha contra los cárteles.

Dada la dificultad de encontrar pruebas válidas y defendibles ante los tribunales de los acuerdos secretos que conforman la realidad de un cártel, dificultad que afectaba a todos los países avanzados, en la década de los 90 se aprobaron los primeros programas de clemencia que, básicamente, permitían obtener información sobre la comisión de los delitos a cambio de la reducción de las penas (multas).

³ S/0085/08 Dentífricos/ S/0084/08 Fabricantes de Gel/ S/0091/08 Vinos Finos de Jerez/ S/0120/08 Transitarios/ S/0065/08 ECOVIDRIO

⁴ Se entiende por cártel el acuerdo entre dos o más empresas para reducir la competencia entre ellas y aumentar sus beneficios. O, de acuerdo con la Ley de competencia; *todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.*

Los primeros programas se fueron perfeccionando y a mediados de los años 2000 la mayoría de las legislaciones avanzadas contaban con un programa de estas características, logrando a partir de esa fecha un éxito rotundo y sin precedentes en la detección y sanción de cárteles en Europa, EEUU y otros países OCDE.⁵

En España, de los 70 cárteles descubiertos y sancionados entre 2010 y 2018, la mitad lo fueron gracias a la información obtenida de las propias empresas integrantes del acuerdo, que decidieron colaborar con la administración a cambio de los beneficios de dicha colaboración. Dichos beneficios consisten en la exención o reducción —según el caso— de la multa impuesta a consecuencia de la investigación iniciada gracias a la información aportada.

El éxito del programa es el resultado de un proceso complejo y bien ejecutado que bien podía no haber funcionado, como ocurrió de hecho en otras jurisdicciones.

Y ello porque para que un programa de estas características funcione han de darse varios requisitos que no siempre se dan.

Un programa de clemencia requiere algo muy básico y muy difícil de conseguir; la confianza de las empresas en la administración y en el sistema en su conjunto. Obliga a la empresa a traicionar a sus competidores —a los que conoce y con los que lleva relacionándose día a día durante muchos años— a cambio de depositar el éxito de su estrategia en su confianza en la administración.

Y ello porque para que la clemencia funcione es necesario en primer lugar que las empresas que deciden arriesgarse a pedirla salgan bien paradas, esto es, obtengan los beneficios esperados de la estrategia elegida. Esto implica asumir responsabilidades, algunas de las cuales están bajo el control de la Autoridad, pero otras no, lo cual dificulta la tarea.

La Autoridad, además de garantizar la absoluta confidencialidad del asunto frente al resto de competidores durante la tramitación, debe asegurar, con un elevado grado de certidumbre, que siempre que el solicitante cumpla con su parte la Autoridad cumplirá con la suya. Una vez que se dicta la resolución el asunto pasa a manos de los jueces y se pierde el control. Lo único que cabe esperar es que los nuevos responsables sean conscientes de lo que está en juego y eviten errores que pongan en peligro el sistema. A este respecto la revelación de documentos confidenciales por error o desconocimiento ha podido plantear problemas en algún caso.

Este proceso puede durar hasta 8 años, con múltiples instancias decidiendo al respecto (Dirección de Competencia, Consejo de la Autoridad, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo), lo que pone de manifiesto su extrema fragilidad y cualquier tropiezo voluntario o involuntario puede poner en peligro todo el entramado y con ello dar al traste con el sistema.

Dado el escaso grado de confianza de nuestras empresas en la administración y la poca cultura de cumplimiento existente en nuestro país por aquel entonces (2008) las primeras solicitudes de clemencia las realizaron casi en exclusiva multinacionales extranjeras, con programas de cumplimiento más severos y menos tolerantes con este tipo de conductas (a pesar de lo cual las practicaban).

⁵ La Comisión europea pasó de sancionar una media de 10 cárteles cada 5 años en la década de los 80 y 90s a sancionar de media 30 cárteles al lustro en la primera y segunda década de 2000 (87 decisiones contra cárteles entre 2001 y 2015) *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years*. Wouter P.J. Wils. World Competition, Volume 39, Issue 3, September 2016

El cuidadoso tratamiento dado a estas primeras solicitudes, la profesionalidad de los funcionarios encargados de su tramitación y una conciencia clara de la importancia de no traicionar la confianza depositada como elemento clave para el éxito continuado del programa, permitió adoptar las primeras decisiones e imponer las primeras multas, fijando las bases para futuras solicitudes.

Se creó así un círculo virtuoso en el que la desestabilización provocada por la clemencia, la detección y posterior sanción, junto con el trabajo de oficio, llevó a nuevas delaciones, detecciones y sanciones, con el resultado de más de 36 cárteles sancionados entre 2009 y 2013.

En los comienzos, una vez se dictan las primeras resoluciones imponiendo multas severas, y se da a conocer en los medios de comunicación su existencia, las empresas participantes en ilícitos similares, que nunca antes se han visto desafiadas ni perseguidas, se empiezan a preocupar. Esto desestabiliza los acuerdos existentes, y produce una serie de efectos que facilitan su detección y previene la formación de otros nuevos. Algunas empresas cartelizadas ponen en conocimiento de las autoridades la existencia de los mismos. Otras deciden la disolución del acuerdo, al encarecerse relativamente el coste de su mantenimiento (lo que has de pagar si se descubre frente a lo que sacas si no). Y otras refuerzan los sistemas de vigilancia para evitar ser descubiertos.

En este contexto, el principal reto a partir de 2013 fue continuar la labor iniciada por nuestros predecesores y ser capaces de mantener el ritmo de detección alcanzado en los años anteriores, teniendo en cuenta que la detección puede presentar rendimientos decrecientes, pues a medida que se van descubriendo acuerdos secretos su número disminuye y cada vez se hace más difícil su detección.

Pues bien, en el periodo 2014-2018 se observa es una ralentización de los cárteles detectados gracias al programa de clemencia y un aumento de la detección de oficio, esto es, la lograda por medios diferentes a la delación y relacionada con la búsqueda activa por parte de la autoridad.

Así mientras que en 2009-2013, de los 36 cárteles sancionados el 50% lo fue gracias a clemencia, en el periodo 20014-2018 el 34% (11) lo fueron por clemencia y 66% (21) por la detección de oficio.

La ralentización de las aplicaciones de clemencia obligó a aumentar la proactividad en la búsqueda de posibles acuerdos secretos, para lo cual se potenciaron áreas como la licitación pública, donde se trabajó para concienciar a las administraciones de la importancia de evitar los acuerdos entre competidores y la necesidad de poner en conocimiento de la autoridad de competencia estos comportamientos. Gracias a ello se descubrieron varios casos de cártel en el ámbito de la licitación pública.

En cualquier caso, la clemencia siguió siendo fundamental en la lucha contra los cárteles, al permitir no solo destapar su existencia sino aportar evidencia directa, difícil de conseguir cuando se carece de ayuda interna al propio cártel.

B. La eficacia de las inspecciones

Las inspecciones son un instrumento fundamental para descubrir acuerdos secretos que de otra manea nunca podrán ser sacados a la luz.

El objetivo de la inspección es obtener todas las pruebas relevantes que no se pueden obtener por otros medios, con el más alto grado de seguridad jurídica y usando

los poderes de inspección disponibles, en el menor tiempo posible, con las menores molestias y facilitando el análisis posterior de la documentación recabada.

El conocimiento directo e indirecto de la existencia de supuestos acuerdos ilícitos entre competidores (detección) llevó a la multiplicación de las inspecciones en las empresas supuestamente incursoas en dichas prácticas (ver tabla 1). Durante este periodo se han realizado una media anual de 10 inspecciones y 30 empresas investigadas.

Cuadro nº 1	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Nº Inspecciones	11	13	16	8	10	6	8
Empresas inspeccionadas	36	44	56	35	32	20	30
Inspectores	150	241	341	189	171	100	179

La multiplicación de las inspecciones ha permitido acumular experiencia en su realización, experiencia que ha contribuido decididamente a su continua mejora y al éxito de las mismas medido en términos de información relevante encontrada susceptible de poder ser usada como prueba durante el procedimiento.

Los problemas que plantean las inspecciones son de diversa índole, desde la necesidad de ser autorizadas por los jueces y de ser practicadas de manera que respeten los derechos de defensa de las investigadas, hasta el cómo, cuándo y dónde llevarlas al cabo para poder asegurar su éxito.

El primer paso es la realización de investigaciones preliminares con el fin de conocer la empresa que se va a inspeccionar; la sede, la elección de los locales a inspeccionar (empresa con diversas sedes), la elección de los sujetos a investigar y la determinación de su lugar de trabajo cuando podían estar localizados en diferentes domicilios, además de enfrentar imprevistos como la ausencia de la persona/s investigada el día de la inspección, el que la sede social no coincida con la sede operativa, etc.

Posteriormente hay que solicitar las correspondientes autorizaciones judiciales a cada uno de los jueces de cada una de los domicilios de las empresas a investigar, lo que, ante el desconocimiento de muchos de ellos —los no habituados a este tipo de peticiones— puede poner en peligro la investigación, al eliminar el factor sorpresa si se da traslado a la empresa con carácter previo pues, una vez conocida la existencia de la inspección, las empresas procederán inmediatamente a destruir cualquier información comprometedor.

El desarrollo y continua mejora de herramientas informáticas de búsqueda y filtrado de información masiva es asimismo primordial. Dichas herramientas deben ser capaces de encontrar las pruebas del cártel entre los miles de documentos contenidos en archivos, ordenadores, *tablets*, portátiles, teléfonos, y otros equipos de almacenamiento de información (*pen drives*, memorias, nube, etc.) empleados por las empresas en el breve periodo de tiempo que dura normalmente la inspección —2-3 días- (Por ejemplo, un correo electrónico entre competidores anunciando una subida de precios o quejándose del incumplimiento por parte de un tercero de lo acordado— *está tocando mis clientes*).

El desarrollo de programas informáticos internos de búsqueda y filtrado de información específicamente diseñados para las investigaciones de defensa de la competencia ha sido clave para el éxito de las inspecciones. Junto con éste, la formación del personal inspector que ha de manejar estas herramientas sin ser especialista o la coordinación entre expertos en IT y los inspectores-responsables de los casos (normalmente economistas y abogados) ha permitido que en un reducido tiempo se filtren decenas de miles de documentos (archivos, correos, *whatsApps*, aplicaciones, ...) que permiten encontrar las pruebas buscadas.

Estos documentos deben ser interpretados y organizados para apoyar un relato creíble, esto es, las pruebas obtenidas, bien directas o indirectas, deben apoyar una acusación de infracción de la ley de competencia y servir para depurar responsabilidades individualizadas y, en su caso, la duración de las mismas.

El objetivo es por tanto demostrar la infracción (el acuerdo) y la secuencia temporal de la participación en el cartel de cada compañía y, si corresponde, de cada gerente, para posteriormente evaluar dicha participación, completando la información obtenida con otra información adicional recabada mediante solicitudes de información u otros medios (información pública, base de datos, ...).

Pues bien, el elevado grado de eficacia alcanzado con las inspecciones (en torno al 80% de las inspecciones realizadas permiten encontrar prueba de la existencia del ilícito ya sea ésta directa o indirecta) ha permitido a las Autoridades españolas probar en un elevado número de casos la existencia de un cártel a partir lo que inicialmente no eran más que indicios. Dicho de otro modo, en la mayoría de los casos en los que se ha ordenado una inspección, se han encontrado las evidencias buscadas.

Esto podría no ser así; bien porque los indicios obtenidos resultan falsos o porque las empresas son capaces de ocultar suficientemente bien la información como para que el resultado de la inspección sea infructuoso. Ordenar una inspección resulta siempre difícil, pues supone una intromisión en el quehacer diario de las empresas que ha de estar suficientemente fundada, por lo que el hecho de obtener pruebas que confirman lo que solo es un mero indicio, resulta alentador y genera seguridad en el trabajo previo de detección.

Los medios a través de los cuales la Autoridad de competencia recaba indicios de la posible existencia de un cártel son variados, desde las informaciones recibidas de empleados de la propia empresa hasta el análisis del funcionamiento de un determinado sector cuyas variables denotan un comportamiento sospechoso, pasando por la colaboración ciudadana, las informaciones obtenidas de otras inspecciones, las recibidas de otras administraciones, o de autoridades de otros países, etc.

La cuestión es que estas informaciones se someten a un escrupuloso escrutinio, investigación y verificación que lleva en muchos casos a ser desechadas, bien por infundadas o porque no cumplen los requisitos mínimos como para permitir sostener mínimamente una acusación de cártel, pero que, en otros, por el contrario, poseen la suficiente verosimilitud como para ordenar una inspección. Y es aquí cuando la eficacia de las herramientas desarrolladas, la experiencia adquirida después de cerca de 100 inspecciones y el, saber hacer de todos los involucrados en las mismas —desde los servicios jurídicos, hasta los inspectores de competencia pasando por los servicios informáticos de la casa— hacen posible la obtención de la información oculta en las empresas que permite la instrucción del caso y la posterior sanción de las empresas del cártel.

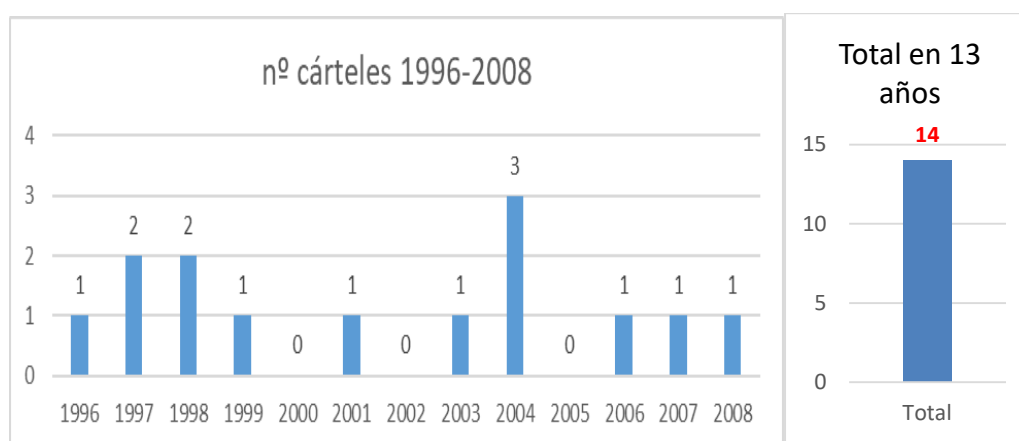
III. LOS DATOS

Como ya se ha adelantado la persecución de cárteles en nuestro país antes de la reforma de la Ley de 2007 había sido testimonial y reflejaba una situación que no difería sustancialmente de las economías de nuestro entorno.

A pesar de que los acuerdos secretos entre competidores para no rivalizar constituyen el núcleo de toda política de competencia, por tratarse las prácticas más evidentemente dañinas para el funcionamiento de cualquier mercado, el éxito de las autoridades de competencia en descubrirlos y sancionarlos había sido escaso desde la introducción de las leyes de competencia en los ordenamientos de las economías de mercado a partir fundamentalmente de los años 60s.

A. Periodo 1990-2008

En España en los cerca de 20 años que van desde la aprobación de la Ley 16/1989 hasta el año 2008 se sancionaron aproximadamente un total de 14 cárteles, menos de uno al año, y las multas además eran bajas, sobre todo hasta 2006.



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

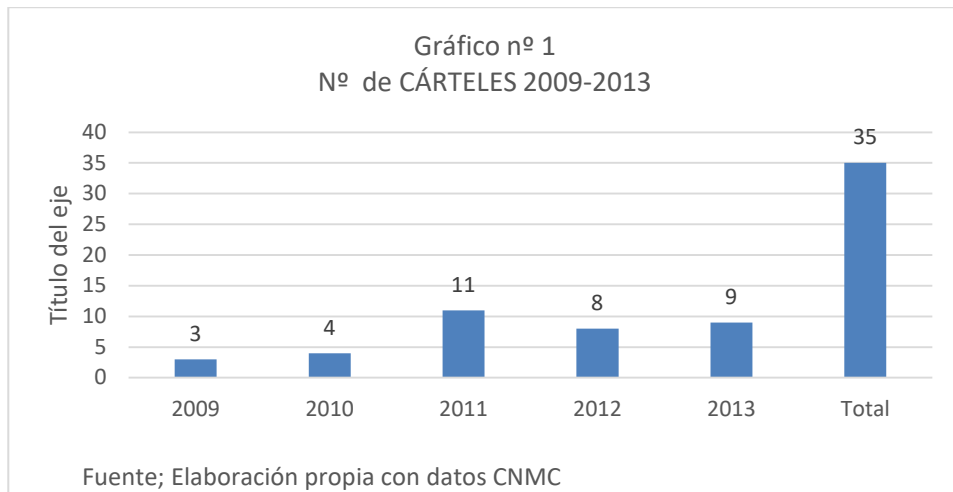
Cuadro nº 2 Resoluciones Cárteles (1996/2008)			
	Expediente	Fecha resolución	€ multa
1 TDC	376/96 Cárteles sidra	12/12/1996	78.132
2 TDC	352/94 Industrias lácteas	03/06/1997	7.131.309
3 TDC	370/96 Desmotadoras de algodón	10/06/1997	1.064.711
4 TDC	395/97 Vacunas antigripales	30/09/1998	722.266
5 TDC	409/97 Alimentos infantiles	11/12/1998	1.616.723
6 TDC	426/98 Azúcar	16/04/1999	8.744.726
7 TDC	506/00 Transporte Mercancía Vizcaya	19/12/2001	1.560.226
8 TDC	543/02 Transmed/Euroferrys/Buquebús	14/06/2003	1.800.000
9 TDC	561/03 Líneas Marítimas Estrecho 2	27/05/2004	360.000
10 TDC	555/03 Líneas Marítimas Estrecho	22/06/2004	2.400.000
11 TDC	565/03 Materiales Radiactivos	23/07/2004	1.000.000
12 TDC	588/05 Distribuidores Cine	10/06/2006	12.900.000
13 CNC	617/06 Cajas Vascas y Navarra	18/10/2007	24.000.000
14 CNC	623/07 Transportes Barcelona	01/04/2008	14.940.000

Esta situación cambia radicalmente a partir de 2009.

B. Periodo 2009-2013

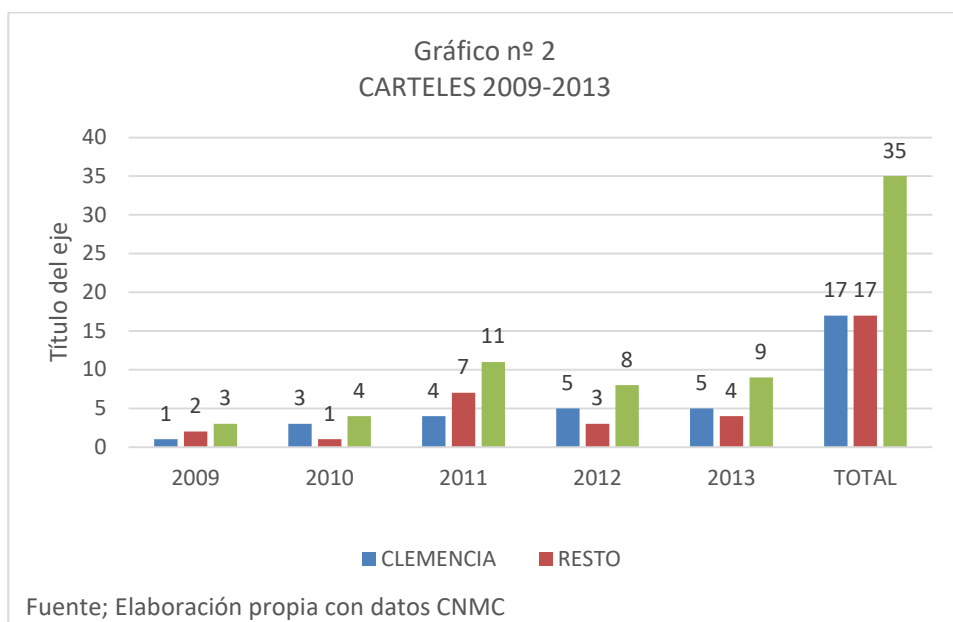
En el periodo de 5 años que va de 2009 a 2013 se sancionaron y 35 cárteles en total, tal y como se muestra en el siguiente gráfico.

La media de cárteles sancionados en este periodo fue de 7.2 frente a menos de 1 en el periodo 1990-2018, **multiplicándose por más de 7 el número de carteles descubiertos.**



Solamente en el año 2011 se dictaron tantas sentencias de cartel como en prácticamente toda la década de los 90 y los 2000.

De los 35 cárteles descubiertos y sancionados, 17 fueron detectados gracias al programa de clemencia y otros 18 por otros medios distintos, tal y como se muestra en el gráfico nº2.



Las tablas siguientes enumeran todos y cada uno de los cárteles descubiertos, con la fecha en la que se dictó la resolución de infracción y la multa impuesta a las empresas integrantes del cártel en cada uno de ellos, distinguiéndose entre los cárteles descubiertos gracias al programa de clemencia y los detectados por otras vías.

Cuadro nº 3 CÁRTELES CON CLEMENCIA 2009-2013		
Expediente	Resolución	€ Multa Total
S/0085/08 Dentífricos	10/12/2009	
S/0084/08 Fabricantes de Gel	21/01/2010	15.083.041 €
S/0091/08 Vinos Finos de Jerez	28/07/2010	6.843.000 €
S/0120/08 Transitarios	31/07/2010	21.225.000 €
S/0086/08 Peluquería Profesional	02/03/2011	60.907.000 €
S/0185/09 Bombas Fluidos	24/06/2011	18.306.081 €
S/0241/10 Navieras-Ceuta 2	10/11/2011	18.690.947 €
S/0251/10 Envases hortofrutícolas	02/12/2011	12.226.113 €
S/0244/10 Navieras Baleares	23/02/2012	54.109.767 €
S/0287/10 Postensado y Geotecnia	02/08/2012	16.860.000 €
S/0318/10 Exportación de sobres	15/10/2012	3.767.960 €
S/0331/11 Navieras Marruecos	07/11/2012	88.588.269 €
S/0317/10 Material de archivo	21/11/2012	9.083.780 €
S/0343/11 Manipulado de papel	15/02/2013	9.071.946 €
S/0342/11 Espuma de Poliuretano	28/02/2013	25.304.000 €
S/0316/10 Sobres de papel	25/03/2013	44.581.559 €
S/0303/10 Distribuidores Saneamiento	23/05/2013	6.459.087 €
S/0380/11 Coches de Alquiler	30/07/2013	35.426.456 €
TOTAL 18		446.534.006 €

Cuadro nº 4 CARTELES SIN CLEMENCIA 2009-2013		
Expediente	Resolución	€ Multa Total
648/08 Hormigones cántabros	22/07/2009	2.816.350 €
s/0037/08 Compañías de seguro decenal	12/11/2009	120.728.000 €
s/0014/07 Gestión de residuos sanitarios	18/01/2010	7.645.000 €
s/0107/08 Plataforma del mejillón	26/04/2011	1.792.718 €
s/0159/09 UNESA y asociados	13/05/2011	61.211.000 €
s/0167/09 Productores de uva y vino de jerez	06/10/2011	544.000 €
s/0226/10 Licitaciones carreteras	19/10/2011	44.033.240 €
s/0192/09 Asfaltos	26/10/2011	16.658.388 €
s/0060/08 Sintrabi	26/10/2011	7.412.092 €
s/0154/09 Montesa Honda, s.a.	28/12/2011	1.830.247 €
s/0179/09 Hormigon y productos relacionados	12/01/2012	11.122.048 €
s/0237/10 Motocicletas	27/03/2012	1.457.459 €
s/0309/10 Devir iberia	18/10/2012	7.667 €
s/0293/10 Transcont	10/01/2013	20.569.129 €
s/0329/11 Asfaltos Cantabria	08/03/2013	16.089.488 €
s/0402/12 Espuma Elastomerica	12/09/2013	10.223.069 €
s/0432/12 Munters	26/12/2013	638.200 €
TOTAL 17		324.778.095 €

Sectores implicados.

Tal y como se observa la variedad de sectores de actividad implicados en conductas de cártel es amplísima y afecta a todos los sectores de nuestra economía tanto primario como terciario e industrial.

Así dentro del sector agrícola encontramos cárteles en el sector vinícola (vinos finos y precio de la uva de jerez) o pesquero (mejillón).

En la rama de servicios se sancionaron cárteles en los sectores de transporte marítimo (Navieras Ceuta, navieras Marruecos) distribución de motos (Honda y Motocicletas), distribución de saneamientos, servicios portuarios (Sintrabi), transitarios, licitación de carreteras, gestión de residuos, seguros, alquiler de vehículos o energía eléctrica (UNESA).

El resto corresponde al sector industrial y abarca desde la fabricación de geles, champús y productos de peluquería a la de bombas para fluidos, envases hortofrutícolas, sobres de papel, asfaltos, hormigones o espumas.

Multas

En cuanto a las multas impuestas el gráfico nº 3 muestra las correspondientes al periodo 2009-2013 y el total acumulado en los 5 años analizados.

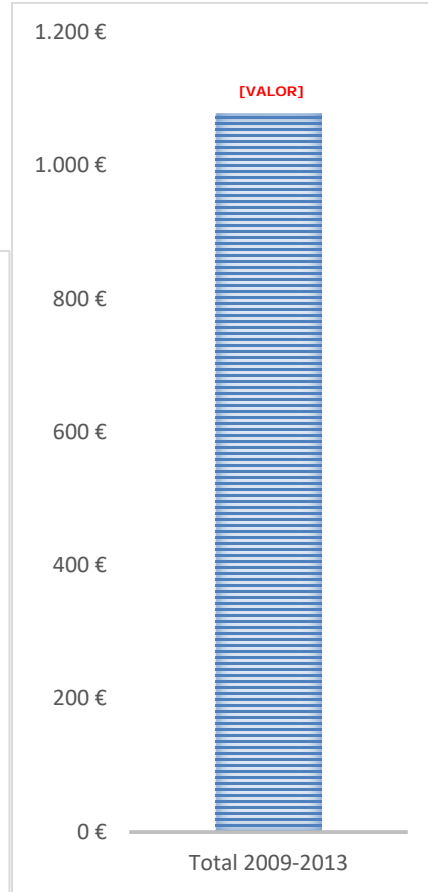
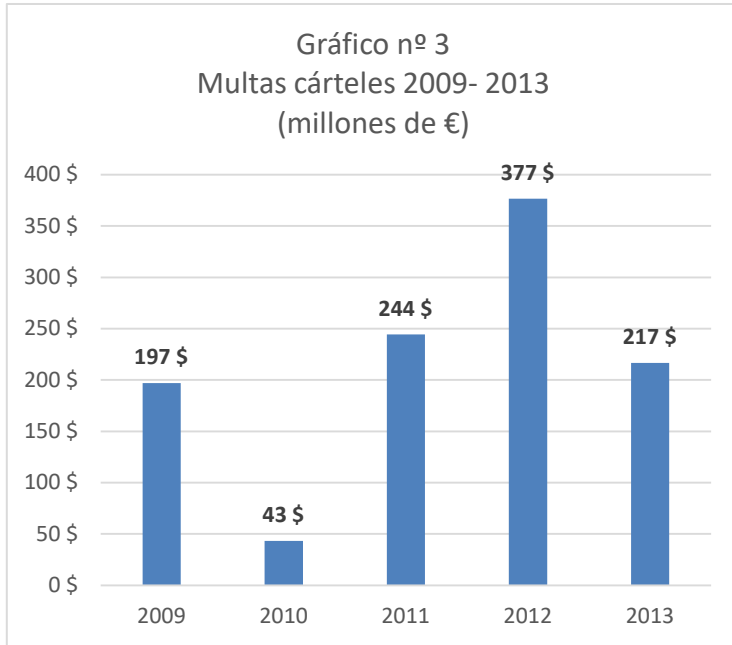
Entre 2009 y 2013 las multas a empresas integrantes de cárteles superaron los 1.000 millones de €, con una media anual cercana a los 200 millones €.

Para hacerse una idea de cómo la persecución y descubrimiento de cárteles cambió completamente desde finales de la 1ª década del siglo XXI respecto de cualquier tiempo pasado basta observar no solo la multiplicación del número de cárteles sancionados a partir de 2009 frente a al periodo anterior sino también la cuantía de las multas impuestas por la Autoridad de competencia.

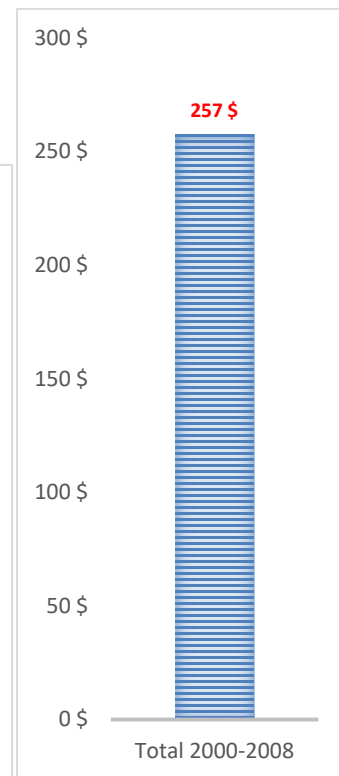
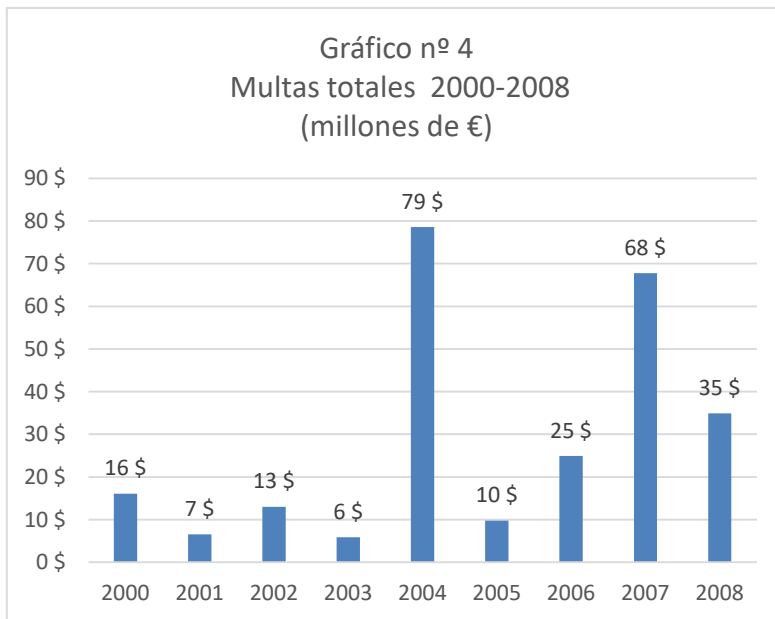
Así, durante el periodo 2000-2008 (9 años) se impusieron multas por infracciones de la legislación de competencia, no solo por cárteles sino también por abusos de posición de dominio —las más cuantiosas—, acuerdos verticales, acuerdos horizontales no de cártel, etc. por un valor total de 257 millones de euros, una media anual de aproximadamente —y salvo años excepcionales como 2004— de 25 millones de € (gráfico nº 4).

Pues bien, durante los 5 años que van de 2009 a 2013 y solo tomando en cuenta las infracciones de cartel, las multas se multiplicaron por 8 respecto al periodo 2000-2008.

Así, la media anual entre 2000 a 2008 fue de 27,7 millones €, mientras que en los 5 años de 2009-2013 fue de 200 millones €.



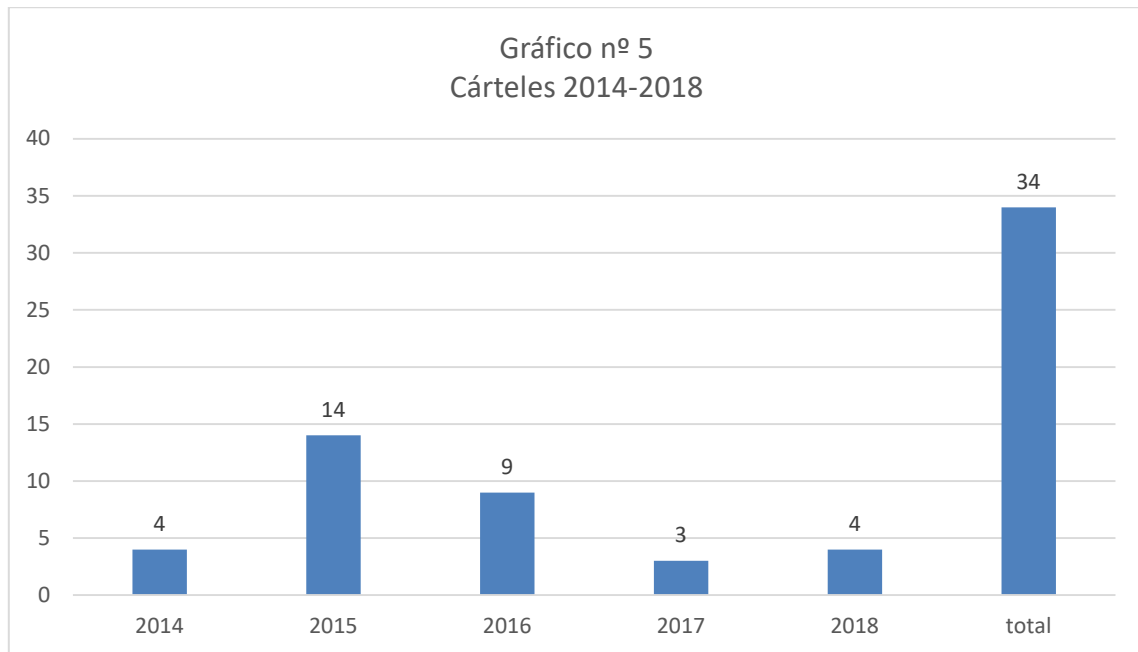
Fuente; Elaboración propia con datos CNMC



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

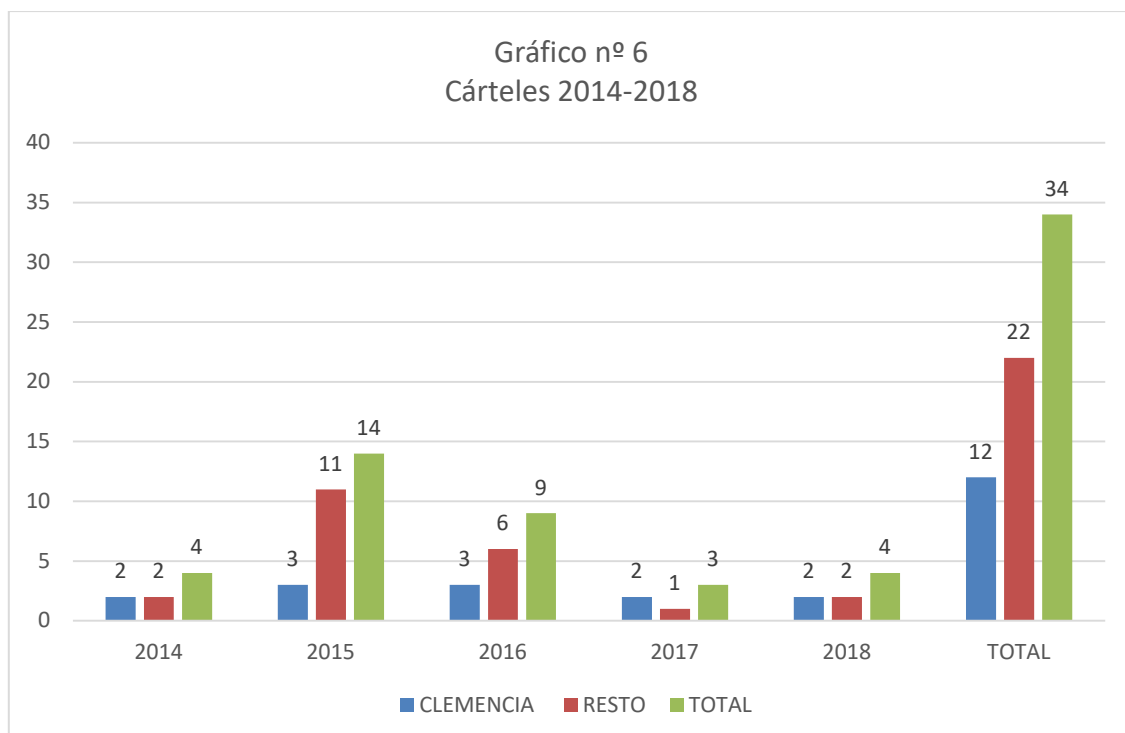
C. Periodo 2014-2018

En los 5 años posteriores (2014-18), coincidiendo con la creación y desarrollo de la CNMC, el número de cárteles sancionados fue de 34, cifra similar a la del periodo anterior (35).



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

De estos, 12 se descubrieron gracias al programa de clemencia y 22 por otros medios.



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

A diferencia de los 5 años previos se observa una caída relativa del número de cárteles descubiertos gracias a la clemencia (11 de 32) y un aumento relativo de aquellos que se han detectado por otras vías. En algunos casos como los cárteles de los concesionarios de automóviles (6), el descubrimiento de varios acuerdos entre concesionarios de una misma marca (Volvo, Land Rover, Chevrolet, Toyota, Opel y Hyundai) para evitar la competencia en precios se logró indirectamente gracias a una información que traía otra causa cuyo origen precisamente era una solicitud de clemencia (asunto Concesionarios AUDI/SEAT/VW).

Como en el caso anterior, las tablas siguientes enumeran todos y cada uno de los cárteles descubiertos, con la fecha en la que se dictó la resolución de infracción y la multa impuesta a las empresas integrantes del cártel en cada uno de ellos, distinguiéndose entre los cárteles descubiertos gracias al programa de clemencia y los detectados por otras vías.

Cuadro nº 5 CARTELES CON CLEMENCIA 2014-2018		
Expediente	Resolución	€ Multa Total
S/0445/12 EQUIPOS CONTRA INCENDIOS	22/09/2014	4.961.684 €
S/0453/12 RODAMIENTOS FERROVIARIOS	04/12/2014	4.057.398 €
S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW	28/05/2015	41.130.572 €
S/0482/13 FABRICANTES AUTOMÓVILES	23/07/2015	171.158.869 €
S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES	03/12/2015	11.239.326 €
S/DC/0504/14 AIO	26/05/2016	128.854.152 €
S/DC/0544/14 MUDANZAS INTLS.	06/09/2016	4.394.390 €
S/DC/0538/14 SERVICIOS FOTOGRAFICOS	15/12/2016	14.433 €
S/DC/0512/14 TRANS. BALEAR	09/03/2017	9.149.000 €
S/DC/0562/15 CABLES BT/MT	21/11/2017	43.921.345 €
S/DC/0578/16: MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL	08/03/2018	72.365.694 €
S/DC/0569/15 BATERIAS	12/07/2018	5.370.000 €
TOTAL 12		496.616.863 €
Cuadro nº 6 CARTELES SIN CLEMENCIA 2014-2018		
Expediente	Resolución	€ Multa Total
S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL	06/11/2014	3.830.575 €
S/0428/12 PALÉS	26/06/2014	2.136.976 €
S/0429/12 RESIDUOS	08/01/2015	98.231.863 €
S/0473/13 POSTES DE HORMIGON	15/01/2015	1.873.112 €
S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCION	20/02/2015	32.400.000 €
S/0425/12 INDUSTRIAS LACTEAS 2	26/02/2015	88.258.814 €
S/0486/13 CONCESIONARIOS TOYOTA	05/03/2015	1.675.035 €
S/0487/13 CONCESIONARIOS LAND ROVER	05/03/2015	3.255.820 €
S/0489/13 CONCESIONARIOS OPEL	05/03/2015	5.379.064 €
S/0488/13 CONCESIONARIOS HYUNDAI	05/03/2015	2.031.171 €
S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y DE CARTON ONDULADO	18/06/2015	57.686.187 €
S/0454/12 TRANSPORTE FRIGORÍFICO	25/06/2015	15.648.773 €
S/0484/13 REDES ABANDERADAS	02/07/2015	22.994.440 €
S/DC/0505/14 CONCESIONARIOS CHEVROLET	28/04/2016	1.722.467 €
S/0455/12 GRUPOS DE GESTIÓN	12/05/2016	324.133 €
S/DC/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS	30/06/2016	5.650.483 €
S/DC/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO	12/07/2016	1.280.409 €
S/DC/0525/14 CEMENTOS	05/09/2016	29.316.755 €
S/DC/0555/15 PROSEGUR/LOOMIS	10/11/2016	46.501.016 €
S/DC/0545/15 HORMIGONES DE ASTURIAS	23/02/2017	6.119.796 €
S/DC/0584/16 AGENCIA DE MEDIOS	03/05/2018	7.231.890 €
S/DC/0565/15 LICITACIONES INFORMAT.	26/07/2018	30.028.000 €
TOTAL 22		463.576.779 €

Sectores implicados.

A lo largo del periodo analizado y como en años previos, la detección y sanción de cárteles se ha practicado en casi todas las áreas de la actividad económica, desde la agricultura (industrias lácteas) al sector servicios (distribución de automóviles), pasando por el sector secundario (fabricantes de rodamientos ferroviarios).

En cualquier caso, son los servicios y el sector industrial los que sin duda concentran un mayor número de casos descubiertos, probados y sancionados.

Así en el sector servicios descubrimos acuerdos de cártel en la distribución de automóviles (Fabricantes y concesionarios Toyota, Land Rover, Opel, Hyundai, Seat), mudanzas, transporte marítimo, distribución de gasolinas (precios y redes abanderadas), servicios de mensajería y paquetería, servicios de seguridad privada, servicios publicitarios, servicios informáticos (TICs) o la gestión de los residuos.

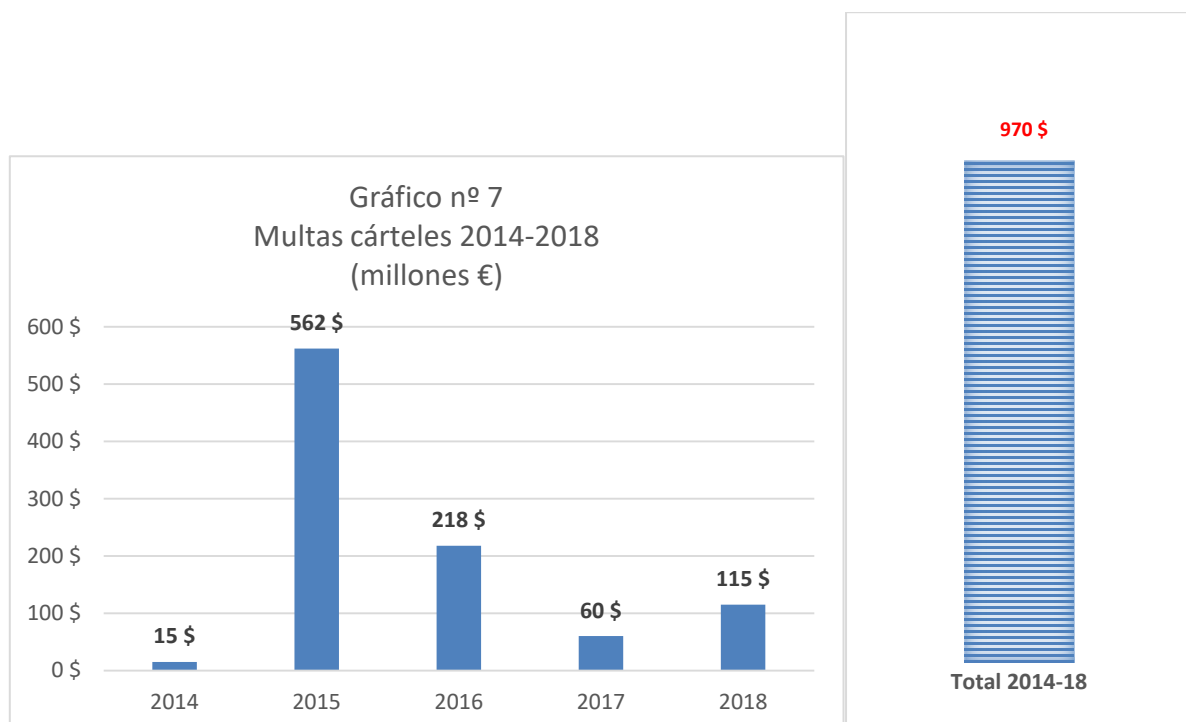
En el ámbito industrial por su parte se han descubierto cárteles en el sector de baterías, cables, construcciones modulares, pañales (AIO), postes de hormigón, papel y cartón, infraestructuras ferroviarias o cementos y hormigones.

Todos ellos totalizan 34 cárteles sancionados en 5 años.

Multas

Las multas a las empresas responsables de la creación y mantenimiento de estos cárteles se han mantenido en niveles similares a las del lustro anterior, a pesar de la elevada contestación de las mismas por parte de las empresas sancionadas y de la desautorización que el Tribunal Supremo realizó de la forma de cálculo adoptada por la CNC en su comunicación de multas de 2009 (forma por otro lado similar a la que ha empleado y emplea la Comisión europea y la mayoría de los países OCDE).

En el gráfico nº 7 se muestran las multas impuestas por la CNMC solo por infracciones de cárteles en el periodo 2014-2018.

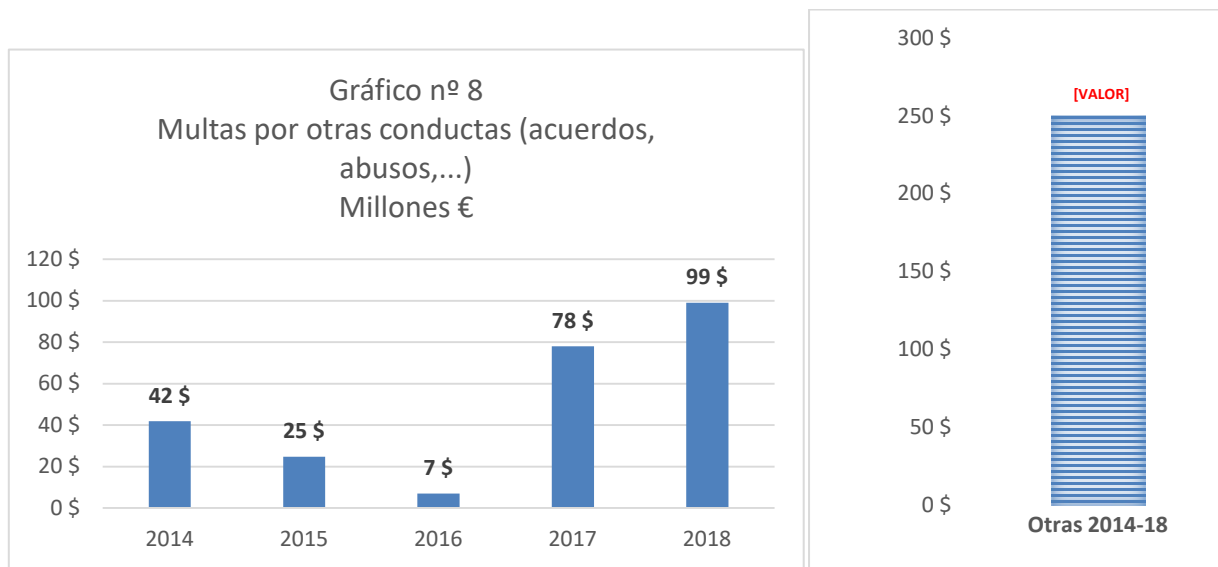


Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

Se observa de un lado que el total de las sanciones por cártel se asemeja en total al del periodo anterior (en torno a los 1.000 millones de € en los 5 años) y de otro una menor estabilidad de las cifras anuales, lo cual es habitual en todas las jurisdicciones, donde unos años se resuelven muchos casos (o pocos muy importantes) y otros menos.

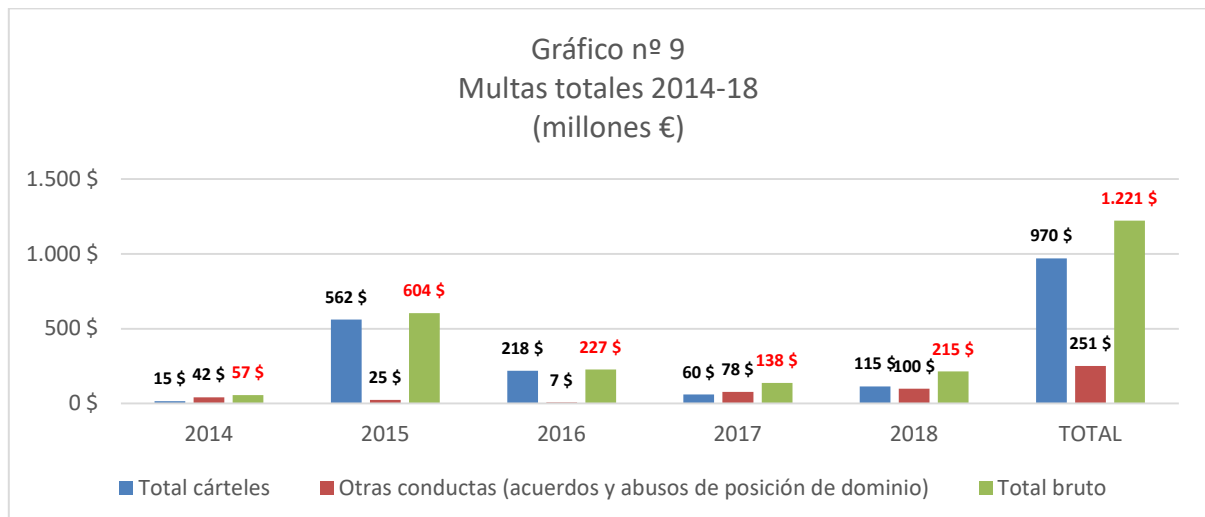
Téngase en cuenta que a efectos estadísticos tanto importa un cártel minúsculo (servicios fotográficos) como aquel que afecta a la gestión de los residuos en la mayoría de las ciudades españolas, con abultados volúmenes de facturación y un enorme menoscabo para las cuentas de los ayuntamientos afectados y para el interés público en general. Dicha diferencia se observa en la cuantía de la multa en uno (14.000 €) y otro caso (98.000.000 €), al calcularse ésta en función del volumen de venta anual de las cartelizadas.

Las multas por infracciones de otra índole (abusos, otros acuerdos no de cártel, verticales, ...) ascendieron a 1/4 de las de cárteles (251 M€)



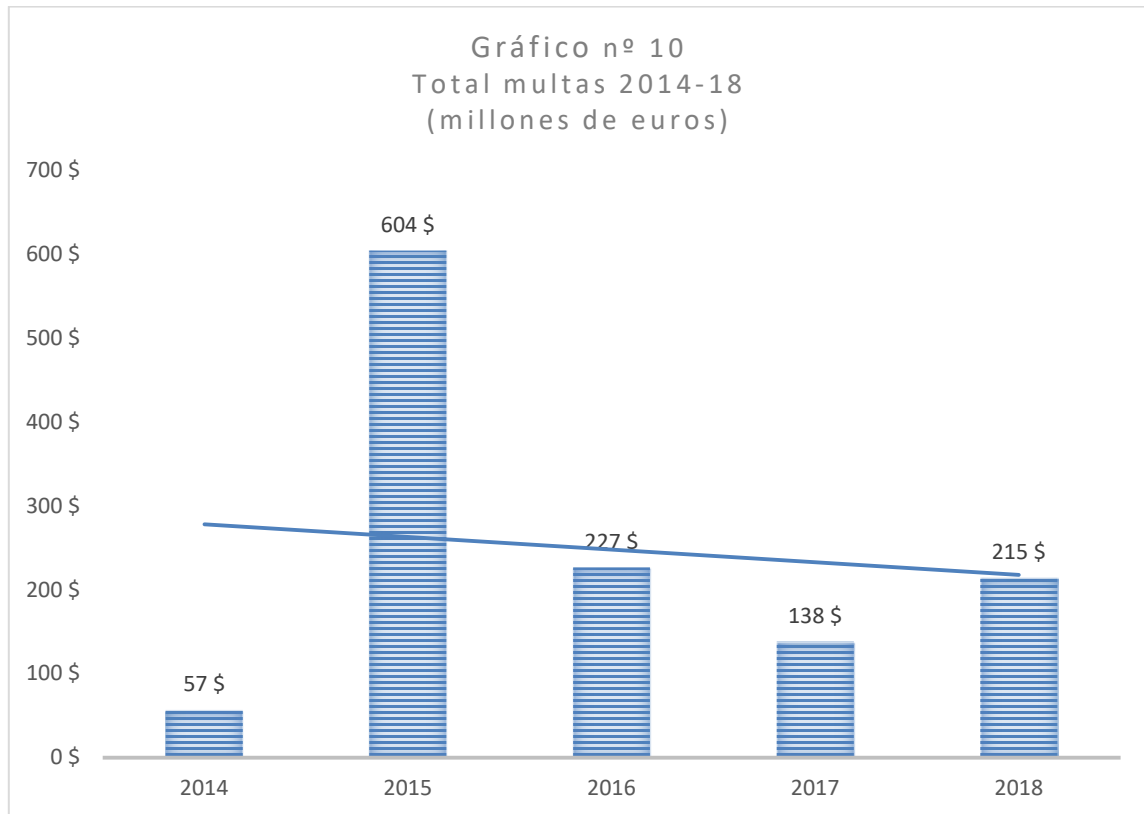
Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

...sumando un total de 1.221 millones de € en el periodo.



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

Si desechemos por inusuales tanto el año 2014 —por bajo número de multas— como el 2015 —por elevado (600 Millones)— y nos quedamos con los tres últimos (2016, 2017 y 2018), observamos una cierta estabilización, tanto del número de casos de cártel —en torno a 4 por año— como del monto anual de las sanciones, en torno a 190 millones repartidos en una proporción de 70 (cárteles)/30 (otras) entre ambos tipos de casos.



Fuente; Elaboración propia con datos CNMC

IV. LAS CRÍTICAS

Siendo impresionantes, estos datos no obstante han sido objeto de numerosas y reiteradas críticas tanto por las empresas sancionadas como por sus abogados, medios de comunicación y especialistas varios en derecho de la competencia.

La crítica más común y la más importante es sin duda que las decisiones adoptadas por la Autoridad administrativa (sea la antigua CNC o la actual CNMC) han recibido numerosos varapalos en términos de anulación de las resoluciones, lo que pone en duda tanto la labor de investigación y acreditación de los cárteles perseguidos como el cumplimiento de los procedimientos y garantías constitucionales a la hora de sancionar las referidas conductas.

Comentario al margen merece la puesta en duda de las sanciones comentadas más arriba, tanto por su anulación por parte de los órganos de revisión judicial, Audiencia Nacional (AN) y Tribunal Supremo (TS), como por la anulación por el TS de la metodología empleada por la Autoridad para calcularlas desde 2009 hasta enero 2015, además de la supuesta incapacidad de la Autoridad para cobrar las multas.

Vayamos por partes.

A. Revisión jurisdiccional

¿Es cierto que los cárteles sancionados por la Autoridad administrativa son anulados por el poder judicial en un porcentaje elevado de los casos?

De ser eso cierto, el referido éxito de la lucha contra los acuerdos de cartel en España no sería tal pues para que las empresas abandonen este tipo de prácticas y los mercados funcionen adecuadamente, esto es, sin acuerdos entre competidores que falseen la competencia, es imprescindible que aquellos que infrinjan la ley paguen por ello, pues de lo contrario seguirán infringiéndola. Ello es especialmente cierto si el beneficio de no competir es mayor que el de hacerlo.

Veamos pues que han dicho los tribunales estos últimos 10 años en relación con las resoluciones de las Autoridades de competencia declarando la existencia de cárteles y sancionando a las empresas por formar parte de los mismos.

El estudio de las sentencias de los órganos de revisión relativas a los 68 cárteles sancionados entre enero de 2009 y diciembre de 2018 permite extraer algunas conclusiones.

- El ratio de aprobación jurisdiccional de los cárteles detectados con clemencia es cercano al 100%

Todos los cárteles con clemencia sancionados entre 2009 y 2013 han sido confirmados en su práctica totalidad por la AN y/o el TS⁶.

Cuadro nº 7 CARTELES CLEMENCIA 2009-13	
S/0086/08 PELUQUERÍA PROFESIONAL	Confirmada
S/0244/10 NAVIERAS BALEARES	"
S/0316/10 SOBRES DE PAPEL	"
S/0331/11 NAVIERAS MARRUECOS	Anulada*
S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO	Confirmada
S/0120/08 TRANSITARIOS	"
S/0241/10 NAVIERAS-CEUTA 2	"
S/0185/09 BOMBAS FLUIDOS	"
S/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA	"
S/0084/08 FABRICANTES DE GEL	"
S/0251/10 ENVASES HORTOFRUTÍCOLAS	"
*Se anularon las inspecciones	

⁶ Normalmente un expediente se dirige contra varias (decenas en algunos casos) empresas y por tanto por cada resolución caben tantos recursos ante la AN o el TS como empresas sancionadas. Ello hace que por cada resolución haya muchas sentencias que resuelven los recursos de cada empresa sancionada. Cuando se dice que un expediente ha quedado confirmado se refiere a que la mayoría, sino todos, los recursos contra la resolución de la Autoridad en ese caso han sido desestimados en lo que al fondo del asunto se refiere.

En cuanto a los cárteles con clemencia resueltos entre 2014 y 2018, quedan todavía algunos por resolver, pero los resueltos han sido confirmados, concretamente; AIO y CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW

Cuadro nº 8 CARTELES CLEMENCIA 2014-18	
S/0482/13 FABRICANTES AUTOMÓVILES	Pendiente
S/DC/0504/14 AIO	Confirmada
S/DC/0578/16: MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL	Pendiente
S/DC/0562/15 CABLES BT/MT	Pendiente
S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW	Confirmada
S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES	Pendiente
S/DC/0512/14 TRANS. BALEAR	Pendiente

Por tanto, en lo que a la persecución y sanción efectiva de los cárteles descubiertos gracias al programa de clemencia el sistema funciona.

- La situación no es tan satisfactoria en el caso de los cárteles de no clemencia (descubiertos por otras vías diferentes a la clemencia), aunque las causas de anulación tampoco son del todo convincentes.

Ello es lógico si tenemos en cuenta que un tribunal difícilmente podrá negar la existencia de un cártel cuando un integrante del mismo así lo confiesa, auto inculpándose y colaborando activamente con la administración para demostrarlo. Sensu contrario, es lógico pensar que cuando no se cuenta con un testigo interno y directo, la prueba es más difícil de conseguir, por lo que la confirmación de la existencia del cártel por parte del poder judicial también resulte más difícil.

Sin embargo, en no pocas ocasiones la anulación de resoluciones de cártel acreditadas por la CNC/CNMC no ha sido motivada por falta de prueba, sino por otro tipo de consideraciones. Veamos

En el cuadro nº9 se muestran los 18 cárteles sin clemencia más importantes en función de la cuantía de la multa (de un total de 39) sancionados entre 2009 y 2018, sumando multas por valor superior a los 700 millones de €.

El cuadro muestra, para los casos en los que existe sentencia de la AN o el TS, el sentido de la misma (confirma la resolución de la Autoridad de competencia o la anula).

Cuadro nº 9 CARTELES SIN CLEMENCIA 2009-13			
	€ Multa	AN	TS
S/0037/08 SEGURO DECENAL	120.728.000 €		Anula/Confirma
S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS	61.211.000 €		Anula inspección
S/ 0226/10 LICITACIONES CARRETERAS	44.033.240 €		Confirma/recalculo
S/0293/10 TRANSCONT	20.569.129 €	Confirma/recalculo	
S/0269/10 TRANSITARIOS -2-	19.103.503 €	Confirma/recalculo	
S/0192/09 ASFALTOS	16.658.388 €	Confirma/recalculo	
S/0329/11 ASFALTOS CANTABRIA	16.089.488 €		Confirma/recalculo
S/0179/09 HORMIGON	11.122.048 €		Confirma/recalculo
S/0402/12 ESPUMA	10.223.069 €		Confirma/recalculo
CARTELES SIN CLEMENCIA 2014-2018			
S/0429/12 RESIDUOS	98.231.863 €	Anula /reapertura	
S/0425/12 INDUSTRIAS LACTEAS 2	88.258.814 €	Retrotraer actuaciones	
S/0469/13 FABRICANTES PAPEL	57.686.187 €	Caducidad	
S/DC/0555/15 PROSEGUR/LOOMIS	46.501.016 €		
S/0474/13 PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCION	32.400.000 €		Anula inspección
S/DC/0565/15 LICITACIONES INFORMAT.	30.028.000 €		
S/DC/0525/14 CEMENTOS	29.316.755 €		
S/0484/13 REDES ABANDERADAS	22.994.440 €		
S/0454/12 TRANSPORTE FRIGO	15.648.773 €		

¿Qué cabe destacar?

- En primer lugar, que los 4 casos de mayor envergadura (SEGURO DECENAL, UNESA, RESIDUOS E INDUSTRIAS LACTEAS) han recibido alguna corrección por parte de los tribunales de revisión, tanto los de la época CNC como los de la época CNMC.

Este es un dato importante que merece ser comentado.

En primer lugar, porque a nadie se le escapa que la anulación de los casos más relevantes por parte de los jueces tiene importantes consecuencias para el sistema en su conjunto; de un lado debe hacer reflexionar a la Autoridad acerca de lo que está haciendo mal, de otro transmite el mensaje a las empresas de que su comportamiento quizás no sea del todo desacertado, de que han sido perseguidas injustamente o incluso

de que hay posibilidades de engañar al sistema aprovechando ciertas lagunas o imperfecciones.

No obstante, la gravedad, es necesario introducir un matiz importante en estas anulaciones. Y ello porque las consecuencias de las referidas anulaciones no son las mismas en cada caso. Así, en el caso de SEGURO DECENAL el TS anuló la resolución respecto de dos empresas al tiempo que la confirmó respecto de otras 4 (¿?) generando cierta confusión. Por su parte, la anulación de UNESA, al declarar nula la inspección, impide cualquier actuación ulterior, mientras que en otros dos casos (RESIDUOS e INDUSTRIAS LACTEAS) no anula el fondo del asunto, por lo que la cuestión no ha terminado aún.

En el caso RESIDUOS, asunto de gran envergadura que afecta a multiplicidad de carteles, entre muchas empresas diferentes (más de 40), en distintos territorios y referido a diferentes subsectores (gestión de residuos industriales, gestión de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria, saneamiento de aguas, o recuperación de papel) la sentencia no desmiente que haya habido uno/varios cárteles sino que el conjunto de acuerdos sea una infracción única y continuada. La sentencia es crítica con cómo se ha construido jurídicamente el caso, cosa que tiene consecuencias para la responsabilidad que se atribuya a cada una de las más de 40 empresas implicadas, pero que no cierra la posibilidad de futuras sanciones. De hecho, el caso se ha vuelto a incoar por la Dirección de Competencia en abril 2018 con el propósito de que se acabe sancionando a los responsables.

Algo similar ha ocurrido con el asunto Industrias Lácteas en el que la AN anula la resolución CNMC pero ordena que se retrotraiga el procedimiento, al considerar que se había cometido un error procedimental que, sin anular el fondo, exige cumplir con determinados trámites, cosa que se está haciendo.

Por tanto, las anulaciones comentadas no excluyen futuras sanciones por acuerdos de cártel, lo que sin duda es relevante a los efectos de preservar la eficacia del sistema, cuyo objetivo no es otro que sancionar severamente su formación.

- El resto de los cárteles de no clemencia revisados han sido confirmados en cuanto al fondo (existencia del cártel); LICITACIONES CARRETERAS, TRANSCONT, TRANSITARIOS 2, ASFALTOS, ASFALTOS CANTABRIA, HORMIGONES, ESPUMA. Quedan aún varios pendientes de sentencia.

- La invalidez de la inspección ha sido el motivo de la nulidad en 2 expedientes (UNESA y PRECIO COMBUSTIBLES)

Desde el momento en que una inspección se declara nula, todo el armazón probatorio de un cártel se viene abajo. Esto ha ocurrido en dos casos en los que sendas sentencias del Tribunal Supremo han declarado nulas las inspecciones practicadas.

Con carácter previo hay que recordar que los cárteles pueden ser actividades enormemente lucrativas que permiten a las empresas obtener importantes márgenes de beneficio y por tanto los incentivos tanto a su formación como al diseño de mecanismos de ocultación de los mismos son grandes. Cuanto más se ocultan las empresas frente a posibles detecciones por parte de la autoridad pública, más necesidad tiene ésta de contar con medios para poder luchar contra ellos. Por ello la Ley no sólo contempla la ilicitud de la conducta y la sanciona, sino que pone a disposición de la autoridad los medios de investigación necesarios para que sea posible encontrar evidencias suficientes de la existencia de dichas infracciones.

La cuestión es que los motivos aducidos por el TS para invalidar las inspecciones y por tanto anular todo el trabajo desempeñado por la Autoridad para probar la existencia

de acuerdos prohibidos en los mercados de comercialización de electricidad (eléctricas) y gasolinas (petroleras), fueron, cuanto menos, discutibles.

Ambos expedientes afectaban al sector energético, implicaban a poderosas empresas del mismo y ambos fueron anulados al declarar nula la inspección.

En el primer caso, UNESA (patronal del sector eléctrico), la anulación se basó en una supuesta falta de definición clara del objeto de la inspección (lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección). Estando de acuerdo en que la empresa debe conocer lo que se busca para poder ejercer su derecho de defensa adecuadamente, no es menos cierto que la mano del Supremo se *ensancha* en otras sentencias y la exigencia requerida a la Autoridad a la hora de definir con mayor o menor detalle el objeto de sus búsquedas varía.

Así mientras que en UNESA o Navieras de Marruecos (Transmediterranea) la (considerada por parte del alto tribunal) insuficiente concreción del objeto fue causa de la anulación de los expedientes, en otros una menor concreción fue admitida⁷. Y ello es lógico si consideramos que los indicios con que cuenta la autoridad se pueden referir a un determinado mercado (tráfico marítimo o comercialización de electricidad) pero sin saber en ese momento de qué submercado producto o geográfico se trata.

Obligar a la autoridad a saber de antemano en que submercado se producen las supuestas prácticas investigadas, además de no ser posible en la mayoría de los casos, dada la dificultad de obtener pruebas indiciarias al margen de la clemencia, limita su capacidad para descubrir posibles ilícitos. Lo contrario —permitirlo— no menoscaba los derechos de defensa de las empresas, que en caso de que oculten pruebas de la infracción, podrán defenderse a lo largo del procedimiento.

En el segundo caso (PRECIOS COMBUSTIBLES), la anulación no solo es jurídicamente discutible (contando con la oposición de dos miembros de la sala) sino que pone en duda la validez de las órdenes de investigación de la autoridad a futuro.

Básicamente anula todo el trabajo y las pruebas de los acuerdos de precios y otras prácticas ilícitas entre operadores de un sector tan controvertido —y concentrado— como es el de la distribución de gasolinas. Y ello por la negativa de los inspectores a responder a la inspeccionada (REPSOL) a la pregunta de si contaban o no con una orden judicial para la entrada —que sí tenían.

La falta de sentido radica en que la Ley (artículo 27) faculta al Director de Competencia a realizar inspecciones en empresas. En caso de que la empresa se niegue —a lo que está plenamente legitimada— los inspectores pueden presentar, en su caso, una Orden dictada previamente por un juez a la que la empresa no puede negarse.

Pues bien, si como dice la sentencia del TS, los inspectores en el momento de la entrada están obligados a responder a la pregunta de si poseen una orden judicial⁸, y el efecto de no hacerlo es la nulidad de la inspección, entonces la orden de inspección del Director contenida en la Ley deviene papel mojado y con ella las facultades de inspección de la Autoridad (que, o cuenta con una orden judicial, o no puede hacer inspecciones).

⁷ Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Sentencia OSCAL de 16 de Enero de 2015.

⁸ Cosa distinta es que teniendo una orden del juez que no les permite la entrada no lo digan, lo cual es a su vez diferente a que no tengan orden porque no la hayan solicitado.

Además, en el presente caso el resultado de responder o no responder a tal pregunta hubiese sido el mismo, al poseer los inspectores la correspondiente orden judicial que les habilitaba la entrada, razón de más para no declarar nula la inspección y con ello dejar impunes las prácticas investigadas.

- La caducidad fue el motivo de anulación de otro de los casos (S/0469/13 FABRICANTES PAPEL).

De nuevo, no hablamos de que el cártel no esté probado y el daño al interés público hecho y demostrado, sino que simplemente no se han cumplido los plazos.

Sin duda que el rebasar los plazos es causa de nulidad en nuestro ordenamiento, pero debería llamarnos la atención el hecho de ser el único país en el que los procedimientos de competencia están sometidos a plazo.

Las consecuencias de ello son mixtas: de un lado somos la Autoridad que más casos hace en menos tiempo, lo cual es estupendo, pero también tiene costes, elevados a veces, en términos de la calidad del trabajo final, sobre todo en los asuntos complejos, bien por las características del caso (muchos acuerdos, muchas empresas, etc.) o porque intelectualmente requieren de análisis, estudio y contraste que permita adoptar una decisión bien fundada.

Es paradójico que los casos más difíciles y normalmente más importantes puedan llegar a ser los más débiles ante la insuficiencia de tiempo para realizar una instrucción suficientemente robusta, dejando impunes conductas ilícitas simplemente por no encajar en unos plazos que no siempre se adecuan a la complejidad de la investigación.

Esto juega no solo en detrimento del interés público sino también de las empresas que, al carecer de plazo suficiente para apoyar sus tesis y hacer entender sus puntos de vista, pueden verse igualmente perjudicadas.

V. CONCLUSIÓN

El grado de confirmación por parte de los tribunales de revisión de las resoluciones de cárteles dictadas por las autoridades de competencia en los últimos años es cuasi-total en el caso de los cárteles descubiertos gracias a la clemencia. También en el caso del resto de los cárteles (no clemencia), aunque con algunas importantes excepciones. En este último caso las anulaciones, no obstante, no se han producido por que no exista el cártel perseguido, si no por el supuesto incumplimiento de unos requisitos formales que en modo alguno afectaron a los derechos de defensa, que son los únicos que podrían justificar tal anulación.

El sacrificio del objetivo primordial (la lucha contra los cárteles) en nombre de cuestiones formales no se entiende fácilmente y produce un cierto desánimo en los que dedican sus esfuerzos a esta labor.

Los interesados en conocer más detalles pueden ver el informe *Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la autoridad nacional de competencia* <https://www.cnmc.es/node/368888>.

a) Multas

Al evaluar la eficacia del sistema de lucha contra los cárteles en nuestro país hay que si las decisiones administrativas han sido refrendadas por el poder judicial que las revisa, y también si las *sanciones* impuestas a los incumplidores se han hecho efectivas.

De lo contrario el elemento disuasorio sobre el que pivota todo el sistema se vendrá abajo y las empresas seguirán motivadas por los elevados beneficios prometidos por el cártel.

Como hemos visto, las multas contra empresas cartelizadas ha aumentado considerablemente en los últimos años a la par que el descubrimiento creciente de cárteles en nuestra economía. La media anual de sanciones por cárteles en los 10 años que van desde 2009 a 2018 se ha situado en torno a los 200 millones de € brutos (sin descontar las reducciones por clemencia) mientras que la media de todas las sanciones (carteles y otras conductas prohibidas) en los 9 años anteriores (2000-2008) fue de 27,7 millones.

Pues bien una crítica habitual es que las multas se ven considerablemente rebajadas por los órganos de revisión y al final quedan en poco.

Esto tampoco parece del todo cierto aunque sí lo es que las cifras que aquí se manejan son siempre máximas, pues una vez que una multa se recurre nunca puede acabar siendo mayor y sí sin embargo acabar viéndose reducida, lo que se denomina la prohibición de "*reformatio in peius*"⁹, que por cierto no opera en otros sistemas de competencia como el alemán, donde puedes acabar con una multa mayor que la recurrida.

A grandes rasgos lo que ha ocurrido es lo siguiente.

En 2009 la CNC aprobó una comunicación para ofrecer guía a las empresas sobre cómo se calcular las multas a tenor de lo establecido en nuestra Ley de competencia. El método adoptado era similar al empleado por la Comisión europea y otras legislaciones similares a la nuestra. Los abogados asesores de empresas incursoas en los procedimientos parecían satisfechos con la comunicación en tanto que les permitía aproximar el monto de las sanciones previstas y asesorar a sus clientes lo que más les convenía —entre otras cosas colaborar con la administración a través del programa de clemencia—, aunque se quejaban, como es lógico, de los elevados montos.

Las sanciones se recurrieron y en enero de 2015 el Tribunal Supremo se pronunció en contra de la metodología empleada por no ser conforme con lo establecido en nuestra legislación.

Como consecuencia de ello:

- abandonamos un instrumento útil que dotaba de transparencia al mercado a la hora de conocer las consecuencias del incumplimiento de la ley.
- nos alejamos del resto de países de nuestro entorno respecto al modo de cálculo de las multas por infracción de normas de competencia, que a su vez son relativamente singulares —y cuantiosas—, frente a otras sanciones administrativas.
- se creó un caos considerable en relación con las multas impuestas entre 2010 y 2014, que gracias al éxito de lucha anti cártel, fueron muy numerosas y afectaron a muchas empresas.

⁹ Principio de Derecho Procesal que establece que el Tribunal de segunda instancia tiene prohibido cambiar el fallo del de primera instancia en detrimento del que lo impugnó. En muchas legislaciones existe la prohibición de la *reformatio in peius* como una garantía procesal para el apelante, particularmente en materia penal. Sin embargo, suele ser muy habitual (salvo que la sentencia principal resuelva el asunto totalmente a favor de una de las partes) que sean ambas partes las que pueden recurrir al tribunal, en cuyo caso el tribunal podrá mejorar o empeorar la resolución, sujetándose a las peticiones de las partes

A partir de ese momento las sucesivas sentencias de la AN y el TS ordenaron el recálculo de todas las multas impuestas (cerca de 60 resoluciones hasta la fecha), con la carga de trabajo extra y el tiempo perdido que ello supuso.

Además, esto exigió a la CNMC diseñar un nuevo sistema de cálculo que se basara en lo señalado por el Tribunal Supremo, lo cual tampoco era del todo claro.

Y ello porque al derecho le corresponde a veces dar solución a cuestiones que no la tienen y pretenderlo puede generar más problemas que los que se quieren resolver; en este caso concreto la sanción impuesta ha de intentar conciliar dos principios; el de disuasión (que la multa resulte disuasoria para la empresa y por tanto no “le salga a cuenta” infringir la normativa) y el de proporcionalidad (que no resulte desproporcionada).

El problema estriba en que para que esta conciliación resulte posible el cálculo de la multa debería basarse en el volumen de negocio de la empresa en el mercado en que se ha producido el cártel —mercado cartelizado—. Sin embargo, la ley prescribe que dicho cálculo se ha de realizar sobre el volumen de facturación total de la empresa. Ambos (facturación total y facturación en el mercado afectado) no coinciden en el caso frecuente de las empresas multiproducto¹⁰.

Ello da lugar a que la multa calculada sobre el volumen total de negocio de una empresa con muchas ramas de actividad diferente resulte muy elevada en términos absolutos (frente a una empresa monoproducción) y muy reducida en términos relativos (en % sobre la facturación total)¹¹.

Pues bien, la sentencia del Supremo pretende solventar esta cuestión, lo cual no es posible sin poner en peligro el efecto disuasorio, pues la proporcionalidad exigirá reducir la multa absoluta de A (5 veces mayor) y ello llevará a reducir la relativa; esto es, A pasará pagar un % relativamente menor de su facturación total frente a B¹².

De este modo la utilización del volumen total de ventas como criterio para fijación de multas (que es el empleado en todas las jurisdicciones del mundo, no porque sea el más adecuado desde el punto de vista del cálculo de la multa óptima, sino porque es el mejor indicador de capacidad de pago de las empresas sancionadas y está disponible por las obligaciones de depósito de cuentas) en presencia de empresas multiproducto/monoproducción y la exigencia al mismo tiempo de (un tipo de) proporcionalidad (concepto complejo y multidimensional), plantea problemas prácticos a la hora de dotar al sistema de un método de cálculo de las sanciones predecible, equitativo y disuasorio que genere la necesaria seguridad jurídica y asegure la lucha eficaz contra los cárteles.

Mientras que en otras jurisdicciones este asunto se ha soslayado y no se pone en duda el método de cálculo de sanciones de competencia (entre otras cosas porque no se atiende a la comparación de las multas relativas entre las diferentes empresas sino

¹⁰ Si la empresa opera en varios mercados, por ejemplo, champús, geles de baño, lacas, jabones y toallitas, y el cártel se ha producido en este último, una multa calculada con referencia al volumen total de facturación puede resultar desproporcionada.

¹¹ Empresa A opera en 5 sectores diferentes, facturando un total de 100 €, de los que 25€ corresponden al sector cartelizado. Empresa B solo opera en el sector cartelizado y factura 20€

Si la multa se calcula como un % del volumen total de ventas y se fija en un 5% para las dos, tenemos que, siendo la multa igual para ambas en términos relativos (5% de su volumen total de ventas), es, sin embargo, 5 veces mayor para A (5 €) que para B (1 euro) en términos absolutos.

¹² Si se reduce la multa de A de 5 € a 2,5 €, entonces la sanción de A en términos relativos pasará a ser del 2.5% y la de B será del 5%

respecto de la propia empresa, esto es, la multa es proporcionada en tanto que no impide la supervivencia de la empresa en el mercado), en España, se ha pretendido dar solución a problemas complejos, creando confusión y menoscabando de manera silenciosa pero cierta los pilares sobre los que se asienta la eficacia del sistema.

Afortunadamente el trabajo realizado en los últimos 3 años por parte de la CNMC desarrollando una nueva metodología que, preservando los necesarios incentivos que debe transmitir el régimen sancionador, atienda a las consideraciones señaladas por el Tribunal Supremo está permitiendo poco a poco superar la etapa de incertidumbre vivida en el pasado reciente y retornar a una cierta normalidad en este asunto tan importante.

A este respecto caben señalarse dos cuestiones importantes:

- las sentencias recientes (2018-19) de la AN que revisan los recálculos realizados (y el método empleado) por la CNMC de multas anuladas previamente, han confirmado el criterio de ésta —tanto los montos como el método de cálculo—, lo que permite albergar esperanzas.

- Los montos resultantes de la aplicación de la nueva metodología no divergen significativamente de los que resultaron en el pasado, y por tanto las multas siguen cumpliendo su función, en contra de lo que algunas voces interesadas proclaman¹³.

b) Recaudación efectiva

Finalmente, los datos avalan que las multas se recaudan, aunque es cierto que muchas de las sanciones —sobre todo de infracciones por abuso de posición de dominio— dictadas en la primera década del siglo han sido anuladas, por lo que la diferencia entre las multas impuestas y las efectivamente cobradas han sido importantes.

Dado que el tiempo transcurrido entre que se dicta una resolución y ésta deviene firme pueden ser largo (en torno a 6 u 8 años actualmente), los datos anuales de recaudación efectiva disponibles corresponden a resoluciones dictadas antes de 2010.

A fecha octubre 2017, entre 2000 y 2010, la situación fue la siguiente; se anularon el 41% de las sanciones y se recaudó el 71% restante, 209 millones de €.

Las multas correspondientes a los años 2000 a 2005 y 2007 ya se habían recaudado en su totalidad, quedando cantidades pendientes de los años 2006, 2008, 2009 y 2010.

¹³ A este respecto se ha publicado un artículo en Anuario de la Competencia 2017 del ICO, comparando los dos métodos de determinación de sanciones y las conclusiones fundamentales son que el 60% de los recálculos analizados reducen la multa (en una media del 20%), y corresponden a empresas fundamentalmente monoproducción, mientras que el 40% de los recálculos suben la sanción (en una media del 70%), sobre todo en empresas multiproducción, aunque se limita la multa a la originalmente impuesta por la prohibición de *reformatio in peius*.

Cuadro nº 10 RECAUDACIÓN EFECTIVA (€)						
AÑO	MULTAS IMPUESTAS	IMPORTE ANULADO	% ANULADO	EFFECTIVO A RECAUDAR	IMPORTE RECAUDADO	% RECAUDADO
2000	16.185.367	8.740.098	54%	7.440.641	7.440.641	100%
2001	6.502.288	0	0%	6.494.475	5.715.138	88%
2002	12.984.530	1.000.000	7,7%	11.979.530	11.979.530	100%
2003	5.882.554	309.737	5,2%	5.572.554	5.572.554	100%
2004	78.677.554	59.794.941	76,0%	18.253.254	18.253.254	100%
2005	9.812.000	0	0%	9.812.000	9.812.000	100%
2006	22.266.133	5.938.400	26.6%	16.327.733	10.502.830	64%
2007	68.691.681	18.817.799	27.3%	49.873.882	51.229.563	100%
2008	34.918.281	20.352.288	58%	14.565.992	2.626.666	18%
2009	197.138.168	64.734.216	44%	132.403.952	73.774.442	56%
2010	44.475.530	26.076.579	58,5%	18.398.950	12.281.845	67%
TOTAL	497.534.086	205.764.059	41,3%	291.122.964	209.188.463	71,85%
Fuente: Elaboración propia CNMC						

De un total de cerca de 500 millones € por infracciones del derecho de competencia (la mayoría por conductas diferentes a cárteles) en un periodo de 11 años (2000-2010), 205 millones fueron anulados por los tribunales (43%). De los 291 millones restantes se habían recaudado a octubre de 2017 un total 209 millones, estando pendientes de cobrar 82 millones.

Si consideramos que el periodo álgido de detección y sanción de los cárteles en España se inició a partir de 2009, tenemos que las sanciones de la década anterior (2000-2010) corresponden en su mayor parte a infracciones por conductas de abuso de posición de dominio, cuya anulación resulta más frecuente, dado que de un lado son sanciones muy elevadas a empresas individuales (los antiguos monopolios, ...) y de otro su acreditación y efectos resultan más difíciles de demostrar que los carteles.

A la luz de lo anterior y considerando el análisis realizado acerca del grado de confirmación recibido de las resoluciones declarando la existencia de cárteles en los últimos 10 años, cabe esperar que el ratio de confirmación de multas por cárteles decididos entre 2009 y 2018 sea (bastante) mejor que el 58% logrado en la década anterior.

De ser así, y estimando un ratio éxito del 70%, ello supondrá **multas efectivas de 1.400 millones €** por la participación en cárteles en España a lo largo de la 2ª década del nuevo milenio.

Ello supondría multiplicar por 7 las cifras de 2010-10 y con ello haber dado un salto de gigante en lo referente a las sanciones impuestas por cárteles en las décadas

anteriores. Lo importante de esto es que la disuasión, inexistente a lo largo de muchas décadas de economía de mercado, se habría finalmente asentado y con ello el cambio de cultura necesario para abandonar modos y costumbres que no pueden tener cabida en una economía sana.

VI. CONCLUSIONES

La economía española ha logrado por primera vez en su historia reciente contar con un sistema de lucha contra los cárteles efectivo, lo que sin duda constituye el mayor logro de los más de 50 años de existencia de la política de **defensa** de la competencia en nuestro país.

El desmantelamiento y sanción de decenas de carteles a lo largo de la última década en los más variados sectores de nuestra economía, contribuye a su mejor funcionamiento y permite una mejor asignación de los recursos productivos, a la vez que contribuye a una **distribución** más equitativa de los mismos, acabando con la injusta detracción de rentas a la que someten las empresas cartelizadas a sus clientes y consumidores, en muchos casos públicos.

Los efectos de la lucha anti cártel no solo se producen respecto de las empresas y sectores cartelizados sino sobre el conjunto de las empresas y sectores productivos. Y ello porque la contundencia con que se combata este tipo de prácticas alertará al resto de las empresas de los costes de su formación, encareciendo dichos acuerdos y desestabilizándolos, lo que finalmente se traduce en una reducción de las infracciones de este tipo y en unos mercados más sanos.

Sin embargo, los logros del pasado no aseguran los del futuro. Para mantener su eficacia, es imprescindible que la persecución de esas prácticas sea continuada, pues en el momento en que se baje la guardia, los incentivos a cartelizarse aumentan automáticamente y el trabajo realizado en el pasado dejará de ser efectivo.

Es por ello que a las puertas de la tercera década del siglo XXI es importante reflexionar acerca de los retos a los que se enfrenta la lucha contra los cárteles en España.

En primer lugar, necesita el **compromiso y apoyo firme del poder político** para poder continuar por la senda iniciada hace una década. La defensa de la economía de mercado como forma más adecuada de asignar y repartir los recursos y el fomento de la competencia como el elemento imprescindible para el logro de mayores niveles de renta constituye un principio básico de nuestro ordenamiento constitucional y no deberían caber dudas respecto de su fomento y defensa.

Sentada esta cuestión es necesario que ello se traduzca en hechos concretos, básicamente en la defensa y **refuerzo de las instituciones** encargadas de aplicar las leyes que lo hacen posible.

A este respecto dos cuestiones parecen claves; por un lado que los recursos públicos destinados a esta política sean suficientes y acordes con los disponibles para economías de similar tamaño y nivel¹⁴ y de otro que el nombramientos de los responsables máximos de la autoridad se realicen entre profesionales competentes y comprometidos con la labor de promover y defender la competencia.

¹⁴ España dedica 13 millones de € al año a la política de competencia, cantidad relativamente baja si se le compara con los 22,6 M€ de Francia, 30,4 M€ de Alemania, 58 M€ de Italia (incluye protección al consumidor) o los 66 M€ del Reino Unido.

Ello, en esencia, requiere una mayor sensibilidad a la hora de elegir a los responsables de las instituciones y una mayor confianza en los muchos y contrastados beneficios derivados de la política de competencia.

Es bien sabido que la defensa de la competencia produce muchos beneficios que, sin embargo, se distribuyen de forma muy dispersa y ataca, por el contrario, intereses muy definidos concentrados en pocas manos. Por ello no resulta fácil encontrar valedores, quedando su defensa en manos de la buena intención de unos pocos gobernantes. Esto provoca sobresaltos periódicos en las instituciones que dañan su funcionamiento y credibilidad.

El factor externo —UE— es siempre un comodín al que se puede acudir, cuando los resultados y beneficios obtenidos no basten por si solos para su defensa.

En todo caso habrá que confiar en que nuestros gobernantes, dejando a un lado intereses partidistas, elijan a los responsables de las instituciones tomando en consideración sus méritos y responsabilidad, pues de ello dependerá en buena medida el resultado futuro del trabajo de la autoridad.

Junto con el refuerzo de la confianza en las instituciones y su corolario, **nombramientos sensatos y recursos suficientes**, existen otras áreas más técnicas que pueden ser también mejoradas. Las fallas se resumen esencialmente en falta de recursos o de tiempo.

Para que la lucha contra los cárteles sea eficaz es necesario que se destapen los cárteles y se sancionen de manera efectiva: ello entre otras cosas exige que lo sancionado sea un cártel y no un acuerdo que pueda parecerlo pero que en el fondo no lo sea. Por ello tan importante es sancionar a las empresas que forman un cártel como no sancionar a aquellas que no lo conforman.

Para garantizar la solidez y el rigor del trabajo de la Autoridad y asegurar que las empresas a las que se acusa son responsables más allá de cualquier duda razonable, es necesario reforzar al máximo el procedimiento sancionador.

Vaya por delante que los procedimientos de la autoridad española son de lo más minuciosos, garantistas y respetuosos con los derechos de las partes de todo el continente, lo cual no obsta para que puedan mejorarse.

Dos cuestiones son importantes.

De un lado la caducidad. Ya se ha mencionado que somos la única autoridad de competencia que exige que las investigaciones de competencia se completen un plazo formal de 18 meses, que con suspensiones e investigaciones preliminares se suele situar en torno a los 2 años. Si bien el escaso tiempo disponible ha acostumbrado a la autoridad a trabajar rápido y aprovechar al máximo los tiempos —con los beneficios que de ello se deriva—, no lo es menos que cuanto más complejo —y en ocasiones más importantes— son los casos (cárteles con muchas ramificaciones, empresas, subsectores, periodos de actividad, etc.) más difícil es instruir y resolver con todas las garantías.

No es bueno que en aras de la rapidez se ponga en peligro la solidez del procedimiento, bien impidiendo que se sancione a los culpables por falta de tiempo para investigar debidamente o limitando los derechos de defensa de las partes por esa misma razón- tiempo.

Es importante que se arbitre una solución que permita que, con celeridad y sin demora, la autoridad pueda realizar todo el trabajo necesario para poder aplicar la ley a

aquellos comportamientos ilícitos, asegurando al mismo la debida contradicción, obteniendo resoluciones lo más sólidas y justas posibles.

Relacionado con esto —la falta de tiempo— está la insuficiencia de recursos que afecta a las diferentes fases del procedimiento y lo pone en peligro. Ambos, tiempo y recursos son, en ocasiones aunque no siempre, dos caras de una misma moneda; se suple la falta de recursos con el alargamiento del proceso, cosa que no es posible en la fase ante la Autoridad, pero sí en la de revisión judicial. A su vez el aumento de recursos permite mejorar la calidad de trabajo en todas sus fases sin por ello alargar necesariamente los plazos de decisión y revisión.

Esto es importante en la segunda fase ante la autoridad, fase fundamental para revisar todo el trabajo realizado y contrastar debidamente lo alegado por las partes, corrigiendo en su caso los errores cometidos y afinando al máximo el trabajo previo. La insuficiencia del plazo y la inadecuación de los medios impide aprovechar debidamente nuestro procedimiento en dos fases, procedimiento que debe asegurar una resolución final lo más nítida y robusta posible que sea difícilmente atacable por los tribunales de revisión.

Algo similar sucede en la fase de revisión jurisdiccional ante la Audiencia Nacional. La sala de lo contencioso de la AN es la que revisa el trabajo de la autoridad, además de otras muchas decisiones administrativas que poco o nada tienen que ver con competencia. La multiplicación de los recursos por cada resolución junto con el abundante material probatorio y lo detallado de las acusaciones contra cada una de las empresas impone una carga de trabajo para la que la sala carece de la necesaria infraestructura y medios, afectando al proceso de revisión.

A esto se añade que la defensa de los casos ante la AN se realiza a través de los servicios jurídicos del Estado, igualmente sobrecargados y lógicamente no tan familiarizados con los asuntos de competencia como lo está la propia autoridad. Las empresas recurrentes, por el contrario, emplean los mismos abogados desde los inicios del caso, lo que facilita la defensa de sus argumentos, sobre todo cuando las cuestiones que se plantean son de detalle o muy técnicas —como sucede en algunos expedientes de abuso. Además, es habitual que las empresas propongan pruebas periciales con economistas, ingenieros, etc. sobre cuestiones complejas en las que la intervención de los expertos de la autoridad se ve limitada por las normas procesales, lo que en ocasiones menoscaba su capacidad de defensa ante los tribunales de revisión¹⁵.

Por otro lado, las sentencias de los órganos de revisión no están sujetas a plazo, lo que produce situaciones paradójicas en las que un asunto resulta invalidado por días mientras que la sentencia tarda años en dictarse, con evidentes perjuicios para el interés público cuando el retraso produce la prescripción de los delitos y deja impune las conductas.

Todo ello requiere de una revisión de los medios con que cuentan los órganos de revisión jurisdiccional para realizar su trabajo y la adecuación de los mismos a las cargas y dificultades que plantean los expedientes de competencia.

De lo contrario todos los esfuerzos previos —investigación, detección, instrucción, resolución,...— realizados para lograr que la lucha contra los carteles funcione correctamente se verán comprometidos y con ello el sistema en su conjunto.

¹⁵ En algunas jurisdicciones —la francesa, por ejemplo—, es la propia autoridad la que defiende sus casos ante los órganos de revisión.

LA DIRECTIVA (UE) 2019/1 "ECN+": NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE COMPETENCIA

The Directive (EU) 2019/1 "ECN+": need and opportunity to amend the Spanish antitrust regulations

Gerard PÉREZ OLMO

Socio de GOLD Abogados

Resumen

Con fecha 14 de enero de 2019 se ha publicado en el DOUE la Directiva (UE) 2019/1, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (la conocida como "Directiva ECN+").

Esta Directiva pretende reforzar la actual Red Europea de Competencia, compuesta por las distintas autoridades nacionales de competencia ("ANC"), de naturaleza administrativa, encargadas de aplicar la normativa nacional de defensa de la competencia, así como los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en sus respectivos ámbitos territoriales de actuación.

En esencia, la Directiva ECN+ dota a las ANC de un mínimo de instrumentos comunes, estableciendo mecanismos dirigidos a asegurar que estas autoridades, entre otros extremos:

- a) Actúen con independencia al hacer cumplir las normas de competencia de la UE y trabajen de forma totalmente imparcial, sin recibir instrucciones de entidades públicas o privadas.
- b) Cuenten con los recursos financieros y humanos necesarios para realizar su trabajo.
- c) Dispongan de las prerrogativas necesarias para recabar todas las pruebas pertinentes, incluyendo amplios poderes de inspección.
- d) Dispongan de instrumentos adecuados para imponer sanciones proporcionadas y disuasorias en caso de infracción de las normas de competencia de la UE.
- e) Dispongan de programas coordinados de clemencia que animen a las empresas a presentar pruebas de la existencia de carteles ilegales.

Asimismo, la Directiva ECN+ pone un especial énfasis en la importancia de los derechos fundamentales de las empresas y administrados, exigiendo a las ANC que lleven a cabo sus actuaciones con pleno respeto a las garantías y derechos de defensa, con arreglo a lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En este artículo se abordan las principales novedades introducidas por la citada Directiva ECN+, poniendo el acento en aquellas que generan la necesidad de reformar, a más tardar el 4 de febrero de 2021, el sistema normativo e institucional español de aplicación de la normativa de competencia.

Aunque como veremos, la Directiva ECN+ no supone una revolución, ni mucho menos, para el sistema español de aplicación de las citadas normas, sí introduce

importantes novedades, entre ellas, la necesaria positivización y consolidación de ciertas reglas referidas a derechos de defensa de las empresas y sus representantes en el procedimiento sancionador, la obligación de contar con autorización judicial previa para realizar inspecciones en domicilios particulares, la posibilidad de que la CNMC convoque a empresarios a entrevistas obligatorias en su sede en el marco de investigaciones, la reforma de las reglas de prescripción de infracciones, la reforma del sistema de solicitudes de clemencia abreviadas y mediante indicadores, la posibilidad de introducir reglas de priorización en la asunción de asuntos por la CNMC y otras disposiciones en materia de colaboración mutua entre autoridades europeas.

Asimismo, entendemos que la Directiva *ECN+* impone, de facto, la necesidad de dotarse, en España, del mecanismo de resolución de procedimientos sancionadores mediante transacciones (con o sin sanción), a semejanza del que ya existe a nivel europeo y en otros Estados Miembros de la UE.

Abstract

The OJEU dated 14 January 2019 has published the Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (the so called, "Directive *ECN+*")

This Directive *ECN+* aims to reinforce the currently existing *European Competition Network* (ECN), composed by the different National Competition Authorities (NCAs), with administrative nature, which are empowered to apply and enforce, in their respective territories, their national competition rules, together with articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

In essence, the Directive *ECN+* imposes to Member States the obligation to give NCAs effective tools so that they are able to, among other issues:

- a) Act independently when enforcing EU antitrust rules and work in a fully impartial manner;
- b) Have the necessary financial and human resources to do their work;
- c) Have all the powers needed to gather relevant evidence of any antitrust infringement, including broad investigation powers;
- d) Have adequate tools to impose proportionate and deterrent sanctions for breaches of EU antitrust rules; and
- e) Have coordinated leniency programmes which encourage companies to come forward with evidence of illegal cartels.

This Directive *ECN+* also strengthens the importance of fundamental rights of companies and citizens, by requiring NCAs to perform their work with full compliance with general principles of Union law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, notably the most essential rights of defence.

This article analyses the most important new rules which are introduced by Directive *ECN+*, with a special focus on those which shall motivate a reform, no later than 4 February 2021, of the Spanish competition laws and/or enforcement system.

Even if, as we shall see, Directive *ECN+* does not generate any revolution for the Spanish institutional and substantive competition enforcement system, it introduces indeed the need to adapt some national rules which affect, among other issues, to: some rights of defence of companies and citizens which have to be consolidated in the Spanish law, the need to gather prior authorisation of a national judicial authority

whenever conducting inspections in particular domiciles, the possibility that the CNMC calls representatives of companies to imperative interviews at the authority's premises, the reform of limitation periods affecting infringement of competition law, the reform of leniency mechanisms (notably the summary applications and the use of markers by applicants), the introduction of powers of CNMC to set their priorities as to the rejection of complaints, and the new rules of mutual cooperation between CNMC and other NCAs.

In our view, the Directive ECN + also imposes a *de facto* obligation for Spain to incorporate the settlement procedure affecting antitrust investigations in its competition enforcement system, similarly to the existing one at EU level and in other national jurisdictions within the EU.

Palabras clave: European Competition Network/ECN/ECN+ | Cooperación entre autoridades de competencia | Independencia e imparcialidad | Derechos de defensa | Remedios/Transacción/Acuerdo convencional/ | Clemencia | Inspecciones domiciliarias | Multas | Plazo de prescripción |

Keywords: European Competition Network/ECN/ECN+ | Cooperation between competition authorities | Independence and impartiality | Rights of defence | Remedies/Settlement/Consent decrees | Leniency | Dawn raids/ domicile inspections | Fine | Limitation period |

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 14 de enero de 2019 se ha publicado en el DOUE¹ la **Directiva (UE) 2019/1, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior** (en adelante, la "Directiva ECN+").

Como su propio título indica, esta Directiva pretende reforzar la actual red de autoridades nacionales de competencia, de naturaleza administrativa, (las conocidas como "ANC") existentes en los Estados Miembros ("EEMM") de la UE². Dichas autoridades, encargadas de aplicar la normativa nacional de defensa de la competencia, así como los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el "TFUE") en sus respectivos ámbitos territoriales de actuación³, han establecido, desde hace años, una serie de mecanismos de cooperación (entre ellas, y con la CE) en el seno de lo que se ha denominado la Red Europea de Competencia, (en inglés, "European Competition Network", o "ECN"⁴), coordinada por la propia CE⁵.

Sin perjuicio de los resultados positivos de dicha cooperación⁶, la existencia, todavía, de importantes divergencias en los regímenes legales previstos a nivel nacional en lo referido a las características, funciones, poderes de actuación y límites de los poderes de cada ANC ha generado no pocos obstáculos en el camino hacia una aplicación lo más homogénea y pacífica posible de las normas de competencia europeas a lo largo y ancho del viejo continente. Un camino en el que, además, dichas ANC caminan en paralelo a los jueces y tribunales de cada EEMM, competentes asimismo para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE tanto en su labor revisora (recursos frente a resoluciones de las ANC) como en su labor de plena jurisdicción (demandas de nulidad de acuerdos, acciones de cesación frente a conductas abusivas, reclamaciones de daños derivados de cárteles, etc.).

Es por ello, que, tras un largo período de debate y consulta pública⁷, la Comisión Europea ("CE") hizo pública, en marzo de 2017, una propuesta de Directiva⁸ dirigida, en esencia, a dotar de mayor autonomía y poder a las ANC de toda la UE. En palabras de la CE, la nueva Directiva ECN+ debía dotar a las ANC de "*un mínimo de instrumentos comunes y de una garantía de aplicación efectiva, al velar por que* (la negrita es nuestra):

- a) *Actúen con independencia al hacer cumplir las normas de competencia de la UE y trabajen de forma totalmente imparcial, sin recibir instrucciones de entidades públicas o privadas.*
- b) *Cuenten con los recursos financieros y humanos necesarios para realizar su trabajo.*

¹ DOUE L 11, de 14.01.2019

² Por ejemplo, en España, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o CNMC.

³ Y en aquellos asuntos que, por diversos motivos (ausencia de interés comunitario, mejor posición de la ANC para investigar la conducta, etc.), no sean objeto de expediente incoado por la CE.

⁴ Este foro de cooperación cuenta con su propia sección en la página web de la DG COMP de la CE: http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html

⁵ La CE publicó, ya en el año 2004, su primera *Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (DOCE nº C101, de 27.04.2004).

⁶ En el seno de la ECN se comparte información sobre asuntos de interés a nivel europeo, se organizan eventos periódicos para debatir sobre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE.

⁷ Los resultados de la consulta pública iniciada en noviembre de 2015 pueden consultarse en: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/index_en.html

⁸ Propuesta disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_es.pdf

- c) *Dispongan de las prerrogativas necesarias para recabar todas las pruebas pertinentes, (...).*
- d) *Dispongan de instrumentos adecuados para imponer sanciones proporcionadas y disuasorias en caso de infracción de las normas de competencia de la UE. (...).*
- e) *Dispongan de programas coordinados de clemencia que animen a las empresas a presentar pruebas de la existencia de carteles ilegales. (...)"*

Asimismo, la CE destacaba, al anunciar esta nueva norma, la "*importancia de los derechos fundamentales de las empresas*", requiriendo a las ANC que "*establezcan garantías adecuadas para el ejercicio de sus potestades, con arreglo a lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*". Como veremos, desde el punto de vista de los administrados, la Directiva *ECN+* también ha supuesto, por tanto, un importante paso adelante para garantizar los derechos de defensa a nivel europeo.

En mayo de 2018 se alcanzó un acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo, dando pie a la definitiva aprobación de la Directiva *ECN +* con fecha 11 de diciembre de 2018. Tras su publicación en el DOUE de 14 de enero de 2019, la nueva norma ha entrado en vigor a principios de febrero de 2019.

En este artículo abordaremos las principales novedades introducidas por la citada Directiva, poniendo el acento en aquellas que generan la necesidad de reformar el sistema normativo e institucional español de aplicación de la normativa de competencia, recogido principalmente en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("la Ley 3/2013"), la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC") y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("el RDC").

Aunque como veremos, la Directiva *ECN+* no supone una revolución, ni mucho menos, para el sistema español de aplicación de las citadas normas, sí introduce importantes novedades en cuanto a derechos y obligaciones de administración y administrados.

Los EEMM —entre ellos, el español— tienen la obligación de adaptar sus actuales sistemas legales (en el plano institucional, procedimental y sustantivo) a más tardar el 4 de febrero de 2021. Este autor confía, en todo caso, que no haga falta esperar tanto tiempo para dotarse de nuevas normas que refuercen y mejoren, en la medida de lo posible, el actual sistema normativo e institucional de aplicación de la normativa europea (y española) de competencia.

A efectos de claridad expositiva, el análisis contenido en este se ajustará al orden de los diversos capítulos de la Directiva *ECN+*.

II. ANALISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA ECN+, DESDE LA OPTICA DEL SISTEMA INSTITUCIONAL Y NORMATIVO ESPAÑOL DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A. Capítulo I – objeto, ámbito de aplicación y definiciones (arts. 1 y 2)

El capítulo I de la Directiva *ECN+* incluye disposiciones básicas sobre el objeto —ya expuesto en la introducción de este artículo— y el ámbito de aplicación de la misma. Es importante destacar que la Directiva *ECN+* abarca la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE "*y la aplicación en paralelo del derecho nacional de la competencia al*

mismo asunto", lo que supone una afectación, en la práctica, de buena parte de los asuntos que conoce la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**"), en los que se identifica una potencial afectación de las corrientes comerciales entre EEMM de la UE, y se aplica en paralelo la LDC y el TFUE.

También debe destacarse el hecho de que la Directiva *ECN+* regula las condiciones de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en el marco de procedimientos sancionadores de naturaleza no penal, sin perjuicio de la eventual calificación como infracción penal (con sus consecuencias específicas, sustantivas y procesales) que en algún EEMM puedan tener los mismos hechos calificados como infracción administrativa.

Respecto al listado de definiciones, procede destacar la definición de "*cártel*"⁹, la cual, conforme a lo reiteradamente señalado por la jurisprudencia europea, tiene un alcance amplio, y mantiene la definición dada por la Directiva 2014/104/UE, sobre acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, ya incorporada en 2017 a la LDC mediante la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, incluyendo "*todo acuerdo o práctica concertada —no necesariamente secreta— entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*".

Asimismo interesa especialmente destacar, desde la óptica de nuestro derecho, la definición del término "*solicitud de transacción*"¹⁰, pues hace referencia al mecanismo de transacciones ("*settlements*") existente a nivel europeo: "*toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de competencia en la que reconozca, o renuncie a discutir, su participación y su responsabilidad en una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional de competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado*".

Dicho mecanismo no está, hoy por hoy implementado formalmente y de forma específica en nuestro sistema normativo de defensa de la competencia, a pesar de que la propia LDC también ha incorporado, desde 2017, una definición semejante, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 3.5).

Como posteriormente razonaremos, la Directiva *ECN+*, aunque no imponga a los EEMM de la UE de forma directa el establecimiento de dicho sistema de transacción, sí parece hacerlo de forma implícita o indirecta, al dar por sentado en varias de sus disposiciones la existencia de dicho mecanismo y la necesidad de proteger de forma especial a los solicitantes de transacciones ante las ANC. Ello debería conducir, deseablemente, a la definitiva implementación expresa de dicho mecanismo —posible transacción con o sin sanción impuesta por la CNMC— en nuestro sistema normativo.

B. Capítulo II – Derechos Fundamentales (art. 3)

El artículo 3 de la Directiva *ECN+* introduce la importante previsión de que cualquier procedimiento por infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE —y

⁹ Artículo 2, apartado 11, de la Directiva *ECN+*.

¹⁰ Artículo 2, apartado 18, de la Directiva *ECN+*.

recordemos, la LDC en paralelo, en España— deberá estar sujeto a los principios generales del Derecho de la UE y, especialmente, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE contiene disposiciones ciertamente relevantes en materia de buena administración (artículo 41¹²) y de justicia (artículos 47 a 50, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez imparcial, el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de defensa, el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, respectivamente), todas ellas plenamente aplicables a los procedimientos sancionadores (incluso administrativos) en el ámbito administrativo de la defensa de la competencia, como ha confirmado la jurisprudencia nacional y europea¹³.

Concretamente, los apartados 2º y 3º del artículo 3 de la Directiva *ECN+* hacen referencia expresa a una serie de derechos de defensa de las empresas que deben respetarse en todo procedimiento incoado por cualquier ANC. Lo cierto es que la práctica totalidad de dichos derechos de defensa ya han sido reconocidos en nuestro país, bien por la legislación aplicable (la LDC, el RDC y/o la normativa de procedimiento administrativo común), bien por la jurisprudencia dictada en materia de procedimiento administrativo.

La Directiva *ECN+* se refiere expresamente al derecho a ser oído, a la tutela judicial efectiva ante un tribunal (derecho a recurrir las decisiones administrativas), a unos plazos de procedimiento razonables (en el caso de España, un máximo de 18 meses desde la incoación de todo procedimiento¹⁴) y al derecho a rebatir mediante alegaciones y pruebas las objeciones escritas de la autoridad antes de la adopción de una decisión final administrativa (en el caso de España, el derecho a alegar frente al Pliego de Concreción de Hechos y la Propuesta de Resolución). A nuestro modo de ver, todos esos derechos son reconocidos y preservados en buena medida por el sistema de aplicación de las normas de competencia en nuestro país¹⁵.

Ello no obsta a que hagamos en este momento dos reflexiones sobre el mejor modo de asegurar la efectiva protección de dos derechos importantes de defensa de las empresas:

- i) Respecto al derecho a ser oído, existe cierta controversia sobre si la normativa española, que prevé el carácter potestativo de la vista ante el Consejo de la

¹¹ Norma publicada en el DOUE C 83, de 30.3.2010.

¹² "Derecho a una buena administración: 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua."

¹³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en materia de competencia y aplicación del principio *ne bis in idem* sirva citar la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2002 (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)* (C-238/99 P) y otros): "(...) el principio *non bis in idem*, principio fundamental del Derecho comunitario, recogido además en el artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7 del CEDH, prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso."

¹⁴ Artículo 36 de la LDC.

¹⁵ Véanse al respecto, entre otros, los artículos 29 y 36 de la Ley 3/2013, los artículos 36, 47, 48 y 50 de la LDC o los artículos 33 y 34 del RDC.

CNMC¹⁶, respeta el principio de inmediación y audiencia ante el órgano resolutorio previsto en la normativa europea de derechos fundamentales¹⁷. A nuestro modo de ver, sería muy recomendable que la reforma de la LDC consagrara el trámite de vista oral ante el Consejo de la CNMC como un paso imperativo y fundamental de la fase resolutoria, a llevar a cabo previo acceso al expediente completo y antes de remitirse a la CE (“CE”) la propuesta de resolución en aplicación de lo previsto por el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003¹⁸.

- ii) Respecto a la necesidad de que las ANC sujeten sus actuaciones a plazos razonables, si bien ya se ha hecho mención al límite de 18 meses establecido por el artículo 36 de la LDC para la duración de los procedimientos sancionadores desde su fecha de incoación, no podemos dejar de denunciar la incertidumbre que genera la ausencia de límite alguno a la duración de las diligencias previas o información reservada previstas por el art. 49.2 LDC y 25 del RDC. En según qué casos, cuando las citadas pesquisas previas, en ausencia de expediente incoado, se prolongan durante un largo período de tiempo —a veces superior a los 12 meses— puede identificarse un problema con el respeto de los derechos de defensa antes señalados¹⁹. Sería, por tanto, muy recomendable una reforma legislativa poniendo límite a la duración de dichas diligencias previas, en España.

Cabe desear, asimismo, que a la luz de este artículo de la Directiva *ECN* + se refuerce el sistema normativo español de aplicación de las normas de competencia positivizando una serie de reglas que han sido consagradas por los tribunales europeos y nacionales como parte del sistema de derechos de defensa de las partes acusadas de infracciones que merecen severas sanciones de índole cuasi-penal²⁰.

Nos referimos, por ejemplo, y entre otras cuestiones no expresamente mencionadas de forma directa por la norma europea, a: i) las reglas sobre protección especial de los documentos de asesoramiento elaborados por abogados externos, cuyo carácter privilegiado reconocido por la jurisprudencia no consta claramente recogido todavía en ninguna disposición normativa española; ii) el necesario carácter acotado y preciso de las órdenes de investigación al que deben ceñirse las actuaciones inspectoras de la CNMC; iii) la posibilidad de presentar alegaciones respecto a una proposición concreta —con cuantía expresa— de sanción que se incluya necesariamente en la Propuesta de Resolución de la CNMC, iv) el derecho a ser asistido en todo momento por un abogado externo en el transcurso de las inspecciones domiciliarias realizadas por la

¹⁶ Artículo 19 del RDC.

¹⁷ Véase el interesante análisis llevado a cabo por D. Santiago Soldevila en su artículo *“Una habitación sin vistas”* (Actualidad Administrativa nº 11, noviembre 2016, Nº 11, 1 de nov. de 2016, Editorial Wolters Kluwer), en el que se analiza la jurisprudencia europea de aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los trámites de audiencia pública y vista oral ante los órganos administrativos y jurisdiccionales encargados de aplicar la normativa de competencia.

¹⁸ Convocar una vista oral una vez se ha remitido una propuesta de resolución a la CE podría desvirtuar en gran medida el objetivo del citado trámite contradictorio.

¹⁹ Como de hecho, ya ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de diciembre de 2017 (asunto *Tubogas/Repsol*), al señalar, respecto al trámite de información reservada, que: *“En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad”* (FJ 6º).

²⁰ Como indicó el Tribunal Supremo en su conocida sentencia 112/2015, de 29 de enero de 2015 (recurso de casación 2872/2013), siguiendo la interpretación de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens y otros c. Italia*, ya que *“tales sanciones administrativas pecuniarias tienen carácter penal, dada su calificación jurídica en el Derecho nacional, su naturaleza y su gravedad.”*

CE, CNMC o autoridades autonómicas; v) el derecho a solicitar el tratamiento confidencial de determinada documentación empresarial o privada, etc. Todos ellos son derechos consagrados de defensa que deberían tener su reconocimiento normativo en un sistema administrativo garantista como el español.

Creemos, en definitiva, que nos encontramos en un momento óptimo —la ventana temporal de la necesaria reforma legislativa impuesta por la Directiva *ECN+*—, que debería aprovecharse para situar nuestro sistema de aplicación de las normas a la vanguardia tanto en capacidades de la CNMC como en respeto de los derechos de defensa de las empresas.

C. Capítulo III – Independencia y recursos (arts. 4 y 5)

La Directiva *ECN+* dedica los artículos 4 y 5 a garantizar que todas las ANC sean autoridades que cuenten con un grado elevado de independencia política, funcional, técnica y económica, contando con recursos financieros, técnicos y humanos suficientes y cualificados para desempeñar su labor con eficacia.

A nuestro modo de ver, el sistema español de aplicación de la normativa de competencia ya garantiza hoy por hoy el cumplimiento de buena parte de dichas exigencias, al prever la independencia funcional de la CNMC, el régimen de imparcialidad e incompatibilidades de los miembros del Consejo y unas causas tasadas de cese de los mismos²¹. Sin embargo, la Directiva va un poco más allá y exige un régimen de incompatibilidades que afecte a todo el personal de las ANC, algo que no está regulado en nuestro país.

En materia de recursos humanos, técnicos y económicos, el sistema español prevé una serie de disposiciones presupuestarias y facultades para dotarse de personal funcionario o laboral cualificado en materia de competencia que se ajustan en buena medida a lo previsto por la Directiva *ECN+*²², si bien será necesario garantizar a la CNMC mayor independencia en la gestión del presupuesto asignado para el desempeño de sus funciones (art. 5.3 de la Directiva). También está previsto en la normativa española la necesaria cooperación con otras ANC y otras instituciones y organismos públicos con vistas a promover una aplicación homogénea y efectiva de la normativa de defensa de la competencia, tal como exige el art. 5.2 de la Directiva²³.

En cuanto a la selección de los miembros del órgano decisorio, la Directiva *ECN+* exige reglas transparentes y claras, que entendemos se respetan en el sistema español²⁴, por mucho que desde la práctica privada se ponga el acento, a menudo, en la importancia de articular mecanismos que garanticen con absoluta eficacia la selección de profesionales especialistas en las materias objeto de la actuación de la CNMC, especialmente para los cargos decisorios más relevantes, en el seno del Consejo de la CNMC.

²¹ Véanse los arts. 3, 22, 23 y 24 de la Ley 3/2013. Y ello sin perjuicio de que en la Sala de Regulación de la CNMC se haya constatado, en una ocasión, un problema de incompatibilidad con lo previsto en la Directiva 2002/21/CE en cuanto a la independencia del regulador, con ocasión del cese de dos consejeros de la antigua CMT, analizados por el TJUE en Sentencia de 19 de octubre de 2016 (asunto C-424/15), *Bernardo de Lorenzo y Javier Ormaetxea c./Administración del Estado*. Problema que fue subsanado mediante la readmisión ordenada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de enero de 2017 (recurso 2/506/2013).

²² Artículos 31 a 33 de la Ley 3/2013.

²³ Art. 4 de la Ley 3/2013 y art. 18 de la LDC, entre otras disposiciones relevantes.

²⁴ Arts. 15 y 32 de la Ley 3/2013.

Desde la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC), por ejemplo, se ha propuesto, entre otras medidas²⁵: i) la incorporación de mecanismos transparentes de selección de los miembros del Consejo de la CNMC a partir de un panel de expertos reconocidos en la materia, inspirados en el modelo británico y de otros países; ii) la incorporación de mecanismos de flexibilidad a la hora de poder dotarse de personal laboral, con origen en el sector profesional privado, y/o de personal extranjero, en cargos de responsabilidad de la CNMC; iii) la eliminación del actual sistema de rotación de miembros entre las distintas Salas del Consejo²⁶, con especialidades distintas, etc.

Como novedad destacable, el artículo 4.5 de la Directiva *ECN+* prevé la importante facultad de las ANC de establecer sus **prioridades** en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y, en su caso, de desestimar aquellas denuncias formales que no consideren prioritarias, sin la necesidad de realizar estudios detallados de las mismas. Dicha facultad no viene prevista hoy por hoy en la normativa española, que solamente prevé la figura de la no incoación por la Dirección de Competencia cuando no se detecten indicios de infracción de la LDC —tras un trámite de información reservada, en su caso— o la decisión de archivo de actuaciones por el Consejo también en casos de ausencia de infracción de la LDC²⁷.

Es muy probable, por tanto, que el legislador español incluya en la LDC una nueva disposición con esta facultad expresa de priorización de asuntos. Una facultad que, a nuestro modo de ver, puede aportar mayor flexibilidad y eficiencia a la actuación de la CNMC —teniendo en cuenta sus recursos limitados— pero que debería ser ejercida con la debida cautela por parte de esta autoridad, teniendo en cuenta la importancia para los administrados de obtener respuesta a la mayoría de las denuncias en que existan indicios de infracción de la LDC y del TFUE.

A este respecto, entendemos que dicha facultad de priorización debería complementarse con medidas que favoreciesen, por ejemplo, la realización de consultas más o menos formales a la Dirección de Competencia de la CNMC sobre la legalidad de conductas de terceros. Hoy por hoy sólo existe el mecanismo de la denuncia formal, lo que ciertamente puede dar lugar a denuncias innecesarias, abusivas, que se podrían evitar con una consulta previa (mecanismo que sí existe, por ejemplo, en el ámbito del control de concentraciones²⁸).

Por otro lado, habida cuenta de que buena parte de los asuntos “poco prioritarios” para la CNMC pudieran ser asuntos con impacto en un ámbito territorial limitado (por ejemplo, con alcance en una única región o varias regiones o municipios), tal vez la implementación de dicha nueva facultad de priorización debería verse acompañada de una reforma de la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y de las CCAA en materia de defensa de la competencia*, que ampliara las facultades de actuación de las autoridades autonómicas de competencia —por ejemplo, actuando por encargo o delegación expresa de la CNMC—, actualmente muy restringidas a asuntos con impacto infra-autonómico²⁹.

²⁵ Véase la contribución de la AEDC a la Consulta Pública de la CE previa a la publicación de la Propuesta de Directiva *ECN+*, disponible en la página web de esta asociación: <http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2016/02/Empowering-NCAs-submitted-document.pdf>

²⁶ Art. 18.2 de la Ley 3/2013.

²⁷ Art. 49 LDC.

²⁸ Art. 55.2 LDC y 59 RDC.

²⁹ Art. 1.3 de la Ley 1/2002.

D. Capítulo IV – Competencias (arts. 6 a 12)

Los artículos 6 a 12 de la Directiva *ECN+* prevén una serie de facultades de las que debe disponer toda ANC para aplicar de forma efectiva los artículos 101 y 102 del TFUE (y en paralelo el derecho nacional de la competencia).

En el sistema normativo español, la práctica totalidad de dichas facultades y poderes de actuación ya están en manos de la CNMC (o, en su caso, las autoridades autonómicas de defensa de la competencia), en lo relativo a:

a) La facultad para inspeccionar empresas y asociaciones sin previo aviso, obtener copias de documentos y archivos, precintar locales, acceder a medios de comunicación de la empresa (ej. teléfonos móviles) solicitar explicaciones a los empleados en el marco de las inspecciones y dotarse del auxilio policial en casos necesarios³⁰.

b) La facultad de inspeccionar otras dependencias privadas, incluidos domicilios o vehículos particulares de directivos o personal de las empresas investigadas, cuando existan sospechas razonables de que esconden pruebas relevantes de infracciones³¹. A este respecto, la Directiva *ECN+* impone la **obligación de contar siempre y en todo caso con autorización judicial previa**, lo que sí obliga a una reforma de la legislación española, que hoy por hoy no refleja esta exigencia expresa, sí impuesta por la jurisprudencia española en materia de inspecciones domiciliarias.

c) La facultad de requerir información a empresas y asociaciones, a aportar de forma obligatoria en un plazo determinado y razonable³². La Directiva *ECN+* también prevé, sin embargo, extremos no previstos por la normativa española, como la necesidad de que se trate de requerimientos "*proporcionados*" y referidos a "*información accesible para las empresas*". Obviamente dichos requisitos, que no siempre son fáciles de verificar, deben analizarse caso por caso.

d) La facultad de adoptar, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares cuando la urgencia de una situación de infracción lo aconseje y existan indicios razonables de existencia de infracción (*fumus boni iuris*)³³. A este respecto, la Directiva *ECN+* prevé como novedades —respecto al derecho español vigente— la necesidad de informar a la Red Europea de Competencia (ECN) de la imposición de toda medida cautelar, y la necesidad de que las mismas deban ser revisadas en procedimientos judiciales en procedimientos de recurso acelerados³⁴.

e) La facultad de adoptar decisiones de constatación y cese de las infracciones, imponiendo a las empresas las medidas correctoras estructurales o de comportamiento que sean necesarias³⁵, o la facultad de adoptar decisiones haciendo vinculantes los compromisos ofrecidos por empresas o asociaciones que

³⁰ Art. 27 de la Ley 3/2013 y 13 del RDC.

³¹ Art. 27 de la Ley 3/2013.

³² Art. 28 Ley 3/2013; art. 39 LDC y Art. 17 RDC.

³³ Arts. 54 LDC y 40-41 del RDC.

³⁴ No podemos dejar de mostrar cierta sorpresa por la decidida promoción de las medidas cautelares llevada a cabo desde el ámbito comunitario, cuando desde la aprobación del Reglamento (CE) 1/2003 sobre aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, no se tiene conocimiento de la adopción de ninguna medida relevante de este tipo por la Comisión Europea.

³⁵ Arts. 53 LDC y 38 RDC

respondan a las reservas de la autoridad, y cuyo efectivo cumplimiento podrá ser supervisado por la propia ANC (en España, la llamada “*terminación convencional*”)³⁶.

Al margen de lo ya señalado respecto a competencias de la CNMC ya reconocidas por la legislación española procede destacar, desde la óptica de nuestro sistema normativo, la novedosa figura de las “**Entrevistas**” previstas por el artículo 9 de la Directiva *ECN+*. Se trata de un mecanismo que formalmente no está previsto en nuestra legislación de forma expresa —aunque pudiera deducirse como algo posible a la vista de las facultades amplias de investigación y requerimiento de la CNMC— y que, según la Directiva *ECN+*, debiera permitir a la autoridad, “*como mínimo, a convocar a una entrevista a cualquier representante de una empresa o asociación de empresas, o a cualquier representante de otras personas jurídicas, y a cualquier persona física, cuando dicho representante o persona pueda estar en posesión de información relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.*”

Dicha figura, a caballo, de algún modo, entre el requerimiento escrito de información y la solicitud de explicaciones orales en el momento de una inspección, permitiría a la CNMC obligar a determinados representantes y empleados de una empresa a acudir física y personalmente a la sede de la autoridad a aportar información relacionada con el objeto de una investigación. Sería deseable una regulación expresa de las condiciones de dichas convocatorias, garantizando la protección de derechos elementales de defensa como el derecho a no autoinculparse por los entrevistados, el de ser citado con la debida antelación, o el de actuar asistido en todo momento por un abogado externo, entre otros extremos.

E. Capítulo V – Multas y multas coercitivas (arts. 13 a 16)

Los artículos 13 a 16 de la Directiva *ECN+* abordan aspectos que, en su inmensa mayoría, también representan una realidad jurídica consolidada en el sistema normativo español.

Así, las facultades de imposición por la CNMC de sanciones y multas coercitivas no penales a empresas y asociaciones por infracciones dolosas (deliberadas) o negligentes de la normativa de competencia, los límites máximos de las citadas sanciones (10% del volumen de negocios mundial³⁷ en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción), o los criterios relevantes para el cálculo de las mismas —teniendo en cuenta la duración y gravedad de las prácticas analizadas— son aspectos sobradamente regulados en nuestra legislación, que incluye normas plenamente ajustadas a los requisitos mínimos establecidos por la Directiva *ECN+*³⁸.

Nótese que, de forma algo sorprendente, la Directiva *ECN+* no aborda en ningún momento la posibilidad de sancionar no penalmente a directivos de las empresas imputadas, siendo esta una cuestión que ya es objeto de tratamiento especial —y

³⁶ Arts. 52 LDC y 39 RDC.

³⁷ Si bien es cierto que el artículo 63 de la LDC se refiere al “volumen de negocios total”, lo cierto es que los tribunales españoles no han especificado expresamente que se trate de un volumen de negocios limitado a España. En todo caso, con la nueva Directiva *ECN+* se disipa cualquier duda al respecto, al menos respecto a asuntos en que se aplique en paralelo el TFUE y la LDC.

³⁸ Véanse al respecto el artículo 29 de la Ley 3/2013, los artículos 61 a 64 y 67 de la LDC, o los artículos 17 y 21 del RDC.

sanción económica, en su caso— en numerosos EEMM de la UE, entre ellos España. Sí que se aborda, si bien solamente en un Considerando (nº 46) de la Directiva, la posibilidad de las ANC de imputar responsabilidad y exigir el pago de multas a las matrices —en base al concepto de unidad económica consagrado por la jurisprudencia europea— y a las empresas sucesoras en caso de transmisión de compañías³⁹.

Dicho lo anterior, cabe destacar como novedad desde la óptica del derecho español la posibilidad de que se imponga una sanción o multa coercitiva a una empresa por no comparecer a una entrevista convocada por la CNMC —según se señala en los artículos 13.2.e) y 16.1.b)—, que entendemos deberá incorporarse a la LDC, en línea con lo antes apuntado respecto a estas actuaciones.

Al margen de lo anterior, y aunque la Directiva *ECN+* no exige una reforma de la LDC en ese sentido, creemos que la próxima reforma del sistema normativo español, a los efectos de trasponer la citada norma europea debería aprovecharse para aumentar al máximo posible la seguridad jurídica de los administrados, fundamental en un ámbito administrativo sancionador como el de la normativa de competencia, en el que las multas económicas pueden ser tanto o más severas que ciertas sanciones penales.

A este respecto, creemos que la reforma de la LDC podría aprovecharse para, entre otras medidas:

a) Positivizar al máximo posible los criterios de cálculo de las multas publicados recientemente por la CNMC mediante circular informativa (en documento de noviembre de 2018⁴⁰), aumentando así la previsibilidad de las actuaciones sancionadoras de la autoridad de competencia y reforzando la necesaria motivación de las resoluciones.

Recordemos que los nuevos criterios de cálculo son resultados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con origen en su sentencia nº 112/2015, de 29 de enero de 2015⁴¹, por la que se consideró que la Comunicación sobre cálculo de sanciones publicada por la CNMC en el año 2009 no se ajustaba a lo previsto por la LDC, a pesar de haber sido elaborada a imagen y semejanza de las Directrices de la CE sobre cuantificación de sanciones publicadas en el año 2006⁴². Creemos deseable que buena parte de dichos criterios de cuantificación de sanciones complete la redacción, actualmente muy genérica, del artículo 64 de la LDC, sobre *"Criterios para la determinación del importe de las sanciones"*.

Lo anterior resulta particularmente importante teniendo en cuenta que, para infracciones muy graves, la sanción puede situarse, según la propia LDC y los tribunales de justicia, dentro de un rango económico amplísimo, que abarca del 0.1

³⁹ El considerando 46 de la Directiva *ECN+* señala que: *"Para garantizar la aplicación efectiva y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE, el concepto de «empresa», tal como figura en los artículos 101 y 102 del TFUE, que debe aplicarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, designa una unidad económica, aun cuando esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Por consiguiente, las ANC deben poder aplicar el concepto de empresa para considerar responsable a una sociedad matriz, e imponerle multas, por la conducta de alguna de sus filiales cuando la sociedad matriz y su filial formen una única unidad económica. Para evitar que las empresas eludan su obligación de pagar una multa por las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE mediante cambios jurídicos u organizativos, las ANC han de poder considerar responsables a los sucesores jurídicos o económicos de la empresa, e imponerles multas, por infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."*

⁴⁰ Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (disponibles en la página web de la CNMC:

https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/Indicaciones%20provisionales%20de%20multas%20de%20competencia%20-%20CNMC.pdf

⁴¹ Recurso de casación 2872/2013.

⁴² Directrices publicadas en el DOUE C 210, de 1.9.2006

al 10% del volumen de negocios total de una empresa en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción.

b) Clarificar los criterios de imputación de responsabilidad y de sanciones solidarias a las matrices de determinadas empresas, respecto a los cuales la Directiva ECN+ solamente se pronuncia de forma genérica en el ya citado Considerando 46. Hoy en día se percibe cierta arbitrariedad en las decisiones de la CNMC de imputar responsabilidad solidaria o no, según los casos, a las matrices de las compañías directamente implicadas en un cártel.

Creemos que el artículo 61.2 de la LDC debería completarse, en este sentido, indicando aquellas circunstancias en las que la CNMC, por regla general, imputará o no imputará responsabilidad de las matrices.

F. Capítulo VI – Programas de Clemencia para cárteles secretos (arts. 17 a 23)

La Directiva ECN+ impone a los EEMM, en sus artículos 17 a 23, el deber de dotarse de mecanismos de clemencia que permitan reforzar la detección de cárteles eximiendo completamente o reduciendo el importe de las sanciones de aquellas empresas y directivos que colaboren activamente con la ANC aportando información relevante sobre el cártel en el que participan.

Obviamente, se trata de una necesidad de homogeneización a nivel europeo fundamental para las ANC y los propios administrados, que hoy en día deben lidiar con regímenes absolutamente distintos, donde a nivel comunitario (CE) y en diversos EEMM (España entre ellos) ya existen reglas de clemencia que recompensan y protegen a los delatores de modo especial, mientras que en otros EEMM no existen reglas de este tipo, pudiendo utilizarse sus declaraciones de clemencia en su contra por las ANC, o por terceros reclamantes de daños derivados de un cártel.

En el caso de España, como es sabido el sistema de clemencia es una realidad consolidada desde la propia publicación de la LDC, en julio de 2007, con sus artículos 65 y 66, desarrollados por los artículos 46 a 53 del RDC.

Varios años más tarde (en 2013), la CNMC publicó su *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*⁴³, en la que se contiene el detalle del procedimiento de solicitud de exención o reducción de la sanción, adoptando las prácticas y formularios acordados en el seno de la Red de Autoridades de Competencia a finales de 2012.

Lo cierto es que la Directiva ECN+ apenas introduce novedades sustanciales relevantes respecto a los requisitos y el procedimiento de solicitud (escrita o verbal, completa o abreviada) de exención o reducción de sanciones expuestos en la *Comunicación de la CE relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, publicada en diciembre de 2006⁴⁴, así como en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia aprobado en noviembre de 2012.

Principalmente nos encontramos, por tanto, ante una positivación, en forma de derecho derivado europeo, de reglas que se venían aplicando por la CE desde hace años, previstas en la citada Comunicación. Resulta, por tanto, igualmente exigible (y deseable) la positivación completa de las citadas reglas sobre el procedimiento de

⁴³ Comunicación disponible en la página web de la CNMC: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>

⁴⁴ DOUE C 298/17, de 8 de diciembre.

clemencia en el sistema normativo español, de forma que la nueva LDC —o en su caso, su Reglamento de desarrollo— refleje, con normas jurídicas (vinculantes para administración y administrados) las reglas detalladas actualmente establecidas en un instrumento de "*soft law*" como la Comunicación sobre el Programa de Clemencia.

Más allá de dicha necesaria y deseable positivación de las reglas de clemencia con que ya contamos en nuestro sistema normativo, lo cierto es que la Directiva *ECN+* introduce algunas novedades sustantivas destacables en esta materia, como las siguientes:

- Se obliga a los EEMM a implementar en sus procedimientos de clemencia el sistema de **indicadores**⁴⁵ (artículo 21) ya existente a nivel europeo para las solicitudes de exención del pago de la multa, que permite al solicitante de clemencia expresar su intención de solicitar la clemencia y asegurarse un puesto según el orden de presentación de solicitudes, mientras recopila toda la información y pruebas para completar su solicitud. El sistema español no contempla expresamente esta figura, ni en la LDC, ni el RDC ni en la antes citada Comunicación sobre el Programa de Clemencia.
- Se implementa un **régimen coordinado a nivel europeo de solicitudes de clemencia abreviadas** (artículo 22), de forma que tras solicitarse un indicador o presentarse una solicitud completa en algún EEMM, toda empresa podrá presentar solicitudes abreviadas referidas al mismo cártel ante otras autoridades, siempre que el asunto afecte a más de tres EEMM.
- Se implementa una interacción entre los regímenes de clemencia y los sistemas de persecución penal de los cárteles, de forma que los EEMM puedan eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan presentado solicitudes de clemencia (art 23). En todo caso, la persecución penal de las personas físicas involucradas en los cárteles se deja en manos de los EEMM.

Posteriormente veremos cómo otras disposiciones de la Directiva *ECN+* prevén salvaguardas específicas respecto al contenido de las solicitudes de clemencia, a semejanza de lo que ocurría con la Directiva 2014/104/UE, en materia de acciones de daños derivados de infracciones antitrust.

G. Capítulo VII – Asistencia mutua (arts. 24 a 28)

Este capítulo de la Directiva *ECN+* prevé importantes mecanismos de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia, abarcando desde la prestación de apoyo en procedimientos de inspección domiciliaria o entrevistas a representantes de empresas sitas en otros EEMM⁴⁶ (art. 24), la posibilidad de intercambiar información sobre cargos preliminares, actos procesales u otros documentos relevantes en el marco de todo procedimiento de investigación referido a empresas con sede en otro EEMM (art. 25), o el apoyo en la ejecución de decisiones firmes sancionadoras de otras ANC,

⁴⁵ En inglés, *markers*.

⁴⁶ Cooperación entre ANC que ya se ha llevado la práctica en el pasado. Por ejemplo, en el marco del expediente S/0251/10 *Envases Hortofrutícolas*, en el que, con fecha 2 de marzo de 2010 la CNC llevó a cabo inspecciones en las sedes de diversas empresas españolas, así como en las sedes en Italia de otras empresas implicadas en una infracción investigada, a través de la *Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato* (Autoridad Italiana de Competencia), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC y el artículo 22.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

cuando ello sea necesario para asegurar el cumplimiento de dichas resoluciones, por ejemplo, por insuficiencia de activos en el Estado en el que se le ha sancionado (art. 26).

Se imponen asimismo reglas y principios de reconocimiento recíproco de actos administrativos y confianza mutua respecto a los actos de otras ANC, sin necesidad de reconocimiento de los mismos mediante apostillas o instrumentos similares (art. 27).

Con ello se pretende dotar de eficacia a la labor de las ANC más allá de sus respectivos ámbitos territoriales competenciales, de modo que la Red de Autoridades de Competencia devenga una realidad operativa y jurídica, más allá de la deseable coordinación básica —especialmente informativa— que despliega hoy en día. Obviamente se refuerza la cooperación internacional de la CNMC mediante mecanismos que no están positivizados, hoy por hoy, en la normativa española, por lo que deberán incluirse en los cuerpos legales oportunos.

H. Capítulo VIII – Plazos de prescripción (art. 29)

Este capítulo introduce como principal novedad la interrupción de los plazos de prescripción para la imposición de multas y multas coercitivas por la actuación de otras ANC o de la CE, o durante la revisión jurisdiccional de las decisiones de dichas autoridades de otro Estado Miembro.

A este respecto, cabe preguntarse hasta qué punto las consecuencias de la aplicación práctica de este artículo (ya de por sí de muy dificultosa ejecución) serán compatibles con los derechos de defensa de las empresas; por ejemplo, en casos en que infracciones prescritas según la normativa de un EEMM (por ejemplo, transcurridos 4 años en España desde la comisión de una infracción muy grave) pueden seguir persiguiéndose en caso de que la ANC de otro país inicie una inspección al respecto. Habrá que comprobar cuál es el efecto real de esta disposición y el control judicial de su compatibilidad con la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE antes mencionada (que recordemos prevé el derecho de las partes a estar sujetas a “plazos razonables” de investigación)⁴⁷.

En todo caso, nuevamente se trata de novedades que no están positivizadas, hoy por hoy, en la normativa española, por lo que deberán incluirse necesariamente en los cuerpos legales oportunos. Concretamente, el actual artículo 68 de la LDC, que establece plazos de prescripción de las infracciones de la LDC, deberá completarse con estas menciones, relevantes para aquellos casos en que se esté aplicando en paralelo el derecho europeo y el derecho español de la competencia.

I. Capítulo IX – Disposiciones generales (arts. 30 a 33)

El capítulo IX de la Directiva *ECN+* aborda cuestiones de diversa índole y trascendencia, mereciendo un análisis centrado en lo más relevante del mismo.

El artículo 30 prevé que las ANC tengan plenas facultades para participar, como parte recurrente o recurrida, en los procedimientos judiciales que tengan por objeto la revisión jurisdiccional de decisiones sancionadoras administrativas, así como las decisiones de autorización referidas a las inspecciones domiciliarias. En España, el

⁴⁷ Cabe preguntarse si existirá, por tanto, una diferencia relevante en los plazos de prescripción de las conductas dependiendo de su grado de afectación del comercio entre los EEMM de la UE, requisito esencial para la aplicación del artículo 101 TFUE.

ejercicio de dichas facultades directamente por la CNMC no está previsto en la normativa procesal contencioso-administrativa⁴⁸, por lo que será necesaria una adaptación de la misma.

El artículo 32 prevé la admisibilidad de un amplio elenco de tipos de pruebas —documentales, testificales orales, mensajes electrónicos, grabaciones en distintos soportes, etc.— que puedan utilizar los administrados ante las ANC. En este caso, se trata de previsiones que ya encajan, sin necesidad de reformas relevantes, en la normativa española de procedimiento administrativo⁴⁹.

El artículo 31 es, a nuestro parecer, el más relevante de este capítulo, tanto por su contenido explícito como por su contenido implícito. De forma expresa, esta disposición regula el acceso de las partes al contenido de todo expediente administrativo sancionador, y establece ciertos límites en la utilización de la información. Entre otros extremos, se establece el deber del personal de las ANC de resguardar la confidencialidad de la información obrante en el expediente protegida por el secreto profesional.

Asimismo, este artículo impone a los EEMM que el acceso a las declaraciones de clemencia o solicitudes de transacción de terceros sólo se conceda a las partes objeto del procedimiento de que se trate y únicamente con fines del ejercicio de sus derechos de defensa. En línea con lo previsto por la Directiva 2014/104/UE en materia de acciones de daños derivados de infracciones antitrust, se establecen límites a los accesos a las declaraciones de clemencia y de transacción, con el fin de no desincentivar a los administrados que opten por dichos mecanismos ante las ANC, que de manera clara facilitan la labor de detección —caso de la clemencia— y de resolución —caso de las transacciones— de los expedientes.

Nótese precisamente que el artículo hace referencia expresa al mecanismo de solicitud de transacción (en inglés, "*settlement*"), dando por sentado la posibilidad de que el derecho nacional de la competencia prevea la utilización ante las ANC de dicho mecanismo, a imagen y semejanza del previsto a nivel europeo, referido a expedientes de cártel tramitados por la CE⁵⁰.

En el caso de España, lo cierto es que la normativa de defensa de la competencia no contempla, de forma específica, la posibilidad de llegar a un acuerdo transaccional con la CNMC mediante el cual se acepten las imputaciones de la autoridad, se reconozca la participación en un cártel, y se obtenga una rebaja del importe inicialmente previsto de sanción económica (a nivel europeo, la rebaja que se aplica es del 10%). Así lo ha interpretado la CNMC y la antigua CNC en diversas ocasiones⁵¹.

Debe señalarse, sin embargo, que existe una notable controversia a este respecto, pues hay autores —e incluso autoridades autonómicas de competencia, como la vasca— que han sostenido, desde hace años, que el citado mecanismo transaccional, con sanción incluida, es perfectamente viable en el vigente derecho español de la

⁴⁸ Véase el artículo 19.1 de la Ley 29/1998, sobre legitimación activa en el ámbito contencioso-administrativo: la CNMC no actúa de forma autónoma, sino como parte de la Administración estatal, representada por la Abogacía del Estado, en los pleitos referidos a sus actuaciones. La CNMC sí cuenta, hoy por hoy, con legitimación activa expresa para impugnar directamente actos administrativos y disposiciones generales de rango inferior a la ley que puedan obstaculizar el mantenimiento de la libre competencia en los mercados. (art 5.4 de la Ley 3/2013).

⁴⁹ Artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las AAAP: "1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil."

⁵⁰ Nos referimos al procedimiento transaccional regulado por la "Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel", publicada en el DOCE C167, de 2.7.2008.

⁵¹ Véase por ejemplo la Resolución de 20 de setembre de 2012 (Expte. R/0107/12, SUMINISTROS COPLASA).

competencia, dada la aplicación supletoria de la normativa de procedimiento administrativo común⁵², que prevé la figura de la terminación convencional⁵³ en términos mucho más amplios que los regulados por la LDC en su artículo 52⁵⁴. También el derecho procesal penal prevé la figura de la transacción como vía perfectamente legítima de cerrar una investigación criminal, mediante acuerdo entre la fiscalía y el imputado.

En cualquier caso, la inexistencia de disposiciones claras y expresas en la LDC al respecto ha impedido, hasta la fecha, la terminación por la CNMC de ningún expediente de cártel (u otro tipo) mediante un procedimiento transaccional semejante al que existe a nivel europeo, y en otros EEMM de la UE. Y ello a pesar de que incluso otras normas ya vigentes en España, como el artículo 283.bis.i) de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sobre límites a la exhibición de documentos en casos de acciones de daños derivados de infracciones antitrust— ya hace mención expresa a este mecanismo.

Por ello, de cara a llevar a cabo una correcta implementación de la Directiva *ECN+*, y sobre todo de cara a dotarse de un mecanismo que se ha demostrado eficaz, a nivel europeo, para agilizar los procedimientos de lucha contra los cárteles⁵⁵ y reducir la litigiosidad entre ANC y administrados, convendría, desde nuestro punto de vista, introducir en nuestra normativa cuanto antes, y de forma expresa, el mecanismo de transacciones con o sin sanción económica, mediante la oportuna reforma de la LDC⁵⁶.

J. Capítulo X – Disposiciones finales (arts. 34 a 37)

La Directiva *ECN+*, publicada en DOUE n° L 11 de 14 de enero de 2019, entró en vigor en febrero de 2019. Según dispone su artículo 34, la transposición de la misma al derecho de los EEMM deberá llevarse a cabo, a más tardar, el 4 de febrero de 2021. En el año 2024 se evaluará mediante informe de la CE la efectividad de esta norma.

III. CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos tratado de sintetizar las novedades más relevantes introducidas por la Directiva *ECN+*, partiendo de la realidad del sistema actual —institucional y normativo— de defensa de la competencia en España.

Como hemos visto, partiendo del grado avanzado de desarrollo del sistema institucional y normativo español, y de su semejanza con el sistema europeo (especialmente en cuanto a facultades de investigación de la CNMC, poderes de sanción a empresas y asociaciones, y sistema de clemencia), la Directiva *ECN+* no genera una obligación de acometer grandes reformas normativas, si bien es cierto que sí obliga a reforzar algunos aspectos del sistema español.

Así, la Directiva *ECN+* obligaría a España a:

⁵² Artículo 45 de la LDC. Según diversos autores, este artículo tampoco impide la transacción con imposición de sanción por la CNMC, al no prohibirlo de forma expresa.

⁵³ Artículo 86 de la Ley 39/2015, precitada. Como antes se preveía por el artículo 88 de la Ley 30/1992.

⁵⁴ Este artículo de la LDC no prevé expresamente la posibilidad de que: i) las partes reconozcan su responsabilidad en cuanto a la existencia de una infracción de la LDC, y ii) la CNMC imponga una sanción como resultado de la terminación convencional.

⁵⁵ Por mucho que el modelo comunitario haya limitado su aplicación al ámbito de los cárteles, creemos que el mecanismo de transacciones podría ser útil —e incluso especialmente adecuado—, también para otro tipo de infracciones de la LDC, como los abusos de posición dominante.

⁵⁶ A este respecto existen opiniones dispares sobre la conveniencia de adoptar un sistema de transacciones idéntico al que aplica la CE —sólo aplicable a cárteles— o extenderlo a otras prácticas infractoras.

- Reforzar la independencia funcional y presupuestaria de la CNMC.
- Reforzar el régimen de independencia e incompatibilidades del personal de la CNMC.
- Dotar a la CNMC de facultades expresas de entrevistar a personal de las empresas investigadas en su sede.
- Reforzar el mecanismo de las medidas cautelares previsto en la LDC.
- Introducir posibles mecanismos de priorización de asuntos por la CNMC, que a nuestro juicio deberían completarse con reformas de la Ley 1/2002, o con la introducción de mecanismos de consulta a la CNMC en materia de infracciones.
- Prever la necesidad de dotarse de autorización judicial para inspeccionar domicilios, vehículos y medios privados.
- Introducir ciertos cambios en el sistema de clemencia previsto en la LDC y RDC, introduciendo el mecanismo de los indicadores y reforzando la coordinación en el seno de la ECN.
- Introducir cambios para limitar el acceso a la documentación referida a solicitudes de clemencia y solicitudes de transacción a efectos de su uso en procedimientos de naturaleza civil o penal.
- Introducir cambios en las reglas de colaboración y asistencia mutua entre la CNMC y otras ANC en el seno de la ECN.
- Introducir cambios en la LDC respecto a las reglas de prescripción de las sanciones.
- Introducir en la LDC un mecanismo expreso de posibilidad de transacción con imposición de sanción (reducida) en casos de cártel (u otros tipos de infracciones).
- Modificar la legislación procesal contencioso-administrativa para ampliar la legitimación activa autónoma de la CNMC.

Asimismo, una correcta implementación de la Directiva exigiría, a nuestro modo de ver, adoptar medidas adicionales dirigidas a preservar el efecto útil de la citada norma europea, y entre ellas:

- Implementar medidas para reforzar la CNMC y su independencia (selección de miembros del Consejo, rotación de salas, política de contratación, etc.).
- Introducir reformas de procedimiento reforzando los derechos de defensa de las empresas, respecto a: i) la vista oral ante el Consejo, ii) la confidencialidad de documentos protegidos por secreto profesional, iii) el contenido mínimo de la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia, iv) la duración máxima de las diligencias previas, v) el derecho a actuar asistido de abogado en las inspecciones y entrevistas, etc.
- Introducir reformas en las normas sobre graduación de sanciones y determinación del importe de las sanciones económicas, así como en los criterios de imputación de responsabilidad solidaria a empresas matrices.

Creemos, en definitiva, que el período de trasposición de la Directiva *ECN+* a derecho nacional, que finaliza el próximo 4 de febrero de 2021, representa una ventana de oportunidad para acometer una reforma normativa que sirva para reforzar el actual sistema institucional y normativo de defensa de la competencia en España.

Una mejora que debería acometerse, a nuestro modo de ver, yendo incluso más allá de lo estrictamente exigido por la mencionada Directiva, y tratando de lograr el doble objetivo de:

- i) Por un lado, reforzar la independencia, los recursos y las facultades de la CNMC, haciendo posible una aplicación más eficaz y eficiente de los artículos 101 y 102 del TFUE (y del derecho nacional de la competencia aplicado en paralelo) en el contexto de la Red Europea de Competencia; y
- ii) Por otro lado, reforzar las garantías y derechos de defensa de los administrados, a la luz de lo previsto por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia europea y española al respecto.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA E INFORMES ECONÓMICOS

Competition law and economic reports

Joaquín ARTÉS

*Profesor Titular de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid*

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

Resumen

En este trabajo ponemos de manifiesto la utilidad de la teoría económica como instrumento de ayuda en la resolución de casos complejos en el ámbito de la defensa de la competencia. A su vez, revisamos las directrices de la CNMC sobre la presentación de informes económicos y las comparamos con las existentes en otros países de nuestro entorno. Llegamos a la conclusión de que el interés de la CNMC por la teoría económica, manifestado en la elaboración de las directrices de presentación de informes, es positivo. Sin embargo, consideramos que sería conveniente la existencia de mayor cooperación entre los economistas de la CNMC y las partes en el análisis de los modelos y datos aportados a cada caso.

Abstract

We argue that economic tools are a powerful instrument that should be used to solve complex antitrust cases. The Spanish Authorities have recently published guidelines describing the standards that should be met by economic experts' reports that are usually used by parties in support of their arguments. We compare the document with similar documents published by other Antitrust Authorities. We conclude that the renewed interest on economic analysis by the Spanish Authorities should be welcomed. We argue, however, that a more cooperative system in which economic experts from both sides have the opportunity to jointly discuss and analyze models and data would improve the quality of economic analysis in Antitrust cases.

Palabras clave: Efectos | Política de competencia | Eficiencia económica |

Keywords: Effects | Competition policy | Economic efficiency |

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis de las decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) pone de relieve que sus decisiones se han tomado, fundamentalmente, sobre la base del análisis jurídico. Solamente en casos excepcionales el análisis económico ha sido la referencia sobre la que se ha desarrollado la argumentación que ha conducido a la decisión, pues, en general, dicho análisis se ha aplicado de forma complementaria, no principal. La referencia a las conductas prohibidas *per se*, con frecuencia, ha sido el principio jurídico utilizado para evitar entrar en el fondo de los asuntos. El resultado, en muchos casos, ha sido un análisis apoyado en la consideración de las apariencias.

Sin embargo, la complejidad de muchos asuntos dilucidados en la sede de la Autoridad española de Defensa de la Competencia (AEDC) aconsejaba, y aconseja, la consideración simultánea del análisis económico y del análisis jurídico. En las proporciones debidas, según la naturaleza y complejidad de los casos sometidos a consideración¹.

La Dirección de regulación de la CNMC empezó a abordar algunos problemas con el uso sencillo, pero potente, de la teoría económica. Los resultados alcanzados han sido positivos, sin duda. Por su parte, los interesados también han comenzado a utilizar la teoría económica para contribuir a resolver cuestiones que el análisis jurídico, por sí mismo, no podía interpretar en su compleja globalidad. Esto ha dado lugar a una paradoja: los interesados no han podido reaccionar a los análisis económicos de la CNMC, dada la general ausencia de éstos. Pero en defensa de sus intereses han aportado los oportunos informes económicos para esclarecer cuestiones que, a su juicio, no estaban debida o completamente analizadas en los propios expedientes. Ante tales informes, ha sido la AEDC la que ha reaccionado. Y lo ha hecho de tal manera que, sólo en contadas ocasiones, ha aceptado las alegaciones de las partes. Esta ausencia de confrontación de ideas y de análisis no contribuye a fomentar el desarrollo del análisis económico en los procedimientos sustanciados ante la AEDC, limitando el rigor del debate.

Debe resaltarse que el análisis económico no debe conllevar, necesariamente, el uso de complejos modelos matemáticos o econométricos. En ocasiones, con las oportunas referencias a la teoría económica consolidada y la utilización rigurosa de modelos sencillos, generales, contrastados, y la utilización de datos elementales, es suficiente para confirmar o refutar cuestiones planteadas. Y, en caso de dudas o dificultades, se debería abrir la oportunidad a la cooperación entre la AEDC y los interesados (o sus asesores externos) en busca de la mejor interpretación posible de la evidencia aportada por los datos.

En este contexto, la CNMC ha hecho pública, de forma sorprendente y atípica, una *Guía para la presentación de Informes Económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC*², con fecha 30 de septiembre de 2018. La sorpresa procede del hecho de que la AEDC recomienda a terceros lo que la propia Comisión no hace y sugiere un procedimiento que puede introducir elementos de arbitrariedad pero que, de momento, incluye grandes dosis de inseguridad jurídica pues las partes, además de la incertidumbre que conlleva la actitud de la CNMC, no tendrán tiempo para cumplir todos los requisitos exigidos o, en su defecto, la CNMC siempre podrá alegar que los informes presentados o la información aportada son incompletos o no cumplen alguno de dichos

¹ Sobre la influencia del análisis económico en la política de defensa de la competencia, vid. p. e. NEVEN, D. J. (2006): "Competition Economics and antitrust in Europe", *Economic Policy*, 21 (48), pp. 1-36.

² Sin referencias jurídicas ni remisión al procedimiento seguido para su aprobación.

requisitos. Brevemente: se ha diseñado el escenario de un combate en el que falta el requisito fundamental: el principio de igualdad de armas. Este hecho dará lugar a un incremento de la litigiosidad.

El presente trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto que con sencillos esquemas apoyados en la teoría económica se pueden dilucidar problemas complejos y que el procedimiento elegido por la CNMC no es el mejor posible pues es inquisidor en lugar de cooperador.

II. LA NECESIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO

La Autoridad europea de defensa de la competencia, desde hace años, concede una particular importancia al análisis económico³. En España, el debate sobre el análisis económico aplicado a la defensa de la competencia, pese a su relevancia, ha sido escaso. Este hecho contrasta con la presencia de economistas en las Autoridades de defensa de la competencia (ADC) españolas, las abundantes referencias que remiten a su pertinencia y los riesgos de no proceder a su consideración. El resultado es evidente: se ha avanzado poco pues los procedimientos se perfeccionan sobre la base del aprendizaje continuo y el contraste de opiniones. Si las ADC no aplican el análisis económico —o no le conceden el valor que merece— las partes interesadas pueden tender a prescindir del mismo perdiéndose, de esta forma, una fuente de información relevante. Igualmente, si la iniciativa es tomada por las partes interesadas y las ADC no toman suficientemente en consideración los análisis aportados y los datos correspondientes, la reacción de los interesados conducirá inexorablemente a prescindir de la reflexión económica. También, en este caso, se despilfarrará un caudal de información relevante.

El formalismo jurídico ha sido, y es, la referencia básica sobre la que se ha sustentado la aplicación del Derecho de la Competencia. Sin embargo, pese a las resistencias conservadoras de las ADC, el análisis económico y econométrico se va configurando como un complemento necesario del análisis jurídico con el objetivo de desentrañar la verdadera naturaleza de los casos analizados⁴. Aunque se pretenda que la referencia a las conductas prohibidas *per se* sea la opción elegida por las ADC, amparada en la comodidad —y fragilidad— que supone, el análisis de los efectos de las conductas se convierte, progresivamente, en un instrumento que contribuye a perfeccionar la aplicación del derecho de defensa de la competencia.

La vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC2007) acude al análisis económico para justificar la política de defensa de la competencia al incluirla en el conjunto de medidas de política económica eficientes. En cualquier caso, no debe olvidarse que la teoría económica impregna la vigente LDC2007 que, en su Exposición de Motivos, sigue las ideas recogidas desde hace décadas en los buenos manuales de introducción a la economía. En efecto, el texto legal sostiene, contundentemente, que “La existencia de una competencia efectiva entre las empresas

³ Vid. p. e. DG COMPETITION. Best Practices for the Submission of Economic Evidence and Data Collection in Cases Concerning the Application of Articles 101 and 102 TFEU and in Merger Cases. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/best_practice_submissions.pdf. Previamente (previsiblemente, pues el documento carece de fecha aunque cita un documento de 2011 que desaparece en la versión analizada) se publicó un Staff working paper con el mismo título y sin fecha.

⁴ Sobre el análisis econométrico y la defensa de la competencia, vid., p. e., RUBINFELD, D. L. (2010): “Econometric Issues in Antitrust Analysis”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 166, pp. 62-77. Vid. asimismo, FEGATILLI, E., PETIT, N. (2008): *Économétrie du droit de la concurrence*, GCLC Working Paper 03/08, Global Competition Law Centre, College of Europe. Asimismo, sobre el análisis económico del Derecho de la competencia es imprescindible la consulta de MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge.

constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad". A lo que se añade: "Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía".

Es decir, reconociendo la existencia de conductas contrarias a la competencia, la LDC2007 acepta —y ésta es una cuestión relevante— que las conductas empresariales sometidas a escrutinio por las ADC tienen efectos sobre el bienestar. Como es sabido, la teoría microeconómica exhibe que las variaciones en el nivel de bienestar de la sociedad son, entre otras cuestiones, el resultado de la consideración conjunta de las restricciones a la competencia de determinadas conductas y de las mejoras en la eficiencia resultado de las mismas. Es decir, para enjuiciar con rigor una determinada conducta desde la perspectiva del Derecho de la competencia y del bienestar general es necesario proceder a su análisis con el objeto de determinar con rigor su impacto real y evitar el riesgo de condenar conductas con un impacto positivo sobre la eficacia y el bienestar general, con fuerza suficiente para contrarrestar su impacto sobre el poder de mercado.

Apoyan esta idea multitud de autores. Whish y Bailey⁵, por ejemplo, sostienen que no hay asuntos relacionados con el derecho de la competencia que puedan ser analizados exclusivamente desde una perspectiva jurídica. En consecuencia, los juristas deben tener conocimientos de economía y los economistas deben entender los procedimientos jurídicos. Tal necesidad de conocimientos se justifica porque las normas de defensa de la competencia se refieren al análisis económico de los mercados y a su regulación. Y, con particular intención, Whish y Bailey subrayan que cada caso dependerá de sus circunstancias particulares. Otros autores han defendido el papel de la teoría económica en los análisis de defensa de la competencia. R. A. Posner⁶ afirmó que "la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tienen dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos".

La aplicación del análisis económico se justifica, en esencia, porque permite poner de manifiesto cómo el sistema de precios en un sistema competitivo da visibilidad a la mano invisible de Adam Smith de manera que, cuando el mercado funciona eficientemente sin distorsiones significativas a la competencia durante períodos de tiempo suficientemente largos, la oferta de bienes y servicios tiende a coincidir con su demanda de forma que los ciudadanos maximizan su utilidad y las empresas sus beneficios, vaciándose los mercados y alcanzándose el máximo nivel posible de bienestar para el conjunto de la sociedad⁷. El juez Brandeis fue particularmente contundente: citando palabras del profesor Henderson escribió que "Difícilmente puede

⁵ WISH, R., BAILEY, D. (2018), *Competition Law*, Oxford U. P., 9ª ed., p. 2.

⁶ POSNER, R. A. ([1972]1998): *El análisis económico del derecho*, fce, p. 11.

⁷ Adam Smith, en los albores de la industrialización, observó que "El interés de los empresarios siempre es ensanchar el mercado pero estrechar la competencia". Vid. SMITH, A. ([1776]1999): *La riqueza de las naciones*, Alianza editorial, p. 343.

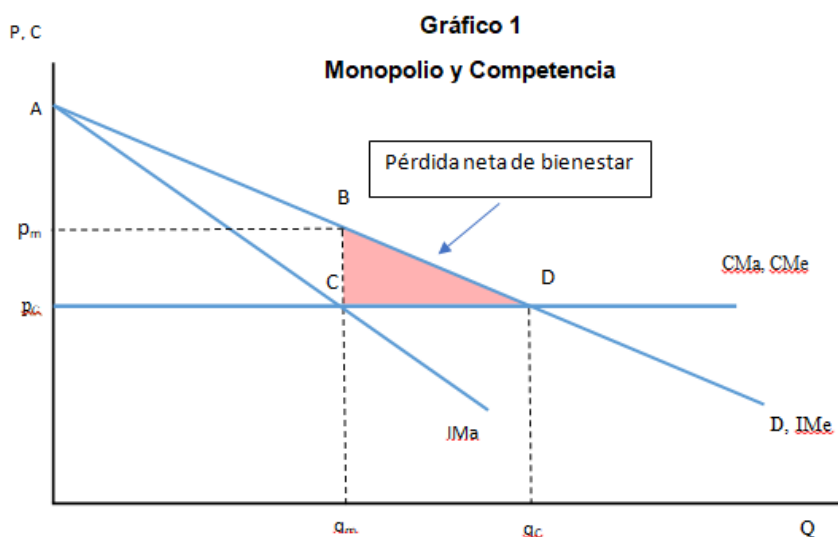
evitarse llegar a la conclusión de que un jurista que no haya estudiado economía y sociología es muy probable que se convierta en un enemigo público”⁸.

Rey et alii⁹ defendieron el principio de que el trabajo de las ADC siempre debería tomar en consideración los efectos de las conductas examinadas en los correspondientes expedientes¹⁰. La lógica de la argumentación es sencilla: dos conductas empresariales distintas pueden tener los mismos efectos; en este caso deben tener un trato equivalente. Pero dos conductas empresariales idénticas con efectos distintos deben tener, lógicamente, un trato distinto. Por su parte, el profesor Jenny (2007)¹¹ se manifestó contundentemente al respecto: “el análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas procompetitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto procompetitivo (o ser pro-eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial”.

Es decir, el análisis económico es un instrumento necesario para que las ADC apliquen el Derecho de la competencia con el rigor exigido en una sociedad moderna que respeta la seguridad jurídica.

III. LA TEORÍA MICROECONÓMICA: UNA PLATAFORMA SÓLIDA¹²

Por regla general, el análisis económico requerido para analizar muchos casos sometidos a análisis por las ADC no es particularmente complejo¹³. Se basa en la plataforma teórica del análisis microeconómico cuya expresión simplificada toma la forma del gráfico 1.



⁸ Vid. MASON, A. T. (1931): “Mr. Justice Brandeis: a Student of Social and Economic Science”, University of Pennsylvania Law Review, vol. 79, n. 6, April, p. 693.

⁹ REY, P. et alii (2006): “Un enfoque económico del artículo 82”, en MARTÍNEZ-LAGE, S., PETITBÒ, A. (2006): El abuso de posición de dominio, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

¹⁰ Neven y de Coninck sostienen que, en los últimos años, la política europea de defensa de la competencia se ha caracterizado por la mayor importancia concedida al análisis de los efectos. Vid. NEVEN, D., de CONINCK, R. (s. f.): Best Practices on the Submission of Economic Evidence and Data Collection, D. G. Competition, European Commission, Office of the Chief Economist.

¹¹ JENNY, F. (2007): “Le rôle de l’analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence”, Concurrences, 4.

¹² Parte de este apartado tiene elementos en común con PETITBÒ, A. (2017): “Las multas ¿son realmente disuasorias?”, en CASES LI. (Dr.) (2017): Anuario de la Competencia 2016, Fundación ICO, UAB, Marcial Pons.

¹³ Ciertamente, hay casos de particular complejidad.

La curva de demanda (D) puede interpretarse como una relación entre cantidades (q) y precios (p)¹⁴ de un bien o servicio correspondiente a cada nivel de consumo. Asimismo, mide el valor que tiene una unidad adicional (marginal) de q en cada nivel de consumo para el consumidor. En el Gráfico 1 se representa por la línea AE que refleja el ingreso medio (IME). En el caso de bienes y servicios normales, bajo determinadas condiciones, la función de demanda es decreciente, reflejando el hecho de que el precio que está dispuesto a pagar el comprador por cada unidad de q (su valoración marginal) decrece a medida que aumenta la cantidad que posee de cada bien o servicio. El área delimitada por los precios y cantidades que queda por debajo de la curva de demanda refleja el precio total (p.q) que los consumidores están dispuestos a pagar por una cantidad determinada del bien o servicio que pretenden adquirir. Para simplificar el análisis se supone que los costes medios (CMe) son constantes y, en consecuencia, coinciden con los costes marginales (CMa).

El Gráfico 1 permite comparar dos casos extremos: monopolio y competencia perfecta. Al mismo tiempo, permite poner de manifiesto las virtudes de la competencia desde la perspectiva del bienestar. Para ello se parte del supuesto de un mercado en el que compiten un número elevado de empresas y se compara con otro mercado dominado por una empresa monopolista (o por un grupo de empresas que han coordinado totalmente sus conductas). En ambos casos, el objetivo de las empresas es la maximización de sus beneficios.

De acuerdo con la teoría económica, cuando las empresas maximizadoras de beneficios compiten, $p = CMa$ y los precios y cantidades de equilibrio son p_c y q_c , respectivamente. En el supuesto del mercado monopolizado (individual o conjuntamente), la empresa (o grupo de empresas) tiene capacidad para elegir¹⁵ aquella combinación de p, q que maximiza los beneficios (individuales o conjuntos). Para ello fija q en el punto (C) en que el CMa se iguala con el ingreso marginal (IMa). Esto supone que si la cantidad ofrecida se fija en q_m , el precio de monopolio será p_m . En este punto el $CMa < p_m$ y $CMe < IMe$. El Gráfico pone de relieve que p_m incluye beneficios extraordinarios (porque $p_m > CMa$ cuando se produce q_m), por encima de los beneficios ordinarios correspondientes a las empresas que operan en mercados perfectamente competitivos.

Obsérvese que $p_m > p_c$ y $q_m < q_c$. En un mercado monopolizado se produce una cantidad de bienes o servicios inferior a la que correspondería a un mercado perfectamente competitivo y, además, los precios son superiores. En estas circunstancias, el demandante tiene dos opciones: no adquirir el bien o servicio, o pagar un precio superior al correspondiente a un mercado competitivo. En este último caso tiene lugar una transferencia de renta de los demandantes al monopolista (individual o colectivo) y una pérdida neta —irrecuperable— de bienestar para el conjunto de la sociedad, representada por el triángulo BCD.

Este esquema es sencillo y es portador de una alta capacidad explicativa. Pese a ello no es utilizado por la AEDC española, salvo en contadas ocasiones por parte de la Subdirección de Análisis económico de la CNMC. El olvido de la teoría económica impide, en muchos casos¹⁶, conocer con precisión la forma de las conductas y sus efectos.

¹⁴ En los mercados perfectamente competitivos los precios incluyen los beneficios normales. Las violaciones de las normas de defensa de la competencia acostumbra a estar asociadas a la generación de beneficios extraordinarios (por encima de los beneficios competitivos) durante períodos de tiempo suficientemente extensos.

¹⁵ Dada la ausencia de competidores.

¹⁶ Excepto cuando el análisis es proporcionado por las partes.

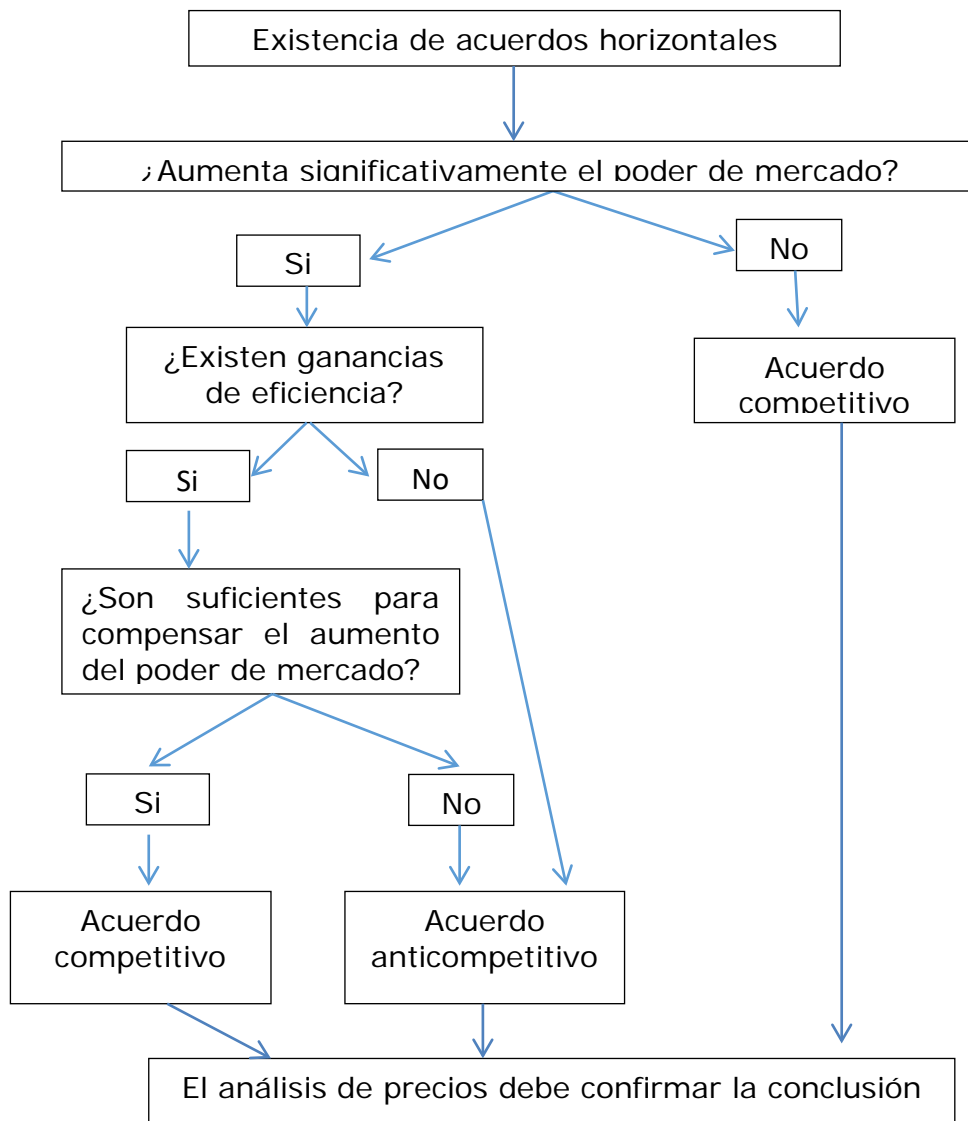
Además, el empleo sistemático de esquemas de este tipo¹⁷ permitiría perfeccionar las técnicas utilizadas y el análisis empírico correspondiente.

IV. ¿CONDUCTA ANTICOMPETITIVA O PROCOMPETITIVA?

Las ADC tienden a calificar muchos acuerdos como anticompetitivos *per se* sobre la base de las apariencias sin proceder, previamente, al análisis de los mismos y, en particular, de sus efectos. Un análisis de la realidad muestra que los acuerdos entre operadores económicos pueden ser, en determinados casos, perfectamente competitivos y contribuir a mejorar el bienestar general.

El Cuadro 1 ofrece una versión simplificada del procedimiento adecuado para proceder al análisis de un acuerdo entre empresas sobre la competencia.

Cuadro 1. Procedimiento de Análisis



¹⁷ Y la correspondiente discusión con las partes interesadas en el procedimiento.

El primer paso debe ser la definición del mercado relevante y el análisis sobre la eventual existencia de un incremento del poder de mercado tras un eventual acuerdo que pudiera dar lugar a incrementos de precios no competitivos. Lógicamente, debe tomarse en consideración la competencia potencial del resto de empresas que no toman parte en el acuerdo y la posible entrada de nuevos competidores en ausencia de barreras de entrada.

El segundo paso debe referirse al análisis de la justificación económica del acuerdo y a las eventuales ganancias de eficiencia¹⁸ y de bienestar que pudieran compensar los efectos derivados del posible aumento de poder de mercado resultado del acuerdo. Lógicamente, la ausencia de ganancias de eficiencia y el incremento de poder de mercado podrían ocasionar daños a la competencia. En consecuencia, podría sostenerse que el acuerdo tiene efectos anticompetitivos. Por el contrario, la demostración de una mejora en la eficiencia y el bienestar (incremento de la superficie del rectángulo E del gráfico 2) debería contrastarse con los eventuales daños a la competencia derivados del acuerdo (superficie del triángulo C del gráfico 2).

El tercer paso se refiere al análisis de los precios fijados por las empresas titulares del acuerdo. Si el acuerdo es pro-competitivo los precios ofertados deberían coincidir con los precios competitivos. Este hecho reflejaría la inexistencia de poder de mercado o la compensación de dicho poder por las ganancias de eficiencia. De acuerdo con el gráfico 2, en los acuerdos competitivos los precios deberían acercarse al nivel competitivo —alejándose, por tanto, de los precios de monopolio— y deberían estar por debajo de los precios ofrecidos por las empresas participantes en el acuerdo antes del mismo, dada la presencia de economías de escala y la presión de los competidores reales y potenciales.

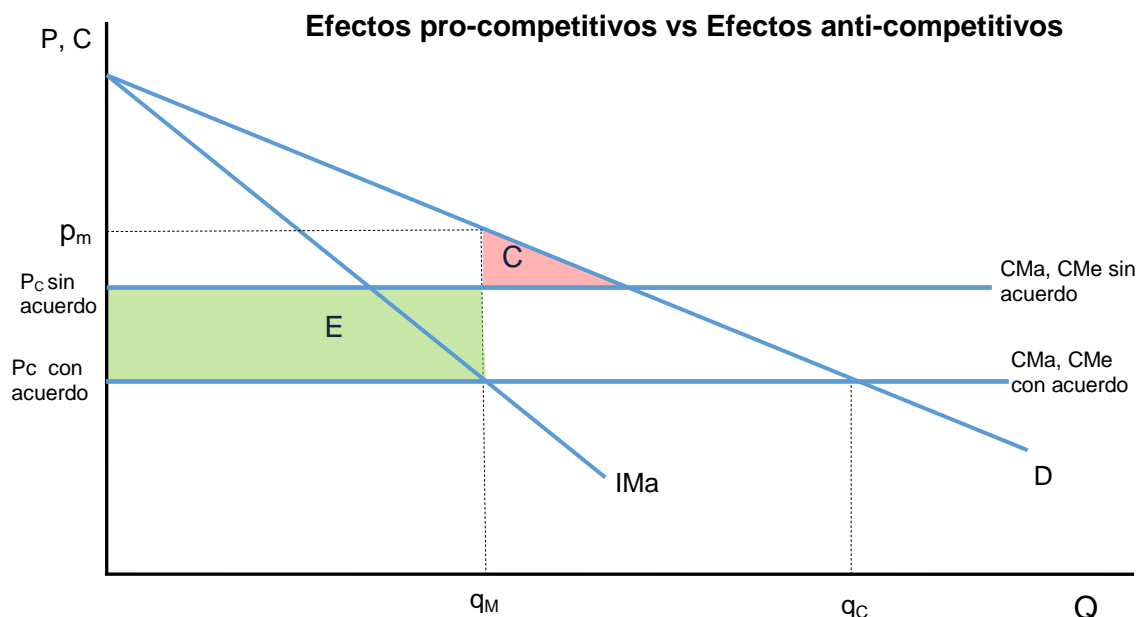
Lógicamente, todas estas cuestiones deben ir acompañadas del correspondiente análisis empírico.

En resumen: la experiencia revela que los acuerdos pueden tener efectos negativos o positivos sobre la competencia. En consecuencia, un análisis riguroso exige, en cada caso, la correspondiente consideración de ambos efectos para evitar la condena de determinadas conductas cuyo impacto sobre el bienestar general sea positivo.

El procedimiento de análisis se apoya en el soporte teórico proporcionado por el gráfico 2, que muestra que un acuerdo puede tener un impacto positivo sobre los costes medios —y, en consecuencia, sobre los precios— reduciéndolos (si, por ejemplo, se generan eficiencias, reflejadas en el área E), pero también cabe la posibilidad de que, tras el acuerdo, los precios aumenten como consecuencia del posible impacto del mismo sobre el poder de mercado conjunto (que da lugar a los costes de bienestar reflejados en el área C). Resulta claro, pues, que un acuerdo debe analizarse desde la perspectiva de los costes —la eficiencia— y desde la perspectiva de su impacto sobre el poder de mercado y la competencia. Esta aproximación es coherente con la pretensión incluida en la Exposición de motivos de la LDC2007. Es decir, el problema debe ser analizado con objetividad utilizando los instrumentos de la teoría económica y, en su caso, de la econometría.

¹⁸ Reducciones de costes, por ejemplo.

Gráfico 2



De lo anterior se deduce que un acuerdo puede ser competitivo si las ganancias de eficiencia derivadas del mismo son mayores que el daño ocasionado por el eventual poder de mercado alcanzado tras el acuerdo y su reflejo sobre los precios. Esto equivalente a decir, de acuerdo con el gráfico 2, que las ADC deberían determinar si los acuerdos positivos derivados de los acuerdos (rectángulo E) son mayores o menores que los efectos negativos ocasionados por el impacto sobre los precios del aumento del poder de mercado derivado del acuerdo (triángulo C).

Se trata de un análisis que está al alcance de cualquier buen economista y la propia CNMC ha podido comprobar la fuerte capacidad explicativa de este tipo de análisis que no siempre incluye dificultades insalvables para su realización, especialmente por parte de la AEDC, dado su poder para solicitar la información que considere más oportuna.

Mateo Silos¹⁹ aplicó este mismo esquema general al estudio del mercado de los taxis. Concretamente, en su análisis sobre la pérdida de bienestar ocasionada por los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el mercado del taxi en la ciudad de Málaga²⁰, concluyó, sobre la base de una estimación conservadora, que la pérdida de bienestar anual era equivalente a 4,4 millones de euros.

El ensayo de Silos refleja que el análisis basado en el Gráfico 1 puede aplicarse sin excesivas dificultades a los procedimientos seguidos por las ADC con el fin de estimar los daños causados por las infracciones del derecho de la competencia o, por el contrario, poner de relieve las ganancias de eficiencia de determinadas conductas²¹.

¹⁹ Mateo Silos fue Subdirector de Análisis Económico del Departamento de Análisis económico de la CNMC. SILOS, M. (2016): El análisis económico: pieza esencial de la política de competencia. IX Jornadas de la Competencia, Bilbao, 21 de octubre.

²⁰ El año de referencia era 2012.

²¹ Los poderes concedidos a las ADC les permite recabar la información necesaria para llevar a cabo este tipo de análisis, aumentando la seguridad jurídica y reduciendo el riesgo de condenar determinadas conductas cuyos efectos sobre el bienestar son positivos.

Con la misma metodología, Silos estimó los valores del triángulo BCD del gráfico 1 para los años 2013 y 2014 y extendió su análisis a otros mercados geográficos. El debate acerca de la mejora de los análisis de la AEDC ya estaba iniciado.

La aplicación de este método —suficiente en muchos casos— permitiría dar cumplimiento a la estimación de los efectos de las conductas previsto en la LDC2007 y abandonar la tradición de la AEDC —y de otras ADC— de calificar determinadas conductas como contrarias *per se* a las normas de defensa de la competencia. De esta forma, el procedimiento sería menos inquisitivo y más racional, ofreciendo mayor seguridad jurídica a las partes interesadas. Lógicamente, si el análisis de los efectos fuera la norma, el procedimiento se iría perfeccionando y, con ello, aumentando la seguridad jurídica.

V. LA REGULACIÓN DE LOS INFORMES ECONÓMICOS POR PARTE DE LAS ADC

De lo dicho se deduce que las ADC deberían completar su interpretación jurídica de los hechos mediante la utilización pertinente de la teoría económica. Es cierto que el análisis económico no siempre es necesario. Sin embargo, cuando, como ocurre con frecuencia, se combinan cuestiones relacionadas con el incremento del poder de mercado y la eficiencia, el análisis económico permite delimitar perfiles difusos o arrojar luz sobre zonas oscuras. Conviene subrayar que, en casos sencillos, la plataforma de la teoría económica ofrece una gran capacidad explicativa y revela que su uso por las ADC y los interesados en defensa de sus pretensiones permitiría incrementar el peso de las decisiones.

Sin embargo, la experiencia pone de relieve que el procedimiento sugerido se ha invertido: las ADC llevan a cabo dichos análisis económicos²², sólo excepcionalmente. Si los análisis son aportados por las partes corren el riesgo de que no sean tomados debidamente en consideración. Justo lo contrario de lo que debe suceder en un procedimiento sancionador. Este hecho responde a una conducta que puede ser calificada como inquisitiva.

Lo dicho hasta ahora no supone una complejidad especial. Es un análisis que puede encontrarse en cualquier manual de microeconomía o de introducción a la economía. Sin embargo, en ocasiones, las empresas incluidas en los procedimientos de las ADC llevan a cabo análisis econométricos, más o menos complejos, con el fin de defender razonadamente sus intereses²³. Dichos análisis exigen tiempo. También lo exige su revisión por parte de las ADC. Y la brevedad del tiempo disponible y la necesidad de disponer de evidencia empírica suficiente ha llevado a las ADC a regular la presentación de los estudios económicos. En ocasiones, dicha regulación es tan exhaustiva que es asintótica con la inseguridad jurídica.

La regulación de los Informes económicos cuenta con una larga historia. En este apartado se examinarán algunos ejemplos como paso previo al análisis de la propuesta de la CNMC. Las *Guidelines* se dividen en tres grandes grupos: las basadas en la cooperación, las basadas en la autoridad y las basadas en una combinación de cooperación y autoridad.

²² Amparándose en el principio de las conductas prohibidas *per se*.

²³ Sobre los requisitos necesarios de los análisis econométricos y su complejidad, así como su capacidad explicativa, vid. p. e. GREENE, W. H. (2012), *Econometric Analysis*, Pearson, séptima edición.

V.1. *Guidelines* basadas en la cooperación: The Federal Trade Commission

La Federal Trade Commission (FTC) publicó un documento²⁴, breve, conciso y sin fecha. No hace falta más cuando la referencia es la cooperación entre las partes y la autoridad. Su objetivo principal era llevar a cabo una investigación rigurosa y científicamente robusta en los expedientes relacionados con la competencia. Se trataba de alcanzar las mejores conclusiones de forma eficiente.

El tono del documento es plenamente cooperativo, alejado de tintes inquisitoriales característicos de otras regulaciones relacionadas con la presentación de información y su tratamiento econométrico. Para la FTC se trata de llegar al fondo de las cuestiones objeto de análisis mediante un procedimiento de intercambio regular de pareceres entre las partes y la propia FTC. Las partes deben ofrecer la información cuantitativa en bruto de forma que pueda ser utilizada por la FTC. La metodología de referencia remite a los criterios empleados en las revistas científicas. Lógicamente, el análisis empírico debe ir dirigido a verificar las teorías basadas en los efectos anticompetitivos o en las ganancias de eficiencia derivadas de las conductas.

Se parte de la constatación de que el tratamiento de la información es costoso y exige tiempo. Por esta razón, resulta adecuado presentar la información con tiempo suficiente y de forma adecuada. Con el fin de mejorar la eficacia del procedimiento, los contactos entre las partes (y sus consultores) y la FTC (y sus economistas) empiezan tan pronto como es posible²⁵ y siguen durante el procedimiento. El objetivo es iniciar las discusiones acerca de los datos y las teorías económicas relevantes para el caso sometido a análisis.

Se admite que las teorías de referencia pueden variar durante la investigación y las partes son informadas de las nuevas teorías aplicadas al caso examinado. El personal de la FTC revisa los análisis empíricos suministrados por las partes (datos, programas utilizados y resultados alcanzados) e informa a las partes sobre su valoración y resultados obtenidos, incluidos aquéllos relacionados con la eficiencia.

En definitiva, el objetivo del procedimiento diseñado por la FTC es llegar a conclusiones sólidas sobre el caso examinado mediante la debida articulación de los principios de la teoría económica, la econometría y los datos disponibles mediante un procedimiento abierto, dinámico y dialéctico.

V.2. *Guidelines* basadas en la autoridad: Francia

En Europa la cooperación entre las partes en los procedimientos relacionados con la defensa de la competencia todavía no ha enraizado tan profundamente como en Estados Unidos.

La Autorité de la Concurrence (AC) publicó sus *Guidelines*²⁶ en un documento breve, sin fecha y, a diferencia de la FTC, sin mención alguna a la eficiencia. Dice el documento que su objetivo es "ayudar" a las partes y a sus asesores cuando, en realidad, lo que pretende es imponer las condiciones en la realización de los estudios

²⁴ Federal Trade Commission (s. f.): Economic Best Practices. Best Practices for Data, and Economics and Financial Analyses in Antitrust Investigations. <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-economics/best-practices>.

²⁵ Todo el procedimiento está sometido al principio de confidencialidad.

²⁶ Autorité de la concurrence (s. f., pero, probablemente, noviembre de 2013): Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence.

económicos a presentar ante la AC de manera que facilite la labor de los instructores y del órgano de decisión²⁷.

La AC constata la importancia creciente de los informes y estudios basados en la aplicación del análisis económico en los procedimientos sometidos a su consideración. En relación con el contenido de los informes, la AC hace referencia a: a) los estudios econométricos o empíricos, b) las encuestas, c) la literatura y d) la modelización económica. Sostiene la AC que dichos estudios sólo son útiles²⁸ si se presentan de forma que los conceptos, métodos, datos utilizados y resultados obtenidos son presentados de forma transparente con el objeto de que los órganos de instrucción y decisión puedan verificar la validez y robustez de sus conclusiones²⁹. Para mejorar el análisis de los estudios económicos se considera que la premura en su envío es fundamental con el fin de disponer de tiempo suficiente para su análisis.

Asimismo, el texto de los informes, sus anexos, los ficheros de datos (datos brutos) y los programas³⁰ deben suministrarse en formato electrónico y, particularmente, en formato pdf.

En relación con los estudios econométricos o empíricos y la modelización económica, la AC exige que los datos contribuyan a comprender el caso analizado, se expliquen las hipótesis y se adjunten los programas. Además, la presentación de los resultados debe acompañarse de los *test* estándar y, adicionalmente, debe argumentarse la robustez de los resultados. Todo ello de forma que los servicios de la AC puedan replicar los resultados de los estudios econométricos. Dada la complejidad de todo ello, consideran oportuno incluir un "modo de empleo".

En relación con las encuestas, debe incluirse el cuestionario, el método empleado, la descripción de la muestra y de las respuestas obtenidas, así como su representatividad. Además, deben adjuntarse los ficheros correspondientes.

Respecto de la modelización económica, la AC exige la presentación y justificación de las hipótesis, la discusión acerca de los resultados alcanzados y la jerarquización de los efectos de las conductas examinadas.

Por último, sobre la literatura empleada, dice la AC que debe reflejar el "estado del arte", discutir las hipótesis más frecuentes y poner de relieve su pertinencia, jerarquizando los efectos mencionados por la literatura en relación con su verosimilitud y probabilidad.

V.3. *Guidelines* basadas en una combinación de cooperación y autoridad

V.3.1 La Comisión Europea

El día 6 de enero de 2010³¹, la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea (DGCCE) publicó unas *Guidelines*³² cuyo objeto era la regulación de la

²⁷ El carácter inquisitorial de la AC se pone de manifiesto cuando afirma que los estudios económicos que se alejen de las recomendaciones publicadas corren el riesgo de no ser tomados en consideración.

²⁸ Afirmación discutible.

²⁹ La AC sienta un principio contundente: "Los estudios económicos remitidos a la Autoridad de la competencia deben redactarse de forma clara y transparente, así como deben explicitar y justificar el conjunto de hipótesis adoptadas". La información que solicita la AC y se solicita la correspondiente bibliografía así como un "resumen escrito en lenguaje no técnico comprensible por lectores no economistas".

³⁰ Sorprende que se soliciten los programas, sin matizar. Se supone que disponen de los programas frecuentemente utilizados, como el Stata.

³¹ Ver, p. e., LECG European Competition Policy Team (2010): "Best Practices for the submission of economic evidence and data collection: Some comments", 3 de marzo, p. 1.

³² DG COMPETITION, citado.

información suministrada por las partes o sus expertos en los expedientes relacionados con la defensa de la competencia. Su lectura pone de manifiesto la asimetría entre los análisis llevados a cabo por las Autoridades Europeas de defensa de la competencia y los exigidos a las partes. Desde la perspectiva de las partes, la inseguridad jurídica, pese a lo que se manifiesta en el documento, es considerable. Como sucede en la mayoría de los análisis empíricos apoyados en la teoría económica convencional siempre es posible encontrar fallos —acaso no relevantes— o problemas —quizá insignificantes— en los análisis llevados a cabo por las partes en defensa de sus pretensiones. En estos casos, los problemas se desplazarán a las autoridades revisoras, no siempre expertas en las complejidades inherentes al análisis econométrico moderno y al correspondiente tratamiento informático o al manejo de programas estadísticos complejos.

El documento debe ser bienvenido pues supone una referencia, aunque ésta sea mejorable. Se inicia el texto con una afirmación contundente que siempre debería ser tomada en consideración por las ADC: “El análisis económico juega un papel central en la aplicación del derecho de la competencia”. “Un” papel no es “el” papel, pero en todo caso la categoría de “central” ha quedado afirmada. De hecho, entiende la DGC que la economía es el marco que permite interpretar el funcionamiento de los mercados y las intervenciones competitivas correspondientes. Y, no menos importante, permite determinar los efectos de las conductas sometidas a análisis por parte de las ADC. Esta cuestión no es trivial pues en aquellas situaciones en las que los perfiles del análisis llevado a cabo son difusos y admiten varias interpretaciones, la adecuada combinación del análisis teórico con el correspondiente análisis empírico permite arrojar luz sobre la verdadera naturaleza de las conductas y sus correspondientes efectos, limitando la pretendida veracidad de la abstracta afirmación de que determinadas conductas están prohibidas “por objeto”.

Y, no menos importante, la DGCCE se refiere a la posibilidad de que las conductas presumiblemente contrarias a la competencia sean fuente de eficiencia que, como predice la teoría económica, den como resultado mejoras en los niveles de bienestar. En este caso se hace necesario examinar el correspondiente balance entre la posible afectación a la competencia —real o potencial— y los efectos beneficiosos sobre la eficiencia y el bienestar.

El objetivo perseguido por el documento es el establecimiento del marco en el que, a juicio de la DGCCE, debe desarrollarse el análisis económico desarrollado por los expertos, en defensa de sus pretensiones, en los análisis que aportan a los expedientes sometidos a enjuiciamiento por la DGCCE. Todo ello, con la limitación de los plazos como elemento condicionante.

En cuanto al procedimiento, cabe decir que, en términos generales, la DGCCE se apoya en los criterios generales característicos de las publicaciones científicas, con mayores exigencias en cuanto a la aportación de información en relación con el acceso a las fuentes, sin la libertad temporal que gozan los investigadores dados los plazos impuestos por la regulación de los procedimientos. La DGCCE resume el procedimiento en cinco etapas: a) planteamiento de la cuestión relevante con las hipótesis correspondientes; b) relevancia y fiabilidad de los datos y correspondiente tratamiento econométrico; c) metodología utilizada en el análisis empírico; d) explicación de los modelos y resultados obtenidos y, por último, e) test de robustez de los resultados alcanzados. Con estas referencias, las respuestas aportadas deben ser completas, correctas y puntuales y el análisis económico debe ser consistente y congruente con la evidencia cualitativa y cuantitativa.

El documento pretende ser una guía cuya aplicación exhibe claros elementos cooperativos, a pesar de que incluye obligaciones taxativas, un alto margen de

discrecionalidad en manos de la DGCCE y el derecho a pedir la información que considere pertinente³³. De hecho, la DGCCE enfatiza la pertinencia de la cooperación de buena fe y considera que el diálogo ayuda a todas las partes y la cooperación desde el principio³⁴ se traduce en ahorro de costes, de tiempo y en mejora en la gestión de los procedimientos y en la eficacia del proceso³⁵. Todo ello, en particular, en relación con la información y a su tratamiento.

El documento recomienda a las partes que consulten a la DGCCE en relación con el tipo de análisis empírico que pretenden llevar a cabo para discutir acerca del análisis empírico relacionado con las conductas consideradas anticompetitivas, con los efectos de dichas conductas sobre la eficiencia y sobre la robustez de los resultados. Incluso, la DGC puede proporcionar una plantilla para facilitar la gestión de la información por los interesados, hacer sugerencias sobre el desarrollo de determinados análisis que considere de utilidad para las partes y, a petición de las partes, puede suministrar determinada información sobre datos o códigos relacionados con sus análisis, bajo un estricto control de confidencialidad³⁶.

V.3.2 Alemania

Dado el creciente número de informes económicos sometidos por las partes a la consideración del Bundeskartellamt (BK)³⁷, este organismo hizo público un documento con fecha 20 de octubre de 2010 en relación con la forma y el fondo de los informes realizados por expertos económicos³⁸. El documento, bien estructurado, es un reflejo de las características exigidas en las publicaciones científicas.

El caso del BK es un ejemplo de cooperación —no excesivamente intensa— y de autoridad. En efecto, la División de Decisión (DD)³⁹ del BK decide en cada caso, incluso acerca de cuestiones de segundo orden.

En relación con el procedimiento y las opiniones de los expertos, el BK considera que el análisis de sus opiniones exige esfuerzo y tiempo suficiente. Por esta razón se considera oportuno que durante la fase previa a la entrega de los informes tenga lugar un proceso de intercambio de opiniones entre los expertos y el BK, con tiempo suficiente, sin que ello suponga ningún compromiso por parte de la autoridad.

Dado que la comprensión y la evaluación de las opiniones de los expertos exige tiempo en el contexto de procedimientos con plazos tasados, el BK considera imprescindible que los documentos se presenten con la suficiente antelación⁴⁰ y que

³³ Tomando en consideración el coste de oportunidad del tiempo exigido para el desarrollo de los expedientes sometidos a su consideración.

³⁴ Mediante conversaciones o contactos telefónicos, por ejemplo. En particular sobre el procedimiento elegido para el tratamiento de la información. La DGCCE da importancia a los datos referidos a: costes, bien o servicio producido y características, cifras de ventas, precios, rentabilidad, I+D, capacidad, estrategias empresariales, coeficientes de concentración...

³⁵ La DGCCE, si lo considera oportuno, incluso puede enviar un documento a las partes aclarando la información requerida. Las partes pueden sugerir modificaciones.

³⁶ *Data room procedure*.

³⁷ Bundeskartellamt (2010): Best practices for expert economic opinions. https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-662-43975-3_9

³⁸ Considera el BK que los informes de los expertos no están escritos ni por las empresas ni por los gabinetes jurídicos, sino por empresas de consultoría económica. En todo caso, debe mencionarse que los académicos también intervienen como expertos en los procedimientos ante las ADC.

³⁹ Formada por economistas y no economistas.

⁴⁰ Especialmente cuando incluyan complejos análisis econométricos.

cumplan unos requisitos mínimos⁴¹ que suponen la inclusión de los datos, los programas y las explicaciones necesarias⁴².

El BK justifica la imposición de condiciones desde la perspectiva de la mejora de la transparencia y la eficacia. Y deja claro que los informes de los expertos, pese a su relevancia, son una pieza más del procedimiento, no necesariamente decisiva.

El documento del BK se refiere, en primer lugar, a los principios que deben cumplir las opiniones de los expertos y, en segundo lugar, a los procedimientos. Tales principios incluyen cuestiones generales, las referencias a los análisis teóricos/conceptuales y a los análisis empíricos. Las recomendaciones del BK se extienden a la literatura utilizada y a los modelos elegidos. El BK da más valor a la literatura aceptada como referencia, particularmente si ha contado con la valoración de evaluadores⁴³. En relación con los modelos, susceptibles de ser explicados mediante palabras, gráficamente o matemáticamente, se solicita que su redacción no sea compleja. Además, los supuestos y los modelos deben ser explicados y justificados cuidadosa y detalladamente. Por su parte, la solidez de los modelos debe ser discutida desde la perspectiva de su robustez y de los resultados alcanzados de forma que cuanto mayores sean éstos, mayor es la probabilidad de que su influencia en la decisión sea tomada en consideración.

En relación con los principios generales, las respuestas básicas se refieren a la relevancia, la exhaustividad, la transparencia y la consistencia. Los informes de los expertos, en consecuencia, deben referirse a los métodos empleados, las conclusiones y las implicaciones relevantes en relación con el caso estudiado. Para el BK, los informes incompletos o de difícil comprensión pierden relevancia. Por ello, los supuestos deben ser fáciles de interpretar y estos y las conclusiones deben estar exentos de contradicciones⁴⁴.

Para el BK la resolución final depende del análisis de las opiniones de los expertos y de los resultados del propio análisis de la DD. Por esta razón el BK solicita un resumen no técnico que incluya los siguientes apartados: objeto, metodología, especificación del modelo, resultados y robustez de los mismos.

Dado que en los informes sometidos al escrutinio del BK pueden surgir problemas de confidencialidad, se considera oportuna la presentación de dos versiones: una versión completa y otra versión que excluya los elementos considerados confidenciales.

V.4. El caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La CNMC ha publicado un documento, sin fecha y sin referencias jurídicas ni documentales⁴⁵, cuyo objetivo es regular la presentación de informes económicos ante la Dirección de Competencia de la CNMC (DCCNMC). Aceptada la pretendida enjundia del documento, como se ha hecho en otras ocasiones, hubiera resultado pertinente someterlo a un debate previo con el objetivo de mejorarlo y hacerlo más operativo.

Pese a sus imperfecciones, la publicación debe ser bienvenida pues refleja un intento de ordenar los informes económicos aportados por las partes y asegurar una calidad mínima de los mismos. Si bien el documento presenta similitudes con otros

⁴¹ La experiencia del BK revela que estos requisitos, en el pasado, no siempre se han cumplido.

⁴² En papel y en formato electrónico.

⁴³ Deben incluirse los trabajos no publicados.

⁴⁴ En algunos aspectos la discrecionalidad es evidente.

⁴⁵ Guía para la presentación de informes económicos en la Dirección de Competencia de la CNMC, 30 de septiembre de 2018. No figura la fecha de aprobación por el Pleno de la CNMC. Lo dicho no es nuevo y tiene precedentes en documentos similares, no siempre citados y, en ocasiones, reproducidos con fatal similitud.

<https://www.cnmc.es/...guias/Guia%20presentación%20informes%20economicos%20e..>

documentos discutidos anteriormente, se percibe una preferencia por un procedimiento de tratamiento de los informes económicos en el que no exista cooperación entre los economistas de la CNMC y aquéllos de las partes. De esta forma se limita la posibilidad de desarrollar un proceso científico técnico dirigido a aclarar el fondo de los asuntos sometidos a debate; algo posible dadas las mejoras en las técnicas de análisis y en las disponibilidades de datos.

Se trata de un documento novedoso en el ámbito español ya que la propia DCCNMC no ha aportado nunca en el pasado análisis econométricos propios en los expedientes y apenas se han tenido en cuenta los mismos en las decisiones de la CNMC. Es bienvenido este nuevo interés por los informes económicos en general, pero debe hacerse notar que el estándar de prueba que propone la DCCNMC, no sólo para los informes con contenido econométrico sino para todos los informes en general, debe ser de aplicación a sus propios análisis. Esto es importante destacarlo, puesto que hasta la fecha el análisis económico realizado por la AEDC, contenido en los distintos expedientes, dista mucho de cumplir los estándares que propone. En la medida en que las partes y la propia CNMC adopten este nuevo estándar, la calidad del debate teórico contenido en los expedientes es susceptible de mejorar notablemente a partir de ahora.

Sin embargo, debe destacarse el peligro que supone que la CNMC no aplique el estándar propuesto en la realización de sus propios análisis ya que, en ese caso, las nuevas directrices pueden suponer una inversión de la carga de la prueba que puede dañar la capacidad de las partes de ejercer su legítimo derecho de defensa⁴⁶.

Asimismo, la elección de un sistema menos cooperativo que el existente en otros sistemas del entorno comparado, supone olvidar que el contraste de opiniones entre expertos de las partes y de la CNMC es necesario para llegar a la determinación de qué información aportan realmente los datos y los modelos aplicables al caso. El recelo que desprende el documento a entablar un verdadero debate científico entre economistas se percibe también en la consideración que hace la CNMC respecto a la importancia de los informes económicos. Si bien sostiene, en línea con lo afirmado por la DGCCE, que "El análisis económico es fundamental en el área de la competencia"⁴⁷, también afirma que es "un elemento más". Añadiendo mayor cautela todavía en partes sucesivas en las que se reitera que "Hay que destacar que estos informes no son el único factor que influye en las decisiones, sino un elemento más que la Dirección de Competencia debe valorar dentro del conjunto de los argumentos y pruebas recogidos en el expediente".

En línea con informes previos, la CNMC entiende que la publicación de las directrices es necesaria para "Establecer unos estándares de referencia" con unos objetivos en el horizonte, a saber: a) aumentar la previsibilidad del procedimiento para las partes interesadas; b) facilitar la valoración de los informes y comprobar la solidez de los resultados; y c) explicitar la metodología empleada con el fin de que la CNMC pueda reproducir el análisis. Lógicamente, cabe pensar que, como sucede en otro tipo de Guías, presentadas previamente, los principios del análisis científico y las exigencias de las publicaciones científicas están en el horizonte.

⁴⁶ La CNMC dice en la propia Guía que "el contenido de esta guía no es exhaustivo, por lo que puede ser desarrollado o adaptado cuando el caso lo requiera". No dice la CNMC la forma y el procedimiento del desarrollo y la adaptación de dicho contenido, acentuando la inseguridad jurídica de las partes. Y añade: "la CNMC no podrá dar el mismo valor a aquellos informes económicos que no cumplan con los requisitos mínimos contenidos aquí, y especialmente a aquellos que no incluyan el código y los datos en forma electrónica de manera que se pueda reproducir y comprobar la solidez de los resultados". En este punto conviene recordar que, como norma, la DCCNMC no acepta las alegaciones de las partes.

⁴⁷ Dice el documento: "En muchos casos los análisis económicos incluyen análisis cuantitativos y modelos econométricos" y "Los informes económicos pueden ser teóricos/conceptuales o llevar a cabo análisis empíricos".

La DCCNMC exige que el análisis económico se fundamente en “una pregunta que se quiere resolver, ya sea de manera teórica o empírica”. De acuerdo con dicha exigencia establece que los requisitos mínimos que, a su juicio —en línea con lo sostenido por la DGCE— deben cumplir los informes son:

- a) Relevancia: la cuestión relevante, los métodos utilizados y las conclusiones alcanzadas deben quedar claros
- b) Información completa: los informes deben incluir “todo lo necesario” para su evaluación y reproducción
- c) Transparencia: los supuestos deben explicarse y justificarse⁴⁸
- d) Consistencia: los supuestos y los resultados no deben ser contradictorios⁴⁹

Adicionalmente, se recomienda que los informes incluyan, “siempre”, los siguientes apartados: a) resumen ejecutivo; b) versión no confidencial; y c) referencias utilizadas⁵⁰.

En cuanto a la metodología, en el caso de utilización de modelos econométricos se recomienda que se expliquen detalladamente los siguientes pasos: a) especificación; b) estimación; y c) contraste o validación. Etapas de obligado cumplimiento en los análisis académicos, de aplicación general por los expertos.

También se hace referencia a los datos que, se reconoce, no siempre son de fácil acceso ni ser observados con la precisión deseada. En este punto, la CNMC exige:

- a) Descripción del proceso de recogida de datos
- b) Presentación de la base de datos inicial
- c) Descripción de las variables y problemas encontrados
- d) Explicación del tratamiento realizado en la base de datos
- e) Descripción de las variables de la base de datos definitiva y su tratamiento

Por fin, cuando se refiere a los resultados, la Guía también exige que todos los pasos “deben quedar explicados”, de acuerdo con la tradición de los artículos académicos. Se habla de los resultados estadísticamente significativos (al 1%, 5% ó 10%), de los *test* de diagnóstico habituales y de la robustez de los resultados

Estos estándares son similares a los exigidos por revistas científicas en el área de Economía. Nos parece adecuado tener en el horizonte los estándares habitualmente utilizados en la literatura científica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las limitaciones temporales con las que se realizan los informes económicos dados los plazos procesales de obligado cumplimiento hacen que los autores tengan un plazo de realización muy inferior al que habitualmente se utiliza para realizar una investigación publicable en las revistas punteras en Economía. Por este motivo, imponer estándares similares puede suponer una merma de la capacidad de defensa de las partes, que pueden aportar evidencia económica enormemente relevante, aunque no se cumplan alguno de los estándares científicos que marca la nueva guía. Estas limitaciones podrían salvarse a través de un proceso cooperativo en el que los economistas de las defensas y los de la CNMC tuvieran ocasión de determinar conjuntamente los modelos adecuados y la razonabilidad de los supuestos necesarios para la modelización. De otra manera, el

⁴⁸ Se añade, sorprendentemente, que “la sensibilidad de los resultados a un cambio en los supuestos debe estar reflejada explícitamente”.

⁴⁹ También sorprende que el documento añada: “y en el caso de que lo fueran debería explicitarse cuál es el preponderante”. Y añade la CNMC: “Los resultados más robustos tendrán más peso a la hora de valorar los casos”, sin explicitar los criterios utilizados para calibrar la “robustez” de los resultados.

⁵⁰ En el caso de que las referencias no hayan sido publicadas, éstas deben remitirse a la CNMC.

documento de la CNMC no hace sino crear barreras a las posibilidades de defensa de las partes que las sitúan en una posición de inferioridad respecto a la DCCNMC.

Por este motivo, la lectura del documento de la CNMC puede dar la impresión de que se ha priorizado la posibilidad de fijar obstáculos a los análisis económicos presentados que faciliten la no aceptación de los mismos frente a la búsqueda de la mejor evidencia científica posible mediante un procedimiento de intercambio de información entre las partes y la CNMC. Es decir, en ocasiones parece que se ha preferido el principio de autoridad al análisis científico de los casos.

VI. CONCLUSIÓN

En los últimos años las ADC han ido reconociendo la relevancia del análisis económico en el proceso de argumentación de sus decisiones. Esto supone que, en muchos casos, deben tomarse en consideración los efectos de las conductas y llevar a cabo el correspondiente análisis de restricciones a la competencia y efectos positivos sobre la eficiencia de las conductas examinadas.

Recientemente, la CNMC, en línea con lo hecho previamente por algunas ADC ha publicado un documento dirigido a regular la presentación de los Informes económicos que acompañan a los documentos jurídicos en los expedientes sometidos a su consideración. En el presente trabajo se han analizado las ventajas del análisis económico y una muestra de documentos que han precedido al desarrollado por la CNMC.

El documento de la CNMC representa un avance enorme respecto al tratamiento de los informes económicos respecto a épocas anteriores, que pone de manifiesto la importancia que los informes económicos están llamados a tener en el futuro próximo de los casos sustanciados ante la CNMC. Sin embargo, la CNMC se ha alejado de los modelos de cooperación y se ha refugiado en un conjunto de estándares que conllevan el riesgo de crear cierta indefensión a las partes ya que la propia DCCNMC no ha cumplido en el pasado los requisitos que plantea. Y no menos relevante: en una cuestión que conlleva dificultades y riesgos en la elaboración de los datos y en la interpretación de los resultados, tiene la capacidad de interpretar hasta qué punto se cumplen en los informes de las defensas los nuevos requisitos exigidos.

Esperemos que el uso de las directrices se vaya acercando a los modelos cooperativos y redunde en una mejora del uso de la ciencia económica en la resolución de los casos y no en un aumento de la indefensión.

LOS PRINCIPIOS DE LA LEY DE UNIDAD DE MERCADO COMO FUENTE DE COMPETENCIA Y REGULACIÓN EFICIENTE DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS

The Market Unit Law principles as a source of competition and efficient regulation of economic activities

Marisa ÁLVAREZ SUÁREZ

*Subdirectora General de Unidad de Mercado, Mejora de la regulación y Competencia
Ministerio de Economía y Empresa*

Marta MARTÍNEZ GUERRA

*Vocal Asesora de la Subdirección General de Entidades de Crédito,
Servicios Bancarios y de Pago
Ministerio de Economía y Empresa*

Resumen

La regulación por principios permite fundamentar, informar y adaptar el ordenamiento jurídico a un contexto dinámico. Actualmente, en el ámbito de la regulación económica eficiente y la defensa de la competencia, la Ley de garantía de la unidad de mercado es la norma de referencia de regulación por principios (necesidad y proporcionalidad, no discriminación, etc.). Uno de sus valores añadidos es la configuración de unos mecanismos de tutela en los cuales las autoridades de competencia asumen un rol fundamental. Estos mecanismos permiten además la generación de abundante doctrina sobre la implementación práctica de dichos principios lo que reduce las posibles ambigüedades de su aplicación.

Abstract

Regulation by principles allows to sustain, inform and adapt the legal system to a dynamic context. Currently, the Law on Market Unity is, in the field of smart economic regulation and competition advocacy, the reference standard when regulating by principles (necessity and proportionality, non-discrimination, etc.). One of its added values is the configuration of enforcement mechanisms in which the competition authorities play a fundamental role. These mechanisms also generate an extensive doctrine on the practical implementation of these principles. This helps to reduce the possible ambiguities of its application.

Palabras clave: Regulación | Evaluación del impacto competitivo de las normas | Política de competencia | Principio de unidad de mercado |

Keywords: Regulation | Competition assessment in regulatory impact analysis | Competition Policy | Single Market principle |

I. INTRODUCCIÓN

El actual Estado regulador busca proteger diversos derechos e intereses públicos como pueden ser la tutela de los consumidores, el medio ambiente, la seguridad, la salud pública o la confianza en el funcionamiento de los mercados. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) centra el foco en la colisión que se puede llegar a producir cuando la normativa va más allá de lo estrictamente necesario, pudiendo erosionar otros derechos e intereses a proteger en el ámbito económico como son la libre competencia o la libertad de empresa.

Si hay un fenómeno que caracteriza al Estado regulador es la amplitud y profusión de la normativa, debido fundamentalmente a la tecnificación de la regulación y a la pluralidad de actores implicados. Una primera consecuencia es que la complejidad y profusión normativa dificultan a los pequeños operadores económicos su comprensión y por ende dificultan el acceso y el ejercicio de la actividad en el sector en el que desean operar. En segundo lugar, una regulación tan detallada puede carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios, a menudo de la mano de la disrupción tecnológica. Finalmente, en el difícil equilibrio entre intereses, un desarrollo normativo destinado a la tutela de intereses ciudadanos ha podido no tener en cuenta los beneficios para los consumidores (en términos de precios y calidad) del fomento de la competencia en los mercados consecuencia de unas menores restricciones al acceso y al ejercicio de las actividades económicas.

La LGUM se suma a una lista de medidas que en las últimas décadas han perseguido la máxima eficiencia regulatoria (mantener la tutela de los intereses, minimizando los impactos negativos). Centrarse en la mejora del entorno regulatorio es precisamente lo que enmarca a esta ley dentro de las llamadas reformas de segunda generación.

Para tratar de establecer un modelo de regulación eficiente de todas las actividades económicas, esta Ley establece unos principios de mejora de la regulación que deberán ser vinculantes para las Administraciones públicas. Precisamente, la particularidad de esta norma en el contexto jurídico español reside en el protagonismo concedido a la técnica de regulación por principios, que enumera y ayuda a perfilar: necesidad y proporcionalidad, no discriminación, etc. Con ellos se pretende garantizar la libertad de circulación y establecimiento de los operadores económicos, y el acceso y ejercicio de las actividades económicas de forma que se fomente la competencia en los mercados y, con ella, la competitividad de una economía y el bienestar del consumidor.

Sin embargo, la verdadera novedad de esta ley es acompañar estos principios con un sistema especial de recursos y reclamaciones. Así, se refuerza la tutela administrativa y jurisdiccional, por un lado, y se ayuda a definir el contenido de estos principios, delimitando su aplicación caso a caso.

Este artículo reflexiona sobre la aportación de esta ley frente a otras normas de derecho administrativo anteriores que hayan podido contener una enunciación de principios, indagando sobre la regulación por principios, la doctrina generada en torno a aquellos concretos recogidos en la LGUM, y su particular mecanismo de protección de operadores ante la violación de dichos principios.

II. LA REGULACIÓN POR PRINCIPIOS COMO MODELO DE REGULACIÓN EFICIENTE Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA LGUM

II.1 Los principios generales del derecho: concepto y funciones

La regulación por principios no es un fenómeno consustancial al sistema jurídico continental como el nuestro, ni resulta pacífica su aplicación aún en nuestros días.

La aparición del concepto de principios generales del derecho es la historia de una lucha entre el derecho escrito¹ y el espíritu de justicia en que se apoyan. Los principios generales del derecho se empezaron a reconocer en los códigos civiles del siglo XIX, para completar la regulación en aquellos supuestos no previstos por la ley (o la costumbre) (Rubio, 2011). No obstante, hoy han adquirido una entidad muy superior: ya no sólo completan lagunas, sino que “informan” el ordenamiento jurídico. Es decir, los principios actúan como guías en torno a los cuales ha de tejerse el ordenamiento jurídico, y desviarse de los mismos lleva a cuestionar la misma validez de las normas.

Así, hoy en día, las funciones de los principios son fundamentar o informar el ordenamiento jurídico, ayudar a interpretar la ley en caso de duda e integrar las lagunas de la ley y de la costumbre². Son “*soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que, por ello, prestan todo su sentido*” y además son generales “*porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos*” (García de Enterría, 1986) buscando trascender de lo que resulta justo en un caso concreto y velando por la materialización de aquellos valores de justicia que han de mantenerse como un referente³.

Históricamente los principios cobraron especial relevancia a partir del siglo XIX, “*cuando la llamada “motorización legislativa” (C. Scmitt) pulverizó el mito revolucionario e ilustrado de las leyes claras y bien ordenadas [propio de la codificación] (...) y sustituyó también el ideal de las leyes generales por otras hechas a la medida de los problemas, mucho más concretas y cambiantes*” (Muñoz, 2004)⁴.

Este fenómeno se ha dado de manera más acusada en el Derecho público, especialmente del Derecho Administrativo, por la abundancia de normas, la fugacidad de estas y la ausencia del fenómeno codificador. Por ello, la jurisprudencia ha recurrido a normas no escritas para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente antes de que estos ganaran el reconocimiento constitucional⁵.

Además, como posible explicación adicional, cabe apuntar que el derecho público ha requerido un nivel mayor de desarrollo que el derecho privado, ya que este último

¹ Lo que en Derecho se conoce como tradición positivista.

² Artículo 1 del Código Civil.

³ Curiosamente, muchos principios se han ido desvinculando de las instituciones o figuras jurídicas a las que sirvieron originariamente —a menudo de derecho privado— para pasar servir como un criterio general, horizontal a todo el ordenamiento, buscando darle un sentido unitario a todas las instituciones y situaciones en él reguladas. Por lo tanto, el papel de los principios no sólo es deductivo (del principio se extrae la norma aplicable al caso concreto) sino que también surgen de forma deductiva (de los casos surge el principio), al modo casuístico del derecho romano o anglosajón.

⁴ O, en palabras de García de Enterría, cuando “el legalismo exacerbado mató el positivismo”.

⁵ El fenómeno del constitucionalismo a partir del s. XIX ayudó precisamente a “positivar” aquellos principios fundamentales. La propia Constitución española de 1978 recoge en todo su articulado principios generales y valores superiores, y en particular, se refiere al sometimiento de la Administración “*a la Ley y al Derecho*” (artículo 103.1). Sin embargo, ya la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 admitía que los actos de la Administración habían de ser conformes “*genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirl[os] simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones.*”

puede adaptarse en los contratos entre las partes, si bien rara vez por completo (Hart, 1988), mientras que los poderes públicos están plenamente sometidos al derecho — indisponible y previsto necesariamente con anterioridad a la situación a regular. De ahí, quizás, esa vocación de prever y clasificar de antemano todas y cada una de las situaciones que se puedan dar entre el ciudadano y la administración.

En definitiva, los problemas que implican la aprobación de la gran cantidad de normas por parte de la Administración *“no puede resolverse más que disponiendo de un sistema flexible de principios generales del Derecho capaces de calificar y encauzar toda clase de situaciones, aún las más nuevas e imprevistas”* (García de Enterría, 1986).

Precisamente el Derecho administrativo económico, por su complejidad, profusión y presencia en un entorno —tecnológico, social— cambiante, requiere adaptación para evitar hacer obsoleta (o peor aún, injusta) una norma. Ejemplos recientes evidentes de conflicto normativo los encontramos en el fenómeno de la economía colaborativa, que demanda de transformaciones regulatorias en sectores como la financiación, el turismo o el transporte.

II.2 Los principios como base de regulación eficiente y defensa de la competencia

Tal y como se ha comentado es en el ámbito económico, por su carácter complejo y cambiante, donde la regulación por principios tiene la potencialidad de desplegar todos sus efectos. Y es en este ámbito donde la política de defensa de la competencia y, en términos más amplios, la regulación eficiente basada en dichos principios se configura como herramienta esencial de impulso de la competitividad de una economía y el bienestar del consumidor.

Así, la defensa de la competencia —en especial en su función de *advocacy* o promoción— está íntimamente relacionada con la regulación por principios. El objetivo principal de la promoción de la competencia es formar y difundir la “cultura de competencia” entre la ciudadanía en general y, particularmente, entre las Administraciones públicas. Debe tenerse en cuenta que en virtud del artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) las prohibiciones establecidas en dicha Ley son aplicables no solamente a los operadores privados sino igualmente a las restricciones de la competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos sin amparo legal. De esta forma, las Administraciones públicas pueden, con su actuación o regulación introducir restricciones a la competencia que se consideren injustificadas y, en consecuencia, contrarias a dicha Ley. Y es, precisamente, esa valoración de la “justificación” la que viene indisolublemente unida a determinados principios generales del derecho considerados de buena regulación o de regulación eficiente de las actividades económicas (necesidad, proporcionalidad o mínima distorsión, simplificación, no discriminación, etc.).

En definitiva, para determinar su “justificación” las autoridades de competencia evalúan las restricciones a la competencia en los mercados —al acceso o al ejercicio de las actividades económicas— generadas por las Administraciones públicas conforme a determinados principios. La “interpretación” que dichas autoridades hacen de dichos principios y de su forma de implementación en las normas determina que dichas actuaciones puedan considerarse contrarias o no a la normativa de defensa de la competencia. En este sentido, son múltiples los pronunciamientos mediante informes de proyectos normativos o estudios de la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia (CNMC) que, en ejercicio de sus funciones de promoción, realizan dicha evaluación de la normativa conforme a determinados principios de regulación eficiente⁶.

Esta vinculación entre política de defensa de competencia y principios de regulación eficiente, y la intención de la autoridad de convertirse en uno de los “garantes” de dichos principios, quedó de manifiesto especialmente a partir del año 2008 con la publicación de las «Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia» y la «Guía para la elaboración de las memorias de competencia», documentos ambos donde se proporcionan pautas a los poderes públicos para una correcta implementación de dichos principios. En este mismo sentido, cabría señalar igualmente la profusa labor de elaboración de informes de proyectos normativos por la CNMC durante el periodo de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), derecho derivado comunitario de referencia en relación con la regulación por principios.

La función de la CNMC de “guardiana de la correcta regulación por principios en el ámbito económico” se ha visto intensificada por las nuevas funciones que le ha otorgado la LGUM. Esta Ley, como se ha comentado, supone la culminación del modelo de regulación eficiente basado en la regulación por principios generales del derecho en el ámbito económico y tiene como uno de sus principales valores añadidos la configuración de unos mecanismos especiales de garantía del cumplimiento de dichos principios en los cuales la CNMC asume un rol esencial. Se consolida con dicha Ley la vinculación entre las funciones tradicionales de defensa de la competencia de la autoridad con las de “mejora de la regulación” en su función de promoción. Así, la propia exposición de motivos de la norma realiza dicha vinculación entre competencia y unidad de mercado al considerar que la *“fragmentación del mercado nacional dificulta la competencia efectiva”* y que la *“Ley busca establecer los principios y normas básicas que (...) garanticen la unidad de mercado para crear un entorno mucho más favorable a la competencia (...)”*. Cabe señalar, no obstante, que otros instrumentos que ya tenía la CNMC se mantienen inalterados (en especial la legitimación activa en materia de competencia del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y la capacidad de elaboración de estudios, informes, trabajos de investigación, etc.). Estos instrumentos de caracterización jurídica diferenciada “conviven” con las nuevas herramientas establecidas en la LGUM. Todas ellas, sin embargo, usan los comentados principios de regulación como base de su razonabilidad jurídica y se orientan a un objetivo común: el fomento de la regulación eficiente y de la defensa de la competencia por parte de los poderes públicos.

II.3.La eficacia de los principios de la LGUM como base del modelo de regulación eficiente y de promoción de la competencia

II.3.1 Cuestiones generales

La LGUM es actualmente la norma básica de referencia de regulación eficiente por principios en el ámbito económico. Sin embargo, los principios que enuncia (necesidad y

⁶ Por citar algunos véase el IPN/CNMC/002/19: Proyecto de Decreto por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la región de Murcia o el PRO/CNMC/002/16: Informe sobre el mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicios desatendidas.

proporcionalidad, cooperación, no discriminación, etc.) no son nuevos por sí mismos, ya que en realidad entroncan con los principios recogidos en la misma Constitución española⁷, en el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en normas generales de derecho administrativo y en normas sectoriales⁸, así como por la jurisprudencia. De esta forma, tal y como se ha comentado, por ejemplo, con anterioridad a la aprobación de la LGUM, la CNMC en sus funciones de promoción de la competencia y especialmente desde 2008 venía ya usando el cumplimiento de dichos principios como forma de evaluar las restricciones a la competencia establecidas por las Administraciones públicas para determinar su compatibilidad con la LDC.

¿Qué aporta la LGUM en ese caso respecto a normas anteriores tanto sectoriales como generales? Por una parte, desarrolla los principios de regulación económica eficiente y los “instrumentaliza” intentando evitar su ambigüedad y, en consecuencia, sus problemas de concreción e implementación. Asimismo, los dota de un sistema específico de tutela que facilita la revisión en vía administrativa y judicial de los actos y reglamentos que puedan ser contrarios a los principios (que se examinan en la sección 4 de este artículo). Por último, facilita la generación de una “doctrina específica”, ayudando a enmarcar el alcance real de dichos principios⁹.

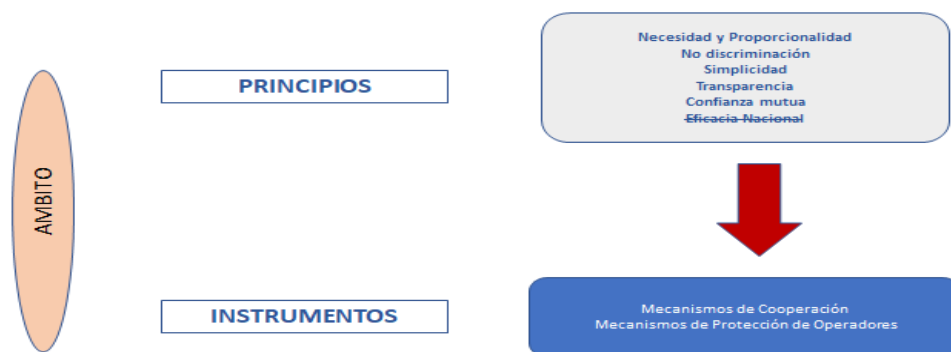
En estas dos últimas funciones (tutela reforzada y doctrina interpretativa), las autoridades de competencia —precisamente debido a dicho papel de garantes de la regulación eficiente antes comentado— asumen un rol especial. En particular, la propia Ley otorga a la CNMC competencias concretas respecto a su aplicación. Asimismo, varios de los organismos de competencia autonómicos también han asumido funciones específicas en este sistema al haber sido nombrados por sus Administraciones específicas, al igual que la CNMC, “puntos de contacto de unidad de mercado¹⁰”. Se trata, por tanto, como veremos de configurar un modelo de regulación eficiente conforme al cumplimiento de determinados principios cuyo cumplimiento se garantiza mediante el establecimiento de unos instrumentos específicos (mecanismos de cooperación y de protección de operadores tal y como los denomina la norma) que involucra al conjunto de las Administraciones públicas.

⁷ Así, por ejemplo, en la Sentencia 79/2017, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la conciliación de los principios de unidad y autonomía, así como el reconocimiento de los principios de cooperación y necesidad y proporcionalidad.

⁸ En particular, con carácter previo a la aprobación de la LGUM en La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (transposición de la Directiva de Servicios) o en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible pero también en la propia Constitución Española, (por ejemplo, en el artículo 103.1 relativo a los principios de actuación de la Administración pública o el artículo 38 sobre la libertad de empresa).

⁹ Como ejemplo de esta cuestión en este trabajo se ha recogido en diversas ocasiones en nota a pie referencias a Informes de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) órgano dependiente del Ministerio de Economía y Empresa que gestiona varios de los mecanismos de la LGUM. Estos informes son públicos y contienen criterios de aplicación de la LGUM. En los enlaces publicados se recoge además la referencia de los informes publicados, en su caso, en el mismo ámbito por la CNMC y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) como puntos de contacto de unidad de mercado de la LGUM.

¹⁰ El artículo 26.4 de la LGUM crea una red de puntos de contacto para la unidad de mercado y la solución de diferencias formada por la SECUM, la CNMC, cada departamento Ministerial y la autoridad designada por cada Comunidad o Ciudad Autónoma.

Figura 1 - MODELO DE REGULACIÓN POR PRINCIPIOS - LGUM

La razón para volver a incidir en la positivación, desarrollo y tutela de estos principios deriva de que precisamente su aparente falta de concreción¹¹ frente a la norma escrita dificulta la aplicación unívoca y omnipresente en toda la actividad administrativa, ante la ausencia de una jurisprudencia amplia y asentada¹².

En todo caso, paulatinamente, en los casi 6 años de vigor de la LGUM, va apareciendo una jurisprudencia que revisa la legalidad de disposiciones normativas conforme a los principios de la LGUM así como una cierta "doctrina" administrativa de aplicación de dichos principios fruto de los numerosos informes publicados por las autoridades implicadas sobre casos concretos. Ello confirma el valor de la LGUM como normativa de referencia para profundizar en la aplicación de dichos principios y reducir los problemas derivados de su ambigüedad o posible falta de concreción.

Por último, cabría señalar que la LGUM ha podido ser entendida como una medida de promoción de la eficiencia regulatoria y de la defensa de la competencia, pero también como de "desregulación"¹³, lo cual presenta el riesgo de ser percibido como reducción de la tutela de esos otros derechos e intereses que decíamos que originaban la regulación (protección del consumidor, medio ambiente, etc.). Tampoco se puede obviar que una regulación positiva y detallada, puede generar más seguridad jurídica para el operador económico en el corto plazo.

En todo caso, la doctrina jurisprudencial, junto con la "doctrina administrativa" que va surgiendo de los informes de las autoridades implicadas, permite que, de forma

¹¹ En el ámbito comunitario a través de diferentes iniciativas se ha intentado superar esa falta de concreción. Véase por ejemplo Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones

¹² Incluso la propia jurisprudencia ha mostrado dudas acerca de la aplicación de estos principios. Por ejemplo, en las Sentencias 118 y 119/2016 de 31 de marzo, la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, si bien fueron revocadas posteriormente, entendieron que cabía aplicar la LGUM en tanto en cuanto se pudiera determinar el alcance de los principios de necesidad y proporcionalidad, eficacia nacional y no discriminación conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional.

¹³ El propio Tribunal Constitucional considera en su Sentencia 79/2017, de 22 de junio de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 1397-2014. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado lo siguiente: "la Ley 20/2013 establece una serie de principios y directrices que tienen como resultado fundamental promover un funcionamiento más libre del mercado, pues someten a las autoridades regulatorias competentes, para el supuesto en que establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad económica, a mayores condicionamientos y restricciones de los existentes hasta la aprobación de la norma. Tales condicionamientos y restricciones a la capacidad interventora de los poderes públicos en la economía, entrañan una «desregulación» del mercado. Desregulación que, junto a la garantía de la unidad de mercado, sería, por tanto, el segundo gran objetivo perseguido por la norma impugnada".

deductiva o haciendo un guiño al método anglosajón basado en el caso y los antecedentes, se vaya dando cuerpo a estos “vagos” principios. En este sentido, los siguientes apartados de este trabajo recogen y resumen dicha doctrina administrativa en relación tanto con el ámbito de aplicación como con la implementación de los principios en sí mismo.

II.3.2 Ámbito de aplicación

La eficacia de los diferentes principios definidos en la LGUM en su objetivo de configuración de un modelo de regulación eficiente de las actividades económicas y de defensa de la competencia depende, en gran medida, de la amplitud de su ámbito de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que la LGUM se “incardina” y toma como base (aunque sin configurarse como instrumento de transposición de normativa concreta) y como referente el derecho europeo (Fuentetaja Pastor, 2017). En este sentido, el principal precedente de mejora de la regulación económica a través de la regulación por principios en España —la transposición de la comentada Directiva de Servicios a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— tenía un ámbito de aplicación limitado. Éste se restringía exclusivamente al ámbito de los servicios —sin incluir actividades primarias o secundarias ni circulación de bienes— e incluyendo además importantes excepciones en su ámbito de aplicación (transportes, comunicaciones electrónicas, servicios financieros, determinados servicios sociales etc.).

La LGUM, sin embargo, y por tanto sus principios, se aplica al acceso y al ejercicio de absolutamente todas las actividades económicas. El ámbito de aplicación de la norma —establecido en su artículo 2¹⁴— tiene una amplitud máxima intentando garantizar así la mayor robustez y eficacia posible del modelo que los principios establecen. Es máxima en el ámbito económico, pero a la vez restringida pues no se aplica con carácter general¹⁵.

El propio anexo de la LGUM define lo que debe entenderse como actividad económica¹⁶ a efectos de aplicación de la Ley. Esta definición se caracteriza por diferentes elementos:

1. Es una actividad que se realiza por cuenta propia. Las actividades realizadas por cuenta ajena es decir las relaciones enmarcadas dentro de un contrato de trabajo no entran dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.¹⁷
2. La actividad debe realizarse en condiciones de mercado lo que implica que se presta a cambio de una remuneración económica. Quién abona esa

¹⁴ **Artículo 2.** Ámbito de aplicación.

Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional. (...).

¹⁵ Los principios de mejora de la regulación con carácter general aplicables a cualquier intervención administrativa o en la iniciativa normativa de las Administraciones públicas (sea del ámbito económico o no) estarían recogidos actualmente en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sin embargo, la instrumentalización de estos principios y mecanismos de tutela específicos sólo se prevén en el marco de la LGUM.

¹⁶ (...) b) *Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.*

¹⁷ Véase al respecto el Informe de la SECUM: 28.0014 EDUCACIÓN. Acreditación profesorado universitario (con idéntico criterio que en los informes emitidos en el caso por la CNMC y la ADCA). En el ámbito comunitario en el marco de los servicios véase la Sentencia de 12 de diciembre de 1974, Walrave, asunto 36/74.

contraprestación es decir si es el propio cliente o usuario o si es abonada total o parcialmente por una administración pública, un ente privado o un tercero no es determinante para la calificación de la actividad como económica.¹⁸ El carácter de actividad económica tampoco se ve influida porque la remuneración esté intervenida o prefijada por las Administraciones públicas.

3. La actividad puede ser realizada por cualquier tipo de organismo o ente independientemente de su caracterización como público, privado o mixto. Tampoco es determinante la forma jurídica del operador que presta la actividad ni es necesario que su objetivo principal sea la obtención de un beneficio económico (es decir puede ser realizada incluso por una entidad sin ánimo de lucro).¹⁹
4. Las posibles características “especiales” de la actividad tampoco afectan a su cualificación como económica. Así, el que, por ejemplo, un determinado servicio sea considerado como servicio público o de interés general no supone una excepción al ámbito de aplicación de la LGUM. La externalización o delegación de funciones públicas en la medida en que son prestadas por operadores a cambio de una determinada contraprestación debe entenderse dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.²⁰ Se entenderían por tanto comprendidas actividades como los servicios sociales, la educación y la sanidad privada, las actividades de control e inspección realizadas por organismos acreditados, etc.
5. La intervención de las Administraciones públicas en la actividad (sea como se ha comentado mediante la fijación de tarifas, la regulación, la prestación de ayudas o subvenciones, el establecimiento de obligaciones de servicio público o cualquier otro tipo de regulación) tampoco es determinante para su calificación como actividad económica. De hecho, la forma concreta de intervención sí estaría sujeta a la LGUM (por ejemplo, la fijación de la remuneración o de tarifas de la actividad económica).²¹
6. No se consideran actividades económicas por no prestarse en un mercado aquellas que implican el ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas y que no se encuentran por tanto regidas por el Derecho privado (SECUM, 2014).

El artículo 9 de la LGUM²² establece que todas las Administraciones deben velar porque sus actuaciones e intervenciones se ajusten a los principios básicos de la LGUM. Dentro del concepto de Administraciones se entienden en sentido amplio todas aquellas autoridades competentes que —siguiendo la definición establecida en el anexo de la propia LGUM²³— tienen la capacidad para regular, intervenir o actuar sobre una

¹⁸ En el ámbito de los servicios véase la Sentencia de 13 de mayo de 2003, Müller Fauré, asunto C-385/99 y la Sentencia de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, asunto C-157/99.

¹⁹ En el ámbito de los Servicios véase la Sentencia de 11 de abril de 2000, Deliège, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97.

²⁰ Debe señalarse, no obstante, que esta cuestión no está exenta de debate. Véase por ejemplo al respecto Dictamen Consejo de Estado 1093/2014 (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

²¹ Véase al respecto el Informe de la SECUM: 28.0055 COMERCIO. Productos cárnicos.

²² **Artículo 9.** Garantía de las libertades de los operadores económicos.

1. *Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia. (...)*

actividad económica. Se consideran por tanto autoridades competentes a las corporaciones de derecho público como los colegios profesionales. No se han entendido, sin embargo, comprendidas dentro de la LGUM las actuaciones que por ejemplo realicen los beneficiarios de una concesión pública en un determinado mercado y que sí estarían comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.²⁴ Asimismo debe resaltarse que la aplicación de los principios de regulación eficiente desde el punto de vista de la LGUM es única y exclusivamente a las intervenciones y actuaciones de las Administraciones públicas en el ámbito económico. En consecuencia, no se incluyen dentro de su ámbito de aplicación otras intervenciones o actuaciones de las Administraciones públicas que puedan afectar a los ciudadanos en general pero no a operadores económicos.²⁵

La conjunción del ámbito de aplicación de la LGUM junto a la garantía general de las libertades de los operadores económicos recogida en el comentado artículo 9 puede llevar a una interpretación incluso aún más extensiva de su ámbito. En este sentido la SECUM ha considerado que cualquier mecanismo de acceso a un mercado (sea de asignación, de prestación de un servicio público, de contratación, concesión, licitación, adjudicación o compra²⁶) está sujeto a los principios de regulación eficiente establecidos en la norma.²⁷ Incluso la decisión de optar por un determinado mecanismo de provisión también podría estar sujeta a su ámbito de aplicación y, por tanto, no puede ser discrecional. Esto es, la decisión de establecer una concesión pública o un régimen de autorización²⁸ estaría sujeta a los principios de regulación eficiente establecidos en la LGUM.

Debe señalarse, no obstante, que esta amplitud del ámbito de aplicación de la LGUM así considerada por la SECUM y por otros organismos como la CNMC parecía que iba a verse matizada o limitada por los órganos jurisdiccionales al entender que la unidad de mercado sólo se ve afectada por disposiciones o actos de carácter infraestatal. Así la Sentencia de la Audiencia Nacional 119/2016 de 31 de marzo, en virtud del recurso interpuesto por la CNMC contra diversas normas y actos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León que denegaban a una empresa la renovación de autorización como servicio de prevención ajeno por no tener una Unidad Básica de Salud en dicha Comunidad Autónoma fue desestimada al considerarse que la *norma*

²³ **Anexo.**

(...) *Autoridad Competente: cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.*

²⁴ Véase Informe SECUM: 28.0024 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Servicios funerarios o Informe ADCA nº 15/2014. mercado (expediente (...) "autoescuelas: cursos de reeducación vial").

²⁵ Este tipo de intervenciones o actuaciones podrían ser analizadas igualmente en virtud de los principios de mejora regulatoria establecidos actualmente con carácter general en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Ambas normas, por tanto, sirven también de base del modelo de regulación por principios fuera del ámbito económico. Si bien, no se prevé en dicha normativa mecanismos de tutela similares a los establecidos en la LGUM.

²⁶ Véase Agencia de Defensa de Competencia de Andalucía: Nota sobre la Contratación Pública y la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En los casos presentados ante la SECUM hay varios relativos a pliegos de contratación. Véase, por ejemplo: Informe SECUM. 28.31 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Renting. Considera la SECUM que: (...) el uso de un sistema de licitación pública como mecanismo de asignación o provisión no puede considerarse en sí mismo como una restricción de acceso a un mercado en la medida en que su diseño garantice el acceso de los operadores y genere competencia por el mercado ex ante y ex post. Ahora bien, los pliegos de contratación no podrán contener requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM (artículo 18) ni requisitos innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la contratación (artículo 5)". En el mismo sentido considera la ADCA que: "Para que los contratos no sean contrarios a la LGUM deben ser proporcionados, necesarios, no discriminatorios y adecuados al objeto de los mismos, de modo que no obstaculicen la concurrencia de las entidades eventualmente interesadas, ni la competencia por la parcela del mercado que constituye la contratación pública".

²⁷ Informe SECUM: 28.0002 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Medicamentos.

²⁸ Informe SECUM: 26.0014 Contratación pública. Cursos de reeducación vial.

decidendi en la que se basaban los actos de la Comunidad Autónoma era una norma estatal, “por lo que no resulta de aplicación la LGUM”. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo 1913/2018 de 4 de junio en materia de alquiler de vehículos con conductor entra a realizar un profundo análisis de necesidad y proporcionalidad en aplicación de la LGUM de un Real Decreto estatal (llegando incluso a anular un par de disposiciones de la norma impugnada) por lo que esta inicial visión de la Audiencia Nacional puede considerarse superada. En coherencia con esta visión la Sentencia 119/2016 ha sido anulada recientemente en casación por el Tribunal Supremo (STS 362/2019 de 18 de marzo).

III. LOS PRINCIPIOS DE LA LGUM

Una vez analizada la LGUM como normativa base de referencia de *configuración* de un modelo regulación eficiente de las actividades económicas a través de la regulación por principios procede a continuación analizar en profundidad el alcance de los principios más relevantes de la Ley tal y como se configuran en la norma.²⁹

Como comentamos, uno de los principales valores añadidos de la norma es la instrumentalización y detalle de los principios de regulación eficiente y el establecimiento de mecanismos de tutela que permiten, entre otras cuestiones, ir generando una doctrina tanto administrativa como jurisdiccional que reduce o elimina las posibles ambigüedades respecto a su aplicación. En este sentido, se recoge y sistematiza a continuación dicha doctrina —ampliada, en su caso, con otras referencias jurisdiccionales de aplicación—.

III.1. El principio de necesidad y proporcionalidad

El principio de necesidad y proporcionalidad se enuncia en el artículo 5 de la LGUM y busca limitar la intervención de la administración al mínimo necesario para la consecución del fin perseguido, de modo que “no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica”.

El principio de proporcionalidad se encuentra presente en otros ámbitos de derecho público como es el derecho penal y del derecho administrativo (por ejemplo, en la proporcionalidad de las penas o sanciones). La limitación de la intervención de la administración se fundamenta en la protección de otros derechos y libertades que están siendo restringidas con su actuación: derecho a la propiedad, a la libertad de movimiento, etc. No es tanto una ponderación de derechos, como que una vez que se ha determinado que hay una razón superior para intervenir, esta intervención debe ser lo menos gravosa posible para la sociedad, de modo que se emplee el medio menos lesivo que a su vez tienda a producir el resultado esperado.

La jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad, de referencia en este ámbito, ha tasado tres requisitos, añadiendo la idoneidad (que la medida tienda al objetivo propuesto), a la necesidad (que no hay otra medida que más moderada para la consecución del propósito fijado) y la proporcionalidad (al fin social o político perseguido). El control jurisdiccional de la actividad administrativa, no obstante, reconoce sus límites y deja al legislador cierto margen de error en la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Barnes, 1994).

²⁹ No se analizarán en este artículo otros principios también establecidos en la LGUM con carácter general (como el principio de cooperación) o aquellos que no son objeto de mayor concreción o instrumentación en la norma como por ejemplo el principio de transparencia y el principio de simplificación de cargas.

Es precisamente la naturaleza sustancial —y no forma— de la regulación por principios la que al tiempo que dificulta el control, permite adaptarse a diversas situaciones que van surgiendo con la evolución de la regulación de la actividad económica.

Precisamente, por tratarse de una norma de ámbito económico, los derechos y libertades a proteger frente a la intervención desproporcionada de los poderes públicos serían los derechos constitucionales de propiedad (art 33 de la CE), libertad de empresa (art. 38) y libertad de circulación y establecimiento (art. 139 CE), pero también podría alcanzar al principio de libre competencia y a los beneficios asociados para los consumidores.

A su vez, la norma señala que los fines que justifican la intervención pública en el ámbito económico son las llamadas razones imperiosas de interés general, definidas por remisión al amplio listado reconocido por la jurisprudencia comunitaria (si bien limitado en número a las trece recogidas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)³⁰.

Y es que, si bien antes se mencionaba la jurisprudencia germana, la inclusión del principio de necesidad y proporcionalidad en esta ley tiene una clara inspiración del ámbito comunitario. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aparecía desde el principio como un criterio para racionalizar la producción de actos jurídicos de la Unión, basado en el derecho comparado de los Estados miembros, e incorporado al Tratado de la Unión Europea (artículo 5) como criterio de actuación general. Entre muchos otros supuestos, el principio de proporcionalidad fue invocado por la justicia comunitaria para restringir la posibilidad de limitar las libertades de circulación, y en todo caso por una razón de interés general (como recoge el Tratado de Funcionamiento de la UE hoy en día). Otro ejemplo de la aplicación del principio en el ámbito económico es la obligación de que las cargas y gravámenes que imponen las normas comunitarias no podrán exceder lo necesario para la consecución de la finalidad perseguida³¹. En Derecho derivado destacaría la instrumentalización de dicho principio en el ámbito de servicios realizado por la comentada Directiva de Servicios. A nivel europeo se sigue de hecho trabajando en la instrumentalización de dicho principio en ámbitos sectoriales (véase por ejemplo la Directiva para llevar a cabo evaluaciones de proporcionalidad antes de introducir nuevas disposiciones que restrinjan el acceso o el ejercicio de profesiones reguladas).

En el ordenamiento jurídico español el principio de necesidad y proporcionalidad estaba ya recogido en la redacción original de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque referidos en el articulado a la ejecución forzosa y el procedimiento sancionador, y desarrollado como un principio de buena regulación en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible³². Asimismo, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio modificó la referida Ley 30/1992, de 26 de

³⁰ **Artículo 3.** Definiciones

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

³¹ STJCE de 24 de octubre de 1973, Asunto 5/73

³² Artículo 4, derogado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

noviembre para ampliar los principios de mejora regulatoria a toda intervención pública (nuevo artículo 39bis). Actualmente, los principios de necesidad y proporcionalidad se encuentran recogidos entre los principios de buena regulación definidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. En virtud de esta Ley, además, las Administraciones públicas (con la excepción de las Comunidades Autónomas en su iniciativa legislativa³³) están además obligadas a recoger en el preámbulo o exposición de motivos de las normas una justificación de la adecuación de las mismas a los principios de buena regulación.

En el ámbito económico, el principio de necesidad y proporcionalidad aparece referido a la restricción de libertades económicas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (artículo 5. b) y c) y artículo 9), precisamente como transposición de normativa comunitaria (la comentada Directiva de Servicios). La autorización y los requisitos que se impongan para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios serán necesarios y proporcionados, y justificado por razones tasadas de interés general.

La LGUM, como se ha comentado, va más allá en su ámbito de aplicación y abarca, por un lado, a cualquier requisito para el desarrollo de toda actividad económica (artículo 5), y por otro, a los límites al acceso a las actividades económicas (artículo 17).

En este segundo artículo, la ley tasa las formas de acceso a una actividad económica (autorización, declaración responsable y comunicación, de más a menos gravosas para el operador económico) y limita los supuestos en los que puede exigirse cada una de las tres, en función por ejemplo de si se refiere a un operador económico o a una instalación, a dominio público, o de si viene exigido por una norma comunitaria o un tratado. Qué duda cabe de que esta concreción facilita la aplicación de la norma y proporciona seguridad jurídica a los operadores y a las propias administraciones ante una revisión posterior en vía administrativa o jurisdiccional.

Sin embargo, el artículo 5 exige un análisis de proporcionalidad general de cualquier forma de restricción de la actividad económica, en la línea de acreditar ser el medio menos restrictivo para los fines de interés general. Así, es preciso estudiar caso a caso si las regulaciones o decisiones administrativas destinadas a salvaguardar ciertos intereses legítimos están imponiendo cargas desproporcionadas al operador que lesionan su libertad de empresa o suponen barreras (económicas) al acceso a una actividad³⁴. Un ejemplo sería la Sentencia de la Audiencia Nacional 2026/2018 de 14 de mayo, que anula la resolución que denegaba la apertura de un Centro Comercial en horario excepcional en Valencia señalando que la normativa autonómica sectorial de aplicación al caso debería haber sido interpretada según el principio de necesidad y de

³³ Dado que el precepto concreto de la Ley para este supuesto fue considerado inconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2018 de 24 de mayo de 2018).

³⁴ Informe SECUM: 28.0020 TRANSPORTE TERRESTRE. Mercancías por carretera. En este caso, la normativa sectorial de la comunidad autónoma exigía (i) la necesidad de acreditar una capacitación profesional mediante un certificado de capacitación que se expide tras superar unas pruebas; (ii) La necesidad de acreditar una capacidad económica consistente en el desembolso de un capital de 9.000 euros para el primer vehículo y 5.000 euros adicionales para los siguientes; y (iii) la necesidad de disponer de al menos tres vehículos. El informe SECUM señala que no se han identificado distorsiones en la prestación de la actividad económica, ni merma de la calidad del servicio, ni desprotección de los consumidores y usuarios en estas Comunidades Autónomas sin regulación autonómica específica. Según este, la imposición de todos estos requisitos adicionales en su conjunto podría considerarse una barrera innecesaria y desproporcionada al acceso y al ejercicio de la actividad en la medida en que no está claramente identificado el interés general a proteger que debería justificar estos requisitos y en tanto en cuanto tampoco se ha motivado la proporcionalidad de los mismos.

proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM.³⁵

Muy frecuentemente las restricciones que terminan siendo consideradas desproporcionadas por la SECUM están relacionadas con la protección del consumidor, finalidad completamente legítima (razón imperiosa de interés general —RIIG— prevista en la propia LGUM que justificaría la necesidad de la medida) pero para la que la herramienta elegida puede no ser la menos lesiva³⁶. En otros casos se refieren a la protección de los intereses de operadores económicos ya establecidos y en esos casos cabe plantearse si esta finalidad es un fin legítimo en sí mismo vinculado a una de las RIIGs recogidas en la LGUM, que autorice a restringir los derechos de otros operadores para su tutela.

Asimismo, la desproporcionalidad puede nacer de regulaciones que pueden haberse quedado obsoletas por la evolución de los modelos de negocio, tales como aquellos servicios que empiezan a prestarse on-line, ya sea enseñanza o el alquiler de apartamentos turísticos, lo que lleva a revisar la pertinencia de requisitos asociados a la prestación o la contratación presencial³⁷.

También encontramos en el artículo 18.2.g)³⁸ un criterio limitativo de la actuación pública: se prohíben los requisitos de naturaleza económica, por un lado, y que conlleven al intervención directa o indirecta de competidores, por otro. En el primer caso, hablamos de un análisis económico previo y que más bien parecen destinados a asegurar la viabilidad de una actividad económica, como estudios de demanda³⁹. En el segundo, la participación de competidores en el acceso a la actividad económica nos alerta de límites al acceso de un nuevo operador, en contra de la libre competencia.

En definitiva, se trata de valorar si es necesaria la intervención pública (para tutelar un fin legítimo conforme a una RIIG) y si es la forma más proporcionada para contribuir a la protección de ese objetivo. En ese sentido, el artículo 18 ayuda a concretar la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad recogido en los artículos 5 y 17 de la LGUM ya que realiza una aplicación del mencionado principio directamente al establecer como “prohibidos” determinados requisitos que se consideran innecesarios y desproporcionados.

³⁵ Más recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1913/2018 de 4 de junio en materia de arrendamiento de vehículos con conductor no parece confirmar el criterio establecido por la Audiencia Nacional sobre la necesidad de que los demandados justifiquen la necesidad y proporcionalidad de la regulación. El Tribunal Supremo “invierte” la carga de la prueba considerando que deben ser los recurrentes los que planteen alternativas que se consideren coherentes con la LGUM y, en definitiva, los que deben probar que la regulación adoptada no es necesaria y proporcionada.

³⁶ Véase Informe SECUM: 26.0151 COMUNICACIÓN- Intermediación servicios de taxi

³⁷ Véase por ejemplo Informe SECUM: 28.0017 TRÁFICO. Enseñanza On Line o Informe SECUM: 26.0059 HOSTELERÍA - Apartamentos turísticos. En este último caso, un operador presenta una reclamación frente a la resolución adoptada por la Comunidad de Castilla y León en relación a la solicitud de dispensa —prevista en la ley autonómica— presentada por el interesado para que se le exima del cumplimiento de algunos de los requisitos de dotación y equipamientos exigidos para el alquiler de apartamentos turísticos. La SECUM concluye que la denegación de la dispensa debe sustentarse en los principios de necesidad y proporcionalidad. Además, a fin de realizar dicho análisis, y teniendo en cuenta que la razón imperiosa de interés general a salvaguardar es la protección de los derechos, la salud y la seguridad de los consumidores, deberían tenerse en cuenta, entre otras cuestiones: la toma en consideración del canal de comercialización utilizado; la valoración del nexo causal de los requisitos mínimos solicitados con la razón imperiosa de interés general que se pretende salvaguardar; y la valoración de posibles medidas menos restrictivas para alcanzar el fin perseguido.

³⁸ El artículo 18. *Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación* se refiere fundamentalmente al principio de no discriminación y eficacia nacional, pero el apartado 2.g) parece más propio del principio de proporcionalidad. De hecho, numerosos informes de la SECUM se refieren al artículo 18.2.g) y al artículo 5 a la vez. La prohibición de la participación de competidores en el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios ser reguló con mayor detalle en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, art. 10.f)

³⁹ Informe SECUM: 26.0115 COMERCIO- Centro comercial Adeje.

III.2. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación de la LGUM se regula en su artículo 3 y se instrumenta a través de diversas conductas de las Administraciones públicas consideradas *per se* como discriminatorias y, en consecuencia, como directamente prohibidas en su artículo 18.2.a).⁴⁰ Es decir, al igual que ocurría con el principio de necesidad y proporcionalidad, la norma realiza la aplicación del principio de forma directa ayudando a concretar su aplicación al señalar específicamente varias conductas que incumplirían dicho principio. Entre estas se incluyen, por ejemplo, las que obligan a que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio, así como solicitudes de residencia de su personal o de los que ostenten la propiedad. La constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2018 de 31 de octubre, sobre la prohibición de la solicitar “*un establecimiento físico dentro de su territorio*” (artículo 18.2.a). 1º) en las convocatorias de ayudas en Aragón para la formación de trabajadores⁴¹.

El principio de no discriminación de forma genérica puede considerarse un reflejo del principio de igualdad de trato, entendido éste en un sentido positivo (tratar igual a los iguales) y negativo (tratar diferentes a los diferentes). Este principio ha sido históricamente recogido tanto en el ordenamiento jurídico nacional como internacional (Constitución española⁴², Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, etc.) y ha sido especialmente señalado como principio básico de funcionamiento en determinados ámbitos como, por ejemplo, el tributario. Algunos autores han considerado que el principio de no discriminación de la LGUM no se configura de forma absoluta, sino que se plantea como posible “desigualdad de trato no justificada” (Alonso Mas, 2014). Es decir, se podría por tanto entender que sería posible una discriminación si esta es “necesaria y proporcionada”. No es esta la interpretación realizada por la SECUM en sus informes hasta la fecha que ha considerado que las posibles contravenciones del principio de no discriminación (bien directamente por el artículo 3 o por su instrumentalización del artículo 18.2.a) son prohibidas con carácter absoluto y por objeto.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el principio de no discriminación de la LGUM es simplemente una particularización del principio genérico. Así, la no discriminación de la LGUM se recoge únicamente desde el punto de vista de la residencia o establecimiento y solamente para los operadores económicos —siguiendo el ámbito restringido de la norma limitado a las actividades económicas—. Tampoco serían objeto del modelo de regulación eficiente establecido en la LGUM materias relacionadas con las diferentes prestaciones obtenidas (educación, sanidad, etc.) por los ciudadanos según su lugar de residencia⁴³.

Por lo que se refiere al destinatario de la tutela de la no discriminación, este principio en la LGUM es más limitado que el recogido en la propia Directiva de Servicios y en la transposición realizada por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Así, el artículo 16 de dicha ley recoge una manifestación del principio de no discriminación con relación a los consumidores, al fijar que los prestadores no pueden establecer condiciones generales de acceso a servicios sin razones objetivas, que estén basadas en la

⁴⁰ Informe SECUM: 28.0018 SERVICIOS FUNERARIOS. Instalaciones

⁴¹ Informe SECUM: 26.0025 EDUCACIÓN. Centros formación empleo

⁴² **Artículo 14**

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social

⁴³ Informe SECUM. 28.0002 CONTRATACIÓN SECTOR PÚBLICO. Medicamentos

residencia o nacionalidad. Esto implica, por ejemplo, que las empresas no pueden establecer tarifas diferentes según la residencia del destinatario⁴⁴. Esta materia ha sido recientemente cuestión de especial relevancia y desarrollo en el ámbito comunitario⁴⁵. La LGUM sin embargo no recoge esta cuestión y limita la no discriminación a las condiciones de acceso y ejercicio de los operadores económicos que realizan actividades económicas.

Asimismo, en relación con su ámbito de aplicación, no se incluye dentro de la no discriminación de la LGUM cuestiones relacionadas con el diferente trato administrativo otorgado a los operadores económicos si éste encuentra su base en otras cuestiones distintas de la diferente residencia o el domicilio social de los mismos. Si bien la posible discrecionalidad de dicho trato discriminatorio podría analizarse desde el punto de vista de la necesidad y proporcionalidad de la actuación.⁴⁶ De igual manera no se incluye en la LGUM como discriminatorio el hecho de que los operadores estén sujetos a normativas y requisitos distintos de acceso en virtud de su autoridad de origen (algo consustancial a nuestro reparto competencial entre diferentes administraciones). Esta limitación del principio de no discriminación ha sido señalada por la SECUM en diversos informes⁴⁷.

Por último cabe señalar que la aplicación del principio de no discriminación en relación a las ayudas públicas, subvenciones o similar ha sido matizado a través del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación al artículo 18.2.a de la LGUM (Rodríguez Míguez, 2017).⁴⁸ La interpretación de este Acuerdo supone considerar que un elemento consustancial a las políticas de fomento es su territorialidad (no tendría, por ejemplo, sentido dar ayudas a la creación de actividad económica a operadores que no generen actividad en el territorio que concede la ayuda) por lo que esta conexión no puede considerarse discriminatoria en aplicación de la LGUM. En este sentido, la interpretación dada por la SECUM⁴⁹ a esta disposición desvincula la creación o permanencia de actividad con la existencia de domicilio social de la empresa. Se trataría por tanto de

⁴⁴ Este principio general de no discriminación en relación a los consumidores según la residencia y/o la nacionalidad quedó establecido como infracción en materia de defensa de derechos de consumidores y usuarios en el artículo 60.k del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, tras la modificación realizada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Mediante esta modificación en España el principio de no discriminación desde el punto de vista del consumidor se amplía no sólo a los residentes o nacionales en el Espacio Económico Europeo sino a todos los consumidores independientemente de su lugar de residencia o nacionalidad.

⁴⁵ Véase por ejemplo la Guía de la Comisión Europea de aplicación del artículo 20.2 de la Directiva de Servicios del año 2012 o el recientemente aprobado Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior

⁴⁶ Informe SECUM. 26.34 ACTIVIDADES INMOBILIARIAS. Centro comercial

⁴⁷ Véase por el ejemplo el Informe SECUM. 28.0046 COMERCIO. Horarios

⁴⁸ Entre otras cuestiones el Acuerdo señala lo siguiente: "1.º De conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia de fecha 5 de marzo de 2014, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales (...) ambas partes las consideran solventadas de conformidad con los siguientes compromisos: (...) d) En relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 18.2.a) ambas partes coinciden en interpretar que su contenido no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin que ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa."

⁴⁹ Informe SECUM. 26.88 EDUCACIÓN – Centros Formación Empleo – Madrid (2): "(...) En definitiva, hay que considerar que, dado que la propia naturaleza de la política de subvenciones llevada a cabo por las Administraciones públicas en el marco de su actividad de fomento exige una cierta territorialidad de sus efectos, la actividad que vaya a recibir las eventuales medidas de fomento (en este caso, formación para el empleo) puede tener conexión directa con el ámbito territorial de la entidad concedente de las mismas. Si bien, en virtud de la LGUM debe entenderse que esta conexión con el ámbito territorial no puede establecerse exclusivamente en relación con la existencia de un domicilio social o un establecimiento físico concreto en un determinado territorio sino, por ejemplo, por la generación o permanencia de actividad económica en el mismo con base en posibles diferentes indicadores (...)"

“evitar” el incentivo a modificar el domicilio social de las empresas vinculado a la búsqueda de ayudas o subvenciones y tender a un modelo más eficiente por el cual las políticas de fomento se vinculan al objetivo último de las mismas.

III.3 El principio de eficacia nacional

El principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional se definía con carácter general en el artículo 6 de la LGUM y se instrumentaba como concepto en los artículos 19 y 20⁵⁰ de la norma.

Los artículos 19 y 20 hacían referencia a la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional y a la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas. Estos artículos detallaban el comúnmente conocido como principio de licencia única para todas las actividades económicas, es decir, el hecho de que un operador económico una vez habilitado en un lugar del territorio español pudiera ejercer en el resto de territorio sin solicitud de más trámites o de que un producto pudiera ofertarse y circular libremente por todo el territorio. Asimismo, establecían la validez nacional de habilitaciones, acreditaciones, cualificaciones, inscripciones en registros, certificaciones y demás actuaciones administrativas recogiendo además las posibles excepciones al comentado principio (ocupaciones de dominio público, infraestructuras físicas, servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, etc.). Es decir, este principio suponía una proyección de las competencias —supraterritorialidad— de la autoridad encargada de habilitar al acceso tal que los medios de intervención otorgadas por esta debían ser reconocidos implícitamente por el resto de las autoridades del territorio español.

El principio de eficacia nacional previsto inicialmente en la LGUM podía ser entendido como un principio más de regulación eficiente y de defensa de la competencia de la norma, destinado, en este caso, a orientar todo el ordenamiento jurídico económico. Así, la LGUM ampliaba para todas las actividades económicas y eliminaba límites de aplicación a un principio ya contenido en múltiple normativa básica sectorial (residuos, metrología, control industrial, etc.) y ya recogido para determinados ámbitos en la normativa europea (especialmente en la Directiva de Servicios)⁵¹ y en la jurisprudencia comunitaria.⁵²

En todo caso, la instrumentación de dicho principio en una norma de carácter general ha sido considerado inconstitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales y por tanto nulos (Sentencias 79/2017 de 22 de junio, 110/2017 de 5 de octubre y 111/2017 de 5 de octubre) entre otros, varios de los señalados preceptos relativos al principio de eficacia nacional⁵³ que con carácter general se establecía en la

⁵⁰ En conexión con estos artículos y también relativos a la aplicación del principio de eficacia nacional cabría señalar otros preceptos de la LGUM como por ejemplo la señalización de determinadas actuaciones que limitaban la libertad de establecimiento y circulación (apartados b, c, d y e del artículo 18 relativas a la solicitud de trámites, cualificaciones, seguros y especificaciones técnicas de productos adicionales a los del lugar de origen) y que, por tanto, se consideraban requisitos prohibidos por la LGUM. También en conexión a estos artículos cabría tener en cuenta las consideraciones relativas a la determinación de la autoridad —de origen o destino— encargada de la supervisión de los operadores cuestiones recogidas en la disposición adicional décima y en el artículo 21 de la norma.

⁵¹ Transpuesto a la normativa interna —con matices— a través del artículo 4.2 y 7.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁵² Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión contra Italia, asunto C-134/05.

⁵³ El concreto se declaran inconstitucionales los comentados artículos 6, 19 y 20 de la norma. Asimismo, en conexión con estos artículos se declaran inconstitucionales los preceptos sobre determinadas actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y circulación (apartados b), c) y e) del artículo 18, relativas a trámites, cualificaciones y especificaciones técnicas de productos, adicionales a los requeridos en el lugar de origen), que se consideraban requisitos prohibidos por la LGUM y determinadas consideraciones relativas a la determinación de la “autoridad de origen”, recogidas en la DA 10ª y relativas a la autoridad competente de la supervisión de los productos recogidas en el artículo 21.2.c).

LGUM estimando parcialmente los recursos presentados por el Gobierno y el Parlamento de Cataluña y por el Gobierno de Canarias y el de Andalucía contra varios artículos de la norma. Considera el Tribunal que el reconocimiento por parte del Estado de efectos supraterritoriales a las actuaciones autonómicas sólo puede producirse cuando exista una legislación estándar común o equivalente. No se analizará en profundidad por tanto en este artículo el alcance de este principio en el marco de la LGUM (para más información sobre el alcance de estas Sentencias véase Sola Teysierre, 2017).

IV. LOS INSTRUMENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS

Como se ha analizado, el modelo de regulación eficiente definido en la LGUM se sustenta en el cumplimiento de determinados principios por parte de todo acto, actuación o disposición realizado por cualquier autoridad competente. Sin embargo, el efectivo cumplimiento de dichos principios teniendo en cuenta la complicada estructura competencial y administrativa existente en nuestro país, requiere de la puesta en marcha y el buen funcionamiento de determinadas herramientas o instrumentos de tutela: los denominados en la propia Ley como mecanismos de cooperación y mecanismos de protección de operadores.

Así, por una parte, para garantizar la adecuada inspección y supervisión de los operadores económicos y del ejercicio de las actividades económicas —imprescindible para el mantenimiento de la protección de los consumidores— en relación con el cumplimiento del principio de eficacia nacional establecido en los artículos 19 y 20 de la LGUM —declarados como se ha comentado inconstitucionales— se consideraba esencial generar nuevos mecanismos de cooperación o reforzar los ya existentes. La LGUM establecía un modelo (artículo 21) por el cual las autoridades de origen son las encargadas de supervisar las condiciones de acceso de los prestadores y de fabricación de los productos, mientras que las autoridades de destino serían las encargadas de supervisar los requisitos de ejercicio (el artículo 21.2.c) relativo a la supervisión de los productos ha sido declarado inconstitucional). Ello se preveía en la medida en que el medio de intervención para el acceso obtenido en origen tenía validez en el resto del territorio. No obstante, en destino podía ser necesario comprobar cuestiones relacionadas con el medio de intervención dado o presentado en origen o podían detectarse incumplimientos de las condiciones de acceso. Es por ello que se consideraba esencial que hubiera una comunicación o cooperación entre las diferentes autoridades competentes al modo del ya existente a nivel comunitario Sistema IMI (Internal Market Information System). Para ello, la LGUM establece también determinados mecanismos como, por ejemplo, la integración de la información obrante en los registros o el sistema de información para la supervisión. Otros mecanismos de cooperación ya existentes como por ejemplo las Conferencias sectoriales o la Plataforma de contratación del Sector público fueron reforzados en la norma asumiendo nuevas competencias y funciones.⁵⁴ La regulación de estos sistemas de cooperación no han sido declarada inconstitucional y en consecuencia están en vigor.

Por otra parte, como se ha comentado, con el objetivo de que la normativización de dichos principios no tenga un mero carácter programático, es decir, para dar fuerza a dichos principios y garantizar su cumplimiento por las distintas autoridades competentes, la LGUM prevé diversos mecanismos de tutela y protección de operadores y recoge específicamente la acción popular en la materia. Estos mecanismos

⁵⁴ En relación con la implementación práctica de estos mecanismos de cooperación véase el *“Acuerdo por el que se establece y desarrolla el sistema de cooperación interadministrativa en materia de unidad de mercado”* del Consejo para la Unidad de Mercado (2015).

—gestionados por la SECUM y la CNMC— tienen carácter privilegiado y se suman a los procedimientos ordinarios ya existentes. En concreto, la LGUM recoge en su Capítulo VI dos mecanismos de protección de operadores gestionados por la SECUM. Uno de ellos se configura como una nueva alternativa formal al sistema administrativo de recursos (artículo 26) y el otro como un procedimiento de información adicional de eliminación de obstáculos y barreras a la unidad de mercado detectadas por los operadores económicos (artículo 28). Estos procedimientos se gestionan a través de la comentada red de puntos de contacto de unidad de mercado de autoridades estatales y autonómicas que pueden elaborar informes de valoración en los casos presentados. La SECUM debe elaborar informes de valoración (sobre el ajuste de la actuación reclamada a los principios de la LGUM) de forma preceptiva, que se hacen llegar a la autoridad competente con carácter previo a la resolución del caso para su valoración y que se hacen públicos en su página web. Otros puntos de contacto (la CNMC o la ADCA) también suelen publicar sus informes. En la práctica, estos procedimientos “instan” a las autoridades competentes a “reexaminar” sus conductas teniendo especialmente en consideración los principios establecidos en la LGUM.

Asimismo, la LGUM regula en su artículo 27⁵⁵ un nuevo recurso contencioso-administrativo especial en materia de unidad de mercado por el cual la CNMC se encuentra legitimada por la LGUM para impugnar ante la Audiencia Nacional los actos y disposiciones generales de las Administraciones públicas que entienda contrarias a los comentados principios recogidos en la LGUM (varias sentencias de relevancia han sido señaladas a lo largo de este artículo). La CNMC recoge en su página web los recursos interpuestos y las sentencias publicadas en el marco de estos procedimientos. Como se ha comentado, esta legitimación se une a la que ya tenía la CNMC en virtud del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio —y también los organismos autonómicos de competencia según la LDC— relativa a los actos y disposiciones que afecten a la competencia en los mercados⁵⁶. Ambas legitimaciones tienen características jurídicas diferenciadas⁵⁷ aunque su objetivo final y su fundamentación jurídica es similar (de hecho, es habitual que en recursos interpuestos por la vía de la legitimación de la competencia se utilicen argumentos de valoración conforme a los principios de regulación de la LGUM)⁵⁸. Ambas, se configuran, pues, como herramienta para garantizar la regulación eficiente y la defensa de la competencia.

En definitiva, estos mecanismos son sistemas o ventanillas especiales a través de los cuales los operadores económicos pueden denunciar lo que consideren incumplimientos de determinados principios de regulación. En consecuencia, se conforman como herramientas de tutela del administrado y de disciplina de las Administraciones evitando su inactividad y fomentando así —en último término— el efectivo cumplimiento de los principios establecidos en la LGUM con el objetivo de generar un modelo eficiente de regulación de las actividades económicas (Álvarez, 2014).

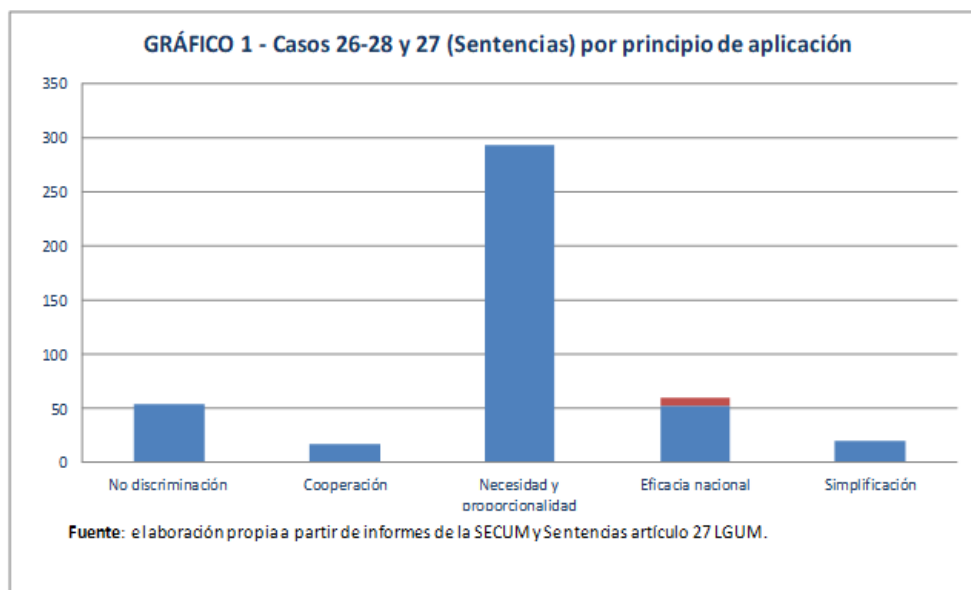
⁵⁵ Para una explicación en detalle de las abundantes particularidades jurídicas de este procedimiento véase (Estoa, 2017).

⁵⁶ Cabe señalar que en el proyecto de ley de creación de la CNMC dichas legitimaciones aparecían recogidas en el artículo 5.4 de forma indiferenciada (se señalaba que el organismo estaba legitimado para interponer recurso ante la autoridad competente por actos y disposiciones contrarios a la competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado). Esta referencia a unidad de mercado fue sin embargo eliminada por enmienda parlamentaria y el procedimiento se reguló posteriormente como legitimación diferenciada en la LGUM.

⁵⁷ En particular cabe señalar que la legitimación en materia de competencia en aplicación del artículo 13.2 de la LDC puede igualmente ser utilizada por los organismos de competencia de las CCAA ante los órganos competentes. La legitimación en materia de unidad de mercado sólo es aplicable a la CNMC y ante la Audiencia Nacional.

⁵⁸ Véase por ejemplo la Sentencia 504/2017 TSJ Castilla y León de 2 de febrero de 2018 Apartamentos turísticos.

En este sentido, el gráfico a continuación recoge la remisión a cada uno de los principios de la ley en los informes publicados por la SECUM (más de 300) y en las Sentencias ya publicadas (14) por los recursos del artículo 27 interpuestos por la CNMC, a los 5 años de la puesta en marcha de dichos mecanismos. Como puede observarse la gran mayoría de los procedimientos (más de un 67%) se refiere a posibles incumplimientos del principio de necesidad y proporcionalidad. El principio de eficacia nacional fue referenciado hasta su anulación por el Tribunal Constitucional en exclusiva —sin venir acompañado de un posible incumplimiento de otro principio como el de discriminación— únicamente en 8 ocasiones (línea roja del gráfico).



En definitiva, la configuración de estos mecanismos administrativos de tutela de cumplimiento de los principios que establece la Ley es el verdadero valor añadido y novedad de la LGUM. La publicación de los informes generados en los casos concretos que se han instado el marco de estos procedimientos, así como la publicación de las primeras sentencias por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo están permitiendo una generación paulatina de criterios administrativos y jurisdiccionales de aplicación de los principios al respecto. Esto reduce la inseguridad jurídica vinculada a la ambigüedad de la regulación por principios sin perder —no obstante— la aproximación basada en la casuística, al modo anglosajón. Cabe señalar que aunque la publicación de estos informes no estaba prevista en la LGUM, son ya más de 700 los informes publicados en el marco de estos procedimientos que contienen abundantes criterios de valoración sobre la aplicación y el alcance de los principios. Existiría margen, no obstante, para una mayor difusión, sistematización y tratamiento de toda esta información con el objetivo de promover un mejor conocimiento de dichos criterios tanto por parte de las diferentes Administraciones públicas como de los operadores económicos.

V. CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES DE FUTURO

Los principios generales son un elemento imprescindible del derecho, y en particular del derecho administrativo moderno, para integrar, complementar y dotar de coherencia a la proliferación de normas actuales.

Ello también es así especialmente en el derecho administrativo económico, donde la complejidad técnica pero también la evolución de los modelos de negocio aboca a este sector a una abundante regulación no siempre coherente entre sí, ni con principios generales más evidentes (necesidad y proporcionalidad de la intervención administrativa, no discriminación, etc.).

La regulación por principios busca asegurar esta coherencia, tutelando valores esenciales que se habían podido perder de vista en la regulación particularizada, al tiempo que facilita la adaptación a las nuevas situaciones y contextos que van surgiendo, fundamentalmente con la aparición disruptiva de las nuevas tecnologías. Esta regulación por principios es, pues, especialmente relevante en el ámbito económico donde la defensa de la competencia y la promoción de la regulación eficiente juegan un papel determinante.

Sin embargo, también es cierto que regular por remisión a principios puede ser problemático desde el punto de vista de la seguridad jurídica, para los operadores económicos, pero también para las administraciones públicas, destinatarias igualmente de esta regulación, en la medida en que la delimitación caso a caso de la aplicabilidad de un principio puede dar lugar a divergencias. Ello es cierto igualmente en el plano de la revisión jurisdiccional de la aplicación de los principios, donde jueces y tribunales pueden encontrarse desprovistos de referentes que doten de la especificidad necesaria a estos principios, en un sistema legalista como es el continental.

No obstante, ni la necesidad y proporcionalidad de las intervenciones administrativas, ni el principio de no discriminación son ajenos al ordenamiento jurídico ni a las funciones tradicionales de promoción y regulación eficiente realizadas por las autoridades de competencia. Y su enunciación y desarrollo en la LGUM implican en la práctica avanzar en su consolidación de estos principios, cuya tutela es la tutela de derechos y libertades ya reconocidos por la Constitución y el resto de normas nacionales y comunitarias.

La verdadera novedad de la ley es, precisamente, el que parece ser el complemento necesario a la regulación por principios: la revisión de su significado caso a caso, donde se les va dando cuerpo y contorno, uniformando y asegurando una coherencia en la aplicación de estos principios.

En este caso, la LGUM trasciende la enumeración de principios y pone en marcha un mecanismo de revisión administrativa a cargo de un órgano especializado: la SECUM que instruye los procedimientos de revisión de actos y disposiciones que puedan ser contrarios a los principios recogidos en la ley y, más importante aún, aporta un informe en relación con la aplicabilidad de la LGUM a cada caso —si bien no tiene competencia para resolver los recursos administrativos—. Asimismo, la norma dota a la CNMC —y a otras autoridades de competencia autonómicas que han asumido funciones de puntos de contacto de unidad de mercado— de relevantes competencias en relación con la aplicación de la norma convirtiéndose en “garantes” de la aplicación correcta de la LGUM y, en consecuencia, de dichos principios de regulación eficiente.

El sistema de revisión de la actuación administrativa de la LGUM no pretende restringir la potestad jurisdiccional o administrativa ordinaria, pero sí busca de manera implícita conciliar intereses de administración y administrados, buscado que la primera “reexamine” sus propios actos a la luz de los principios que recoge.

De esta forma, con este refuerzo de los recursos administrativos y jurisdiccionales, se genera una “masa crítica” de revisión de la aplicación de los principios de la ley (o de su omisión) que contribuye a ir perfilando los mismos. Especialmente relevante para esta labor de perfilación es la publicación de los informes elaborados por la SECUM, por

la CNMC y por otros puntos de contacto de unidad de mercado como la ADCA que contienen criterios de valoración y aplicación de interés tanto para las Administraciones públicas como para los operadores económicos.

Por lo tanto, si se hace un viraje hacia la regulación por principios, en esa ruta es conveniente ir correctamente equipado, dotándose de los mecanismos de tutela correspondientes, para asegurarse, esta vez sí, de trascender de la mera enumeración programática de los principios. De esta forma, se genera un espacio legal de tutela de libertades, donde afloran referencias de buena regulación y defensa de la competencia en medio de la proliferación normativa administrativa económica, lo que fomenta la adaptación de las administraciones a un contexto económico cambiante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, C. (2014), El principio de no discriminación en la Ley de Garantía de la Unidad de mercado, El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado, págs. 85-98
- ÁLVAREZ, M. (2014). Mecanismos de protección de operadores de los artículos 26 y 28 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. Boletín económico de ICE, Información Comercial Española, (3057), 3-12. Disponible en:
http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3057_3-12_79856373EF9D37FB117E3B83DCFB6432.pdf
- BARNES, J. (1994) "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado comunitario" Revista de Administración Pública, Nº 135, págs. 495-522.
- CNMC (2009), Guía para la elaboración de las memorias de competencia
- CNMC (2008), Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2016) "Los principios de proporcionalidad y de necesidad bajo el prisma de la garantía de la unidad de mercado ¿nuevos condicionantes de las ordenanzas locales de telecomunicaciones?" Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, Nº 181, 2016, págs. 191-225
- ESTOA, A. (2017). Protección de los Operadores en la Ley de garantía de la unidad de mercado: especial referencia al recurso jurisdiccional en defensa de la unidad de mercado. Estudios sobre la Ley de garantía de la unidad de mercado, 517-554
- FUENTES LÓPEZ, F.J. (2013). "Unidad de mercado y actividad administrativa. Una aproximación a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado". Derecho Local. Disponible en:
<https://elderecho.com/unidad-de-mercado-y-actividad-administrativa-una-aproximacion-a-la-ley-202013-de-9-de-diciembre-de-garantia-de-unidad-de-mercado>
- FUENTETAJA, J. (2017). Unidad de Mercado y Derecho Europeo. Estudios sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, págs. 33-63.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (1986). Curso de Derecho Administrativo. Civitas. Págs 21-23.
- HART, O. y MOORE, J.H. (1988) "Incomplete Contracts and Renegotiation". Econometrica 56(4).

- MUÑOZ MACHADO, S. (2004) Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Madrid: Thompson-Civitas.
- RODRÍGUEZ-MIGUEZ, J.A. (2016), El Principio de No Discriminación y el otorgamiento de ventajas económicas en el marco de la LGUM. Disponible en:
<https://ssrn.com/abstract=2846782> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2846782>
- RUBIO LLORENTE, F. (2011) "Fuentes del Derecho" Temas básicos de Derecho Constitucional I. Civitas
- SECUM (2017), Guía para la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de Mercado (2017).
- TEYSSIERE, J.S. (2018). La existencia de un estándar normativo equivalente como condición de constitucionalidad del anulado principio de eficacia nacional de la Ley de Unidad de Mercado (STC 79/2017). Revista española de derecho administrativo, (189), 173-200.
- Informes de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de la Agencia de Defensa de la Competencia en relación con la aplicación de los artículos 26 y 28 de la LGUM. Disponibles en:
<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/gum>
<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/unidad-de-mercado>
<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/punto-de-contacto-para-la-unidad-de-mercado>

DIEZ AÑOS DESDE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS (2009-2019): LA CONTRIBUCIÓN DE LA CNMC A LA MEJORA DE LA REGULACIÓN EN ESPAÑA¹

Ten years since the services directive transposition (2009-2019): the CNMC contribution to the improvement of the Spanish regulation

Juan M. CONTRERAS DELGADO DE COS

*Administrador Civil del Estado. Subdirector de ayudas públicas
e informes de proyectos normativos
CNMC*

Joaquín LÓPEZ VALLÉS

*Técnico Comercial y Economista del Estado
Director del Departamento de Promoción
CNMC*

Resumen

El artículo pretende ofrecer una breve aproximación a los principales hitos históricos que han ido jalonando las reformas introducidas en nuestro país en materia de mejora regulatoria, y especialmente a raíz de la transposición de la Directiva 2006/123/CE, sin perder de vista las raíces del proceso en otros ámbitos geográficos o experiencias en organismos internacionales, para a continuación exponer cual ha sido el papel de la CNMC, desarrollando sus principales funciones así como sus actuaciones más relevantes. Adicionalmente, se pretende realizar un breve análisis prospectivo de algunos de los retos a los que consideramos que se enfrentará la regulación en los próximos años.

Abstract

The paper aims to provide a short historical overview of the main key reforms implemented in our country concerning better regulation, particularly after the transposition of the Services Directive 2006/123/EC, without losing sight of others international experiences. Additionally, the paper focus on the CNMC role, describing its main functions and contributions to the good regulatory practices. Finally, we will make a prospective analysis of some of the challenges to be faced by the regulation system over the next years.

Palabras clave: Directiva de servicios y del mercado interior (DSMI) | Evaluación del impacto competitivo de las normas | Regulación |

Keywords: Internal market service directive (IMSD) | Competition assessment in regulatory impact Analysis | Regulation |

¹ Julio de 2019. Las opiniones expresadas en este artículo solo representan a sus autores.

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos de mejora regulatoria (*better* o *smart regulation* en terminología inglesa) puestos en marcha en diferentes Estados y Organizaciones Internacionales persiguen un marco jurídico de calidad que ofrezca los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, simplificar procesos y reducir cargas administrativas. Pretenden facilitar la participación de los agentes económicos en el proceso de elaboración de normas, pero, al mismo tiempo, deben asegurar la adecuación de la medida a los principios de buena regulación en el marco de un adecuado análisis de impacto.

Junto con otras medidas de intervención pública en la actividad económica (aprovisionamiento público, política fiscal, ayudas públicas...), la mejora regulatoria constituye un elemento imprescindible para fortalecer el crecimiento económico y el bienestar de los ciudadanos y empresas. Los efectos de un proceso de este tipo no son solo económicos, pero su conocimiento y, en su caso, cuantificación si fuera posible, parecen imprescindibles para una correcta toma de decisiones. Los instrumentos de mejora regulatoria no pretenden suplantar a los responsables de dicha toma de decisiones sino coadyuvar a un mejor conocimiento de la realidad que facilite precisamente esa decisión.

En España, la trasposición de la Directiva de Servicios² merece ser objeto de especial atención en el análisis de los instrumentos de mejora regulatoria. Precisamente en este año, 2019, se cumplen diez años desde la aprobación de las leyes nacionales de transposición de esta Directiva³, lo que permite evaluar con cierta perspectiva histórica su impacto y su contexto.

A nuestro juicio, estas leyes han tenido un hondo impacto en la mejora regulatoria en España. Por un lado, por su ambición, pues no se limitaron a una trasposición estricta, sino que verdaderamente tuvieron un objeto y un efecto liberalizador en los sectores excluidos de la Directiva. Esto toma una dimensión mayor si se tiene en cuenta que la trasposición formó parte de un proceso histórico más amplio de mejora de la calidad regulatoria en España, proceso en el que la trasposición de la Directiva de Servicios no fue un hecho aislado, sino que vino precedida, acompañada y sucedida por numerosas reformas racionalizadoras de nuestra regulación económica y del marco institucional.

Así, tras la trasposición de la Directiva, hemos asistido a un esfuerzo por asimilar los principios inspiradores de la liberalización de los servicios al conjunto de nuestra economía en la Ley de economía sostenible (2011), en la Ley de garantía de la unidad de mercado (2013) o en las Leyes de procedimiento administrativo y de régimen jurídico del sector público (2015).

Y, en paralelo, la introducción de principios de mejora regulatoria en los sectores de servicios y en el conjunto de la economía ha venido acompañada de un refuerzo de las instituciones encargadas de velar por la calidad de la regulación económica, entre ellas la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La CNMC ha desarrollado un papel fundamental para promover una mejor regulación económica, a través de su rol principalmente consultivo para las Administraciones públicas.

² Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

³ Fundamentalmente, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

El presente artículo pretende hacer balance de los cambios acaecidos en el ámbito de la mejora de la regulación económica en España, recurriendo a las experiencias comparadas, la revisión histórica de los cambios legales e institucionales y la experiencia de la CNMC. Además, pretende reflexionar sobre algunos de los nuevos retos a los que debe enfrentarse la regulación en los próximos años ante el proceso horizontal de digitalización de la economía.

II. ELEMENTOS HISTÓRICOS MÁS RELEVANTES DEL PROCESO DE MEJORA REGULATORIA

El proceso de mejora regulatoria en España no puede ser comprendido de manera aislada. Forma parte de un movimiento internacional hacia la mejora regulatoria, en el que podemos hacer referencia a iniciativas de terceros países y a organismos como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Banco Mundial, y de manera más inmediata a la Unión Europea (UE). Abordaremos estas experiencias en primer lugar, para posteriormente centrarnos en el desarrollo llevado a cabo en el ámbito estrictamente español.

II.1 La mejora regulatoria en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, destacan las iniciativas desarrolladas en el mundo anglosajón, fundamentalmente en Estados Unidos de América y Reino Unido.

En los Estados Unidos, ha sido muy relevante el papel jugado por la Casa Blanca, que ya en 1981 aprobó la Orden ejecutiva nº 12.291⁴, que obligaba a todas las agencias estatales a realizar una evaluación de impacto en toda medida de alcance regulatorio. Como señalan J.B. Auby y T. Perroud⁵ o C. Sunstein⁶ en una reciente publicación, esta disposición, sin perjuicio de añadidos posteriores realizados por sucesivos presidentes⁷, ya contenía los elementos fundamentales del análisis coste-beneficio. La vigilancia de su puesta en práctica correspondía —y corresponde— a la Oficina de información y asuntos regulatorios (OIRA⁸, en inglés).

⁴ Dicha Orden señala que: “Para la elaboración de nuevos reglamentos, la reforma de los reglamentos en vigor, el desarrollo de propuestas legislativas que afecten al reglamento, todas las agencias, hasta donde permita la ley, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) todas las decisiones administrativas deberán basarse en la información adecuada sobre la necesidad y las consecuencias de las acciones de gobierno propuestas, b) la regulación no podrá llevarse a cabo salvo que los potenciales beneficios de la sociedad superen los costes que pudieran recaer sobre la misma [...]” (traducción libre). Para conocimiento, debe señalarse además que la orden ejecutiva aprobada por el presidente tiene rango de ley. No precisa de la aprobación del Poder Legislativo (de las cámaras) y, como toda ley, podrá ser revisada por los tribunales y no debería atentar contra otras leyes en vigor o la propia Constitución. El Congreso no tiene la potestad de suspender estas leyes o declararlas inválidas, pero sí puede aprobar otras que limiten su ámbito de actuación. Ante dichas limitaciones, el presidente podría interponer su veto y, para levantar ese veto presidencial, sería necesaria una mayoría de dos tercios en ambas cámaras del Congreso. Es decir, en el Senado y en la Cámara de Representantes. Tales mayorías son poco frecuentes y por eso, la mayoría de las órdenes ejecutivas suelen seguir en vigor hasta el final de la legislatura del presidente en el cargo. Después, su sucesor sí podrá revocar el decreto del antecesor.

⁵ “La evaluación de impacto regulatorio”. Colección Cuadernos universitarios de Derecho administrativo. Coedición de Global Law Press y el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013.

⁶ “The cost-benefit revolution” de Cass R. Sunstein (2019). Su autor fue antiguo administrador de la Oficina de información y asuntos regulatorios de la Casa Blanca en la presidencia de Obama (OIRA).

⁷ Por ejemplo, la Orden ejecutiva nº 12.866 del Presidente Clinton, con el fin de resolver los conflictos entre la OIRA y las diversas agencias implicadas en temas regulatorios.

⁸ Según señala su página web: “The Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA) is a statutory part of the Office of Management and Budget within the Executive Office of the President. OIRA is the United States Government’s central authority for the review of Executive Branch regulations, approval of Government information collections, establishment of Government statistical practices, and coordination of Federal privacy policy. The office is comprised of six subject matter branches and is led by the OIRA Administrator, who is appointed by the President and confirmed by the United States Senate [...]”.

Por su parte, el Reino Unido, además de ciertos intentos en los años ochenta del siglo pasado por mejorar la evaluación de los costes de la regulación para las empresas, ha desarrollado un marco para la implantación de un sistema de mejora regulatoria a través del trabajo desarrollado, entre otros, por la *Better Regulation Executive* (BRE)⁹ y el *Regulatory Policy Committee* (RPC)¹⁰. Si bien la experiencia en las islas ha estado tradicionalmente volcada hacia el análisis del impacto a nivel de cargas burocráticas, los principios de buena regulación aplicables guían el conjunto de propuestas regulatorias presentadas desde el año 2006, en que se aprueba la *Legislative and regulatory reform Act*¹¹.

Desde estas experiencias nacionales, la importancia de la evaluación de las normas a través del análisis de impacto regulatorio (*regulatory impact assesment*) se ha extendido, en general, al conjunto de buenas prácticas recomendadas por los organismos internacionales.

En su Recomendación sobre política y gobernanza regulatoria¹², la OCDE identificaba diferentes áreas de aproximación al problema: de política regulatoria, de gestión y de gobernanza. La Recomendación establecía un conjunto de medidas para poner en marcha un sistema de regulación que, sin dejar de cumplir con los objetivos de interés público perseguidos, tuviera un impacto positivo sobre la economía y la sociedad en su conjunto.

Su aprobación tuvo, además, un complemento con la publicación de un conjunto de indicadores (iREG indicators) que miden el progreso de los diferentes países en la implementación de estas recomendaciones¹³. Los indicadores abarcan tres grandes áreas de análisis: el compromiso de los actores en el desarrollo regulatorio; el análisis de impacto regulatorio y la evaluación ex post de la regulación. Además, cada indicador está compuesto de cuatro sub indicadores: sistematicidad de las recomendaciones, la metodología utilizada, la revisión realizada de la calidad de las evaluaciones y la transparencia.

Precisamente en relación con España, en un reciente artículo¹⁴ se realiza esta descripción del estado actual de la calidad regulatoria en nuestro país: *“Pese a las mejoras previamente señaladas¹⁵ [...], con respecto a las normas reglamentarias, en las*

⁹ Según informa su web: “BRE is a unit within the Department for Business, Energy and Industrial Strategy. It works with government departments to monitor the measurement of regulatory burdens and coordinate their reduction, and to ensure that the regulation which remains is smarter, better targeted and less costly to business [...]”

¹⁰ Señala su web: “The Regulatory Policy Committee (RPC) is an independent body, sponsored by the Department for Business, Energy and Industrial Strategy. The committee is formed of independent experts. We assess the quality of evidence and analysis used to inform regulatory proposals affecting the economy, businesses, civil society, charities and other non-government organisations. Our independent advice helps ensure that ministerial policy decisions are based on accurate evidence. Where we assess the impact of regulatory proposals, we provide advice in the form of [opinions](#), which help to convey whether: central government departments’ estimated costs or savings to business, as a result of regulatory reforms, are accurate and can be validated. The accuracy of these estimates is important as they help to inform decisions on whether or not proposals are taken forward; government departments have explained why new regulation is more appropriate than non-regulatory, or voluntary, options. A clear principle of the Government’s [better regulation framework](#) is not to presume that regulation is the answer, and to consider a range of meaningful alternative options, we help to ensure that proposals consider these points; and government has, where appropriate, minimised the regulatory burdens on small and micro businesses, in particular [...]”

¹¹ Para un análisis más detallado, puede consultarse el artículo “Better Regulation-The UK experience” de I. Bishop, Head of Better regulation Framework, Better regulation Executive. Revista de Economía ICE. nº 907 marzo-abril 2019.

¹² OECD Recommendation on regulatory policy and governance (2012).

¹³ Revista de Economía ICE nº 907 marzo-abril 2019: Better indicators for better regulation: the OECD ireg experience. R. Shultz, C. Arndt-Basacle, P. Davidson y B. Gerloff.

¹⁴ Artículo publicado por R. Sánchez, F. Bueno y A. García con el título “La evaluación ex ante. Una visión de la Oficina de coordinación y calidad normativa”, Revista de economía ICE nº 907 marzo-abril 2019.

¹⁵ Universalización de la MAIN a todos los proyectos normativos, modificaciones del RD que las regula (2017) ampliando las cuestiones de análisis, la futura actualización de la guía metodológica, entre otras.

tres áreas clave (participación pública, evaluación ex ante —MAIN— y evaluación ex post) las encuestas [...] y documentos de la OCDE ponen de relieve que, España, en las tres áreas, permanece casi en todos los casos por debajo del promedio de la OCDE”.

Merece la pena igualmente citar el esfuerzo realizado por el Banco Mundial¹⁶, con indicadores de corte análogo, si bien más volcados en analizar las trabas administrativas para realizar negocios por parte de los operadores económicos.

En el ámbito de la Unión Europea, un hito fundamental es la aprobación, hace ya trece años, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Su principal objetivo era eliminar los obstáculos que se oponían a dos de las libertades fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios. La norma perseguía ofrecer la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de dichas libertades, partiendo de la premisa de que la supresión de los potenciales obstáculos no podía hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los preceptos del Tratado, sino a través de un proceso de coordinación y evaluación previa de las legislaciones nacionales.

La Comisión Europea ha mantenido tradicionalmente una especial sensibilidad con la mejora regulatoria. En los últimos veinte años, la Comisión ha apostado por la elaboración de orientaciones de naturaleza no normativa, como la Comunicación de 5 de junio de 2002 que contiene el plan de acción *“Simplificar y mejorar el marco regulatorio”*¹⁷ y la Comunicación de 19 de mayo de 2015 titulada *“Legislar mejor para obtener mejores resultados”*¹⁸, sin olvidar otros documentos de trabajo de uso interno¹⁹.

En un reciente documento titulado *“Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”*²⁰, la Comisión Europea señala que: *“Legislar mejor supone profesionalizar todos los aspectos de la elaboración de nuestras políticas [...] consiste en legislar cuando sea necesario para alcanzar los objetivos compartidos [...] No se trata de una agenda desreguladora oculta. La mejora de la regulación consiste también en estudiar maneras alternativas de conseguir resultados, ya que la legislación no debería ser nunca un fin en sí mismo.”*

Las medidas clave desarrolladas por las autoridades europeas han ido encaminadas a mejorar la participación de las partes interesadas (compromiso de celebrar consultas públicas), a ofrecer un conjunto integrado y coherente de herramientas de mejora regulatoria, a la asunción del compromiso de evaluar la regulación antes de proponer cambios, a proporcionar a la Comisión Europea una plataforma para, junto con las autoridades nacionales, proponer medidas de simplificación administrativa y, muy especialmente, a reforzar la actividad del comité de control reglamentario independiente, de cara a revisar la calidad de las evaluaciones de impacto realizadas.

Interesa subrayar igualmente que, ciñéndonos al ámbito de la UE, el análisis comparado muestra que, aunque las herramientas y principios del análisis de impacto regulatorio sean similares en casi todos los países, han sido utilizados para diferentes propósitos. Señala C. M. Radaelli²¹ a este respecto que *“la evaluación de impacto*

¹⁶ World Bank´s worldwide governance and doing business indicators (2019 a y 2019 b).

¹⁷ COM (2002) 278 final

¹⁸ COM (2015) 215 final

¹⁹ Destaca en este punto igualmente las *Better regulation guidelines* y todos los documentos conocidos como el *better regulation toolbox*: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en

²⁰ Abril de 2019, ISBN 978-92-76-01494-2.

²¹ “Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment”. C. M. Radaelli Journal of European Public Policy (2005).

regulatorio constituye una solución para diferentes problemas. En Alemania, Suecia e Italia, ésta se percibe como una posible solución a los problemas de simplificación; en los Países bajos se asocia a la cuestión de la competitividad; en Dinamarca y Bélgica, la conexión es entre la evaluación de impacto regulatorio y la calidad del entorno empresarial".

Por su parte, J.B. Auby y T. Perroud²² señalaban esto sobre Francia: *"En la concepción francesa la evaluación de impacto se ocupa sobretudo de la articulación de las normas en el tiempo y en el espacio (entre la Unión Europea, el nivel nacional y el local) y la implementación legal de las normas previstas. Preocupación por la calidad que no pretendía sin más reducir las cargas administrativas y la burocracia innecesaria, si no sobretudo dotar de mayor claridad y certidumbre al derecho ante la multiplicación de normas."*

II.2 La mejora de la regulación económica en España

La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades económicas constituye un instrumento fundamental para la consecución de un progreso económico y social equilibrado y sostenible. Así lo reconoce implícitamente el artículo 38 de la Constitución Española de 1978 cuando proclama la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, debiendo los poderes públicos garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad.

El proceso de traslación de esta libertad constitucional al campo regulatorio ordinario se ha venido produciendo desde la aprobación de aquella, si bien ha jugado un papel fundamental la integración de nuestro país en la entonces Comunidad Económica Europea, hoy UE.

Dentro de ese proceso, la transposición de la Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior ha sido un hito fundamental. Dicha transposición se realizó principalmente a través de dos normas: la Ley 17/2009²³ (conocida como "Ley paraguas"), y la Ley 25/2009²⁴ (conocida como "Ley ómnibus").

Como decíamos en la introducción, la perspectiva de los diez años transcurridos permite afirmar que el proceso de mejora de la regulación económica iniciado con la transposición de la Directiva de servicios no fue un hecho aislado, sino parte de un movimiento impulsor de la calidad normativa en todos los ámbitos.

En nuestra opinión, tres son los ejes principales en los que se ha fundado este proceso: el reconocimiento de los principios de buena regulación económica como fundamento de toda acción pública que incida sobre la actividad económica, el refuerzo de las instituciones encargadas de velar por la buena regulación y la eliminación de barreras a la actividad económica en la regulación sectorial.

A) La extensión y concreción de los principios de buena regulación económica

En primer lugar, las leyes de trasposición de la Directiva de servicios marcaron el inicio del paulatino **reconocimiento y concreción de los principios de buena regulación económica en normas de rango legal** que tienen vocación de informar al conjunto de Administraciones públicas españolas.

²² Obra ya citada (pág. 52).

²³ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

²⁴ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley 17/2009 consagró los principios de buena regulación económica para las actividades de servicios: necesidad (que la regulación que restrinja la libertad económica venga fundada en una razón imperiosa de interés general), proporcionalidad (que no haya un medio menos restrictivo de lograr los fines pretendidos) y no discriminación.

Posteriormente, varias normas han extendido estos principios al conjunto de la economía. Ya la Ley de Economía Sostenible (2011)²⁵ proclamaba que la acción de los poderes públicos debe estar guiada por, entre otros principios, la búsqueda de *"...marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad..."* (artículo 3). Y concretaba la Ley que *"En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia"* (artículo 4.1, actualmente derogado).

Posteriormente, la Ley de garantía de la unidad de mercado (2013)²⁶ consideraba en su exposición de motivos que *"La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas"*. Así, la Ley consagra el respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación por la regulación que incida en cualquier actividad económica.

Posteriormente, han sido las leyes que regulan más directamente la acción de las Administraciones públicas las que han otorgado el espaldarazo definitivo a la aplicación de estos principios al conjunto de la regulación²⁷.

Así, Ley de procedimiento administrativo común (2015)²⁸ prevé que *"En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. 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"* (artículo 129).

Y añade: *"En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios"*.

Pero existen otros elementos que introduce dicha Ley que no son menos relevantes, y en este caso, además novedosos: por un lado, la exigencia de revisión periódica de las normas para adaptarla a los principios de buena regulación y para

²⁵ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

²⁶ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

²⁷ Es posible que sea aconsejable en todo caso la inclusión de estos principios en una hipotética reforma de la Carta magna. Perdería sentido así el análisis de inconstitucionalidad realizado por la STC 55/2018 de 24 de mayo, que anula la imposición de estos principios por la Ley 39/2015 en el ámbito autonómico. En cualquier caso, las Comunidades Autónomas han asumido buena parte de estos principios en sus propias normativas autonómicas, con lo que el efecto práctico real de esta inconstitucionalidad es muy limitado. Para un análisis de la aplicación de dichos principios de mejora regulatoria en el ámbito local, puede consultarse el artículo de C. Prieto "La mejora regulatoria en el ámbito de las entidades locales" Revista de Economía ICE. nº 907 marzo-abril 2019.

²⁸ Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. Por otro, la planificación normativa, ya que anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo²⁹ que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente.

Como corolario, se afirma que las Administraciones Públicas cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica.

En esta misma línea se expresa la Ley de régimen jurídico del sector público (2015)³⁰, que en su artículo 4 establece que *"Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos"*.

Junto con este movimiento de extensión de los principios de buena regulación a todos los ámbitos de la regulación económica, debe señalarse el esfuerzo llevado a cabo por concretar tales principios. En particular, debe destacarse el Real Decreto 1083/2009³¹, que tenía por objeto precisar el contenido de las memorias, estudios e informes que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento. Se pretendía garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto normativo se cuente con la información necesaria para estimar el impacto de aquél. Y toda esa información se reuniría en un documento único, titulado Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN). No es casualidad que se aprobara en el mismo año (2009) en que se realizó la transposición al derecho interno de la Directiva de servicios. Como complemento, el Consejo de Ministros³² aprobó una Guía Metodológica que pretendía servir de orientación a los Departamentos ministeriales.

Tanto el Real Decreto 1083/2009 como la Guía Metodológica han contribuido a la mejora de la calidad de las normas y han permitido asentar en la cultura administrativa española la importancia del análisis y evaluación ex ante de los impactos, como instrumento indispensable en toda política regulatoria.

Estas normas se han actualizado recientemente por el Real Decreto 931/2017³³, con el objeto declarado de reforzar la participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas³⁴, la seguridad jurídica y la evaluación periódica del ordenamiento jurídico. La norma introduce aspectos novedosos como el estudio del engarce con el Derecho de la Unión Europea en el análisis jurídico, el estudio sobre la unidad de mercado y la competitividad y la realización del test pyme. También se regula la

²⁹ Ver artículo 132 de la citada Ley 39/2015. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente.

³⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

³¹ Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la *memoria del análisis de impacto normativo*.

³² Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009.

³³ Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

³⁴ La participación de los ciudadanos y empresas en la elaboración normativa presenta aspectos positivos y negativos. Para un análisis de estos últimos, y en especial, de la actuación de los lobbies o grupos de interés puede consultarse el reciente libro del catedrático de Derecho administrativo J. Ponce titulado *"Mejora de la Regulación, Lobbies y Huella Normativa"*. Editorial Tirant lo Blanch (2019).

evaluación de los resultados de la aplicación de la norma, o evaluación *ex post*³⁵, de manera que se amplía el ámbito de análisis desde un enfoque exclusivo *ex ante* que recogía el Real Decreto anterior a otro más integral, conectándolo con sus efectos prácticos reales. Otro aspecto destacable es que las memorias serán accesibles públicamente³⁶.

B) El refuerzo de la estructura institucional

El segundo elemento definitorio del impulso de la calidad de la regulación en España ha sido el refuerzo institucional.

Cierta expectativa generó en su momento la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), que ha dejado de estar operativa desde su disolución por el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio³⁷.

Mayor trascendencia teórica y práctica ha tenido el trabajo realizado por las Autoridades de competencia, tanto en el ámbito estatal como autonómico, que han desarrollado notables esfuerzos para velar por la aplicación efectiva de los principios de buena regulación a través de la actividad de promoción de la competencia. Esta actividad se ha desarrollado en un marco de cooperación que a nuestro juicio ha ofrecido muy buenos frutos.

Ha sido esta una labor que ha pretendido expandir el grado de conocimiento de los principios de buena regulación por las Administraciones Públicas desde una perspectiva más apegada al convencer que al imponer. Muestra de ello es que los informes y estudios elaborados en el ámbito de la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente por las Autoridades de competencia son públicos, si bien no tienen carácter vinculante. En cualquier caso, dicha labor no solo se ha formulado desde una óptica meramente consultiva, sino que, en determinados casos, ha llevado al ejercicio de la legitimación activa ante los tribunales. En este punto, nos remitimos al apartado III de este artículo, donde se recogen las principales actuaciones llevadas a cabo, en este caso, por la Autoridad de competencia estatal.

Adicionalmente, cabe referirse a la creación de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (OCCN)³⁸. La Oficina tiene un papel fundamental, pues debe analizar los proyectos normativos con el objeto de "*asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno*"³⁹.

El informe de la Oficina se centrará en valorar la calidad técnica de la propuesta normativa (directrices de técnica normativa, derogación expresa de otras normas), examinar la congruencia de la iniciativa con el ordenamiento jurídico (nacional o de la UE) y evaluar el contenido de la MAIN (en especial, comprobar el cumplimiento de los principios de buena regulación de la Ley 39/2015), así como analizar el cumplimiento o la reducción de cargas administrativas.

³⁵ En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 25.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, señala que el Plan Anual Normativo identificará las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, señalándose en el artículo 28.2 que dicha evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la memoria del análisis de impacto normativo.

³⁶ Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán: [...] d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

³⁷ Pasando sus funciones a ser asumidas por la Secretaría de Estado de Función Pública, a través del Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas y de la Dirección General de Gobernanza Pública.

³⁸ Por el Real Decreto 771/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales. Cuenta además con un Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, que regula su régimen de funcionamiento. Para un mejor conocimiento de sus funciones puede consultarse el artículo publicado por R. Sánchez, F. Bueno y A. García con el título "La evaluación *ex ante*. Una visión de la Oficina de coordinación y calidad normativa", Revista de economía ICE nº 907 marzo-abril 2019.

³⁹ Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, artículo 26.9.

Sin perjuicio de la falta de visibilidad de sus informes, que no se hacen públicos, en un reciente artículo publicado por sus integrantes⁴⁰, se afirma que: “[...] la OCCN se ha visto obligada a recordar con cierta frecuencia la necesidad de que las memorias incorporen un más completo análisis del impacto económico en sus diversos aspectos: general, sectorial, sobre la competitividad, la competencia y la unidad de mercado [...]”.

Se comparte completamente este último diagnóstico, el referido a las carencias que plantean las MAIN en cuanto al análisis de impacto sobre la competencia se refiere. Son habituales los casos que abiertamente afirman que no contienen restricciones a la competencia o incluso que los efectos potenciales son positivos para la competencia. Y la realidad es que muchos de estos casos esconden restricciones a la competencia muy evidentes que desgraciadamente no siempre son identificadas y, en su caso, corregidas a tiempo.

Por último, cabe señalar que también algunas Comunidades Autónomas⁴¹ cuentan con oficinas de esta naturaleza, por lo que el grado de expansión de los principios mejorará notablemente.

C) La racionalización de la regulación sectorial

Finalmente, parece oportuno resaltar que el proceso de transposición de la Directiva de servicios no se limitó a transponer los dictados de aquella, sino que **abrió un proceso de reformas en nuestro país que excedió incluso el ámbito de aplicación inicial** de la propia normativa europea. Un buen ejemplo de ello lo tenemos con el transporte que, estando excluido de la Directiva UE, fue objeto de reforma regulatoria utilizando los instrumentos propios de los principios de buena regulación.

Como en los supuestos anteriores, cabe señalar que el impulso a la revisión de barreras a la actividad económica en la regulación sectorial no se detuvo con la trasposición de la Directiva de servicios, sino que ha sido un proceso mantenido en años posteriores. Son destacables, en este sentido, los esfuerzos de revisión de normas tras la aprobación de la Ley de garantía de la unidad de mercado.

En cualquier caso, debe resaltarse que es un proceso inacabado, por cuanto existen sectores en los que todavía sigue pendiente una reforma en profundidad desde la óptica de la regulación económica eficiente. Sectores como los servicios profesionales, la distribución comercial, los transportes o la contratación pública, entre otros muchos, han sido objeto de análisis crítico por las Autoridades de competencia en España por la existencia de barreras en su regulación. A ello dedicamos parte de nuestra atención en el siguiente apartado.

III. EL PAPEL JUGADO POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA ESPAÑOLA

La búsqueda de una mejor regulación a través de la función de promoción de la competencia por la autoridad de competencia tiene en España una larga tradición. El primer antecedente puede encontrarse en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989⁴², que otorgaba al Tribunal de Defensa de la Competencia funciones de carácter consultivo y emisión de informes en relación con el marco regulatorio⁴³. Entre los años 1992 y 1995, el Tribunal publicó tres informes⁴⁴ que describían exhaustivamente la rigidez de la regulación en los sectores de servicios en España y proponían numerosas

⁴⁰ R. Sánchez, F. Bueno y A. García, obra ya citada.

⁴¹ Como, por ejemplo, la oficina de calidad normativa de la Comunidad de Madrid.

⁴² Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴³ Artículos 2.2 y 26 de la Ley 16/1989.

⁴⁴ Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones” (1992), “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” (1993) y “La competencia en España: balance y nuevas propuestas” (1995)

reformas liberalizadoras⁴⁵. Buena parte de estas propuestas se llevaron a cabo en los años siguientes. No obstante, la actividad de promoción de la competencia en relación con la mejora de la regulación declinó notablemente en los años posteriores⁴⁶.

La Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 2007⁴⁷ reforzó notablemente la función de promoción de la competencia en relación con la mejora de la regulación. Se recuperó el papel consultivo de la Autoridad de competencia en el proceso de elaboración de normas⁴⁸ y se le otorgó la capacidad de impugnar las normas restrictivas de la competencia ante los tribunales⁴⁹. Desde un punto de vista institucional, se creó la Dirección de Promoción de la Competencia dentro de la nueva Comisión Nacional de la Competencia (CNC, antecesora de la actual CNMC) para el ejercicio de estas funciones. El resultado fue una notable recuperación de la actividad de promoción de la competencia, y en particular en relación con la mejora de la regulación⁵⁰.

La Ley de creación de la CNMC de 2013⁵¹ reordenó y sintetizó las atribuciones legales de la autoridad de competencia para evaluar y proponer mejoras normativas, pero no alteró en lo sustantivo las capacidades de promoción de la competencia. Sin embargo, otra Ley aprobada ese mismo año, la Ley de garantía de la unidad de mercado, reforzó notablemente las capacidades de la CNMC para contribuir a la mejora regulatoria, atribuyéndole nuevas funciones.

Así, la CNMC dispone de un elenco de instrumentos para promover la mejora de la regulación: los estudios y guías, los informes de promoción, las impugnaciones de competencia y los mecanismos de unidad de mercado (informes e impugnaciones). La tabla 1 recoge las principales características de estos instrumentos.

Tabla 1. Principales herramientas de la CNMC en relación con la mejora regulatoria

Instrumento	Base legal	Inicio	Facultades de investigación	Objetivo
Estudios	Artículos 5.1.h y 5.2 Ley 3/2013	De oficio ⁵² A petición del sector público	Reuniones Consultas públicas Requerimientos de información	Recomendaciones de reforma regulatoria Orientación a reguladores
Guías				
Informes de promoción	Artículos 26 y 28 Ley 20/2013	De oficio		
Informes de unidad de mercado	Artículo 5.4 Ley 3/2013	De oficio		Anulación de normas o actos
Impugnaciones de competencia	Artículo 27 Ley 20/2013	De oficio A petición de los operadores económicos		Anulación de normas o actos
Impugnaciones de unidad mercado				

Fuente: elaboración propia

⁴⁵ Entre los sectores analizados en estos informes, destacan los de telecomunicaciones, transportes, energía eléctrica, suelo urbano, servicios profesionales, banca al por menor, puertos, distribución de carburantes, cines y farmacias.

⁴⁶ López Vallés, J. (2019): "La Mejora de la Regulación como elemento central de la política de competencia". En INFORMACION COMERCIAL ESPAÑOLA (ICE): REVISTA DE ECONOMÍA Nº 907 (marzo-abril 2019). Monográfico sobre "La Mejora de la Regulación".

⁴⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁴⁸ Artículo 25 Ley 15/2007: "...En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre: a) Proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia...".

⁴⁹ Artículo 12.3 Ley 15/2007: "La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente 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".

⁵⁰ López Vallés, J. (2019), op. cit.

⁵¹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁵² El hecho de que la actuación sea de oficio no excluye que se produzca tras a raíz de la información aportada por un tercero: una Administración pública, un operador económico o un consumidor, por ejemplo.

Desde 2007, la actividad de la CNMC (en este caso y en lo sucesivo, las referencias a la CNMC englobarán también a su predecesora la CNC) dirigida a la mejora de la regulación ha sido muy intensa, como puede apreciarse en los gráficos 1 y 2.

Desde 2008, la CNMC ha elaborado 45 estudios y guías (gráfico 1)⁵³, lo que supone una media de entre 3 y 4 actuaciones al año. Los estudios y guías tienen un valor muy relevante en la mejora de la calidad de la regulación. Los estudios suponen revisiones en profundidad de un sector económico, con el propósito de detectar barreras de entrada o de ejercicio de la actividad económica que no resulten justificadas y dar orientaciones al sector público para la mejora de la regulación. Las guías tienen un carácter más práctico, al dar pautas concretas de actuación a los reguladores, en materias como la elaboración de memorias de competencia, el aprovisionamiento público.

En paralelo, desde 2008 la CNMC ha publicado 285 informes de competencia (gráfico 1)⁵⁴. Estos informes se refieren a normas individuales (228), a consultas generales (28) o a licitaciones públicas (29).

Los informes sobre normas se elaboran principalmente a petición del Gobierno o los Ministerios⁵⁵ como parte del proceso de elaboración de las normas, y su principal valor añadido radica en detectar aquellos preceptos que introducen restricciones injustificadas sobre la competencia, proponiéndose bien su supresión, bien su sustitución por una forma menos lesiva de intervención. Es importante señalar que la CNMC tiene capacidad para elaborar estos informes no solo a petición del órgano impulsor de la norma, sino también de oficio, y en relación tanto a normas en proceso de aprobación como a normas ya aprobadas. Ello refuerza la detección de potenciales problemas sobre la competencia, al combinar los esfuerzos en este sentido del órgano impulsor de la norma con los de la CNMC. Así, del conjunto de informes sobre normas aprobados por la CNMC, en torno al 7% han sido elaborados de oficio por la CNMC.

Los informes sobre consultas generales se refieren a cuestiones de tipo regulatorio no circunscritas a una norma concreta. Típicamente, estos informes permiten a una Administración pública conocer la opinión de la CNMC sobre los riesgos sobre la competencia de diferentes opciones regulatorias en las etapas más tempranas del proceso de elaboración de normas. El valor añadido de estos informes sobre la calidad de la regulación es enorme, ya que identifica problemas en una etapa muy temprana, y permite por tanto enfocar toda la acción regulatoria hacia las soluciones más consistentes con el respeto a los principios de buena regulación económica.

Los informes sobre licitaciones públicas no abordan específicamente cuestiones regulatorias, sino que analizan posibles restricciones a la competencia en los borradores de pliegos de contratación. Ahora bien, su valor informativo sobre la regulación es incuestionable, ya que permiten identificar problemas que se reproducen con carácter sistemático en las contrataciones públicas y abordar posibles mejoras en la regulación para evitar de forma anticipada estos problemas.

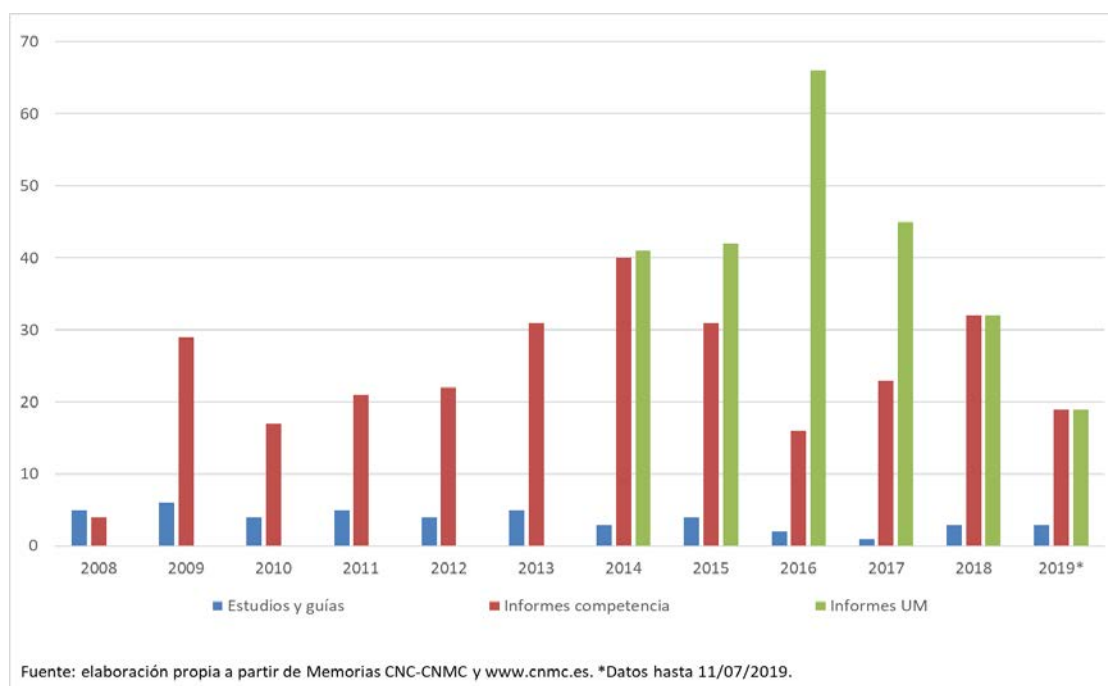
⁵³ Esta cifra incluye todos los informes que la CNMC publica bajo las referencias E y G y también los informes PRO que analizan problemáticas sectoriales en profundidad. Datos hasta julio de 2019.

⁵⁴ Esta cifra incluye todos los informes que la CNMC ha publicado bajo las referencias IPN, INF, IP y PRO de promoción de la competencia. Datos hasta julio de 2019.

⁵⁵ Aunque el Gobierno y los departamentos ministeriales son los principales demandantes de esta clase de informes, el artículo 5.2 de la Ley 3/2013 prevé que puedan solicitar informe a la CNMC también las Cámaras Legislativas, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios.

Finalmente, los informes de unidad de mercado responden a solicitudes de la Secretaría para el Consejo de la Unidad de Mercado en el contexto de los mecanismos previstos en los artículos 26 y 28 de la Ley 20/2013. En ellos, la CNMC valora la existencia de obstáculos regulatorios o administrativos desde la óptica de su ajuste a los principios de la ley de garantía de la unidad de mercado. Desde 2014, la CNMC ha elaborado 245 informes de esta clase (gráfico 1).

Gráfico 1. Actividad de la CNMC en relación con la mejora regulatoria (1): estudios, guías e informes de competencia y unidad de mercado (2008-2019*)



Mención aparte merecen las impugnaciones. La Ley de defensa de la competencia de 2007 legitimó a la CNMC para poder impugnar ante los tribunales aquellas normas de rango inferior a ley y actuaciones de las Administraciones públicas que introduzcan distorsiones sobre la competencia en los mercados⁵⁶. Aunque esta vía de impugnaciones se utilizó de manera muy prudente en los primeros años (entre 2008 y 2014, se plantearon 4 impugnaciones), en los últimos años se ha planteado con mayor frecuencia, de manera que hasta la fecha la CNMC ha planteado 18 impugnaciones de normas y actuaciones públicas que contenían restricciones de la competencia injustificadas (gráfico 2).

En paralelo, la Ley de garantía de la unidad de mercado de 2013 reforzó la capacidad impugnatoria de la CNMC al prever un mecanismo por el que, de oficio o a petición de los operadores económicos, la CNMC puede impugnar cualquier norma o actuación administrativa que restrinja las libertades de establecimiento o circulación. Este mecanismo se ha utilizado muy activamente, habiéndose planteado 49 impugnaciones desde 2014 (gráfico 2).

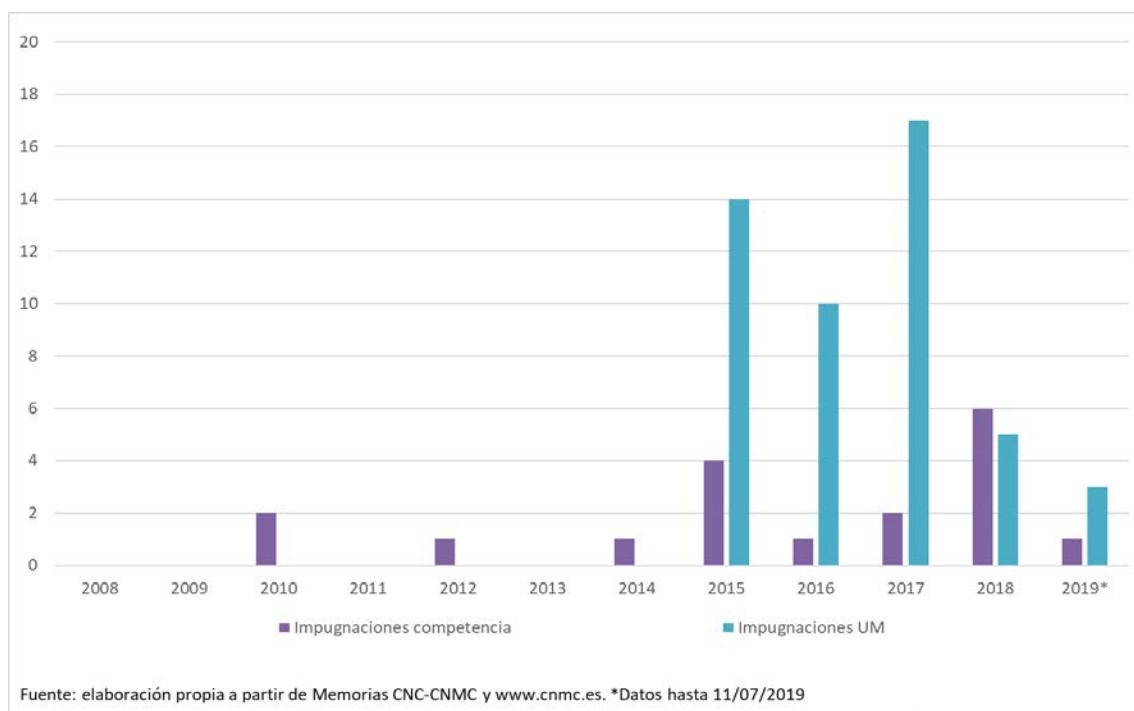
La capacidad de la CNMC para impugnar ha resultado ser un medio muy efectivo para mejorar y promover la calidad de la regulación económica y de la intervención pública en general.

⁵⁶ Actualmente la base legal reside en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013.

Las impugnaciones tienen un efecto directo, ya que si prosperan consiguen la anulación de una restricción pública injustificada. De las 18 impugnaciones de competencia que se han planteado desde 2008, 7 están ya resueltas con carácter firme, y en todas ellas la CNMC ha logrado su pretensión de anular los preceptos más problemáticos. Así, se han eliminado disposiciones anticompetitivas en la regulación nacional sobre instalaciones eléctricas, en la regulación de viviendas turísticas de Madrid y Canarias, en las concesiones de rutas interurbanas de transporte de viajeros en autobús de Galicia y Comunidad Valenciana, en la apertura de establecimientos comerciales en Mallorca o en las instrucciones sobre contratación pública de Cataluña.

Pero, más allá de este efecto directo, el verdadero valor de las impugnaciones está en el refuerzo del papel de control de la CNMC sobre la calidad de las normas. La capacidad impugnatoria dota de mayor fuerza a las recomendaciones de la CNMC y supone una llamada de atención a las Administraciones públicas sobre la importancia de evitar distorsiones injustificadas sobre la competencia en sus actuaciones.

Gráfico 2. Actividad de la CNMC en relación con la mejora regulatoria (2): impugnaciones de competencia y por unidad de mercado (2008-2019*)



Más allá de las cifras concretas, la contribución de la CNMC a la mejora de la calidad regulatoria en España puede resumirse en los siguientes puntos:

- La CNMC ha ejercido un notable papel orientador sobre la calidad regulatoria en España, mediante una doble vía. Por un lado, la CNMC ha asumido un rol de guía para las Administraciones públicas mediante la publicación de guías y estudios orientadores sobre la regulación general y de sectores concretos. Por otro lado, la actividad consultiva e impugnatoria de la CNMC ha contribuido a descender los principios generales de la regulación (evitar distorsiones de la competencia, necesidad, proporcionalidad, no discriminación) a los casos concretos, orientando la acción reguladora del sector público.
- La CNMC ha facilitado la detección de numerosas trabas a la actividad económica que no estaban convenientemente justificadas. La actividad de la CNMC ha

llevado en muchos casos a que las Administraciones revisasen normativas para eliminar las trabas no justificadas, a que las sustituyesen por formas menos lesivas de intervención y a que se mejorase la justificación de las restricciones que se han mantenido en la regulación.

- La CNMC ha contribuido a identificar sectores y áreas de actividad donde existían necesidades de revisión de la regulación para responder eficazmente a los retos existentes. Por un lado, la CNMC ha identificado sectores donde es preciso revisar la regulación existente porque las necesidades que la motivaron han desaparecido. Es el caso del sector hotelero⁵⁷, del sector financiero⁵⁸ o del sector de los taxis y las VTC⁵⁹. Por otro lado, la CNMC ha identificado sectores donde es preciso reforzar la regulación para mitigar problemas de competencia, como el sector agroalimentario⁶⁰ o el sector financiero⁶¹.

IV. RETOS PENDIENTES PARA EL FUTURO

La complejidad del proceso de mejora regulatoria determina que se configure necesariamente como un *organismo vivo*, de forma que pueda adaptarse a los diferentes ecosistemas en que pueda aplicarse. Ya se ha señalado anteriormente cómo los diferentes países, en función de sus propias sensibilidades, priorizan ciertos aspectos frente a otros, dentro de un acervo común. En este apartado se ofrece un recorrido por alguno de los retos que se avecinan desde el punto de vista regulatorio.

En primer lugar, suscita ciertas dudas la **forma de hacer frente a la nueva revolución industrial⁶² que ofrece la digitalización**. Dichas dudas residen básicamente en si son válidos los instrumentos existentes o si, por el contrario, se necesitan adaptaciones o modulaciones de aquellos para hacer frente a las tecnologías disruptivas⁶³ que han aparecido en los últimos años. En definitiva, decidir en qué momento se hace necesaria la intervención del regulador, el punto crítico a partir del cual algo deja de ser demasiado pequeño para preocupar para convertirse en algo demasiado grande para ignorarlo⁶⁴.

Cabe señalar, no obstante, que en otros países se están produciendo ciertos movimientos interesantes. En marzo de 2019, el Parlamento británico⁶⁵ señalaba que el marco regulatorio aplicable a los servicios digitales debía ser revisado porque había fallado en dos de sus objetivos: no ha servido para prevenir daños online en las redes (por ejemplo, con la proliferación de las noticias falsas o los discursos de odio) y no ha

⁵⁷ Ver CNMC (2018), Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España (E/CNMC/003/18).

⁵⁸ Ver CNMC (2018), Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en el sector financiero (Fintech) (E/CNMC/001/18).

⁵⁹ Ver CNMC (2019), Informe sobre el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, que modifica la LOTT en materia de arrendamiento de vehículos con conductor (PRO/CNMC/003/18).

⁶⁰ Ver CNMC (2011), Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario (E/2010/04).

⁶¹ Ver Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en el sector financiero (Fintech) (E/CNMC/001/18).

⁶² A la que algunos autores (por ejemplo, Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial) denominan la Cuarta Revolución Industrial se basa en la Revolución Digital, la cual representa nuevas formas en que la tecnología se integra en las sociedades e incluso en el cuerpo humano. Está marcada por los avances tecnológicos emergentes en varios campos, que incluyen: robótica, inteligencia artificial, nanotecnología, computación cuántica, biotecnología, Internet de las cosas, impresión 3D y vehículos autónomos.

⁶³ Es aquella tecnología que conduce a la aparición de productos y servicios que buscan una ruptura brusca con la tecnología dominante a fin de competir contra ella, buscando una progresiva consolidación en un mercado.

⁶⁴ Armstrong P. "Financial technology. Applications within the security sector" (2017).

⁶⁵ En concreto la Cámara de los Lores, a través de un informe elaborado por el comité de comunicaciones. <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/communications-committee/news-parliament-2017/internet-regulation-report-publication/>.

promovido de forma efectiva la competencia en los servicios digitales, ya que unas pocas compañías dominan el mundo digital.

Para corregir esta situación, se plantea una estrategia basada en diez principios (Tabla 2), ya que se considera que la aproximación al problema es más factible desde la óptica de los principios que desde el enfoque más tradicional de un texto articulado para evitar una desactualización prematura.

Tabla 2. Principios del Parlamento británico para la regulación en el ámbito digital⁶⁶

Principio	Descripción
Parity / igualdad	La regulación debería buscar obtener idénticos resultados en línea (online) y fuera de línea (offline)
Accountability / rendición de cuentas	Procedimientos a implantar deben asegurar que tanto los individuos como las organizaciones respondan por sus decisiones
Transparency / transparencia	Las grandes compañías y organizaciones que operan en el mundo digital deben ser abiertas, facilitando su control
Openness / apertura	La red debe estar abierta a la innovación y la competencia
Privacy / privacidad	La privacidad de los individuos debe ser protegida
Ethical design / componente ético	El interés de los usuarios y de la sociedad en su conjunto debe ser prioritario en la prestación de los servicios
Recognition of childhood / protección de la infancia	Debe garantizarse la protección de los usuarios más desprotegidos
Respect of human rights and equality / respeto de los derechos humanos e igualdad	La libertad de expresión y de información deben ser aseguradas
Education and awareness raising / educación y sensibilización	Se debe garantizar una navegación digital segura
Democratic accountability, proportionality and evidence-based approach / responsabilidad democrática, proporcionalidad y aproximación basada en pruebas	Debe haber un enfoque más estratégico que puramente reactivo a eventos o hechos acaecidos. La decisión sobre regular o no los servicios digitales debe estar basada en una aproximación basada en evidencias, siendo consciente de las posibles consecuencias

Este decálogo de principios podría ser razonable en cualquier sociedad democrática avanzada, si bien la mayor parte de los principios ya existen en el ordenamiento jurídico nacional y europeo, siendo por tanto plenamente aplicables. En cualquier caso, no está garantizado que con ellos se solucionen las dos carencias que se señalaban al comienzo, y muy especialmente el hecho de que la regulación no ha promovido de forma efectiva la competencia en los servicios digitales, provocando posiciones de dominio. Ello lleva a

⁶⁶ Traducción libre.

considerar que el resto de autoridades competentes en este punto, y muy especialmente las autoridades de competencia, pueden y deben jugar un papel relevante en este proceso.

Cabe preguntarse qué se debe esperar de las autoridades reguladoras ante estos fenómenos. La posición que ha mantenido la CNMC en sus informes⁶⁷ se puede resumir en los siguientes párrafos:

Primero, que la respuesta por parte de las autoridades no tiene por qué consistir en más regulación para los nuevos entrantes, sino que podría centrarse en reducir los requisitos para los operadores tradicionales, cuando estos requisitos sean innecesarios o desproporcionados.

Segundo, que debe plantearse una respuesta regulatoria si se constata la existencia de fallos de mercado (como la presencia de externalidades negativas, información asimétrica u otros), es decir, si el mercado por sí mismo no puede alcanzar los objetivos de interés público predeterminados y si esos objetivos persiguen el interés general de la sociedad en su conjunto, no el interés de un grupo de operadores económicos.

Tercero, que, conforme a los principios de regulación económica eficiente, toda intervención que restrinja la competencia debe basarse en la existencia de razones imperiosas de interés general y ser necesaria, proporcionada y no discriminatoria. No caben entre tales razones las motivaciones de carácter económico, como puede ser la protección de los intereses de los operadores instalados.

Cuarto, que no basta con relacionar las razones imperiosas de interés general que supuestamente justifican la intervención (seguridad pública, medio ambiente...), sino que debe fundamentarse y probarse documentalmente en qué medida la intervención decidida es la mejor opción para proteger esas razones alegadas. De lo contrario, se estaría pasando de un supuesto fallo de mercado a un evidente fallo regulatorio.

En este sentido, cabe reseñar que las Administraciones Públicas españolas han afrontado estos fenómenos disruptivos normalmente regulándolos desde un enfoque altamente restrictivo, siendo ejemplos paradigmáticos el del transporte de viajeros y el de los alojamientos turísticos.

Sin perjuicio de lo anterior, esta nueva revolución digital ha creado unos operadores de gran tamaño con poder de mercado creciente en entornos de negocio novedosos. En ocasiones, ello debe llevar a considerar medidas directas de intervención por la vía de la regulación⁶⁸, sin renunciar al control ex post a través de la persecución de conductas anticompetitivas.

En otro orden de cosas, existen otras cuestiones que están llamadas a convertirse en probablemente habituales en los próximos años, como es el caso de los denominados bancos de pruebas regulatorios (o *regulatory sandboxes*)⁶⁹ o de los avances producidos

⁶⁷ A modo de ejemplo, puede consultarse el IPN/CNMC/019/19 sobre el proyecto de reglamento del Consell insular de Formentera por el que se desarrolla la actividad de comercialización de estancias turísticas en viviendas.

⁶⁸ Un buen ejemplo de ello sería la información financiera que disponen las entidades bancarias, analizado en el estudio CNMC sobre FINTECH [E/CNMC/001/18](#) (págs. 51 y siguientes).

⁶⁹ Puede consultarse el post de J. Ponce "Buen gobierno regulatorio, derecho a una buena administración y living labs" (2019)

de la mano de la psicología cognitiva y, a través de ella, de la Economía y el Derecho conductual, con la técnica del *nudging*⁷⁰

Por lo que se refiere a los bancos de pruebas regulatorios, serían aquellos que plantean una modulación de los requisitos de acceso al mercado para determinados modelos de negocio con un fuerte componente innovador, al menos durante un plazo limitado, lo que permite al regulador reflexionar sobre la respuesta regulatoria más adecuada. Cabe mencionar que existe actualmente un proyecto normativo, el anteproyecto de ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero, que contempla su posible puesta en marcha en dicho ámbito⁷¹.

Resulta igualmente de interés comentar la existencia de otras iniciativas de discusión para la mejora regulatoria. Un buen ejemplo de ello pueden ser los *living-labs* como espacios físicos, virtuales o espacios de interacción, donde diferentes colectivos (empresas, organismos públicos, universidades...), colaboran en la creación, validación y ensayo de nuevas tecnologías, servicios, productos.

Por lo que se refiere a los avances en la utilización del *nudging*, puede tener una trascendencia realmente interesante en los próximos años, en la medida en que, por ejemplo, se analicen las inercias conductuales de los empleados públicos cuando no sólo ejercen facultades regulatorias sino cuando ejecutan otras actuaciones de alta relevancia económica, como el aprovisionamiento público. Las aportaciones que desde el campo de la economía se pueden generar pueden y deben ser aprovechadas por el regulador.

En segundo lugar, debe realizarse una reflexión acerca de la **estructura de gobernanza** que sería deseable para llevar a cabo todas estas actividades de mejora regulatoria. El anteriormente mencionado informe del parlamento británico reseñaba que el régimen de gobernanza pública existente en su país debía ser objeto de modificación, proponiendo la creación de una nueva autoridad reguladora (*a Digital Authority*) para hacerse cargo de la regulación del sector de forma global. Se alegaba que la actual regulación estaba excesivamente compartimentada ya que hay más de doce autoridades potencialmente responsables de su regulación y control, existiendo lagunas al mismo tiempo que duplicidades.

Ciertamente, es posible que el ámbito digital, por el mero hecho de serlo, no justifique de por sí la existencia de una estructura administrativa separada de la del resto de reguladores existentes, a modo de autoridad de regulación *digital*. En cualquier caso, sea cual sea el modelo elegido, parecería más interesante asegurar los elementos que debería ostentar dicha autoridad para cumplir con el deber que se le asigne: la capacidad suficiente (no sólo jurídica sino económica y científico-técnica) de medios humanos y materiales para afrontar con garantías técnicas la elaboración de informes o dictámenes de evaluación de impacto regulatorio, una imprescindible independencia de criterio respecto a los órganos proponentes de proyectos normativos, la transparencia y publicidad de sus actuaciones (sus informes deben hacerse públicos) y la capacidad de veto (al menos a nivel administrativo) para paralizar propuestas normativas que atenten contra los principios de buena regulación.

⁷⁰ R. Thaler fue premiado con el Nobel de Economía en 2017, por "su contribución a la economía conductual", siendo coautor del libro "**Un pequeño empujón**: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad" (2008), junto a C. Sunstein. Esta variante de la economía clásica se encarga de la investigación científica en las tendencias cognitivas y emocionales humanas y sociales para una mejor comprensión de la toma de decisiones económicas.

⁷¹ Para un análisis en profundidad del sector financiero digital (FINTECH) puede consultarse el estudio ya citado [E/CNMC/001/18](https://www.cnmv.es/E/CNMC/001/18).

V. CONCLUSIONES

El proceso de mejora regulatoria que se ha vivido en España en estos diez últimos años, desde la transposición de la Directiva UE de servicios, ha sido un proceso de largo alcance y recorrido, fundado en tres ejes principales: la extensión y concreción de los principios de buena regulación económica, el refuerzo institucional de los organismos encargados de velar por la buena regulación y la eliminación de barreras regulatorias en los sectores económicos.

En este tiempo, la Autoridad de Competencia española ha tenido un papel muy relevante a la hora de orientar a la Administración Pública sobre los cambios normativos que debían producirse, tanto respecto a las medidas instrumentales para realizar correctamente las evaluaciones de impacto regulatorio como respecto a las regulaciones de fondo que condicionan el acceso y ejercicio de la actividad económica. Y todo ello a través de las vías de actuación que ofrece la función de la promoción de la competencia.

Una lección aprendida a lo largo de este proceso es que gran parte del camino está todavía por recorrer. Como ejemplo del síntoma, España está todavía por debajo de la media de la OCDE en una serie de indicadores que tratan de medir el grado de calidad de las evaluaciones realizadas. El impulso reformista llevado a cabo en los últimos diez años para revisar barreras injustificadas en la regulación debe continuarse y extenderse a todos los sectores.

Máxime cuando el presente y futuro más inmediato plantean retos importantes, principalmente en lo que se refiere al tratamiento de los fenómenos disruptivos en el ámbito de la digitalización. En este contexto, es fundamental que la regulación no sea un obstáculo para que los consumidores y los ciudadanos puedan aprovechar todos los beneficios de la digitalización. También que la regulación sea capaz de responder adecuadamente a los retos ocasionados por las nuevas configuraciones de mercado, que en ocasiones pueden derivar hacia estructuras estables de poder de mercado.

ANÁLISIS DE LOS COSTES PERCIBIDOS POR LAS EMPRESAS SOBRE LA REGULACIÓN EN EUROPA

Analysis of the companies perceived costs regarding the European regulation

María Victoria ROMÁN GONZÁLEZ

Universidad de Almería

Manuel RECIO MENÉNDEZ

Universidad de Almería

Resumen

En momentos como los actuales en que el crecimiento económico está basado principalmente en la aplicación de innovaciones tecnológicas disruptivas, es necesario poner en marcha todos aquellos instrumentos que ayuden a garantizar que la regulación acompaña a la consecución de un mayor bienestar económico y social.

La OCDE, a través de la experiencia iREG, ha ayudado mucho con la labor desarrollada desde el año 2012 al poner a disposición de la comunidad internacional una serie de indicadores sobre la política regulatoria y la gobernanza en todos sus países miembros y candidatos. Sin embargo, hace falta completar estos indicadores con la percepción que los sujetos afectados por la regulación —principalmente las empresas— tienen sobre los costes de cumplimiento de la misma.

Este trabajo propone una metodología de análisis que, aplicada a una encuesta realizada por la Comisión Europea en el año 2017, permite segmentar las percepciones de las empresas europeas respecto a los costes de la regulación. Una vez analizados los segmentos, una serie de recomendaciones son realizadas para que todo el esfuerzo que desde el punto de vista técnico se está llevando a cabo en Europa se vea complementado con una campaña de Marketing Social.

Abstract

Nowadays, when economic growth is based mainly on the application of disruptive technological innovations, it is necessary to align all the instruments that ensure that regulation fosters the achievement of greater economic and social well-being.

The OECD, through the iREG experience, has helped in achieving that goal by making available to the international community a series of indicators on regulatory policy and governance in all its member and candidate countries. However, it is necessary to complete these indicators with the perceptions that the companies —the most affected by the regulation— have about the costs of complying with them.

This paper proposes a methodology of analysis that, applied to a survey carried out by the European Commission in 2017, allow us to segment the European companies according to the perceived costs of regulation. Once the segments have been analyzed, a series of recommendations are made so that all the effort that is being carried out

from the technical perspective in Europe must be complemented with a Social Marketing campaign.

Palabras clave: Regulación | Evaluación del impacto competitivo de las normas | Principio de proporcionalidad | Barreras de entrada |

Keywords: Regulation | Competition assessment in regulatory impact Analysis | Principle of proportionality | Barriers to entry |

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad actual se encuentra ante la encrucijada de tener que afrontar los riesgos que se derivan de las actividades de las empresas sobre el bienestar de las personas, siendo la regulación de sus actividades, una de las medidas posibles. Al mismo tiempo, asistimos a quejas por parte de las empresas del exceso de regulaciones que existe en los mercados y de la dificultad de cumplir con las mismas. La sociedad, a través de los gobiernos y agentes sociales que la representan, se encuentra ante un *trade-off* entre la necesidad de regular y desregular al mismo tiempo tratando de salvaguardar los necesarios equilibrios de los diversos agentes económicos y sociales sin por ello perjudicar el desarrollo económico.

En este contexto, uno de los requisitos básicos para la toma de decisiones se basa en la disposición de información de la percepción que las empresas tienen sobre los costes de cumplimiento de la regulación. Los objetivos de interés público que se persiguen con muchas normas pueden ser alcanzados de forma más óptima si los costes de cumplimiento son los más bajos posibles. Cuando una norma es más fácil de cumplir la eficacia de su actuación aumenta.

La mayoría de las regulaciones de carácter económico han tenido a la empresa como destinataria de sus obligaciones de cumplimiento. Los estudios de impacto de estas regulaciones, conocidos a nivel internacional como RIAs por su acrónimo en inglés (Regulatory Impact Assessment), se centran fundamentalmente en los resultados de los objetivos públicos que se pretenden alcanzar, pero no en los efectos que puede tener en los obligados a su cumplimiento (las empresas)¹. Si el objetivo del regulador es facilitar el cumplimiento por parte de aquellas empresas que desean hacerlo, parece que el primer paso que se debería dar, es analizar cuál es el impacto que puede tener sobre los obligados al cumplimiento reduciendo, al máximo posible, cualquier coste innecesario asociado. Este es el objetivo que se persigue con el presente trabajo: saber la percepción que las empresas europeas tienen sobre los costes asociados a la regulación que las afecta.

II. LOS COSTES DE CUMPLIMIENTO DE LA REGULACIÓN

Hay múltiples razones analizadas en la literatura que aconsejan tratar de evitar, por parte de los gobiernos y de los legisladores, los costes de cumplimiento de la regulación. Sin embargo, no siempre existe conciencia de los orígenes y consecuencias de los mismos².

Siguiendo a Nijssen (2003), vemos que, en primer lugar, se trata de costes ocultos. Cuando se analiza por parte de los legisladores y reguladores de los mercados los efectos que una norma puede tener, se consideran principalmente los efectos presupuestarios públicos de la misma. Es decir, se analiza el impacto que tendrá para el presupuesto público del regulador (costes internos), pero no para el administrado —la empresa— (costes externos).

Por otra parte, los costes de cumplimiento son regresivos. Sus efectos son mucho más nocivos para las pequeñas y medianas empresas y para aquellas que están comenzando su actividad (Boog, Jansen, & Tom, 2001). Las empresas que están

¹ La mayoría de los países miembros de la OCDE han adoptado la realización de RIAs, aunque su implementación en la práctica va muy por detrás de los compromisos adquiridos (Schultz, Arndt-bascle, Davidson, & Gerloff, 2019).

² De hecho, es uno de los mayores retos en los que se encuentra ahora mismo trabajando el órgano para la mejora de la regulación británico (*Better Regulation Executive*) que es uno de los más avanzados a nivel mundial en esta materia (Bishop, 2019).

consolidadas prefieren defender la posición de mercado alcanzada a través del establecimiento de barreras de entrada regulatorias a los nuevos participantes, basadas en altos costes de cumplimiento.

Otro efecto negativo de los costes de cumplimiento reside en que son un freno para el desarrollo económico y el empleo. La secuencia causal que explica este hecho puede ser formulada de la siguiente forma: si los costes de cumplimiento se reducen, los beneficios empresariales aumentan y, en consecuencia, la inversión; la reducción de costes puede ser trasladada parcialmente a precios, lo que permitirá mejorar su posición competitiva, aumentando las ventas tanto a nivel doméstico como internacional; los trabajadores pueden verse también beneficiados de los mejores resultados a través de aumento de sus salarios, lo que conllevará a aumentar el consumo. Por último, se puede predecir que habrá una serie de trabajos administrativos que pueden desaparecer (los asociados al cumplimiento de la regulación), pero en el largo plazo pueden ser compensados por la aparición de nuevos puestos de trabajo surgidos del efecto beneficioso del crecimiento sobre la actividad económica (según los análisis realizados por De Witt and Nijssen (2002), los efectos sobre el empleo a largo plazo se espera que sean nulos en términos cuantitativos).

Adicionalmente, si la percepción es que los costes de cumplimiento son elevados puede causar el incremento de la economía sumergida. La secuencia causal es igual que la explicada en el caso anterior. Hemos podido observar, en sectores que tenían una presencia elevada de la economía no declarada, como la irrupción de nuevos operadores y de la simplificación de la norma ha aflorado una buena parte de la actividad en muchos países europeos. Es el caso de la regulación de las viviendas turísticas en Andalucía. La puesta en marcha de un registro de viviendas turísticas en Andalucía a través de una declaración responsable, ha permitido que desde la entrada en vigor del Decreto 28/2016 y hasta finalizar 2018, 47.031 viviendas con fines turísticos han presentado su declaración responsable para el inicio de la actividad; lo que supone un total de 244.345 plazas de alojamiento³.

Las empresas son el corazón de la economía de mercado. Para ellas, los costes de cumplimiento se derivan de las normas que emanan de las distintas administraciones públicas. Sin normas, los costes de cumplimiento serían nulos. Sin embargo, no cabe pensar que esa situación fuera deseable para la sociedad. Las empresas, al igual que los ciudadanos y otros agentes sociales, necesitan ser regulados para que puedan cumplir de forma plena su cometido. Por lo tanto, no se trata de entrar en un proceso desregulador de carácter absoluto, sino de diseñar una regulación mejor y más eficiente que permita cumplir sus objetivos al mínimo coste para las empresas. Así, siempre hay que analizar el balance entre los costes de cumplimiento para las empresas y los beneficios de la existencia de la regulación para la sociedad. Y este equilibrio no es el mismo para todos los sectores económicos y mercados.

Una de las áreas que ha recibido mayor atención en cuanto al tema que nos ocupa es la de la regulación fiscal. No es de extrañar si tenemos en cuenta que un parte importante de la carga que las empresas soportan está relacionada con los impuestos. Pope (1989), en un trabajo en el que aborda el estudio de los costes de cumplimiento en los impuestos sobre la renta, establece cinco etapas que deben seguirse para la toma de conciencia del problema:

³ Datos de al Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía disponibles en http://www.juntadeandalucia.es/turismoydeporte/publicaciones/estadisticas/rta_2018_v1.pdf, accedido por última vez el 24/05/2019.

Fase 1. Reconocimiento del problema por parte de los afectados y del mundo profesional que les rodea (en nuestro caso, estaríamos hablando de las empresas y de los diferentes asesores y consultores que les ayudan en el cumplimiento de las obligaciones).

Fase 2. Cuantificación del coste de cumplimiento.

Fase 3. Toma de conciencia por parte de la clase política.

Fase 4. Desarrollo de medidas legislativas que reduzcan los costes de cumplimiento.

Fase 5. Seguimiento de las medidas llevadas a cabo.

De las etapas descritas anteriormente, según el informe de la OCDE sobre políticas regulatorias 2018 (OCDE, 2018), "A finales de 2017, todos los países miembros de la OCDE y aquellos en proceso de adhesión tenían una política regulatoria de gobierno completo y contaban con un órgano encargado de promover y coordinar la calidad regulatoria en todos los órganos gubernamentales. También habían avanzado en la adopción de herramientas de gestión regulatoria "tradicional", en particular la participación de determinados grupos de interés y la evaluación del impacto regulatorio (EIR)". Por lo tanto, podríamos concluir que, desde finales de los años 80 del siglo pasado, en los que empezó a tomar auge el tema de los costes de cumplimiento de la regulación, hemos evolucionado a nivel mundial por las diferentes etapas descritas en el párrafo anterior.

No obstante, la situación dista mucho de ser similar en los distintos países. Es más, en un contexto de globalización económica como el que nos encontramos, el enfoque adoptado por los distintos gobiernos, centrándose en su ámbito doméstico de aplicación, obvia el necesario enfoque mundial de las operaciones y, por lo tanto, de las obligaciones a las que las empresas se enfrentan en su actividad diaria.

Europa, a través de la Comisión Europea, y cada uno de los países que la forman han venido siendo pioneros en la aplicación de los diferentes aspectos que componen la mejora de la regulación. Pero, al igual que ocurre en el caso de la OCDE, se han centrado en el seguimiento de una serie de indicadores, comprobando que se han puesto en marcha y que funcionan de una forma transparente. La mayor parte de la investigación académica que se ha llevado a cabo, ha consistido en describir el sistema regulatorio de la Comisión Europea y analizar de forma crítica sus objetivos, ámbito y métodos (Fritsch, Kamkhaji, & Radaelli, 2017). Son muy pocos los análisis que se han efectuado sobre el impacto que la mejora de la regulación ha tenido sobre los objetivos políticos que se pretendían y, todavía en menor medida, en qué medida esos resultados se han visto influenciados por los costes de cumplimiento.

En parte, esta ausencia de estudios cuantitativos de impacto de las políticas de mejora de la regulación en Europa, se debe al particular sistema legislativo europeo en el que intervienen diversos actores. Así, la Comisión Europea propone, el Consejo y el Parlamento Europeo aprueba las normas y los Países Miembros las ponen en marcha en sus respectivos territorios. Más allá del enorme esfuerzo que se está llevando a cabo por tratar de superar la imagen de pesada maquinaria burocrática que siempre tuvieron los distintos niveles de la administración pública en Europa, parece que la distancia para conseguir los objetivos que se pretenden queda todavía lejos. Así se desprende de la opinión manifestada por los representantes de las empresas en diversos foros y, en concreto, en las conclusiones de la reunión del Consejo de Europa celebrada los días 28 y 29 de noviembre de 2016 sobre Competitividad (Council of the European Union, 2016).

El sistema de indicadores de las mejoras de la regulación en Europa necesita ser completado para recoger lo que se conoce como equidad/adequación percibida. La razón que subyace detrás de este concepto es sencilla: los administrados están más dispuestos a cumplir con una norma que consideran que les trata de una forma equitativa. Sin embargo, como vemos que ocurre actualmente en el ámbito de la mejora de la regulación, existe una desconexión entre los avances objetivos que se producen desde el punto de vista normativo y cómo se percibe este hecho por parte de los administrados (OECD, 2012). Una parte importante del problema puede residir en el hecho de que se han perdido de vista los principios de la justicia subjetiva percibida, centrándose prioritariamente en la mejora de la eficiencia y la lógica económica de la regulación.

Existe una abundante literatura científica que estudia esta cuestión. Dentro de la economía del comportamiento, diversos estudios nos muestran como el supuesto comportamiento racional de las personas y de las organizaciones no se cumple necesariamente en todas las ocasiones. Conociendo los comportamientos irracionales de los individuos, se puede conseguir que no se actúe de forma irracional a través de la incorporación de factores que promuevan la mejora de la percepción de adecuación, equidad y justicia por parte del administrado. Esto se consigue a través del ofrecimiento a formar parte del proceso regulatorio, propiciando un ambiente de colaboración mayor (Lunn, 2014).

Asimismo, las investigaciones realizadas demuestran que la percepción sobre la adecuación de procedimiento (en nuestro caso entendido como los costes de cumplimiento) juegan un papel central en la determinación de la confianza en el gobierno y las instituciones (Tyler, Goff, & Maccoun, 2015). En la actualidad, dado que la confianza en los poderes públicos no se encuentra en su mejor momento, parece recomendable utilizar instrumentos que ayuden a reconstruir la legitimidad de las instituciones.

Conclusiones similares se alcanzan en el campo de la neurociencia social (Lieberman, 2014). Sentirse tratado de forma adecuada activa áreas del cerebro que están asociados con el placer. Lo contrario también es cierto: si se percibe un tratamiento inadecuado o excluyente por parte del administrado con el gobierno se activan áreas del cerebro que están asociadas con el dolor.

Se puede concluir de los estudios realizados que los gobiernos necesitan que sus regulaciones sean económicamente eficientes, políticamente efectivas y percibidas como adecuadas. Este último aspecto, se consigue haciendo los procedimientos más inclusivos, generadores de un mayor compromiso y más fáciles de entender. Así la mejora de la percepción de los procedimientos llevará a una mayor eficacia y eficiencia objetiva.

El mundo empresarial en Europa se ve afectado también por esta circunstancia. Un ejemplo lo encontramos en el Programa de Acción para reducir las cargas administrativas en la UE en el que se recoge que “el grado en el que las empresas consideran que la obligación de aportar información es irritante no está correlacionado en muchas ocasiones con las cargas administrativas impuestas” (European Commission, 2009).

Los costes de cumplimiento con la regulación. son costes de procedimiento que cobran especial relevancia en la situación económica actual. Las organizaciones son especialmente sensibles en cuanto a su percepción, cuando atraviesan circunstancias de inseguridad o incertidumbre. Aquellas regulaciones que sean percibidas como

inadecuadas, aumentarán más la sensación de inseguridad que tienen respecto a sus planes de futuro.

Por lo tanto, es relevante conocer cuál es el estado de la percepción que las empresas europeas tienen sobre los costes de la regulación. Y no sólo dentro de las fronteras de cada uno de los estados miembros. En el mundo globalizado que vivimos, desde el punto de vista económico y social, es importante conocer si se dan patrones comunes de percepción y si las similitudes y diferencias encontradas se deben a los sectores en los que trabajan, al tamaño de la empresa o a la experiencia acumulada. Ese conocimiento permitirá a las autoridades supranacionales europeas llevar a cabo un procedimiento normativo más enfocado que mejorará su aceptación y, por ende, sus resultados. A las autoridades nacionales, regionales y locales les permitirá conocer su situación en el contexto europeo y en qué medida sus costes de regulación están alineados con los que existen en la Unión Europea para las empresas que operan en su territorio. Este es el propósito de nuestro trabajo.

III. METODOLOGÍA

Para poder llevar a cabo nuestro estudio, vamos a utilizar el Flash Eurobarometer 451 de la Comisión Europea sobre la percepción por parte de las empresas de la regulación. En el Acuerdo Interinstitucional sobre Mejora de la Regulación, que entró en vigor el 13 de abril de 2016, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea acordaron que esta última institución realizara anualmente una investigación que diera cuenta de los resultados conseguidos en los esfuerzos realizados con la finalidad de simplificar la normativa, evitar la excesiva regulación y reducir las cargas administrativas. La encuesta que vamos a trabajar es parte de la información recogida con esta finalidad.

El trabajo de campo fue realizado en el mes de marzo de 2017, y fue publicado en octubre de ese mismo año. El número de empresas encuestadas y la nacionalidad de las mismas puede verse en la siguiente tabla:

Tabla 1. Características de la muestra de empresas utilizada

Países	Número de encuestas	Fechas trabajo de campo		Universo	Proporción EU 28
Alemania	400	13/03/2017	22/03/2017	2,538,512	10.49%
Austria	403	13/03/2017	23/03/2017	352.259	1.46%
Bélgica	400	13/03/2017	22/03/2017	637.419	2.63%
Bulgaria	400	13/03/2017	22/03/2017	333.431	1.38%
Chequia	400	13/03/2017	22/03/2017	1,041,009	4.30%
Chipre	200	13/03/2017	22/03/2017	49.718	0.21%
Croacia	400	13/03/2017	23/03/2017	146.453	0.61%
Dinamarca	402	13/03/2017	22/03/2017	240.011	0.99%
Eslovaquia	400	13/03/2017	22/03/2017	399.572	1.65%
Eslovenia	401	13/03/2017	22/03/2017	131.286	0.54%

España	400	13/03/2017	22/03/2017	2,465,640	10.19%
Estonia	400	13/03/2017	22/03/2017	64.317	0.27%
Finlandia	400	13/03/2017	22/03/2017	267.384	1.10%
Francia	400	13/03/2017	22/03/2017	3,182,877	13.15%
Grecia	400	13/03/2017	22/03/2017	694.088	2.87%
Hungría	400	13/03/2017	23/03/2017	510.614	2.11%
Irlanda	401	13/03/2017	22/03/2017	86.010	0.36%
Italia	400	13/03/2017	22/03/2017	3,927,022	16.22%
Letonia	400	13/03/2017	22/03/2017	100.257	0.41%
Lituania	400	14/03/2017	22/03/2017	156.592	0.65%
Luxemburgo	202	13/03/2017	22/03/2017	36.787	0.15%
Malta	200	13/03/2017	23/03/2017	25.491	0.11%
Países Bajos	402	13/03/2017	22/03/2017	1,314,758	5.43%
Polonia	400	13/03/2017	22/03/2017	1,571,557	6.49%
Portugal	400	13/03/2017	22/03/2017	804.662	3.32%
Reino Unido	401	13/03/2017	22/03/2017	1,902,810	7.86%
Rumania	401	13/03/2017	23/03/2017	456.670	1.89%
Suecia	401	13/03/2017	22/03/2017	768.033	3.17%
TOTAL EU28	10.614	13/03/2017	23/03/2017	24,205,239	100%*

La encuesta contempla las empresas de los siguientes sectores de actividad: industria manufacturera (NACE sección C), servicios (NACE secciones G, H, I, J, K, L, M, N y R) e industria (NACE secciones B, D, E y F).

El tamaño de las empresas, a efectos de clasificarlas como micro, pequeñas, medianas y grandes, se ha definido teniendo en cuenta únicamente el número de empleados que tiene. Las microempresas —de 0 a 9 empleados— representan el 87% de la muestra. Con carácter general, suponen al menos las tres cuartas partes de las empresas excepto en Luxemburgo (62%), Chipre (66%) e Irlanda (74%). Las microempresas están presentes por encima de la media mencionada en Italia y Portugal (92% en ambos casos); Finlandia, Francia y Malta (91% en cada uno); Suecia, Países Bajos y España (90% cada uno). Las pequeñas empresas, con entre 10 y 49 empleados, representan el 10% de la muestra, y el 3% restante está compuesto por medianas empresas —de 50 a 249 empleados— (2%) y grandes empresas —más de 24(1%).

Se realizó un muestreo por cuotas atendiendo al tamaño de las empresas y los sectores de actividad. Las cuotas fueron ajustadas de acuerdo con el universo en cada uno de los 28 países analizados para asegurar que la muestra fuera suficiente en cada una de las celdas.

Las encuestas fueron respondidas por personas con responsabilidades de decisión (director general, consejero delegado) o dirección de las actividades comerciales de la empresa (director comercial, director de ventas, director de marketing).

El cuestionario utilizado contenía, entre otras, preguntas sobre los siguientes aspectos que vamos a utilizar en nuestro análisis:

- Si la legislación de la UE es vista como un obstáculo o como ventaja.
- Si tiene el conocimiento sobre si la legislación que se aplica a la actividad de la empresa, proviene de la normativa comunitaria o del estado miembro.
- Opinión sobre los efectos de la regulación⁴ en términos de si:
 - reduce o elimina las diferencias en cuanto a requisitos legales en los diferentes Estados Miembros, y esto beneficia a las empresas;
 - es un obstáculo para la innovación;
 - mejora el acceso a los proveedores y clientes;
 - aumenta el coste de los procesos administrativos para las empresas;
 - ayuda a las empresas a ser competitivas;
 - aumenta la cantidad de papeleo para las empresas;
 - anima a las empresas a invertir;
 - dificulta el crecimiento de su empresa;
 - contribuye a crear una igualdad de condiciones para todas las empresas;
 - ayuda a garantizar la calidad y la seguridad de los productos y servicios;

Con la información contenida en estas preguntas, vamos a agrupar a las empresas europeas en base a las percepciones que tienen respecto a los efectos de la regulación. Para ello, se va a aplicar un análisis de conglomerados jerárquicos (análisis cluster)⁵ sobre las preguntas en las que las empresas han manifestado su opinión sobre los efectos de la regulación⁶.

De los grupos de comportamiento obtenidos a través de la distancia de agrupación contenida en el dendograma del análisis cluster, se comprobará que las empresas que conforman cada uno de ellos son similares entre sí y distintas de las que conforman los otros grupos. Este análisis se realizará a través de un gráfico radial.

Finalmente se caracterizarán los grupos hallados en base a las características de clasificación demográfica empresarial que se contienen en el cuestionario: número de trabajadores, facturación, crecimiento, política de inversión e innovación, actividad internacional, y conocimiento de la legislación. Para esta finalidad, se utilizará la metodología MOSAIC.

MOSAIC es una técnica gráfica que se basa en el hecho de que, si se desea representar gráficamente una tabla de contingencia, cuando la variables de las fila y de la columna son independientes, las frecuencias esperadas se pueden calcular en base a los porcentajes totales de fila y columna (Friendly, 1994)⁷.

⁴ Medidos en una escala Likert de cuatro niveles, siendo 1 totalmente de acuerdo y 4 totalmente en desacuerdo, y dejando el nivel 5 para el caso de que el entrevistado no sepa o no conteste a la pregunta en cuestión.

⁵ Desde el punto de vista metodológico, con la finalidad de reducir la multicolinealidad que pueden contener las variables, es necesario aplicar previamente un análisis de componentes principales. En nuestro caso, los resultados obtenidos no permiten reducir la dimensionalidad dado que, considerando los factores con valores propios mayores que 1, permite alcanzar sólo una explicación del 49,7% del total de la varianza.

⁶ Se utiliza como medida la distancia euclídea y como método de agrupación el de Ward.

⁷ La notación para una tabla con dos variables es:

Siendo $N = \{n_{ij}\}$ la frecuencia observada de las variables A y B con I filas y J columnas.

$n_{i+} = \sum_j n_{ij} \rightarrow$ Frecuencia total en la fila i.

$n_{+j} = \sum_i n_{ij} \rightarrow$ Frecuencia total en la columna j.

observar su proximidad al centro del gráfico en la mayor parte de los ejes que tienen una connotación positiva de los efectos de la regulación en Europa. Sin embargo, en aquellos aspectos que tienen que ver con la carga administrativa/burocrática de la regulación sus valoraciones no son tan positivas (en concreto, lo relativo a que la legislación dificulta el crecimiento de la empresa (2,92), la legislación aumenta la cantidad de papeleo (1,99)). Estas características son las que nos llevan a denominar a este grupo *Pros con costes*, dado que es el grupo que ve más favorablemente los efectos de la regulación en Europa, pero mostrando sensibilidad hacia los costes aparejados que conlleva.

Segmento 2. Escépticos (33,3% de las empresas europeas). Sus valoraciones están proyectadas en la línea naranja del gráfico. Su percepción general de los efectos de la regulación es negativa. Sin embargo, no creen que sus consecuencias afecten al crecimiento (3,29) o sea un obstáculo para la innovación (3,40).

Segmento 3. Contrarios (11,8% de las empresas europeas). Sus valoraciones están representadas por la línea amarilla del gráfico. Para estas empresas, los efectos de la legislación son muy negativos (los valores más extremos de todos los grupos encontrados).

Segmento 4. Ignorantes (4,5% de las empresas europeas). Representadas por la línea amarilla. Manifiestan en todos los aspectos no saber cuáles son los efectos de la legislación europea.

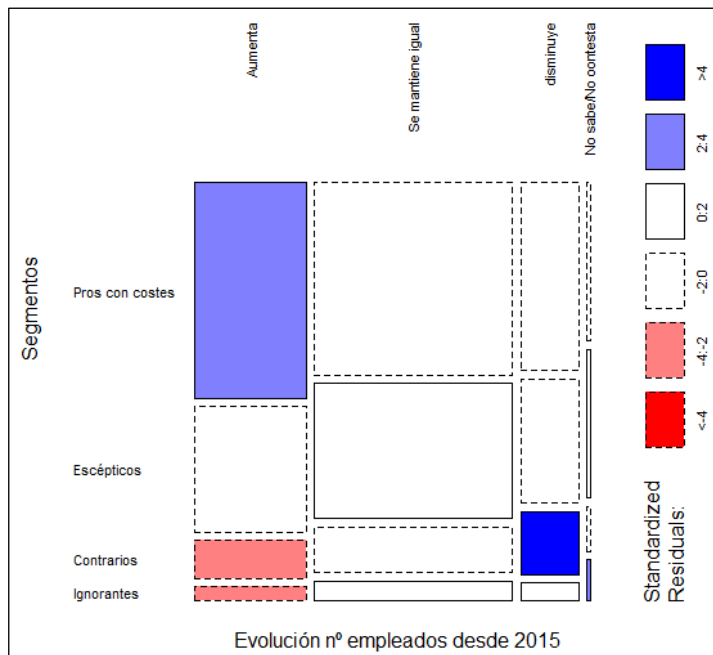
Vamos a perfilar más estos segmentos utilizando el resto de preguntas demográficas contenidas en la encuesta a través de la técnica MOSAIC. La interpretación de un gráfico MOSAIC, en una tabla con dos variables, es como un gráfico de barras donde la anchura de cada barra corresponde a la frecuencia relativa de la primera variable y la altura se corresponde con la frecuencia relativa de la segunda variable. Los residuos estandarizados se representan a través del coloreado de los cuadros resultantes. Los que exceden de los valores 2 y 4 en términos absolutos aparecen sombreados (más oscuros cuanto mayor es el valor). Cuando esto ocurre, lo que significa es que la relación encontrada entre los valores de esas dos variables se distancia del modelo de equiprobabilidad que nos dice que las variables son independientes⁸.

La evolución de la actividad de las empresas afecta la percepción sobre los efectos de la legislación. Atendiendo a la evolución del número de empleados, en el gráfico 2 puede observarse que en el grupo de *Pros con costes* tiene una representación significativamente mayor cuando aumenta las personas contratadas. El grupo de *Contrarios* tiene una participación significativamente mayor cuando disminuyen los empleados.⁹

⁸ Estadísticamente hablando, significa que, como los residuos estandarizados son aproximadamente 1 en la distribución normal $N(0,1)$, las áreas sombreadas son aquellas en la que los residuos individuales son significativos a nivel de 0,05 (cuando el nivel supera 2), o de 0,0001 (cuando el nivel excede de 4) (Friendly, 2001).

⁹ Aunque en aras de la simplicidad no van a presentarse todos los análisis realizados, queremos dejar constancia que este mismo efecto se observa cuando analizamos la evolución de la facturación en el año 2016: aquellas empresas que declaran haber aumentado la facturación pertenecen en mayor medida al grupo de *Pros con costes* y los que manifiestan haberla disminuido al grupo de los *Contrarios*.

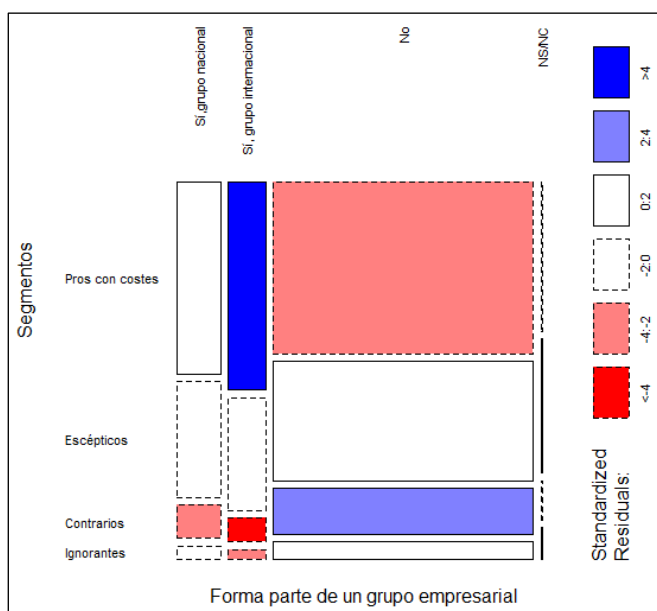
Gráfico 2. Mosaic segmentos vs. evolución del número de empleados desde 2015



Fuente: Elaboración propia

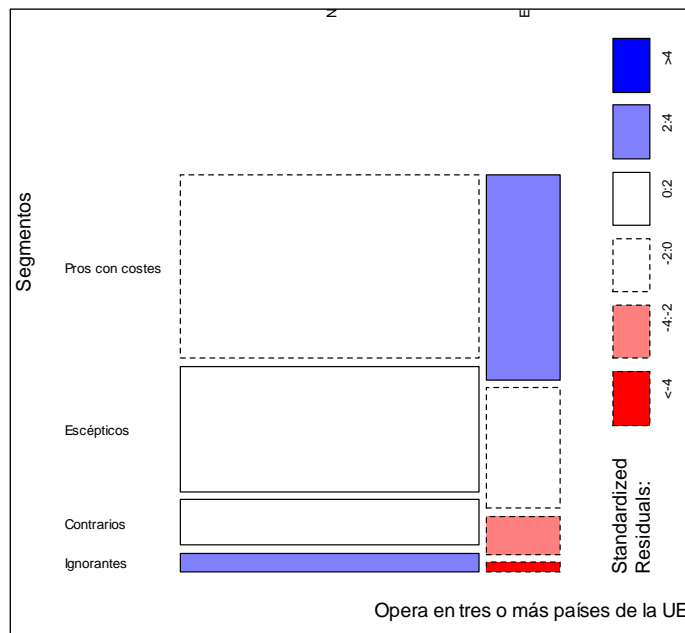
El grado de internacionalización de la empresa afecta a la percepción de la legislación. Las empresas que pertenecen a un grupo empresarial internacional están más representadas en el grupo de *Pros con costes*, mientras que las que no pertenecen a ningún grupo están más presentes en el segmento de los *Contrarios* (Gráfico 3). El mismo efecto ocurre cuando se les pregunta a las empresas sobre si han realizado actividades en el ámbito internacional: aquellas que declaran realizar actividades en 3 o más países de la Unión Europea diferentes al suyo o fuera de la Unión Europea, pertenecen en mayor medida al grupo de *Pros con costes*. Los *Ignorantes* están más presentes cuando no tienen ese grado de presencia internacional (Gráfico 4).

Gráfico 3. Mosaic segmentos vs. pertenencia a un grupo empresarial



Fuente: Elaboración propia

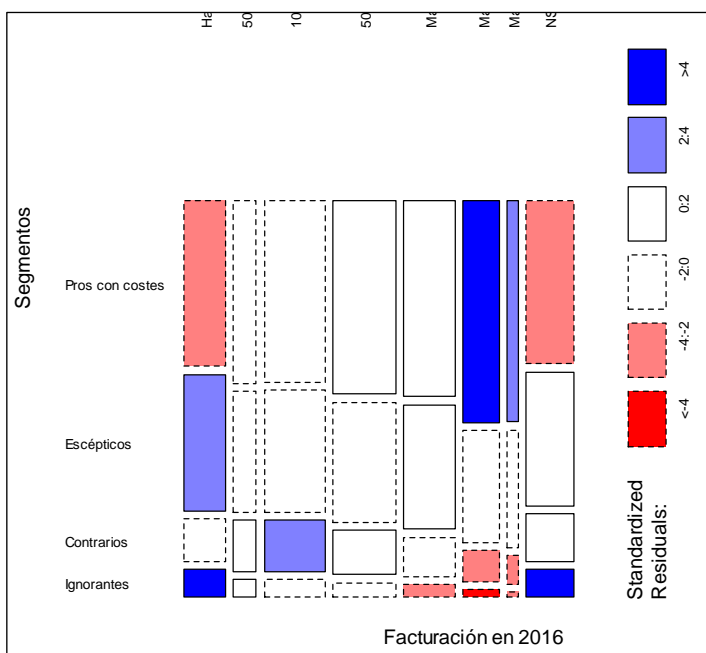
Gráfico 4. Mosaic segmentos vs. opera en tres o más países europeos



Fuente: Elaboración propia

El tamaño influye en el segmento de pertenencia como puede observarse en el Gráfico 5. Las empresas que menos facturan (hasta 50.000 €) tienen una mayor participación relativa de los segmentos de *Escépticos* e *Ignorantes*. En el extremo opuesto, podemos observar que las empresas que facturan más de 10 millones € tienen una mayor presencia significativa en el segmento de los *Pros con costes*. Los *Contrarios*, por su parte, aparecen con una mayor participación relativa en el tramo de facturación que va de 100.001 a 500.000€.

Gráfico 5. Mosaic segmentos vs. facturación en 2016



Fuente: Elaboración propia

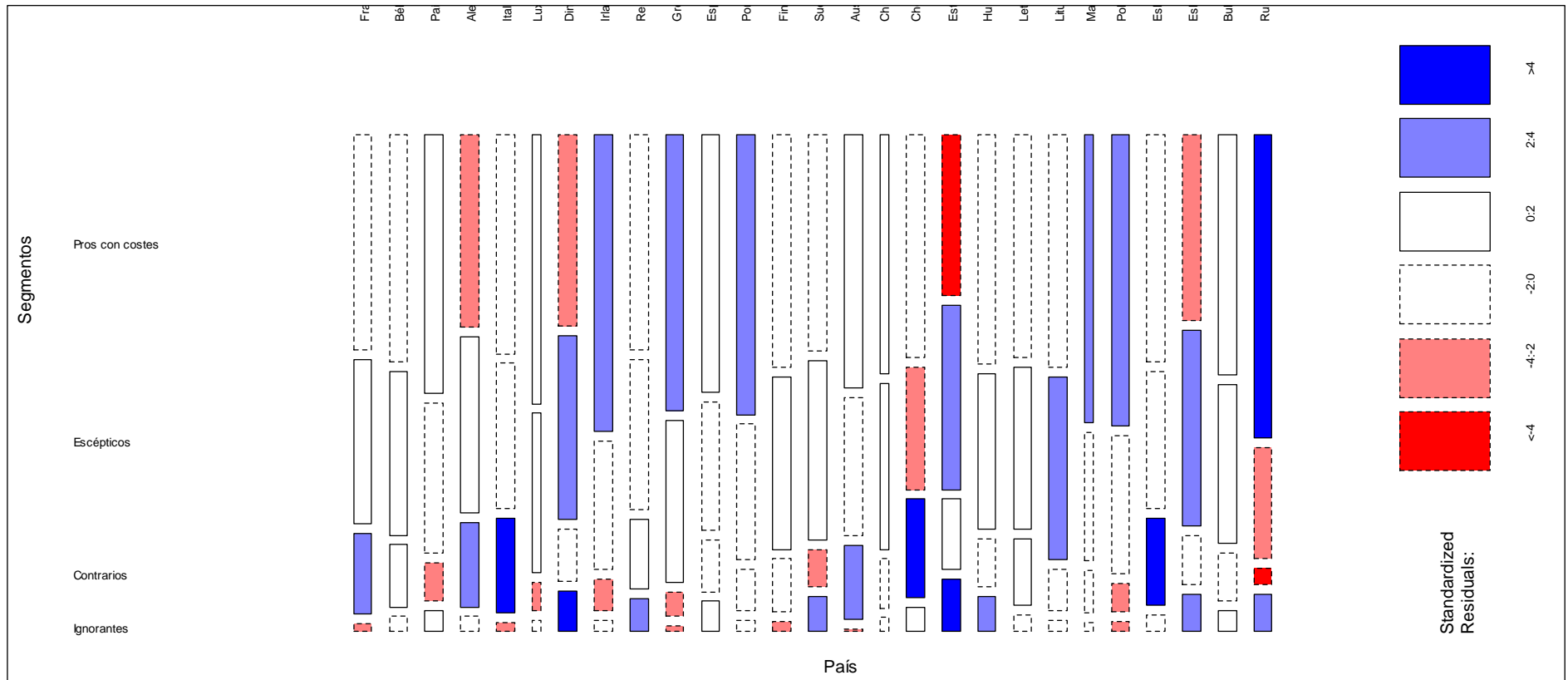
Los comportamientos más proactivos e innovadores están también asociados con el grupo de *Pros con costes*. Así se puede verificar cuando se analiza la intención en los dos próximos años de lanzar un nuevo producto o un nuevo servicio, usar un nuevo canal de venta, expandirse a otro país de la Unión Europea o fuera de ella, invertir en activos fijos o crear un nuevo puesto de trabajo¹⁰.

Con carácter general existe un gran desconocimiento por parte de las empresas europeas de las acciones y campañas que se están llevando a cabo para simplificar o reducir las tareas administrativas relacionadas con la legislación. Aquellas que manifiestan tener más conocimiento, pertenecen en mayor medida al segmento *Pros con costes*⁶.

Para completar nuestro análisis de segmentación, es necesario comprobar si geográficamente existe alguna pauta que nos permita ver si los grupos de comportamiento encontrados están más presentes en unos países de la Unión Europea que en otros. El resultado de este análisis se puede ver en el Gráfico 6.

¹⁰ No se presentan todos estos análisis por cuestión de simplicidad expositiva. Aquellos que puedan estar interesados están a su disposición solicitándolo a los autores.

Gráfico 6. Mosaic presencia de los segmentos empresariales sobre percepción de los efectos de la regulación en los países U.E.



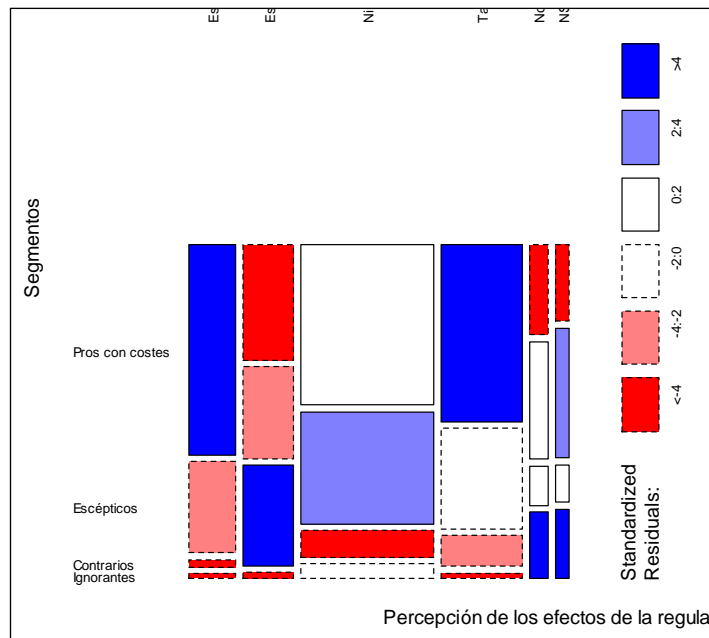
Fuente: Elaboración propia

Como se puede observar, sí se da un comportamiento diferencial. Por grupos podemos concluir que para los *Pros con costes* su presencia es significativamente mayor en Irlanda, Grecia, Portugal, Malta, Polonia, y Rumania; es significativamente menor en Alemania, Dinamarca y Eslovenia. El segmento de *Escépticos* tiene una presencia significativamente mayor en Dinamarca, Estonia, Lituania y Eslovenia; es significativamente menor en Chequia y Rumania. En el caso de los *Contrarios*, su presencia es significativamente mayor en Francia, Alemania, Italia, Austria, Chequia y Eslovaquia; es significativamente menor en Países Bajos, Luxemburgo, Irlanda, Grecia, Suecia, Polonia y Rumania. Por último, para en el caso de los *Ignorantes* constatamos que su presencia es significativamente mayor en Dinamarca, Reino Unido, Estonia, Hungría, Eslovaquia y Rumania; es significativamente menor en Francia, Italia, Grecia, Finlandia, Suecia y Polonia.

Se han realizado también análisis MOSAIC para cada uno de los segmentos con las variables de antigüedad de la empresa y sector de actividad (a cuatro tres niveles de agregación NACE diferentes), no encontrándose resultados significativos.

Por último, tenemos a nuestra disposición otra variable que recoge el sentimiento general que la empresa entrevistada tiene hacia los efectos de la legislación. Al no haber sido utilizada en la realización de los conglomerados jerárquicos, podemos utilizarla como un método de validación de los grupos obtenidos. Los resultados pueden verse en el Gráfico 7.

Gráfico 7. Mosaic percepción general de los efectos de la regulación por segmentos empresariales en U.E.



Fuente: Elaboración propia

Claramente se da una percepción diferencial en los segmentos que coincide con lo comentado en todos los resultados obtenidos y que puede resumirse de la siguiente forma:

- El grupo de los *Pros con costes* sienten que la legislación en la Unión Europea es un apoyo, aunque también en ocasiones obstaculiza.

- El segmento de los *Contrarios* piensa que es un obstáculo.
- Para los *Escépticos*, no lo sienten ni como apoyo, ni como obstáculo.
- Finalmente, los *Ignorantes* manifiestan no tener información suficiente.

V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La percepción que las empresas tienen sobre los efectos de la legislación en Europa pueden clasificarse en cuatro grupos o segmentos diferentes que hemos denominado *Pros con costes*, *Escépticos*, *Contrarios* e *Ignorantes*. El análisis llevado a cabo cumple con los requisitos que se debe exigir a una segmentación, dado que los resultados son medibles, accesibles, sustanciales y diferenciales.

Los grupos hallados tienen diferentes tamaños. Los *Pros con Costes* es el grupo mayoritario al estar compuesto por el 50,4% de las empresas europeas, seguido por los *Escépticos* con un 33,3%, los *Contrarios* con un 11,8% y, finalmente, los *Ignorantes* con un 4,5%. *Grosso modo* puede concluirse que la mitad de las empresas europeas tienen percepciones negativas sobre los efectos que la legislación tiene sobre su actividad. Es más, el grupo que las tiene más positivas, el de los *Pros con costes*, manifiestan también que los problemas burocráticos de cumplimiento obstaculizan su actividad. Por lo tanto, la mejora de la regulación con especial atención a los costes de cumplimiento debe ser un tema de interés preferente para todos los gobiernos europeos en cualquier nivel administrativo.

Las variables utilizadas para poder delimitar comportamientos que permitan un tratamiento diferencial han sido infructuosas en el caso de antigüedad de la empresa y sector de actividad al que pertenecen. Los autores que mencionaban que las empresas más jóvenes sentían en mayor medida los efectos nocivos de la regulación, no son respaldados en nuestros análisis: no hay una diferencia significativa de pertenencia a los grupos que se muestran más afectados por los efectos de la regulación. A esta misma conclusión se llega cuando se analizan los sectores de pertenencia de las empresas¹¹.

Sin embargo, si hay otras variables que sirven para discriminar el grupo de pertenencia. El tamaño, medido a través de la facturación, establece que las grandes empresas pertenecen al grupo más favorable a los efectos de la regulación, las pequeñas al segmento de *Escépticos* e *Ignorantes*. Por lo tanto, las autoridades en el ámbito europeo deben dar un trato preferente a las pequeñas y medianas empresas en los aspectos relacionados con la participación y sensibilización. Asimismo, en aquellos ámbitos sectoriales de regulación en los que las empresas pequeñas y medianas muestran más dificultad en su grado de cumplimiento, como por ejemplo son los relacionados con los aspectos fiscales y medioambientales, sería necesario realizar un esfuerzo en la graduación y escalabilidad de los requisitos y procedimientos administrativos asociados al cumplimiento de la norma.

La marcha de la actividad en las empresas, medida a través del crecimiento de la facturación y de la contratación de más personal, también afecta a las percepciones sobre la regulación: las empresas a las que les va bien tienen una participación significativamente mayor en el segmento de los *Pros con costes*. En este sentido, cabe recomendar que las acciones de sensibilización se vean reforzadas en momentos de bajada del ciclo económico, con carácter general, y con un tratamiento diferenciado para las empresas cuyos resultados se vean más afectados.

¹¹ Cabe mencionar, aunque sea marginal para las conclusiones generales que se pretenden alcanzar, que se dan una presencia significativamente mayor del grupo de *Ignorantes* en el sector de Construcción y Artes, entretenimiento y actividades recreativas; y del grupo de *Contrarios* en el sector de Transportes y almacenamiento.

Otro elemento que afecta al objeto de nuestro estudio es la internacionalización de la actividad de la empresa. Las empresas más internacionalizadas tienen una percepción más optimista sobre los resultados de la regulación. Esta puede ser medida bien por el número de países donde opera, o bien por la pertenencia a grupos empresariales internacionales. Con ambos indicadores vemos que las empresas más internacionales pertenecen en mayor medida al segmento de *Pros con costes*. Es este grupo, además el que muestra un comportamiento diferencialmente más proactivo hacia la innovación y las inversiones.

Pero a la hora de diseñar acciones encaminadas a gestionar las percepciones, tenemos que tener en cuenta que la distribución de estos segmentos por los distintos países europeos no es homogénea. Además, por el contrario de lo que cabría esperar, no son los países más desarrollados desde el punto de vista económico y con las empresas más potentes, los que se sienten más cómodos con los efectos de la regulación. El país en el que hay un mayor porcentaje de empresas en el segmento de *Pros con costes* es Rumanía. Cuando se observa el resto de países en el que este segmento es significativamente mayor (Polonia, Malta, Irlanda, Grecia y Portugal) parece que el denominador común que comparten es que las condiciones adversas en las que se ha visto envueltas en su economía y la escasa dimensión que, en muchos casos, tienen frente a sus competidores, hacen que los efectos de la regulación sean vistos de forma positiva. Esto genera un clima empresarial que, adecuadamente gestionado, puede servir para conseguir una ventaja de expectativas que predisponga a una mejor aceptación de las normas.

Mención especial cabe hacer de aquellos países en los que el segmento de *Contrarios* tiene una participación superior. En este sentido, cabe destacar en primer lugar el caso de Alemania y Francia. Dada la importancia que desde el punto de vista de Europa tienen estos dos países, el hecho de que tengan un porcentaje significativamente mayor de empresas que manifiestan tener percepciones tan negativas sobre los efectos de la legislación, debería tener un tratamiento específico por parte de las autoridades comunitarias y nacionales. Especialmente en el caso de Alemania, en el que además el tamaño del segmento de *Pros con costes* es menor. Italia, Chequia y Eslovaquia comparten también la participación mayor del segmento con peores percepciones.

Tres países, Dinamarca, Estonia y Eslovenia, necesitarían abordar de manera específica al grupo de los *Escépticos*. El hecho de que sus opiniones no estén muy polarizadas hace que la tarea a desarrollar se presente como más sencilla de abordar.

Por último, el grupo de los *Ignorantes*, aunque porcentualmente no sea muy elevado, requiere de acciones específicas tanto a nivel comunitario como de cada uno de los países.

España no tiene ningún comportamiento diferencial respecto a la media europea y las características de los eurosegmentos hallados en cuanto a la percepción de la regulación.

La mejora de la percepción puede venir, entre otras, principalmente por la vía de la participación en la elaboración de las normas y de la promoción y sensibilización. Aunque ha sido pasado por alto en los análisis anteriormente presentados porque no ofrecía diferencias significativas en los segmentos encontrados, es de destacar que con carácter general existe un alto desconocimiento de los esfuerzos que se están llevando a cabo por parte de las autoridades en la mejora de la regulación. Así, el 61,9% de las empresas declara no conocer ninguna campaña o acción dirigidas a simplificar o reducir las tareas administrativas relacionadas con la legislación en su país, el 96,8% no conoce

ninguna de otro país europeo y el 94,1% no conoce ninguna en el ámbito de la Unión Europea. Son datos verdaderamente preocupantes.

Sí se quieren manejar adecuadamente las percepciones que sobre este particular existen en las empresas europeas, parece necesario que las autoridades, tanto a nivel nacional como de la Unión, se planteen la necesidad de abordar una campaña de Marketing Social que complete los enormes esfuerzos que se están haciendo desde el ámbito técnico. En el caso de España, esta medida sería especialmente importante para mejorar nuestra posición en los diversos rankings internacionales que miden la facilidad para hacer negocios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BISHOP, I. (2019). BETTER REGULATION – THE UK EXPERIENCE. *Revista de Economica ICE*, 907, 105–114.
- BOOG, J.J., JANSEN, M., & TOM, M.J.F. (2001). *Monitor Administratieve Lasten Bedrijven*. Zoetermeer: EIM.
- Council of the European Union. (2016). *Outcome of the Council Meeting of the 3450th Council meeting on Justice and Home Affairs (Vol. 16)*.
- European Commission. (2009). *Impact Assessment Guidelines SEC 2009 (45) y SEC 2009 (42)*. Luxemburgo: Publication Office of the EU.
- FRIENDLY, M. (1994). Mosaic Displays for Multi-Way Contingency Tables. *Journal of the American Statistical Association*, 89(425), 190–200.
- FRITSCH, O., KAMKHAJI, J.C., & RADAELLI, C.M. (2017). Explaining the content of impact assessment in the United Kingdom: Learning across time, sectors, and departments. *Regulation and Governance*, 11, 325–342. <https://doi.org/10.1111/rego.12129>
- LIEBERMAN, M.D. (2014). *Why our brains are wired to connect*. New York: Broadway Books.
- LUNN, P. (2014). *Regulatory Policy and Behavioural Economics*. <https://dx.doi.org/10.1787/9789264207851-en>
- NIJSEN, A.F.M. (2003). *Dancing with the Octopus; Information obligations of enterprises in the social constitutional state from a public administration point of view*. Erasmus Universiteit Rotterdam.
- OCDE. (2018). *Análisis ex post de la regulación: Prácticas y lecciones de países de la OCDE*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2012). *Measuring Regulatory Performance. A Practitioner's Guide to Perception Surveys*. OECD Publishing. <https://dx.doi.org/10.1787/9789264167179-en>
- POPE, J. (1989). *The Compliance Costs of Personal Income Taxation – a Review of the Lessons (Discussion Papers No. 89.03)*. Nedlands: Department of Economics, University of Western Australia.
- SCHULTZ, R., ARNDT-BASCLE, C., DAVIDSON, P., & GERLOFF, B. (2019). BETTER INDICATORS FOR BETTER REGULATION: THE OECD iREG EXPERIENCE. *Revista de Economica ICE*, 907(March), 51–68.

TYLER, T.R., GOFF, P.A., & MACCOUN, R.J. (2015). The Impact of Psychological Science on Policing in the United States: Procedural Justice, Legitimacy, and Effective Law Enforcement.

PROPUESTAS DE CAMBIO REGULATORIO ANTE EL CONFLICTO TAXI/VTC A PARTIR DE LA ÓPTICA DE COMPETENCIA¹

Proposals for regulatory changes regarding the taxi/VTC conflict from an antitrust perspective

Xavier PUIG I SOLER

Técnico de la Dirección General de la Autoritat Catalana de la Competència

Marc REALP I CAMPALANS

Director General de la Autoritat Catalana de la Competència

Resumen

El principal objetivo de este artículo es el de formular propuestas de regulación que permitan al legislador hacer confluir los fines perseguidos por la regulación vigente en el ámbito del taxi/VTC con el máximo respeto a los principios de libertad de empresa y competencia.

Este trabajo parte por tanto de una tarea descriptiva de la regulación actual y de las negativas y extremas consecuencias que conlleva en términos de competencia y que reiteradamente ha manifestado la Autoritat Catalana de la Competència. En definitiva, se expone la necesidad social —en términos de competencia y por tanto de bienestar del consumidor— de buscar alternativas al marco regulatorio actual.

Con el fin de garantizar que las medidas alternativas propuestas se encuentren alineadas con los fines declarados por parte del regulador, el primer punto de esta tarea ha consistido en la exploración de los objetivos expresamente declarados por el legislador y, una vez determinados los mismos, se proponen alternativas regulatorias alineadas con dichos objetivos y que generarían una menor distorsión en términos de competencia.

De entre las medidas propuestas, destaca una delimitación más precisa de los trayectos que efectivamente pueden considerarse de interés general y, caso de ser deficitarios, optar por su subvención directa de forma que no exista justificación posible a una limitación de la competencia ni intra ni inter modal.

Abstract

The main objective of this article is to formulate regulatory proposals that allow the legislator to bring together the aims pursued by the regulation in force in the field of taxi / VTC with the utmost respect for the principles of freedom of enterprise and competition.

¹ Las consideraciones y comentarios de los autores recogidas en esta publicación son responsabilidad exclusiva de los mismos. No reflejan ni comprometen las posiciones presentes o futuras de la institución en la cual prestan servicios.

This work is therefore based on a descriptive task of the current regulation and the negative and extreme consequences that it entails in terms of competition and which the Catalan Autoritat de la Competència has repeatedly stated. In short, the social need—in terms of competition and therefore of consumer welfare—to seek alternatives to the current regulatory framework is exposed.

In order to ensure that the proposed alternative measures are aligned with the purposes declared by the regulator, the first point of this task has been the exploration of the objectives expressly stated by the legislator and, once determined, they propose regulatory alternatives aligned with these objectives and that would generate less distortion in terms of competition.

Among the proposed measures, a more precise delimitation of the paths that can effectively be considered of general interest stands out and, if they are deficient, opt for their direct subsidy so that there is no possible justification for a limitation of competition either intra or inter modal.

Palabras clave: Regulación | Liberalización | Costes de transición a la competencia | Servicios económicos de interés general | Evaluación del impacto competitivo de las normas | Transporte |

Keywords: Regulation | Liberalization | Stranded costs | Services of general economic interest | Competition assessment in regulatory Impact Analysis | Transport |

Es de rigurosa actualidad el llamado “conflicto del taxi” que enfrenta, por un lado, los taxistas y, por otro, las empresas y conductores de VTC.

Esta situación ha entrado de lleno en el debate público y, consecuentemente, han proliferado las opiniones en relación con la misma.

La presente contribución pretende aportar, entre el referido alud de manifestaciones, una visión distinta que englobe en sí misma un triple enfoque de índole jurídica, económica (de competencia) y de gestión pública.

Este triple enfoque se materializa en tres apartados claramente diferenciados. El primero, jurídico, presentando el marco normativo de referencia (centrado particularmente en *Catalunya*). El segundo, de valoración en términos de competencia de la incidencia en sentido material (económico) del marco normativo actual. El tercero y último bloque se corresponde con la visión de gestión pública; es decir, se analizan los objetivos de regulación del sector y los principales instrumentos para hacerlos efectivos. A la vista de dichos instrumentos, se plantean alternativas al objeto de alcanzar esos mismos objetivos.

I. PERSPECTIVA JURÍDICA: LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD TAXI/VTC EN CATALUNYA

A. Marco normativo de la actividad del Taxi

A nivel catalán, la actividad de taxi se encuentra esencialmente regulada por la Ley 19/2003, de 4 de julio, del taxi (en adelante, la “Ley del Taxi”)² así como en los reglamentos y ordenanzas locales.

Asimismo, la actividad de mediación vinculada con estos servicios también está regulada en Catalunya mediante el Decreto 314/2016, de 8 de noviembre, por el que se determinan las condiciones específicas de contratación y comercialización de servicios de taxi y el régimen jurídico de la actividad de mediación (en adelante, “Decreto 314/2016”). No obstante, el Decreto 314/2016 fue impugnado por parte de la CNMC.

B. Marco normativo de la actividad de VTC

El legislador catalán hasta hace relativamente poco tiempo se había mostrado menos proactivo en relación con la actividad de VTC. Así, aunque la *Generalitat de Catalunya* tiene atribuida en exclusiva la competencia sobre los transportes terrestres de viajeros que transcurran íntegramente por el territorio de Catalunya (artículo 169 del Estatuto de Autonomía de *Catalunya*), no ha sido hasta el año 2017 que ha producido normativa vinculada a esta actividad.

En concreto, se aprobó el Decreto Ley 5/2017, de 1 de agosto, de medidas urgentes para la ordenación de los servicios de transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas (en adelante, el “DL 5/2017”) que establece exigencias adicionales a las ya previstas en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, “LOTT”)³.

² «DOG» núm. 3926, de 16 de julio de 2003. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-15897-consolidado.pdf> «BOE» núm. 189, de 8 de agosto de 2003.

³ «BOE» núm. 182, de 31/07/1987. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-17803>

En consecuencia, dicha actividad normativa de ámbito autonómico no ha desplazado la normativa estatal en la materia, siendo por tanto de aplicación concurrente.

Asimismo, desde una óptica material, la regulación aplicable en territorio catalán es esencialmente coincidente con la regulación de aplicación al conjunto del Estado. Y es que el contenido del DL 5/2017 es muy similar al del Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias en el ROTT (en adelante, "RD 1076/2017")⁴.

Esta coincidencia material también se sustenta en la aplicación en territorio catalán tanto del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, "ROTT")⁵ como de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la cual se desarrolla la sección segunda del Capítulo IV del Título V, en materia de arrendamiento de vehículos en conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (en adelante, "Orden FOM/36/2008"). Ambas normas fueron modificadas en el año 2015 con la adopción del Real Decreto 1057/15 y la Orden FOM/2799/2015 si bien el Tribunal Supremo anuló — en base a la STS de 4 de junio de 2018⁶— los dos primeros párrafos del artículo 181.2 ROTT en la redacción dada por dicho RD 1057/15 y la disposición transitoria única del mismo. Cabe asimismo destacar que el Real Decreto Ley, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor⁷, imita el ámbito de actuación de los titulares de autorizaciones VTC a la realización de trayectos interurbanos.

Esta equivalencia regulatoria (Estado/Generalitat) en relación con la actividad puede cambiar en la medida que la Generalitat ha anunciado que está trabajando en una nueva normativa para el conjunto del sector (taxi y VTC)⁸.

Desde una óptica competencial, también son relevantes la Ley 12/1987, de 28 de mayo, de Regulación del Transporte de Viajeros por carretera mediante vehículos de motor (en adelante, "Ley transporte viajeros") y la Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona (en adelante, "Ley AMB"). Ambas han sido recientemente modificadas mediante la aprobación del Decreto Ley 4/2019 de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor (en adelante "DL 4/2019")⁹.

El referido DL 4/2019 no sólo ha incidido en las normativas indicadas sino que también ha establecido condiciones específicas al ejercicio de esta actividad especialmente relevantes como es la fijación de un tiempo mínimo de 15 minutos de prereserva, lo que conlleva la imposición de ineficiencias artificiales al ejercicio de la actividad VTC.

En un ámbito infraautonómico catalán también debe formar parte de la presente presentación normativa el Reglamento de ordenación de la actividad de transporte

⁴ «BOE» núm. 317, de 30 de diciembre de 2017, páginas 130798 a 130799. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-15847

⁵ «BOE» núm. 241, de 08/10/1990. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1990-24442>

⁶ <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/e8c657b6643b9299>

⁷ «BOE» núm. 236, de 29 de septiembre de 2018, páginas 93730 a 93737 (8 págs.) <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/09/28/13>

⁸ <https://participa.gencat.cat/processes/avlleitaxivtc>

⁹ «DOGC» núm. 7800, de 31 de enero de 2019, páginas 1 a 9. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOGC-f-2019-90273>; <https://www.boe.es/ccaa/dogc/2019/7800/f00001-00009.pdf>

urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente en el ámbito del Área Metropolitana de Barcelona (en adelante, “Reglamento AMB doble autorización”)¹⁰ y el Reglamento por el que se establecen las condiciones de explotación de las autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos con conductor de hasta nueve plazas (VTC), cuando prestan los servicios urbanos en el ámbito del Área Metropolitana de Barcelona (en adelante, “Reglamento AMB precontratación”)¹¹. El Reglamento AMB precontratación se encuentra en estos momentos suspendido cautelarmente y ha sido impugnado por parte de la ACCO¹².

II. VALORACIÓN DESDE UNA ÓPTICA DE COMPETENCIA

A. Limitación extrema en términos de competencia

Hace casi 7 años la *Autoritat Catalana de la Competència* publicó un primer documento en relación con este sector (Reflexiones procompetitivas sobre el modelo regulador del taxi y del arrendamiento de vehículos con conductor)¹³ donde ya se apuntaba la indebida restricción de la actividad de VTC con el fin de evitar las crecientes presiones competitivas que generaba al sector del taxi; presiones cada vez más intensas por la irrupción de las nuevas tecnologías que han posibilitado que el servicio VTC pueda ser prestado de forma casi inmediata (así, mientras el taxi tiene en exclusiva la contratación inmediata —ya sea a mano alzada o en parada— los VTC han podido ofrecer una contratación semi inmediata a través de la contratación a través de dispositivos móviles junto con una red extensa de vehículos a disposición de los potenciales usuarios).

Esta creciente competencia, ha desencadenado múltiples reacciones regulatorias a las que la ACCO ha reaccionado sistemáticamente.

En el año 2016 se emitió informe relativo al Decreto 314/2016 (relativo a la contratación y comercialización de servicios de taxi)¹⁴.

Más recientemente, la ACCO no sólo informó¹⁵, sino que también impugnó el “Reglamento AMB doble autorización” al considerar que su objetivo era el de limitar la competencia e incluso expulsar del mercado operadores de VTC que ya estaban operando en el ámbito de la Área Metropolitana de Barcelona.

Asimismo, a la vista del creciente interés suscitado en relación con este sector de actividad, la ACCO confeccionó y publicó un nuevo estudio: “*Estudio sobre el sector del transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas: el taxi y los vehículos de alquiler con conductor*”¹⁶.

Por último, las recientes actuaciones de la ACCO en este ámbito han consistido en

¹⁰ Aprobado en sesión de 26 de junio de 2018. https://bop.diba.cat/_scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2018&07/022018014131.pdf&1

¹¹ Aprobado en sesión de 21 de mayo de 2019. <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2019&06/022019010274.pdf&1>

¹² http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20190715_NdP_la_04_2019_D_EF.pdf

¹³ http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/reflexiones_taxi_vtc_esp.pdf

¹⁴ Informe 26/2016 http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/IR-26-2016-Descret-serveis-mediacio-taxi-CAST.pdf; Nota de prensa: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20161214-NdP-IR-26-2016-CAT-ESP.pdf

¹⁵ Informe 32/2017 – Regulación Metropolitana VTC http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20180321_IR_32-2017_esp.pdf; Nota de prensa: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20180322-NdP-def-IR-32-2017.pdf

¹⁶ http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20180628_estudi_taxi_veh_lloguer_esp.pdf Video: <https://www.youtube.com/watch?v=9TTiy7MaUfg>

múltiples posicionamientos públicos relativos a la imposición de un plazo mínimo de prerreserva en relación con el inicio de la actividad de los servicios de VTC. En particular, se hizo pública una primera nota de prensa a principios de 2019¹⁷ y, escasos diez días después, una segunda comunicación pública¹⁸, ambas vinculadas al DL 4/2019, el cual fue también posteriormente objeto de un informe de regulación¹⁹. También ha informado negativamente²⁰ la aprobación inicial del Reglamento AMB que fijaba un plazo mínimo de precontratación del servicio VTC de 60 minutos.

Es una constante en todos estos trabajos el destacar que la regulación del taxi limita de forma extrema la competencia en la medida que establece barreras insalvables a la entrada (*numerus clausus*) e importantes limitaciones al ejercicio de la actividad (regulación de tarifas) y regulación de horarios (turnos). Asimismo, tal y como se ha señalado anteriormente, esta voluntad de precisamente limitar la competencia de esta actividad incluso ha conducido al legislador a evitar no solo competencia interna dentro del sector del taxi —intra modalidad del servicio— (límite de operadores y precios y turnos regulados) sino también la externa —inter modalidades de servicio— en relación con la actividad VTC (a través de la diferenciación artificial entre ambos servicios). En definitiva, el legislador ha introducido cargas muy significativas y de difícil/imposible justificación (si no fuera por el objetivo precisamente de limitar la competencia) y diferenciaciones artificiales en relación con actividades que son, de la óptica de los potenciales usuarios del servicio, equivalentes (nuevamente con el fin de obstaculizar la competencia intra modalidad).

A la vista de este importante impacto negativo en términos de competencia, **la ACCO** —así como el conjunto de autoridades de competencia— **ha recomendado persistentemente la reformulación de la normativa del sector del taxi y VTC con el fin de poder incrementar el grado de competencia en esta actividad. Estas recomendaciones se pueden resumir en el establecimiento de una regulación homogénea en relación con actividades esencialmente equivalentes (taxi/VTC), la eliminación del *numerus clausus* u la liberalización de tarifas y turnos.**

B. Opción de modelo regulatorio

No obstante lo anterior, el propio **Tribunal Supremo**²¹ **concluyó de forma clara que no se podía compeler al legislador a optar por un modelo más respetuoso con la libre competencia, sino que era decisión del propio legislador** escoger una opción regulatoria donde impere la libre competencia u otro donde impere un mayor control público sobre la actividad que pivota sobre la consideración que se trata de una actividad privada de interés general.

«El sector del taxi, responsabilidad de las administraciones autonómicas y locales, aunque en sentido técnico jurídico no es un servicio público, siempre se ha considerado un servicio de interés general, sometido a una intensa reglamentación (que incluye la regulación tarifaria y una contingentación del número de licencias)»

¹⁷ http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/nota-premsa-VTC.pdf

¹⁸ http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20190121-NdP-VTC-TAXI.pdf

¹⁹ Informe 38/2019 http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20190206_ir_38_esp.pdf

También es especialmente interesante el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de 22 de febrero de 2019 (en catalán) <https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20190415134740-1.pdf>

²⁰ http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20190417_IR-39-2019-Reglament-AMB-serveys-urbans-VTC_DEF_CAST.pdf

²¹ STS de 4 de junio de 2018.

para garantizar su calidad y seguridad, con exigencias que convierten su prestación en más onerosa. Si se mantiene dicha concepción del servicio del taxi —lo que, en gran medida, es una opción que corresponde a las comunidades autónomas y a los ayuntamientos—, deberán imponerse determinadas limitaciones al servicio de VTC, dado que, de lo contrario, este servicio acabaría encargándose de la mayoría de los servicios más rentables puesto que se ofrecen en condiciones menos onerosas que los taxistas. De este modo, el conjunto de limitaciones tiene por objeto permitir una competencia equilibrada entre ambas modalidades de transporte urbano y hacer posible el mantenimiento del servicio del taxi en su concepción tradicional, y que se mantiene en la actualidad como un servicio de interés general». «El mantenimiento de un servicio de transporte urbano de este tipo es un objetivo legítimo de los poderes públicos, y asegurarlo puede considerarse una razón imperiosa de interés general que justifica medidas reguladoras respecto a los servicios análogos en el mismo segmento del mercado, aunque dichas medidas afecten a la competencia y al derecho de establecimiento, siempre y cuando las medidas adoptadas sean necesarias y proporcionadas» (FJ Sexto).

Si bien este pronunciamiento del Tribunal Supremo no exige que las decisiones públicas estén en todo caso orientadas a conseguir el máximo interés general y nunca un interés particular o parcial. Asimismo, des de una perspectiva más técnica, las medidas regulatorias que eventualmente se propongan deberían fundamentarse, en la medida de lo posible, en análisis objetivos.

III. PROPUESTA DE MECANISMOS ALTERNATIVOS MÁS PROCOMPETITIVOS QUE PERMITEN ALCANZAR LOS MISMOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL LEGISLADOR

Es precisamente en atención a que el propio Tribunal Supremo ha determinado que estamos ante una decisión sobre el modelo de regulación de la actividad que se ha considerado oportuno analizar cuáles han sido los principales objetivos perseguidos por el regulador con el fin de explorar mecanismos alternativos que, aun manteniendo su eficacia respecto dichos objetivos, generan una menor distorsión en términos de competencia.

A. Objetivos de la regulación

a. Objetivos de la regulación de la actividad de taxi

La Ley del Taxi establece en su preámbulo que el taxi es una "actividad privada reglamentada que complementa las prestaciones propias del transporte colectivo", y que su regulación responde a los siguientes principios (recogidos en su artículo 3):

- (i) la intervención administrativa, fundamentada en la necesaria garantía de interés público para la consecución de un nivel óptimo de calidad en la prestación del servicio;*
- (ii) el equilibrio económico de la actividad y la suficiencia del servicio, que se concreta en la limitación del número de autorizaciones de la actividad y el establecimiento de tarifas obligatorias;*
- (iii) la universalidad, la accesibilidad y el respeto de los derechos de los usuarios.*

b. Objetivos de la regulación de la actividad de VTC

En el ROTT se encuentra expresamente la voluntad del legislador de diferenciar la actividad de arrendamiento con conductor de la de los servicios de taxi: *"Dentro de la actividad de arrendamiento con conductor se encuadra fundamentalmente la actividad que legalmente venían realizando los vehículos provistos de licencia municipal de la clase C, llamados especiales o de abono, estableciéndose en relación con la misma las reglas precisas para perfilar con nitidez la actividad, realizando su necesaria distinción de los servicios de taxis"*.

El DL 5/2017 incide en cambio en el equilibrio entre la actividad de taxi y VTC. En concreto, en su preámbulo expone que dicha intervención regulatoria persigue: *"incidir en la ordenación de estos servicios de transporte de viajeros, de modo que queden garantizados, especialmente los derechos de los usuarios pero también un correcto desarrollo de la movilidad con estos tipos de vehículos, y, en general, la seguridad jurídica del entorno en el cual se prestan los Servicios"*. Es decir, plantea un triple objetivo:

- (i) *Derechos de los usuarios.*
- (ii) *Correcto desarrollo de la movilidad.*
- (iii) *Seguridad jurídica.*

En cambio, el preámbulo de la Orden FOM/36/2008 es especialmente sucinto y únicamente hace referencia a garantizar una prestación de los servicios *"con vehículos más modernos y de mayor calidad, y, por otra, la simplificación de la tramitación en el otorgamiento de las preceptivas autorizaciones, así como una mejora de la gestión empresarial"*.

Más recientemente, se aprobó el Reglamento AMB doble autorización. En su preámbulo, se expone que se trata de una *"actividad de las definidas por el artículo 238.1 de la LMRLS como de interés general ejercida por particulares"* y se pone de relieve la creciente semejanza entre los servicios de taxi y VTC *"Los estudios e informes aportados por los servicios del AMB han puesto de manifiesto la evolución de la configuración de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor como modalidad de transporte discrecional de viajeros, que han pasado de los llamados «transportes de lujo» —basados en las características de los vehículos adscritos en las autorizaciones y en los servicios especiales para los que se contrataban — a los servicios ordinarios de transporte con conductor de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas"* hasta señalar que *"se ha convertido en un medio más de transporte de vehículo de alquiler con conductor, en una clara y evidente coincidencia con los servicios tradicionalmente prestados por el taxi, y únicamente diferenciados por la contratación previa, las características del vehículo y la modalidad de cobro sin taxímetro"*.

Más particularmente en relación con los objetivos perseguidos, el referido reglamento singulariza dos conceptos, cuales son la sostenibilidad ambiental y económica: *"Las políticas públicas en el ámbito de la movilidad y el transporte se fundamentan en la búsqueda de la sostenibilidad ambiental y económica"*.

El Govern de la Generalitat de Catalunya ha aprobado a principios de 2019 el DL 4/2019 que persigue, según consta en su preámbulo, un doble objetivo: garantizar el cumplimiento conforme los vehículos VTC no circulan sin pasaje y el conseguir garantizar los derechos de los usuarios otorgándoles un plazo de desistimiento:

"En la medida que el apartado 1 del artículo 182 [ROTT] citado impone que, cuando los vehículos están ocupados por personas ajenas a la empresa titular de la autorización, sólo pueden circular si se justifica que están prestando un servicio"

previamente contratado, que el contrato de arrendamiento ha de estar previamente cumplimentado al inicio de la prestación del servicio contratado y que no pueden en ningún caso circular por las vías públicas en busca de clientes ni propiciar la captación de clientes permaneciendo estacionados, es necesario establecer circunstancias objetivas para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones citadas y, a la vez, proteger los derechos de las personas usuarias del servicio. Por esta razón, el Decreto ley considera que ha de transcurrir un plazo mínimo de 15 minutos entre la contratación y la prestación efectiva del Servicio".

"Y lo hace con una doble condición: en primer término, de protección de los usuarios, que han de poder tener identificado un tiempo mínimo para poder tomar una decisión sobre el servicio que han precontratado pero que no se les ha llegado a prestar todavía, como sucede en cualquier ámbito en el que se contratan servicios. Y, en segundo término, porque es necesario que la Administración vele por su cumplimiento y disponga al efecto de elementos objetivables que garanticen el control efectivo de estas condiciones de prestación de los servicios, en los términos que recoge, una vez más, la disposición adicional del Real decreto ley 13/2018, en su apartado b)".

No obstante, en la presente tarea de identificación de los objetivos perseguidos con la regulación, también es particularmente interesante analizar consideraciones públicas realizadas en los momentos coetáneos a la toma de decisión regulatoria. En este sentido, resulta particularmente relevante atender al posicionamiento de la AMB de 18 de enero de 2019²² en el que se explicita que se persigue evitar una competencia indeseada entre taxis y VTC. Ante estos hechos, la AMB manifiesta que:

"3. La propuesta de establecer un plazo de precontratación de sólo 15 minutos se considera absolutamente insuficiente, imposible de controlar y desvirtúa el concepto y la finalidad de la precontratación, y a la práctica lleva a la confusión y competencia inadecuada con el Servicio del Taxi.

4. La AMB considera que el Govern de la Generalitat debería replantear este plazo de precontratación y fijar uno más amplio, proporcional y ajustado a las características propias de los VTC y que evite cualquier confusión o competencia indebida con el Servicio del Taxi."

Davant d'aquests fets, l'AMB manifesta que:

1. Els serveis del Taxi i dels VTC són serveis diferenciats per les seves funcions i per les condicions en què han de donar servei.
2. L'establiment d'un termini de temps suficient per a la precontractació és un dels aspectes essencials que caracteritzen la prestació del servei dels VTC i que el diferencien del servei del Taxi, juntament amb altres aspectes definits legalment com la forma i les condicions de la sol·licitud dels seus serveis, captació de clients, recorreguts mínims i màxims, dies i horaris obligatoris de servei i especificacions tècniques.
3. La proposta d'establir un termini de precontractació de sols 15 minuts es considera absolutament insuficient, impossible de controlar i desvirtua el concepte i la finalitat de la precontractació, i a la pràctica porta a la confusió i competència amb el servei del Taxi, cosa que precisament és el que es tracta d'evitar.
4. L'AMB considera que el govern de la Generalitat s'hauria de replantejar aquest termini de precontractació i fixar-ne un de més ampli, proporcional i ajustat a les característiques pròpies dels VTC i que eviti qualsevol confusió o competència inadeguada amb el servei del Taxi.
5. L'AMB presentarà la seva proposta de reglament de la prestació del servei de VTC en l'àmbit metropolità, una vegada finalitzi el termini de consulta i participació prèvia que s'ha obert, sobre la base de les seves pròpies competències i de les que resultin del decret llei anunciat avui pel conseller de Territori i Sostenibilitat.
6. En aquest reglament l'AMB inclourà el mateix termini de precontractació que finalment es recull en el decret llei de la Generalitat i no cap altre, per evitar qualsevol nova impugnació que en pogués comportar la suspensió judicial.
7. L'AMB considera impropri que si el Govern de la Generalitat dona a entendre que és possible un termini de precontractació més ampli, no vulgui cobrir-lo amb la major seguretat jurídica que dona una llei, i en canvi vulgui traspasar al responsabilitat a l'AMB quan és prou sabut que seria molt més atacable.

²² <http://www.amb.cat/s/web/amb/actualitat/sala-de-premsa/notes-de-premsa/detall/-/notaprensa/posicionament-de-l-amb-davant-la-proposta-del-conseller-de-territori-i/7357384/11696.html>

El reglamento aprobado todavía más recientemente por parte también de la AMB (Reglamento AMB precontratación) determina que también son objetivos de la regulación aspectos como: *“la calidad del aire al medio urbano, en la congestión y seguridad vial y en la correspondiente utilización del dominio público viario”*.

Por último, en términos del Tribunal Supremo²³

*“El servicio de taxis está concebido en la actualidad como una modalidad de transporte urbano mediante vehículos de turismo que constituye un servicio de interés público y respecto al que las administraciones responsables tratan de garantizar unos determinados niveles de **calidad, seguridad y accesibilidad**.”*

En definitiva, del análisis de la regulación del sector del taxi/VTC se puede deducir que sus **objetivos materiales principales** consisten en garantizar la **accesibilidad** (en todas sus dimensiones: esencialmente, oferta suficiente y precios asequibles), la **calidad** y **evitar problemas de congestión y contaminación**. Es decir, tienen relación con los dos aspectos esenciales del servicio (poder acceder al mismo y la calidad) y con las dos principales externalidades negativas derivadas de la propia actividad (congestión y contaminación). Estos objetivos también pueden categorizarse como: 1) Acceso, 2) Calidad, 3) Externalidades.

Asimismo, también resulta destacable la preocupación por la seguridad jurídica en el sentido de no introducir modificaciones que alteren bruscamente el *status quo*.

B. Instrumentos regulatorios específicos

Con el fin de sugerir instrumentos alternativos a los utilizados hasta el momento por el legislador, resulta esencial no sólo realizar un trabajo de apreciación y determinación de los objetivos perseguidos sino también los instrumentos efectivamente empleados a tales fines.

Estos mecanismos que caracterizan el modelo de prestación del servicio de taxi son principalmente los siguientes:

- Limitación cuantitativa en el número de licencias (*numerus clausus*). Art. 48.3 LOTT y artículo 6 Ley del Taxi.
- Doble licencia. Artículo 7 Reglamento AMB doble autorización (impugnado y suspendido)²⁴.
- Prohibición de denegación injustificada del servicio. Artículo 25 y 40 d) Ley del Taxi.
- Establecimiento de un régimen tarifario. Artículo 3 b) y 31 de la Ley del Taxi.
- Exigencias de calidad. Artículo 24.1 c) y d) de la Ley del Taxi²⁵.

²³ Sentencia de 4 de Junio de 2018.

²⁴ Auto de 19 de julio de 2018 TSJC.

²⁵ También es relevante Reglamento Metropolitano del Taxi. Por ejemplo, establece un límite de antigüedad del vehículo no superior a los 10 años (art. 27.6).

https://docs.amb.cat/alfresco/api/-default-/public/alfresco/versions/1/nodes/5f804af7-ff76-4b3e-b0e2-1f946e634bdd/content/Reglamento%20versi%C3%B3n%20cast_31.05.2019.pdf?attachment=false&mimeType=application/pdf&sizeInBytes=1557874

- Determinación de turnos en el ejercicio de la actividad. Artículo 24.1 b) Ley del Taxi²⁶.
- Compartimentación geográfica. Artículo 22 Ley del taxi²⁷.
- Diferenciación respecto la actividad VTC: Instauración de un período de precontratación para la realización de la actividad VTC. Artículo 4.2 DL 4/2019.

C. Mecanismos alternativos de intervención en el mercado

La intervención que constituye la implantación conjuntamente de los mecanismos indicados no sólo es altamente restrictiva de la competencia sino que es especialmente limitadora de la innovación.

En consecuencia, se considera imprescindible realizar una tarea consistente en, preservando los objetivos declarados por la propia normativa, la revisión de dichos mecanismos de tal forma que se consigue un mayor grado de competencia y un mejor aprovechamiento de los beneficios inherentes a las innovaciones de base tecnológica.

Este subapartado por tanto se estructura a partir de los 3 grandes objetivos predefinidos por el propio legislador: 1) Acceso, 2) Calidad, 3) Externalidades.

a. La accesibilidad al servicio

Es lógico que esta sea la primera preocupación del legislador. Y es que se puede deducir con cierta claridad que el legislador, a partir de considerar que se trata de un servicio de interés general, considera que resulta imprescindible garantizar que los ciudadanos puedan acceder a él (esencialmente que exista una oferta mínima de servicio a un precio asequible).

En otros términos, el legislador concibe el servicio de taxi como un servicio de transporte complementario al de otros medios de transporte como podrían ser metro u autobús.

No obstante, se considera que el servicio de taxi —precisamente en tanto que servicio complementario— no puede ser considerado en términos globales de esencial. Es decir, la noción de servicio de interés general tiene una intensidad distinta en función de lo esencial que puede resultar para los ciudadanos. Así, para un ciudadano enfermo puede resultar esencial poder utilizar este medio de transporte. Similarmente, puede resultar esencial este servicio en zonas con déficit de servicios de transporte público o en un horario donde hay escasez de dichos servicios.

En consecuencia, y respetando escrupulosamente la consideración del legislador de que el servicio de taxi es un servicio de interés general únicamente se sugiere la oportunidad de ser más preciso a la hora de atribuirle esta condición²⁸.

En particular, se trata de una aplicación concreta de las características propias de una regulación moderna: la parametrización en base a distintas dimensiones (personal, geográfica y temporal)²⁹.

²⁶ También es relevante Reglamento Metropolitano del Taxi (art. 37.1).

https://docs.amb.cat/alfresco/api/-default-/public/alfresco/versions/1/nodes/5f804af7-ff76-4b3e-b0e2-1f946e634bdd/content/Reglamento%20versi%C3%B3n%20cast_31.05.2019.pdf?attachment=false&mimeType=application/pdf&sizeInBytes=1557874

²⁷ Únicamente es posible iniciar Servicios interurbanos en el término municipal para el cual se ha expedido la licencia urbana o en el municipio donde se ha expedido la autorización interurbana.

²⁸ "La necessària delimitació del taxi com a servei d'interès públic". Marc Realp. Mayo 2019. https://www.viaempresa.cat/opinio/marc-realp-delimitacio-taxi-servei-interes-public_1928577_102.html?utm_source=Twitter

Asimismo, también es relevante que, una vez delimitados los trayectos que merecen esta condición, compensarlos de forma directa y no de forma cruzada; es decir, que la administración al considerar que son trayectos de prestación obligatoria y a un determinado precio máximo, subvencione directamente al operador económico que haya llevado a cabo la prestación específica y no a través de garantizarle un determinado beneficio en el global de su actividad a través, entre otros elementos, de limitar la competencia.

En otros términos, el modelo actual configura una especie de subvención cruzada de manera que la administración obliga los taxistas a prestar el servicio de una determinada manera, pero les compensa a través de una restricción a la competencia que hace que los propios usuarios del servicio paguen un importante sobreprecio³⁰ (lo que incluso parece contravenir la pretendida noción de accesibilidad defendida).

Ambos aspectos, delimitación de los trayectos de interés general y compensación —si es el caso— de forma directa, hace devenir innecesario el garantizar un “equilibrio” de la actividad que permita asegurar un determinado nivel de ingresos a los operadores de este sector económico.

En definitiva, la administración pública debería intentar en primer lugar obtener los datos con el fin de diseñar de forma precisa y adecuada (moderna) una verdadera regulación sobre los trayectos individuales que puedan revestir un interés general. Y, caso que los mismos sean deficitarios, compensarlos de forma directa; lo que eliminaría cualquier posible justificación a la limitación de la competencia inter (en el propio sector del taxi) e intramodal (entre taxis y VTC).

b. La calidad

En la medida que a partir de la propuesta anterior (delimitación de la noción de trayectos de interés general y subvención directa) queda claramente definido el ámbito/trayectos que puede ser considerado de interés general, el resto de la actividad puede ser concebida como una actividad puramente privada.

En otros términos, es posible que el legislador en su momento concibiera el sector del taxi como una modalidad más de transporte a ofrecer a sus ciudadanos; como el metro, autobuses, etc. Y, en tanto la administración fija los elementos esenciales de esas modalidades de transporte —precio y calidad— en tanto servicio público (ya sea de prestación directa o indirecta), probablemente optó por una regulación similar en relación con la actividad de taxi (si bien no se trata de un servicio público sino un servicio de interés general).

La delimitación que aquí se plantea de atribuir la noción de interés general sólo a unos determinados trayectos, implica sustraer esta noción de interés general del conjunto de la actividad con lo que queda sin sentido el que la administración pública incida, por lo menos en la intensidad que lo ha venido haciendo, en la calidad de un servicio de naturaleza puramente privada.

²⁹ “The need for a modern regulation: from dimension blindness to an all dimension awareness (time, space) and from objective to subjective” Xavier Puig. Mayo 2018.

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20180622-Modern-Regulation-Xavier-Puig-2nd-submission.pdf

³⁰ Estimaciones conservadoras de la propia ACCO sitúan este sobreprecio alrededor de un 14% por carrera. Ver página 50 del “Estudio sobre el sector del transporte de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas: el taxi y los vehículos de alquiler con conductor”.

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20180628_estudi_taxi_veh_lloguer_e_sp.pdf

A menudo, el mantenimiento de un determinado nivel de calidad ha sido esgrimido como uno de los factores justificativos de la limitación a la competencia. En relación a esta cuestión hay que realizar dos manifestaciones muy concretas: La primera es que, tal y como se ha expuesto, en la medida que se trata de un servicio privado la administración no debería “fijar” un estándar homogéneo de calidad que limite indebidamente la diferenciación entre los propios operadores privados. La segunda, que hay que remarcar que la competencia va asociada a un incremento de la calidad siempre y cuando se trate de factores percibidos y deseados por los usuarios.

Ello por tanto no implica la completa desregulación del sector (ya que la regulación resulta imprescindible ante la existencia de fallos de mercados como puede ser la existencia de asimetrías informativas). En consecuencia, pueden estar justificadas regulaciones relativas a asegurar por ejemplo la seguridad de los vehículos así como la verificación de antecedentes penales de los conductores, seguro obligatorio, etc. siempre que dichas medidas sean proporcionadas a las finalidades perseguidas y no sean utilizadas para generar barreras artificiales al acceso al desarrollo de la actividad.

Asimismo, la regulación de tarifas deviene innecesaria, por lo menos en relación con la prereserva³¹, y es que la contratación previa a distancia permite al usuario comparar precios (desapareciendo así la asimetría informativa que podría justificar este tipo de regulación). Por lo tanto, y en atención a que tampoco es necesario mantener la intervención en precios que garantice un determinado nivel de ingresos, parece aconsejable desregular este aspecto.

Nuevamente, si ya se impone una regulación que garantice un mínimo de calidad en aquellos aspectos “ocultos”, no se producirá una llamada “race to the bottom” que eventualmente llegue a suponer un estándar de calidad inasumible socialmente. Igualmente, la liberalización de los precios permitirá la eliminación del principal aspecto regulatorio diferenciador entre la actividad de taxi y VTC.

En consecuencia, y con las salvedades ya expuestas en términos de necesidades regulatorias persistentes, resultará clave en un entorno caracterizado probablemente por plataformas digitales el garantizar la competencia ante las externalidades de red positivas que experimentan y que pueden conducir a una estructura de mercado especialmente concentrada³² ya que una estructura especialmente concentrada siempre genera un mayor nivel de riesgos de abuso —también en términos de calidad del servicio—.

En este sentido, las autoridades de competencia deberán trabajar para conseguir mantener unas características que hagan posible la expugnabilidad del mercado y, por ende, garantizar la competencia en una noción dinámica.

Estas medidas podrían consistir en:

La obligación de datos abiertos (y open APIs) con el fin de facilitar la entrada de nuevos prestadores de servicios y de servicios de comparación entre los operadores ya presentes en el mercado. La existencia de un comparador que aglutine todos los proveedores de servicios hace en cierta medida accesible los efectos de red al conjunto de operadores del mercado. En otros términos, socializa esta ventaja.

³¹ En relación con las otras modalidades de contratación podría ser adecuada la fijación de un régimen de tarifas máximas permitiendo compatibilizar la posibilidad de competir en precios con una “cierta previsibilidad” por parte de los usuarios.

³² Resulta especialmente interesante el documento “*Competition policy for the digital era*” en relación con los retos que la era digital plantea en términos de competencia y como deberían / podrían ser afrontados. <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

La prohibición en el establecimiento de cláusulas de exclusividad entre un determinado conductor y una plataforma. Se debe garantizar el "multihoming". Por ejemplo, un conductor debe poder "llevarse" su reputación adquirida en el marco de los servicios prestados a través de una determinada plataforma a otra plataforma.

c. Las externalidades

A la vista de que ya no es imprescindible garantizar de forma singular el nivel de vida de los operadores en este sector de actividad, el nivel de dicha actividad únicamente debería ser regulado en caso que genere fallos de mercado como externalidades negativas.

No obstante, la limitación de una determinada actividad debería ser siempre el último de los mecanismos a activar por parte de la administración pública ya que no sólo limita la competencia sino la propia libertad de empresa de los ciudadanos.

En esta línea se considera oportuno en primer lugar analizar una a una las externalidades negativas derivadas de esta actividad. Este análisis individualizado permite valorar posibles alternativas a la propia limitación de la actividad que den una respuesta igualmente eficaz a los referidos efectos indeseados.

Principalmente, la actividad genera dos efectos indeseados (ambos apuntados por el propio legislador): contaminación y congestión.

Contaminación

En relación con la contaminación existe la posibilidad de corregirlo mediante la imposición de la obligación que todos los vehículos destinados a esta actividad sean vehículos no contaminantes.

En consecuencia, resulta innecesaria limitar la actividad en base a esta preocupación.

Congestión del tráfico

La congestión es ciertamente un elemento indisociable de la prestación de actividades que inciden en la movilidad de los ciudadanos.

No obstante, la primera medida a plantear debería perseguir como hacer posible disminuir la externalidad (grado de congestión) sin modificar el nivel de actividad. Existen en este sentido distintas posibilidades que pueden implementarse de forma cumulativa.

Una posibilidad es la de permitir los servicios compartidos de tal forma que, dado un número determinado de servicios el grado de congestión sería menor.

En esta misma línea, se debería incentivar el uso más eficiente posible del espacio público. Los incentivos podrían consistir en imponer un gravamen por km transitado³³ y un recargo por transitar sin pasaje³⁴.

³³ Se debería valorar la conveniencia que alguna esta tasa también fuera impuesta al vehículo privado en la medida que es cocausante de las eventuales situaciones de congestión.

³⁴ Esta circunstancia podría ser apreciable a partir de la instalación de sensores en los asientos de los vehículos.

En un entorno de flexibilización del *numerus clausus*, otra forma de incentivar el uso eficiente del espacio público podría consistir en dar preferencia en la asignación de nuevas licencias a aquellos operadores que demuestren ser más eficientes en la gestión de su actividad en términos de congestión.

No obstante lo anterior, el conjunto de estas medidas son únicamente paliativas de la externalidad, pero no la eliminan. Ello conlleva que pueda no ser descartable desde un punto de vista de gestión del territorio (limitado por definición), la necesidad de imponer también algún tipo de límite al nivel de actividad, ya sea indirecto (a través de la imposición de gravámenes) o directo, estableciendo determinados umbrales de actividad.

En términos de competencia, ante estas dos posibilidades —límite directo o indirecto— y aun siendo ambas restrictivas, siempre es preferible un límite indirecto, pues es eventualmente superable por los operadores económicos. Es decir, si para un operador es especialmente relevante poder operar en un determinado momento siempre puede abonar el gravamen; en cambio, si se impone una restricción absoluta a dicha actividad, es inviable la realización de la misma. No obstante, cabe reconocer que si bien la imposición de gravámenes es una solución que puede considerarse “de mercado”, la misma no está exenta de crítica en tanto que puede generar una selección de los operadores que efectivamente pueden abonar dicho gravamen (quizá trayectos lujosos) en detrimento de otros operadores (aquellos más especializados en servicios menos lujosos).

En cualquier caso, dichas actuaciones restrictivas de la actividad deberían ser estrictamente empleadas como “ultima ratio” y, por tanto, únicamente entrar en funcionamiento de forma dinámica y puntual cuando la situación alcance unos niveles que la hagan efectivamente imprescindible. Esto es, que se respete escrupulosamente el principio de mínima distorsión.

Para hacer posible esta regulación inteligente (dinámica) resulta imprescindible imponer la obligación de que todos los vehículos que desarrollen esta actividad vayan equipados con un dispositivo GPS que transmita su posición a tiempo real.

D. Implementación de los cambios

El regulador también citó un aspecto especialmente relevante desde la doble perspectiva económica/jurídica: la seguridad jurídica.

No obstante, la seguridad jurídica —tal y como han reiterado en innumerables ocasiones los tribunales— no debe implicar la petrificación del acervo normativo, de manera que esta apreciación no debe impedir el cambio de modelo sugerido si bien, debe tomarse en consideración en cómo se implementan estos cambios.

Así, se sugiere la introducción de cambios de forma gradual y, por tanto, se proceda a una paulatina flexibilización del criterio de “numerus clausus”, en lugar de proceder a un cambio brusco de la regulación. Este proceder más pausado permite también una adaptación progresiva de las expectativas de los operadores.

Asimismo, se considera oportuno estudiar la posibilidad de establecer mecanismos compensatorios que puedan facilitar la transición a un entorno de mayor competencia (desde un punto de vista agregado, las pérdidas de bienestar que genera el actual modelo son, de bien seguro, superiores al coste de facilitar la transición a otro modelo regulatorio). En concreto, esta indemnización responde a la posibilidad de que los actuales operadores que ofertan estos servicios no hayan compensado totalmente

inversiones realizadas que pueden, en cierto modo, considerarse inducidas por parte de la administración (en la medida que la adquisición de licencias por operar viene caracterizada por el esquema de “numerus clausus” establecido por parte de la administración).

La ACCO ya hizo referencia hace 3 años³⁵ a esta posibilidad excepcional e incluso se indicó los factores que se podrían tomar en consideración a efectos de determinar la cuantía de esta eventual compensación.

En definitiva pues, el mecanismo de compensación podría ser el resultado de tomar en consideración: (i) inversiones realizadas necesarias para acceder al mercado según la normativa vigente; (ii) el momento en que se realizaron las inversiones; (iii) el momento en que se produce la modificación regulatoria; (iv) intensidad del cambio y (v) factor relativo a la recuperación de la inversión (ajustable a cada mercado y deberá tomar en consideración la existencia de beneficios extraordinarios por haber operado en mercados restringidos a la competencia).

La relación con la compensación respecto a cada uno de los factores sería la siguiente:

- (i) Inversiones realizadas. Cuanto más alto sea este valor, mayor sería la compensación.
- (ii) y (iii) Diferencia entre el momento de la inversión y el momento del cambio normativo. Cuanto más amplia sea esta diferencia, menor deberá ser la compensación.
- (iv) Intensidad del cambio. Cuanto más intensa sea la reducción de la carga, mayor deberá ser la compensación.
- (v) Factor de recuperación de la inversión por haber operado en un mercado con restricciones a la competencia. Cuanto más alto sea este valor, menor deberá ser la compensación.

Resulta especialmente destacable que este mecanismo proporcionaría los **incentivos adecuados al legislador para profundizar con la valoración de la necesidad y proporcionalidad de los requisitos que se exigen para operar y, al mismo tiempo, tratar de garantizar la máxima seguridad jurídica a los operadores a lo largo del tiempo.**



IV. CONCLUSIONES

En definitiva, la actual regulación de la actividad de taxis y VTC es especialmente limitante en términos de competencia.

Se constata que existe la voluntad de configurar esta actividad como una actividad de interés general, opción que se encuentra dentro de las posibilidades por las que la administración puede optar tal y como así lo ha reconocido el Tribunal Supremo.

³⁵ Páginas 34, 35 y 36. Transacciones entre iguales (p2p). Un paso adelante. Mayo 2016.

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf; vídeo: <https://www.youtube.com/watch?v=kXTOE31PWbc>

Analizados los objetivos declarados por el propio legislador, pueden subsumirse en tres grandes categorías: 1) Accesibilidad, 2) Calidad y 3) Gestión de las externalidades negativas.

Se propone un cambio de modelo en el sentido de delimitar exactamente los trayectos a partir de una triple dimensión (personal, temporal y geográfica) que efectivamente merecen la consideración de trayectos de interés general y, caso de ser deficitarios, se subvencionen directamente.

En consecuencia, deja de ser necesario garantizar un determinado nivel de vida específicamente a los oferentes de esta actividad y por tanto se puede ampliar el grado de competencia. Esta circunstancia conlleva la eliminación del "numerus clausus" o, por lo menos, flexibilizarlo (así como eliminar las medidas artificiales que introducen ineficiencias a los VTC tales como la fijación de un plazo mínimo de prereserva) y resulta factible liberalizar las tarifas (por lo menos en relación con la prereserva).

Estos cambios permiten asimismo que se equipare la regulación de taxi y VTC y por tanto redefine un marco en que ambos servicios (esencialmente equivalentes) puedan competir en igualdad de condiciones.

Es de destacar que la competencia permite eventualmente generar de por sí unos estándares de calidad equivalentes a los que los usuarios demandan. No obstante, en relación con aquellos elementos de difícil apreciación/verificación por los usuarios, su regulación resulta necesaria (calidad del vehículo, antecedentes del conductor, seguros etc...).

Asimismo, no sólo se considera necesaria la regulación de determinados aspectos de esta actividad sino que también, en atención a las externalidades negativas que genera, singularmente en ocupación del dominio público, puede ser adecuado establecer mecanismos (por ejemplo tasas) que dinámicamente contribuyan a regular su intensidad.

En cualquier caso y siendo que con el cambio de modelo propuesto la competencia deviene nuevamente un factor de especial relevancia, se sugiere el establecimiento de medidas (datos abiertos y la prohibición de cláusulas de exclusividad) con el fin de prevenir que en un entorno abierto se produzca una elevada concentración en el mercado que pueda en el futuro perjudicar a los usuarios.

Por último, también se plantea un mecanismo compensatorio que facilite el cambio de modelo descrito a partir de la consideración de una serie de parámetros (esencialmente amortización pendiente de la adquisición de las licencias), lo que se considera tiene especial sentido no sólo para conseguir un escenario más favorable para los usuarios sino también en atención a la relevante intervención administrativa que ha generado el mercado secundario de licencias. Este mecanismo puede configurar, a su vez, un incentivo a una mejor regulación (en tanto el legislador anticipará que si crea un entorno indebidamente cerrado puede generar ciertas responsabilidades económicas).

REACCIÓN DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA ESPAÑOLAS FRENTE A RESTRICCIONES INJUSTIFICADAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Reaction of the Spanish antitrust authorities to unjustified restrictions to free competition

Francisco MARCOS¹

Profesor de IE Law School (Madrid)

Resumen

Este trabajo examina la reacción de las autoridades de competencia españolas frente a las barreras y restricciones públicas injustificadas a la libre competencia. Esta actuación complementa las actuaciones preventivas que realizan en ejercicio de la función de promoción y abogacía de la competencia que tienen encomendada. La actuación reactiva se verifica una vez la regulación o actuación administrativa se ha materializado y es de carácter impugnatorio. Este mecanismo de intervención ex post se ha visto reforzado en diciembre de 2013 con el reconocimiento a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de potestades adicionales de impugnación de actuaciones y normas en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Abstract

This paper examines the reaction of the Spanish competition authorities in the face of unjustified public barriers and restrains to competition. These reactive actions complement the preventive measures that competition authorities exercise fulfilling their competition promotion and advocacy function. The reaction is verified once the regulation or administrative action has occurred through their challenge in court. This mechanism of intervention ex post has been reinforced in December 2013 with the recognition to the National Markets and Competition Commission of additional powers to challenge restrictive public measures in accordance to the Market Unit Guarantee Law.

Palabras Clave: Evaluación del impacto competitivo de las normas | Regulación | Principio de unidad de mercado | Barreras a la entrada | Legitimación activa |

Keywords: Competition assessment in regulatory impact Analysis | Regulation | Single Market principle | Barriers to entry | The right to take legal action |

¹ Francisco.marcos@ie.edu. Salvo error u omisión involuntaria la información que se proporciona en este artículo está actualizada a 30 de abril de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la libre competencia en el marco de un sistema de economía de mercado requiere la prohibición de las conductas anticompetitivas de los operadores económicos (privadas)², pero también supone un mandato a los poderes públicos para que sus intervenciones no introduzcan barreras o restricciones injustificadas a las actividades económicas.

Junto a la aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, las autoridades administrativas de competencia reciben el encargo de promocionar y defender la competencia frente a aquellas iniciativas públicas que puedan limitarla injustificadamente³. Es una manifestación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del reconocimiento de la libertad de empresa y de la libre competencia en un sistema de economía de mercado. Estas herramientas se destinan principalmente a los poderes públicos que ostenten potestades de regulación y control de las actividades de carácter empresarial: persiguen asegurar y desplegar la plena eficacia de la libertad de empresa y de la libre competencia —evitando o eliminando con las restricciones que se deriven de intervenciones públicas injustificadas—, y contribuyen a difundir la conciencia social sobre los beneficios de la competencia⁴.

Las intervenciones públicas anticompetitivas se articulan a través de disposiciones o de actuaciones administrativas y se consideran barreras o restricciones injustificadas de la actividad económica cuando, sin fundamentación o amparo en la Constitución o en una norma de rango legal, introduzcan limitaciones inadecuadas, innecesarias, desproporcionadas o discriminatorias a la libre competencia. En efecto, la Constitución reconoce el sistema de economía de mercado y el principio de libre competencia (art. 38), de manera que las restricciones a dicho principio son posibles cuando sean necesarias, adecuadas y proporcionales para la protección de otros intereses o bienes jurídicos legítimos, constitucional o legalmente reconocidos⁵.

Cualquier la intervención pública en las actividades económicas debe ser respetuosa con las exigencias establecidas Derecho de la UE, que proscribire las normas y actuaciones públicas que falseen la competencia en el mercado interior y pongan en

² A los efectos del análisis que aquí se realiza las prohibiciones de conductas anticompetitivas se *contienen* en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, [DO C326 de 26 de octubre de 2012](#)) y en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, [BOE159 de 4 de julio de 2007](#)). Los mismos objetivos inspiran a la normativa en materia de control de concentraciones para evitar las fusiones y adquisiciones de empresas que puedan conducir a una disminución de la competencia en el mercado: artículos 7-10 de la LDC y Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ([DOUE 24 de 29 de Enero de 2004](#)).

³ Incluyendo los supuestos en los que la intervención pública artificialmente distorsiona la competencia, favoreciendo a unos operadores frente a otros o facilita la comisión de infracciones por las empresas, supuestos en los que difícilmente podrán aplicarse las prohibiciones de prácticas anticompetitivas, véase ABBOTT & SINGHAM (2011:3). Véase también MARCOS (2018).

⁴ SOLER & FERNÁNDEZ (2007:101-102 y 106) definen la actividad de promoción como *"aqueel conjunto de actividades orientadas al fomento de un entorno competitivo para las actividades económicas por medio de mecanismos no coactivos; especialmente a través de sus relaciones con las entidades gubernamentales y del incremento de la conciencia social sobre los beneficios de la competencia"*. Esta definición se extrae de ICN (2002:i). En efecto, el desarrollo de las funciones de promoción y abogacía de la competencia redundará en la existencia de un marco concurrencial libre y sin restricciones injustificadas que favorezca un entorno más competitivo en el que es menos probable que se infrinjan las prohibiciones de prácticas anticompetitivas. Esta afirmación parte de la base de que en una situación de partida en el que existan distorsiones públicas injustificadas de la libre competencia será más fácil que florezcan las prácticas anticompetitivas que infrinjan la legislación de defensa de la competencia [CLARK (2005:78)]. En cualquier caso, la función promocional puede ser la mejor manera de afrontar los problemas de competencia, EVENETT (2006:507-508) y KOVACIC (2012: 1024): *"The prosecution of cases may be an inferior means to address problems most effectively, and a well-equipped agency can apply a flexible set of policy instruments that includes law enforcement, advocacy, research, and the publication of studies."*

⁵ Véanse CIDONCHA (2006: 278) y ALFARO & PAZ ARES (2003: 6015-6020).

peligro los objetivos de la UE⁶. Además, para evitar que se distorsione la competencia en el mercado interior, proscribire las ayudas públicas (artículo 107 del TFUE).

De otro lado, las restricciones públicas de la competencia estarán justificadas si tienen fundamento constitucional o legal, sin que en tales casos que las autoridades de defensa de la competencia puedan hacer nada frente a ellas⁷. En ausencia de una fundamentación constitucional o legal, cuando la intervención pública restrictiva exceda del ámbito autorizado, o cuando no respete las exigencias de los principios de buena regulación y actuación/control administrativo⁸, está previsto que las autoridades de competencia puedan reaccionar, impugnándola en los tribunales.

La promoción y abogacía de la competencia se manifiesta preventivamente (ex ante) en los informes preparatorios sobre las normas y actuaciones administrativas que potencialmente puedan introducir restricciones a la competencia y, más tarde, una vez puestas en práctica, mediante mecanismos impugnatorios específicos (ex post)⁹.

La manifestación preventiva de la función promocional es de carácter positivo, y se produce con carácter previo a la adopción de nuevas normas¹⁰ o en el análisis de la regulación y las condiciones de competencia en una industria o en el proceso de revisión de la normativa vigente de ciertas actividades económicas¹¹. Desde esa perspectiva la

⁶ Véanse artículos. 3.3, 4.3 y Protocolo 27 del Tratado de la UE ([DOUE C326 de 26 de Octubre de 2012](#)). Véase MARCOS (2017:332-339).

⁷ Permitase la referencia a MARCOS (2015:48-49). Todo lo más, restará a las autoridades de competencia informar públicamente sobre las consecuencias negativas para el bienestar del consumidor de las restricciones legítimamente adoptadas. Sobre el valor y posible utilización políticos de esta información, véase COOPER, PAUTLER & ZYWICKI (2005:1102-1104).

⁸ Véase artículos 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ([BOE236 de 2 de Octubre de 2015](#)) y 4.1. de la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible ([BOE55 de 6 de Marzo de 2011](#)).

⁹ Véanse MARCOS (2019) y RODRÍGUEZ MIGUEZ (2010).

¹⁰ En efecto, se encarga a la CNMC (artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013), y a las distintas autoridades autonómicas en sus respectivos ámbitos territoriales, la función de informar sobre el impacto en la competencia de las iniciativas legislativas en sus respectivos ámbitos de competencia. En general, véanse PONCE (2018), BERENGUER (2015) y RODRÍGUEZ MÍGUEZ & PARDO (2011:270-290). Véanse CNC *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia* (junio 2008) y su *Guía para ayudar a los poderes públicos a cumplir mejor su deber de proteger la libre empresa y el adecuado funcionamiento de los mercados* (enero 2009). En el plano autonómico véanse artículo 3.i) de la Ley andaluza 6/2007 de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía ([BOJA131 de 4 de Julio de 2007](#)); artículo 5.b) del Decreto 15/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las funciones de la Comunidad de Castilla y León en materia de defensa de la competencia ([BOCyL28 de 11 de Febrero de 2009](#)); artículos 7.1.a) de Ley gallega 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia ([DOG46 de 8 de marzo de 2011](#)) y artículo 26.2.f) del Decreto gallego 118/2016, de 4 de agosto, por el que se crea el Instituto Gallego del Consumo y de la Competencia y se aprueban sus estatutos ([DOG160 de 25 de agosto de 2016](#)); artículo 3.5 *in fine* de la Ley vasca 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia ([BOPV29 de 9 de febrero de 2012](#) y [BOE40 de 15 de febrero de 2012](#)).

¹¹ Así ocurre tanto con la Comisión Europea, de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 ([DOUEL1 de 4 de Enero de 2004](#)), como con las autoridades españolas de competencia (tanto estatal —CNMC— como autonómicas).

Según los art. 5.1.h) y 20.9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio por la que se crea la CNMC ([BOE134 de 5 de junio de 2013](#)). Véase ÁLVAREZ SUÁREZ (2016). Véanse los artículos 3.e) y 20.2.a) de la Ley andaluza 6/2007; artículo 3.h) e i) del Decreto aragonés de 29/2006, de 24 de enero, por el que se crean y regulan los órganos de defensa de la competencia en Aragón ([BOA17 de 10 de Febrero de 2006](#)); artículo 5.d), h), i) y j) del Decreto castellano-leonés 15/2009; los artículos 2.4, 8.1.c) primera de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (DOGC 5321 de 18 de febrero de 2009 y BOE74 de 27 de marzo de 2009); artículo 3.2 del Decreto extremeño 218/2005, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura ([DOE115 de 4 de Octubre de 2015](#)); artículo 8 de la Ley gallega 1/2011 y artículo 26.2.d) del Decreto gallego 118/2016; artículo 3.3 de la Ley vasca 1/2012; artículo 2.c) del Decreto del Consell 50/2012, de 23 de marzo, por el que se crea la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana y se aprueba su reglamento ([DOGV6741 de 26 de Marzo de 2012](#)).

Esos informes pueden contener propuestas de reforma o modificación de la regulación o intervenciones públicas existentes. Adicionalmente, de manera complementaria a los informes y estudios sectoriales, en el caso de las autoridades españolas de defensa de la competencia, su normativa rectora suele encargarles una función consultiva ante las solicitudes que se les planteen. Véase Artículo 5.2 de la Ley 3/2013. A nivel autonómico, véanse artículo 3.i) del Decreto aragonés de 29/2006; artículo 5.k) del Decreto castellano-leonés 15/2009; artículo 4.2.e) de la Ley extremeña 2/2005, de 24 de junio, de creación del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura ([DOE78 de 7 de Julio de](#)

promoción consiste en una activa labor de persuasión frente a los poderes públicos sobre los beneficios de la libre competencia y los costes de las normas y reglas anticompetitivas, suministrando argumentos y datos concretos que contrarresten los esfuerzos de las empresas u otros colectivos que persiguen la erección de obstáculos anticompetitivos por los poderes públicos¹². La fuerza y eficacia de esta manifestación de la labor promocional, que tiene el efecto añadido de difundir la libre competencia, es de carácter disperso y silencioso, más difícil de medir y de cuantificar en la práctica, pero con un beneficio considerable para el interés general¹³.

La manifestación reactiva de la función promocional es de carácter negativo y reactivo, en aquéllos supuestos en los que se adoptan disposiciones o realizan actuaciones públicas restrictivas de la competencia sin justificación mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo en los tribunales contra esa norma reglamentaria o actuación administrativas (infra §2). Esta vertiente de la promoción de la competencia es más visible y fácil de medir, redundando también en el interés general pues sus efectos trascienden a la patología específica frente a la que se reacciona en cada caso concreto.

II. REACCIÓN FRENTE A LAS RESTRICCIONES ILÍCITAS A LA LIBRE COMPETENCIA

Las prohibiciones de conductas anticompetitivas están destinadas a los agentes económicos en el mercado, y no a los poderes públicos que actúen en ejercicio de potestades administrativas. Las autoridades de defensa de la competencia no tienen facultad para anular o prescindir de los reglamentos y actos administrativos que introduzcan restricciones a la competencia, (artículo 39.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)¹⁴.

La efectividad del mandato constitucional contra las restricciones ilícitas de la libre competencia erigidas por normas o actos administrativos permitirá lógicamente a los interesados impugnar las normas o actuaciones públicas que las consagren¹⁵, pero la legislación contempla adicionalmente desde 2007 otros mecanismos reactivos específicos en manos de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

En efecto, se reconoce expresamente la legitimación de las autoridades de competencia para impugnar ante la jurisdicción competente los actos administrativos y las disposiciones reglamentarias de las que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados sin fundamento legal [artículos 5.4 de la Ley 3/2013 por la que se crea la CNMC y 13.2 de la LDC]¹⁶. Las autoridades estatales y

[2005](#)); artículos 7 y 9 de la Ley gallega 1/2011 y artículo 26.2.b) y e) del Decreto Gallego 118/2016; artículo 3.5 de la Ley vasca 1/2012 y artículo 2.c) del Decreto valenciano 50/2012.

¹² Subrayan la importancia de estos informes y de otras actividades de abogacía de la competencia, SOKOL (2012), GAL & FAIBISH (2007:78-83), OHLHAUSEN (2006). Más escépticos RODRÍGUEZ & MENON (2010: 160-164).

¹³ Véase IRINA (2013). En referencia a la FTC, KOSLOV (2012:5) habla de su "*tremendous impact on legal and policy development in recent years*"; pero COOPER, PAUTLER & ZYWICKI (2005:1105) hablan de la dificultad de trazar ningún tipo de relación de causalidad de los efectos derivados de estos estudios.

¹⁴ [BOE236 de 2 de octubre de 2015](#).

¹⁵ Véase un reciente ejemplo en la STS de 25 Marzo de 2019 (STS 876/2019, *ANGED v. Junta de Andalucía*, MP J M^a Riego ECLI: [ES:TS:2019:876](#)) que anula una limitación (territorial y temporal) de horarios comerciales en una zona de gran afluencia turística (el municipio de Cádiz) sin una motivación suficiente ("*las razones en las que se funda tal limitación temporal o territorial, de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor*"), contraviniendo las exigencias del artículo 5.4 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales ([BOE307 de 30 de Diciembre de 2014](#)), tras la reforma de dicho precepto por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia ([BOE163 de 5 de Julio de 2014](#)).

¹⁶ El reconocimiento de cierta legitimación a las autoridades de competencia para intervenir en procedimientos judiciales en los que se ventilen intervenciones públicas o administrativas de corte anticompetitivo, se encuentra entre las

autonómicas han utilizado esta herramienta en algo más de una veintena de ocasiones (infra §2.1), y mayormente han triunfado en sus pretensiones, pero seguramente su principal utilidad y eficacia no deben medirse en función del número de recursos y/o de sentencias estimatorias, pues su principal virtualidad ha sido silenciosa como una “amenaza” en el proceso de regulación o adopción de las normas¹⁷.

Adicionalmente, en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante LGUM)¹⁸, se introducen distintas herramientas para eliminar las medidas e intervenciones públicas que limiten la libertad de circulación y de establecimiento de empresas en todo el territorio español¹⁹. Entre ellas con una virtualidad y eficacia análogas a las que confiere el artículo 5.4 de la Ley 3/2013 se reconoce a la CNMC legitimación para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellas actuaciones contrarias a la unidad de mercado (art. 27 de la LGUM). Este mecanismo se ha utilizado por la CNMC en algo más de medio centenar de ocasiones (infra §2.2).

II.1. Impugnaciones conforme a la legislación de defensa de la competencia.

Tanto las autoridades estatales de defensa de la competencia (CNC y CNMC) como las autoridades autonómicas han hecho uso de esta facultad. La impugnación ha sido utilizada en dieciséis ocasiones por las autoridades nacionales de competencia (CNC y CNMC), siete por la Autoridad Vasca de Competencia (AVC), dos por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) y dos por la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO).

II.1.1. Impugnaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

La CNC impugnó las concesiones de autobuses interurbanos por la Xunta de Galicia (LA/01/2010)²⁰ y por la Generalitat de Valencia (LA/01/2010)²¹ por entender que las prórrogas de las concesiones que se establecían eran contrarias a la libre competencia y al Derecho de la UE. Ambas impugnaciones fueron estimadas por los tribunales²².

En 2012 impugnó la regulación estatal de las nuevas redes de distribución eléctrica no reservadas (LA/03/2012)²³, que favorecía injustificadamente a los

recomendaciones que realizan GAL & FAIBISH (2007: 83 y 84) (aunque concibiéndolo en términos más modestos que nuestra LDC, como «amicus curiae»).

¹⁷ El art. 21bis de la ley italiana 287/1990, normas para la tutela de la competencia y del mercado ([Gazzetta Ufficiale 240 de 13 de Octubre](#)), introducido en 2011, mejora el modelo español, y hace transparente la amenaza (de manera análoga a la LGUM), véanse CINTIOLI (2012), D'ANNA, A. & CAROVANO, G. (2016) y SANDULLI (2013).

¹⁸ [BOE295 de 9 de Diciembre de 2013](#). Estos informes se pueden consultar en <http://www.mineco.gob.es/porta/site/mineco/gum>

¹⁹ Véase PADRÓS & MACÍAS (2014: 118): «La mayoría de las veces, la regulación administrativa será cuestionada no tanto por ser autonómica, sino por su fundamentación de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad».

²⁰ Resolución de 26 de febrero de 2010 de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia ([DOG40 de 1 de Marzo de 2010](#)).

²¹ Decreto del Consell 24/2010, de 29 de enero de 2010, por el que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular de viajeros por carretera de la Comunidad Valenciana ([DOGV6198 de 3 de Febrero de 2010](#)).

²² El recurso contra el Decreto valenciano fue estimado por la STSJCV de 22 de octubre de 2012 (el TS tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma norma mediante STS de 1 de Octubre de 2014, Sec. 7ª (MP Díaz Delgado, STS4561/2014 ECLI: [ES:TS:2014:4561](#)). La STSJCV fue confirmada por STS de 14 de marzo de 2016 (MP I Perelló, STS1068/2016 ECLI: [ES:TS:2016:1068](#)). En cambio, aunque la impugnación de la resolución gallega fue desestimada por la STSJG de 24 de mayo de 2012, este pronunciamiento fue casado por la STS (Sec.3ª) de 14 de marzo de 2016 (MP E Espín, STS 1067/2016 ECLI: [ES:TS:2016:1067](#)).

²³ DF 4.ª del RD 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico ([BOE294 de 7 de Diciembre de 2011](#)) y artículo 25 del RD 1048/2013, de 27 de diciembre, por el por el que se

distribuidores existentes para extender su poder de mercado a otro conexo²⁴. El Tribunal Supremo estimó el recurso al entender que “la norma reglamentaria impugnada no es inocua respecto del Derecho de la Competencia, porque distorsiona las condiciones del mercado relevante afectado de prestación de servicios de instalaciones de extensión de red, en cuanto obstaculiza las oportunidades de acceso de los instaladores autorizados a este mercado, contribuyendo a la compartición y segmentación de dicho mercado, en España. Comporta una desventaja competitiva para los instaladores independientes (no pertenecientes a los grupos preeminentes integrados verticalmente) que operan en el mercado, que no tienen las mismas oportunidades de hacer llegar sus ofertas económicas sobre el coste de los trabajos a los potenciales clientes, puesto que la solicitud debe presentarse a la empresa distribuidora de zona, y que, por lo tanto, no pueden replicar de forma efectiva las ofertas económicas que realiza el distribuidor”²⁵.

II.1.2. Impugnaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

La CNMC ha empleado este instrumento en trece ocasiones.

Así, en 2014 la CNMC impugnó con éxito el Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos de uso turístico en la Comunidad de Madrid (LA/05/2014). La normativa autonómica madrileña introducía obstáculos a la competencia y perjudica a los consumidores, al encarecer injustificadamente los costes de los servicios de alojamiento turístico e impedir que se contratasen por períodos inferiores a cinco días²⁶.

Igualmente, la CNMC ha impugnado ciertas normas de en materia de contratación pública aprobadas por la Generalidad de Cataluña que introducen distorsiones injustificadas al principio de libre competencia en las licitaciones públicas y contravienen la LCSP (LA/04/2014)²⁷. Aunque inicialmente el Tribunal Superior de Justicia de

establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica ([BOE312 de 30 de Diciembre de 2013](#)).

²⁴ Ante una solicitud de nueva extensión de la red eléctrica a un nuevo punto de suministro, esta norma obliga a la empresa distribuidora de cada zona a remitir al solicitante un presupuesto tanto por las actividades que como distribuidor le corresponde realizar *en exclusiva* como por aquellas otras que el solicitante puede contratar con el distribuidor o con terceros instaladores independientes (i.e. actividades *no reservadas*). La norma concedía a cada empresa distribuidora una posición de ventaja en su zona geográfica, otorgándole el “privilegio” de remitir el primer presupuesto sobre los servicios correspondientes a un mercado conexo que opera en libre competencia: el mercado de las instalaciones no baremadas.

²⁵ STS (Sala 3ª, sección 3ª) de 12 de Junio de 2017 (MP JM Bandrés, STS 2295/2017 ECLI [ES:TS:2017:2295](#)). El fallo de la sentencia se publicó en el [BOE 185 de 4 de Agosto de 2017](#).

²⁶ Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid ([BOCM180 de 31 de Julio de 2014](#)). La STSJM de 31 de mayo de 2016 (MP M^ªD Guillo, STSJM6899/2016 ECLI: [ES:TSJM:2016:6899](#)) declara la nulidad de la obligación de estancia mínima de cinco noches exigida por el art. 17.3 del mencionado Decreto por constituir un obstáculo a la competencia efectiva en el mercado, que impide el libre acceso al mercado de nuevos competidores y clientes, concluyendo que “*tal inciso y limitación temporal resulta contrario a la normativa comunitaria y estatal señalada y constituye una restricción injustificada y un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado entre los operadores turísticos en materia de alojamiento*” (FJº 7). En la misma fecha se dictó sentencia en la impugnación interpuesta por la Asociación Madrid Aloja con idéntico fallo y contenido (MP M^ª D Guillo, STSJM4219/2016 ECLI: [ES:TSJM:2016:4219](#)), que ha sido confirmada mediante STS de 10 de Diciembre de 2018 (MP E Calvo, STS4084/2018 ECLI: [ES:TS:2018:4084](#)), que ha extendido la declaración de nulidad a la exigencia de visado por el colegio profesional competente (artículo 17.1) y a la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo (artículo 17.5).

²⁷ Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública (OSACP) para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública de la Generalidad de Cataluña.

Cataluña estimó inadmisibile el recurso²⁸, el Tribunal Supremo ha anulado los pronunciamientos del TSJ, instándole a resolver el recurso²⁹. Con posterioridad, la Generalitat de Cataluña ha modificado la instrucción para acomodarla a las recomendaciones de la CNC³⁰.

En 2015 la CNMC impugnó la normativa local reguladora del servicio del taxi de los Ayuntamientos de Córdoba (LA/02/2015)³¹ y de Málaga (LA/01/2015)³², que establecían un numerus clausus de licencias e introducían requisitos innecesarios e injustificados para el ejercicio de esta actividad (incluidos precios obligatorios)³³. También impugnó la normativa reguladora de las viviendas vacacionales en Canarias³⁴, que ha sido estimado tanto por el TSJ de Canarias como por el Tribunal Supremo³⁵.

Después la CNMC impugnó en 2017 tanto la normativa reguladora de las viviendas turísticas en Galicia (LA/01/2017)³⁶ y Castilla y León (LA/02/2017)³⁷, siendo estimados parcialmente el recurso de Castilla y León³⁸ y desestimado el recurso ante el TSJ de Galicia³⁹.

En 2018 la CNMC ha impugnado el RD 1076/2017, de 27 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias al reglamento de la LOTT en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor-VTCs (LA/01/2018)⁴⁰. Esta disposición restringe la competencia al prohibir el comercio con las licencias VTC durante dos años y al obligar a los titulares a comunicar a un registro administrativo los datos de cada viaje que realizan antes de su realización. Estas medidas desincentivan la entrada de nuevas empresas en el mercado e imponen barreras a la movilidad geográfica de las compañías VTC. También impugnó la moratoria comercial en la isla de Mallorca⁴¹ al introducir un obstáculo injustificado en el

²⁸ Autos de 10 de diciembre de 2014 y 29 de enero de 2015, dictados por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso número 262/2014.

²⁹ Véase STS de 14 de Diciembre de 2015 (MP JM^a Del Riego STS 5350/2015 ECLI: [ES:TS:2015:5350](#)).

³⁰ NP CNMC, [La Generalitat de Cataluña modifica tras la solicitud de la CNMC su instrucción interna de contratación pública](#), 27 de Octubre 2016.

³¹ Ordenanza Municipal 3496/2015 reguladora del servicio del Taxi de Córdoba, de 12 de Mayo de 2015 ([Boletín de la Diputación de Córdoba 98 de 25 de Mayo de 2015](#)).

³² Ordenanza Municipal reguladora del servicio del Taxi de Málaga, de 20 de Mayo de 2015 (Edictos 6238/2015 y 6852/2015, [Boletín Oficial de la Provincia de Málaga 109 de 9 de Junio de 2015](#) y [115 de 17 de Junio de 2015](#)).

³³ De forma conservadora, la pérdida anual para el bienestar consumidor de estas restricciones ascendía, respectivamente, a €2.475.293 (Córdoba) y a €4.359.464 (Málaga), véase SILOS (2015C y 2016F).

³⁴ Véase Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias ([BOCAN101 de 28 de Mayo de 2015](#)). Véase también SILOS (2016A).

³⁵ La STSJCan de 21 de Marzo de 2017 (MP LH Moya STSJICAN1481/2017 ECLI: [ES:TSJICAN:2017:1481](#)) estima en su mayor parte las pretensiones y argumentos de la CNMC porque varios preceptos de la norma canaria infringen la libertad de empresa y la libre prestación de servicios (exclusión de zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, obligaciones de registro y de alquiler en su totalidad de las viviendas). El TS se ha pronunciado en STS de 15 de Enero de 2019 (MP A Arozamena, STS 256/2019 ECLI: [ES:TS:2019:256](#)) confirmando la sentencia anterior. Asimismo, la STS de 12 de Diciembre de 2018 (MP JM Bandrés STS 4384/2018, ECLI: [ES:TS:2018:4384](#)) confirmando otra STSJCan de 25 de Mayo de 2017 (MP J Guilarte STSJICAN2330/2017, ECLI: [ES:TSJICAN:2017:2330](#)) dictada en otro recurso interpuesto contra la misma norma.

³⁶ Véase Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia ([BOG19 de 10 de Febrero de 2017](#)).

³⁷ Véase Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León ([BOCYL33 de 17 de Febrero de 2017](#)).

³⁸ Véase STSJ Castilla y León de 2 de Febrero de 2018 (MP E Lucas, STSJCL64/2018 ECLI: [ES:TSJCL:2018:64](#)). La CNMC ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, que ha sido admitido a trámite por ATS de 15 de Octubre de 2018 (MP JM^a del Riego, ATS10908/2018 ECLI: [ES:TS:2018:10908A](#)).

³⁹ Véase STSJ Galicia de 14 de Febrero de 2018 (MP B López, STSJ GAL 661/2018, ECLI: [ES:TSJGAL:2018:661](#)). La CNMC ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, que ha sido admitido a trámite por ATS de 15 de Octubre de 2018 (MP JM^a del Riego, ATS10906/2018 ECLI: [ES:TS:2018:10906A](#)).

⁴⁰ [BOE317 de 30 de Diciembre de 2017](#).

⁴¹ Véase Acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Mallorca, de 11 de Febrero de 2016, de aprobación definitiva de la Norma Territorial Cautelar previa a la formulación del PECMA ([BOIB 28 de 1 de marzo de 2016](#)). Anteriormente, la STSJ de las Islas Baleares de 25 de Julio de 2017 (MP M^a C Frigola, STSJBAL599/2017 ECLI: [ES:TSJBAL:2017:599](#))

mercado de la distribución comercial insular, suspendiendo cautelarmente la implantación de nuevos establecimientos comerciales hasta que se apruebe el Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales⁴². La CNMC también ha impugnado en Julio de 2018 el Reglamento del Área Metropolitana de Barcelona sobre las VTC, aprobado el 26 de Junio de 2018⁴³.

Finalmente, en agosto de 2018 la CNMC impugnó las nuevas normas urbanísticas de Madrid⁴⁴, Bilbao⁴⁵ y San Sebastián⁴⁶, al estimar que introducen restricciones innecesarias o desproporcionadas a la actividad de alquiler de apartamentos o viviendas turísticas, perjudicando a los consumidores⁴⁷.

II.1.3. Impugnaciones de Autoridades Autonómicas de Competencia.

La Autoridad Vasca de Competencia (AVC) ha sido, desde su creación, la autoridad autonómica más activa en el empleo del mecanismo impugnatorio contra normas que contenían presuntas restricciones a la competencia en el País Vasco.

Así, en ejercicio de las potestades que tiene legalmente reconocidas⁴⁸, en 2013 la AVC impugnó la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral. Esta norma exige a los órganos de contratación de las entidades que integran el sector público foral del territorio histórico de Guipúzcoa a introducir ciertas cláusulas de carácter social en los pliegos administrativos de los contratos públicos, lo que contravendría la Ley 9/2017 (Ley de Contratos del Sector Público)⁴⁹ y menoscabaría (de forma innecesaria, discriminatoria y no proporcional) el principio de concurrencia en la contratación

estimó en lo sustancial el recurso de la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra la suspensión cautelar del otorgamiento de licencias de grandes establecimientos comerciales.

⁴² Según VEGA (2018) el daño al bienestar de los consumidores por la medida se estima en €23,8 millones anuales. En su Informe de 22 de Marzo de 2018 ([IPN/CNMC/003/18 Plan Director Sectorial de Equipamientos Comerciales de Mallorca](#)), la Sala de Competencia de la CNMC valora negativamente las restricciones previstas a la instalación y ampliación de equipamientos comerciales y, en particular, las dificultades de apertura de grandes establecimientos comerciales.

⁴³ Reglamento metropolitano de ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente dentro del ámbito del Área Metropolitana de Barcelona (expediente 2171/17) ([DOGC 7659 de 9 de Julio de 2018](#) y [Boletín Oficial de la Diputación de Barcelona de 9 de Julio de 2018](#)). Suspendido cautelarmente por autos del TSJ de Cataluña (Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 3) de 19 y 26 de Julio de 2018, que suspenden la eficacia del artículo 7 y de la Disposición Adicional primera (el último disponible en <https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2018/07/27/taxis.pdf>), y también por Auto de 26 de Septiembre de 2018 (ATSJCAT 430/2018 ECLI: [ES:TSJCAT:2018:430A](#)). Véase NÉMETH KECSKEMÉTI, HINOJO & LÓPEZ (2018).

⁴⁴ Véase acuerdo de 23 de enero de 2018 de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (tema nº 349: Interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico) ([Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid 8084 de 1 de febrero de 2018](#)) y el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid de 1 de febrero de 2018, de la ciudad de Madrid ([BOCM30 de 5 de Febrero de 2018](#)).

⁴⁵ Véase modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico ([BOVizcaya31 de 13 de Febrero de 2018](#)).

⁴⁶ Véase Ordenanza municipal reguladora del uso de vivienda turística y de alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico, aprobada el 1 de marzo de 2018 por el Pleno del Ayuntamiento de San Sebastián ([BO Guipúzcoa 60 de 26 de Marzo de 2018](#)).

⁴⁷ NP CNMC [La CNMC recurre la normativa urbanística municipal de viviendas turísticas Madrid Madrid, Bilbao y San Sebastián](#), 7 de Agosto de 2018. Véanse ROMERO & LOPEZ (2018A y 2018B), KUCHKOVSKY & LÓPEZ (2018).

⁴⁸ Véase (además del art. 13.2 de la LDC) el art. 3.4 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, que atribuye a la AVC la potestad de "impugnar ante la jurisdicción competente los actos sujetos al derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley, de las Administraciones Públicas autonómica, foral y local de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando de ellos se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Se exceptúan de dicha competencia las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los territorios históricos".

⁴⁹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 ([BOE272 de 9 de Noviembre de 2017](#)).

pública⁵⁰. No obstante, la impugnación de la AVC ha sido rechazada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁵¹.

La AVC ha impugnado también en 2015, aunque también sin éxito, cuatro concesiones del transporte interurbano de viajeros en Guipúzcoa (Debabarrena y Urola Costa⁵², Urola Erdía⁵³, Goierrialdea⁵⁴ y Debagoiena⁵⁵). En sus recursos la AVC cuestionaba diversos aspectos relativos a la configuración de los lotes, la prórroga de las concesiones y, sobre todo, los criterios de adjudicación y de preponderancia empleados por la Diputación Foral de Guipúzcoa, pero todos ellos han sido desestimados⁵⁶. A pesar del fracaso de las impugnaciones, y como una manifestación de la coordinación y complementariedad de la función promocional como la aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, la AVC sancionó un cártel de transporte de viajeros por autobús en Guipúzcoa⁵⁷.

Además, en abril de 2017 la AVC ha impugnado las limitaciones introducidas por el Ayuntamiento de Bilbao en el Plan Especial de Rehabilitación (PER) del Casco Viejo⁵⁸ y en el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) del Ensanche⁵⁹, en los que se prevén prohibiciones de establecimiento y expansión y se requieren distancias mínimas para determinado tipo de establecimientos (principalmente de hostelería)⁶⁰. Se conocen ya ambas sentencias, que estiman parcialmente el recurso de la AVC⁶¹.

⁵⁰ AVC, [Informe en relación a la conveniencia de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la Norma foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral](#), de 17 de septiembre de 2013.

⁵¹ STSJPV de 30 de Diciembre de 2014 (MP L J Murgoitio, STSJPV3937/2014, ECLI: [ES:TSJPV:2014:3937](#)), la sentencia tiene un voto disidente de J A González. Ha sido confirmada por STS de 2 de Julio de 2016 (MP PM^a Lucas, STS2639/2016, ECLI: [ES:TS:2016:2639](#)).

⁵² Orden Foral 168-T/2015 de 11 de febrero de 2015, que adjudicó el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros en Debabarrena y Urola Kosta (LUR M-02) a Eusko Trenbideak S.A.U.

⁵³ Orden Foral 177-T/2015 de 17 de Febrero de 2015, por la que se adjudica el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros interurbano por carretera de la comarca de Urola Edia (LUR M-06 Clave 8-MO-54/2014) a la empresa Autobuses La Guipuzcoana, S.L.

⁵⁴ Orden Foral 167-T/2015 de 9 de Febrero de 2015, por la que se adjudica el contrato de concesión zonal del servicio público de transporte regular de viajeros interurbano por carretera de la comarca de Goierrialdea (LUR Z-04 Clave 13-2014) a la empresa Goierrialdea, S.L.

⁵⁵ Orden Foral 19-T/2015 de 27 de Febrero de 2015, por la que se adjudica el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros interurbano por carretera de la comarca de Debagoiena y conexiones con capitales vascas (LUR DG-07 Clave 6-MO-52/1014) a la empresa Transportes Pesa, S.A.

⁵⁶ Respectivamente, STSJPV de 6 de Julio de 2016 (MP JA Fernández, STSJPV2285/2016 ECLI: [ES:TSJPV:2016:2285](#)); de 2 de Diciembre de 2016 (MP LJ Murgoitio, STSJPV4205/2016 ECLI: [ES:TSJPV:2016:4205](#)); de 14 de Diciembre de 2016 (MP JA Fernández, STSJPV4211/2016 ECLI: [ES:TSJPV:2016:4211](#)) y de 2 de Marzo de 2017 (MP LJ Murgoitio, STSJPV1191/2017 ECLI: [ES:TSJPV:2017:1191](#)).

La verdad es que esta última sentencia no desestima el recurso, sino que lo inadmite por falta de legitimación de la AVC declarando que (FJ 2º) *“Carecerá en suma dicha institución de una legitimación abstracta para la defensa de la legalidad en materia contractual administrativa, ni, lo que es más y debe subrayarse, tampoco cuenta con una potestad de tutela o supervisión general en dicha materia que le sitúe en posición de supremacía sobre tales Administraciones en orden a fiscalizar su total actividad en materia de concesiones de transporte público”*. La AVC ha recurrido este último fallo en casación ante el TS.

⁵⁷ Véase Resolución del Consejo de la AVC de 27 de diciembre de 2017 ([130-SAN-2016 Transporte de Viajeros de Gipuzkoa](#), sin ponente). La falta de motivación de las multas impuestas ha dado lugar a que el TSJPV haya anulado las multas a siete de las sancionadas, encargando a la AVC que las vuelva a calcular, véanse SSTSJPV de 21 de febrero de 2019 (MP LJ Murgoitio, nº50/2019, *Arteondo Autobusoak*; nº 49/2019, *Autobuses Garayar*); de 22 de Febrero de 2019 (MP LJ Murgoitio, nº 51/2019, *AUIF*); de 28 de Febrero de 2018 (MP P Platas, nº58/2019, *AVITRANS*); 6 de marzo de 2019 (MP JA Fernández, nº64/2019, *Transportes Pesa*) y de 7 de marzo de 2019 (MP P Platas, nº68/2019, *Gurebus*).

⁵⁸ Modificación del PER del casco viejo de Bilbao, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, mediante el establecimiento de una nueva zonificación y la introducción de los oportunos cambios en su regulación aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Bilbao el 30 de junio de 2016.

⁵⁹ Modificación de la Ordenanza nº 7 para la zona del Ensanche del PGOU de Bilbao, consistente en establecer un nuevo régimen para algunos usos urbanísticos, entre ellos el de hostelería, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de noviembre de 2016 (BOB de 30 de noviembre de 2017). Véase SILOS (2017B).

⁶⁰ AVC, [Informe de alegaciones a la modificación del PER del casco viejo de Bilbao](#), 23 de mayo de 2016.

⁶¹ Véanse STSJPV (Sala 2ª) de 29 de enero de 2018, firme (MP A Ruiz STSJPV2/2018 ECLI: [ES:TSJPV:2018:2](#)) y SSTSJPV de 29 de enero de 2019 (MP AI Rodrigo, STSJPV320/2019 ECLI: [ES:TSJPV:2019:320](#)).

Finalmente, aunque la AVC había detectado numerosas barreras injustificadas de entrada al mercado (innecesarias y desproporcionadas) en la nueva regulación municipal donostiarra de las viviendas turísticas⁶², finalmente no interpuso recurso en su contra⁶³. Una situación parecida se había suscitado poco antes al hilo de la aprobación de la reforma del PGOU de Bilbao para regular las viviendas turísticas. Tras elaborar un informe que detectaba las barreras injustificadas de entrada contenidas en la nueva normativa, la AVC desistía de la impugnación afirmando que la “hipotética impugnación de la modificación pormenorizada del PGOU de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico podría resultar discriminatoria respecto de las demás actividades económicas, dado que esta LEA/AVC considera que es el PGOU vigente desde 1995 el que establece barreras de entrada no necesarias ni proporcionales a la realización de actividades económicas en edificaciones de uso principal residencial”⁶⁴.

El resto de autoridades autonómicas han hecho un uso mucho más exiguo de la herramienta impugnatoria, desplegando —sin embargo— muchas de ellas una relevante actividad promocional de carácter preventivo, mas con una utilización más reducida del instrumento impugnatorio, aunque frecuentemente haya sido esgrimido como una potestad en su poder para persuadir frente a la introducción de normas o actuaciones que restrinjan la competencia por los poderes autonómicos y locales. Las autoridades andaluza (ADCA)⁶⁵ y catalana (ACCO) son las que más recursos han empleado en estas tareas y también las únicas junto con la AVC han hecho uso de la potestad impugnatoria.

La ADCA ha utilizado este mecanismo en dos ocasiones, la primera para impugnar la Ordenanza Municipal Reguladora del Servicio de Taxi de Coín (Málaga)⁶⁶, visto que el Ayuntamiento de Coín ignoró las observaciones previas que la ADCA había formulado a la propuesta de Ordenanza⁶⁷. Recientemente la ADCA ha impugnado también la Ordenanza del taxi de Marbella⁶⁸.

El recurso contra la regulación municipal del taxi en Coín ha sido estimado parcialmente, anulándose varias de las exigencias contenidas en la normativa municipal (exigencia de titularidad de licencias por personas físicas; exigencia de titulación, certificado de profesionalidad y certificado municipal de aptitud; obligación de que el titular de la licencia posea el permiso de conducir y obligación de prestación por el titular de la licencia de taxi) al entender que suponían restricciones injustificadas y desproporcionadas de la competencia, contrarias a la libertad de empresa, más allá de

⁶² Véanse Ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico de 1 de Marzo de 2018 ([BOG60 de 26 de marzo de 2018](#)) e *Informe sobre la Ordenanza reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián*, 6 de Febrero de 2018 ([AVC 250-PROM-2017](#))

⁶³ Véase “Competencia da marcha atrás y descarta impugnar la norma de pisos turísticos” [Diario Vasco 2 de marzo de 2018](#).

⁶⁴ Véase *Informe sobre la modificación pormenorizada del PGOU de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico*, 18 de diciembre de 2017 ([AVC251-PROM-2017](#)). Véase “Autoridad Vasca de la Competencia asesorará al Ayuntamiento de Bilbao en la regulación de las viviendas de uso turístico” [Europapress 22 de diciembre de 2017](#).

⁶⁵ Véase, por ejemplo, ADCA, Respuesta a los escritos de alegaciones sobre la regulación de las áreas de pernocta de auto-caravanas contenida en el proyecto de Decreto de Ordenación de los campamentos de turismo y de la modificación del Decreto 202/2002, de 29 de enero, de Turismo en el medio rural y turismo activo, presentados por la AAPP (C36-2017) 19 de Diciembre de 2017; RCDCA de 15 de Diciembre de 2016 ([S/16/2016 Ayuntamiento de Nijar](#)) y RCDCA de 15 de Marzo de 2012 ([S/08/2012, Colegio de aparejadores y Arquitectos técnicos de Sevilla](#)).

⁶⁶ [BOP Málaga de 27 de Septiembre de 2016, 13-25](#).

⁶⁷ Véase ADCA, *Alegaciones sobre el texto provisional de la Ordenanza Municipal Reguladora del Servicio del Taxi en el municipio de Coín*, 8 de julio de 2016 ([101/16](#)).

⁶⁸ *Ordenanza municipal de los Servicios de Transporte Público de Viajeros/as en Automóviles de Turismo en el Municipio de Marbella* ([BOP Málaga de 7 de Diciembre de 2018, 90-112](#)).

lo previsto en la legislación vigente (Ley 2/2003, de 12 de mayo y LOTT)⁶⁹. Este fallo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sigue el pronunciamiento previo del mismo tribunal había declarado la nulidad de varias disposiciones del Reglamento de los Servicios de Transporte Público de Viajeros y Viajeras en Automóviles de Turismo⁷⁰, sobre cuyo proyecto la ADCA también había formulado observaciones⁷¹, aunque sin interponer recurso en su contra.

Finalmente, la ACCO estrenó esta facultad en octubre de 2018 para impugnar el Reglamento de Ordenación de transporte urbano de viajeros con conductor de vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente dentro del ámbito del Área Metropolitana de Barcelona (AMB)⁷², que había sido aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 26 de junio de 2018⁷³, y que había informado negativamente con anterioridad⁷⁴. Esta norma ya había sido impugnada por la CNMC con arreglo al artículo 5.4 de la Ley 3/2013⁷⁵.

En febrero de 2019 la ACCO ha impugnado también la licitación por la AMB de servicio de autobús en la zona del Bajo Llobregat (aprobado por el Consejo Metropolitano del AMB de 27 de noviembre de 2018, expediente 901648/2017)⁷⁶. Al parecer de la ACCO, los pliegos que rigen la licitación del servicio público de transporte colectivo de viajeros entre Sant Boi de Llobregat, Barcelona y otros municipios del Bajo Llobregat y el Barcelonés contienen graves restricciones a la competencia.

II.2. Impugnaciones conforme a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

La LGUM afirma los principios de eficiencia, necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (artículos 5 y 17) y el principio de no discriminación (artículo 3) en relación con la libertad de acceso, ejercicio y de expansión de actividades económicas⁷⁷. Además, establece un sistema coordinado de información y control preventivo por las administraciones públicas afectadas y mecanismos de reacción para eliminar las restricciones injustificadas. Entre ellos se legitima a la CNMC para impugnar judicialmente las restricciones que se mantengan (artículo 27 LGUM)⁷⁸.

⁶⁹ STSJ de Andalucía de 13 de Octubre de 2017 (MP S Macho, STSJAND15605/2017, ECLI: [ES:TSJAND:2017:15605](#)). La sentencia también estima la impugnación de disposiciones de la Ordenanza que, como el Decreto 35/2012, eran exorbitantes por ser competencia del Estado: sobre la exigencia de que los vehículos taxi lleven las placas con la mención SP y sobre el precinto y verificación de los taxímetros.

⁷⁰ Decreto 35/2012, de 21 de febrero ([BOJA49 de 12 de Marzo de 2012](#)). Véase STSJ de 30 de Diciembre de 2015 (MP M^a S. Gamo, STSJAND 13561/2015, ECLI: [ES:TSJAND:2015:13561](#)).

⁷¹ ADCA, *Informe sobre el proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de transporte público de viajeros y viajeras en automóviles de turismo*, de 21 de Septiembre de 2011 ([N41/11](#)).

⁷² NP: [La ACCO lleva a los tribunales el Reglamento que limita la actividad de los VTC dentro del Área Metropolitana de Barcelona](#), 25 de Octubre de 2018.

⁷³ DOGC7659 de 9 de Julio de 2018

⁷⁴ ACCO, Informe 32/2017 de 21 de marzo de 2018 ([Regulación Metropolitana VTC](#)).

⁷⁵ Véase *supra* n42 y texto correspondiente.

⁷⁶ NP: [La ACCO impugna la licitación del AMB de un contrato de servicio de autobús por valor de más de 300 millones de euros \(sin IVA\)](#).

⁷⁷ Véase MAUDES & SILOS (2017). La LGCUM también enumera ciertas actuaciones proscritas en todo caso porque limitan injustificadamente la libertad de establecimiento y de circulación (artículo 18.2).

⁷⁸ Véase CARLÓN (2014:631-652). La declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LGUM por las SSTC 79/2017, de 22 de junio de 2017 ([BOTC171 de 19 de julio de 2017](#)), 110/2017, de 5 de Octubre ([BOTC256 de 24 de octubre de 2017](#)), 111/2017 ([BOTC256 de 24 de Octubre de 2017](#)) y 119/2017 ([BOTC278 de 16 de Noviembre de 2017](#)) ha afectado a alguna actuación de la CNMC en aplicación de esta norma. Así, por ejemplo, el 20 de Septiembre de 2017 el Pleno de la CNMC desistió del recurso interpuesto en aplicación del artículo 6 LGUM contra una actuación de la Generalitat Valenciana denegatoria de la inscripción en el Registro de Entidades colaboradoras de una entidad ambiental de control autorizada en Cataluña ([UM/172/16](#)).

Las impugnaciones de la CNMC pueden comprender normas o actos de las Administraciones públicas y puede realizarse tanto de oficio como a instancia de los operadores económicos interesados⁷⁹. Esta potestad de la CNMC es análoga a la examinada anteriormente en aplicación del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, aunque presenta algunas variaciones en su articulación práctica⁸⁰. Para empezar, la competencia para su interposición corresponde al Pleno de la CNMC. Luego, en el marco de los recursos previstos en el artículo 27 de la LGUM, si la CNMC solicita la suspensión de la norma, esta deviene automática⁸¹. Por último, el Tribunal donde se interponen los recursos y competente para su resolución es la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional⁸².

A mi entender, no existe un planteamiento riguroso y ordenado de la CNMC para utilizar una u otra vía⁸³. El objeto de uno y otro recurso pueden coincidir (v.gr., dos reformas diferentes del ROTT se impugnaron por cada una de las dos vías⁸⁴), sin que exista un criterio claro de la preferencia por uno u otro, fuera del posible recurso a instancia de parte prevista en la LGUM (pero que la CNMC puede decidir no seguir). Aparentemente, estas decisiones se han visto afectadas en algunos casos por las componendas políticas del Consejo de la CNMC y por la composición de sus Salas en cada momento. Un análisis detallado de la casuística de los recursos interpuestos (y también de los no interpuestos) podría ser muy revelador de las verdaderas razones que han inspirado los recursos (o su falta de interposición)⁸⁵, pero trasciende a la finalidad de este trabajo.

Además, igual que ocurría con la herramienta impugnatoria analizada supra §2.1, la eficacia del sistema previsto en la LGUM no debe medirse por el número de impugnaciones, ni por el éxito en las mismas. En efecto, su eficacia promocional y disuasoria puede ser mayor e, incluso, es menos silenciosa en este caso (pues la vía de recurso se alcanza tras diferentes informes públicos y con la posible participación de los interesados), pero también es difícil de medir o cuantificar.

Aunque la información disponible es de difícil acceso, a la fecha de este escrito, parece que la CNMC ha hecho uso de esta vía para impugnar más de una cuarentena de normas y decisiones estatales, autonómicas y municipales que vulneraban los principios de la LGUM (42 casos a 30 de abril de 2019)⁸⁶. Los recursos interpuestos por la CNMC

⁷⁹ Sin que la existencia de intereses de terceros afectados, haga que la CNMC deje de actuar "en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado" (FJ4.a) in fine de la STC 110/2017, de 5 de octubre).

⁸⁰ Véase GÓMEZ-PABLOS & CORDERO (2017).

⁸¹ Artículo 127quater.2 de Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ([BOE167 de 14 de Julio de 2017](#)), añadido por la Disposición Final Primera 3 de la LGUM.

⁸² Artículo 11.1.h) de la Ley 29/1988, añadido por la Disposición Final Primera 3 de la LGUM.

⁸³ Un intento, bastante artificial a mi entender, en GÓMEZ-PABLOS & CORDERO (2017: 270-272 y 284-285).

⁸⁴ Véase LA/01/2018 *supra* n31 y UM/85/15 *infra* n111.

⁸⁵ Véase UM/073/17 PEUAT, sobre el *Plan Especial Urbanístico de Alojamientos Turísticos (PEUAT) aprobado por el Ayuntamiento de Barcelona, con el fin declarado de regular la implantación de viviendas de uso turístico y otros establecimientos similares*, aprobado el 27 de Enero de 2017 ([BOPB 6 de marzo de 2017](#)), finalmente no impugnado por CNMC (aunque figura en el orden del día de sucesivas reuniones). Cfr. ACCO, Informe Ref. nº. [33/2017-PEUAT Barcelona](#), Nota sobre la aprobación definitiva del Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) de Barcelona, de 13 de Julio de 2017.

⁸⁶ La información que aquí se expone se ha obtenido a partir de www.cnmcompetencia.es. La "organización" y "clasificación" de la información en dicho lugar se limita a enumerar y acumular (sic) la información e incidencias que *acrecen* a cada expediente de manera cronológica, resultando imposible saber el estado, las decisiones o actuaciones realizadas en cada caso.

se refieren a intervenciones públicas de tipo y naturaleza que impiden o limitan el acceso o el ejercicio de actividades económicas en distintos sectores.

Así, se ha utilizado para impugnar la normativa en materia de centros y planes de formación, que introducían una discriminación injustificada en los operadores beneficiarios subvenciones en planes de formación autonómica en Andalucía⁸⁷, Aragón⁸⁸, Cantabria⁸⁹, Castilla La Mancha⁹⁰, Extremadura⁹¹ y Madrid⁹². Han sido estimados ya los recursos contra la normativa madrileña⁹³ y castellano-manchega⁹⁴, que mayormente aceptan las pretensiones de la CNMC; en el caso de Extremadura el gobierno extremeño se allanó a las pretensiones de la CNMC⁹⁵. La misma suerte parece haber seguido el recurso contra el Decreto extremeño 133/2016, de 2 de agosto, por el que se regula la acreditación y/o inscripción de centros y entidades de formación y su inclusión en el Registro de centros y entidades de formación profesional para el empleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁹⁶, reformado para acomodarlo a las pretensiones de la CNMC⁹⁷.

⁸⁷ Ha impugnado el artículo 6 de la Resolución de 29 de agosto de 2016, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo de la Junta de Andalucía, por la que se convocan subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas para el año 2016 ([BOJA169 de 2 de Septiembre de 2016](#)).

⁸⁸ Ha impugnado (UM/063/16) algunas normas de la regulación aragonesa contenida en Orden de 7 de agosto de 2015, de la Consejería de Economía, Industria y Empleo por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la ejecución de planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados del Plan de Formación para el Empleo de Aragón correspondiente al año 2015 ([BOA162 de 21 de Agosto de 2015](#)).

⁸⁹ Ha impugnado (UM/018/16) el artículo 3 de la Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria HAC/35/2015, de 28 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria para el ejercicio 2015-2017, de las subvenciones en materia de formación de oferta mediante la ejecución de planes formativos dirigidos prioritariamente a las personas trabajadoras ocupadas (en la redacción dada por la Orden HAC/43/2015, de 19 de noviembre, [BOC226 de 25 de Noviembre de 2015](#)).

⁹⁰ Véase Orden de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de Castilla La Mancha 2015/14496, de 25 de Noviembre de 2015, por la que se modifica la Orden de la Consejería de Empleo y Economía de 15 de Noviembre de 2012, por la que se regula el desarrollo de la formación profesional para el empleo en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas a dichos programas y se aprueba la convocatoria pública de concesión de subvenciones para la realización de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores/as ocupados/as (modalidad I) para la anualidad 2015 ([DOCLM232 de 26 de Noviembre de 2015](#)) (UM/019/16).

⁹¹ Diversas disposiciones del Decreto 97/2016, de 5 de julio por el que se regula la Formación Profesional para el Empleo dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a su financiación ([DOE132 de 11 de Julio de 2016](#)) limitaban la ejecución de las acciones formativas a "entidades de formación acreditadas y/o inscritas en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura". La CNMC interpuso recurso contra ellas (UM/136/16 *Centros Formación Empleo-Extremadura III*).

⁹² Véase Orden de 30 de diciembre de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación para jóvenes inscritos en el Fichero Nacional de Garantía Juvenil, conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad, del sistema de Formación Profesional para el Empleo para el año 2017 ([BOCM22 de 26 de Enero 2017](#)) ([UM/063/17 Centros de formación empleo-Madrid II](#)).

⁹³ SAN de 28 de Diciembre de 2018 (MP R Castillo SAN 5311/2018, ECLI: [ES:AN:2018:5311](#)).

⁹⁴ SAN de 22 de Diciembre de 2017 (MP F De la Peña, SAN 5438/2017 ECLI: [ES:AN:2017:5438](#)).

⁹⁵ Interpuesto y admitido a trámite el recurso, el gobierno extremeño admitió las pretensiones de la CNMC y reformo la norma para que "puedan impartir formación profesional para el empleo y, en su caso, acceder a las subvenciones destinadas a su financiación los centros y entidades de formación acreditados y/o inscritos en el correspondiente registro, sea autonómico o estatal" [Decreto 43/2017, de 12 de abril, por el que se modifica el Decreto 97/2016, de 5 de julio, por el que se regula la Formación Profesional para el Empleo dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a su financiación ([DOE74 de 19 de abril de 2017](#)), archivándose las actuaciones por Auto de la AN de 5 de mayo de 2017 (MP S Soldevilla, AAN389/2017 ECLI: [ES:AN:2017:389A](#))

⁹⁶ [DOE153 de 9 de agosto de 2016](#). Véase UM/124/16: *Centros de Formación Empleo-Extremadura*.

⁹⁷ Véase Decreto 40/2017, de 4 de abril, por el que se modifica el Decreto 133/2016, de 2 de agosto, por el que regula la acreditación y/o inscripción de centros y entidades de formación y su inclusión en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de la Comunidad Autónoma de Extremadura ([DOE69 de 10 de abril de 2017](#)).

Se han atacado por esta vía diversas restricciones y barreras injustificadas impuestas por ayuntamientos al desarrollo de actividades de telecomunicaciones⁹⁸, instalación de gasolineras⁹⁹, la apertura de establecimientos de hostelería¹⁰⁰ o el servicio público del control de estacionamiento de vehículos¹⁰¹.

Otro tanto ha ocurrido con las limitaciones injustificadas impuestas por las comunidades autónomas a las actividades de comercio minorista¹⁰², juego¹⁰³, enseñanza universitaria¹⁰⁴, prevención de riesgos laborales¹⁰⁵ y viviendas vacacionales¹⁰⁶.

⁹⁸ La CNMC ha impugnado la Ordenanza de Paisaje Urbano de Santa Cruz de Tenerife ([BOPSC145 anexo de 5 de noviembre de 2014](#)) que establece limitaciones al despliegue de elementos de redes de comunicaciones electrónicas, por considerar que dichos preceptos podrían resultar contrarios a los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en los arts. 5 y 17 de la LGUM (UM/002/15). De igual modo, por análogas razones se ha impugnado el Título X del Libro II de las Ordenanzas Municipales del Ayuntamiento de Hernani de 30 de septiembre de 2014 sobre la solicitud, tramitación y control de la ejecución de las licencias urbanísticas (UM/004/15); la modificación de la Ordenanza reguladora de instalaciones radioeléctricas de Vitoria-Gasteiz ([BOTA28 de 6 de marzo de 2015](#)), en particular, su artículo 9, que establece los límites de emisión radioeléctrica invadiendo la competencia del Gobierno (UM/023/15) y la *revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Jaén mediante Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de 3 de febrero de 2016* ([BOJA37 de 24 de febrero de 2016](#)), por la que se dispone la publicación de la normativa urbanística de revisión del PGOU de Jaén que limita el despliegue de las infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas imponiendo restricciones innecesarias y desproporcionadas al derecho de ocupación de los operadores sin contemplar posibles alternativas (UM/050/15). Han sido estimado el recurso contra las Ordenanzas de Hernani por SAN de 26 de junio de 2018 (MP J Guerrero, SAN2989/2018 [ECLI: ES:AN:2018:2989](#)) y contra la de Tenerife por SAN de 2 de Noviembre de 2018 (MP Soldevilla, SAN 4430/2018 [ECLI: ES:AN:2018:4430](#)).

⁹⁹ Contra varias resoluciones del Ayuntamiento de Marratxí (Mallorca) por las que se denegaba la autorización para la instalación de una gasolinera en un centro comercial (UM/070/15). Véase SILOS (2016A:27): *"la restricción a la competencia analizada en este Informe podría traducirse en una pérdida en el bienestar de los consumidores de entre €525.119 y €1.050.947 al año"*.

¹⁰⁰ Contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao de 24 de febrero de 2016, por la que se suspende cautelarmente y por un periodo máximo de un año el otorgamiento de licencias para la implantación de nuevos establecimientos de hostelería en todo el ámbito de la Ordenanza nº 7 para la zona del Ensanche (UM/057/16).

¹⁰¹ Contra la resolución del Ayuntamiento de Calatayud de 29 de noviembre de 2017, que desestima el recurso interpuesto contra la exigencia de acreditar una experiencia mínima en regulación y control de estacionamiento en vía pública en tres poblaciones y con un mínimo de 1.000 plazas en cada población (punto 2.5.7.4.b) de los pliegos de cláusulas administrativas particulares relativas a la concesión del servicio público del control de estacionamiento de vehículo) (UM/149/17: *Aparcamientos Urbanos Servicios y Sistemas, S.A.*). Igualmente contra la exigencia en la licitación pública de aparcamientos en Getxo de que las empresas acreditaran su experiencia en gestión de estacionamiento en superficie en cuatro municipios distintos, con una población superior a los 15.000 habitantes, y con un mínimo de 1.000 plazas reguladas en cada una de las poblaciones (UM/030/18).

¹⁰² Contra las resoluciones de la Conselleria d'Economia, Indústria, Turisme i Ocupació de la Generalitat Valenciana de 15 de octubre y 28 de noviembre de 2014 que denegaban al Centro Comercial Gran Turia la autorización para aplicar el mismo horario de apertura que el resto de grandes superficies comerciales ubicadas en la ciudad de Valencia (UM/074/14), estimado por SAN de 14 de Mayo de 2018 (MP B M^a San Millán, SAN2026/2018 [ECLI: ES:AN:2018:2026](#)). También contra la resolución de 24 de abril de 2015 dictada por la Conselleria d'Economia i Competitivitat del Govern Balear sobre denegación de autorización autonómica de instalación de centro comercial salvo que el solicitante hubiera realizado previamente la actuación urbanística para que los terrenos tuvieran la condición de solar (UM/035/15). Esta última ha sido desestimada mediante SAN de 28 de febrero de 2017, que considera esa exigencia adecuada, necesaria, proporcional y no discriminatoria (MP F De la Peña SAN 761/2017 [ECLI: ES:AN:2017:761](#)).

¹⁰³ La CNMC ha impugnado los artículos 4.1, 9.2.b) y 9.3 del Decreto del Consell de la Comunidad Valenciana 55/2015, de 30 de abril de 2015, por el que se aprueba el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego ([DOGV7519 de 6 de mayo de 2015](#)), por contravenir el principio de necesidad de la LGUM al prohibir la instalación de nuevos salones de juego a menos de un radio de 800 metros de otros salones (UM/043/15). Este recurso ha sido estimado por SAN de 8 de Marzo de 2018 (MP F De la Peña, SAN 964/2018 [ECLI: ES:AN:2018:964](#)) También ha recurrido la *Resolución de 25 de febrero de 2016 de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria, por la que se denegó la inscripción de un operador como empresa fabricante en el Registro de Juego de Cantabria, confirmada por Resolución posterior de 29 de abril de 2016* (UM/045/16 Juego Finanzas II).

¹⁰⁴ Contra diversas normas del Acuerdo de 27 de octubre de 2015 del Gobierno de Aragón, por el que se establecen los objetivos, criterios y requisitos que guiarán la programación de las enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad de Aragón para el período 2016-19 (Orden de 30 de octubre de 2015, de la Consejera de Innovación, Investigación y Universidad, [BOA228 de 15 de noviembre de 2015](#)) (UM/001/16). Véanse SILOS (2016D) y LOSTAO (2018).

¹⁰⁵ Contra el artículo 4 del Decreto 72/2014, de 23 de julio, del Principado de Asturias, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales ([BOPA176 de 30 de Julio de 2014](#)), establece requisitos para la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales (horquillas de distancia para su funcionamiento, limitaciones de los lugares en los que pueden prestar su actividad, exclusión de su utilización en la atención a profesionales que desarrollen determinadas actividades y limitaciones cuantitativas referidas a un porcentaje de los trabajadores a los que el servicio de prevención ajeno dé cobertura en la comunidad autónoma) considerados innecesarios, desproporcionados y limitativos del ejercicio de la actividad de

Por otro lado, varias impugnaciones atacan las reservas de actividad a ciertos profesionales de los informes técnicos de viviendas por falta de justificación introducidas por normas autonómicas¹⁰⁷, municipales¹⁰⁸ o por decisiones municipales¹⁰⁹ (también por el establecimiento de una reserva de actividad a los geólogos)¹¹⁰.

Las barreras y restricciones injustificadas a las actividades de transporte han dado lugar a diversas impugnaciones, tanto en materia de transporte de mercancías como de viajeros. En materia de transporte de mercancías por carretera la CNMC ha impugnado las exigencias de un número mínimo de vehículos y otras condiciones injustificadas para

prevención de riesgos laborales a través de unidad móvil ([UM/065/14](#)). La SAN de 31 de marzo de 2016 (MP S Soldevilla SAN1147/2016 ECLI: [ES:AN:2016:1147](#)) desestimó la impugnación afirmando que si “*el Principado de Asturias ha adoptado una normativa para la que carece de habilitación suficiente y por ello invade competencias del Estado, no nos cabe duda de que, ante dicha disputa, los mecanismos y principios de la LGUM no son de aplicables al presente caso*” (FJ 3º). La STS de 6 de Julio de 2018 (MP A Arozamena STS2574/2018 ECLI: [ES:TS:2018:2574](#)) confirma la SAN por pérdida sobrevenida de objeto el recurso ya que el Principado reformó dicha norma y eliminó algunos de los requisitos a través del Decreto 34/2016, de 16 de junio ([BOPA145 de 23 de junio de 2016](#)) -adoptado para adaptarse a lo requerido por la CNMC-, aunque mantuvo alguno de los requisitos cuestionados por la CNMC.

Por otro lado, la CNMC también ha impugnado varias normas de la Junta de Castilla y León que exigían que los servicios de prevención laboral ajenos que desarrollen su actividad en dicha comunidad autónoma dispongan como mínimo de una Unidad Básica Sanitaria en ese territorio (UM/021/2015). En este caso, aunque la SAN de 31 de marzo de 2016 (MP S Soldevilla, SAN1148/2016 ECLI: [ES:AN:2016:1148](#)) desestimó el recurso al estimar la inaplicación de la LGUM, la STS de 18 de marzo de 2019 (MP JMº Riego STS919/2019 ECLI: [ES:TS:2019:919](#)) ha casado esta sentencia anulando la normativa castellanoleonés impugnada.

¹⁰⁶ Véase Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias ([BOCAN101 de 28 de Mayo de 2015](#)). Véase también SILOS (2016A). La STSJCan de 21 de marzo de 2017 (MP L H Moya STSJICAN1481/2017 ECLI: [ES:TSJICAN:2017:1481](#)) estima en su mayor parte las pretensiones y argumentos de la CNMC porque varios preceptos de la norma canaria infringen la libertad de empresa y la libre prestación de servicios (exclusión de zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, obligaciones de registro y de alquiler en su totalidad de las viviendas). El TS se ha pronunciado en STS de 15 de enero de 2019 (MP A Arozamena, STS 256/2019 ECLI: [ES:TS:2019:256](#)) confirmando la sentencia anterior. Asimismo, la STS de 12 de diciembre de 2018 (MP J M Bandrés STS 4384/2018, ECLI: [ES:TS:2018:4384](#)) confirmando otra STSJCan de 25 de mayo de 2017 (MP J Guilarte STSJICAN2330/2017, ECLI: [ES:TSJICAN:2017:2330](#)) dictada en otro recurso interpuesto contra la misma norma.

¹⁰⁷ Frente al Decreto del Consell 53/2018, de 27 de abril por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana ([DOG8288 de 7 de mayo de 2018](#)) que establece que solo arquitectos, aparejadores y arquitectos técnicos pueden redactar los informes de evaluación de edificios (IEEs) (UM/029/18 *Decreto sobre los informes de evaluación de edificios de la comunidad valenciana*). Frente a un requerimiento de subsanación del Gobierno Vasco (UM/159/16 *ITES Vizcaya*), declarado inadmisibles por SAN de 8 de Junio de 2018 (MP F De la Peña, SAN 2420/2018, ECLI: [ES:AN:2018:2420](#)). Frente a varias resoluciones denegatorias de solicitudes de subvenciones del Instituto Gallego de Vivienda por no estar firmadas por un técnico competente (UM/033/17 *Informe de evaluación de edificios Galicia*), estimado por SAN de 10 de Septiembre de 2018 (MP A I Resa, SAN3388/2018, ECLI: [ES:AN:2018:3388](#)).

También frente al Decreto Catalán 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio ([DOG6866 de 7 de junio de 2015](#)) (UM/033/15), que fue estimado por SAN de 28 de noviembre de 2018 (MP BMº Santillán, SAN 4766/2018 ECLI: [ES:AN:2018:4766](#)). Véase SILOS (2015B:20) el coste de la reserva de actividad “*podría traducirse en el año 2015 en una pérdida de bienestar para los consumidores de la ITE en Cataluña de entre €2.309.449 y €2.453.790*”.

¹⁰⁸ Contra la normativa municipal en los ayuntamientos alicantinos de Mutxamell (UM/067/16), Santa Pola (UM/007/16) y Orba (UM/024/16). Sobre el recurso a la normativa municipal de Santa Pola véase SILOS (2016E: 21) que “*estima que la pérdida en el bienestar de los consumidores ocasionada por la reserva de actividad asciende en la actualidad a €5.307,5 y €2.078.710,4 euros en Santa Pola y Comunidad Valenciana respectivamente*”; véase también *Informe del Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2017* (MP Mº J Vaño, [PROM2/2016 Ingenieros Industriales Santa Pola](#)).

¹⁰⁹ Contra dos resoluciones del Ayuntamiento de Bilbao de 8 de agosto y 5 de octubre de 2016 por las que se denegaron la admisión de inspecciones técnicas de edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales (UM/147/16); véase SILOS (2017A:19): “*la pérdida en el bienestar de los consumidores ocasionada por la reserva de actividad asciende en la actualidad a €103.079,7 y €2.922.190,5 en Bilbao y País Vasco respectivamente*”. Este recurso ha sido estimado por la SAN de 31 de octubre de 2018 (MP R Castillo, SAN4173/2018 ECLI: [ES:AN:2018:4173](#)) También se impugnaron cinco resoluciones del Ayuntamiento de Villena denegatorias de la licencia de segunda ocupación por la falta de competencia para la emisión del preceptivo informe técnico de un ingeniero técnico industrial (*Licencias segunda ocupación-Villena II* [UM/002/17](#)). El Auto de 30 de mayo de 2018 (MP R Castillo, AAN802/2018 ECLI: [ES:AN:2018:802A](#)) declaró la caducidad del recurso y la terminación del procedimiento para la CNMC.

¹¹⁰ El Ayuntamiento de Gijón exigía en un contrato que los estudios geológicos para la construcción de un campo de fútbol femenino fueran realizados por titulados en Geología ([UM/148/17 Contratación Pública- Estudio Geotécnico](#)).

la obtención de autorizaciones¹¹¹, pero el área en la que ha habido una mayor litigiosidad y ésta ha tenido una mayor repercusión pública, es en materia de taxis y vehículos de alquiler con conductor (VTCs). Así, se ha utilizado este mecanismo para impugnar la modificación en 2015 de la regulación estatal de los VTC¹¹², que limita la entrada y la capacidad de competir en el mercado del transporte urbano de pasajeros¹¹³. La CNMC también ha impugnado la exigencia por la Comunidad de Madrid de que los conductores VTC que efectúen la contratación previa del servicio en las oficinas o locales del prestador de servicio y lleven a bordo una hoja de ruta válida¹¹⁴. Igualmente ha impugnado denegación por la Comunidad de Madrid de la autorización para el ejercicio de la actividad de transporte interurbano al propietario de un vehículo de nueve plazas. Con carácter general el número máximo de plazas permitido por la normativa madrileña es de cinco¹¹⁵, sin que para la CNMC este límite esté justificado por ninguna razón de interés general, resultando innecesario y desproporcionado¹¹⁶. Finalmente, en mayo de 2018 ha impugnado la nueva regulación de los servicios del taxi en Valladolid¹¹⁷.

Sólo uno de estos recursos se ha resuelto. Así, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de la CNMC contra la reforma del ROTT en su sentencia de 4 de junio de 2018, derogando la exigencia de una flota mínima de siete vehículos para las empresas dedicadas a la actividad de transporte urbano mediante VTC. La victoria de la CNMC es pírrica, porque con argumentos poco sólidos y rigurosos el Tribunal Supremo mantuvo la proporcionalidad de 1/30 en el número de licencias VTC/taxis, la regla de habitualidad (80% servicios en ámbito territorial de la comunidad autónoma del

¹¹¹ Contra las resoluciones del Servicio Territorial de Transportes de Valencia de 14 de noviembre de 2014 (UM/011/15) y de 12 de febrero de 2015 (UM/015/15), que deniegan autorización de transporte de mercancías por carretera al no disponer del número mínimo de vehículos (tres) requerido para la obtención de una autorización de transporte por el art. 19.1.b) de la Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo, por la que se desarrolla el Reglamento de la LOTT en materia de autorizaciones de transporte de mercancías por carretera. El Auto de la AN de 9 de septiembre de 2016 declaró *“la nulidad de todas las actuaciones practicadas por no haberse tramitado de conformidad con el procedimiento para la garantía de unidad de mercado regulado en el artículo 127bis de la LJCA”* y el incumplimiento de *“las normas de reparto de asunto entre las distintas Secciones de la Audiencia Nacional”*. Véase SILOS (2015A) que explica porque las exigencias de un número mínimo de vehículos (3) y otros condicionantes constituyen restricciones injustificadas de la competencia y contrarias al bienestar general.

¹¹² Véanse RD 1057/2015, de 20 de noviembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres y Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la LOTT, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre.

¹¹³ Véanse SILOS (2018 y 2016C) cifra el sobrecoste —en una estimación conservadora y con datos de 2013— en €324,3 millones. Esta impugnación de la CNMC (UM/085/15 y acumulados) ha suscitado una controversia preliminar sobre la competencia para resolverla corresponde a la Audiencia Nacional o al Tribunal Supremo. El Auto del TS (Pleno) de 8 de mayo de 2017 (MP D Córdoba ATS4395/2017 ECLI: [ES:TS:2017:4395A](#)) resuelve esta cuestión de competencia, dando prevalencia a su competencia objetiva por razón del órgano del que procede el acto impugnado frente a la competencia por razón de la materia y el procedimiento de impugnación y la legitimación de la CNMC previstas en la LGUM (FJ°3), confirmando el fallo del Auto de la AN de 4 de julio de 2016 (MP R Castillo) y el voto concurrente de S Soldevilla (extendiéndose también el enjuiciamiento del TS al contenido de la Orden ministerial impugnada que guarden relación directa con las razones esgrimidas para cuestionar el Real Decreto).

¹¹⁴ Véase resolución de 8 de mayo de 2015 de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid, relativa a alquiler de vehículos con conductor (VTC) que exige que los conductores que presten un servicio de VTC efectúen la contratación previa del servicio en las oficinas o locales del prestador de servicio y lleven a bordo una hoja de ruta válida (UM/051/15).

¹¹⁵ Véanse artículo 22 del Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo ([BOCM184 de 4 de agosto de 2005](#)) y Orden de 14 de diciembre de 2012 de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda, se fijan los criterios para autorizar la expedición de licencias de autotaxi a las que se le puedan adscribir vehículos de hasta nueve plazas incluido el conductor ([BOCM302 de 19 de diciembre de 2012](#)).

¹¹⁶ Véase NP CNMC: *La CNMC interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Comunidad de Madrid por denegar una autorización a un taxi de más de cinco plazas*, 16 de Junio de 2017 ([UM/146/16 Autotaxi Daganzo II](#)).

¹¹⁷ Ordenanza reguladora del Área Territorial de Prestación Conjunta de Valladolid y su entorno (ATPCVA) para los Servicios de Transporte Público de viajeros en Autotaxi ([BOPV16 de 23 de Enero de 2018](#)).

domicilio) y los requisitos y exigencias materiales para los vehículos (longitud, número de plazas, potencia y antigüedad)¹¹⁸. En cualquier caso, la virtualidad de este fallo fue reducida porque antes de que se dictara el Gobierno aprobó el Decreto-Ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la LOTT en materia de arrendamiento de vehículos con conductor¹¹⁹ y, más tarde por el Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre. La regulación introducida por esta última norma de rango legal modifica el marco normativo de las VTC, limitando la posibilidad de prestar servicios urbanos y delegando la regulación de sus actividades a la normativa autonómica y municipal¹²⁰.

Finalmente, la LGUM también ha sido la base jurídica empleada para la impugnación del Decreto de la Generalidad de Cataluña 314/2016, de 8 de noviembre, por el que se determinan las condiciones específicas de contratación y comercialización de servicios de taxi y el régimen jurídico de la actividad de mediación¹²¹. Esta regula la entrada al mercado de mediación de los servicios de taxi obligando a los operadores a constituirse bajo en forma jurídica societaria, requiriéndose disponer de un local físico abierto al público, un sistema telemático de atención al cliente, la vinculación a un número mínimo de licencias, la disposición de una póliza de seguro de responsabilidad civil y la llevanza de un registro de los servicios realizados, estableciéndose requisitos adicionales en materia de facturación que limitan la competencia en precios en la contratación de servicios de taxi¹²².

De todos modos, la verdadera eficacia de todas estas herramientas impugnatorias debería ser preventiva, disuadiendo a los poderes públicos de favorecer o promover la realización de prácticas anticompetitivas por los operadores en el mercado. Y es que, a la postre, el resultado positivo de las eventuales impugnaciones de actos o normas reglamentarias que provoquen distorsiones de la competencia puede ser poco útil y efectivo si no se acompaña de algún mecanismo disuasorio que discipline y controle a los cargos y funcionarios públicos que sean responsables en última instancia del acto administrativo o de la norma adoptada¹²³.

III. BIBLIOGRAFÍA

ABBOTT, A.F. & SINGHAM S. (2011): «Enhancing welfare by attacking anticompetitive market distortions» [Concurrences 4-2011](#).

ALFARO, J. & PAZ-ARES, J.C. (2003): «Ensayo sobre la Libertad de Empresa» [en Estudios Jurídicos en homenaje al prof. Díez-Picazo, tomo IV, 2003, 5972-6040](#) [también publicado en MONEREO, J.L.; MOLINA, C. y MORENO, M^a N. (dirs) *Comentario a la Constitución socio-económica de España, 2002, 357-437*].

¹¹⁸ STS de 4 de junio de 2018 (MP E Espin STS1913/2018 ECLI: [ES:TS:2018:1913](#)) fallo publicado en [BOE174 de 19 de Julio de 2018](#).

¹¹⁹ [BOE97 de 21 de Abril de 2018](#).

¹²⁰ La ACCO ha emitido un informe de valoración, desde una óptica de competencia, del Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el cual se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor ([OB 40/2018 - RDL 13/2018](#)), en el que se subrayan sólida y rigurosamente los perniciosos efectos de las nuevas normas para la competencia y el interés público. Por su parte, la Sala de Competencia de la CNMC y los órganos resolutorios de las autoridades de defensa de la competencia autonómicas emitieron el 30 de Octubre de 2018 una —cuando menos— curiosa declaración conjunta ([Declaración del grupo de trabajo de Consejos de las Autoridades de Competencia sobre la nueva regulación en materia de arrendamiento de vehículos con conductor](#)) en la que se recuerda a las autoridades autonómicas y locales que todas las medidas que adopten sobre el servicio VTC deben respetar los principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad y no discriminación).

¹²¹ [DOGC 7244 de 10 de Noviembre de 2016](#).

¹²² Véase SILOS (2017B).

¹²³ Véase FD 9º y 12º de la RCNC de 6 de octubre de 2017, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, Exp. S/0167/09 y MARCOS (2012: 274 y 276).

- ÁLVAREZ SUÁREZ, M. (2016): «La evolución de la promoción de la competencia en España» [Boletín Económico de ICE nº 3082: 27-39](#).
- BERENGUER, L. (2015): «La promoción de la competencia, otra ausencia en la propuesta de Código Mercantil» en [Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas, 2015, 1029-1042](#).
- CARLÓN, M. (2014): «Las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como garante de la Unidad de Mercado» en CARLÓN, M. (dir) *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y al Real Decreto-Ley 8/ 2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, Civitas, 617-655.
- CIDONCHA, A. (2006): *La libertad de empresa*, Civitas.
- CINTIOLI, F. (2012): «Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazioni a ricorrere delle autorità indipendenti» en *Il nuovo diritto amministrativo* 2/2012, 3-14.
- CLARK, J. (2005): «Competition Advocacy: Challenges for Developing Countries» [OECD Journal of Competition Law & Policy](#) 6/4: 69-80.
- COOPER, J.C., PAUTLER, P.A. & ZYWICKI, T. (2005): «Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC» [Antitrust Law Journal](#) 72/3: 1091-1112.
- D'ANNA, A. & CAROVANO, G. (2016): «Article 21bis of Law nº 287/1990: An analysis of recent administrative case law» [Italian Antitrust Review](#) 2 (2016) 81-103.
- EVENETT, S.J. (2006): «Competition advocacy: time for a rethink», *Northwest Journal of International Law of Business* 26: 495-514.
- GAL, M. & FAIBISH, I. (2007): «Six Principles for Limiting Government-facilitated restraints to Competition» *Common Market Law Review* 44: 69-100.
- GÓMEZ-PABLOS, G. & CORDERO, A. «Experiencias recientes en legitimación activa para la eliminación de barreras a la competencia efectiva en los mercados» *Anuario de la Competencia* 2016, 263-286.
- ICN (2002): [Advocacy and Competition policy Report](#), Advocacy Working Group, ICN Conference Nápoles.
- IRINA, K. (2013): «Competition Advocacy: Soft Power in Competitive Policy» [Procedia Economics & Finance](#) 6: 280-287 (International Economic Conference of Sibiu 2013 Post Crisis Economy: Challenges & Opportunities, IECS 2013).
- KOSLOV, T. I. (2012): «Competition Advocacy at the Federal Trade Commission: Recent Developments Build on Past Successes» [CPI Antitrust Chronicle](#), Aug. 2012.
- KOVACIC, W. E. (2012): «The Institutions of Antitrust Law: How Structure Shapes Substance» [Michigan Law Review](#) 110:1119-1144.
- KUCHKOVSKY, T. & (2018): *Informe económico sobre la Ordenanza Municipal Reguladora del uso de vivienda turística y de alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián*, 21 de Noviembre de 2018 ([LA/06/2018](#)).

- LOSTAO, F. «Restricciones a la competencia universitaria en la comunidad de Aragón» en CANEDO, M^a P. (Dir.) *La Competencia como motor de desarrollo económico*, 577-205.
- MARCOS, F. (2019): «Promoción de la competencia por las autoridades de competencia españolas: prevención y reacción frente a restricciones injustificadas de la libre competencia» *ADI* 39, en prensa.
- MARCOS, F. (2018): «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?» [Indret 1-2018](#).
- MARCOS, F. (2017): «Comentario al artículo 4» en GUTIERREZ, A., SALA, J., FOLGUERA, J. & MASSAGUER, J. (dirs) *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 5^a ed., Civitas-Thomson, 319-433.
- MARCOS, F. (2015): «Las restricciones públicas de la competencia» [Papeles de Economía Española 145: 48-56](#).
- MARCOS, F. (2012): «El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta Andalucía en el cartel de las uvas y vinos de Jerez: Comentario a la RNCN de 6 de octubre de 2011, S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez» *Revista del Derecho de la Competencia y Distribución* 11: 253-276.
- MAUDES, A. & SILOS, M. (2017): «El proyecto europeo y la regulación económica eficiente como esencias de la ley de garantía de unidad de mercado» [Boletín Económico del ICE 3089/julio: 13-26](#).
- NÉMETH KECSKEMÉTI, G., HINOJO, P. & LOPEZ, J. (2018) *Informe Económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el Reglamento de Ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente en el ámbito del área metropolitana de Barcelona*, 11 de Octubre de 2018 ([LA/08/2018](#)).
- OHLHAUSEN, M. K. (2006): «Identifying, Challenging and Assigning Political Responsibility for State regulation restricting competition» [Competition Policy International 2/2: 151-166](#).
- PONCE, J. (2018): «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» *Anuario de la Competencia 2017*, 85-129.
- RODRÍGUEZ, A. E. & MENON, A. (2010): *The Limits of Competition Policy: The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies*, Wolters Kluwer.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2010): "Promoción versus Defensa de la Competencia en España: Una versión de Conjunto" [Dereito 19/2 \(2010\) 51-98](#).
- ROMERO, L. & LÓPEZ, J. (2018A) *Informe Económico sobre los acuerdos del Ayuntamiento de Madrid en materia de alojamientos turísticos: Licencia Urbanística para viviendas de uso turístico profesional y moratorias*, 28 de Septiembre de 2018 ([LA/04/2018](#)).
- ROMERO, L. & LÓPEZ, J. (2018B) *Informe Económico sobre la modificación pormenorizada del PGOU de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso del alojamiento turístico*, 14 de Noviembre de 2018 ([LA/05/2018](#)).
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. & PARDO, A.J. (2011): «Poder regulador y mercado: Las memorias e informes de competencia» [Revista de la Asesoría Jurídica Xunta de Galicia 6: 259-292](#).

- SANDULLI, M.A. (2013): «La legittimazione dell'AGCM a ricorrere avverso i provvedimenti della p.A. ex art. 21-bis l. 287/1990 e la violazione delle norme sugli aiuti di Stato» en PACE, L.F. (dir) [*Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*](#), Jovene, 785-795.
- SILOS, M. (2018): «Análisis económico de la economía *gig* con una aplicación al sector taxi en España» [*Papeles de Economía Española* 157: 174-198](#).
- SILOS, M. (2017A) *Informe Económico sobre la reserva de actividad de Arquitectos y Arquitectos técnicos en la ITE en Bilbao*, 5 de Abril de 2017 ([UM/147/16](#)).
- SILOS, M. (2017B) *Informe económico sobre el acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao, de 24 de noviembre de 2016, mediante el que se aprueba una modificación de la ordenanza nº 7 para la zona del ensanche del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao*, 18 Abril 2017 ([LA-CA/01/17 Plan Urbanístico Bilbao](#)).
- SILOS, M. (2017C) *Informe Económico sobre el Decreto 314/2016, relativo a la actividad de mediación en los servicios de Taxi en Cataluña*, 15 Junio 2017 ([UM/010/17](#)).
- SILOS, M. (2016A) *Informe económico sobre la denegación de autorización para la instalación de una estación de servicio en un centro comercial en el Ayuntamiento de Marratxí*, 29 Marzo 2016 ([UM/070/15](#)).
- SILOS, M. (2016B) *Informe Económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Viviendas Vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias*, 17 de Mayo de 2016 ([LA/03/15](#)).
- SILOS, M. (2016C) *Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el RD 1057/2015 y en la Orden FOM//2799/2015, en materia de Vehículos de alquiler con conductor*, 8 de Junio de 2016 ([UM/085/15](#)).
- SILOS, M. (2016D) *Informe Económico sobre el Acuerdo de 27 de Octubre de 2015 de Gobierno de Aragón sobre los Objetivos, Criterios y Requisitos de las Enseñanzas Universitarias Oficiales en la Comunidad Autónoma de Aragón para el Período 2016-2019*, 14 de Julio de 2016 ([UM/001/16](#)).
- SILOS, M. (2016E) *Informe económico sobre la reserva de actividad de arquitectos y arquitectos técnicos en el Informe de Evaluación de Edificios en Santa Pola*, 27 Septiembre 2016 ([UM/007/16](#)).
- SILOS, M. (2016F) *Informe Económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en sector del taxi en la ciudad de Córdoba* ([LA/02/2015](#)).
- SILOS, M. (2015A) *Informe Económico sobre el establecimiento de un número mínimo de vehículos y otros condicionantes en los servicios de transporte pesado de mercancías por carretera*, 5 Junio 2015 ([UM/15/15](#)).
- SILOS, M. (2015B) *Informe Económico sobre la reserva de actividad de arquitectos y arquitectos técnicos en la ITE de Viviendas en Cataluña*, 16 Diciembre 2015 ([UM33/15](#)).
- SILOS, M. (2015C) *Informe Económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en el sector del taxi de la ciudad de Málaga*, 22 diciembre 2015 ([LA/01/2015](#)).
- SOLER VERA, A & FERNÁNDEZ PÉREZ, M. (2007): «La Promoción de la Competencia» *Anuario de la Competencia* 2006, 101-128.
- SOKOL, D. D. (2012): «Anticompetitive Government Regulation» en LIANOS, I. y SOKOL, D.D. (eds) *The Global Limits of Competition Law*, Stanford U. Press 2012, 83-98.

VEGA, P. (2018) *Informe sobre la suspensión cautelar de la autorización para la implantación y ampliación de Grandes Establecimientos Comerciales en la Isla de Mallorca*, 31 de Enero de 2018 ([LA/01/2016 Grandes Establecimientos Comerciales. Moratoria Mallorca](#)).

PROBABILIDAD DE DETECCIÓN DE CÁRTELES EN ESPAÑA: UNA ESTIMACIÓN

Cartel detection probability in Spain: an estimate

Javier GARCÍA-VERDUGO

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

Carlos MERINO TRONCOSO

*Asesoría Económica
CNMC*

Ane Miren MARTÍN

*Asesoría Económica
CNMC*

Resumen

La probabilidad de detección de los cárteles es fundamental con vistas a la fijación de sanciones disuasorias. Bryant y Eckard (1991) la estimaron para Estados Unidos entre el 13% y el 17%, y con el mismo planteamiento, Combe et al. (2008) la estimaron para Europa entre el 12,9% y el 13,3%. Este artículo utiliza el mismo modelo para estimar la probabilidad de detección de los cárteles en España, mediante el método de máxima verosimilitud, en un 10,7%. Esta probabilidad supone un límite superior para la probabilidad de detección real, ya que el modelo empleado solo permitiría calcular la probabilidad de que un cártel se destruya, sin poder diferenciar si ha sido por la labor de las autoridades de competencia o por otras razones.

Abstract

The probability of detecting cartels is fundamental with a view to setting deterrent sanctions. Bryant and Eckard (1991) estimated it for the United States between 13% and 17%, and with the same approach, Combe et al. (2008) they estimated it for Europe between 12.9% and 13.3%. This article uses the same model to estimate the probability of detection of cartels in Spain, using the maximum likelihood method, at 10.7%. This probability supposes an upper limit for the probability of real detection, since the model used would only allow to calculate the probability of a cartel being destroyed, without being able to differentiate whether it was due to the work of the competition authorities or for other reasons.

Palabras clave: Cártel | Multa | Autoridades de defensa de la competencia | Clemencia |

Keywords: Cartel | Fine | Competition authorities | Leniency |

I. INTRODUCCIÓN

Los cárteles son una de las prácticas anticompetitivas que más daños causa a la sociedad. Los cárteles incrementan los precios, reducen la calidad de los productos y del servicio que prestan las empresas, y con frecuencia va asociado a una disminución de las opciones que los consumidores tienen a su alcance. Por ello, las autoridades de competencia procuran detectar y dismantelar el mayor número de cárteles posible, e imponerles sanciones disuasorias. El objetivo de estas sanciones es disuadir tanto a las propias infractoras (disuasión específica) como al resto de las empresas (disuasión general) de participar en conductas anticompetitivas.

Para que las sanciones cumplan su propósito disuasorio, el beneficio que esperan obtener las empresas que se plantean incorporarse a un cártel —o ya forman parte de uno— debería ser menor que la cuantía de la sanción que esperan recibir. Es decir, la multa disuasoria es aquella que hace que la formación o continuidad de un cártel no resulte rentable, porque la conducta generaría más pérdidas que beneficios a las empresas participantes. Además del beneficio ilícito derivado de la conducta anticompetitiva, el otro factor fundamental que debe tenerse en cuenta para determinar la cuantía de las sanciones disuasorias es la probabilidad de detección y sanción, es decir, la probabilidad de que las autoridades de competencia encuentren el cartel y de que impongan a las entidades implicadas las sanciones correspondientes. Cuanto mayor sea la probabilidad de que las autoridades de competencia detecten y sancionen un cártel, mayor tendrá que ser el beneficio esperado para que las empresas decidan participar en el acuerdo anticompetitivo, y por tanto mayor será el poder disuasorio de una misma sanción. O de forma equivalente, para un mismo beneficio ilícito esperado, una probabilidad de detección menor exige imponer una sanción más elevada para alcanzar el mismo objetivo de disuasión.

Allain et al. (2013) analizaron la estabilidad interna de los cárteles desde una perspectiva dinámica, considerando la estabilidad de un cártel en un sector hipotético en el que la probabilidad anual de detección era λ , y en el que, si el cártel es detectado, será disuelto y se le impondrá una sanción F^1 . Para introducir cierta inestabilidad en el cártel, el modelo asume que el beneficio de no cumplir los acuerdos es ligeramente superior al beneficio de cumplirlos. Además, se asume que el beneficio de pertenecer a un cártel es mayor que el asociado a una situación de competencia. Finalmente, se asume que basta que una sola empresa del sector decida no participar o abandonar el cártel para que las demás adopten una estrategia competitiva a partir de ese momento. A partir de este modelo los autores concluyen que la condición suficiente para que la multa F tenga efecto disuasorio desde una perspectiva dinámica (*"dynamic deterrence fine"*, DDF) es la siguiente:

$$F \geq \frac{\Delta\pi}{\lambda} \equiv DDF$$

donde $\Delta\pi$ es el beneficio ilícito anual derivado de la pertenencia al cártel.

Por lo tanto, una sanción igual o superior a DDF será suficiente para que al menos alguna de las empresas del sector decida dejar de participar en los acuerdos del cártel, dismantelando así el acuerdo anticompetitivo. Según la expresión anterior, una sanción será disuasoria si fuera al menos igual al beneficio ilícito anual multiplicado por la inversa de la probabilidad anual de detección. Por ejemplo, para una probabilidad anual de detección del 20% ($\lambda = 0,2$) la multa tendría que ser al menos cinco veces ($1/\lambda =$

¹ Tanto la probabilidad de detección como la sanción se asumen constantes a lo largo del tiempo.

$1/0,2 = 5$) el beneficio ilícito anual para ser disuasoria; para una probabilidad del 50% ($\lambda = 0,5$) la multa tendría que ser al menos el doble del beneficio ilícito anual.

Los párrafos anteriores reflejan la importancia que tiene la probabilidad de detección para la imposición de multas óptimas o disuasorias, por lo que se trata de un parámetro de gran interés para las autoridades de competencia. Por ello, este artículo trata de estimar la probabilidad de detectar cárteles en España. El objetivo es ofrecer a las autoridades de competencia españolas —tanto a la CNMC como a las autoridades autonómicas con facultad de resolución— una referencia numérica que pueda ser de utilidad con vistas a la fijación de sanciones disuasorias. Nuestro estudio también será de utilidad para cualquiera que trate de valorar el carácter disuasorio o no de las sanciones de competencia impuestas en España.

A pesar de la importancia que el cálculo de la probabilidad de detección tiene para las autoridades de competencia, los trabajos que han tratado de estimar este parámetro son relativamente escasos. El primer artículo relacionado con la probabilidad de detección fue realizado por Bryant y Eckard (1991). Estos autores estimaron, con datos de 1961 a 1988, que la probabilidad de que las autoridades de competencia de los Estados Unidos detectaran un acuerdo de fijación de precios en un año determinado se situaba entre un 13% y un 17%. Su artículo se basaba en la idea de que, si la distribución de las duraciones de los cárteles ya conocidos se caracterizaba por la presencia de muchos cárteles de corta duración y pocos cárteles de larga duración, la probabilidad de detección debía ser elevada y el número de cárteles activos reducido, y viceversa. El artículo propone un modelo estadístico que describe la creación, la destrucción/detección y la duración de los acuerdos de fijación de precios, y utiliza un método de máxima verosimilitud para estimar los parámetros del modelo. Estos parámetros son los que se utilizan a su vez para obtener una estimación del número de cárteles activos y de la probabilidad de que estos sean detectados en cada momento.

Combe et al. (2008) siguieron el modelo propuesto por Bryant y Eckard. Utilizando datos para cárteles detectados entre 1969 y 2007 en la Unión Europea, Combe et al. (2008) estimaron que la probabilidad de detección de un cártel en un año concreto se situaba entre el 12,9% y el 13,2%. Sin embargo, estos autores se preocuparon de señalar que la probabilidad de detección estimada según este método era, en realidad, la probabilidad de detección condicionada a que los cárteles son detectados; es decir, se trata de la probabilidad de detección estimada a partir de aquellos cárteles que habían sido detectados previamente. Por tanto, aquella estimación debía ser interpretada como el límite superior de la probabilidad de detección para el conjunto de las empresas cartelizadas. Además, concluyeron que existe una relación positiva entre la probabilidad de detección a partir de los cárteles detectados, y la probabilidad de detección del conjunto de cárteles, es decir, cuando la probabilidad de detección basada en los cárteles detectados aumenta, también lo hace la probabilidad de detección de todos los cárteles.

Ormosi (2014) propuso un modelo alternativo para estimar la probabilidad de detección. Dado que los artículos anteriores ofrecían probabilidades de detección constantes, y por lo tanto no se podían utilizar para estimar su variación a lo largo de un período, este autor se propuso estimar cuál había sido la evolución de la probabilidad de detección a lo largo del tiempo. Para ello, propuso utilizar un método basado en los análisis de captura-recaptura, utilizados con frecuencia en los estudios de ecología y epidemiología. El planteamiento más sencillo de este tipo de análisis estima el tamaño poblacional de una especie tomando dos muestras aleatorias de la misma población. Los ejemplares capturados en la primera muestra se marcan y se vuelven a mezclar con el resto de la población. Si la población no cambia entre las dos muestras, y la

probabilidad de capturar a un individuo cualquiera de la población es constante, entonces el cociente entre los elementos marcados y el total de elementos presentes en la segunda muestra sería un estimador insesgado del cociente entre la población marcada y la población total. Además, la proporción de animales recapturados puede utilizarse para realizar inferencias sobre parámetros de la población, como el tamaño de la misma y la probabilidad de captura y/o supervivencia.

Existen dos tipos de modelos de captura-recaptura: unos que asumen que la población no varía, es decir, que el número de sujetos no cambia con el nacimiento, la muerte o la migración; y otros que asumen que la población varía. Estos últimos modelos presentan una restricción relevante, ya que las estimaciones se basan únicamente en sujetos recapturados, es decir, en ejemplares que ya han sido marcados con anterioridad y han sido capturados de nuevo. Los modelos que asumen que la población varía utilizan métodos de máxima verosimilitud para estimar las probabilidades de captura y de supervivencia, pero no pueden ser utilizados para estimar el tamaño de la población.

Pues bien, Ormosi propone utilizar modelos de captura-recaptura en los que se asume que la población varía para calcular la probabilidad de detección de un cártel. Este autor señala que algo similar a lo que sucede con los animales es aplicable también a las empresas. Las autoridades de competencia recogen muestras de la población de empresas, señalan cuáles son las compañías que participan en un cartel, y las firmas "vuelven" al mercado (siguen operando en él) cuando la investigación ha terminado. Posteriormente se vuelve a obtener una nueva muestra de empresas en la que algunas empresas son nuevas y otras ya han sido "capturadas" en ocasiones anteriores. Así, la probabilidad de detección de un cártel será igual a la probabilidad de que sea recapturado, ya sea gracias a una inspección, una solicitud de clemencia o una denuncia. La probabilidad de sobrevivir es una probabilidad de supervivencia aparente, ya que los investigadores no son capaces de diferenciar si una empresa que solo ha sido capturada una vez no vuelve a ser capturada porque ha desaparecido, porque no vuelve a formar un cártel o porque pasa a formar parte de la población de cárteles que no son capturados. El modelo de Ormosi, a diferencia de los anteriores modelos, se basa en un análisis por empresas y no por cárteles.

Como el número de supuestos en los que se basa este método es reducido, se trata de un modelo relativamente simple de utilizar y que requiere pocos datos. A pesar de sus ventajas, sigue padeciendo una de las limitaciones que aquejaba al modelo de Bryant y Eckard, ya que la probabilidad obtenida a partir de los cárteles detectados solo puede interpretarse como un límite superior de la probabilidad de detección total. Como resultado de aplicar este modelo a los cárteles detectados por la Comisión Europea, Ormosi concluye que en el período 1985-2009 la probabilidad de detección habría oscilado de manera habitual entre el 10% y el 20%, con valores fuera de ese intervalo en momentos puntuales. Otra de sus conclusiones es que la colaboración entre las autoridades europeas y americanas habría incrementado la probabilidad de detección más que la introducción de los programas de clemencia.

A diferencia de los trabajos anteriores, Park et al. (2018) estiman la probabilidad de sanción, entendida como la probabilidad de detección y sanción, a la que se enfrentan las compañías que participan en un cartel. El artículo considera que asumir que cualquier cartel detectado será sancionado, como hacen tanto Bryant y Eckard (1991) como Combe et al. (2008), no es realista, ya que algunas de las empresas cartelizadas no recibirán sanción (por ejemplo, porque se les aplica la clemencia). Además, considera que Bryant y Eckard no tienen en cuenta la población no observable de cárteles y critica, igual que Ormosi (2014), que las probabilidades anuales estimadas

en dichos artículos son constantes. En relación a este último artículo, Park et al. (2018) consideran que utiliza dos supuestos que no son razonables. Por un lado, los modelos de captura y recaptura asumen que las migraciones temporales entre dos estados (colusión-competencia) no existen. Por otro lado, como los resultados del artículo se basan en medias móviles de tres o cinco años, la estimación de la probabilidad anual obtendría resultados que podrían no ser precisos por falta de datos. Dado que según estos autores el mercado reaccionaría de forma inmediata a los cambios en las políticas de competencia, sería necesario estimar la probabilidad de detección y sanción con referencia al periodo temporal más breve posible.

Partiendo de las consideraciones anteriores, Park et al. (2018) estiman la probabilidad de sanción utilizando un modelo bayesiano. Evalúan además el impacto de los programas de clemencia como instrumento de las políticas de competencia. Establecen un modelo de probabilidad bayesiana cuya probabilidad media será la probabilidad de sanción, y esta probabilidad variaría con el tiempo. Utilizando datos del Departamento de Justicia americano, concluyen que la probabilidad de sanción en el periodo 1970-2009 se situó entre el 9% y el 23%, y muestran que esta probabilidad habría ido en aumento a lo largo del periodo temporal analizado. Concluyen también que los programas de clemencia incrementan la probabilidad de detección.

Finalmente, merece la pena mencionar el artículo de Harrington y Wei (2017). Aunque estos autores no tenían como objetivo la estimación de la probabilidad de detección, analizaron si la probabilidad de detección y la duración de los cárteles, estimadas a partir de los cárteles detectados, se podrían considerar una aproximación fidedigna a la probabilidad de detección y duración para todo el conjunto de cárteles. Por lo tanto, su análisis es relevante para una correcta interpretación de los resultados obtenidos. Una de las puntualizaciones más importantes que hacen estos autores es destacar que las probabilidades de detección calculadas hasta el momento en otros trabajos no permitirían distinguir entre la probabilidad de detección del cártel y la probabilidad de que un cartel se deshaga sin la intervención de las autoridades de competencia. Por este motivo, no sería posible inferir cuantos cárteles evitan ser detectados, porque no todos los que han evitado la detección continuarían operativos.

El artículo señala en primer lugar que, si todos los cárteles se crearan y se destruyeran siguiendo el mismo proceso, entonces la muestra de cárteles detectados sería una muestra representativa de la población de cárteles. Esto último implicaría que la duración media de los cárteles detectados sería una medida insesgada de la duración media de todos los cárteles, y la probabilidad de destrucción (por detección o porque se deshacen sin intervención externa) de los cárteles detectados también es una medida no sesgada de la probabilidad de destrucción de todos los cárteles. También destacan que, como no se puede discernir entre la probabilidad de detección de los cárteles y la probabilidad de que se deshagan solos, la estimación de la probabilidad de destrucción de un cártel basada en su duración debe entenderse como un límite superior de la probabilidad de que un cártel sea detectado y sancionado.

Dado que no es realista asumir que todos los cárteles siguen el mismo proceso de creación y destrucción, los autores analizan cuál es el efecto de asumir que estos procesos varían entre unos cárteles y otros. La conclusión que obtienen es que existe un sesgo cuando se utiliza la estimación de la probabilidad de destrucción a partir de los cárteles detectados para aproximar la probabilidad de destrucción de toda la población de cárteles. Este sesgo está ligado a la relación entre la variación de la probabilidad de que se deshagan solos y la variación de la probabilidad de detección, ambas variaciones referidas a la que existe entre los distintos cárteles. Así, si la variación entre cárteles de la probabilidad de que se deshagan solos es grande en comparación con la variación de

la probabilidad de detección, entonces la estimación de la duración de los carteles a partir de los detectados estaría sesgada al alza. En cambio, si la variación entre carteles de la probabilidad de que se deshagan sin intervención ajena es pequeña en relación a la variación de la probabilidad de detección, entonces, la estimación de la duración media de los carteles a partir de los detectados está sesgada hacia abajo.

Según el modelo teórico construido, Harrington y Wei (2017) estimaron que la duración media de los carteles detectados podría llegar a sobreestimar la duración media de todos los carteles hasta un 10%, o podría subestimarla hasta un 15%. Finalmente, y aunque no fuera el objetivo fundamental del artículo, calcularon que un cartel creado entre 1960 y 1985 tendría una probabilidad del 17% de ser destruido en un año determinado, ya fuera por detección o sin intervención externa.

Este artículo se estructura como sigue: la segunda sección detalla el modelo y los datos utilizados para estimar la probabilidad de detección; la tercera sección detalla cómo se ha estimado la probabilidad de detección en España y muestra los resultados obtenidos; finalmente, la sección cuarta concluye destacando las ideas principales y planteando líneas de investigación futuras.

II. MODELO Y DATOS

El objetivo de este trabajo es obtener una primera estimación de la probabilidad de detección en España. Para ello se aplicará el mismo modelo planteado por Bryant y Eckard. Como se ha explicado, se trata del primer modelo que se utilizó para estimar la probabilidad anual de detección, aunque presenta algunas debilidades puestas de manifiesto por la literatura posterior. Una de ellas es que la probabilidad que se obtiene es una probabilidad constante, por lo que no se puede analizar su evolución temporal. Además, la probabilidad de detección estimada a partir de los carteles detectados no debería utilizarse como aproximación de la probabilidad de detección global sin tener en cuenta el sesgo que eso implica. Finalmente, en línea con los comentarios de la sección anterior, la probabilidad estimada con el modelo de Bryant y Eckard es la probabilidad de destrucción, sin que se pueda distinguir entre la probabilidad de detección y la de que los carteles se deshagan por sí solos. Por lo tanto, las probabilidades de detección obtenidas deben entenderse más bien como un límite superior de la probabilidad de detección real.

A pesar de sus carencias, hemos decidido utilizar el modelo de Bryant y Eckard porque su trabajo sobre este tema es el que ha tenido una mayor repercusión hasta la fecha. Utilizar el mismo modelo nos permitirá comparar nuestros resultados con los publicados en varios trabajos relevantes, lo que proporciona una referencia muy útil. En cualquier caso, dado que nuestro objetivo se limita a ofrecer una primera estimación de la probabilidad de detección de los carteles en España, una evolución natural de nuestro trabajo sería tratar de mejorar las estimaciones realizadas utilizando modelos que no tengan esas limitaciones. A continuación, se detalla el modelo planteado, así como los datos que se han utilizado para realizar las estimaciones.

III. DESCRIPCIÓN DEL MODELO

Como se ha dicho, el modelo que hemos utilizado es el propuesto por Bryant y Eckard (1991). Estos autores plantearon un modelo de "nacimiento y muerte" para explicar las dinámicas por las cuales en un momento determinado del tiempo t hay un número determinado de carteles vivos $N(t)$. Se consideran dos procesos que determinan $N(t)$: un proceso que describe la formación de carteles, donde la probabilidad de que se

forme un cártel en un momento del tiempo es θ , y un proceso que describe su desaparición, donde la probabilidad de que un cártel desaparezca en un momento temporal es λ . El modelo asume que la desaparición de un cártel se produce con su detección y desmantelamiento: cuando un cártel es detectado, se le impone una sanción y desaparece.

Es necesario destacar que, en este modelo, λ es igual a la probabilidad de detección condicionada a que el cártel sea detectado. Según Combe et al. (2008), la probabilidad global de detección sería necesariamente inferior a λ . Si esto fuera cierto, la probabilidad de detección condicionada a que el cártel sea detectado supondría el límite superior de la probabilidad de detección de la población total de cárteles. A pesar de ello, parece lógico asumir que las empresas tendrán en cuenta λ (la probabilidad de detección condicionada a la detección del cártel), que pueden estimar, en lugar de la probabilidad de detección global, que desconocen. Por tanto, estimar λ sigue siendo de utilidad para las autoridades de competencia, aunque es necesario interpretar el resultado de manera adecuada.

En el proceso que describe la aparición de los cárteles, se asume que estos se forman aleatoriamente de manera sucesiva. El periodo entre el nacimiento de un cartel $i - 1$ y la aparición del siguiente cártel i se denomina A_i . Se asume que los tiempos que transcurren hasta la aparición de un nuevo cártel están distribuidos de forma exponencial con media $1/\theta$, que es el tiempo medio que pasa hasta la creación de un nuevo cártel.

En el proceso que describe la desaparición de los cárteles, ya se ha indicado que el modelo asume que la detección es la única causa de desaparición de los cárteles, por lo que la duración del cártel y el tiempo necesario para su detección se identifican. Se asume que la duración de un cártel L_i también se distribuye de forma exponencial con media $1/\lambda$, que es la duración media de los cárteles, o de forma equivalente en este modelo, el tiempo medio que se tarda en detectarlos.

Además, se asume que las distribuciones de los tiempos de aparición y de detección de los cárteles son independientes. Considerar que la formación y duración de los cárteles siguen distribuciones independientes supone asumir que, por un lado, la detección de un cártel no implica que haya una mayor o menor probabilidad de que aparezca otro, y que la aparición de un nuevo cártel no tendrá implicaciones para la mayor o menor probabilidad de detección de los ya existentes. Este supuesto parece razonable, dado que los cárteles se crean por motivos diversos que no están necesariamente relacionados con los factores que determinan su duración.

La independencia de las distribuciones también implica que la probabilidad de detección de un cártel en un determinado momento, asumiendo que no haya sido detectado en el periodo anterior, es independiente de su duración hasta ese momento. Sin embargo, conviene aclarar que la probabilidad acumulada de que un cártel sea detectado aumenta a lo largo del tiempo, puesto que es igual a la probabilidad de que no haya sido detectado en ninguno de los periodos anteriores.

Según el modelo utilizado, en el momento t habrá $N(t)$ cárteles activos que podrán ser detectados, aunque como las autoridades de competencia tienen recursos limitados, solo N_{\max} cárteles podrán ser investigados de forma simultánea. El modelo asume que el proceso de creación y destrucción de los cárteles ha alcanzado un estado estacionario, por lo que las condiciones iniciales (el momento T_0 en el que comenzó el proceso de creación de cárteles) no afectan a los resultados. En estas condiciones, partiendo de los procesos de "nacimiento y muerte" descritos anteriormente, y aplicando el método de máxima verosimilitud, se deduce que el número de cárteles

activos en un determinado momento $N(t)$ sigue una distribución de Poisson con media θ/λ . Como se asume que se ha alcanzado el estado estacionario, estos dos parámetros no varían con el tiempo.

Si el modelo se ajusta a los datos disponibles, la estimación de sus dos parámetros fundamentales nos permitirá obtener un valor aproximado de la probabilidad de aparición y, sobre todo, de la probabilidad de detección de cárteles en un determinado momento.

Para las estimaciones basadas en el modelo que se ha detallado en la sección anterior se van a utilizar datos de expedientes de cárteles instruidos y resueltos por la CNC o la CNMC entre los años 2011 y 2018. En este periodo se han instruido y resuelto 145 expedientes. Se han recopilado para estos expedientes los datos necesarios para su identificación. Estas variables serían (i) el año de resolución del expediente, (ii) el nombre del expediente, (iii) el código de referencia que las autoridades asignaron a cada expediente, (iv) el tipo de infracción que se investiga en el expediente, y (v) si se trata de un cártel o no.

La mayoría de estos expedientes incluyen bien investigaciones relativas a infracciones de artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), bien infracciones del artículo 2 de la LDC; solo en tres expedientes se instruyen de forma simultánea infracciones del artículo 1 y 2 de la LDC. Dado que el modelo se plantea para analizar la probabilidad de detección de cárteles, se han descartado todos aquellos expedientes relacionados solo con infracciones del artículo 2 de la LDC.

Una vez descartados estos expedientes, contamos con 122 observaciones relacionadas con infracciones del artículo 1 de la LDC. Sin embargo, estos expedientes incluyen tanto cárteles como otros acuerdos horizontales entre competidores, así como acuerdos verticales anticompetitivos. Como nuestro objetivo es estimar la probabilidad de detección de cárteles, se han excluido también todos aquellos expedientes no relacionados con cárteles. Desde el año 2011 hasta el año 2018 en España se han instruido y resuelto 70 expedientes relativos a cárteles.

Para cada uno de los 70 expedientes utilizados se han obtenido los datos necesarios para estimar el modelo presentado en el apartado anterior, que se concretan en las fechas de inicio y fin de los cárteles sancionados. Estas fechas son las variables fundamentales para el cálculo de la probabilidad de detección, ya que esta se estimará, fundamentalmente, a partir de la distribución de las duraciones de los cárteles detectados. Los expedientes y los datos relacionados utilizados para estimar el modelo se han recogido en el Anexo 1.

La duración de los cárteles se ha obtenido como la diferencia en días desde el inicio del cártel hasta su desmantelamiento. La fecha de inicio del cártel corresponde a la fecha que durante la investigación se ha constatado como fecha de inicio del cártel. Cuando el cártel está formado por más de una empresa, puede que la fecha de inicio no sea igual para todas, ya que algunas han podido unirse al cártel cuando este ya se había formado. En estos casos se ha considerado como fecha de inicio la fecha más lejana presente en el expediente. Es decir, se ha utilizado la duración global del cártel y no la duración específica de cada una de las empresas involucradas en el mismo.

En algunos expedientes la fecha de inicio se presenta como una fecha exacta (incluye día, mes y año), pero cuando no es así se ha estimado que la fecha de inicio corresponde al primer día del mes, si se conoce el mes, o el primer día del año, si solo se conoce el año en el que se formó el cartel. Finalmente, la fecha de finalización del cártel es la fecha en la que el expediente sitúa el fin de los acuerdos. Esta fecha se corresponde con aquella en la que se realizaron las primeras inspecciones en las

empresas, ya que se asume que al ser investigadas las empresas dejaron de realizar las actividades delictivas. Puede haber situaciones en las que las empresas sigan participando en el cártel incluso después de ser detectadas por las autoridades de competencia, pero esta posibilidad poco común no se ha tenido en cuenta en el modelo.

La fecha inicial no se conoce con certeza, porque se determina a partir de las pruebas recabadas por las autoridades de competencia, y podría haber casos en los que no hayan sido capaces de recabar las pruebas más antiguas. Por otro lado, los cárteles podrían seguir en funcionamiento, como hemos visto, incluso después de que se iniciaran las investigaciones. Por tanto, las duraciones calculadas pueden ser menores que las duraciones efectivas de las infracciones.

Por último, aunque en otros artículos que utilizan el modelo de Bryant y Eckard (1991) se han calculado dos series de duraciones distintas para los cárteles, en nuestro caso hemos decidido utilizar una única serie de duraciones. En los otros artículos se establecieron dos duraciones para solucionar el problema relacionado con la falta de precisión con la que se conocía la fecha de inicio. Así, cuando en un expediente se señalaba que la infracción había comenzado en un año determinado, calculaban una duración estableciendo como fecha de inicio el 1 de enero, y otra duración que establecía como inicio el 31 de diciembre. En este trabajo hemos decidido utilizar una sola serie de duraciones correspondientes a una única fecha de comienzo para cada cártel. El motivo es que en nuestra base de datos apenas existen casos en los que solo sea conocido el año de comienzo, que sería cuando las diferencias entre las dos series de duraciones serían más significativas. Lo normal es conocer al menos el mes y el año de inicio de la infracción, por lo que la mayor divergencia de duración que podría darse sería la que existe entre el comienzo y el fin de un mes. Por tanto, las dos medidas de duración ofrecerían estimaciones muy similares, y esto se traduciría en estimaciones muy próximas para las probabilidades de detección. De hecho, esto es precisamente lo que ocurre en el trabajo de Combe et al. (2008), donde las dos duraciones que utilizan son tan semejantes que ofrecen estimaciones de la probabilidad de detección muy similares.

En la Tabla 1 se resumen los principales estadísticos descriptivos para las duraciones y el tiempo de aparición en años calculadas para los cárteles españoles detectados: la media, la mediana, la duración mínima y máxima, y la desviación estándar. Junto con esos indicadores se ha elaborado la distribución de frecuencias de las duraciones de los cárteles españoles, que se muestra en el Anexo 2.

Tabla 1: Principales estadísticos descriptivos de la duración y el tiempo de aparición de los cárteles detectados en España (2011-2018)

	Media	Mediana	Mínimo	Máximo	Desviación estándar
Duración (años)	9,4	7,8	0,2	34,0	7,6
Tiempo de aparición (años)	0,52	0,17	0,01	4,84	0,91

Como muestra la tabla anterior, la duración media de los cárteles españoles es de 9,4 años. Si comparamos la duración media de los cárteles nacionales con las duraciones medias de los cárteles americanos e internacionales puede observarse que la duración de los cárteles españoles es significativamente superior. Así, Bryant y Eckard (1991) estimaron que la duración media de los cárteles en los Estados Unidos se situaba entre 5,2 y 7,3 años, mientras que Combe et al. (2008) estimaron que la duración media de los cárteles europeos se situaba entre 7,5 y 7,8 años. Bryant y Eckard (1991) señalaron también que un nuevo cartel se formaba en Estados Unidos cada 54 días, mientras que Combe et al. (2008) estimaron que esto sucedía en Europa cada 50 días, por lo que la aparición de nuevos cárteles sería más lenta en España, ya que aquí pasan 190 días en media hasta que un nuevo cartel aparece.

A pesar de que la duración media de los cárteles es casi dos años mayor que la más alta obtenida en otros trabajos, hay más observaciones por debajo que por encima de la media, lo que se refleja en el hecho de que la mediana es inferior a la media, y es igual de hecho a la mayor duración media de los otros artículos publicados. Por tanto, la duración media se ve influida de manera significativa por algunos valores extremos, lo que se refleja también en la elevada desviación estándar. Finalmente, el cartel más breve presente en el mercado español duró 69 días (los 0,2 años de la tabla), mientras que el cartel más largo estuvo operativo durante 34 años.

IV. ESTIMACIÓN DE LA PROBABILIDAD DE DETECCIÓN

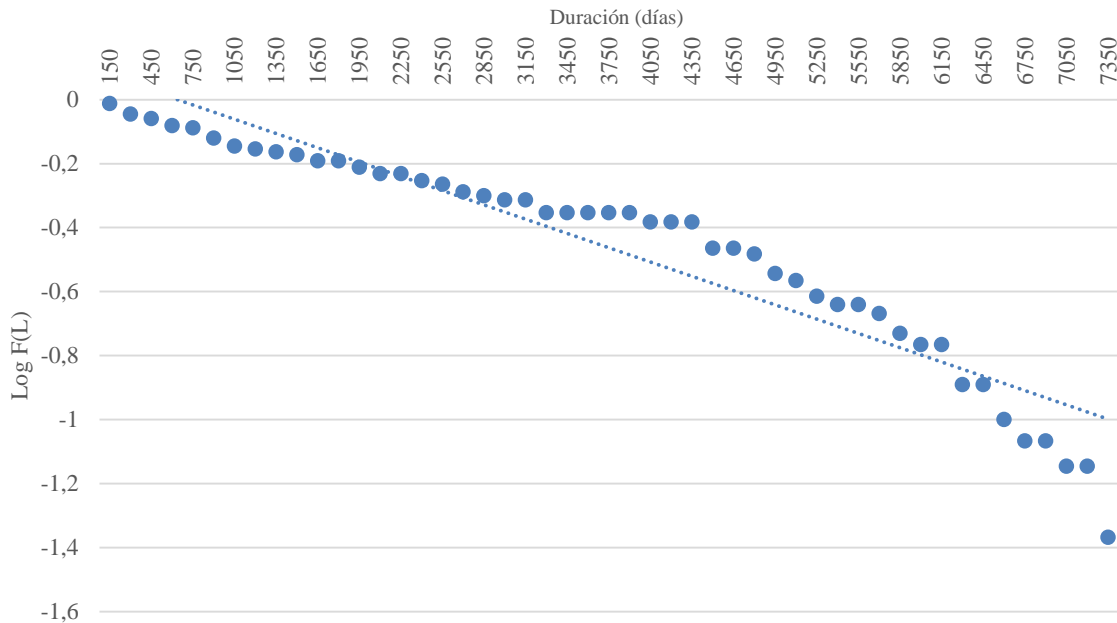
Una vez descritas las principales características de los datos, podemos proceder a estimar la probabilidad anual de detección en España. El primer paso para poder realizar esta estimación exige comprobar que los supuestos en los que se basa el modelo teórico se ajustan a los datos disponibles. Para ello hemos comprobado si las duraciones de los cárteles y sus tiempos de aparición siguen de hecho distribuciones exponenciales. Cuando se haya confirmado que este supuesto es válido, se podrá proceder válidamente a estimar la probabilidad de detección y de aparición de los cárteles en España.

En primer lugar, hemos procedido a comprobar si es válido el supuesto de que las duraciones de los cárteles y sus tiempos de aparición siguen una distribución exponencial. Si las duraciones de los cárteles (variable aleatoria L_i) se distribuyen de manera exponencial con media $1/\lambda$, su función de distribución debería ser $f(L) = 1 - \exp(-\lambda L)$. Utilizando las duraciones de nuestra base de datos es posible estimar la función de distribución acumulada, que es igual a:

$$F(L) = \frac{\text{número de observaciones } \leq L}{\text{número total de observaciones}}$$

Si efectivamente las duraciones siguen una distribución exponencial, al trazar un gráfico en el que se muestre la evolución del logaritmo de la función de distribución acumulada con respecto a las duraciones, la curva resultante debería ser aproximadamente lineal. La Figura 1 muestra gráficamente esa relación, con los valores de las duraciones en días.

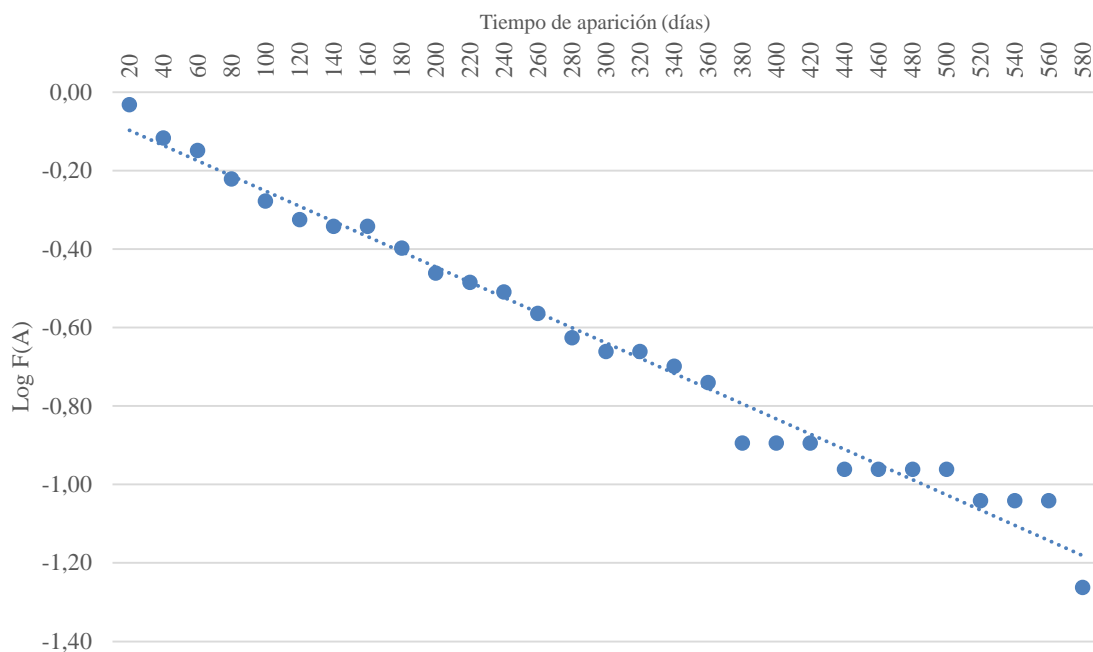
Figura 1: Relación entre la duración de los cárteles y el logaritmo de la función de distribución acumulada de esa variable



Como se puede observar en la figura anterior, los datos disponibles confirman aproximadamente el supuesto relativo a la distribución exponencial de las duraciones de los cárteles.

En el caso de los tiempos de aparición de los cárteles se ha realizado el mismo procedimiento, y la Figura 2 permite verificar gráficamente que esta variable sigue también aproximadamente una distribución exponencial.

Figura 2: Relación entre el tiempo de aparición de los cárteles y el logaritmo de la función de distribución acumulada de esa variable



Aunque ambas gráficas muestran una relación lineal entre las variables (en días) y los logaritmos de la función de distribución acumulada, para mayor seguridad se ha realizado una regresión para la duración y otra para el tiempo de aparición de los cárteles. Así, la regresión del logaritmo de $F(L)$ respecto de la duración de los cárteles tiene un $R^2 = 0,94$; mientras que la regresión del logaritmo de $F(A)$ respecto de los datos del tiempo transcurrido entre la creación de diferentes cárteles muestra un $R^2 = 0,84$. Estos dos indicadores corroboran cuantitativamente las conclusiones extraídas de las figuras anteriores.

El modelo, además de la distribución exponencial de los datos, asume que el proceso de aparición y detección de cárteles comienza en T_0 , que es un momento desconocido. Para estimar el modelo se fija un periodo $[T_1, T_2]$ en el que se va a observar el proceso de aparición y detección de cárteles, siendo $T_2 > T_1 > T_0^2$.

La estimación de la probabilidad de detección dependerá de los valores de T_1 y T_2 , que a su vez dependen de T_0 . Por lo tanto, para poder realizar la estimación de la probabilidad de detección es necesario definir no solo el periodo temporal de la muestra, sino el tiempo que ha transcurrido desde el inicio del proceso. Ni Bryant y Eckard (1991) ni Combe et al. (2008) fijan un T_0 concreto, es decir, no deciden cuando comenzó el proceso. En lugar de determinar la fecha de inicio, analizan a partir de qué momento la elección de una fecha concreta como fecha de inicio deja de influir en la probabilidad de detección estimada. Ambos trabajos señalan que para fechas de inicio anteriores a 1930, la elección de T_0 deja de influir en la probabilidad de detección estimada, y por lo tanto concluyen en cada caso que sus T_1 (1961 y 1969, respectivamente) son suficientemente grandes, y que el proceso ha alcanzado un estado estacionario. Dado que los periodos temporales analizados en estos artículos comienzan en años significativamente anteriores a 2011 (nuestro T_1), a partir de sus conclusiones se puede asumir que con más motivo para el año 2011 el proceso habrá alcanzado también un estado estacionario.

Una vez verificados los supuestos del modelo, se ha procedido a estimar la probabilidad de que un cártel sea detectado (λ) y la probabilidad de que un cártel nuevo aparezca (θ). Estos dos parámetros se estiman utilizando el método de máxima verosimilitud³. La Tabla 2 muestra los resultados de la estimación.

Tabla 2: Estimación de la probabilidad de detección y de aparición de cárteles

	Probabilidad de detección (λ)	Probabilidad de aparición de un cártel (θ)
Días	0,00029	0,01
Años	0,107	1,92

La tabla anterior muestra que la probabilidad de que un cártel sea detectado en España un determinado año es de 10,7%. Como hemos visto anteriormente, Bryant y Eckard (1991) estimaron que la probabilidad anual de detección de los cárteles en

² Como los cárteles que estén activos tanto en el momento T_1 como en T_2 (es decir, los que no desaparezcan en ese intervalo) no van a ser observados, la base de datos que tenemos es una base de datos censurada.

³ La probabilidad de detección y la probabilidad de aparición se estiman aplicando el método de máxima verosimilitud a la siguiente función: $V(L_1, \dots, L_n) = \theta^n \lambda^n \exp[-\theta(T_2 - T_1)] \exp[-\lambda \sum_{i=1}^n L_i] \exp(w)$. Vid. para más detalles el apéndice de Bryant y Eckard (1991).

Estados Unidos se situaba entre el 13% y el 17%, mientras que Combe et al. (2008) estimaron que la probabilidad anual de detección se situaba entre 12,9% y 13,2% para los cárteles europeos. Ormosi (2014) estimó la probabilidad de detección anual para los cárteles europeos, aunque utilizó un modelo diferente, y concluyó que esta probabilidad se situaba habitualmente entre el 10% y el 20%, con valores ocasionalmente fuera de ese intervalo. También con un modelo diferente al que hemos utilizado en este trabajo, Park et al. (2018) estimaron que la probabilidad de que un cártel fuera detectado en Estados Unidos se situaba entre el 9% y el 23%. Finalmente, Harrigton y Wei (2017) estimaron —aunque no era el objetivo de su trabajo— que la probabilidad anual de detección en el país norteamericano era de 17%. Por tanto, según nuestra estimación, la probabilidad de detección anual de los cárteles en España se sitúa en el rango inferior de las estimaciones obtenidas en el resto de artículos, aunque solo las conclusiones de los dos primeros trabajos son estrictamente comparables.

A la hora de interpretar estos resultados hay que tener en cuenta varias de las conclusiones a las que llegaron los trabajos anteriores. En primer lugar, tal y como señalaron Harrigton y Wei (2017), la probabilidad de detección calculada es, en realidad, la probabilidad de que un cártel desaparezca por cualquier motivo. Según esto, el 10,7% de probabilidad de detección anual que hemos estimado sería más bien la probabilidad de que un cártel desaparezca bien por ser descubierto o bien porque se deshace sin intervención externa. Esto quiere decir que se trata de un límite superior de la verdadera probabilidad de detección, que sería en todo caso menor.

En segundo lugar, Combe et al. (2008) señalan en su artículo que la probabilidad de detección calculada es en realidad la probabilidad de detección condicionada a que el cártel sea finalmente detectado, por lo que, según el modelo propuesto por estos autores, también en este caso —aunque por motivos diferentes— la probabilidad del 10,7% sería un límite superior del verdadero valor de esa probabilidad. Es decir, para estos autores la probabilidad de detección para el conjunto de la población de cárteles será inferior a la estimada.

Si se aplicaran los dos comentarios anteriores simultáneamente, debería concluirse que la verdadera probabilidad de detección para el conjunto de la población de cárteles en España sería significativamente inferior al 10,7% estimado. Esta conclusión es de gran relevancia de cara al posible uso que hagan las autoridades de competencia españolas de esta estimación de la probabilidad de detección, puesto que la multa óptima derivada del valor que hemos estimado debería considerarse en cualquier caso como la menor de las posibles sanciones disuasorias.

Finalmente, otra de las conclusiones alcanzadas en el trabajo de Harrigton y Wei (2017) señalaba que la duración media de los cárteles detectados podría llegar a sobreestimar la duración media de todos los cárteles hasta un 10%, o podría subestimarla hasta un 15%. Dado que la probabilidad de detección que hemos estimado depende únicamente de las duraciones de los cárteles, esta conclusión —si se confirmara— implicaría que el valor estimado de la probabilidad media de destrucción de los cárteles detectados subestimaría hasta un 10% la probabilidad de destrucción para toda la población de cárteles, mientras que podría llegar a sobreestimarla hasta un 15%. Por lo tanto, partiendo de una probabilidad de destrucción para España estimada a partir de los cárteles detectados del 10,7%, habría que concluir más bien que la probabilidad de destrucción de un cártel en España se situaría entre el 9,1% y el 11,7%. Esto implicaría que la probabilidad estimada para la muestra de cárteles detectados no sería necesariamente más elevada que la probabilidad inferida para la población total de cárteles, en contra de la conclusión de Combe et al. (2008) mencionada anteriormente.

El cálculo de la probabilidad de detección tiene, como se ha señalado al comienzo del artículo, gran importancia para las autoridades de competencia, porque es necesario tener en cuenta este parámetro para determinar la multa óptima, y también debe ser considerado para valorar *ex post* la capacidad disuasoria las sanciones impuestas. Si se aceptara que en España la probabilidad anual de destrucción de cárteles es del 10,7%, y que se trata de un límite superior para la probabilidad de detección, esto supondría que las multas impuestas por la autoridad de competencia española, para ser disuasorias, deberían ser al menos 9 veces el beneficio ilícito anual obtenido por las empresas que formaban el cártel⁴. Por tanto, estos resultados tienen implicaciones prácticas de mucha relevancia para la defensa de la competencia en España.

V. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES PARA LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

El artículo de Bryant y Eckard (1991) fue el primero en tratar de estimar la probabilidad de detección de cárteles en Estados Unidos. Según sus cálculos un cártel tenía entre un 13% y un 17% de probabilidades de ser detectado por las autoridades de competencia en un determinado año. Siguiendo el modelo planteado por estos autores, Combe et al. (2008) estimaron la probabilidad de que un cártel fuera detectado por las autoridades de competencia europeas. La probabilidad que estimaron es menor a la que estimaron los autores americanos, ya que un cártel europeo tenía entre un 12,9% y 13,2% de probabilidad de ser detectado.

Este artículo aplica el mismo modelo que estos autores plantearon para estimar cual es la probabilidad de que un cártel sea detectado en España. Así, utilizando datos correspondientes a los expedientes sancionadores resueltos desde 2011 hasta 2018 por la autoridad de competencia española, se ha estimado que la probabilidad anual de que un cártel sea detectado en España es de 10,7%. Se trata por lo tanto de una probabilidad de detección que se encuentra en el extremo inferior del intervalo de estimaciones. Esta diferencia podría explicarse en parte por las características de los cárteles analizados en los otros dos artículos, ya que en ellos las estimaciones se basan en cárteles de mayor dimensión, internacionales en muchos casos, mientras que la base de datos que se ha utilizado en este artículo se centra en cárteles nacionales.

De todas formas, teniendo en cuenta lo que Harrigton y Wei (2017) señalan en su artículo, esta estimación no es tanto la probabilidad de detección como la probabilidad de que un cártel desaparezca independientemente de las causas, por lo que supondría un límite superior a la probabilidad real de detección. A pesar de que se trata de un límite superior, dado que la probabilidad real de detección no se conoce, las empresas que se planteen cartelizarse tendrán este porcentaje en cuenta a la hora de tomar las decisiones, por lo que en cualquier caso se trata de una variable relevante. Por otra parte, aplicando a nuestro caso otros resultados alcanzados en el mismo trabajo de Harrigton y Wei (2017), debería concluirse que, si se acepta una probabilidad del 10,7% estimada para España a partir de la muestra de cárteles detectados, la probabilidad de destrucción de un cártel en España —por detección o desaparición por otros motivos— para el conjunto de la población se situaría más bien en el intervalo entre el 9,1% y el 11,7%.

Dada la importancia que esta variable tiene para las autoridades de competencia, resulta necesario continuar esta línea de investigación para mejorar la estimación de la probabilidad de detección. Por un lado, teniendo en cuenta que el número de

⁴ El factor de disuasión es la inversa de la probabilidad de detección, es decir, $1/0,107 = 9,36$.

observaciones incluidas en la base de datos es menor que el número de observaciones utilizadas en otras publicaciones, una manera de aumentar la fiabilidad de las estimaciones sería ampliar el periodo temporal analizado, para incluir resoluciones sancionadoras por cárteles anteriores al año 2011. Por otro lado, convendría utilizar otros métodos de estimación de este parámetro, de modo que puedan compararse los resultados obtenidos y podamos estar en condiciones de valorar si se trata de estimaciones robustas. Por último, habría que reproducir el análisis de Harrington y Wei (2017) para comprobar si sus resultados sobre el sesgo de la extrapolación a toda la población de los resultados obtenidos para la muestra de cárteles son en verdad aplicables al caso de España.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BRYANT, P. y ECKART, W. (1991): "Price fixing: the probability of getting caught", *Review of Economics and Statistics*, n. 73, pp. 531-540.
- COMBE, E.; MONNIER, C. y LEGAL, R. (2008): "Cartels: The Probability of getting caught", Bruges European Economic Research Papers, n. 12.
- HARRINGTON, J. y WEI, Y. (2017): "What can the duration of discovered cartels tell us about the duration of all cartels?", *The Economic Journal*, vol. 127, pp. 1977-2005.
- HYTTINEN, A.; STEEN, F. y TOIVANEN, O. (2010): "Cartels Uncovered", *NHH Dept. of Economics Discussion Paper*, n. 10/2010.
- MILLER, N. (2009): "Strategic leniency and cartel enforcement", *The American Economic Review*, vol. 99, pp. 750-768.
- ORMOSI, P. (2014): "A tip of the iceberg? The probability of catching cartels", *Journal of Applied Econometrics*, vol. 29, pp. 549-566.
- PARK, J.; LEE, J. y AHN, S. (2018): "Bayesian approach for estimating the probability of cartel penalization under the leniency program", *Sustainability*, vol. 10(6), pp. 1-15.

VII. ANEXOS

Anexo 1: Expedientes utilizados

Año	Código de expediente	Expediente	Mes final	Mes comienzo
2011	S/0060/08	SINTRABI	31/12/2006	01/01/2002
2011	S/0086/08	PELUQUERIA PROFESIONAL	28/02/2008	01/11/1989
2011	S/0107/08	PLATAFORMA DISTRIBICION MEJILLON EN GALICIA	31/12/2008	01/01/1997
2011	S/0154/09	MONTESA HONDA, S.A.	31/12/2009	01/07/2008
2011	S/0159/09	UNESA Y ASOCIADOS	01/06/2009	01/01/2006
2011	S/0167/09	PRODUCTORES UVA Y MOSTO JEREZ	01/03/2009	01/04/1991
2011	S/0185/09	BOMBAS DE FLUIDOS	03/02/2009	01/11/2004
2011	S/0192/09	ASFALTOS	01/10/2009	01/02/2007
2011	S/0224/10	COLOMER	08/02/2006	01/12/2005
2011	S/0226/10	LICITACIONES CARRETERAS	31/12/2009	01/07/2008
2011	S/0241/10	NAVIERAS CEUTA -2-	01/04/2010	01/02/2008
2011	S/0251/10	ENVASES HORTOFRUTÍCOLAS	31/12/2007	01/01/1999

2011	S/0269/10	TRANSITARIOS -2-	18/11/2008	03/10/2000
2012	S/0179/09	HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS	22/09/2009	01/06/2008
2012	S/0237/10	MOTOCICLETAS	31/10/2010	01/01/2008
2012	S/0244/10	NAVIERAS BALEARES	31/12/2011	01/01/1995
2012	S/0287/10	POSTENSADO Y GEOTECNIA	30/06/2010	01/01/1996
2012	S/0309/10	DEVIR IBERIA	30/09/2010	21/06/2010
2012	S/0317/10	MATERIAL DE ARCHIVO	31/12/2010	01/05/2005
2012	S/0318/10	EXPORTACIÓN SOBRES DE PAPEL	30/04/2011	01/11/1981
2012	S/0331/11	NAVIERAS MARRUECOS	31/12/2010	01/01/2002
2013	S/0293/10	TRANSCONT	31/03/2011	01/01/2007
2013	S/0303/10	DISTRIBUIDORES SANEAMIENTO	05/05/2011	13/02/2008
2013	S/0314/10	PUERTO VALENCIA	31/12/2011	01/01/1998
2013	S/0316/10	SOBRES DE PAPEL	31/12/2010	01/01/1977
2013	S/0329/11	ASFALTOS CANTABRIA	30/04/2011	01/03/1998
2013	S/0342/11	ESPUMA DE POLIURETANO	16/02/2011	23/01/1992
2013	S/0343/11	MANIPULADO DE PAPEL	31/12/2011	01/01/1995
2013	S/0376/11	PANADERIAS PAMPLONA	31/01/2012	01/02/2011
2013	S/0378/11	DESMONTADORAS DE ALGODÓN	01/12/2012	01/01/2004
2013	S/0380/11	COCHES DE ALQUILER	31/10/2011	01/05/2005
2013	S/0383/11	TRANSPORTE SANITARIO CONQUENSE	31/12/2012	01/01/2008
2013	S/0385/11	CAMPEZO CONSTRUCCION	31/12/2009	25/06/2009
2013	S/0397/12	TRANSPORTES MADRID	31/05/2011	31/12/2010
2013	S/0424/12	NOTARIA DE CEUTA	31/12/2012	01/04/2002
2014	S/0404/12	SERVICIOS COMERCIALES AENA	05/09/2012	19/04/1996
2014	S/0423/12	MUNTERS	31/12/2011	01/01/2010
2014	S/0428/12	PALÉS	30/11/2011	01/07/1998
2014	S/0430/12	RECOGIDA DE PAPEL	31/12/2013	01/11/2007
2014	S/0453/12	RODAMIENTOS FERROVIARIOS	31/12/2011	24/06/2004
2015	S/0425/12	INDUSTRIAS LACTEAS 2	31/12/2013	02/01/2000
2015	S/0429/12	RESIDUOS	31/12/2013	01/01/1994
2015	S/0454/12	TRANSPORTE FRIGORÍFICO	31/12/2012	01/04/1993
2015	S/0469/13	FABRICANTES DE PAPEL Y DE CARTÓN ONDULADO	31/12/2013	01/01/2002
2015	S/0471/13	CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW	01/06/2013	01/05/2006
2015	S/0473/13	POSTES DE HORMIGÓN	11/06/2013	01/07/1985
2015	S/0474/13	PRECIOS COMBUSTIBLES AUTOMOCIÓN	31/01/2013	01/01/2011
2015	S/0481/13	CONTRUCCIONES MODULARES	30/06/2013	01/01/2008
2015	S/0482/13	FABRICANTES AUTOMÓVILES	31/08/2013	01/02/2000
2015	S/0484/13	REDES ABANDERADAS	30/06/2013	04/12/2012
2015	S/0486/13	CONCESIONARIOS TOYOTA	01/06/2013	01/11/2012
2015	S/0487/13	CONCESIONARIOS LAND ROVER	01/06/2013	01/01/2011
2015	S/0488/13	CONCESIONARIOS HYUNDAI	01/06/2013	01/09/2012
2015	S/0489/13	CONCESIONARIOS OPEL	30/06/2013	01/01/2011
2015	S/0517/14	BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ	16/07/2008	09/11/2001
2016	S/0455/12	GRUPOS DE GESTIÓN	06/10/2011	19/06/1999
2016	S/DC/0504/14	AIO	01/01/2014	01/12/1996

2016	S/DC/0505/14	CONCESIONARIOS CHEVROLET	01/01/2012	01/01/2011
2016	S/DC/0506/14	CONCESIONARIOS VOLVO	01/12/2011	01/10/2009
2016	S/DC/0519/14	INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS	07/10/2014	01/07/1999
2016	S/DC/0525/14	CEMENTOS	31/12/2014	01/01/1999
2016	S/DC/0538/14	SERVICIOS FOTOGRÁFICOS	28/02/2015	01/09/2001
2016	S/DC/0544/14	MUDANZAS INTERNACIONALES	06/11/2014	01/01/1997
2016	S/DC/0555/15	PROSEGUR - LOOMIS	02/03/2015	01/01/2008
2017	S/DC/0512/14	TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS	31/12/2016	01/10/2004
2017	S/DC/0545/15	HORMIGONES DE ASTURIAS	31/12/2014	01/01/1999
2017	S/DC/0562/15	CABLES BT/MT	30/06/2015	01/06/2002
2018	S/DC/0565/15	LICITACIONES INFORMÁTICAS	27/10/2015	01/01/2005
2018	S/DC/0569/15	BATERIAS DE AUTOMOCION	31/01/2012	01/04/2008
2018	S/DC/0578/16	MENSAJERIA Y PAQUETERIA EMPRESARIAL	31/12/2016	04/01/2005

Anexo 2: Distribución de frecuencias de duración de cárteles

Intervalo (años)	Frecuencias
0 a 2	13
2 a 4	10
4 a 6	6
6 a 8	6
8 a 10	4
10 a 12	3
12 a 14	9
14 a 16	4
16 a 18	8
18 a 20	3
> 20 años	4
Tamaño muestra	70

5 AÑOS EN REVISIÓN: LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA*

5 years under review: the single and continuous infringement in Spanish competition law

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

*Doctora en Derecho
Subdirectora de Vigilancia
CNMC*

Resumen

A raíz de las sentencias de la Audiencia Nacional anulando el caso Residuos, en el presente artículo se analizarán los últimos desarrollos habidos respecto a los requisitos y límites de la infracción única y continuada en España. En particular, este trabajo profundizará en la aplicación realizada de esta crucial doctrina, tanto por la autoridad administrativa de competencia como por los tribunales españoles en los últimos 5 años y su adecuación a la jurisprudencia europea al respecto.

Abstract

In the wake of the National High Court's annulment of the Residuos case, this article will analyse the latest developments regarding the conditions and limits of the "single and continuous infringement" concept in Spain. In particular, the article will delve deeper into the application of this crucial doctrine by both, the Spanish Competition Authority and the courts as well, in the last five years and its adaptation to the European case law.

Palabras clave: Infracción continuada |

Keywords: Continuous infringement |

* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora, y no representan necesariamente las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. INTRODUCCIÓN

Entre diciembre de 2017 y junio de 2018, la Audiencia Nacional anuló todas las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) en su Resolución de 8 de enero de 2015 (expte. S/0429/12 RESIDUOS) a más de 50 empresas, al no considerar satisfecha la concurrencia de los requisitos que definen la infracción única y continuada. Las sanciones anuladas ascendían a casi 75 millones de euros.

En particular, la Audiencia Nacional, partiendo de la jurisprudencia comunitaria al respecto, consideró no acreditado el presupuesto ineludible de la existencia de un plan único de actuación conjunta entre las distintas entidades implicadas, para poder admitir la calificación de infracción única, tal y como había sido delimitada en la resolución de la CNMC. Así, de las numerosas sentencias recaídas, se puede deducir que el argumento principal para desmontar la infracción única y continuada tuvo que ver, principalmente, con la falta de delimitación de los mercados afectados y, en concreto, con la falta de acreditación de la necesaria interrelación entre los diferentes mercados de productos y geográficos afectados, las conductas realizadas en cada uno de ellos y las empresas operativas en los mismos.

En general, la figura de la infracción única y continuada permite aglutinar, basándose en la existencia de un plan conjunto u objetivo idéntico, una pluralidad de actos o comportamientos continuados en el tiempo, realizados por diferentes empresas, como una sola infracción. En consecuencia, una vez corroborada la existencia de ese plan unitario, se podrá imputar a cada una de las empresas participantes en la misma la responsabilidad de la infracción en su conjunto e imponer a cada una de ellas una sola sanción por la misma¹. Ello permite, en último término, hacer responsable a una empresa de los comportamientos planeados o ejecutados por otras empresas, cuando se acredite que, con su comportamiento, ha intentado contribuir asimismo a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes².

Desde enero 2013 hasta final de mayo de 2019, la CNMC ha dictado 88 resoluciones sancionadoras en materia de conductas restrictivas³, de las cuales 68 han merecido la calificación de infracción única y continuada. Estos datos vienen a corroborar que se trata de un concepto jurídico absolutamente crucial para el derecho de la competencia y su aplicación práctica. Además, su presencia está indisolublemente ligada con las prácticas anticompetitivas más graves, los cárteles, sobre las que las autoridades de competencia de todo el mundo centran, con carácter prioritario, sus recursos y esfuerzos. Por ello, no es de extrañar que, en la medida que su aplicación se ha ido consolidando tanto por parte de las autoridades administrativas de competencia como de los tribunales, su concepto se haya ido desarrollando y delimitando tanto en Europa como en España.

En España, con posterioridad a anulación mencionada, otros casos de cárteles complejos de larga duración que incluían esta figura han sido confirmados por los tribunales. Por ello, parece útil realizar una revisión de los últimos desarrollos habidos en relación con este aspecto tan relevante para la aplicación de la normativa de

¹ Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. ac. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Aalborg Portland A/S, apdos. 258 y ss.

² Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 anteriormente citada, apdo. 83 y Sentencia del Tribunal de justicia de 8 de julio de 1999, as. C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA, apdos. 206-207.

³ Solamente se han tenido en cuenta en este análisis las resoluciones de la CNMC que declaran infracciones de los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. No se han considerado las resoluciones del Consejo de la CNMC, pero cuyo procedimiento haya sido tramitado por aquellas CCAA que disponen de órgano de instrucción pero no de órgano de resolución (Madrid, Murcia, Canarias y Navarra).

competencia, por parte de la autoridad de competencia, así como de los tribunales españoles. Para ello, aludiremos, en primer lugar y de forma sucinta, a los orígenes penales de esta figura y a cómo ha sido trasladada, en nuestro ámbito nacional, al régimen administrativo general y al ámbito de defensa de la competencia. Nos referiremos, con posterioridad, a los criterios de aplicación que han sido establecidos y desarrollados jurisprudencialmente, tanto en el contexto europeo como en el español, en relación a las infracciones de competencia. Y finalmente analizaremos, a la luz de los principios desarrollados por la jurisprudencia europea, los casos resueltos por la autoridad española de competencia en estos poco más de cinco años, y los pronunciamientos judiciales recaídos hasta la fecha.

II. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA

II.1. Del derecho penal al derecho de la competencia

La infracción única y continuada responde a la concepción de que una infracción de competencia puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o de un comportamiento continuado, aun cuando estos puedan constituir por sí mismos infracciones independientes, toda vez que las diversas acciones se inscriban en un plan conjunto con un objeto idéntico que falsea el juego de la competencia⁴.

De naturaleza eminentemente casuística desde sus inicios, su origen suele situarse en la teoría del delito continuado de Derecho penal, que surgió como una respuesta jurisprudencial y, posteriormente, legal, a la existencia de casos en los que una pluralidad de acciones u omisiones resultaban mejor enjuiciados penalmente desde una perspectiva unitaria. Al margen de antecedentes más lejanos⁵, mayoritariamente esta elaboración se atribuye a los penalistas italianos de los siglos XV, XVI y XVII como una respuesta humanitaria contra la pena desproporcionada que prescribía la pena de muerte al ladrón que incurriera en su tercer hurto⁶. Su finalidad era, por tanto, fundamentalmente, tuitiva, en beneficio del reo.

De construcción jurisprudencial también en sus orígenes, en España el delito continuado se tipificó, tímidamente, por primera vez en el artículo 164 del Código Penal de 1928⁷, de forma taxativa en la reforma del año 1983 a través de su artículo 69 bis⁸ y, en la actualidad, está regulado en el artículo 74 del Código Penal de 1995,

⁴ Véase, por todas, Sentencia del Tribunal de justicia de 8 de julio de 1999, as. C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA, apdo. 81.

⁵ P.A. FREIRE GAVILÁN, *El delito continuado*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Universidad de Sevilla (disponible en master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf), pp. 10-12.

⁶ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

⁷ El art. 164 del Código Penal de 1928 establecía que no se aplicarían las penas sobre pluralidad de delitos "cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, a juicio del Tribunal, como una sola acción continua. En estos casos, sólo se aplicará la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados o la pena inmediatamente superior en grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda ser aquella inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiera."

⁸ Artículo 69 bis: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior, las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

conjuntamente con los delitos patrimoniales en masa⁹.

En el ámbito administrativo sancionador esta figura es introducida, por vez primera, en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora¹⁰. Y más recientemente, con idéntica redacción, en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹¹.

De la literalidad de los anteriores preceptos se desprende que el fundamento último del mismo, en derecho español, no ha sido precisamente pietista, sino más bien destinado a evitar las soluciones excesivamente benignas, consecuencia de la aplicación del concurso real de delitos, para aquellas conductas especialmente reprochables o graves. En todo caso, ello pone de manifiesto, y así ha sido señalado constantemente por la doctrina, la ambigüedad e imprecisión que ha acompañado, siempre y en cualquier área, el fundamento, la naturaleza y la aplicación de esta institución¹², que en último término servirá para agravar o aligerar las consecuencias de las acciones enjuiciadas, dependiendo del caso concreto¹³.

En el derecho de la competencia también puede apreciarse claramente esta ambivalencia. Por un lado, la valoración de forma conjunta de los distintos elementos que componen un cártel se va a traducir, en último término, en una única sanción para la empresa y, por ello, en un reproche punitivo de menor intensidad que el que correspondería si se enjuiciase cada episodio de forma autónoma e independiente¹⁴. Precisamente por esta razón, algunas empresas han alegado, en el marco del correspondiente procedimiento sancionador, el carácter de única y continuada de las distintas infracciones imputadas que habían sido delimitadas de forma separada¹⁵.

Por otra parte, consecuencia natural de esta definición unitaria es la posibilidad de apreciar la continuidad de la infracción incluso a falta de prueba sobre la existencia del acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución

⁹ Artículo 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva."

¹⁰ "Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

¹¹ "Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

¹² Así, la doctrina alemana le dio una orientación más utilitaria, como solución para resolver los inconvenientes procesales existentes cuando algunos elementos de los hechos delictivos no podían ser determinados. Por otra parte, en el ámbito europeo del derecho de la competencia, la Audiencia Nacional ha señalado la doctrina anglosajona de la conspiracy como fundamento inspirador de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. V. en tal sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016, núm. de recurso 506/2013.

¹³ J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.15 y C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Bosch, Madrid, 1951, p. 32.

¹⁴ En este sentido, Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. T-27/10, AC-Treuhand AG, apdos. 230-233.

¹⁵ Resolución CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS, fundamento de derecho cuarto. También en el ámbito comunitario, F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2017, p. 93.

por una empresa durante un periodo en concreto. Este hecho no impide considerar la existencia de la infracción durante un período global más largo, siempre que las diferentes acciones persigan la misma finalidad y que la continuidad se pueda deducir de indicios objetivos y concordantes¹⁶.

Tampoco resulta relevante al imputar una infracción de esta naturaleza el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de la práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado¹⁷. Así, la mera circunstancia de que cada empresa participe en la infracción de una forma propia a cada una, en función de las características del mercado de que se trate y de la posición de cada empresa en dicho mercado, de los fines perseguidos y de las modalidades de aplicación elegidas o prevista, no basta para excluir su responsabilidad por la totalidad de la infracción, siempre que se demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas¹⁸.

A la postre, la configuración de la infracción única y continuada permitirá hacer responsable a una empresa de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción, durante todo el periodo de su participación en dicha infracción, cuando se acredite que, con su comportamiento, ha intentado contribuir asimismo a los objetivos comunes perseguidos por aquellas¹⁹.

En todo caso, aquella forma propia o limitada de participación se tomará en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa²⁰.

A nuestro juicio, esta sucinta aproximación a la institución de la infracción única y continuada permite defender, como se intentará demostrar en las páginas siguientes, un criterio de proporcionalidad o justicia material como propósito último de la misma, en el sentido de que realmente exista coherencia entre las acciones llevadas a cabo por sujetos y la sanción impuesta a los mismos. Ello evidentemente también irá acompañado de cierto elemento de utilidad procedimental para el órgano acusador, en el sentido de facilitar la prueba, en estas infracciones continuadas en el tiempo en las que participan múltiples intervinientes y en las que las pruebas son fragmentarias, contra determinadas empresas para las que no ha sido posible recabar material probatorio directo en determinados periodos²¹. Pero incluso en aquellos casos en los que se tiene constancia más detallada y minuciosa de lo realizado por las empresas, no

¹⁶ Entre otras, v. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, as. C-441/11 P Verhuizingen Coppens NV.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. ac. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Aalborg Portland, apdo. 86.

¹⁸ Sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2011, as. T-113/07, Toshiba Corp., apdos. 220 y ss.; y de 10 de octubre de 2014, as. T-68/09, Soliver NV, apdos. 60 y ss.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. ac. C-293/13 P y 294/13, Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland, apdo. 86.

²¹ En tal sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland:

“55 Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.

⁵⁶ Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.

En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia.

⁵⁸ Además, la Comisión puede encontrarse ante dificultades inherentes a las complejas estructuras de algunos operadores, a las reestructuraciones y a las modificaciones de la personalidad jurídica de las empresas.”

parece tampoco razonable sancionar a estas con la pena imponible para cada episodio particular, sino con una sanción única que realmente sea reflejo de la envergadura real y la gravedad del ilícito cometido.

Por todo ello, su aplicación, incluso en el ámbito penal, va indisolublemente ligada a un mayor grado de interpretación del juzgador para adaptar el concepto abstracto al caso concreto o, si se prefiere, a un cierto margen de discrecionalidad de aquel a la hora de apreciar su concurrencia y delimitar, en cada caso, su contorno preciso²².

II.2. Requisitos de aplicación en el ámbito comunitario de defensa de la competencia

En la normativa comunitaria de defensa de la competencia no es posible encontrar una definición legal de infracción única y continuada ni una tipificación de sus requisitos de aplicación. Así, en los instrumentos legales básicos, constituidos fundamentalmente por los artículos 101 a 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), solamente encontramos una previsión puntual, en cuanto al cómputo del plazo de la prescripción de las infracciones en el artículo 25.2 del Reglamento 1/2003 mencionado, estipulando que *“respecto de las infracciones continuas o continuadas, la prescripción sólo empezará a contar a partir del día en que haya finalizado la infracción”*.

No obstante, esta figura, que fue utilizada por primera vez por la Comisión Europea en 1986 en su decisión del cártel de Polipropileno, sí que ha recibido desde entonces una atención pormenorizada por parte de los tribunales europeos²³. Por tanto, para conocer los criterios de aplicación de la misma es necesario analizar la jurisprudencia europea al respecto.

Como hemos venido afirmando desde el principio, la apreciación de esta figura se construye, de forma inapelable, en torno a la prueba de la existencia de un plan conjunto, objetivo común o finalidad económica única de las distintas actuaciones o del comportamiento continuado²⁴, que convirtiera en artificial subdividir la práctica continuada en varios comportamientos distintos²⁵.

²² Ello puede observarse, por ejemplo, en la Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS, en la que la Sala de Competencia puso de manifiesto su divergencia de criterio respecto a la delimitación de la infracción realizada por la Dirección de Competencia, resolviendo finalmente la existencia de una única infracción continuada y no dos infracciones autónomas e independientes entre sí. O en la Resolución de 2 de enero de 2014, expte. S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, en la que el Consejo de la CNMC declaró que las conductas analizadas en el mismo debieron «subsumirse en el Expediente Sancionador S/0380/11 Coches de alquiler, por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre las empresas que lo conforman».

En sede judicial, también puede citarse, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 que, en materia de telecomunicaciones, refleja asimismo la disparidad de criterios entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en cuanto a la apreciación en el caso específico de la existencia de una infracción única y continuada.

En el ámbito comunitario, también se ha referido a ello, T. WEBB, “Picking up the pieces”, *Global Competition Review*, vol. 19, núm. 3, p. 25.

²³ Al respecto, T. WEBB, “Picking up the pieces”, *op. cit.* pp. 22 y ss.

²⁴ F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, *op.cit.*, p. 88.

²⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, as. Anic Partecipazioni SpA, apdo. 42; y de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland, apdo. 259. Asimismo, Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, as. T-211/08, Puffers international NV, apdo. 31.

En este contexto, la jurisprudencia europea ha precisado que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción²⁶, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE²⁷.

Para acreditar la existencia de este elemento esencial, es necesario, de conformidad con esta jurisprudencia, en primer lugar, verificar si las distintas actuaciones presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que contribuyan, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores²⁸ o, al menos, constatar si hay algún elemento de los distintos comportamientos que forman la infracción que pueda indicar que la conducta llevada a cabo por alguna de las empresas no tiene el mismo objetivo o efecto anticompetitivo²⁹.

Para ello, desde el punto de vista de la propia conducta material, normalmente, habrá que tener en cuenta circunstancias tales como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata³⁰. Ahora bien, el hecho de que las prácticas ilícitas se refieran a productos distintos, pero complementarios, no excluye la existencia de una infracción única³¹.

En segundo término, es necesario asimismo corroborar, desde una perspectiva subjetiva, que cada una de las empresas intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes³². En tal sentido resulta obligatorio dirimir la participación de la empresa en todos los comportamientos que componen la infracción única y continuada o su conocimiento de los mismos³³.

Así, atendiendo a la última jurisprudencia al respecto, se pueden distinguir tres escenarios o situaciones³⁴. Primero, cuando una empresa haya participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada previamente delimitada, en cuyo caso es posible imputarle la responsabilidad de dicha infracción en su totalidad. En segundo lugar, cuando una empresa haya participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero ha tenido conocimiento de los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cártel o ha podido preverlos de forma razonable, también se puede lícitamente imputar a dicha empresa la responsabilidad de la infracción única y continuada en su totalidad. En estos casos, ya mencionamos que el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica

²⁶ F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, op.cit., p. 90.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007, as. Ac. T-101/05 y T-111/05, BASF AG; y Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. T-27/10, AC-Treuhand AG, apdo. 240.

²⁸ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. AC-Treuhand AG, apdo. 241.

²⁹ Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013, as. ac. C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P, Siemens AG., apdos. 247-248, afirma que tal requisito de complementariedad no es necesario que sea demostrado por el tribunal.

³⁰ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. AC-Treuhand AG, apdo. 241. Adicionalmente, v. F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, op.cit., p. 90.

Por otra parte

³¹ Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, as. T-378/10, Masco Corp., apdo. 67.

³² Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, as. Putters international NV, apdo.33.

³³ Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2015, as. T-104/13, Toshiba Corp, apdos. 49 y ss.

³⁴ Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. ac. C-293/13 P y 294/13, Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción y solamente se tomará en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa³⁵.

Por último, cuando una empresa ha participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que tenía conocimiento de los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por otros participantes o que pudiera de forma razonable haberlos previsto³⁶, en este caso es posible imputarle, exclusivamente, la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente³⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza secreta de este tipo de infracciones y el carácter normalmente fragmentario del material probatorio sobre las mismas, lo dicho anteriormente no exime de responsabilidad a una empresa por el hecho de la falta de prueba sobre la existencia de la infracción durante algunos períodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por la empresa durante un período en concreto, siempre que esta haya participado en ella antes y después de ese período, las diferentes acciones acreditadas persigan una única finalidad y no existan indicios de que la infracción se había interrumpido en lo concerniente a esa empresa³⁸. Adicionalmente, aun cuando se pueda considerar que la participación de la empresa en la infracción se interrumpió, se puede hablar de infracción continuada (que no continua³⁹), si existe un objetivo único perseguido por ella antes y después de la interrupción, pero en estos casos no se puede imponer una multa por el período durante el que ésta se interrumpió⁴⁰.

Por otra parte, basta con que se demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia, sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas, para probar la participación de dicha empresa en el cártel⁴¹. A este respecto, en el supuesto de una infracción que se prolongue varios años, la falta de distanciamiento público constituye asimismo un factor de gran importancia que prueba la persistencia en la conducta contraria a la competencia por parte de una empresa. Ahora bien, en el supuesto de que, durante un período significativo, se hayan celebrado varias reuniones colusorias sin la participación de la empresa de que se trate, la imputación deberá basarse, adicionalmente, en otros elementos de prueba⁴².

En definitiva, en el Derecho europeo de la competencia, se exige como condición fundamental para poder sancionar diversos comportamientos como infracción única y continuada, que aquellos respondan a un plan global con idéntico objetivo o finalidad económica. Para ello, será necesario demostrar la vinculación entre ellos, tanto desde un punto de vista objetivo (productos afectados, formas de ejecución, período de

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. ac. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Aalborg Portland, apdo. 86.

³⁶ Al respecto, F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law, *op.cit.*, pp 94-96.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, as. Verhuizingen Coppens NV, apdo. 72 y Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013, as. ac. T-147/09 y T-148/09, Trelleborg Industrie SAS, apdo. 87.

³⁹ Sobre la distinción entre infracción continua y continuada, v. entre otras, la Sentencia de 16 de marzo de 2016, núm.de recurso 0495 / 2013, fundamento de derecho octavo.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013, as. Trelleborg, apdo. 88.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland, apdos. 81-85.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2015, as.C-634/13 P, Total Marketing Services SA, apdos. 15-32.

aplicación, ámbito geográfico) como subjetivo (contribución al plan global y conocimiento de los restantes comportamientos)⁴³.

II.3. Requisitos de aplicación en el ámbito español de defensa de la competencia

Al igual que sucede en la ámbito comunitario, ni la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ni el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) contienen una definición ni una regulación pormenorizada de la infracción única y continuada, más allá de la previsión contenida en el artículo 68.1 de la LDC, que establece que el término de la prescripción de las infracciones de competencia se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, "en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado".

Por ello, supletoriamente, se ha venido aplicando el régimen administrativo sancionador general⁴⁴. En un primer momento, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y, actualmente, el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; ambos con idéntica redacción: "[...] será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". De dicha literalidad pueden extraerse ya los requisitos legales para su aplicación, a saber, pluralidad de acciones u omisiones ilícitas, mismo precepto infringido y existencia de un plan preconcebido.

Estos requisitos, por lo que respecta a su aplicación a las infracciones de competencia, han ido, asimismo, modulándose y concretándose en los últimos diez años por parte de los tribunales españoles, especialmente por parte de la Audiencia Nacional. A este respecto, puede observarse, como veremos inmediatamente, una evolución de esta doctrina jurisprudencial interna en el sentido de identificarse cada vez más con los criterios de aplicación que, para la infracción única y continuada, ha establecido la jurisprudencia europea y a los que nos acabamos de referir.

Así, por ejemplo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013⁴⁵, en la cual se desarrollan los anteriores requisitos legales, estableciendo la concurrencia, con carácter general, de los siguientes aspectos para poder apreciar una infracción continuada en este ámbito: *"a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente; y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igualo semejante naturaleza."*

⁴³ P. ALEXIADIS/D.G. SWANSON/A. GUERRERO, «Raising the EU evidentiary bar for the single and continuous infringement doctrine», *Concurrences Review*, nº 4-2016.

⁴⁴ M. L. LABRADA/B. DE GUINDOS, La infracción única y continuada, en Anuario de la Competencia 2009, Fundación ICO, pp. 197 y 199.

⁴⁵ Núm. de recurso 1947/2010, promovido por BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), en relación a la resolución del extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007, recaída en el expediente 617/06.

Similar valoración es realizada por el Alto Tribunal en la más reciente Sentencia de 3 de febrero de 2017⁴⁶, cuando confirma en relación a la infracción continuada: *“Se trata, pues, de una conducta continuada, una unidad jurídica formada por varios actos de coordinación que son contrarios a la competencia y se reiteran en el tiempo con la finalidad o propósito de distorsionar la competencia en el mercado de las licitaciones y todo ello permite calificar la conducta como infracción continuada.”*

Ahora bien, al tratarse de una cuestión eminentemente fáctica, la cuestión ha sido analizada de forma más minuciosa por la Audiencia Nacional. En este sentido, como señalamos, se puede apreciar en sus pronunciamientos una evolución clara de integración en nuestro derecho de la jurisprudencia comunitaria al respecto.

En este orden de cosas, basta comparar, a modo de ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2012⁴⁷, en la que se subrayó de forma sucinta exclusivamente la existencia de un mecanismo común, diseñado de forma que operaba en todos los casos de manera idéntica; o la de 21 de febrero de 2013⁴⁸, en la que se puso el acento, como elemento cohesivo de las diferentes conductas, en la existencia de un objetivo o finalidad común, que en este caso era detener la bajada de precios en el mercado del mejillón gallego, provocada por la aparición de nuevos competidores, con la Sentencia de 15 de julio de 2014⁴⁹, recaída en el expediente S/0192/09 ASFALTOS, en la que la Audiencia Nacional modificó la valoración realizada por la autoridad administrativa de competencia, especificando concretamente que:

“el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto. Por el contrario, como puso de manifiesto la Dirección de Investigación, puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas, la conclusión que extrae esta Sala es que si la conducta tipificada viene constituida precisamente por tales acuerdos, los cárteles son tres y no uno. No se ha acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes, León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto, con independencia de lo que resulte para el concreto supuesto del grupo empresarial presente en las tres zonas geográficas”.

Lo mismo cabe decir de las posteriores sentencias de 23 de julio de 2014⁵⁰, 16 de junio de 2016⁵¹ e, indubitadamente, de las numerosas y similares sentencias recaídas a finales de 2017 y 2018⁵², con ocasión de la revisión judicial del expediente de Residuos,

⁴⁶ Núm. De recurso 2748/2014, promovido por ARRUTI SANTANDER S.A., en relación al expte. S/0329/11 Asfaltos Cantabria.

⁴⁷ Núm. de recurso 678/2011, promovido por SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A. (SEÑOR).

⁴⁸ Núm. de recurso 298/2011, promovido por ASOCIACIONES DE MEXILLOEIROS DE A ILLA DE AROUSA.

⁴⁹ Núm. de recurso 686/2011, promovido por Compañía General de Hormigones y Asfaltos SA, (GEHORSA).

⁵⁰ Núms. de recurso 150/2013 y 176/2013, promovidos por Torres Espic SL y Tepol SA.

⁵¹ Núm. de recurso 542 / 2013, promovido por Armacell Iberia S.L.

⁵² ALBA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ALIANPLAST: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ANSAREO: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; ASELIPI: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, AREMA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, BEFESA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, BETAARTE: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, CARPA y HOLMEN: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, CESP A y CESP A GESTIÓN: Sentencia de 22 de febrero de 2018, ECOGESTION: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ECOIMSA y GRUPO TRADEBE: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, FCC: Sentencia de 22 de febrero de 2018, GARCES: Sentencia de 4 de junio de 2018, GESTION Y VALORIZACION INTEGRAL DEL CENTRO: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, GRIÑO ECOLOGIC: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, HERA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, HERMANOS INGLES-VIDAL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, HIJOS DE DEMETRIO FERNANDEZ: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, IRMASOL: Sentencia de

que coinciden en apreciar insuficiente la acreditación realizada por la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, de la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, para considerar que las conductas de las distintas empresas sancionadas encajaban en el concepto de infracción única y continuada. El razonamiento de la Audiencia Nacional se basa, en líneas generales, en el hecho de que muchos de los sujetos infractores intervienen en sectores claramente diferentes y en ámbitos geográficos no coincidentes, lo que a todas luces no permite apreciar los vínculos de complementariedad necesarios entre las conductas llevadas a cabo y las empresas partícipes en las mismas y, en último término, impide considerar que la actuación de dichas empresas se ha producido en el marco de un plan global o conjunto dirigido a la obtención de un objetivo común.

Un proceso de verificación y un nivel de escrutinio similar ha sido llevado a cabo posteriormente, para confirmar el caso Rodamientos ferroviarios, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2018⁵³.

De estos últimos pronunciamientos puede concluirse, por tanto, que, en la actualidad, la autoridad española de la competencia, para poder apreciar la existencia de una infracción de este tipo, está sujeta, de forma indiscutible, al estándar establecido por la jurisprudencia europea en la materia. Lo que significa a la postre que la convicción de la existencia de un plan conjunto o preconcebido que vincule los distintos elementos de la misma, deberá estar, en todo caso, sustentada no solamente en la conexión objetiva de las distintas conductas, tales como el mecanismo de aplicación ejecutado, los productos afectados o el ámbito geográfico o temporal de las mismas, sino también en la subjetiva, es decir, que la empresa haya participado directamente en todos los comportamientos o haya tenido conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

III. INFRACCIONES ÚNICAS Y CONTINUADAS DECLARADAS POR LA CNMC EL PERÍODO 2013-2019

Como señalamos al principio, en el período 2013-2019, la autoridad española de competencia ha dictado 88 resoluciones sancionadoras, de las cuales 68 contienen la calificación de infracción única y continuada. Partiendo de los criterios y, más concretamente, de los escenarios establecidos en la jurisprudencia comunitaria y que como hemos visto han sido, por analogía, trasladados a nuestro derecho interno, consideramos de interés hacer una revisión de las infracciones únicas y continuadas declaradas por la autoridad administrativa, y sobre las que existen ya algunos pronunciamientos judiciales, en orden a concluir la aplicación consistente o no, que de esta figura está haciendo la CNMC en los últimos años.

28 de diciembre de 2017, LKS MENOSKA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, LOGÍSTICA AMBIENTAL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, MAGMA Sentencia de 28 de diciembre de 2018, MARPOL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, POSUSA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, RECICLAJES ELDA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, RECUPERACIONES ALVAREZ TORRES: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ANTONIO PEREZ ANDREU E HIJOS: Sentencia de 28 de diciembre de 2018, RECREP: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, RECUPERACIONES LAPUERTA: Sentencia de 10 de enero de 2018; RECIRESA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; RECUPERACIONES MARCEL NAVARRO: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; RECYPIAS: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; RUA PAPEL GESTION: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; S. SOLIS: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; SAICA: Sentencia de 26 de febrero de 2018; SANTOIL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; SEBASTIA LLORENS: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; URBASER: Sentencia de 23 de febrero de 2018; GRUPO F. SANCHEZ: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; VALDEMINGOMEZ 2000: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; VALORIZA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; VERINSUR: Sentencia de 27 de febrero de 2018, ACESER: Sentencia de 28 de diciembre de 2017.

⁵³ Sentencia de 25 de julio de 2018, núm. de recurso 65/2015, fundamento derecho undécimo.

Evidentemente, por los propios límites de este trabajo, no será posible hacer un análisis en profundidad de cada uno de los casos mencionados, pero un análisis somero de los mismos y de cómo los mismos han sido revisados hasta el momento por la jurisdicción contenciosa, nos permitirá, al menos, determinar la trayectoria seguida en estos últimos cinco años por la CNMC, así como conocer el rumbo marcado al respecto para los próximos años.

III.1. Escenario 0

Este primer grupo de casos estaría compuesto por aquellas resoluciones en las que ha sido declarada una infracción continuada llevada a cabo por una sola empresa. Normalmente la empresa sancionada es una asociación, que lleva a cabo una recomendación de precios o un acuerdo de precios, o una empresa en posición dominante en el mercado que abusa de la misma.

Como fácilmente puede deducirse, estos casos no presentan mayor complejidad porque la infracción es realizada por una sola empresa de forma continuada en el tiempo. En estos supuestos, la aplicación de la figura de la infracción única y continuada determinará que tampoco se sancione a la empresa por cada uno de los episodios concretos realizados, sino por una única infracción que tendrá en consideración la gravedad y la duración del ilícito en su conjunto. Muchos de estos casos, por lo demás, ya han sido confirmados por los tribunales.

ESCENARIO 0: UNA ÚNICA EMPRESA

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0360/11 AGEDI	CONFIRMADO
S/0373/11 CORREOS 2	ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0430/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA	ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0444/12 GEA	CONFIRMADO
S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN	CONFIRMADO
S/0455/12 GRUPOS DE GESTIÓN	CONFIRMADO
S/0460/13 SGAE CONCIERTOS	CONFIRMADO
S/0463/13 ASTRACO	CONFIRMADO
S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO	PENDIENTE
S/0511/14 RENFE OPERADORA	PENDIENTE
S/0518/14 AERC	CONFIRMADO
S/0558/15 ACB	PENDIENTE
S/0560/15 COLEGIO ABOGADOS GUADALAJARA 2	PENDIENTE
S/0580/16 CRIADORES DE CABALLOS	PENDIENTE
S/0590/16 DAMA VS SGAE	PENDIENTE

III.2. Escenario A

En este segundo grupo de casos, referido ya mayoritariamente a cárteles, estarían comprendidas aquellas infracciones únicas y continuadas en la que todas las empresas participan directamente en todos los comportamientos ilícitos englobados en la definición de aquellas. Se trataría, por tanto, de los casos incluidos en el primer escenario definido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015⁵⁴, a la que nos hemos referido anteriormente⁵⁵.

En la mayoría de estos asuntos, además, forman parte del cártel sancionado pocas empresas; en muchos de ellos solamente dos, ya que cuando las infracciones tienen lugar en mercados más atomizados o toman parte en las mismas un mayor número de empresas, es relativamente sencillo que la participación de todas ellas no sea idéntica y, por ejemplo, alguna empresa entre en el cártel más tarde, lo abandone antes, opere en un ámbito geográfico más limitado, etc.

En definitiva, tampoco estos supuestos plantean gran dificultad en lo referente a la delimitación de la infracción única y continuada, siempre que se acredite la participación total en la misma de las empresas imputadas.

ESCENARIO A: TODAS LAS EMPRESAS PARTICIPAN EN TODO

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0293/10 TRANSCONT	CONFIRMADO
S/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0356/11 TECNIBERIA Y COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS	CONFIRMADO
S/0402/12 ESPUMA ELASTOMÉRICA	CONFIRMADO
S/0415/12 ABH-ISMA	PENDIENTE
S/0436/12 DTS DISTRIBUIDORA TV DIGITAL	PENDIENTE
S/0453/12 RODAMIENTOS FERROVIARIOS	CONFIRMADO
S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA YOIGO	PENDIENTE
S/0503/14 FABRICANTES DE TURRÓN	PENDIENTE
S/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO	PENDIENTE
S/0511/14 RENFE OPERADORA	PENDIENTE
S/555/15 PROSEGUR-LOOMIS	PENDIENTE
S/DC/0569/15 BATERIAS AUTOMOCIÓN	PENDIENTE
VS/0579/16 DERIVADOS FINANCIEROS	PENDIENTE
S/0596/16 ESTIBADORES DE VIGO	PENDIENTE
S/DC/0607/17 TABACOS	PENDIENTE

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. ac. C-293/13 P y 294/13, Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

⁵⁵ V. págs. 6-7.

III.3. Escenario B

En este tercer grupo quedarían englobados aquellos casos en los que, al menos, dos empresas participan en todos los comportamientos ilícitos que configuran el cártel, mientras que el resto de las empresas participantes tienen una intervención más limitada, ya sea porque entraron más tarde o salieron antes del cártel, porque su presencia solamente ha podido ser acreditada para un periodo temporal más breve o para alguna de las conductas que componen la estrategia compleja, porque operan en un ámbito territorial más limitado o porque solamente producen algún subtipo de los productos cartelizados. No obstante, se entiende que estas empresas con una participación limitada son también parte del acuerdo global y lo conocen o podían razonablemente preverlo.

Nos encontraríamos, por lo tanto, ante el segundo de los escenarios a que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015.

Como puede observarse en la tabla correspondiente, se trata del grupo más numeroso ya que en estos cárteles complejos de larga duración, en los que participan, además, un número significativo de empresas, es normal que haya diferentes niveles o intensidades de participación, sin que ello rompa en todo caso la unicidad de la conducta.

Por otra parte, es indiscutible que en estos supuestos pueden existir más divergencias o más posibilidades de interpretar de manera diversa el concepto de infracción única y continuada, ya que, como hemos visto, ello dependerá, en gran medida, de la valoración que se realice para ese caso en concreto, de conformidad con el material probatorio existente. Así ha sucedido, en algunos supuestos, en la práctica más reciente de la autoridad administrativa y los tribunales españoles.

Vamos a referirnos, a modo de ejemplo, a alguno de los casos englobados en este numeroso grupo, especialmente a aquellos que por sus particularidades mayor interés pueden presentar para el análisis. En primer lugar, merece ser mencionado el caso Asfaltos Cantabria, resuelto por el extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el 8 de marzo de 2013, en el que se acreditaron acuerdos diferenciados entre distintos actores y distinta participación en los mismos (acuerdos de reparto entre las empresas G5 y acuerdos complementarios de acompañamiento de otras empresas), pero que, en todo caso, se consideraron constitutivos de una única infracción, ya que todos estaban vinculados por la misma finalidad de distorsionar el mercado de las licitaciones de obras de asfaltado, consiguiendo mantener unos precios más elevados que los competitivos, en particular en el ámbito del sector público.

En particular, se concluyó que las denominadas prácticas de cobertura o acompañamiento, a través de las cuales se fijaban directamente los precios que debían presentar las empresas que acompañaban para asegurarse la empresa designada por el cártel la adjudicación y al precio ofertado por dicha empresa, no solamente formaban parte de esa estrategia global y única que conllevaba el reparto de mercado y la fijación de precios a través de la manipulación de las licitaciones, sino que eran necesarias para alcanzar dicho objetivo⁵⁶.

Esta tesis ha sido, por lo demás, confirmada recientemente por el Tribunal Supremo⁵⁷, al declarar, frente las alegaciones sobre las diferencias entre las prácticas de acompañamiento y los acuerdos del G5, que: *“El conjunto y repetición de las*

⁵⁶ En contra, sin embargo, A. LAMADRID DE PABLO/A. BALCELLS CARTAGENA, « La prueba de los cárteles en derecho español », AAVV., *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp.461 y ss.

⁵⁷ Sentencia de 30 de octubre de 2018, núm. 1571/2018, fundamento de derecho segundo.

prácticas de acompañamiento y las reuniones periódicas del G5 con el contenido antes descrito de reparto de los contratos y fijación de precios, intercambio de información y otros durante un largo período de tiempo pone de manifiesto que dichas actuaciones respondían a un mismo plan premeditado de restringir o anular la competencia en el ámbito de las licitaciones de obras reseñadas; obedecían a un idéntico objetivo de distorsionar la competencia. Se trata, pues, de una conducta continuada, una unidad jurídica formada por varios actos de coordinación que son contrarios a la competencia y se reiteran en el tiempo con la finalidad o propósito de distorsionar la competencia en el mercado de las licitaciones y todo ello permite calificar la conducta como infracción continuada.”

Con fecha 25 de marzo de 2013, fue resuelto el caso Sobres de papel, en el que se también sancionó una única infracción en la cual participaban, de una parte, empresas con un papel relevante en la adopción de los acuerdos ilícitos de sobres electorales, el llamado núcleo duro del cártel y accionistas de HISPAPPEL, y, por otra parte, otras empresas con una participación más minoritaria y normalmente de implantación regional, pero que, igualmente, se consideraba que tenían conocimiento, participaban y se beneficiaban del acuerdo global.

Por lo que se refiere a la argumentación sobre la unicidad de la conducta, la resolución, que es firme en vía judicial, señalaba: *“las relaciones de subcontratación entre el ganador de la licitación y las empresas ajenas al núcleo duro del cártel acreditadas en el expediente no son fruto de una relación libremente pactada, sino la ejecución de un acuerdo previo de reparto y fijación del precio de las licitaciones electorales, al que estas empresas son invitadas a participar con el objeto de evitar que presentaran ofertas económicas que perjudicasen a aquéllas, bajando los precios finales de adjudicación, y también para garantizarse, en algún caso, una presencia regional”.*

Esta interpretación referente a las empresas de participación más limitada en este cártel, ha sido confirmada, con carácter firme, por la Audiencia Nacional, por ejemplo en su sentencia de 26 de enero de 2017⁵⁸:

“Entiende por ello la Sala, suficientemente acreditada la participación de ARGANSOBRE en acuerdos anticompetitivos que perseguían el reparto de la licitación en detrimento de la libre competencia en los términos que aprecia la resolución sancionadora. El hecho de que la intervención de ARGANSOBRE se haya limitado a tres licitaciones no excluye su participación en una infracción única y continuada porque al no haber comunicado públicamente al resto de las empresas del cártel su intención de finalizar su participación en el mismo, la Sala, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, entiende acreditada su participación y responsabilidad en el acuerdo de reparto de mercado de sobres pre-impresos a través del reparto de clientes desde enero de 2006 a diciembre de 2009. [...]

En el presente caso, consta acreditado que ARGANSOBRE conocía el objeto anticompetitivo del cartel, pues en relación con las licitaciones de Grandes Clientes las empresas que formaban el núcleo duro le permitieron quedarse con parte de esas las licitaciones a cambio de no ofertar a otros clientes.[...]”

O en la de 7 de marzo de 2017⁵⁹:

“Por otra parte, y frente a lo alegado por la interesada, la prueba aportada

⁵⁸ Sentencia, firme, de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2017, núm. de recurso 228/2013, fundamento de derecho cuarto.

⁵⁹ Sentencia, firme, de 7 de marzo de 2017, núm. de recurso 178/2013, fundamento de derecho quinto.

excluye que se tratase de una mera subcontrata ajena al acuerdo anticompetitivo. Muy al contrario, y como considera la CNC, la subcontratación aparece como un instrumento idóneo para que todos los miembros del cártel participasen en el reparto de la fabricación de sobres de acuerdo con los porcentajes convenidos, y nada permite suponer que resultasen de un acuerdo bilateral libremente pactado por las partes. Así resulta de la reiteración de idéntico o muy parecido porcentaje a lo largo de diferentes procesos electorales, como puede comprobarse con los datos antes reflejados."

También en el asunto Postes de Hormigón, todavía sin revisión judicial, quedó reflejada la diferente intervención de las empresas en la infracción en función de su presencia en todos o en algunos de los mercados afectados por el cártel (postes, tapas, cámaras y arquetas de hormigón) y la distinta intensidad de la misma.

No obstante, la resolución de la CNMC de 20 de enero de 2015, concluyó la existencia de una infracción única y continuada al identificar diversos elementos de unidad de actuación y finalidad: *"En primer lugar, existe una clara correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas, ya que todas las empresas han participado, en mayor o menor medida, en las conductas objeto del presente expediente. En segundo lugar, existe coincidencia de los segmentos del mercado afectados por las conductas, sin perjuicio de que algunas de las empresas hayan participado en todos o solo en algunos de ellos. Y en tercer lugar, si bien la ejecución de las conductas en relación con el segmento del mercado afectado tuvo una duración diferente, iniciándose para postes en 1985 y para el resto de productos en 1998, el análisis de los hechos permite considerar que nos encontramos ante dos fases sucesivas de una única infracción de naturaleza compleja, que persigue un objetivo claro desde el principio, coordinarse para controlar y, de alguna forma, "regular", el mercado de productos de hormigón, valiéndose para ello de diversos instrumentos, desde los más evidentes y característicos, como por ejemplo acordar, en el marco de las reuniones y contactos mantenidos, el precio de venta de los productos o el reparto del mercado, hasta los más sofisticados, como la creación de una UTE o el reparto de las subastas de grandes empresas en función de los resultados de la Lotería Nacional".*

Por otra parte, en el expediente Fabricantes de Automóviles, resuelto mediante resolución de 23 de julio de 2015, se acreditó, asimismo, la realización de una conducta única y continuada de intercambio de información. A pesar de que dichos intercambios de información confidencial fueron realizados en el marco de tres foros distintos (Club de Marcas, Foro de Directores de Posventa y Jornadas de Constructores), la CNMC concluyó la existencia de unidad de la infracción basándose en la contribución conjunta y el conocimiento probado del objetivo global.

En concreto, dicha unidad fue justificada de la siguiente forma: *"Un examen global del conjunto de los hechos acreditados pone de manifiesto claramente que los intercambios de información se realizaron no como conductas autónomas sino de forma conectada entre sí, en términos de objetivos, partícipes, métodos y operativa empleada, al objeto común de eliminar la incertidumbre con respecto a resultados, actuaciones y estrategia de la política comercial y de posventa de las marcas participantes en el cártel. Ha quedado también acreditado que los intercambios de información entre los directivos de marketing de posventa eran conocidos por el resto de directivos de las empresas partícipes del Club de marcas. Asimismo, constan referencias a ambas consultoras, URBAN y SNAP-ON en el contexto de reuniones del Club de marcas. Se debe concluir, por tanto, que ha quedado suficientemente acreditado el carácter único y continuado de la infracción constituida por el intercambio de información realizado a través de los tres*

esquemas de intercambio reseñados, cada uno de los cuales estaba destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y que contribuyeron, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por las marcas partícipes, con la colaboración de las dos consultoras incoadas, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único."

En la resolución de Construcciones modulares, de 3 de diciembre de 2015, fueron sancionados diversos acuerdos para el reparto de las licitaciones para el suministro venta y/o alquiler de construcciones modulares que se materializaron en distintas zonas territoriales (Levante, Sur, Cataluña y zona Norte y Centro). Sin embargo, la diversidad de empresas participantes y el hecho de que no estuvieran todas ellas presentes en cada una de las zonas afectadas, no impedía, a juicio de la CNMC, mantener la existencia de una infracción única y continuada, basándose, principalmente, en el vínculo de complementariedad de las diferentes actuaciones de las empresas. En particular, en la mencionada resolución se señalaba al respecto: *"El conocimiento de cada empresa respecto de los acuerdos realizados en la zona geográfica en la que operaba era elemento constitutivo e imprescindible del acuerdo, y si bien posibilita individualizar la responsabilidad de las mismas, también permite concluir que las partícipes sabían o deberían haber sabido que con dicho comportamiento se integraban en un cártel con una dimensión geográfica y temporal en algunos casos superior a la de su concreta conducta"*. Este conocimiento, tal y como se desprende de la propia resolución, era propiciado por los propios directivos de las empresas, concedores de las conductas realizadas en las distintas zonas y los cuales impartían instrucciones a los delegados territoriales.

Asimismo, en el expediente Palés, esta vez en contra de la propuesta de la Dirección de Competencia que estableció la comisión de dos infracciones independientes, acuerdo de fijación de precios e intercambio de información sensible, el Consejo consideró la unicidad de las diferentes conductas analizadas con base en los siguientes argumentos:

"Si bien la distinta duración e intensidad de las prácticas, sus características específicas y la diversidad de métodos empleados han conducido a la Dirección de Competencia a su consideración como conductas autónomas, diversos elementos de unidad de actuación y finalidad abogan por su reconducción hacia una única infracción continuada de naturaleza compleja.

En primer lugar, existe una clara correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas. Así, doce de las entidades imputadas por su participación en el cártel (todas excepto TOLE) participaron también en el intercambio de información comercial sensible. Asimismo, de las 25 entidades imputadas por su participación en el intercambio de información, 21 también participaron en el cártel de precios, si bien dicha práctica, considerada como infracción individual, habría prescrito para siete de las mismas.

En segundo lugar, si bien la ejecución de ambas conductas tuvo una duración diferente, iniciándose el intercambio de información en 1998 y el cártel en 2005, el análisis de los hechos permite considerar que ambas conductas constituyen dos fases sucesivas (pero también simultáneas desde 2005) de una única infracción de naturaleza compleja, sirviendo el intercambio de información iniciado en 1998 como fase inicial que propició el desarrollo de la infracción como cártel sobre precios a partir de 2005, y apoyándose ambas conductas desde entonces para dotar de transparencia y falta de competencia al mercado afectado.

De hecho, en un mercado con un producto estandarizado como es el de los palés de calidad EUR/EPAL, el intercambio de información sobre la producción individual propiciado por la propia asociación y, por lo tanto, la disponibilidad de esta información para todos los operadores, contribuye a aumentar la transparencia del mercado y facilita adicionalmente el desarrollo de un acuerdo en precios ya que contribuye a reducir los costes de su funcionamiento —porque permite hacer un seguimiento del comportamiento de los participantes en el mismo— y, por ello, aumenta los beneficios esperados de este acuerdo.

Así pues, ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de la eliminación de la autonomía empresarial individual y la concertación de las empresas participantes a través, primero, de la transparencia de las cifras de producción y, posteriormente, del acuerdo directo sobre precios, instigando a la participación de todos los asociados en el mismo con objeto de extenderlo a todo el mercado.”

Por último, hemos de referirnos, asimismo, a los casos que han sido anulados por los tribunales. De la propia tabla se deriva que, en realidad, de las infracciones únicas y continuadas acreditadas por la autoridad de competencia en los últimos años, solamente dos expedientes han sido revocados por los tribunales con base en la incorrecta delimitación de aquella⁶⁰.

Así, en primer lugar, en el expediente S/0192/09 ASFALTOS, resuelto mediante Resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011, el Consejo consideró, apartándose de la propuesta de la entonces Dirección de Investigación que defendía la existencia de tres cárteles diferenciados, que las distintas prácticas analizadas constituían un acuerdo único, que debido a las características del producto, adoptaba distintas composiciones o formaciones en función del área geográfica, existiendo, no obstante, un nexo común en todas las áreas analizadas, que eran las empresas del GRUPO CAMPEZO, presentes en todas las zonas.

Posteriormente, la Audiencia Nacional⁶¹, sin embargo, declaró al respecto: “Esta Sala considera que el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto. Por el contrario, como puso de manifiesto la Dirección de Investigación, puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas, la conclusión que extrae esta Sala es que si la conducta tipificada viene constituida precisamente por tales acuerdos, los cárteles son tres y no uno. No se ha

⁶⁰ En realidad, en el periodo contemplado (enero 2013-mayo 2019), solamente habría una resolución anulada por causa de la calificación de infracción única y continuada. Pero se ha considerado de interés incluir el caso S/0192/09 ASFALTOS al análisis, por su relevancia en relación a la materia examinada.

⁶¹ Sentencias de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2013 (CONSTRUCCIONES PUBLICAS COPRISA, S.A.); de 29 de mayo de 2013 (AGLOMERADOS LEON, SL y FIRMES Y CAMINOS, S.A.); de 12 de marzo de 2014 (EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.); de 30 de abril de 2014 (GRUPO CAMPEZO); 7 de mayo de 2014 (ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.); de 26 de mayo de 2014 (CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A. y CORPORACION LLORENTE MUÑOZ, S.L.); de 2 de julio de 2014 (TEBYCON, S.A.) y de 15 de julio de 2014 (COMPAÑIA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.)

acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes, León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto, con independencia de lo que resulte para el concreto supuesto del grupo empresarial presente en las tres zonas geográficas.”

Ahora bien, teniendo en cuenta la existencia de evidencia probatoria suficiente sobre la infracción, en este caso, la Audiencia Nacional no anuló completamente la referida resolución, sino que ordenó la devolución de las actuaciones a la autoridad, a fin de que fijara de nuevo el importe de la sanción de la multa, teniendo en cuenta el ámbito geográfico y temporal más limitado de la práctica ilícita.

En segundo lugar, debe ser citada la ya mencionada Resolución de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12 RESIDUOS⁶². Como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, las sentencias de la Audiencia Nacional recaídas con ocasión de dicha revisión judicial coincidían en declarar la falta de justificación, por parte de la Resolución de la CNMC, de la participación de cada una de las empresas en el objetivo común o plan conjunto de actuación de la práctica, teniendo en cuenta los diferentes mercados y ámbitos geográficos de actuación de cada una de ellas y la relación inexistente entre los intervinientes en la misma. En tal sentido, por ejemplo, la sentencia de 28 de diciembre de 2018⁶³:

“Se emplean así los términos sector, ámbito o segmento de manera indistinta y, sobre todo, sin precisar la conexión entre ellos ni entre las empresas que actúan en los mismos, por lo que no se ofrece ninguna base que pudiera sostener la idea de actuación conjunta y de plan único de actuación, consustanciales a la existencia de la infracción única conforme a la jurisprudencia europea que citábamos. [...]

Con arreglo al concepto de infracción única a que aludíamos antes, el mantenimiento de esta calificación exige que todas y cada una de las empresas sancionadas participen de ese “plan conjunto” al que se refiere el TJUE en la sentencia de 24 de junio de 2015.

No obstante, en el caso concreto de la aquí recurrente, y como manifiesta en su demanda sin que exista prueba en contrario, solo actúa en el mercado de recuperación de papel y cartón y en el ámbito geográfico de Madrid, por lo que no existe base para suponer que participa de un objetivo común, de un plan conjunto de actuación en el que intervinieran otras empresas cuya relación con CARPA y HOLMEN PAPER, es, simplemente, inexistente.

No se discute aquí si su conducta en el referido mercado y ámbito geográfico pueda ser reprochable desde el punto de vista de las normas de competencia la misma recurrente menciona la resolución S/0430/12, confirmada por esta Sala recientemente—, sino si dicha conducta tiene encaje o no en la infracción única y continuada que le imputa la CNMC y que le ha llevado a sancionarla.

Los argumentos empleados en la resolución recurrida en respuesta a las alegaciones formuladas sobre esta cuestión por las entidades afectadas — fundamento de derecho décimo, apartado 10.1 “Inexistencia de acuerdo global de reparto de mercado”— no consiguen, a juicio de la Sala, solventar el

⁶² Un análisis crítico de la misma puede consultarse en E. ABRIL/G. RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO/M. SAÉZ BASCUÑANA, «Flexibilización del concepto de infracción única y continuada, en Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia», Civitas, Madrid, 2015, pp.45 y ss.

⁶³ Núm. de recurso 135/2015, promovido por CARTÓN Y PAPEL RECICLADO S.A (CARPA) Y HOLMEN PAPER MADRID S.L. V. especialmente fundamento de derecho séptimo.

escollo de la ausencia de cualquier prueba que acredite la concurrencia, en cuanto a la empresa ahora recurrente, de los requisitos que definen la infracción única y continuada según la jurisprudencia europea, cuales son, insistimos, la existencia de un plan global que persiga un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan, y el hecho de que hubiera tenido conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.”

Los demás casos reflejados en la tabla en los que se consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada y que han sido, finalmente, anulados, por los tribunales, lo han sido con base en argumentos de otra naturaleza tales como la caducidad del expediente (S/0469/13 FABRICANTES DE CARTÓN ONDULADO; S/0303/10 DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO; S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA), la ilicitud del material probatorio recabado (S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL), falta de acreditación suficiente de participación en el cártel (S/0380/11 COCHES DE ALQUILER, en relación a AVIS), improcedencia de la declaración de responsabilidad y sanción en caso de sociedades extinguidas (S/378/11 DESMOTADORAS ALGODÓN) o defecto formal (S/0404/12 SERVICIOS COMERCIALES AENA).

ESCENARIO B: AL MENOS 2 EMPRESAS PARTICIPAN EN TODO, OTRAS EMPRESAS TIENEN PARTICIPACIÓN LIMITADA

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0192/09 ASFALTOS ⁶⁴	ANULADO (INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA)
S/0303/10 DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0316/10 SOBRES DE PAPEL	CONFIRMADO
S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA	CONFIRMADO
S/0342/11 ESPUMA POLIURETANO	CONFIRMADO
S/378/11 DESMOTADORAS ALGODÓN	CONFIRMADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0380/11 COCHES DE ALQUILER	CONFIRMADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0404/12 SERVICIOS COMERCIALES AENA	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/428/12 PALÉS	ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)/PENDIENTE
S/0429/12 RESIDUOS	ANULADO (INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA)
S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL	ANULADO (OTROS MOTIVOS)
S/0445/12 EQUIPOS CONTRA INCENDIOS	CONFIRMADO
S/0454/12 TRANSPORTE FRIGORÍFICO	PENDIENTE
S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN	PENDIENTE
S/0469/13 FABRICANTES DE CARTÓN ONDULADO	ANULADO (OTROS MOTIVOS)
S/0482/13 FABRICANTES AUTOMOVILES	PENDIENTE
S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES	PENDIENTE
S/0504/14 AIO	CONFIRMADO
S/505/14 CONCESIONARIOS CHEVROLET	PENDIENTE
S/519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS	PENDIENTE
S/0538/14 SERVICIOS FOTOGRÁFICOS	PENDIENTE
S/544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES	PENDIENTE
S/0545/15 HORMIGONES DE ASTURIAS	PENDIENTE
S/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS	PENDIENTE

⁶⁴ Como se ha indicado anteriormente, aunque esta Resolución (26/10/2011) es anterior al período analizado en este trabajo (2013-2019), se ha incluido en el análisis por su relevancia en relación a la materia examinada.

III.4. Escenario C

Por último, tendríamos el grupo de casos en los que, por la imposibilidad de determinar la existencia de un plan conjunto u objetivo idéntico de las diferentes prácticas, han sido delimitadas y sancionadas infracciones distintas.

Así, por ejemplo, en los diferentes expedientes de concesionarios, se distinguieron distintas infracciones por áreas geográficas coincidentes con las denominadas “zonas de influencia” de los concesionarios de las respectivas marcas, ya que los concesionarios eran distintos en cada una de estas zonas geográficas y no se podía acreditar ni una ejecución conjunta ni un conocimiento generalizado. Al respecto, las sentencias recaídas hasta la fecha en los expedientes AUDI/SEAT/VW, OPEL e HYUNDAI han confirmado la delimitación realizada por la CNMC en cuanto a las diferentes infracciones únicas y continuadas, aunque algunas han anulado la resolución de la CNMC respecto a empresas concretas, por motivaciones distintas a la configuración de la infracción única y continuada, mayoritariamente, al considerar que no había elementos incriminatorios suficientes respecto a dichas empresas en cuanto a su participación en el cártel.

En el caso Cementos, respecto a las prácticas analizadas en el mercado del hormigón, se diferenciaron tres infracciones por zonas geográficas (Noreste, Centro y Sur), basándose, principalmente, en que, aunque algunas de las participantes eran grupos nacionales presentes en todas las zonas, sin embargo, las demás empresas solamente operaban en dichas zonas concretas, sin que existiera indicio alguno de que estas conocieran o pudieran prever el plan más global.

También se distinguieron claramente tres infracciones en el expediente Transporte Balear de Viajeros, considerando que las mismas se llevaron a cabo en diferentes segmentos del transporte de viajeros (escolar y discrecional), con diferente ámbito territorial (Islas Baleares o sólo Mallorca) y temporal (desde 2004 la conducta relativa al transporte escolar; de 1977 a 2011 la recomendación de precios y desde 2008 los acuerdos bilaterales en relación con el transporte discrecional). Adicionalmente, teniendo en cuenta que los métodos utilizados y las finalidades eran también divergentes, se entendió que no se podía acreditar la existencia de un plan conjunto, sin perjuicio de que algunas de las incoadas hubieran participado en más de una de las infracciones.

En el caso Cables BT/MT, igualmente, se sancionaron tres infracciones distintas teniendo en cuenta, fundamentalmente, a los diferentes autores de las infracciones en cada caso y a la diversa tipología de conductas: el cártel de fabricantes, consistente en acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado; el de distribuidores y fabricantes, consistente en el reparto de proyectos y el cártel entre dos distribuidores, consistente en el reparto de proyectos.

Asimismo, en los dos últimos expedientes resueltos por el Consejo de la CNMC han sido delimitadas y sancionadas infracciones distintas. En el expediente Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias han sido delimitadas tres infracciones únicas y continuadas diferentes considerando que, aunque en algunas de ellas participaban las mismas empresas, se diferenciaban básicamente por los mercados afectados (sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, sistemas de electrificación de tren de alta velocidad y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad), los participantes en cada una de ellas y la inexistencia de un objetivo idéntico que vinculara los distintos acuerdos.

Por último, en el expediente de ANELE se han sancionado dos infracciones únicas y continuadas, en la medida que las conductas analizadas tenían ámbitos fácticos de aplicación diferenciados, distintas combinaciones de sujetos implicados y distorsionaban

la competencia en segmentos diferenciados. El primero de ellos afectaba a libros de texto no universitarios en el ámbito de la escuela pública y el segundo estaba relacionado con el libro de texto digital.

ESCENARIO C: DISTINTOS OBJETIVOS Y DISTINTAS INFRACCIONES

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0397/12 TRANSPORTES MADRID	CONFIRMADO
S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER	PENDIENTE
EXPTES. CONCESIONARIOS ⁶⁵ (S/0487/13; S/0486/13; S/0488/13; S/0489/13; S/0471/13)	CONFIRMADOS/ANULADOS POR OTROS MOTIVOS
S/0525/14 CEMENTOS	PENDIENTE
S/512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS	PENDIENTE
S/0562/15 CABLES BT/MT	PENDIENTE
S/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS	PENDIENTE
S/0578/16 MENSAJERÍA y PAQUETERÍA EMPRESARIAL	PENDIENTE
S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS	PENDIENTE
S/DC/0594/16 ANELE	PENDIENTE

IV. CONCLUSIONES

De todo lo anterior, puede concluirse, en primer lugar, que todo lo relacionado con la figura de la infracción única y continuada es una cuestión eminentemente casuística y fáctica, que ha ido ganando, además, en complejidad en la medida que los instrumentos tecnológicos de las autoridades de competencia para recabar pruebas son cada vez más potentes y afinados. Estos, es evidente, te dan una percepción de la realidad mucho más fiel y mucho más compleja.

A la vez que se ha ido ganando en complejidad fáctica, también se ha ido ganando en consistencia y seguridad jurídica en cuanto a la aplicación de esta figura tanto en la práctica decisoria de la autoridad administrativa de competencia como de los propios tribunales.

En esta evolución es patente, por lo demás, la integración en nuestro derecho interno de los requisitos de aplicación más rigurosos establecidos por la jurisprudencia comunitaria, a los que nos hemos referido en las páginas precedentes, lo cual nos parece, ciertamente, oportuno ya que esta figura tiene su campo primordial de aplicación en los cárteles, en los que se suele aplicar no solamente el artículo 1 de la LDC sino también el artículo 101 del TFUE. Además, también parece deseable cierta armonización con la práctica de la Comisión Europea y los demás Estados Miembros en un concepto tan crucial para la aplicación del Derecho de la competencia.

Por lo que se refiere a la práctica de la autoridad española de competencia, es notorio también que se ha pasado de una época en la que la mayoría de los casos se englobaban en una única infracción continuada, a otra en la que con más frecuencia nos encontramos con distintas infracciones y este, a la vista de las últimas resoluciones de la CNMC acaecidas en 2019, seguirá siendo el rumbo de la autoridad administrativa española.

⁶⁵ En estos expedientes se distinguieron diversas infracciones por áreas geográficas coincidentes con las denominadas "zonas de Influencia" de los concesionarios de las marcas correspondientes, si bien en algún caso y para alguna de dichas zonas, las infracciones se consideraron prescritas.

Al respecto, como ya hemos indicado, es necesario tener en cuenta que las actuaciones de las empresas son cada vez más complejas y sofisticadas y los poderes fiscalizadores de la autoridad más afinados. Pero es que, además, esta también parece ser la dirección marcada por nuestros tribunales, especialmente la Audiencia Nacional, tanto en lo que se refiere a las cuestiones sustantivas como a las cuestiones procedimentales relacionadas con la calificación de infracción única y continuada, dada la incidencia que la misma pueda tener también en una eventual reclamación de daños⁶⁶.

En todo caso, los datos que arroja la revisión realizada así como las argumentaciones sustantivas utilizadas y que han sido reflejadas en las páginas precedentes, permiten concluir el esfuerzo de la CNMC en los últimos años, no exento por supuesto de alguna divergencia o error como en el caso Residuos, por descifrar realidades cada vez más complejas y una praxis nacional, en cuanto a la figura de la infracción única y continuada, cada vez más consistente y coherente con los principios establecidos en la jurisprudencia comunitaria.

⁶⁶ Al respecto, véase el voto particular formulado por el magistrado Ilmo. Sr. D. Santiago Soldevila Fragoso, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, núm. de recurso 467/2014.

PRÉSTAMOS SINDICADOS Y DERIVADOS FINANCIEROS DE COBERTURA DE RIESGO DE TIPO DE INTERÉS

Syndicated loans and financial derivatives hedging interest rate risks

Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ
Abogado – Magistrado excedente

Resumen

El trabajo se ocupa principalmente del estudio de la Resolución de la CNMC de fecha de 13 de febrero de 2018 “Derivados financieros” en que por primera vez las autoridades de competencia de la Unión Europea examinan y sancionan una concertación entre entidades financieras en el ámbito de los derivados financieros de cobertura de tipo de interés en préstamos sindicados en Proyectos de Financiación. Previamente se hace una referencia a los préstamos sindicados, así como a los derivados financieros de tipo de interés como figuras presentes en la financiación de grandes proyectos. También se hace referencia a la única Resolución de la Comisión Europea en relación con una financiación empresarial sobre parecido supuesto y que terminó después de denuncia de clemencia en un procedimiento de negociación.

Abstract

This work has as principal subject all the problems connected with the concertation of bank entities when they grant a syndicate loan to the Companies. And also, the obligations of these Companies to contract a derivative of hedging of kind of interest in order to cover the oscillations of the hedging.

We started by analyzing the syndicates loans and their influence in the free competence, as well as the new bank hedge derivatives requires.

Till now, as well we known the European competition authorities has only examined an operation. It was a possible concertation of several international banks in order to fixed the Euribor and other hedging derivates of rates of interest for the company's finances.

This work deeply analyzes the Resolution of the Spanish authority of Competence (CNMC) of 13th February 2018 regarding the concentration of four of the most important Spanish banks in the Project finance, examining the main problems that banks presented in their defense.

Palabras clave: Acuerdo de fijación de precios | Servicios financieros | Infracción continuada | Multa | Directivos | Confidencialidad |

Key words: Price-fixing agreement | Financial services | Continuous infringement | Fine | Managers | Confidentiality |

A partir del desarrollo económico de nuestro país, con algo de retraso respecto de los principales países de la Europa occidental, surge mayor necesidad de financiación por parte de las empresas españolas y para sus proyectos, sobre todo para los de mayor envergadura, siendo la función fundamental de los bancos privados la mediación en el crédito¹.

Los bancos, pilar fundamental en el desarrollo económico, importan enseguida las modalidades de financiación que ya hacía años venían practicándose en el resto de países europeos, principalmente los del mundo anglosajón que, desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial, marcaban el desarrollo económico y financiero.

En el último tercio de los años setenta y fundamentalmente en la década de los años ochenta, empiezan las empresas españolas a demandar importante financiación, a largo plazo, para el desarrollo de grandes proyectos, tales como construcción de carreteras, otras obras públicas, centrales eléctricas, etc., pasando en los últimos años a renegociar las empresas más endeudadas, sus deudas bilaterales con cada entidad bancaria a un préstamo sindicado con todas sus entidades acreedoras, de forma que les permita alargar los plazos de devolución y concentrar los vencimientos sucesivos, lo que les facilita una mejor forma de reestructuración de sus deudas.

Son financiaciones de gran importe y a largo plazo, que un solo banco, en muchos casos, no puede acometer en solitario, o no debe hacerlo por la concentración de riesgo. Así empezaron a utilizarse lo que ya se conocía como préstamos o créditos en los que participan varios bancos, créditos sindicados, compartiendo así el riesgo crediticio que para cada uno es menor, y acorde con su participación en el préstamo del dinero. Como es habitual, los bancos previamente estudian y analizan pormenorizadamente la operación crediticia, su viabilidad y las garantías adicionales que el buen hacer de su profesión les recomienda: hipotecas de bienes inmuebles de la entidad acreditada, garantías personales adicionales de los socios de ésta o de terceros, etc.

En definitiva, lo que se pretende es que el dinero prestado sea devuelto, con sus intereses, en el plazo y forma acordados, y el que, si por cualquier circunstancia imprevista, la empresa acreditada no pudiera cumplir con sus obligaciones, los bancos puedan ejercitar las garantías y en definitiva, el que se cumplan las obligaciones asumidas por la empresa.

También del mundo sajón se importan después, modelos de nuevas garantías que se emplean, entre otros, en los préstamos sindicados con el fin de cubrir fundamentalmente las variaciones de los tipos de interés, en préstamos generalmente pactados en euros a interés variable conforme al Euribor. Se incorpora así a nuestra práctica financiera los derivados de cobertura de interés variable.

I. PRÉSTAMOS SINDICADOS Y SUS NUEVAS GARANTIAS

A. Préstamos sindicados: funcionamiento y su incidencia en la libre competencia.

La doctrina define el préstamo sindicado, como aquél en el que varios bancos acuerdan con un empresario la entrega de una cantidad de dinero, por un tiempo determinado, a cambio de un interés. El sindicato de banqueros puede actuar de forma solidaria o mancomunada, según se acuerde, siendo la primera fórmula la más común. Le son aplicables las normas del C.C. sobre solidaridad de acreedores comprendidas en los arts. 1442 y 1443. En estas operaciones un banco figura como director del sindicato,

¹ Brosseta Pont, M., "Manual de Derecho Mercantil", octava edición, pág. 471

siendo el que más suele relacionarse con el prestatario. En todo lo demás rigen las cláusulas contractuales y disposiciones sobre contratos².

Se trata de un contrato, como tantos otros surgidos en los últimos años, que no se encuentran regulados específicamente, y que surgen de la propia realidad socioeconómica. En nuestro país, lo posibilita la libertad general de pactos que establece el art. 1255 CC. Así, los contratantes pueden establecer las cláusulas y condiciones que estimen conveniente que no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público. En consecuencia, si no puede establecerse ningún pacto ni cláusula contrarios a ninguna ley, no podrán por tanto éstos contravenir lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

Las grandes inversiones y proyectos de carácter industrial y comercial hicieron necesario en la década de los noventa concentraciones bancarias para poder alcanzar la dimensión de los grandes bancos europeos y poder estar así en condiciones de competir en el Espacio Económico Europeo. Pero a pesar de ello, los bancos podían sobrepasarse en los niveles óptimos de inversión y riesgo, no considerar aconsejable concentrar en una sola empresa y/o proyecto una gran inversión de sus recursos, o sencillamente, el atender a suministrar la totalidad del préstamo solicitado no les resultaba técnicamente posible. Estas últimas justificaciones, sin otras más concretas, podrán infringir las prohibiciones de la LDC, según veremos más adelante.

En estos supuestos se acude a la cooperación entre varias entidades bancarias para proporcionar el préstamo/crédito demandado por una empresa, tal y como venían haciendo desde hacía más tiempo los principales bancos europeos.

Se justifica esta cooperación entre varios bancos como no contraria a la libre competencia, aunque finalmente todos pacten las mismas condiciones e intereses, en tanto en cuanto, dan respuesta a una necesidad de financiación de gran volumen y a largo plazo, que no sería posible sin la concurrencia de varias entidades bancarias que formaran el sindicato de bancos que propician una determinada necesidad de aquellas características.

No obstante el anterior criterio generalizado, no por ello escapan a las normas antitrust los créditos sindicados. Cabe distinguir dos fases en este tipo de financiación. La anterior a la constitución del sindicato bancario o grupo de financiadores, en donde los bancos compiten para obtener un mandato en un proceso competitivo, y la posterior de constitución del sindicato. Son evidentemente mayores los riesgos de prácticas restrictivas en la primera fase, en la que las entidades deben pujar de manera independiente, evitando intercambiar información sensible con otros posibles oferentes. Una vez constituido el sindicato, el riesgo disminuye sensiblemente, si bien, deben evitarse contactos innecesarios.

Algún autor se ha pronunciado abiertamente, y no le falta razón para ello, señalando que, a los créditos sindicados se les debe aplicar los mismos principios generales establecidos por la CNMC en materia de compatibilidad de consorcios y UTE con el art. 1 LDC. Esto significa que deben considerarse estos créditos conformes con aquellas normas. Así, si puede establecerse que, antes de decidir participar en el consorcio con otros competidores, la entidad bancaria examine con arreglo a sus propios procedimientos internos si se encontraba en condiciones económicas y técnicas para afrontar la operación en solitario, pudiendo acudir lícitamente a la constitución del

² Ruiz de Velasco, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil, 2ª Ed. 2003, pág. 878

sindicato solo en el supuesto en el que de dicho análisis se obtenga una respuesta negativa desde la política de riesgo crediticio de la entidad³.

Los préstamos o créditos sindicados se llevan a cabo fundamentalmente para financiar a una empresa, financiación corporativa, y últimamente y de forma más habitual, para financiar un concreto proyecto.

En el primer supuesto, deberá analizarse previamente la estructura de la empresa, sus negocios en marcha y perspectivas de negocio a medio plazo fundamentalmente y en definitiva, su capacidad para poder devolver el préstamo en los plazos y con los intereses que se pacten. Adicionalmente, y después de haber pasado la empresa este primer test, los bancos buscarán garantías adicionales para cubrir cualquier contingencia desfavorable que pudiera poner en peligro el puntual cumplimiento de las obligaciones por parte del acreditado, mediante la exigencia de garantías y avales personales, hipotecas e incluso, en el pasado, mediante constitución de garantía prendaria sobre maquinaria y otros activos industriales. Con el transcurrir del tiempo y la acumulación en algunos momentos de incumplimientos masivos por diversas circunstancias, los bancos han podido comprobar que si las ejecuciones hipotecarias no posibilitaban la devolución de la deuda, mucho menos las prendas que en la mayoría de los casos solo terminaron en la adjudicación de chatarra por la que nadie pujo en la ejecución y el precio del remate fue simbólico.

Los préstamos o créditos sindicados para la financiación de un determinado proyecto, se analizarán desde una perspectiva algo distinta, pero con la mirada siempre puesta en el cumplimiento puntual por parte de la empresa obligada. En este supuesto, debe analizarse el proyecto en sí y como será capaz por sí solo de cumplir puntualmente con las obligaciones que se contraigan en cuanto a devolución del principal e intereses y en los plazos acordados en el contrato. En ambos supuestos, lo más habitual en la Unión Europea, viene siendo el que se pacte como moneda el euro y el tipo de interés sea variable referenciado también en la mayoría de los casos al Euribor, si bien puede pactarse en otro tipo de moneda, la segunda más habitual es el dólar, y también con interés variable con alguno de los referentes más oficializados.

Por lo que se refiere a las garantías, como antes se adelantaba, los bancos han "puesto de moda" el pacto de un derivado financiero de cobertura de tipo de interés, siguiendo el modelo sajón, en la cobertura de los riesgos de fluctuación del referente del tipo de interés, ya que la mala experiencia tenida en anteriores préstamos de financiación corporativa, así se lo aconsejaba.

B. Derivados de cobertura de riesgo del tipo de interés

Los préstamos y créditos a interés variable, sean del tipo que sean, incluso hipotecarios, suponen para los partícipes, tanto acreditante, como acreditado, prestamista o prestatario, un especial riesgo por las fluctuaciones que los tipos de interés, tanto a medio como, sobre todo, a largo plazo, pueden experimentar en el transcurso de la operación financiera.

A los bancos les interesa que el deudor pueda pagar puntualmente durante toda la vida de la operación, tanto las amortizaciones de capital, en la forma pactada, como los intereses. Pero no están dispuestos a soportar la fluctuación que éstos puedan tener. Si los intereses bajan, el banco que colocó el principal a una tasa de interés superior, le

³ Gutierrez Herrador, Alfonso, "Préstamos sindicados, derivados financieros y derecho de la competencia: La Resolución de la CNMC de 13 de febrero de 2018", Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez nº 48, enero de 2018

será desfavorable la operación. Hoy en día, el tipo de interés real en cada momento no lo determinan los prestamistas, ya que si es en euros, lo hace el Banco Central Europeo. Por ello y pese al conocimiento de sus empleados y de las sofisticadas herramientas que poseen, no quieren los bancos correr el riesgo que tratan de trasladar a los particulares o a las empresas, en su caso, para tener claro y protegido el beneficio.

Lo malo de todo esto es que dada la falta de transparencia e información a los clientes, en los últimos años han aflorado estas circunstancias al llegar estos contratos a los tribunales por desavenencia de las partes. También en el caso de cobertura de riesgo de tipo de interés ha sido frecuente que los bancos exijan de los prestatarios la cobertura del riesgo de tipo de interés, sobre la base de convencerles de que con ello se va a cubrir el proyecto para el supuesto de una subida del Euribor que encarecerá los intereses a pagar, pudiendo poner en riesgo el que el proyecto no produzca lo suficiente para atender sus compromisos ante la nueva situación. Por ello, les proponen contratar un derivado financiero. Al empresario le parece acorde a sus intereses esta exigencia del banco, pero en muchos supuestos, lo que le obligan a contratar es un "collar" que protege al cliente ante la subida del Euribor, pero también al banco, en el supuesto de que Euribor baje, que es lo que ha ocurrido en los últimos años. Al cliente, en definitiva, no se le dice toda la verdad y el producto que se le ofrece no cubre solo su riesgo, sino también el del banco. Si se hubiese ofrecido como derivado un "cap", el cliente tendría suficiente con este producto financiero para cubrir su riesgo. Además, el "collar" es un derivado muy opaco y altamente especulativo que solo en contadísimas ocasiones va a interesar contratar al cliente. Pero una de las características principales de los contratos bancarios deriva de ser uno de los contratantes, una fuerte empresa capitalista que impone unilateralmente sus condiciones al otro contratante⁴.

Los contratos de protección de tipos de interés en sus modalidades "cap", "floor" y "collar" son solo algunos de los muchos productos financieros derivados que la práctica ha incorporado a nuestro sistema de competencia mercantil⁵.

Si se contrata por el cliente un "cap", en el supuesto de que los tipos de interés por referencia a un índice variable, por ejemplo Euribor, sobrepasa el tipo de interés máximo acordado, no tendrá que pagar el sobre interés que asume este supuesto vendedor del "cap", banco. Se trata, en definitiva, de asegurarse ante la subida descontrolada, algunas veces, de los tipos de interés, que harían peligrar el proyecto. Claro está que, si bien los tipos de interés pueden subir, no lo harán hoy de forma muy brusca ni descontrolada, pues en el caso del euro, el Banco Central Europeo se encarga de evitarlo.

Por el contrario, quien contrata un "floor", en el caso de que los tipos de interés se sitúen por debajo de un tipo de interés mínimo, el vendedor cubrirá la diferencia existente entre ambas cantidades. Es evidente que este derivado no favorece los intereses del cliente-acreditado, pues no se beneficiaría de la bajada de los tipos de interés y encima tiene que pagar por ello. Por el contrario, el banco-acreditante si se vería favorecido, pues el cliente tendrá que pagar el tipo de interés más alto.

El "collar" es una combinación de los dos anteriores. En un contrato de "collar", el vendedor de protección, es a su vez, comprador de protección. Así, si él se protege contra la subida de los tipos de interés al comprar un "cap", vende al propio tiempo un "floor", otorgando así cobertura a la otra parte para el supuesto de bajada de los tipos de interés.

⁴ Garrigues J, *"Curso de Derecho Mercantil"*, Vol. II (1962), pág. 175

⁵ Gómez-Jordana, Iñigo, " *Los contratos de productos financieros derivados: caps, floors, collars*", en Estudios Jurídicos sobre Derivados Financieros, pág. 439

El collar responde a parámetros de difícil comprensión para clientes profesionales, de imposible control para los mismos, de gran volatilidad y de amplio margen especulativo. Por ello no es por lo general aconsejable su contratación, salvo casos muy excepcionales de clientes muy expertos y que tengan intención de especular.

La preocupación de la Comisión Europea y de otros reguladores europeos por las prácticas anticompetitivas en los mercados de créditos sindicados y de derivados es grande y actual.

En su plan de gestión de 2017⁶, la Dirección General de la Competencia (DG COMP) de la Comisión Europea pone de manifiesto su preocupación por la "coordinación y las barreras a la entrada en el mercado de derivados over-the-counter (OTC)"⁷.

La Comisión también expresó su intención de iniciar a lo largo de 2017 "un estudio sobre los problemas potenciales de competencia de los créditos sindicados"⁸. Según la DG COMP, "este área presenta una estrecha colaboración entre los participantes en el mercado en un contexto opaco y no transparente, como es el de operaciones OTC, que es particularmente vulnerable a la existencia de conductas anticompetitivas"⁹.

La DG COMP establece que dirigirá sus esfuerzos a la "obtención de información relevante sobre la estructura de mercado, la dinámica entre los participantes en el mercado y la existencia de potenciales problemas de competencia"¹⁰.

Los contratos de los tres derivados financieros examinados, son contratos atípicos que carecen de regulación específica en los diversos sistemas jurídicos. De otro lado, cabe señalar que, a pesar de ser contratos consensuales, y por tanto no se exige requisito alguno de forma para su perfección, la documentación de los mismos ha evolucionado hacia una estandarización.

Los modelos normalizados más empleados recogen el nombre de sus patrocinadores y son los que publican dos asociaciones, ISDA¹¹ y AEBP¹². El resto de cláusulas o la modificación de alguna de las estandarizadas, corresponde al acuerdo de las partes según el principio de libertad contractual.

II. OPERACIONES CON DERIVADOS DE COBERTURA DE TIPO DE INTERES EXAMINADOS POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

Solo hay dos casos que han sido examinados por las autoridades de competencia, que conozcamos. Uno por la Comisión Europea y otro por la CNMC.

A. Comisión europea

Referido a un préstamos sindicados de *corporate finance* o financiación

⁶ DG COMP Management Plan 2017

Disponible en http://ec.europa.eu/competition/anual_management_plan//amp_2017_en_pdf

⁷ DG COMP Management Plan 2017. Página 11: "In 2017, DG Competition will continue to monitor the commitments that apply for 10 years and will address the concerns of coordination and entry barriers in provider IHS Markit in July 2016", Nota a pie de página 30: "In July 2016, the Commission made binding commitments offered by ISDA and Markit, see IP/16/2586 of 20 July 2016 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2586_en.htm"

⁸ DG COMP Management Plan 2017. Página 11: "DG Competition will possibly also engage in a study on potential competition issues of loan syndication".

⁹ DG COMP Management Plan 2017. Nota a pie de página 31: "This area exhibits close cooperation between market participant in opaque or in-transparent settings, such as over-the-counter (OTC) activities, which are particularly vulnerable to anticompetitive conduct."

¹⁰ DG COMP Management Plan 2017. Nota a pie de página 31: "Work will focus on obtaining relevant information on market structure, dynamics between market participants and potential competition"

¹¹ International Swaps and Derivatives Association Inc.

¹² Este contrato marco se debe a la Asociación Española de Banca Privada

corporativa, comenzó a investigar la Comisión la posible concertación de los bancos en la fijación del Euribor y otras condiciones de los derivados financieros, produciéndose dos Decisiones: una de transacción, como consecuencia de peticiones de clemencia y la otra Decisión referida a los bancos que no transaron.

a) Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013, Derivado sobre tipo de interés en euros¹³

Según esta Decisión, sus destinatarios participaron en una infracción única y continuada del art. 101 del Tratado y 53 del Acuerdo EEE. Su objeto fue la restricción o falseamiento de la competencia en el sector de los derivados sobre tipos de interés en euros relacionados con el tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro o con el índice medio del tipo del euro a un día.

Los destinatarios de la Decisión son, Barclays y determinadas filiales, Deutsche Bank AG y alguna filial del mismo, Société Générale y RBS.

La Decisión no establece ninguna responsabilidad de ninguna de la partes, fuera de la transacción, por su participación en ninguna infracción de las normas en materia de competencia de la UE, en este asunto.

El procedimiento se inició por una solicitud de dispensa presentada por Barclays el 14 de junio de 2011. Entre el 18 el 21 de octubre de 2011, la Comisión lleva a cabo una inspección por sorpresa a diversos bancos en París y Londres.

Mediante resolución de 5 de marzo de 2013 y 29 de octubre de 2013, la Comisión inició el procedimiento previsto en el art. 11.6 del Reglamento CE, 1/2003 contra los bancos antes identificados como destinatarios de la Decisión y otros tres bancos más, con vistas a iniciar conversaciones para llegar a una transacción.

Considerando como mercado geográfico de la infracción como mínimo el del EEE, aplicando la Comunicación sobre clemencia se concede inmunidad a Barclays y también una reducción del 50% de la multa a RBS, una reducción de la multa en un 30% a Deutsche Bank y reducción del 5% a Société Générale.

En conclusión, se impusieron las siguientes multas: Barclays "0" euros, Deutsche Bank 465.861.000 euros, Société Générale 445.884.000 euros y RBS 131.004.000 euros.

b) Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 2016¹⁴

Se ocupa en un extenso documento, de casi doscientas cincuenta páginas, de examinar la conducta de los tres bancos que decidieron no transar como el resto y aceptar las importantes multas que demand  la Comisión, según ve mos en la anterior Decisión.

Los bancos Crédit Agricole, HSBC y JPMorgan, han hecho frente a la acusación de la Comisión y tratan de probar su no participación en un cártel para influir los precios de los derivados de tipo de interés en euros. La Comisión sospecha que han participado en un acuerdo ilegal cuyo objetivo era falsear la evolución normal de los componentes del precio de los derivados de tipo de interés en euros. En extensos escritos de defensa, que al menos aparentan solidez en sus afirmaciones, se han opuesto a la acusación,

¹³ Asunto AT. 39914, DOUE C-206/17, de 30/06/2017

¹⁴ AT- Productos Financieros de tasa de interés en euros (EIRD)

pero la Comisión, de forma muy meticulosa, examina aquellos y va desmontando uno a uno los argumentos en una Decisión que, como indicábamos, es muy extensa y cuyo comentario detallado excede los límites de este trabajo.

B. CNMC

El segundo supuesto se refiere a *project finance* o financiación de proyectos del que ha conocido la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el Expediente S/DC/0579/16 “derivados financieros” y que terminó por Resolución de 13 de febrero de 2018¹⁵ por la que se sanciona a cuatro entidades bancarias españolas de primera fila. Es pues esta la primera Resolución que se ha pronunciado por las autoridades de competencia de los países miembros de la Unión Europea en esta materia, e incluso antes de cualquier resolución de la autoridad UE sobre *project finance*.

La Resolución declara acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE consistente en una actuación concertada dirigida a la fijación del precio por encima de los precios y condiciones de mercado de los derivados financieros utilizados como cobertura de riesgo de tipo de interés asociado a créditos sindicados en financiación de proyectos.

La Resolución impone a los bancos sanciones, de conformidad a la responsabilidad de cada uno en la infracción, de multas por 31.800.000 euros, 23.900.000 euros, 19.800.000 euros y 15.500.000 euros.

Se intima a los infractores para que se abstengan de realizar conductas semejantes, instándose también a la Dirección de Competencia de la CNMC para vigilar el cumplimiento de la Resolución.

Finalmente, resuelve sobre la confidencialidad relativa a documentos aportados, diciendo, “...de conformidad con lo establecido en el Fundamento de Derecho 5.4” en donde señala la necesidad de mantener la confidencialidad sin explicar ningún motivo sólido para ello.

Por la extensión de la Resolución y el interés que suscitan los asuntos que trata analizamos, a continuación, algunas de las controversias que se fueron estableciendo a lo largo del procedimiento y sobre las que se pronuncia la Resolución de la CNMC.

III. ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS DEBATIDAS POR LAS PARTES Y LA POSTURA DE LA CNMC EN SU RESOLUCIÓN

A. Financiación de proyectos y justificación de la cobertura del tipo de interés.

En la Resolución se menciona que la financiación de proyectos o *project finance* se refiere a los mecanismos de financiación para proyectos de gran envergadura, en los cuales la garantía en la que se apoyan los prestamistas para financiar el proyecto depende fundamentalmente de la capacidad del propio proyecto para generar ingresos que sean por sí capaces de pagar la deuda que se ha contraído y remunerar al capital invertido.

¹⁵ El texto completo de la Resolución puede consultarse en la página Web de la CNMC. Al haber intervenido, el autor de este trabajo, como abogado de las empresas denunciadas, ha sido especialmente escrupuloso de no causar perjuicio alguno añadido al establecido en la Resolución. Por ello, no se cita el nombre de los bancos sancionados a pesar de ser público y encontrarse identificados en la Resolución de la CNMC

La deuda en este tipo de proyectos se considera garantizada de forma única por el proyecto, y debido al elevado importe de los préstamos o créditos que financian este tipo de proyectos, se suele recurrir a créditos sindicados a largo plazo. En estos créditos sindicados suelen participar diversas instituciones financieras (acreditantes), que ponen a disposición de un acreditado fondos prestables en términos y condiciones comunes, junto con documentación también común.

El préstamo sindicado, al estar concedido por un grupo de bancos sindicados, permite diversificar los riesgos y por ende, realizar un tipo de operaciones con un elevado montante que, de otra forma, resultaría muy difícil llevar a cabo. La sindicación de un préstamo entre varios bancos constituye, por tanto, un mecanismo temporal de asociación de estas entidades, que tienen por finalidad la de poder distribuir la participación en la concesión de dicho préstamo. Por tanto, en estos casos, la financiación se articula en torno a un contrato de financiación, que se suscribe de forma multilateral por los bancos y el cliente, y en el que se fijan unas condiciones básicas de la financiación para la construcción y puesta en marcha de un proyecto de gran envergadura.

En este sentido, el principal coste para el proyecto financiado con un crédito sindicado son los intereses que debe pagar sobre la parte correspondiente a dicho crédito que se ha dispuesto. Por lo general, el tipo de interés del crédito suele ser de carácter variable y se construye con un tipo de interés de referencia más un diferencial o spread como margen retributivo de los acreditantes. Con relación a dicho diferencial o spread, este constituye el factor de remuneración más importante del crédito y, por lo tanto, conforma el principal elemento de la negociación para el mismo. A la hora de establecer su cuantía, influyen factores diversos como los niveles de riesgo que estén implícitos en dicha operación, el grado de competitividad, la liquidez en el mercado en el momento de concesión del préstamo, el rendimiento sobre el capital, etc. En clave de Defensa de la Competencia la concentración progresiva de algunos segmentos del mercado de financiaciones sindicadas aumenta el riesgo de fijación de tipos de interés en niveles elevados, de compartimentación de mercados geográficos y de liquidez de los mercados secundarios de sindicación, como han puesto algunos tratadistas de manifiesto¹⁶.

En los créditos sindicados que se estructuran como *project finance*, las entidades bancarias que forman el sindicato suelen solicitar al cliente que contrate un instrumento financiero de cobertura para proteger todo o parte del nominal o la cuantía del crédito, sobre todo de cara a poder cubrir las posibles desviaciones que se produzcan en los tipos de interés al alza que pudieran afectar de forma negativa a la capacidad de devolución de dicho crédito y, en definitiva, a la viabilidad del proyecto.

Como se ha constatado en la Resolución, la contratación del instrumento de cobertura frente al riesgo de tipos de interés constituye una práctica razonable y habitual tanto desde el punto de vista de los bancos como de los clientes, puesto que en último término lo que se trata de evitar es el impago del crédito.

En la Resolución, se menciona que, en las operaciones de *project finance*, los bancos y los clientes acuerdan mitigar el riesgo de los tipos de interés mediante estos contratos de cobertura. Por tanto, se trata así de un estándar de mercado para limitar el riesgo ante la elevación de los costes financieros por encima de un determinado nivel y, con ello se pongan en entredicho la propia viabilidad y el rentabilidad del proyecto. Según las entidades financieras, la cobertura se contrata a iniciativa del cliente, si bien,

¹⁶ Martín Baumeister, Bruno, "Iniciativas recientes de las autoridades de competencia en materia de financiaciones sindicadas", en Notario nº 82, Nov/Dic. 2018

como refleja la Resolución, en las primeras fases de la negociación del préstamo "se ofrece al cliente" la posibilidad de contratar un derivado; aunque en la práctica se suele celebrar simultáneamente este contrato con el de préstamo.

Como consta en la Resolución, la cobertura de un préstamo sindicado está regulada en diversos documentos, si bien, se menciona y destaca expresamente el Term Sheet, el contrato de financiación, el CMOF y las confirmaciones.

Por lo que se refiere a los primeros, apunta la Resolución que "la denunciante aportó varios borradores de Term Sheet que, si bien no llegaron a dar lugar a un documento definitivo, recogían algunos aspectos del contrato de derivados. En todas las confirmaciones analizadas se recogía que la prima, diferencial, margen, spread es cero. Por tanto, en general, los contratos de financiación sindicada recogen la obligación de contratar un instrumento de cobertura, que deberá contratarse con las mismas entidades acreedoras de forma bilateral e independiente, y se cerrará "en condiciones de mercado".

Si bien parece razonable que se exija al cliente la contratación de un derivado financiero que cubra la posible subida de los tipos de interés a lo largo de la vida del préstamo, no es razonable, por un lado, el que se exija contratar el derivado con las mismas entidades prestamistas, ni el que el derivado que éstas proponen al cliente sea para que también se cubran los bancos de la también posible bajada de los tipos de interés y, por otro lado, que el derivado sea el más complejo de los que existen en el mercado, el "collar", de difícil o imposible control por el cliente de su cotización salvo de expertos muy especializados.

Ni los contratos de financiación, ni los terms sheet, CMOF ni confirmaciones especifican cuáles serán los criterios particulares de contratación "en condiciones de mercado" ni el método concreto de fijación del floor o del tipo fijo en caso de "swap".

Resulta especialmente llamativo que en los productos de cobertura comercializados por las entidades bancarias sancionadas, o bien se dice expresamente que el margen o diferencial "es cero o ninguno", o bien no existe mención alguna sobre su existencia, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de crédito, que se explican y se desarrollan con todo detalle, detallando sobre todo, la referencia al margen de financiación.

Resulta ilógico que el margen o diferencial, que no se ha informado de ello al cliente, puede llegar a ser, incluso, superior al margen del propio crédito. Así la Resolución sancionadora señala que se produce "ausencia de mención alguna a las comisiones, gastos, costes, márgenes, honorarios u otros conceptos asociados a la contratación de los instrumentos de cobertura. (...) con carácter general, en todas las confirmaciones analizadas se recogía que la prima, diferencial, margen, spread es cero.". La CNMC, en la fase de instrucción, no solo analizó los contratos de financiación y los bilaterales de contratación del derivado financiero entre cada banco y cada empresa prestataria denunciante, sino que también lo hizo respecto de iguales supuestos de las entidades sancionadas con otras empresas, llegando a la conclusión que en todos ellos se produce concertación por parte de los bancos.

B. Posibilidad de vincular el derivado financiero a las normas del crédito sindicado.

En la Resolución consta como las entidades financieras apuntan concretamente la vinculación del derivado a la financiación. Así señalan que, dado que las condiciones de financiación son únicas para cada operación, también la oferta de instrumentos de

cobertura es única y su negociación y oferta no puede dissociarse de las correspondientes a la financiación. Sin embargo, como señala la Resolución, en los documentos aportados por el denunciante en el que se recogen las características del "collar" contratado con una entidad y que debe ser firmado por el cliente y el propio banco, se explica que el collar adquirido por el cliente no está necesariamente vinculado a una financiación y es independiente de la formalización del contrato de la operación de activo. Pero alguno de los bancos siguen señalando que *"no se puede disociar"* la negociación de la operación de financiación de la de la cobertura, cuyas condiciones deben ser ofertadas por las entidades de forma "unitaria", como en el préstamo sindicado, aunque la formalización luego sea bilateral, debido solo a que, *"así lo requiere la naturaleza de los derivados contratados (que ha de ser siempre bilateral)"*.

Las entidades revelan, como consta en la Resolución, que la contratación de los instrumentos derivados será bilateral, pero que en el caso de la negociación será multilateral, a pesar de lo cual tratan de asimilarla a la negociación del crédito sindicado. Mencionan asimismo que se establece un marco negocial común que vincula a todas las entidades acreedoras y proveedoras del derivado, limitando su independencia en numerosos aspectos a fin de asegurar que todas ellas se encuentran en igual posición y rango frente al deudor. De esta forma, lo que quieren evitar es que decisiones individuales (por ejemplo, la posible renegociación de uno de los contratos de cobertura con el cliente) provoquen el fracaso de todo este tipo de financiación de proyectos. Apuntan igualmente que una operación de financiación estructurada se compone por un conjunto de contratos, que *"solo en apariencia son independientes entre sí"*.

Evidencia de la falta de razón de las sancionadas, es el hecho de señalar que el derivado financiero debe correr la misma suerte y las mismas condiciones que el contrato principal, puesto que en el caso concreto del ICO, que ha formado parte de los distintos sindicatos bancarios, no lo ha hecho a la hora de participar en los derivados financieros.

Por su parte, el Consejo en la Resolución afirma que, esta vinculación que establecen los bancos entre el crédito y la cobertura "puede haber servido como elemento facilitador" de la fijación coordinada de un precio del derivado por encima del de mercado y considera inadmisibles que las entidades financieras, aprovechándose de que la contratación del derivado se realiza con los mismos bancos que otorgan el crédito sindicado, apliquen a la cobertura un precio único por encima del de mercado fijado colusoriamente.

C. Exigencia de contratar el derivado con los proveedores del crédito.

La Resolución menciona que constituye "una práctica habitual que los bancos participantes en el crédito sindicado se encarguen ellos mismos de proporcionar a los clientes esa cobertura frente al riesgo de tipo de interés a cambio de un precio o prima, pero en principio nada impediría que otros bancos ajenos al sindicato de prestamistas proporcionasen esa cobertura en todo o en parte". Debemos señalar, ante esta poca ortodoxa práctica, de que los bancos participantes en el crédito sindicado, facilitan el derivado, ello debe ser aceptado por el cliente, después de examinar ofertas del derivado por parte de bancos terceros, ya que el cliente tendrá la facultad de poder contratarlo con aquella entidad que considere oportuna siempre que cumpla la misma garantía de solvencia.

De acuerdo con el ICO, la forma de obtener los beneficios por los proveedores de los derivados suele ser a través de márgenes, que son calculados como la diferencia

entre el precio obtenido por el proveedor del derivado en el mercado (dado el rating de la entidad y su conocimiento del mercado) y el nivel al que éste lo vende de forma posterior al cliente y que, además, éste acepta.

De forma habitual, las operaciones de derivados se formalizan a través de contratos marco, que son diseñados a tal efecto por asociaciones especializadas. Los contratos de cobertura son bilaterales. Aunque la cobertura la ofrezcan varias entidades, cada una debe suscribir un contrato diferente con el cliente. Además, ninguna de las partes podrá dar publicidad al contenido de la misma, salvo con el consentimiento expreso de la otra.

Por tanto, los proveedores del derivado pueden ser las entidades financieras ya participantes en la financiación, solo parte de ellas, o un tercero externo a éstas (o una mezcla). Si ya participan en el crédito, su participación en la provisión de la cobertura será habitualmente proporcional a su participación en el crédito. Pero cada entidad financiera debe evaluar su riesgo y, podrá optar o no por la formalización de un derivado de cobertura en caso de considerarlo necesario.

Las entidades participantes en un crédito sindicado son competidores en la provisión de productos de cobertura (junto con cualquier entidad ajena al crédito que ofrezca este tipo de productos) y deberían presentar sus ofertas de forma independiente y en competencia.

Desde el punto de vista del derecho de la competencia, a pesar de que los créditos sindicados suponen acuerdos entre competidores, éstos pueden tener un "objeto perfectamente legítimo y pro-competitivo", y será un crédito sindicado pro-competitivo cuando el prestatario no pudiese conseguir una financiación en términos similares de un único prestamista debido a que este crédito resultase excesivo para la capacidad de un único prestamista. Nada justifica que los participantes en un crédito sindicado asuman el papel de proveedores de cobertura, que se repartan los derivados de cobertura de riesgo de tipo de interés entre sí, y que acuerden de forma conjunta las condiciones económicas de dichas coberturas en perjuicio indiscutible de los clientes.

Como se desprende de las declaraciones de las propias entidades financieras, el cliente tiene libertad para contratar con otros bancos la cobertura del riesgo. No hay nada que impida al cliente cerrar el derivado de cobertura con un tercero ajeno al sindicato, aunque en la práctica esto no suele ocurrir por no resultar eficiente ni para los bancos acreditantes ni para el proyecto, criterio éste muy particular de las sancionadas. Los motivos: por la rentabilidad de la operación, puesto que a los bancos no podría interesarles la operación en caso de no cerrar también el derivado o una parte del mismo; por añadir un riesgo crediticio no previsto aumentando los costes globales de la financiación; y por la ausencia de incentivos de un tercero para prestar la cobertura de una operación de financiación en la que no haya participado. Todas estas afirmaciones carecen de sustento en la realidad de los hechos.

La Dirección de Competencia considera acreditado que los bancos que conceden el crédito sindicado obligan a los clientes del crédito a contratar la cobertura del riesgo de tipos de interés con los propios bancos en una operación vinculada al crédito sindicado. Sin embargo, como señala la Propuesta de Resolución (PR), existen otras entidades financieras, activas en los mercados de derivados financieros, que prestan estos servicios de cobertura, tal y como las imputadas han reconocido y como se desprende de la posibilidad que las propias entidades contemplan, de que un tercero provea este producto de cobertura (aunque, según ellas, esta posibilidad no sea ni atractiva ni rentable para terceros).

De aquí que la Dirección de Competencia acusara de concertación en el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) también por el supuesto de haberse puesto los bancos de acuerdo para ofrecer el derivado financiero al cliente cuando éste podía haberlo contratado en el mercado con entidades terceras o incluso con uno sólo de los bancos que intervienen en el sindicato, si éstos hubiesen actuado con independencia a la hora de proponer el derivado financiero a contratar por el cliente. La Sala del Consejo se aparta de esta consideración en su Resolución al considerar subsumida esta práctica en la concertación que llevan a cabo en el precio del collar cuando se conciertan a este efecto. Se considera que éste es un paso previo y necesario para poder llevar a cabo la segunda y definitiva concertación por la que son sancionadas, sin que suponga una condición autónoma respecto de la infracción que se sanciona.

Sin embargo, entendemos que el hecho de ponerse de acuerdo los bancos para ofrecer un derivado financiero complejo y no adecuado a las necesidades del cliente, proporcionado por ellos mismos, sin informarle ni posibilitar el que pueda ser contratado con terceros supone per se una práctica concertativa prohibida por el artículo 1 LDC y artículo 101 del TFUE, con independencia de que se concierten en un sobreprecio o comisión encubierta que pactan de espaldas al cliente.

Como decíamos antes, la cobertura de un préstamo sindicado está regulada en diversos documentos, destacando el Term Sheet, el contrato de financiación, el CMOF y las confirmaciones. La denunciante aportó varios borradores de Term Sheet que, si bien no llegaron a dar lugar a un documento definitivo, recogían algunos aspectos del contrato de derivados. En todas las confirmaciones se recogía que la prima, diferencial, margen, spread es cero. En general, los contratos de financiación sindicada recogen la obligación de contratar un instrumento de cobertura, que deberá hacerse con las propias entidades acreedoras de forma bilateral e independiente, y se cerrará "en condiciones de mercado". Pero en documento alguno, ni confirmación, especifican cuáles serán los criterios particulares de contratación "en condiciones de mercado" ni el método concreto de fijación del floor o del tipo fijo en caso de swap, como queda antes señalado y repetimos ahora, pues tales ausencias parecen hechas a propósito para oscurecer más la operación del derivado.

Resulta llamativo que en los productos de cobertura comercializados por las entidades sancionadas o bien se dice expresamente que el Margen o Diferencial "es cero o ninguno", o bien no existe mención alguna sobre su existencia, a diferencia de los contratos de crédito que se desarrolla y explica en todo detalle la referencia al margen de financiación.

Resulta ilógico que el margen —no informado— puede llegar a ser incluso muy superior al margen del propio crédito. Así la Resolución sancionadora señala que se produce "(7) ausencia de mención alguna a las comisiones, gastos, costes, márgenes, honorarios u otros conceptos asociados a la contratación de los instrumentos de cobertura. (...) con carácter general, en todas las confirmaciones analizadas se recogía que la prima, diferencial, margen, spread es cero." Se trata, en definitiva, de una forma más empleada para hacer creer al cliente que la operación del derivado no va a tener para él gasto o coste alguno.

D. La complejidad de los derivados financieros de cobertura de tipo de interés, en especial, de los "collar".

Como hemos mencionado, la contratación del instrumento de cobertura frente al riesgo de tipos de interés es una práctica razonable, siempre y cuando se ofrezca al cliente el apropiado a la cobertura que precise, se le informe detalladamente y no le

obliguen a contratar otro derivado más complejo e inadecuado a sus necesidades, y sin la debida información.

En general, el instrumento de cobertura suele ser un derivado financiero, que consiste en un producto financiero cuyo valor se basa en el precio de otro activo financiero, denominado producto subyacente. Los derivados se clasifican en función del activo subyacente (derivados de tipos de interés, de acciones, de divisas, etc.), del tipo de contrato (opciones, futuros, *forward*, *swaps*, etc.), de la finalidad (especulación o cobertura), y del lugar de negociación y contratación (mercados organizados o no organizados).

La realidad constata y así lo señala la Resolución e incluso aceptan los bancos imputados, que existen diversos derivados financieros, resultando en cada supuesto más aconsejable contratar uno u otros. Mediante la contratación de un *cap*, el cliente se garantiza ante las posibles subidas de los tipos de interés, es decir, si los intereses suben más allá de un tipo que se establece, el cliente no tendrá que pagar mayor interés, siendo los bancos los que asumen el riesgo. Es una especie de seguro para el cliente que como es normal paga por ello.

Por el contrario, el *“floor”* se trata de una operación contraria que protege frente a las bajadas del tipo de interés, lo que solo beneficiaría a los bancos prestamistas. La entidad financiera en este caso paga una prima al cliente, quien se obliga frente al banco a que si en un futuro el tipo de interés de referencia cayera por debajo del tipo de interés fijado como mínimo (tipo *“floor”*), el cliente pagará al banco la diferencia entre estos dos tipos de interés, multiplicada por el importe nominal que está siendo cubierto de la bajada de los tipos de interés. Poco útil resulta este derivado para el cliente y del que solo sale beneficiado el banco para el caso de que caiga el tipo de interés y que, por si no fuera poco, paga el cliente.

El *“collar”* es un derivado mucho más complejo ya que es una combinación entre las opciones *“cap”* y *“floor”*.

En el caso objeto de la Resolución de la CNMC, el principal derivado financiero utilizado, esto es, los *“collars”*, que tienen como producto subyacente el tipo de interés de referencia. Este complejo producto, incomprensible, además, para clientes profesionales en muchos casos, se emplea en muy pocas ocasiones, como lo acredita que las entidades bancarias que participan en el Informe del Banco de España, que figura en el expediente, a petición de la CNMC, manifiestan su complejidad y poco uso, como además lo acredita el que dichos bancos especializados, manifiestan que ninguno de ellos han internado hasta la fecha en la contratación de ningún *“collar”*.

Un *“collar”* de tipos de interés es un derivado hecho a medida que incorpora a la vez dos tipos de opciones de tipos de interés denominadas *“cap”* y *“floor”*. Es una combinación de ambos, en el que el cliente que ha recibido el préstamo compra la opción *“cap”*, y la entidad financiera que ha concedido el crédito compra la opción *“floor”*, ambos a cambio de una prima. Se protegen a la vez frente a los cambios en el tipo de interés del crédito que son perjudiciales para cada uno (subidas para el cliente, bajadas para la entidad financiera), al menos a partir de determinado nivel marcado por los tipos *“cap”* y *“floor”*.

Con al *“collar”*, el cliente que ha recibido el crédito elimina el riesgo de una subida de los tipos de interés por encima del máximo pactado en el *“cap”*, a la vez que renuncia a la posibilidad de beneficiarse de una caída de los tipos de interés por debajo del mínimo pactado en el *“floor”*. Lo contrario sucede con el banco, que se asegura de que nunca recibirá menos por intereses del crédito que el *“floor”*, pero renuncia a beneficiarse de una subida de tipos por encima del *“cap”*. En definitiva, tanto el banco

como el cliente pueden verse perjudicados o beneficiados por los movimientos del tipo de interés de referencia entre el "floor" y el "cap". En el caso que examina la Resolución de la CNMC, además, los bancos que tienen unas previsiones muy exactas de las evoluciones de los tipos de interés, sabían, cuando se lleva a cabo estos contratos, que la tendencia, al menos a medio plazo, era bajista para los intereses del euro por la intervención del Banco Central Europeo en esta materia, cuya conducta, en los al menos quince últimos años, resultaría de interés que se analizara por la Comisión europea.

Ante la complejidad de estos productos financieros, cabe destacar la necesaria especial diligencia de los bancos en sus deberes de información general, como se indica en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), por lo que la Resolución menciona expresamente que las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener adecuadamente informados a sus clientes. Y que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa.

Volviendo al caso que nos ocupa, es preciso destacar que productos como el "collar" se emplean sólo para clientes muy sofisticados con grandes conocimientos financieros o que cuentan con asesores sobre la materia. Como consta en el expediente y a ello se refiere también la Resolución, la mayoría de las entidades bancarias tenían catalogadas a las empresas del grupo denunciante como "minoristas", esto es, aquellos clientes que más legos son en materia financiera. En el supuesto de clientes profesionales, que ningún banco tenía clasificadas como tales a las denunciadas, se precisa que el banco explique detalladamente el funcionamiento de este complejo producto tal y como señala TRLMV¹⁷.

Para todo tipo de clientes se exige que en cuanto al coste de la operación se haga de una forma detallada y comprensible¹⁸.

Las entidades financieras están obligadas legalmente, a explicar de forma clara y no engañosa el coste o valor inicial del derivado, en especial, a quien suscribe un derivado desde su valor inicial¹⁹.

Por otro lado, también debe hacerse notar que las empresas denunciadas precisaban los créditos para la financiación de concretos proyectos de construcción y explotación de parques de energía eólica. Estando en este tipo de negocio tasado y asegurado el margen de beneficio, es evidente que lo que les hubiera interesado contratar es un "cap", para así protegerse ante las hipotéticas subidas del tipo de interés. Con ello, los bancos prestamistas quedaban suficientemente asegurados del cumplimiento, pues el único riesgo ajeno al funcionamiento del proyecto que pudiera influir es precisamente la subida de los tipos de interés. Pero, por el contrario, vemos que todas las entidades financieras se ponen también de acuerdo para ofrecerles solamente un collar con el que, habiéndose contratado, incluso a precios de mercado, solo beneficiaría a aquéllas, que así se protegerían de las bajadas de los tipos de interés con el consiguiente perjuicio para el cliente. Los "collars", por otro lado, dada su complejidad, van a permitir a los bancos más fácilmente el incrementar extra tipos por encima del mercado y no pactados con el cliente, quien muy difícilmente podrá detectarlos, incluso siendo experto en la materia.

El cliente hubiera tenido satisfecho su riesgo y también su obligación con el banco con la contratación de un "cap" que en ningún momento le fue ofrecido por los bancos,

¹⁷ Que traspone a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MiFid

¹⁸ Autoridad de Valores y Mercados, ESMA, en la publicación de 24 de marzo de 2014, ESMA/2014/334

¹⁹ Por todos STS – Sala 1ª de 20/11/2015

según se deriva de la documentación aportada al expediente, tanto por las empresas denunciadas, como por los bancos imputados.

E. Análisis de la concertación llevada a cabo por las entidades financieras.

El objeto del expediente es valorar si la actuación coordinada de las entidades bancarias incoadas a la hora de fijar el precio de los derivados, utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés en préstamos sindicados, supone una restricción a la competencia y, en particular, una infracción del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE.

Según recuerda la Resolución con la transcripción literal de los preceptos:

El artículo 1 de la LDC prohíbe *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio"*.

Por su parte, el artículo 101 del TFUE establece que *"Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción"*.

La actuación coordinada ha sido acreditada en el expediente a través de los hechos reseñados y los *que* a continuación se analizan.

A la hora de determinar la existencia de la infracción, la Sala consideró necesario efectuar un *análisis* separado de las dos conductas que la Dirección de Competencia analiza en el expediente como constitutivas de la misma, que permita constatar la efectiva infracción de los preceptos mencionados en la actuación de las entidades finalmente sancionadas.

En el PCH *consta* que:

En primer *lugar*, se analizó la conducta de las entidades consistente en la coordinación para fijar las condiciones económicas de la cobertura de riesgo de tipos de interés del préstamo sindicado destinado a project finance, que resulta ser claramente concertativa.

Y, en segundo lugar, se analizó la conducta consistente en la vinculación injustificada entre la concesión del *crédito* sindicado y la contratación del derivado para la cobertura del tipo de interés con las mismas entidades bancarias que dan el crédito sindicado, segunda conducta incluida.

Finalmente, ésta se considera como parte de la infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, según imputa la Dirección de Competencia en la PR notificada a las partes el 31 de marzo de 2017.

La Sala consideró que la Dirección de Competencia (DC) ha acreditado que el objeto de la coordinación ha sido ilícito y ha buscado falsear las condiciones de competencia, y que los efectos de las conductas han sido negativos para los clientes contratantes de los derivados. La DC en el PCH no se cuestionaba tanto la existencia de un único tipo de interés fijado para el "floor" o de un único tipo de interés fijado para el

“swap”, sino si la actuación de las entidades en la fijación del mismo se hace en condiciones de mercado o a través de una concertación contraria a las normas de competencia, que en realidad es lo que interesa para resolver finalmente. Ha habido concertación entre las entidades bancarias, en que momentos y con que finalidad y como resulta ello probado.

La instrucción de la DC determinó que los contratos de financiación sindicada formalizados por las entidades incoadas analizados recogían la obligación de contratar un instrumento de cobertura por regla general, y que debía ser contratado con las mismas entidades acreedoras de forma bilateral e independiente y establecían que el derivado financiero se contratará *“en condiciones de mercado”*. Estos hechos son ya demostrativos de una concertación de los bancos, pues los contratos del derivado financiero pude hacerse con los propios bancos prestamistas o con otros terceros, pues debe propiciarse el que el cliente pueda contratar libremente con quien mejor considere en régimen de ofertas en competencia.

Así la Sala de Competencia constata de las evidencias y elementos probatorios la efectiva comisión de la conducta que se imputa, en lo tocante a la coordinación ilícita para la fijación de un precio, superior al de las condiciones de mercado, de los derivados utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés en préstamos sindicados para project finance.

La Sala coincide con el análisis de la DC en que de la información que consta en el expediente permite concluir que las condiciones económicas que se derivan de la cobertura efectivamente ofrecida a los clientes no son las comprometidas en el marco de la contratación del instrumento de cobertura, sino otras adulteradas con márgenes implícitos impuestos de forma multilateral y concertada por todas las entidades proveedoras del derivado. Esos márgenes implícitos eran introducidos al fijar el tipo floor del “collar” o el tipo fijo del “swap” por encima del precio “en condiciones de mercado” mediante el acuerdo entre las entidades con carácter previo al cierre de la operación de cobertura, y sin conocimiento del cliente sobre tal coordinación. Son una importantísima prueba de esta concertación las grabaciones de las conversaciones de los traders de los bancos, sin el cliente, en donde se pactan estas subidas de forma grosera, haciendo incluso risas sobre el desconocimiento del cliente el que tendrá que contentarse con la información que le pasan como cotización de mercado y como, además, se van ellos a beneficiar personalmente con el “bonus” que dé a cada cual su banco.

Así la Sala de Competencia considera que la concertación de los bancos en la fijación de un único precio de referencia para la cobertura del cliente (el tipo “floor” o el tipo fijo del “swap”), superior al de mercado que se habría establecido en ausencia de dicha concertación, constituye una restricción por objeto. En su valoración, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que estas conductas colusorias son restrictivas por su objeto. A los efectos de valorar las conductas comprendidas en el artículo 1 de la LDC, lo relevante es la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia. La Sala considera que la conducta imputada ha producido efectos en el mercado, acreditados debidamente durante la instrucción del procedimiento, con un efecto negativo, a través de los precios fijados de forma colusoria, sobre la calidad de los derivados, esto es, sobre el valor de la cobertura para el cliente, que resulta negativa en vez de “a coste cero”, como se establece en los contratos con éste.

De otra parte, la mención a que estos tipos se fijarán “en condiciones de mercado” debe ponerse en el contexto del mercado afectado por la infracción. Así los bancos, al comprometerse a ofrecer el derivado “en condiciones de mercado”, se obligan a ofrecer

el derivado en las mejores condiciones ajustadas a la situación del mercado de referencia en esos momentos ("fair value"), de manera que el instrumento de cobertura no tenga coste para el cliente. Que no tenga coste para el cliente quiere decir que este no tendría que pagar prima por la cobertura de tipos de interés, ni tampoco adquirir un instrumento de cobertura con valor negativo para él en el momento de la contratación.

El acuerdo entre los bancos oferentes de la cobertura para subir apreciablemente el tipo del "floor" por encima del "precio en condiciones de mercado" (una vez fijado el del "cap"), provoca que el valor del "collar" para el cliente en el momento de la contratación sea negativo, no cero. Esto implicaría que el cliente debería haber recibido en aquel momento una prima del banco igual a ese valor negativo; si no la recibe, ese valor negativo equivale a un margen implícito a favor de los bancos, que el cliente asume sin saberlo en el momento de la contratación, en contra de lo previsto en el contrato de cobertura. En el caso del "swap" el proceso es análogo, si bien nos concentramos en señalar que ocurre en el "collar" que es el derivado que obligan a contratar a las empresas denunciadas.

La instrucción del expediente acreditó que los bancos operaban de manera que, desde la perspectiva del cliente, la percepción era que la oferta común que le hacían del tipo "floor" se realizaba mediante un proceso en el que todas las entidades financieras tenían acceso al mismo precio de mercado del "floor", precio único para todos y que no contenía márgenes ni comisiones, muy dependiente de las condiciones de mercado y, por tanto, muy variable, que se trasladaba directamente al cliente para su aceptación. La oferta de un tipo concreto era explicada en ocasiones al cliente haciendo referencia a la "volatilidad", o con referencias a la "actualización en mercado [de] los "floors" en el momento de cierre". El cierre de la operación con el cliente es una auténtica pantomima, ya que los bancos señalan, como de mercado, el precio más alto, precisamente acordado entre ellos.

La Sala entiende que el falseamiento de la competencia, consistente en la concertación para fijar los precios, que determinan las condiciones económicas de la cobertura del riesgo de tipos de interés del préstamo sindicado a espaldas del cliente, constituye una restricción por objeto, tanto por el contenido de la conducta como por el objetivo de la misma, atendiendo además al contexto jurídico y económico en el que se desarrolla la práctica en cuestión.

La naturaleza del servicio de cobertura prestado, continúa la Resolución, no justifica que las entidades incoadas se concertaran previamente para fijar unas condiciones económicas de la cobertura del riesgo de tipos de interés esencialmente perjudiciales para el cliente, por estar alejadas del "fair value". La conducta analizada es apta per se para generar efectos negativos sobre el valor de la cobertura para el cliente, que resulta negativo en vez de sin coste. Esto revela un falseamiento de la competencia suficientemente nocivo para que la conducta pueda ser calificada como infracción y configurarla como vulneradora del artículo 1.1 de la LDC y 101 del TFUE.

Las entidades bancarias han argumentado que la práctica de "coordinar" el precio de la cobertura, práctica ésta que no niegan, responde a la necesidad de que, cuando el derivado se presta por los mismos bancos con los que se contrata el préstamo sindicado, "el precio de cierre del derivado sea el mismo para todos los bancos". Y además han alegado que constituye un uso habitual en jurisdicciones de nuestro entorno, en las que, en derivados prestados de forma sindicada, "el "floor" o el tipo fijo, al igual que el "cap", debe ser el mismo para todos los bancos de cobertura". Si esto fuera así, intervendría en la conversación entre los bancos, también el cliente, y no tendrían que engañarle de forma tan zafia.

Como razona la Resolución, lo cierto es, que en ausencia de ilícita coordinación, cada banco fijaría su precio del "floor" o del "swap" en función de su cartera o posición frente al riesgo, a un precio fijado "en condiciones de mercado", proporcionando así al cliente el elemento de contraste necesario y permitiría así disciplinar a las entidades para alcanzar un precio común que sí respondiera al compromiso contractual de determinar el precio de la cobertura "en condiciones de mercado". Pero el acuerdo colusorio previo de los bancos, que antecede a la negociación final con el cliente a través de teleconferencia, es el que permite eliminar la incertidumbre indisociable de una actuación autónoma en condiciones de mercado, conocer previamente las ofertas del resto de bancos del sindicato y acordar ilícitamente un precio más beneficioso para ellos, a espaldas y con total desconocimiento del cliente.

De los hechos acreditados, se aprecia que, el modo de determinación de las condiciones económicas del derivado en las operaciones analizadas, dista de limitarse a su fijación en el precio marginal cuando se daban diferencias justificables entre las cotizaciones obtenidas por las distintas entidades. Además, los audios permitirán poner de manifiesto que los bancos tenían en cuenta, a la hora de determinar los precios a ofrecer por la cobertura, si el cliente podía tener información sobre los niveles de mercado con la que comparar sus ofertas.

La Resolución destaca que la conducta de los bancos sancionados en la fijación de las condiciones económicas de la cobertura excedió el alegado objetivo de "únicamente asegurar la certidumbre necesaria para permitir la viabilidad del préstamo", configurando una ilícita coordinación de las condiciones económicas del derivado en niveles superiores a los de mercado, lo que supone el incumplimiento de lo pactado con el cliente, pero sin que este sea capaz de identificar esta situación desfavorable en el momento de la contratación de la cobertura.

Al pactar colusoriamente las ofertas a comunicar posteriormente al cliente, e intercambiar sin conocimiento del mismo información sobre sus posiciones en el mercado y las ofertas que pueden realizar a continuación, las entidades bancarias lograron que la determinación del precio del derivado se realice de forma más beneficiosa para ellas y con mayor coste para el cliente a como se realizaría si se hubieran limitado a presentar individualmente sus propuestas en la negociación final sin colusión previa. El cliente por tanto ignoraba la concertación previa de dichas entidades a la modificación de sus posiciones, por lo que se produce una clara ventaja en la negociación final para estas últimas. Más bien, debería decirse, falta de negociación por la imposición del precio pactado como si fuera de mercado.

Como reitera la Resolución, las evidencias recogidas en los audios y la mecánica de determinación de los precios de los derivados han puesto de manifiesto que se han estado imponiendo condiciones perjudiciales para los clientes, a espaldas de los mismos, sin tener en cuenta los indicadores de mercado y en beneficio exclusivo de las entidades sancionadas. Y ello en un contexto de creación ante los clientes de una falsa apariencia de que los precios del derivado se establecían conforme a lo acordado contractualmente "en condiciones de mercado" o a "coste cero". Por tanto, tal comportamiento es contrario a la normativa de competencia, lo que principalmente viene determinado por llevarse a cabo mediante concertación entre los bancos, no solo en las operaciones con las entidades denunciadas, sino también en todas las demás con otras empresas.

Aunque se aceptase en términos dialécticos que los bancos tuvieran que ofrecer un solo precio al cliente por el instrumento de cobertura, habría que asegurar que el precio ofrecido es el mejor de los posibles, es decir, el precio en condiciones de mercado que asegura el cumplimiento de la condición de no acarrear un coste para el cliente y para eso debería quedar claro el proceso por el que se determina ese precio, y tal proceso

debería ser transparente para el cliente. Lo que realmente no se ha producido, sino que ha quedado acreditado que los bancos han pactado colusoriamente los precios de los instrumentos de cobertura que ofertaban a los clientes y que han utilizado ese acuerdo para ofertar el instrumento de cobertura del riesgo de tipos de interés a precios superiores a los que hubieran asegurado el cumplimiento de las condiciones pactadas, principalmente la de que se tratara de instrumentos de cobertura a coste cero para los clientes.

Por nuestra parte, consideramos que tal y como se expuso por las denunciadas en sus alegaciones, tanto al PCH, como a la PR, se llevaron a cabo tres concertaciones. La primera de ellas, al excluir de la oferta del derivado a los bancos ajenos al sindicato, como si se tratara de una operación totalmente vinculada al crédito sindicado y sujeto también a igual pacto en cuanto a entidades intervinientes. Esto no es cierto, como lo demuestra que no participó en la contratación de derivado el ICO y sí, en cambio, en el crédito. El restringir a que los bancos prestamistas faciliten el derivado sin posibilitar ofertas de terceros bancos, es per se una práctica restrictiva de la competencia. Lo más que podían haber exigido es que cualquier banco oferente tuviese la misma calificación de garantía que los prestamistas.

Otra concertación la llevan a cabo cuando exigen al cliente la contratación de un "collar" sin ofrecerle otras opciones más favorables, como hubiera sido la contratación de un "cap" para los intereses del cliente, según se analiza anteriormente.

Finalmente, y como más relevante, la concertación que la CNMC sanciona directamente, esto es, la elevación concertada del precio del derivado cuando habían pactado con el cliente que sería a precio de mercado, engañándole con la pantomima de cuando se conectan con la notaría para firmar estos contratos bilaterales ofrecerle como de mercado el que previamente habían pactado mucho más alto, dada la facilidad, que también reconocen, de engañar al cliente. Esta contratación de los bancos sancionados, supuso para el Grupo de empresas denunciadas, en torno a cien millones de coste extra por la concertación, por lo que la multa se nos alcanza demasiado baja, teniendo en cuenta que, además, entre 2006 y 2016, periodo sancionado, habían engañado por el mismo o parecido sistema a otras muchas empresas y el daño al mercado es muy considerable. Compárense estas sanciones con las impuestas en régimen de negociación por la Comisión Europea.

F. Consideración de las infracciones de concertación de los bancos como infracción única y continuada.

En la Resolución consta que los hechos acreditados ponen de manifiesto que el objetivo común perseguido por las entidades sancionadas era la determinación concertada de un precio de la cobertura superior al precio que hubiera derivado de su fijación en condiciones de mercado. Esta actuación de las entidades sancionadas consistía, por tanto, en una pluralidad de acciones complementarias que fueron cometidas por ellas mismas, mediante un comportamiento repetido y extendido durante al menos 2006 a 2016. Durante este periodo se fue infringiendo las normas de competencia, concretamente el art. 1 de la LDC y art. 101 del TFUE, dentro del marco de la contratación de la cobertura del riesgo de tipos de interés del préstamo para financiación de proyectos o *project finance*. Todo ello con el objetivo que el derivado, en lugar de formalizarse en condiciones de mercado, se logrará determinar un precio supra competitivo en beneficio único y exclusivo de las entidades prestamistas, que lo pactaron concertándose al efecto.

Por consiguiente, se produjo una conducta contraria a las normas de competencia, que no se logró llevar en condiciones de mercado, sino que se llevaba a cabo a espaldas del cliente y bajo la apariencia, que se ha demostrado que era ficticia, de una metodología empleada a la hora de determinar el correspondiente importe de la cobertura en las mejores condiciones de mercado de referencia ("fair value"). Por tanto, en la Resolución ha quedado acreditado que esta conducta contrataría a la competencia de las entidades sancionadas se mantuvo de forma continuada en el tiempo durante al menos diez años, desde el año 2006 hasta el año 2016.

La DC ha aclarado expresamente tanto en el PCH como en la PR que el alcance de las operaciones analizadas no solo se circunscriben a los contratos aportados por la denunciante, sino que el examen se ha realizado sobre otros contratos análogos que fueron firmados por las entidades sancionadas y con cualesquiera otras empresas. Por tanto se ha procedido a un amplio muestreo de las operaciones realizadas por las entidades sancionadas y durante un periodo prolongado. En este sentido, a lo largo de la instrucción del expediente no se han utilizado solamente las operaciones de las entidades sancionadas, sino que como bien indica la Resolución, la DC ha tenido acceso a la documentación aportada por 22 empresas, correspondiente a 43 operaciones de derivados asociados a créditos sindicados contratados entre 2006 y 2016 con las entidades sancionadas. Esto prueba y así lo refleja la Resolución que ha habido un muestreo más que suficiente y amplio como para concluir la realización de estas conductas de carácter repetitivo y continuado durante al menos el año 2006 al año 2016.

Para apoyar este comportamiento, son las propias entidades las que reconocen que la actuación investigada es, en general, para todos los contratos de derivados de cobertura y no han negado en ningún momento la existencia de una coordinación en la determinación de las condiciones económicas del derivado, sino que abiertamente las entidades bancarias sancionadas han admitido dicha práctica y han defendido su uso generalizado en el mercado. En este sentido, la discusión del número y de la duración de las infracciones deviene estéril en el momento en que las mismas entidades bancarias sancionadas han reconocido que este comportamiento es una práctica habitual, sin negar la existencia de coordinación, sino muy al contrario, han venido sosteniendo que se trata de una práctica generalizada en el mercado. Lo que ha hecho la Resolución es, sin duda, analizar el objetivo común perseguido por dichas entidades, como es la de partir del hecho de la ineludible concertación de un plan de actuación conjunta de todas las entidades.

Algún banco ha alegado que la DC solo ha examinado apenas veintitantas operaciones cuando habían participado en torno a cien. Fácilmente, cabe a esto rebatir que, habiéndose al menos establecido una prueba de presunciones por la DC, fácilmente podría dicho banco destruirla aportando el resto de los contratos. Si no lo hizo, resulta que solo puede deberse a que en tales supuestos existen las mismas prácticas concertativas.

Por todo ello, la Resolución procede a concluir que la participación de las entidades bancarias en esta conducta se ha venido produciendo sin interrupción durante al menos diez años con respecto a los contratos de derivados financieros de cobertura del riesgo de tipos de interés en préstamos sindicados suscritos entre las entidades y sus clientes, teniendo un claro conocimiento de dicho comportamiento por ser continuado en el tiempo y una práctica habitual.

La jurisprudencia tanto nacional como europea ha permitido corroborar que nos encontramos ante unas conductas que deben ser calificadas como infracción única y continuada, de conformidad con el actual artículo 29.6 de la LRJSP y artículo 4.6 del

Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Este mismo criterio ha sido corroborado por la jurisprudencia más reciente, como la Sentencia del TJUE de 24 de junio de 2015, asunto C-263/2013, y en la Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 2013, asunto T-147/09. Igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2018.

G. Sobre la cuantificación de las multas.

La Resolución contiene una serie de razonamientos y explicaciones con relación a la cuantificación final de las sanciones a las entidades bancarias. Cabe indicar que la CNMC ha sido benevolente con las entidades bancarias sancionadas, puesto que ha graduado las sanciones de una forma muy favorable.

En primer lugar, la Resolución explica que la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2015. Así, se establece que los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. De esta forma estos límites *"constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje"*. *"Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica"*. A continuación hace referencia a la base sobre la que calcular el porcentaje de la multa, y remitiéndose a la misma sentencia se dice que en este caso concreto se podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, si bien, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *"volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*. Se aclara por tanto que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje debe ser del todo de aquel volumen.

Por consiguiente, a la hora de la determinación de la sanción, ésta debe concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Y dentro de dicho arco sancionador la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación establecidos en art. 64 de la Ley 15/2007, que son los relativos a las características del mercado afectado (art. 64.1. a) LDC); la cuota de mercado de las empresas responsables (art. 64.1. b) LDC); el mercado geográfico afectado (art. 64.1. c) LDC), la duración de la infracción (art. 64.1. d) LDC); el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios (art. 64.1. e) LDC) y la apreciación de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes (art. 64. 2 y 3 LDC). Pues bien, atendiendo a estos criterios de graduación, se realiza una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 4,5%.

Conforme al conjunto de los factores expuestos según la citada sentencia, esto es, gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta, se determina, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las entidades bancarias infractoras, aplicándose a cada una de ellas un tipo sancionador distinto.

Apunta la Resolución que, aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplicara al volumen de negocios total de empresas multiproducto,

podría resultar una sanción desproporcionada, puesto que estas entidades bancarias estarían dedicando menos del 0,1% de su volumen de negocios total a la actividad afectada por la infracción en el presente caso. Además, en la Resolución se menciona también la necesidad de estimar el beneficio ilícito que cada entidad bancaria infractora podría haber obtenido de su conducta bajo supuestos muy prudentes y aplicarle un factor incremental.

Conforme a estas valoraciones, la Resolución procede a la determinación individual de la sanción en función de la efectiva participación en la infracción de cada una de las entidades infractoras, y según los datos facilitados por las propias entidades bancarias, cuantificando el volumen de negocios en el mercado afectado durante las infracciones, de tal forma que, a cada una de las entidades infractoras, se le aplica una sanción distintas, siendo los importes de 23.900.000 €; 15.500.000 €; 19.800.000 € y 31.800.000 €. Concluimos por tanto diciendo que la Resolución Sancionadora ha sido especialmente benevolente con las entidades infractoras, graduando la sanción correspondiente de una forma muy favorable para ellas. Compárese éstas con las impuestas por la Comisión Europea en su Decisión de 4 de diciembre de 2013, pese a tratarse de un procedimiento negociado.

H. Posibles responsabilidades de los directivos de los bancos conforme a lo dispuesto en el art.63.2 LDC.

En el expediente, además de la responsabilidad que se imputa a los bancos incoados, existen evidencias claras (e-mails y grabaciones telefónicas) de la participación directa, como autores materiales, de determinados directivos que son los que, en definitiva, engañan al cliente y se concertan entre sí. Y ello es debido a un doble motivo; por un lado, satisfacer los intereses de la entidad a la que pertenecen, pero por otro, el obtener una mayor remuneración, ya que todos ellos perciben un "bonus", retribución variable, en especie, etc., por conseguir mejores márgenes en la comercialización de derivados financieros.

Por ello entendemos que son acreedores de las sanciones previstas en el apartado 2 del art. 62 de la LDC.

Estos directivos de tesorería, auténticos autores materiales de la concertación, en el caso de las empresas denunciadas, son varios que resulta posible identificar. No obstante, para la perfecta identificación de todos ellos, la parte denunciante solicitó, en fase de instrucción, la práctica de determinado medio de prueba, que reitera ante el Consejo. En la primera fase se rechaza sin ninguna justificación. La Sala resuelve al respecto en el apartado 5.3 de los Fundamentos de Derecho (pág. 110), motivando el no sancionar a éstos en base a que no aparecen perfectamente identificados, considerando además que no aparecen elementos que justifiquen instar a la DC a que proceda a la averiguación y, en su caso, a la incoación y práctica de actuaciones de instrucción que permitan determinar las posibles responsabilidades de éstos. Termina manifestando que la Sala no aprecia que existan elementos que permitan individualizar su responsabilidad. Como puede apreciarse se han salvado de la sanción por no atenderse en su momento la diligencia de práctica de prueba instada por los denunciados. En pocos supuestos existe un caso tan claro de responsabilidad de unos directivos como en este caso, ya que no participan como autores materiales de la infracción, sino que, además, perciben un "bonus" por su actuación ilegal.

I. La confidencialidad de documentos y escritos pedida por los bancos.

Resulta llamativo que en el caso analizado, las empresas sancionadas, hayan solicitado la confidencialidad de determinada información presentada en la fase de resolución del procedimiento, y más sorprendente resulta que la Resolución haya declarado confidencial la información solicitada por las partes en aplicación del art. 42 de la LDC, incluidos incluso escritos de alegaciones. A excepción del volumen de negocio total de las empresas correspondiente al año 2017, se declara la confidencialidad de documentos e incluso de escritos.

Se aprecia por parte de la CNMC un empeño infundado en mantener la confidencialidad de mucha de la información aportada, y sobre todo de las conversaciones telefónicas, que figuran grabadas por imperativo de la legislación bancaria, que de levantarse tal confidencialidad, sería una prueba más que evidente de que la existencia de una clara concertación de las entidades bancarias y una conducta anticompetitiva llevada a cabo por las mismas sancionadas.

Es evidente que la confidencialidad mantenida de la documentación sobre todo en lo que respecta a las conversaciones previas y mantenidas entre los directivos de las entidades bancarias para acordar el tipo aplicable a los "collars" y no "en condiciones de mercado", como hicieron creer a las empresas del Grupo denunciante, pone de manifiesto claramente la gravedad de esta decisión y como las pruebas más que pertinentes y suficientes para demostrar la concertación se mantienen confidenciales.

No habiéndose respondido a las diversas peticiones de levantamiento de confidencialidad hechas por las denunciantes a lo largo de todo el expediente, tanto en la fase desarrollada ante la Dirección de Competencia, como posteriormente, ante la Sala del Consejo, finalmente, la Resolución, en su último inciso, resuelve sobre la petición de confidencialidad remitiéndose al apartado 5.4 de la misma.

En dicho apartado y sin descripción alguna de los documentos, señala la Resolución que, según el art. 42 LDC se declara la confidencialidad de la información solicitada por las partes, añadiéndose además otra de oficio, encontrándose entre aquellas los documentos en audio y correos electrónicos que prueban por si mismos la concertación de las entidades bancarias y que por tanto resulta de absoluta necesidad su pleno conocimiento para las denunciantes.

El hurtar el acceso a una de las partes del procedimiento a los repetidos documentos, infringe los principios, constitucionalmente protegidos, de defensa y de igualdad de armas en el proceso. Téngase presente que las denunciantes tienen interés legítimo en que la Resolución de la CNMC declare la comisión por parte de los bancos denunciados de infracción de cuanto prohíben el art. 1 LDC y 101 TFUE ya que además en base a la firmeza de la misma, podrán instar la nulidad de los pactos colusorios ante la jurisdicción civil, así como reclamar ante la misma la indemnización de los graves perjuicios que los bancos les han irrogado al incurrir en una práctica prohibida por el art. 1 LDC.

La legislación comunitaria europea y también la española (art. 42 LDC y art. 20 del Reglamento) posibilitan el que una parte de la documentación que pueda afectar a cualquiera de las partes, se mantenga confidencial a fin de preservar fundamentalmente sus secretos industriales o de marketing.

En art. 42 de la Ley 15/2007 LDC habilita para que, en el procedimiento, cualquiera de las partes pueda pedir que se mantengan secretos los documentos que consideren confidenciales, pudiendo la CNMC ordenar, de oficio, o a instancia de parte, el secreto de determinados documentos, añadiendo el art. 20 del Reglamento de

Defensa de la Competencia (Reglamento), que cualquiera que haga la petición de confidencialidad de determinados datos y documentos, deberá de hacerlo motivando su petición.

Esta situación excepcional, en el procedimiento en materia de competencia, tiene su razón principal, sobre todo, en la fase previa de instrucción reservada, a fin de facilitar que puedan presentarse documentos por la parte denunciante o por la parte denunciada cuyo conocimiento debe vetarse a terceros por contener planes estratégicos o datos reservados de la empresa. Pero tales documentos facilitan un mayor conocimiento del órgano instructor de los hechos que posibilita la instrucción del expediente sancionador y la definitiva Incoación del expediente después de haber obtenido otras pruebas. A partir de la Incoación se debe ser muy restrictivo a la hora de mantener documentos secretos a fin de no vulnerar los principios de defensa e igualdad de armas que se exigen en todo procedimiento.

No se podrán mantener secretos documentos en los que se sustenta la acusación de las prácticas prohibidas por la LDC, pues ello es contrario principalmente, al principio constitucional de defensa. Entendemos que de estar en el anterior supuesto, o se habrá de levantar la *confidencialidad*, o apartarlos del proceso, pero no mantenerlos confidenciales. En todo caso, en el presente expediente deberán mantenerse, levantando la confidencialidad, pues en los mismos se apoya tanto el PCH como la PR.

Tienen especial significación el contenido de las grabaciones en audios y correos electrónicos de las comunicaciones que mantienen los empleados de los bancos para llevar a cabo la concertación. *Máxima* si se tiene en cuenta que obtienen un bonus compensatorio del engaño por parte de los respectivos Bancos.

A estas conversaciones entre los empleados de los Bancos, que contienen las grabaciones, se refiere el Presidente de la CNMC, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados el pasado 14 de marzo de 2018 en los siguientes términos²⁰: *“Pero no se hacen ustedes idea de las conversaciones. De la misma manera que les decía una cosa, les digo otra. Pero esas conversaciones están circunscritas y centradas en ese mini mercado dentro de todo el sistema financiero español. Esto me interesa resaltarlo especialmente. Disculpenme, sus señorías, si quizá me he extendido más de la cuenta. Lo que también es cierto es que era una práctica que duró diez años y esto junto con la naturaleza de las conversaciones es lo que ha hecho que las sanciones finalmente sean de este nivel que, en términos absolutos, son unas cifras —como su señoría ha recordado— a mi juicio apreciables”*.

El interés de los denunciantes ante esta lamentable actuación de las entidades bancarias se extiende a todos los consumidores que deben conocer la despótica e inconsiderada actuación de los Bancos, ante las empresas, a la hora de decidir con quién contratan. No podemos olvidarnos que las Resoluciones de la CNMC son públicas, principalmente por su función ejemplarizante.

Como decíamos antes, el mantenimiento del secreto de determinados documentos es excepcional y con tal carácter debe de tratarse.

No podrá extenderse ésta a los escritos de alegaciones de las partes como pretendieron y consiguieron de la CNMC las entidades incoadas, cuyas motivaciones también desconocemos a excepción de las argüidas por uno de los bancos en su escrito obrante a los folios 47300 a 47302 del expediente, en que no da motivos suficientes para la confidencialidad de su escrito de alegaciones, supuesto, por otro lado, no previsto por la LDC, que solo contempla esta excepcional situación respecto de

²⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (comisiones) nº 459, pág. 46

documentos o de datos que puedan contener éstos. En ningún supuesto pueden violentarse bajo pretexto de confidencialidad los principios de igualdad de armas en el procedimiento y de defensa de todas y cada una de las partes que por diversos motivos tienen la condición de interesados en el procedimiento sancionador.

No existe justificación concreta y referida a cada documento con las exigencias que la LDC y su Reglamento establecen y la interpretación que de las mismas han señalado tanto la CNMC como los órganos jurisdiccionales.

Así la CNMC en su Resolución de 7 de febrero de 2014 (Europac) respecto de la motivación de la solicitud de confidencialidad dijo:

“...se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran sujetos y afectos de materias protegidas por el secreto comercial o industrial”

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en resoluciones relativas al derecho de acceso y a las declaraciones de confidencialidad completando la doctrina ya sentada por la CNC desde su resolución de 27 de octubre de 2008 señala, que el principio de confidencialidad no es un principio absoluto de las partes interesadas, pues vendría matizado en cada caso por la obligación que tienen la solicitante de confidencialidad de motivar tal petición y probar de que tales documentos *“vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición”* (Resolución de 27 de octubre de 2008 “Trio Plus”)

Por su parte, la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso administrativo, Sec. 6ª, en Sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011, señala:

“... para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave”

El Tribunal Supremo en su Auto de 5 de octubre de 2006, incide también en el elemento de perjuicio grave que la divulgación de auténticos secretos comerciales afecten decisoriamente a la subsistencia de la empresa en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos de propiedad cuya divulgación puede causarle un perjuicio grave.

El Tribunal de Justicia de la UE confirmó en su Sentencia de 27 de febrero de 2014 (Asunto C-365/12P) que la existencia de determinada información comercial sensible de las partes interesadas relativa a las estrategias comerciales de las empresas implicadas, a los importes de las ventas, a sus cuotas de mercado o a sus relaciones comerciales, de modo que el acceso a la misma en el marco del citado procedimiento podría perjudicar a la protección de los intereses comerciales de las empresas propietarias de dicha información.

Los documentos y datos que afectan de forma grave a secretos industriales y comerciales de las empresas sobre los que podría obtenerse confidencialidad, según el art. 20 del Reglamento LDC deberá motivarse.

En el caso que nos ocupa y, según todo lo antes señalado, en los escritos de uno de los bancos a la Sala, no se especifica que documentos deben seguir manteniéndose confidenciales, ni se motiva, ni se ha motivado anteriormente, ni existen motivos para la confidencialidad.

En particular, nos referimos a las grabaciones que le fueron requeridas a dicho banco por la CNMC en el requerimiento de fecha 23 de julio de 2015 (vid. folios 1.483 a

1.486 expte.). En el punto 10, apartado e) de dicho requerimiento, la CNMC solicitaba a la citada entidad:

"Aporte las comunicaciones con los respectivos clientes y con los otros bancos intervinientes, tanto en formato electrónico como escrito o de audio, en los que se haga referencia a caps, floors, esquemas de swaps y collars, calendarios para swaps y collars, márgenes, diferenciales (mínimos y/o máximos), etc."

Dando cumplimiento a dicho requerimiento, el banco aportó las grabaciones que constan en la tabla de registro de llamadas que obra en el folio 6962

Las grabaciones constituyen una prueba de cargo esencial que acredita la práctica prohibida y su sanción.

Basta una rápida lectura de la Resolución para advertir la importancia del contenido de las grabaciones. Tan es así, que en el Anexo II del Pliego de Concreción de Hechos se recogían las transcripciones realizadas por la Dirección de Competencia de dichos audios, y en los apartados (218) y siguientes del mismo (confidenciales para los denunciados), se resumía someramente su contenido.

Son numerosas las ocasiones en las que la Resolución menciona el contenido de las mismas. Extractamos tan sólo algunas de las ocasiones en las que la Resolución se refiere a las grabaciones y de las que se infiere que han constituido una prueba de cargo esencial.

Página 55 de la Resolución:

"Los bancos han confirmado la existencia de una coordinación en los precios del floor ofrecidos al cliente y a los que finalmente se firmaron las operaciones. Asimismo, las incoadas han aportado audios, de los que los clientes no disponen, en los que se recogen las conversaciones entre todos ellos con carácter previo al cierre de cada una de las operaciones de cobertura.

Por lo que se refiere a la operación, los audios aportados por las partes reflejan las conversaciones (bilaterales y multilaterales) mantenidas entre los bancos incoados en las que éstos acordaron entre sí, con carácter previo al cierre y en ausencia del cliente, los puntos básicos aplicables a la operación, subiéndolos respecto a los pactados con el cliente. Asimismo, estas conversaciones reflejan que las entidades acordaron, con carácter previo al cierre mencionado, el tipo de interés que se fijaría como floor, proponiendo una de ellas directamente el porcentaje de 3,14, el cual fue aceptado sin más por el resto de entidades. En las conversaciones previas entre los bancos, éstos señalan que el recurso a "la volatilidad" sería útil para convencer al cliente del nivel del floor. Con posterioridad a estas conversaciones, se procedió al cierre de la operación, ya con presencia del GRUPO. En la misma, después de resumir las condiciones generales de la cobertura, se cerró el floor al nivel previamente acordado por las entidades"

Página 56 de la Resolución:

"Las conversaciones mantenidas entre las cuatro entidades incoadas con carácter previo al cierre de las operaciones son similares. En ellas se observa cómo las entidades acuerdan incrementar los puntos básicos aplicables y cómo las cuatro entidades pusieron en común sus cotizaciones, para acordar ofertar al cliente, para la operación de, [confidencial] y [confidencial] y para la operación de, [confidencial] y [confidencial]. Las partes acordaron mantener estas cotizaciones siempre que no hubiera movimientos importantes de mercado. En

el cierre de la operación, en un momento posterior, las cotizaciones acordadas se mantuvieron, y únicamente se ofertaron las acordadas por los bancos. Se transcriben a continuación fragmentos de los audios de los bancos, así como del cierre de las operaciones.....".

Página 66:

"En el expediente de referencia, la investigación de la Dirección de Competencia se ha basado en las respuestas a las solicitudes de información remitidas al ICO, así como a las entidades financieras y a terceros clientes de éstas. La información aportada por todos ellos, y muy especialmente los audios y correos electrónicos remitidos por las entidades bancarias, han servido para instruir el expediente, sin que haya sido necesario acudir a la realización de inspección domiciliaria alguna en las sedes de las entidades financieras."

Página 73:

"Al contrario de lo que alegan los bancos incoados, la prueba recabada no se limita a unas "desafortunadas conversaciones telefónicas que se recogen en el PCH en relación con dos "grabaciones de determinadas operaciones puntuales [...] "sacadas de contexto". Los hechos acreditados trascienden lo que algunas de las entidades investigadas consideran conversaciones entre "compañeros de profesión" que, fuera de contexto, "pueden dar lugar a malinterpretaciones".

Por eso, el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión de proponer sancionar, como al final ocurrió, no puede ser analizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente, el análisis de las grabaciones protegidas.

No se pueden mantener confidenciales aquellos documentos en los que se sustenta la acusación de vulneración de las prácticas prohibidas por la LDC y debe permitirse a quienes son parte en el procedimiento judicial conocer las pruebas que figuran en el expediente, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que la Resolución ha llegado basándose en tales pruebas.

Después de las anteriores reflexiones y a pesar de los diversos argumentos que se esgrimen a lo largo del procedimiento y se examinan en la Resolución, queda meridianamente claro que los bancos, al menos a través de sus traders, se concertaron en el precio del derivado financiero, incluso discutiendo entre ellos lo que se puede aumentar dado el desconocimiento del cliente sobre la materia, a quien hacen pasar como precio de mercado el que previamente habían concertado. Todo lo demás son especulaciones, algunas muy bien fundamentadas y que solo responden al ejercicio del legítimo derecho de defensa.

LOS DIRECTIVOS COMO BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA: RETOS Y OPORTUNIDADES

Managers as beneficiaries of the leniency programme: challenges and opportunities

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

*Subdirectora Adjunta, Subdirección de Cárteles y Clemencia CNMC**

*Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado
Doctora en Derecho*

Resumen

El propósito de este estudio es examinar las distintas vertientes que plantea la figura de la clemencia en su dimensión comparativamente menos analizada, en tanto que instituto que proyecta su protección sobre ciertas personas físicas partícipes en un cártel. La previsión de que las personas físicas puedan ser solicitantes de clemencia en su propio nombre está estrechamente vinculada al régimen sancionador de cada jurisdicción y tiene claras consecuencias en términos de disuasión. En un primer epígrafe de este trabajo se expone brevemente esa conexión y se analizan algunos modelos comparados de nuestro entorno. El epígrafe siguiente se dedica al análisis del régimen español de clemencia desde la perspectiva de los posibles sujetos solicitantes y beneficiarios. Las consecuencias, en términos de incentivos para acudir al programa de clemencia, de una posible responsabilidad penal derivada de la conducta colusoria son tratadas en el tercer epígrafe del estudio, a la luz de las previsiones contenidas en la que se ha dado en llamar Directiva ECN+ y tomando como referente de análisis otras soluciones comparadas. Tras exponer en el epígrafe cuarto las distintas motivaciones de las empresas y los directivos, que pueden llevar a estos últimos a solicitar clemencia en su propio nombre, los dos últimos epígrafes se dedican al tratamiento de la cuestión desde la perspectiva de los programas de cumplimiento normativo, por un lado, y de la conexión con la figura del informante, por otro.

Abstract

The goal of this study is to analyse individual Leniency, as a tool that protects certain individuals after recognizing their participation in a cartel. The possibility that individuals may be leniency applicants on their own behalf is closely linked to the sanctioning regime of each jurisdiction and has clear consequences in terms of dissuasion. In a first section we expose briefly that connection and some solutions adopted in other legal systems are considered. The following section is devoted to describe the Spanish Leniency regime from the point of view of potential applicants and beneficiaries. The consequences, in terms of incentives to apply for Leniency, of criminal liability which may flow from the collusive conduct are addressed in the third section of the study, in light of the provisions contained in the so called ECN+ Directive and taking other legal models as a benchmark for analysis. After explaining in section four the different incentives of companies and managers, which may lead the latter to apply for

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y, naturalmente, no necesariamente representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Leniency on their own behalf, the last two sections are dedicated to the treatment of the issue from the perspective of compliance programs, on the one hand, and the links with whistle-blowing initiatives, on the other.

Palabras clave: Clemencia | Cártel | Política de competencia | Acuerdo de agencia/Agente | Programas de cumplimiento | Directivos |

Keywords: Leniency | Cartel | Competition policy | Agency agreement/Agent | Compliance | Managers |

I. ÁMBITO SUBJETIVO DE UN PROGRAMA DE CLEMENCIA. BREVE ANÁLISIS COMPARADO.

El Capítulo 2 del *Anti-Cartel Enforcement Manual (Drafting and implementing an effective leniency policy)*¹, elaborado en el seno de la *International Competition Network (ICN)*² y destinado a identificar prácticas claves para la elaboración e implementación de una política de clemencia efectiva, define *Leniency* como un sistema de exoneración total o parcial respecto de las sanciones que serían aplicables en otro caso a un integrante de un cártel, como compensación por informar a una Autoridad de Competencia sobre su participación en la conducta y aportar información y pruebas relativas al mismo. No obstante, tal capítulo no analiza cuáles son las mejores prácticas respecto del ámbito subjetivo que deba alcanzar un programa de clemencia, sin aclarar por tanto si el solicitante de clemencia, participante en un cártel cuya existencia revela o reconoce, debería poder ser, no sólo una empresa, sino también, en su propio nombre, una persona física que haya tomado parte en la conducta colusoria en calidad de directivo o representante de tal operador económico.

Dada la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos representados por los miembros del ICN, resulta razonable que el Anti-Cartel Enforcement Manual no contenga recomendaciones o análisis sobre aspectos particularmente ligados al contexto legal de cada distinta jurisdicción, en el caso que nos ocupa, sobre la responsabilidad individual, ya no sólo corporativa, derivada de la participación en un cártel, esto es, sobre la previsión o no de sanciones (pecuniarias, inhabilitación, penales) para las personas físicas partícipes en un cártel.

En aquellos ordenamientos, como es el caso del comunitario, en el que no cabe la sanción a personas físicas por infracciones del artículo 101 del TFUE, el programa de clemencia se concibe como un beneficio en favor exclusivamente de los operadores económicos personas jurídicas, los cuales acuden en su propio nombre y, a lo sumo, en el de sus matrices y/o filiales, comunicando su participación en un cártel y solicitando para tal empresa (así como matrices y/o filiales) el beneficio de exención o reducción de la multa que hubiera debido corresponderle en otro caso³. El ámbito subjetivo del programa de clemencia en tales casos se circunscribe a las empresas partícipes⁴: son ellas las que, a través naturalmente de sus representantes, pueden solicitar la clemencia y, de concederse, ello permitirá exencionar o reducir la multa a la empresa beneficiaria, puesto que sólo las empresas, en el amplio sentido del término definido por la jurisprudencia comunitaria en la materia, pueden ser sancionadas por infracciones de cártel.

No obstante, al objeto de atender a los distintos regímenes nacionales, la reciente Directiva 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior

¹ <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/cartel/investigation-enforcement/>

² Red informal especializada en Derecho de la competencia dedicada a mejorar la convergencia y cooperación en estas materias. Sus miembros representan a autoridades de competencia nacionales (entre ellas la CNMC) y multinacionales de todo el mundo, con participación de asesores no gubernamentales representantes de grupos de consumidores, académicos y profesionales de sectores jurídicos y económicos.

³ 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) y *ECN Model Leniency Program* (disponible en ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html).

⁴ Se utiliza aquí el concepto empresa para abarcar el más amplio de *undertaking*, para referirnos a cualquier operador económico que puede ser considerado infractor de la normativa de competencia, en el sentido extenso acuñado y consolidado por la jurisprudencia nacional y comunitaria, y recogido en la normativa de competencia comunitaria, esto es, "cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación".

(Directiva ECN+), define el concepto “declaración en el marco de clemencia”, como “toda declaración, verbal o escrita, efectuada voluntariamente por una empresa o una persona física, o en su nombre...” [art. 2.1.17)]. Adicionalmente, el considerando en el que señala la necesidad de mayor armonización en cuanto a las condiciones de clemencia, indica claramente que ello no debe impedir a los Estados miembros aplicar programas de clemencia que prevean “la aceptación de solicitudes de clemencia de personas físicas actuando en su propio nombre”⁵. Al regular la exención del pago de la multa a las empresas que revelen su participación en cárteles secretos, la Directiva ECN+ precisa que las previsiones de la misma lo son sin perjuicio de las autoridades nacionales de competencia que dispongan de “programas de clemencia que les permitan conceder la exención del pago/reducir el importe de las multas a personas físicas” (arts. 17.1 y 18.1).

Cuando un ordenamiento nacional prevé adicionalmente la sanción a personas físicas⁶, para los supuestos en los que se determina la responsabilidad de la persona jurídica, empresa o entidad infractora en nombre de la cual la persona física ha participado en el cártel, lo habitual es que se establezca que el beneficio de clemencia se extiende asimismo a los directivos o representantes de la empresa solicitante de exención o reducción que, habiendo participado en la conducta infractora, hayan colaborado de forma continuada y plena a la hora de reportar el cártel a la Autoridad de la Competencia y a lo largo del correspondiente procedimiento sancionador. El ámbito subjetivo de los beneficiarios de clemencia, por tanto, se amplía para abarcar no sólo a la empresa que solicita la clemencia sino a los directivos que cumplen los requisitos establecidos al efecto, fundamentalmente la cooperación plena durante el procedimiento sancionador. Y como regla se entiende por las autoridades de competencia que, salvo que la empresa indique expresamente lo contrario, al solicitar la clemencia lo hace también en beneficio de los directivos (y, según los casos, exdirectivos) partícipes en la conducta.

Tan pronto como en 2006, el *ECN Model Leniency Program* ya señalaba que, si bien se refería exclusivamente a solicitudes de clemencia formuladas por empresas, reconocía que en los casos en los que la normativa nacional previera sanciones individuales para personas físicas por infracciones de competencia, la efectividad del programa de clemencia podría hasta cierto punto depender de la disponibilidad de mecanismos de trato preferencial destinados a las personas físicas empleadas de la empresa solicitante de clemencia⁷.

Un elemento añadido, no siempre presente en todas las jurisdicciones en las que se prevén sanciones a particulares, es que se contemple, asimismo, que la persona física pueda solicitar a título particular el beneficio de exención, ya no en nombre de la empresa a la que representa, sino en su propio nombre⁸. El ámbito subjetivo del programa de clemencia se amplía en este caso no sólo en relación a quiénes pueden ser beneficiarios de la misma, sino adicionalmente a quiénes pueden solicitarla. La versión revisada de 2012 del precitado *ECN Model Leniency Programme* ya reconoce expresamente lo apropiado de ofrecer protección frente a las multas individuales a los empleados y directivos de solicitantes de exención o reducción, añadiendo que el que un cierto número de autoridades de competencia de los Estados miembros disponga de programas de clemencia que permiten tanto a las empresas partícipes en un cartel

⁵ Considerando (11) Directiva ECN+

⁶ En el ámbito europeo, además del caso de España, se prevé la sanción administrativa para directivos partícipes en un cártel en Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca y Rumanía.

⁷ *ECN Leniency Model*, versión 2006, nota a pie 15.

⁸ Tal es el caso en Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos, Polonia, Portugal o Reino Unido.

como a las personas físicas solicitar individualizadamente la clemencia, no entra en conflicto con el Modelo ECN⁹.

El que se establezca en favor de las personas físicas esta posibilidad de acudir a la Autoridad de Competencia para solicitar, en su propio nombre, el beneficio de la clemencia por su participación en un cártel, tiene una relevancia fundamental, puesto que su efecto inmediato es que la persona física ocupe a título individual el puesto que le corresponda en el orden de prioridad de las solicitudes en el que se basa cualquier programa de clemencia. Así pues, si un directivo o exdirectivo acude en su propio nombre a la Autoridad de Competencia antes de que lo haga su empresa, ocupará a título personal la posición correspondiente en el orden de solicitudes de exención o reducción, beneficiándose de una exención total de la multa que le hubiera podido corresponder si es el primero en reportar esa infracción y si cumple el resto de condiciones del programa. En cuanto a su empresa, si acude posteriormente a solicitar clemencia podrá ser, en su caso, destinataria de reducción del importe de la multa si la empresa acredita cumplir los requisitos para ello, pero siempre en posición subsiguiente a la ya ocupada a título individual por el directivo que haya solicitado a título individual el beneficio con anterioridad. Los programas de clemencia se han diseñado previendo que la solicitud de clemencia formulada por una empresa comprenda a sus directivos partícipes en la conducta, mientras que no sucede lo mismo a la inversa. El que la solicitud formulada por una empresa alcance a sus directivos es una regla resultado de constatar que, de no ser así, los directivos o representantes partícipes en la conducta podrían dificultar tal solicitud o bien no colaborar. El permitir que un directivo en su propio nombre solicite la clemencia es una previsión destinada a posibilitar que, una vez constatada su participación en un cártel, y ante el riesgo de imposición de la sanción que de ello pudiera derivarse, tal directivo pueda por sí mismo presentar una solicitud de clemencia poniendo en conocimiento de la Autoridad la existencia de dicho cártel.

Las multas a personas físicas se conciben como un poderoso incentivo para que los particulares revelen información sobre cárteles y cooperen en la investigación de las autoridades de competencia, y se señala que aumentan la eficacia de los programas de clemencia¹⁰. En los ordenamientos en los que, además, cabe la solicitud de clemencia por persona física en su propio nombre, ese efecto potenciador del recurso al instituto de la clemencia se multiplica. No cabe duda de que la posibilidad de acudir a la Autoridad a título personal incrementa la disuasión, la probabilidad de detección y los factores conducentes a esa carrera por la primera posición que, precisamente, pretende exacerbar cualquier programa de clemencia, en tanto que amplía el círculo de posibles agentes susceptibles de revelar la existencia del cártel, contribuyendo a la desestabilización del mismo. En las jurisdicciones en la que se prevé la clemencia en favor de solicitantes personas físicas, el coste de coludir y el riesgo de ser detectados se incrementa en consecuencia para las empresas partícipes. De forma análoga, como se verá en más detalle *infra*, la nueva normativa europea sobre protección de informantes¹¹, así como los programas de algunos Estados miembros que premian económicamente a los informantes (típicamente empleados no partícipes en la conducta) que alertan a la autoridad sobre ilícitos competenciales¹² suponen un

⁹ Punto 15 *Explanatory Notes ECN Model Leniency Program*.

¹⁰ OCDE *Cartel Sanctions against Individuals*, 2003, pp. 7-8, define (<http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>).

¹¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión [COM/2018/218 final - 2018/0106 (COD)].

¹² El Reino Unido ha implementado un programa paradigmático sobre premios a informantes: *Rewards For Information About Cartels*, www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy y otros países como Hungría y la República eslovaca también disponen de tal sistema. Vid. Jan Polanski, "Informant Reward Schemes in Competition Enforcement", octubre de 2014, www.ssrn.com/abstract=2457450.

aumento claro de las posibilidades de detección y un incentivo adicional para acudir a la clemencia por parte de las empresas implicadas, para anticiparse ya no solo a las otras empresas partícipes en el cártel sino también a otro abanico de posibles solicitantes o informantes personas físicas.

De hecho, mientras que el programa de clemencia en su versión tradicional para empresas procura generar una desestabilización de las relaciones de confianza *entre los miembros del cártel*, la extensión de la clemencia a los directivos que la solicitan en su propio nombre tiene el potencial de generar una desestabilización adicional *en el seno de la propia empresa partícipe en el cártel*, en la medida en que permite a un directivo adoptar la decisión de acudir a la Autoridad de Competencia sin la anuencia o siquiera el conocimiento previo de su empresa¹³. Tal como expresivamente señala la *Guía sobre clemencia para particulares* hecha pública por la autoridad de Reino Unido, “Individuals who have been involved in cartel activity do not need to wait for their employer to make an approach to the OFT [hoy CMA]”¹⁴.

La efectividad de cualquier programa de clemencia pasa, entre otros muchos elementos, por una comunicación y divulgación apropiada del mismo, de forma que sus potenciales usuarios conozcan su existencia y sus características fundamentales. En el caso del ordenamiento antitrust norteamericano, paradigmático por su tradición en la imposición de sanciones penales a los directivos responsables de la infracción de cártel, el Departamento de Justicia hizo pública desde 1994, un año después de la comunicación análoga para empresas, una específica *Leniency Policy For Individuals*¹⁵ en la que brevemente se exponen los requisitos para que un particular que acuda en su propio nombre a informar sobre la existencia de un cártel del que la Antitrust Division no tuviera información previa, pueda beneficiarse de la exención de responsabilidad penal.

En el ámbito europeo, en Reino Unido se prevé desde finales de 2008 un programa de clemencia para personas físicas, el cual establece que el éxito de la solicitud del directivo al que se concede la exención impide que la inmunidad *automática* pueda ser posteriormente concedida a su empresa o a otros directivos de la misma. Tal como indica la Guía sobre el programa¹⁶: “*Type A immunity therefore ceases to be available if [...] the OFT has previously received a leniency application regarding the reported cartel activity, either from an undertaking or an individual. [...]. If the Type A applicant is an individual, he/she alone will be guaranteed immunity from criminal prosecution, but his/her employer undertaking and colleagues may be eligible for immunity or leniency protection as a Type B applicant*”¹⁷. La relevancia de esta diferenciación es notable, puesto que, si bien la clemencia tipo B puede alcanzar eventualmente al 100% de la sanción prevista, ello no es de forma automática, como sucede en el tipo A, sino en función de una valoración discrecional de la CMA sobre el valor de la información y pruebas aportadas por tal segundo solicitante.

¹³ Para un análisis sobre las relaciones entre clemencia y responsabilidad personal, desde la perspectiva de la teoría de la firma y los problemas de agencia, vid. Florence Thépot, “Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel”, *The Competition Law Review*, vol. 7 (2), julio 2011, págs. 221-240. También, Philipp Festerling, “Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency”, septiembre 2005 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>), señala cómo la existencia de un programa de clemencia para directivos modifica los cálculos de la empresa a la hora de acudir a la clemencia, en otro caso dependientes fundamentalmente de la percepción sobre las posibilidades de detección por la autoridad de la competencia.

¹⁴ *Quick Guide to Cartels and Leniency for Individuals*, hecha pública por la OFT en julio de 2013.

¹⁵ <https://www.justice.gov/atr/individual-lenency-policy>

¹⁶ *Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process* (OFT 1495), julio 2013, párrafos 2.12, 2.14 y 2.15. Tradicionalmente se distingue entre clemencia de tipo A cuando todavía no se ha iniciado ninguna actividad de investigación por parte de la Autoridad, y tipo B, en otro caso.

¹⁷ En nota a pie que acompaña al texto se señala que “Where the first applicant (Type A or B) is an individual, that individual's employer undertaking will be eligible to apply for Type B provided it remains the first undertaking to apply”.

Al exponer las características de la clemencia para empresas y para individuos, la Autoridad de Reino Unido aprovecha para trasladar un mensaje claro a las empresas, indicando específicamente en su Guía que la posibilidad de que los directivos puedan solicitar el beneficio de la clemencia a título particular, y antes de que la mercantil solicite la clemencia, es “una de las razones clave por las que una empresa que descubre una presunta infracción debe solicitar inmunidad inmediatamente y no posponer la decisión en la esperanza de realizar una solicitud de reducción una vez la investigación ya se haya iniciado”¹⁸.

Otros regímenes recientemente modificados instauran un modelo distinto en cuanto a los efectos de la solicitud de clemencia formulada por particulares sobre el resto de posibles solicitudes de clemencia posteriores. Así, en el caso belga, la Guía de Clemencia de 2016¹⁹ establece que, al contrario que las empresas, las personas físicas pueden obtener inmunidad con independencia del orden de entrada de su solicitud, de forma que varias personas físicas pueden recibir exención de la multa, con independencia de quién haya contactado primero con la Autoridad de Competencia. Además, el hecho de que un particular haya solicitado con carácter previo inmunidad no impide en sí mismo que una empresa obtenga exención o reducción de la multa. Sin embargo, la propia Autoridad señala en la nueva Guía que en tal caso será más difícil para la empresa cumplimentar los criterios para obtener exención, dado que una persona física ya ha aportado información de la que no disponía antes la Autoridad.

II. EL MODELO ESPAÑOL.

II.1. El caso más común: los directivos o representantes como beneficiarios de la exención solicitada por su empresa²⁰.

El artículo 65 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) prevé que la autoridad de la competencia, “*eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle*” cuando se den los requisitos previstos en tal precepto. También señala que para que la CNMC conceda la exención, “*la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud*” debe cumplir una serie de requisitos vinculados a su cooperación con la instrucción del expediente. Equivalente mención a personas físicas se recoge para la reducción del importe de la multa en el artículo 66 de la LDC.

En coherencia con las previsiones de la LDC, la Comunicación de la CNC de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia, al tratar del *alcance del beneficio de la clemencia* señala: “*Dado que en virtud del artículo 63.2 de la LDC se pueden imponer multas a cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones que hayan intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitiva, éstos podrán igualmente presentar en su propio nombre una solicitud de clemencia*”²¹.

¹⁸ Parágrafo 2.37 de la *Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process*, Julio 2013.

¹⁹ Para un análisis de las modificaciones introducidas en el programa de clemencia belga, vid. Jan Blockx e Ivan Pico, “New Belgian Leniency Guidelines Open Door to Individual Applicants”, Kluwer Competition Law Blog, junio 2016.

²⁰ Sigo en este punto lo anticipado en el epígrafe relativo al específico papel de las multas a directivos como factor favorecedor de la detección de cárteles, en M. ÁLVAREZ, “Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento”, *Anuario ICO*, 2015, págs. 161-184.

²¹ BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2013.

La LDC prevé que la exención a una empresa beneficia igualmente a sus representantes legales o directivos, si colaboran con la CNMC (art. 65.3 LDC). Consecuentemente, la Comunicación de la CNC sobre el Programa de Clemencia indica:

(12) El beneficio de la exención o la reducción del importe de la multa alcanza a aquéllos que presentaron la correspondiente solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel siempre y cuando hayan colaborado con la CNC.

Del juego de las previsiones anteriores corresponde concluir que la exención/reducción concedida a una empresa persona jurídica puede incluir a las personas físicas representantes o directivos de la misma en la exención o reducción de la sanción a aplicar de la sanción/reducción a aplicar conforme al artículo 63.2 de la LDC salvo, en su caso, a aquéllos que se constate que no han colaborado con la CNMC. No se regulan sin embargo por la LDC las consecuencias para la empresa de la presentación de una solicitud de clemencia por una persona física, ya no como representante de la presunta infractora, sino a título individual. La exención/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 la empresa, puesto que la LDC no prevé esa consecuencia, como sí sucede en el supuesto opuesto (arts. 65.3 y 66.4). A su vez, la exención concedida a una persona física conforme al artículo 65 de la LDC impide que cualquier otro solicitante posterior (sea persona física o persona jurídica, incluida su empresa) pueda ya beneficiarse de la exención. Lo mismo cabe decir respecto de la reducción concedida a una persona física, que ocupará el correspondiente puesto establecido en el artículo 66.2 de la LDC, primero, segundo o sucesivos, a los efectos de calcular el nivel de reducción del importe de la multa.

La razón de ser de ese distinto tratamiento es clara y deriva de la propia naturaleza de las personas jurídicas, que necesariamente actúan a través de personas físicas. Si la empresa solicita el beneficio de la clemencia, es razonable que ello resulte de una decisión de al menos parte de sus representantes y directivos, y que también a éstos deba beneficiar esa solicitud, salvo que se verifique su posterior falta de colaboración. Por el contrario, cuando un directivo, exdirectivo o representante acude en su propio nombre a título personal a solicitar los beneficios del programa de clemencia, cabe entender que lo hace contra la voluntad o sin el consentimiento o conocimiento de la empresa, en cuyo caso ésta no se hace merecedora de los beneficios de clemencia, o bien sin el conocimiento de la misma, en cuyo caso tampoco nos encontramos en los supuestos previstos por los artículos 65 y 66 de la LDC que justifican el otorgamiento a la empresa del beneficio de la exención o reducción.

II.2.El alcance del deber de colaboración de la empresa solicitante y su proyección sobre la colaboración debida de los directivos partícipes en la conducta.

Es un rasgo común a cualquier programa de clemencia que para el otorgamiento definitivo de la exención o reducción se exija la colaboración del solicitante de clemencia. La colaboración en el caso del ordenamiento español (art. 65.2 a) de la LDC art. 52 del RDC) se adjetiva como plena, continua y diligente, a lo largo de todo el procedimiento, y se concreta en cinco elementos, resumidamente: facilitar sin dilación información a la Dirección de Competencia, responder sin demora a requerimientos para esclarecer los hechos, facilitar a la Dirección de Competencia entrevistas con los

directivos relevantes, abstenerse de destruir información y no divulgar la presentación de la clemencia.

La cooperación de la empresa solicitante de clemencia descansa en gran medida sobre la colaboración de sus directivos conocedores de la conducta infractora. En consecuencia, la cooperación diligente de los directivos de la empresa solicitante de clemencia se articula siempre como crucial para que tales directivos, partícipes en la conducta, puedan beneficiarse de la exención o reducción de multa, estableciéndose como regla tal cooperación como requisito imprescindible en los programas de clemencia de las jurisdicciones que prevén multas pecuniarias a los directivos o representantes de empresas infractoras que hayan participado en la conducta de la mercantil.

Adicionalmente, la falta de cooperación de los directivos puede tener efectos relevantes en la consecución efectiva del beneficio de la clemencia por parte de las empresas solicitantes²². Ello es así sobre todo en los casos de reducción. La primera empresa solicitante de exención que permite a la Autoridad de Competencia ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel del que no tuviera conocimiento previo o sea la primera en aportar elementos de prueba que permitan a la autoridad comprobar una infracción, será como regla beneficiaria de exención siempre que coopere plena, continua y diligentemente con la autoridad durante el procedimiento sancionador, además de cumplir el resto de exigencias que imponga la normativa (poner fin a su participación, no destruir evidencias, no haber coaccionado a otras empresas para participar en el cártel, etc.). Tanto la primera empresa solicitante de clemencia como la segunda y siguientes aspirantes a una reducción de la multa se verán en principio beneficiadas por la clemencia si colaboran de forma diligente, lo cual puede traducirse en hacer todo lo posible para que los directivos clave partícipes en la conducta u otros empleados con conocimiento sobre la misma aporten las declaraciones y evidencias disponibles. En el caso de las empresas solicitantes de reducción, tal cooperación de los directivos, intentada diligentemente por la empresa es mucho más necesaria puesto que, si no se logra, el porcentaje de reducción y la propia reducción en algunos casos puede quedar claramente en riesgo si, pese a sus mejores esfuerzos, la empresa, en ausencia de una cooperación activa de los directivos implicados, se ve imposibilitada de aportar valor añadido a la información ya a disposición de la Autoridad de Competencia. En este contexto, las empresas deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar(se) la cooperación de los directivos y empleados implicados, al objeto de salvaguardar sus posibilidades de obtener el beneficio de la clemencia, especialmente la reducción²³.

II.3.El beneficio de exención del pago de la multa prevista en el artículo 63.2 de la LDC.

Los expedientes resueltos hasta la fecha por la CNMC (y con resolución ya disponible en la web de la CNMC para su consulta, por tanto) en los cuales haya habido solicitudes de clemencia y a la vez incoación a directivos o exdirectivos de la empresa

²² Sobre las posibles tensiones entre la empresa solicitante de clemencia y los directivos en términos de cooperación continuada durante todo el procedimiento ante la Autoridad de Competencia e incluso a posteriori, en procedimientos de demandas de daños y posibles responsabilidades penales, vid. Jasvinder Nakhwal y Nicholas Querée, "15 years and counting: Some reflections on the current state of the UK criminal cartel offence", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, págs. 47-49.

²³ Andrew Riordan, Catrina Smith, Claire Forster y Caroline Thomas, "Antitrust investigations-the impact on individuals", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 10 y sigs. También, Andreas Stephan, "Why is it difficult to hold individual employees to account for wrongdoing?", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 4 y sigs.

solicitante de exención o de reducción son dos: Resoluciones de la CNMC de 26 de mayo de 2016, Expte. S/0504/14 AIO y de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/16 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS. En el primer expediente, la Sala de Competencia declaró que ARBORA & AUSONIA, S.L.U., PROCTER & GAMBLE ESPAÑA, S.A, y su matriz THE PROCTER & GAMBLE COMPANY, así como el directivo de ARBORA & AUSONIA, S.L.U. incoado, reunían los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, les eximió del pago de la multa que les hubiera correspondido por su participación en la conducta infractora. Pese a que no se precisa expresamente que la empresa beneficiaria de la exención hubiera solicitado la extensión de la misma a su directivo incoado, ello resulta implícito de la resolución. En el segundo expediente resuelto hasta la fecha, con solicitud de clemencia y directivos incoados, la resolución señala en su apartado de hechos acreditados que ALSTOM solicitó la exención para la empresa, sus filiales y sus directivos, mientras que SIEMENS hizo lo propio respecto de los directivos que cooperaron. La Sala de Competencia resuelve eximir a ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y a su matriz ALSTOM, S.A., así como a los tres directivos de ALSTOM, también incoados, cuyas multas individuales alcanzaban los 57.400 euros. También se acuerda reducir la multa de SIEMENS, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la LDC. No obstante, se indica en la resolución que el exdirectivo de SIEMENS incoado, al no haber cooperado en el ámbito de la clemencia presentada por dicha empresa, no queda cubierto por el beneficio de reducción, al no ajustarse al deber de colaboración que exige el programa de clemencia.

Adicionalmente, la Sala de Competencia del Consejo la CNMC ha impuesto multas a personas físicas, además de en las dos recién citadas, en las Resoluciones 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). Seis expedientes en los que se han impuesto sanciones a personas físicas, por tanto, y otros cuatro expedientes en tramitación en los que, tal como ha hecho pública la correspondiente nota de prensa de la CNMC, se ha incoado a directivos²⁴. La aplicación del artículo 63.2 de la LDC realizada por la CNMC imponiendo multas a los directivos participantes en la infracción ha sido confirmada por la Audiencia Nacional²⁵ y por el Tribunal Supremo²⁶, el cual ha validado la obligada publicación de los nombres de los directivos sancionados tanto en la resolución como en la nota de prensa que la CNMC hace pública.

III. POSIBLE EXTENSIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA AL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL.

Los Derechos nacionales de numerosos Estados miembros no sólo prevén sanciones pecuniarias para personas físicas por conductas *antitrust*, sino que establecen para ciertos casos, fundamentalmente los vinculados a infracciones de cártel que

²⁴ Vid. notas de prensa relativas a la incoación de los expedientes S/DC/0612/17 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL; S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS; S/DC/0627/18, CONSULTORAS; y S/0644/18 RADIOFÁRMACOS.

²⁵ Sentencias de la AN de 20 de abril y de 14 de septiembre de 2017 en relación al Expte. S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias y de 27 de febrero, 14 de marzo y 13 de junio de 2018 en el ámbito del Expte. S/0504/14 AIO. No obstante, la AN, en sentencias no firmes de 25 de mayo y 5 de junio de 2018 (procedimiento especial de derechos fundamentales) y 13 de junio de 2018 (procedimiento ordinarios), ha admitido el recurso interpuesto por dos directivas de la Asociación FENIN, también sancionadas, anulando en tal extremo la resolución de la CNMC.

²⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2019 (rec. casación 6360/2017) y de 9 de abril de 2019 (rec. casación 4118/2017), que confirman las sentencias de la AN de 14 de septiembre de 2017 y 20 de abril de 2017, recaídas en el expediente S/DC/0519/14 Infraestructuras Ferroviarias, ambas dictadas en el ámbito del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

afectan a licitaciones públicas, la imposición de sanciones de carácter penal, como reflejo del mayor reproche que conllevan esas conductas²⁷. Si bien la aplicación en la práctica de estas sanciones penales en Europa está siendo muy escasa²⁸, la asentada tradición de imposición de penas privativas de libertad en Estados Unidos²⁹, a la vez que la dimensión internacional de ciertos cárteles, ha hecho que la percepción sobre el riesgo penal se manifieste de una forma creciente, coincidiendo con las noticias³⁰ sobre extradiciones a EE UU de ciudadanos europeos partícipes en cárteles de dimensión supranacional. El Tribunal de Justicia de la UE ha resuelto recientemente en favor de la conformidad con el TFUE de la entrega de un ciudadano de la Unión a un tercer Estado por parte de otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad, en el contexto de una extradición a EE UU de un directivo italiano detenido en un aeropuerto de Alemania estando en tránsito hacia Italia, y que participó en el cártel conocido como mangueras marinas, resultando sentenciado en EE UU a 24 meses de prisión y una multa de 50.000 dólares³¹.

Pues bien, en muchas jurisdicciones la responsabilidad penal por infracciones de competencia no viene eximida o reducida en el marco de los programas de clemencia³², lo cual puede tener un claro efecto en los incentivos para solicitar clemencia, tanto de las empresas como de los directivos, si se percibe que las posibles ventajas de ahorro de una multa pecuniaria que se esperan de un programa de clemencia se diluyen frente al riesgo de una sanción penal para los directivos implicados³³.

La preocupación por el impacto que pueda tener en la eficacia de los programas de clemencia la amenaza de responsabilidad penal derivada de ciertos ilícitos antitrust, típicamente de los cárteles que afectan a licitaciones públicas, es de hecho coetánea a la introducción generalizada de los programas de clemencia en el ámbito europeo³⁴. Más

²⁷ Tal es el caso de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Francia, Grecia y Rumanía; y Alemania, Austria, Italia, Polonia y Hungría para los casos de bid rigging. Vid., sobre la creciente criminalización de las infracciones de cártel en distintas jurisdicciones, M. SIMPSON, "The criminal cartel offence around the world", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 6 y sigs. También, M. SLOTBOOM, "Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield", *kluwecompetitionlawblog.com* y Florian Wagner-von Papp, "Compliance and Individual Sanctions in the Enforcement of Competition Law", *Competition Law Compliance Programmes. An Interdisciplinary Approach*, 2016, disponible en SSRN-id2771289. Vid. reportando estadísticamente sobre una muestra de 43 jurisdicciones, una creciente tendencia a nivel mundial en la introducción de multas económicas y penales para las personas físicas por infracciones de competencia, JOAN-Ramon Borrell, Juan Luis Jiménez y Yeny Elizabeth Luna, "Crímenes y castigos en la lucha contra los cárteles", *Economía industrial*, n° 398, 2015, págs. 130 y sigs.

²⁸ Un breve pero interesante análisis sobre la percepción social en Europa sobre la reprochabilidad penal de este tipo de conductas puede verse en Mark Simpson, Peter Scott, Neil O'May y J. Cooke, "Criminal cartel offence in UK: public attitudes", *Competition World, Norton Rose Fulbright*, 2016 (2), págs. 14 y sigs.

²⁹ Los directivos que efectivamente cumplen penas de prisión en EEUU se han ido incrementando exponencialmente en número en los últimos años: en los años 90 sólo un 37% de los imputados finalmente fueron condenados a pena de privación de libertad, siendo la sentencia media de ocho meses. En 2010, el porcentaje subió al 80% y la duración de la condenas ha alcanzado como media los 22 meses de prisión. Vid. Bill Baer, James W. Cooper y Philip A. Giordano, "U.S. Cartel deterrence: from imprisonment to compliance", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 81.

³⁰ <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/pena-prision-estados-unidos-directivo-europeo-culpable-conductas-anticompetitivas/>; <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/extradicion-ciudadano-italiano-cartel/>. El primero de los casos da cuenta de un supuesto bastante inquietante desde la perspectiva de un directivo partícipe en este tipo de conductas: se trataba de una infracción de cártel realizada en Reino Unido pero que desplegaba efectos también en EE UU, debido a que los productos afectados se comercializaban en ese país, entre otros, a través de Amazon Marketplace. El directivo británico en cuestión fue detenido en España mientras se encontraba de luna de miel.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2018, asunto C-191/16, y Bill Baer, James W. Cooper y Philip A. Giordano, "U.S. Cartel deterrence: from imprisonment to compliance", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 82.

³² Vid., ejemplificando con los casos de Alemania y Polonia, Marcin Trepka y Martyrna Wurm, "Leniency Programs. The Devil Is In The Details", julio 2016, *Competition Policy International*.

³³ También, B. DE LUCA DRAGO, "Brazil: The Antitrust Leniency v. The Anti-Corruption Leniency In Brazil: A Brief Analysis Of Incentives", diciembre 2014, www.mondaq.com.

³⁴ Wouter P.J. Wils, "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, n° 1, marzo 2007, págs. 37-40, asociando la previsión de sanción penal para los directivos

recientemente, en una evolución natural, se ha extendido la inquietud sobre las consecuencias, nuevamente en la efectividad del programa de clemencia, de la responsabilidad penal derivada de otros delitos estrechamente vinculados a ciertas infracciones de cártel, como son la corrupción o los delitos fiscales³⁵. Algunos ordenamientos se han anticipado a esta problemática, previendo que los beneficiarios de un programa de clemencia resultan eximidos no sólo de la responsabilidad penal por infracciones de cártel sino también de otros delitos cometidos en conexión con la conducta antitrust³⁶.

El artículo 23.2 de la Directiva ECN +, bajo el título "interacción entre las solicitudes de exención del pago de multas y las sanciones impuestas a las personas físicas", prevé que:

"Los Estados miembros velarán por que los directivos, gestores y otros miembros del personal, presentes y pasados, de quienes soliciten a las autoridades de competencia la exención del pago de las multas estén protegidos frente a sanciones en procedimientos judiciales penales por su participación en el cártel secreto al que se refiere la solicitud de exención del pago de multas, por violaciones de las disposiciones legislativas nacionales que persiguen principalmente los mismos objetivos que el artículo 101 del TFUE, si cumplen las condiciones enumeradas en el apartado 1 y cooperan de forma activa con la autoridad competente encargada de la persecución del delito. Si no se cumple la condición de cooperación con la autoridad encargada de la persecución del delito, dicha autoridad podrá dirigir la causa contra esas personas."

El párrafo 3 del artículo 23, en aras del respeto de los derechos nacionales en la materia, matiza que tal protección frente a sanciones penales se puede traducir en la no imposición de sanciones o bien en su atenuación. Al permitir que sea el juez nacional el que pondere entre el interés en la detección e investigación de un cártel secreto y el interés ínsito al procesamiento y sanción de las personas responsables del ilícito competencial, para decidir si no impone sanción penal o si la establece en modo reducido, en tales ordenamientos nacionales se introduce un elemento notable de impredecibilidad que, de concretarse en la transposición, se compadece mal con las necesidades de un programa de clemencia efectivo³⁷.

En la práctica, algunos Estados miembros que no disponen de una extensión expresa del programa de clemencia a los delitos penales vinculados a un cártel, reportan cooperar de forma muy cercana con la fiscalía para alcanzar un tratamiento próximo a la clemencia para aquellos directivos o exdirectivos que colaboran con la Autoridad de Competencia en el procedimiento sancionador de competencia³⁸. No obstante, ese enfoque expost puede resultar insuficientemente tranquilizador desde la

participes en bid rigging con la ausencia de solicitudes de clemencia formuladas por personas físicas en su propio nombre en Alemania en casos de cárteles con efectos en licitaciones públicas.

³⁵ Reinaldo Diogo Luz y Giancarlo Spagnolo, "Expanding Leniency to Fight Collusion and Corruption", octubre 2016, Free Network, Policy Brief Series, <https://freepolicybriefs.org/2016/10/03/expanding-leniency-fight-collusion-corruption/>. También, M. ÁLVAREZ, "La corrupción empresarial como conducta anticompetitiva. El papel armonizador de los programas de compliance en un Mercado global", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 301, julio-septiembre 2016, págs. 143 a 172.

³⁶ Es el caso del artículo 87 de la Ley de competencia brasileña, Ana Paula Martinez, "Antitrust enforcement against individuals in Brazil: status quo & challenges", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero, 2018, pág. 93.

³⁷ Criticando la introducción en el último minuto y el propio contenido de ese párrafo 3 del artículo 23 de la Directiva ECN+, vid. Florian Wagner-von Papp, "ECN Plus Directive", CPI, enero 2019, pág. 23.

³⁸ Vid. Silke Heinz, "Individuals as a subject of investigation/procedure/fining in Germany", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 43. También, ficha correspondiente a Inmunity, Sanctions&Settlements en Alemania a cargo de Jens-Olrik Murach, GCR, <https://globalcompetitionreview.com/jurisdiction/1005828/germany>

perspectiva de los incentivos de un potencial solicitante de clemencia, empresa o directivo.

El Código Penal español sanciona con penas privativas de libertad conductas a priori subsumibles en los artículos 1 y 2 de la LDC: la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración de los precios (art. 284.1º)³⁹. Sin embargo, la carestía de condenas penales impuestas por estos delitos hasta la fecha avala el escepticismo de los autores sobre las posibilidades de aplicación práctica de la citada normativa penal⁴⁰. No obstante, pese a que la sanción penal a los administradores y directivos quede reservada a casos límite, su posible repercusión negativa sobre los incentivos para la presentación de solicitudes de clemencia aconsejaría realizar una cuidadosa transposición de la previsión del artículo 23 de la Directiva ECN+, tomando como referencia, en cuanto a los objetivos perseguidos más que como modelo de redacción, la previsión de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público de exención de la prohibición de contratar para las empresas beneficiarias de un programa de clemencia (art. 72.5, segundo párrafo).

Esa exención de la prohibición de contratar se suma a la no aplicación de la responsabilidad conjunta y solidaria que pesa al resto de empresas partícipes en el cártel en las reclamaciones de daños, siendo ejemplos ya incorporados en la normativa española de tratamiento más beneficioso de las entidades jurídicas beneficiarias de clemencia. La protección del mismo interés en garantizar que el programa de clemencia siga permitiendo la detección de cárteles secretos y en tal medida la lucha contra la infracción concurrencial reputada como más dañina, justifica el tratamiento penal más beneficioso para las personas físicas directivos o representantes de una empresa infractora que colaboren plena, continua y diligentemente con la Autoridad de Competencia.

Cómo se articule la transposición de este artículo de la Directiva ECN+ en los ordenamientos de los distintos Estados miembros es innegable que generará el máximo interés por parte de los aplicadores de la normativa de competencia y de los estudiosos de estas materias.

Cabe mencionar asimismo otras iniciativas no normativas, adoptadas en otras jurisdicciones para salir al paso de preocupaciones análogas. Tal es el caso de la conocida como “no Piling On” anunciada por responsables del Departamento de Justicia en mayo de 2019, destinada a la coordinación entre las distintas unidades del departamento de justicia y otras agencias sectoriales, locales, estatales o extranjeras en supuestos de posible imposición de múltiples sanciones con origen en la misma conducta⁴¹. Asimismo, cualquier posible análisis prospectivo de reformas en la

³⁹ La normativa sancionadora administrativa postula la subordinación de la actividad sancionadora o disciplinaria a la actividad judicial penal, que tiene prevalencia. Así, el artículo 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora, establecía: “1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. [...] 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.” La LDC prevé asimismo la prejudicialidad del proceso penal, que obliga a la suspensión del procedimiento sancionador administrativo hasta que se resuelva la cuestión por los órganos penales (art. 46).

⁴⁰ A. VIDE, “Comentario al artículo 63”, en *Derecho español de la competencia, Comentarios a la Ley 15/2007, RD 261/2008 y Ley 1/2002*, (M. ODRIOZOLA y B. IRISSARRY coord.), t. II, Bosch, 208, pág. 1092 y A. MENDO ESTRELLA, “Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España”, en *La Lucha contra los Cárteles en España*, (J.M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO dir.), Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 815-841.

⁴¹ “New DOJ ‘No Piling On’ Policy on Cartel Enforcement”, *Global Cartel Enforcement Report*, mid-year 2018, pág. 57.

normativa de competencia nacional, para introducir consecuencias adicionales de la participación en un cártel a los directivos declarados responsables, como pueda ser el caso de la inhabilitación para ocupar puestos directivos en empresas durante un cierto período, debería tener en cuenta la conveniencia de introducir un tratamiento más beneficioso para los directivos de la empresa beneficiaria de clemencia que cooperen y para los directivos que acudan a la Autoridad de Competencia a título individual.

IV. EL DIRECTIVO SOLICITANTE DEL BENEFICIO DE EXENCIÓN EN SU PROPIO NOMBRE: ¿UNA OPCIÓN NECESARIAMENTE EXCEPCIONAL?

Es habitual constatar que las solicitudes de clemencia formuladas por personas físicas en su propio nombre son poco frecuentes⁴² o incluso se consideran como una opción nunca utilizada⁴³. Los estudios sobre los solicitantes de clemencia personas físicas son muy escasos, en coherencia con la falta de supuestos en la práctica en los que un directivo solicite la clemencia en su propio nombre⁴⁴.

Hasta la fecha no se ha producido en España una solicitud de exención o reducción del importe de la multa por persona física en su propio nombre que haya derivado en la correspondiente resolución sancionadora de la autoridad nacional de la competencia.

Los análisis sobre los efectos de extender el programa de clemencia para alcanzar a los directivos que acudan a la Autoridad en su propio nombre interpretan que ello tiene como efecto un incremento de las solicitudes de exención por parte de las empresas, como opción menos costosa o más favorable a las mismas⁴⁵. Como regla, lo razonable es que los incentivos de los directivos y los de sus empresas estén alineados en la fase de valorar la conveniencia de dirigirse a la Autoridad de Competencia y que la empresa solicite la clemencia en nombre de la mercantil y de sus directivos partícipes, o bien que ninguno, ni empresa ni directivos, acudan al programa de clemencia.

No obstante, cuando exista falta de alineamiento entre los incentivos de la empresa y los de los directivos o exdirectivos, el papel destinado a jugar por la clemencia individual se amplía.

Un primer supuesto de falta de alineamiento se da en el caso de los ex-directivos que ya no prestan servicios para la empresa, particularmente si el cese de la relación no resultó amistoso⁴⁶. Efectivamente, cabe pensar que un exdirectivo puede tener

⁴² "In the OFT's experience, applications from undertakings (on behalf of the undertaking and also its employees and directors) are much more common than applications from individuals." (*Applications for leniency and no-action in cartel cases. OFT's detailed guidance on the principles and process*, Julio 2013). También, en el caso norteamericano, Maurice E Struke, "Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?", en *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, 2015, págs. 209-230. Señalando también que los casos de personas físicas que solicitan clemencia a título personal son bastante raros en la práctica alemana, tratándose en ocasiones de solicitudes producidas durante el desarrollo de inspecciones, Silke Heinz, "Individuals as a subject of investigation/procedure/fining in Germany", *Competition Law & Policy Debate*, vol. 4 (1), febrero 2018, pág. 39.

⁴³ Vid. Florence Thépot, "Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel", *The Competition Law Review*, vol. 7 (2), julio 2011, págs. 221-240. La conclusión alcanzada por la autora es que "Individual leniency programmes are in practice never used by individuals of companies of a cartel. Nonetheless, such programmes are efficient in the way they undermine both the relations between cartel members and those inside the companies."

⁴⁴ Philipp Festerling, "Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency", septiembre 2005. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>.

⁴⁵ Florence Thépot, "Leniency and Individual Liability: Opening the Black Box of the Cartel", *The Competition Law Review*, vol. 7 (2), julio 2011, págs. 236-237, que a su vez cita a Hammond, el cual cifra el éxito del programa de clemencia para personas físicas en EEUU no en base al número de solicitudes de particulares que se reciben, sino en el número de solicitudes de empresas que genera: SD Hammond, 'Cornerstones of an Effective Leniency Program', intervención en el ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 2004, (www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.pdf).

⁴⁶ Jan Blockx e Ivan Pico, "New Belgian Leniency Guidelines Open Door to Individual Applicants", *Kluwer Competition Law Blog*, junio 2016.

incentivos para proveerse de una exención personal como beneficiario él mismo de las previsiones del artículo 65 de la LDC, aportando información respecto de un cártel en el cual participó, no prestando ya servicios, en la fecha de su solicitud, en la entidad infractora. Ese ex-directivo no teme las consecuencias laborales negativas de su solicitud de clemencia, puesto que ya no presta servicios en la empresa cuya participación en el cártel revela. Adicionalmente, puede tener reproches frente a la misma que motiven su solicitud de clemencia a título individual, reproches vinculados por ejemplo a la forma de articularse la salida de la empresa del ahora ex-directivo. Además, el ex-directivo no podrá confiar en que su antigua empresa vaya a hacerse cargo del pago de la multa que pudiera corresponderle o de sus gastos de defensa, lo cual puede suponer un incentivo adicional para tratar de ser el primero en acudir a la Autoridad de Competencia, con una solicitud de clemencia formulada a título personal.

De la misma forma, la progresiva generalización de consecuencias negativas derivadas de participar en un cártel, y en última instancia de revelar la existencia del mismo, que lo son exclusivamente para la empresa puesto que no inciden directamente como regla en los directivos, fundamentalmente las demandas de indemnización de daños derivados de la infracción de cártel⁴⁷, pueden ser también un factor que genere resistencia por parte de la empresa a solicitar clemencia y eleve en consecuencia los incentivos de los directivos de acudir a la Autoridad de Competencia en su propio nombre. Si bien desde una perspectiva teórica las personas físicas pueden ser demandadas por los daños generados por su actuación en la conducta anticompetitiva, dada la dimensión de los daños causados por los cárteles, lo cierto es que las demandas de indemnización como regla se dirigen las personas jurídicas titulares de un patrimonio que pueda previsiblemente hacer frente a las indemnizaciones que se demanden. Algún autor lo ha calificado como "consecuencias asimétricas" para la propiedad, por un lado, y para los directivos, por otro, de la detección de un cártel por las autoridades de competencia⁴⁸. Los costes derivados para la empresa partícipe en una infracción de competencia de las demandas de daños sucesivas son un elemento fundamental a la hora de valorar la utilidad de un programa de clemencia para directivos en su propio nombre⁴⁹.

Algunos autores⁵⁰ han analizado, desde la óptica de la clemencia, el hecho de que las empresas —*rectius*, sus directivos— conserven documentos incriminatorios de su participación en un cártel. Así, además de conservar esa documentación debido a la complejidad de los acuerdos alcanzados con competidores y la necesidad de hacer un seguimiento de los mismos, se interpreta que en algunos supuestos las empresas conservan tal información para poder revelar la infracción a las autoridades de competencia y obtener clemencia, particularmente ante la incertidumbre sobre si las otras empresas co-cartelistas destruyen o no la información incriminatoria o como elemento de presión frente a los otros partícipes ante situaciones de desestabilización del cártel.

⁴⁷ La aprobación de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, y su transposición nacional ha hecho que la percepción sobre los riesgos y ventajas derivados de solicitar la clemencia haya cambiado en el ámbito europeo en los últimos años. Damien Geradin y Laurie-Anne Grelier, "Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?", *Concurrences*, diciembre 2014, págs.1-21.

⁴⁸ Philipp Festerling, "Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency", septiembre 2005 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>).

⁴⁹ Philipp Festerling, "Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate Versus Individual Leniency", septiembre 2005 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=861744>), esp. pág. 44.

⁵⁰ Cécile Aubert, Patrick Rey and William E. Kovacic, "The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24 (6), noviembre 2006, págs. 1241-1266.

A su vez, los directivos pueden retener información sobre la conducta con el objeto de incrementar su poder de negociación frente a su empresa, y obtener un mejor trato o evitar un despido⁵¹, o bien para proveerse de pruebas de que sus acciones eran conformes con las instrucciones dadas por los administradores y/o conocidas de los titulares de la empresa o incluso de la matriz.

La participación en un cártel puede poner de manifiesto un interés particular del directivo participe en mejorar los resultados de su departamento, para así lograr un mejor tratamiento por parte de la empresa en términos de remuneración, promoción y mantenimiento en la empresa, de forma que la propia participación en la conducta puede o no ser conocida por los titulares de la empresa o a los administradores de la misma. A la inversa, algunos directivos pueden verse compelidos por las directrices o diseño de incentivos formulados por la empresa, y en contra de su criterio, a incurrir en conductas colusorias con sus competidores. En ambos escenarios se trata de supuestos en los cuales las empresas afectadas deben ser conscientes de que existe una información incriminatoria que puede servir a los directivos para acudir en su propio nombre a la Autoridad de Competencia con una solicitud de exención o, subsidiariamente, de reducción de la multa.

V. CONEXIÓN ENTRE LA SOLICITUD DE CLEMENCIA A TÍTULO INDIVIDUAL Y LA FIGURA DEL INFORMANTE

Junto a la clemencia otorgada a personas físicas que la solicitan a título personal, en los últimos años ha empezado a generalizarse la introducción de programas de colaboración anónima, o incluso incentivada mediante recompensas económicas, para la detección de cárteles. Al lado del instituto de la denuncia, de clara raigambre en el ámbito administrativo sancionador, y que exige la identificación del denunciante⁵², ante la constatación de que existen supuestos en los cuales terceros ajenos a la conducta infractora, que la padecen o que la conocen desde dentro aunque no participen directamente en la misma, pueden querer colaborar con las autoridades de competencia, pero a la vez temer por las consecuencias que se derivarían de que se conociera su identidad como denunciante⁵³, los ordenamientos y la práctica de las autoridades han reaccionado para establecer mecanismos de colaboración basados en preservar la identidad de la persona que aporta la información sobre el ilícito concurrencial. En el caso español el llamado “buzón de colaboración de la CNMC” entró en funcionamiento en 2014⁵⁴, mientras que la Comisión Europea ha establecido un instrumento específico de *anonymous whistleblower*⁵⁵ en 2017. Algún autor no ha dudado en calificar estos programas de colaboración como una “tercera carrera” (además de los programas de *corporate* e *individual leniency*) para llamar a la puerta de las autoridades de competencia⁵⁶.

⁵¹ Algunos autores apuntan incluso a que la empresa puede preferir no despedir a aquellos empleados conocedores de la conducta para evitar el riesgo de que acudan a la autoridad de la competencia a revelar el ilícito. Cécile Aubert, Patrick Rey and William E. Kovacic, “The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24 (6), noviembre 2006, págs. 1241-1266.

⁵² Vid. artículo 25.2 a) del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁵³ Además de los trabajadores de la empresa participe, los supuestos más habituales de informantes los constituyen los clientes del producto o servicio cartelizado y los competidores no participes en la conducta. En los dos últimos casos, el temor a un boicot o represalias comerciales puede justificar el acudir a la colaboración anónima con la autoridad en lugar de a una denuncia.

⁵⁴ <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/colaboracion-para-la-deteccion-de-carteles>

⁵⁵ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

⁵⁶ Maurice E Struke, “Leniency, Whistle-Blowing and the Individual: Should We Create Another Race to the Competition Agency?”, en *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion*, 2015, págs. 209-230.

La precitada propuesta de Directiva sobre informantes define “informante” como persona física o jurídica que denuncie o revele información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral. Por otro lado, se designa como “interesado” a la persona física o jurídica a la que se haga referencia en la información revelada como la persona a la que se imputa la infracción o que esté asociada a dicha infracción. Si bien como regla el informante no tiene participación directa ni indirecta en la conducta que revela, no cabe descartar el supuesto en el que el informante resulte ser una persona que, por su participación en la propia conducta sobre la que informa, sea susceptible de ser responsable a título individual, junto a la empresa, de una infracción de cártel.

En el caso de Reino Unido, donde se prevé la recompensa económica para aquellas personas que informen sobre la existencia de un cártel secreto, se señala incluso que cabe en ciertos casos excepcionales que una persona que informe sobre un cártel en el cual esté implicado a título particular, pueda, además de beneficiarse de la exención de responsabilidad derivada, recibir una compensación económica, particularmente si se trata de personas que han desempeñado un papel circunstancial o periférico en la actividad del cártel⁵⁷.

El efecto mencionado a lo largo de este trabajo de la previsión de clemencia en favor de personas físicas que acudan a la autoridad en su propio nombre, como incentivador de solicitudes de clemencia corporativas, está llamado a generarse también por el instituto del informante o *whistleblower*, en este caso como incentivo tanto para empresas como para directivos a título individual, que deben incluir en su análisis de riesgos-beneficios la posibilidad adicional de que la autoridad detecte el cártel a través de la información proporcionada, anónimamente, por un tercero, en algunas jurisdicciones incentivado vía recompensa económica, y todo apunta que protegido específicamente a través de una normativa de ámbito comunitario de próxima adopción, que refleja una tendencia internacional en la materia⁵⁸.

VI. CONTEMPLACIÓN ESPECÍFICA DE LA CLEMENCIA EN LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE.

Los programas de cumplimiento descansan en la consideración de que los empleados, primero, no van a incurrir en prácticas ilícitas, y segundo, van a acudir a las vías internas de control y denuncia previstas para informar sobre vulneraciones de la normativa cometidas en el seno de la empresa, en el contexto que aquí se analiza sobre la participación de la misma en un cártel. La denuncia interna en ocasiones es la forma de conocimiento de los máximos representantes de la entidad sobre la existencia de la infracción y la que permite que la empresa pueda solicitar la exención de la multa correspondiente acogiendo a un programa de clemencia. El usuario de los canales internos de denuncia normalmente no será un directivo directamente implicado en la conducta sino un trabajador que la conoce pero no ha participado en la misma de forma activa con capacidad de decisión, sino a lo sumo siguiendo las indicaciones de un responsable con mayor posición jerárquica en la organización.

La necesidad de establecer sistemas internos de denuncia serios y eficaces en el marco de programas de cumplimiento normativo se hace más acuciante, desde la perspectiva de las empresas, a la vista de la posibilidad de que ese trabajador conocedor de la infracción, en el caso de que el sistema de cumplimiento interno no exista o no funcione apropiadamente, acuda a la Autoridad de Competencia para

⁵⁷ Rewards For Information About Cartels, www.gov.uk/government/publications/cartels-informant-rewards-policy

⁵⁸ Vid. la *Criminal Antitrust Anti-Retaliation Act* de 2017, en proceso de adopción en EE UU, destinada a proteger al whistleblower en casos de cártel.

denunciar la infracción de forma anónima o bien que el directivo participante en la conducta haga uso en su propio nombre del programa de clemencia.

Cabe enfatizar cómo la todavía propuesta de Directiva sobre informantes⁵⁹ prevé expresamente entre las infracciones objeto de denuncia, los incumplimientos de la normativa de competencia, y como ejemplo de los supuestos en los que los canales de denuncia interna pueden no funcionar, aquéllos en los que los máximos responsables de la empresa son concedores de la conducta o aquellos supuestos en los que la denuncia a través de canales internos podría poner en peligro las actuaciones investigadoras de una Autoridad de Competencia en el contexto de un cártel.

VII. CONCLUSIONES.

Desde la óptica de una Autoridad de Competencia, el desenvolvimiento natural de un programa de clemencia eficaz descansa en su capacidad para promover solicitudes de exención del pago de la multa formuladas por entidades mercantiles que informan sobre su participación en un cártel. Lo que la política de clemencia para personas jurídicas del Departamento de Justicia norteamericano señala como requisito para que se conceda el beneficio de clemencia, "*[t]he confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials*"⁶⁰, refleja en nuestra opinión el objetivo mismo de cualquier programa de clemencia: la empresa responsable asume y reconoce su participación en un cártel, poniéndolo de manifiesto a las autoridades de competencia, y cooperando a partir de ahí de forma completa y sin reservas hasta la resolución del consiguiente expediente sancionador.

Idealmente, la empresa que solicita clemencia estará como regla en mejor posición que un directivo aislado para proporcionar información más extensa y de origen diverso sobre el cártel y podrá ofrecer la colaboración y declaraciones de distintos directivos partícipes en la conducta.

El papel reservado a la posibilidad que se reconoce a las personas físicas de acudir en su propio nombre a solicitar el beneficio de exención debe ser interpretado como una pieza de cierre del sistema de clemencia corporativo, con el fin de incrementar los incentivos de las empresas a hacer uso del programa de clemencia, al añadir, junto al resto de consideraciones a valorar antes de solicitar clemencia, el riesgo, creemos que creciente, de que un directivo de la propia empresa acuda antes, en su propio nombre, a la CNMC.

La previsión de sanciones a personas físicas y su creciente aplicación en los expedientes sancionadores en los que los hechos acreditados así lo exigen, incrementa la posibilidad de que la empresa en cuestión decida acudir a la Autoridad de Competencia a solicitar clemencia en nombre propio y de sus directivos. La previsión de sanciones a personas físicas en combinación con un programa de clemencia que permite que el solicitante sea una persona física en su propio nombre, multiplica la posibilidad de que se detecten cárteles a través de solicitudes de clemencia. Asimismo, los riesgos de sanciones de carácter penal o de inhabilitación⁶¹ para directivos partícipes en las más

⁵⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (COM/2018/218 FINAL). Para un análisis inicial sobre la misma, Ingrid Vandenborre y Thorsten Goetz, "The Proposed Whistleblower Directive: Cartels & Leniency 2019", disponible en iclg.com

⁶⁰ *Corporate Leniency Policy*, Department of Justice, www.justice.gov

⁶¹ La inhabilitación puede darse también desde una perspectiva fáctica, en el sentido de que las empresas ya sancionadas por un cártel adviertan una tensión entre su interés en participar en futuras licitaciones, públicas o privadas, por ejemplo, y el mantenimiento en puestos directivos de los directivos públicamente sancionados.

graves conductas de cártel y el tratamiento más beneficioso a los directivos amparados por la clemencia vienen a confirmar la relevancia de la dimensión subjetiva de cualquier programa de clemencia para lograr la más eficaz combinación de instrumentos de detección y de disuasión de los cárteles.

LA IMAGEN DE MARCA DE LAS EMPRESAS VERTICALMENTE INTEGRADAS EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS: EFECTOS EN LA COMPETENCIA Y EN EL CONSUMIDOR

The brand image of vertically integrated companies in energy sectors: effects on competition and on the consumer

María Ángeles RODRÍGUEZ PARAJA

*Jefa de la Asesoría Jurídica
CNMC*

Beatriz DE PAZ GÚTIEZ

*Jefa de Departamento en la Asesoría Jurídica
CNMC*

Resumen

Uno de los pilares con los que se ha construido el proceso de liberalización de los mercados eléctrico y gasista reside en el principio de separación de actividades dentro los grupos verticalmente integrados que operan en estos mercados. Este principio ha sido utilizado por la normativa como una herramienta fundamental para garantizar los principios de objetividad, transparencia y libre competencia en las actividades destinadas al suministro de electricidad y gas natural. Los dos objetivos fundamentales que persigue la separación entre los distintos negocios son los siguientes: impedir la discriminación frente a los nuevos entrantes y garantizar un derecho de acceso a las redes de transporte y distribución real y efectivo.

La implantación de este principio de separación en el derecho español ha sido progresiva y en gran parte ha venido motivada por la transposición de la normativa de la Unión Europea. Los distintos paquetes legislativos procedentes de la Unión han ido imponiendo obligaciones de separación de actividades a los grupos de empresas de forma escalonada. Desde las iniciales exigencias de separación jurídica y de exclusividad de objeto social, se pasó a la imposición adicional de criterios de separación funcional en los grupos verticalmente integrados, como requisito imprescindible para garantizar la libre competencia en los sectores energéticos. Más adelante, se añadieron obligaciones de independencia y limitaciones de participación por parte de los gestores de redes de transporte en relación con las sociedades de generación o comercialización de gas o electricidad.

Entre todo el elenco de obligaciones de separación funcional, el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se trasponen al derecho español las directivas europeas integrantes del llamado tercer paquete legislativo, impuso la obligación de que las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de último recurso o de referencia que formen parte de un grupo de sociedades, no creen confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización libre.

Sin embargo, la información de la que disponía la CNMC como autoridad de supervisión de los sectores, reflejaba que, seis años después de la imposición de esa

obligación, seguían existiendo un elevado grado de confusión entre los consumidores acerca de la diferencia existente entre las empresas que participan en las actividades destinadas al suministro eléctrico y gasista, con claros efectos negativos sobre el derecho de aquéllos a elegir suministrador y sobre la libre competencia.

Por este motivo, la CNMC con fecha 6 de septiembre de 2018, aprobó una Decisión Jurídicamente Vinculante encaminada a exigir a las empresas pertenecientes a los grupos verticalmente integrados que participan en los sectores energéticos, que adopten las medidas que sean necesarias para no generar confusión en la presentación de su marca (incluyendo como tal la denominación social de las empresas), en la imagen de marca (particularmente su logotipo), y en la información que dirijan a los consumidores.

Abstract

The unbundling regime within vertically integrated companies has been one of the key issues in the liberalisation process of the electricity and gas markets. This principle has been employed by legislation as a basic tool in order to guarantee the neutrality and transparency of the system and to foster competition in the supply business. The unbundling objectives are mainly designed to avoid discrimination of new entrants and provide third party access to the network in an effective manner.

The implementation of the unbundling regime under Spanish Law has been progressive and partially due to the transposition of European Union Law. The different legislative packages have gradually imposed obligations on the vertically integrated industry. From the initial requirements of legal unbundling, further obligations were imposed concerning functional separation. Finally, additional independence duties and limitations on the ownership and management of TSOs regarding generation and supply interests were established.

Royal Decree-Law 13/2012, 30th March, implementing the third legislative energy package, requested vertically integrated distribution system operators and suppliers of last resort not to create confusion in their communication and branding in respect of the separate identity of the supply branch of the vertically integrated undertaking.

Despite this mandatory duty, six years later, CNMC gathered sufficient evidence proving that a great degree of confusion existed in the corporate identity of the above-mentioned companies. This confusion had a negative impact in the right of the consumer to choose supplier and distorted competition.

As a result, CNMC approved a legally binding decision on September 6th 2018. The decision requested vertically integrated companies in the energy sector to take the necessary measures to avoid the confusion of consumers with regard to corporate identity, branding, logos and information policy.

Palabras clave: Energía | Reestructuración | Bienestar del consumidor | Derechos de propiedad intelectual | Liberalización | Política de competencia |

Key words: Energy | Restructuring | Consumer welfare | Intellectual property right | Liberalization | Competition policy |

I. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES Y SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO.

I.1. La separación contable, jurídica y funcional.

El principio de separación de actividades dentro los grupos verticalmente integrados que operan en los sistemas eléctrico y gasista ha sido una de las principales herramientas utilizadas por el legislador nacional y europeo para garantizar los principios de objetividad, transparencia y libre competencia conforme a los cuales se deben desenvolver las actividades destinadas al suministro eléctrico y gasista. Este principio, presupuesto básico para la consecución de un acceso de terceros a las redes no discriminatorio, tiene por objeto evitar los conflictos de interés. En este sentido, la separación de los distintos negocios dentro del grupo debe garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación frente a los nuevos entrantes en el mercado y no crear nuevas barreras de entrada. En consonancia con lo anterior, las previsiones en este ámbito regulatorio deben prevenir las subvenciones cruzadas entre actividades del grupo verticalmente integrado y el intercambio de información estratégica entre sociedades, todo ello de cara a crear un *level playing field* entre los distintos agentes competidores en los mercados.

La implantación de este principio ha sido progresiva en nuestro ordenamiento jurídico y en gran parte ha venido motivada por la transposición de la normativa de la Unión Europea. Así el elenco de normas que vamos a comentar se destinan con mayor o menor intensidad a crear condiciones de igualdad y a impedir que los grupos aprovechen su integración vertical para fortalecer su posición competitiva en el mercado. A estos efectos, se considera como empresa integrada verticalmente, aquella empresa o un grupo de empresas (eléctricas o gasistas) en que la misma persona o personas tengan derecho, directa o indirectamente, a ejercer el control y en que la empresa o grupo de empresas realicen, como mínimo, una de las funciones de transporte o distribución (GNL y almacenamiento también en el caso del gas) y, como mínimo, una de las funciones de producción o suministro de electricidad o gas natural.

Una breve recopilación de nuestra normativa en este ámbito arroja el siguiente resultado. Comenzando por el sector eléctrico, ya la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional, reconocía, dentro de los principios generales de ordenación de las actividades eléctricas, la imposibilidad de que algunas de las actividades eléctricas fueran ejercidas simultáneamente por una misma entidad, si bien determinadas previsiones transitorias otorgaban un margen temporal dentro del cual el Gobierno acordaría la exigencia de separación jurídica de las actividades de generación de las del resto para las compañías operaban en el sistema. Esta Ley establecía ya limitaciones en cuanto a la prohibición de objeto social simultáneo de las actividades de generación y distribución, así como una separación contable entre las mismas.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, establece ya una clara separación jurídica en su artículo 14 entre las actividades reguladas y no reguladas, actividades definidas en el artículo 11.2. Así la producción y la comercialización se desarrollan en un régimen de libre competencia, mientras que el transporte y la distribución mantienen su carácter regulado, en cuanto a su retribución económica, sin perjuicio de la posibilidad de venta a tarifa por el distribuidor. Esta exigencia de separación jurídica no vino impuesta por la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado

interior de la electricidad¹, sino que fue una opción legislativa considerada como necesaria para garantizar la transparencia retributiva. En términos similares, se recoge la previsión de separación en el artículo 63 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, el Sector de Hidrocarburos.

La transposición la Directiva 2003/54/CE² del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, introduce en nuestro ordenamiento jurídico los criterios de separación funcional en los grupos verticalmente integrados, criterios ausentes, aunque no desconocidos, hasta ese momento en nuestra regulación. En diversas ocasiones se puso de manifiesto por la ya extinta Comisión Nacional de Energía³ la necesidad de introducción de estos principios de independencia como complemento indispensable al principio de separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas para garantizar una efectiva separación de negocios y el principio de libre competencia.

La Ley 17/2007, de 4 de julio, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico estas previsiones contenidas en la citada Directiva 2003/54/CE. Así, con objeto de asegurar, entre otras cuestiones, un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, tal y como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, se reforma la configuración tradicional de la actividad de distribución en la Ley del Sector Eléctrico. La actividad de suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución. A partir de la citada fecha, el suministro pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, y son los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su suministrador.

En consonancia con lo anterior, se adaptan todos los derechos y obligaciones de los comercializadores y distribuidores al nuevo orden establecido, teniendo en cuenta que el distribuidor deja de suministrar a tarifa y considerando, además, el nuevo concepto de suministrador de último recurso. En esta línea, es de destacar que se refuerzan las obligaciones en relación con la formalización de contratos de los consumidores y el mantenimiento de las bases de datos de puntos de suministro, que garantizan el acceso en igualdad de condiciones. Se adopta un enfoque progresivo a fin de que las empresas puedan adaptarse y garantizar que se establezcan las medidas y regímenes adecuados para proteger los intereses de los consumidores y asegurar que éstos tengan un derecho real y efectivo de elección de su suministrador.

En consonancia con lo anterior, conforme a la nueva redacción contemplada en el artículo 14.2 de la Ley 54/1997, las obligaciones de separación funcional se concentran en los siguientes aspectos:

1. Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de generación o comercialización.
2. Los grupos de sociedades garantizarán la independencia de las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas mediante la protección de sus intereses profesionales. En particular, establecerán garantías en lo que concierne a su retribución y su cese. Las sociedades que realicen actividades reguladas y las personas responsables de su gestión que se

¹ El artículo 14 de la Directiva se limitaba a exigir una separación contable de actividades.

² Véanse artículos 10 y 15 de la Directiva.

³ Véanse, entre otras, la Resolución de la Comisión Nacional de Energía, de 8 de noviembre de 2005, F.J. Noveno y Décimo. (Ref. 29/2005).

determine no podrán poseer acciones de sociedades que realicen actividades de producción o comercialización. Además, las sociedades que realicen actividades reguladas, así como sus trabajadores, no podrán compartir información comercialmente sensible con las empresas del grupo de sociedades al que pertenezcan, en el caso de que éstas realicen actividades liberalizadas.

3. Las sociedades que realicen actividades reguladas tendrán capacidad de decisión efectiva, independiente del grupo de sociedades, con respecto a activos necesarios para explotar, mantener, o desarrollar la red de transporte o distribución de energía eléctrica. No obstante, el grupo de sociedades tendrá derecho a la supervisión económica y de la gestión de las referidas sociedades, y podrán someter a aprobación el plan financiero anual, o instrumento equivalente, así como establecer límites globales a su nivel de endeudamiento. En ningún caso podrá el grupo empresarial dar instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas respecto de la gestión cotidiana, ni respecto de decisiones particulares referentes a la construcción o mejora de activos de transporte o distribución, siempre que no se sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente.

4. Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en los puntos anteriores. Dicho código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la sociedad.

La Ley 12/2007, de 2 de julio, hace lo propio con respecto al sistema gasista, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones contenidas en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, similares a las anteriores.

Si bien los criterios de independencia anteriormente citados supusieron un indudable avance en la consecución del objetivo de separación efectiva de negocios regulados y no regulados, no debe obviarse el hecho de que muchas de las cuestiones en ellos contenidos precisaban de un ulterior desarrollo. En este mismo sentido, se planteaban en aquel momento diversas incógnitas tales como: quiénes se considerarían personas responsables de la gestión, cómo se preservaría su independencia, cómo se compatibilizaría la capacidad de decisión efectiva de la sociedad regulada con la supervisión financiera de la matriz, qué información habría de considerarse confidencial y cuál sería su régimen de acceso, contenido del Código de Conducta, cuál habría de ser el procedimiento de supervisión de ejecución interna del mismo, etc.

La Nota interpretativa de la DGTREN de 16 de enero de 2004⁴ en materia de separación de actividades y las Directrices de ERGEG de 15 de julio de 2008⁵ precisaron algunos aspectos en relación con los puntos anteriormente expuestos.

El 10 enero de 2007 se publica por la Comisión Europea el Report on Energy Sector Inquiry⁶, donde se pone de manifiesto la insuficiencia del vigente régimen de separación de actividades y se indica la necesidad de poner en marcha nuevas medidas, algunas de

⁴ "Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural Gas" "The unbundling regime". 16.1.2004.

⁵ "Guidelines for Good Practice on Functional and Informational Unbundling for Distribution System Operators" de 15 de julio de 2008.

⁶ Communication from the Commission (COM(2006) 851 final): "Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)" and its Technical Annex SEC(2006) 1724.

ellas de carácter estructural, destinadas a garantizar la efectiva separación de negocios⁷.

En este contexto, surge el tercer paquete energético integrado por tres reglamentos (Reglamento (CE) N° 713/2009, Reglamento (CE) N° 714/2009 y Reglamento (CE) N° 715/2009) y dos directivas (Directiva 2009/72/CE⁸ y Directiva 2009/73/CE⁹). Uno de sus principales ejes es la profundización en el régimen de separación de actividades. Así se introducen nuevos preceptos para lograr una separación efectiva de las actividades de suministro y generación de las actividades de red, planteando diferentes opciones para llevar a cabo dicha separación entre actividades. Tales previsiones se proyectan de forma diferenciada sobre los gestores de redes de transporte y distribución.

Así los Estados miembros pueden escoger entre tres modelos diferentes que permitan separar el transporte de las actividades de generación y suministro: primero, la separación total de la propiedad; segundo, el gestor de red independiente (ISO) y tercero, el gestor de transporte independiente (ITO o TSO). La separación patrimonial se define como la situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro. Conforme a este modelo de separación patrimonial, ninguna persona puede ejercer el control sobre una empresa de suministro y producción y, al mismo tiempo, tener intereses o ejercer derechos en un sistema de transporte, evitando así que empresas verticalmente integradas puedan favorecer a las de su propio grupo empresarial, discriminando a sus competidoras. Se faculta a la autoridad reguladora para certificar con carácter previo a estos gestores de redes de transporte.

La transposición a nuestro ordenamiento de estas previsiones vino dada por el Real Decreto-Ley 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. La opción del legislador español fue clara; se decanta por un modelo de separación de propiedad de los gestores de redes de transporte tanto en el sector eléctrico como el sector gasista. A estos efectos, se modifican el artículo 34 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y se introduce el artículo 34 bis. De forma paralela, se modifica el artículo 63 y se introduce el artículo 63 bis en la Ley 34/1998, de 7 de octubre. También en el sector gasista se prevé la posibilidad de acudir en determinadas circunstancias establecidas en el artículo 63 ter al gestor de red independiente de la ya citada Ley 34/1998.

En relación con la separación jurídica y funcional de los gestores de redes de distribución, la Directiva 2009/72 señala que la misma solo ha empezado a ser obligatoria, en virtud de la Directiva 2003/54/CE, a partir del 1 de julio de 2007, por lo que aún era preciso evaluar sus efectos sobre el mercado interior de la electricidad. Las normas sobre separación jurídica y funcional actualmente en vigor pueden dar lugar a una separación efectiva, a condición de que se definan más claramente, se apliquen de manera adecuada y se controlen estrechamente. Se introducen por tanto una serie de precisiones. En particular, se señala que el encargado de evaluar el cumplimiento de los códigos de conducta dentro de la empresa será totalmente independiente y tendrá

⁷ Véase "Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy sector Inquiry", Competition Policy Newsletter, Núm. 1, 2007, Philip Lowe.

⁸ Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

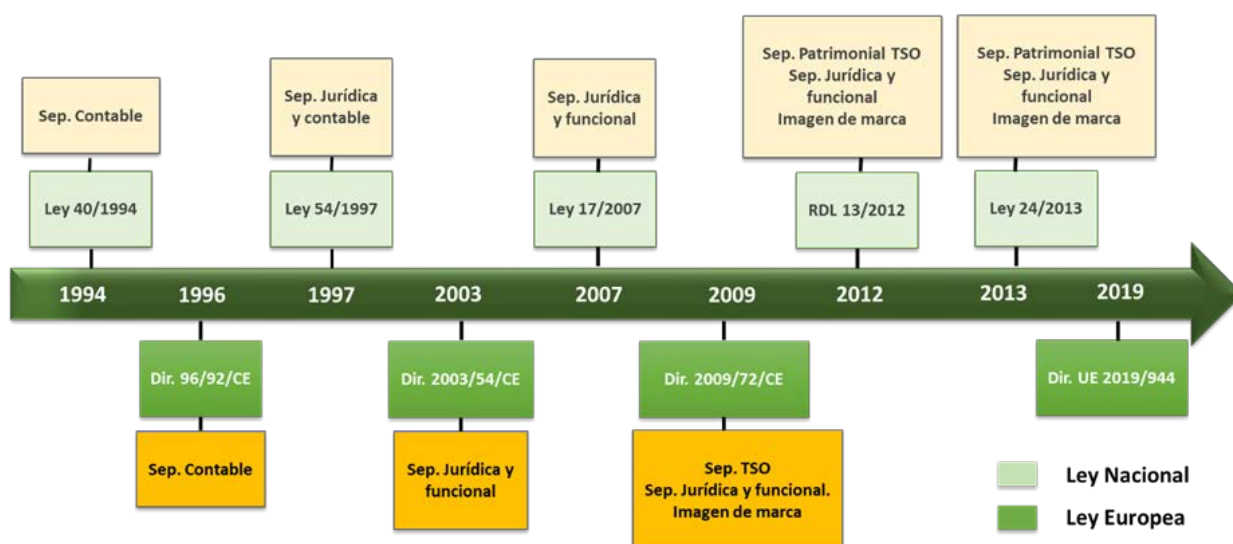
⁹ Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función.

El legislador europeo es consciente de que, para crear condiciones de igualdad a nivel minorista, 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.

El Real Decreto-Ley 13/2012 introduce las precisiones comentadas en materia de separación funcional así como una obligación adicional en este ámbito que trae causa de las propias Directivas, relativa al deber de no crear confusión en la información y en la presentación de la marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. Aspecto que se tratará en siguientes apartados.

A continuación, y a efectos ilustrativos, se inserta un gráfico en el que se puede apreciar la evolución del principio de separación de actividades en el sector eléctrico.



1.2. Jurisprudencia relevante en materia de separación de actividades.

La jurisprudencia existente en materia de separación de actividades en los sectores energéticos es escasa, pudiendo referenciarse tres ámbitos distintos:

En primer lugar, procede referirse a la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia, recaída el 22 de octubre de 2013 en los casos acumulados C-105/12, C-106-12 y C-107-12. En dicha sentencia se analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional (neerlandesa) que prohíbe, entre otras cuestiones, los vínculos de propiedad o de control entre, por una parte, sociedades que formen parte de un grupo al que pertenezcan un gestor de tales redes de distribución y, por otra parte, sociedades que formen parte de un grupo al que pertenezca una empresa que se dedique a la producción, suministro o comercialización de electricidad o gas en el territorio neerlandés, así como la realización por tal gestor y por el grupo al que pertenezca, de operaciones o actividades que pudieran menoscabar el interés de la gestión de la red de que se trate. Dicha se régimen se analiza en el marco de la Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE. Es de destacar la conclusión a la que llega el Tribunal:

“(...) los objetivos consistentes en impedir las subvenciones cruzadas en sentido amplio, incluido el intercambio de información estratégica, en garantizar la transparencia en los mercados de la electricidad y del gas y en evitar las distorsiones de la competencia pueden justificar, como razones imperiosas de interés general, las restricciones a la libre circulación de capitales ocasionadas por disposiciones nacionales como las controvertidas en el procedimiento principal.”

Por otro lado, en ámbito nacional, interesa mencionar determinados pronunciamientos de la Audiencia Nacional¹⁰ en relación con la delimitación de las actividades de distribución y comercialización, pronunciamientos que tienen lugar con ocasión de diversos procedimientos sancionadores tramitados por la extinta Comisión Nacional de Energía por vulneración del principio de separación de actividades y que se sustancian en un momento temporal en el que el distribuidor realizaba venta a tarifa. Resulta relevante lo siguiente:

“Pues bien, la oferta conjunta de electricidad y gas realizada a través de la factura eléctrica, expedida por la empresa distribuidora para los consumidores de electricidad no acogidos a la condición de cualificados sino al régimen tarifario, vulnera el principio de separación jurídica de actividades previsto en el artículo 14 de la Ley 54/1997. Sin desconocer las peculiaridades del mercado eléctrico y las conexiones entre la actividad de distribución y comercialización cuando se trata de venta de electricidad a consumidores sometidos al régimen a tarifa, hay que partir, para el resto de los supuestos, de la clara separación jurídica que la Ley establece entre ambas actividades. Tal separación, lógicamente, incluye el conjunto de actividades complementarias que integran la actividad económica de comercialización como el marketing y la publicidad que, recoge cualquier manual de economía, constituyen actividades necesarias para desarrollar la actividad de venta en sentido estricto y, consecuentemente, todas ellas incluidas dentro del concepto de comercialización, resultan vedadas a las empresas distribuidoras, de forma que publicitar la oferta conjunta de gas y electricidad de la empresa comercializadora en las facturas de suministro a tarifa efectuada por la distribuidora atenta contra el principio de separación de actividades.

Siendo así, la conducta imputada y la conducta sancionada es la misma pues la Administración no ha imputado ni sancionado una actividad de venta, en sentido estricto, de gas y electricidad sino la realización por la recurrente de una actividad ajena a las funciones fijadas para los distribuidores en el artículo 9.1.g) de la Ley 54/1997 ya que participar en una campaña publicitaria a favor de la empresa comercializadora del grupo excede del objeto social exclusivo consistente en el desarrollo de la actividad de distribución.

En definitiva la recurrente ha realizado una actividad incompatible lesionando el bien jurídico protegido en el artículo 60.13 de la Ley 54/1997 ya que no ha garantizado debidamente el principio de transparencia que debe presidir la retribución de las actividades reguladas, pues los costes de comercialización no pueden subvencionarse de forma encubierta y de otra parte, las ventajas comerciales generadas por la citada actividad de publicidad, que correspondería a la comercializadora, suponen discriminaciones y distorsión de la competencia que precisamente se pretende evitar con la separación de

¹⁰ Véanse Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre y 3 de octubre de 2006 (RJCA 2006/867 y 2007/228). Véase igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8286)

actividades (artículo 19.3 en relación con el Considerando 8 de la Directiva 2003/54.”

Finalmente, en el ámbito de la competencia desleal, cabe traer a colación determinadas Sentencias del Tribunal Supremo en relación con procedimientos sancionadores tramitados por la extinta Comisión Nacional de Competencia de conformidad con el artículo 3 de la Ley 15/2007, de julio, de Defensa de la Competencia, por actos de competencia desleal en los mercados minoristas: la Sentencia del Tribunal Supremo 1196/2016, de 15 de marzo, (campaña informativa a clientes) la Sentencia del Tribunal Supremo 4681/2016, de 25 de octubre, y la Sentencia del Tribunal Supremo 349/2017, de 3 de febrero (traspaso de clientes).

II. CONSIDERACIÓN ESPECÍFICA DE LAS OBLIGACIONES RELATIVAS A LA INFORMACIÓN, PRESENTACIÓN DE MARCA E IMAGEN DE MARCA.

En la actualidad, el artículo 12.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, recoge la obligación de que las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras de referencia que formen parte de un grupo de sociedades que desarrolle actividades reguladas y libres en los términos previstos en dicha Ley, no creen confusión en su información y en la presentación de su marca e imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. Por su parte, en el sector del gas natural, el artículo 63.6 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, establece idéntica obligación para las empresas distribuidoras que formen parte de un grupo de sociedades que desarrollen actividades reguladas y no reguladas en los términos previstos en la mencionada Ley.

La obligación del distribuidor de gas natural y de electricidad de no crear confusión en su información y en la presentación de marca e imagen de marca, respecto a la identidad de la filial comercializadora perteneciente al grupo integrado verticalmente, procede en concreto de los artículos 26.3 de la Directiva 2009/72/CE y de la Directiva 2009/73/CE, respectivamente¹¹ y fue objeto de transposición al derecho español mediante el artículo 1.5 y 2.10 respectivamente del ya citado Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo.

La Comisión Europea, en su Nota Interpretativa de 22 de enero de 2010 sobre separación de actividades¹², se refiere a esta obligación como una medida para garantizar la separación funcional orientada con carácter principal a no generar confusión en el consumidor. Asimismo, indica que a la hora de identificar la existencia o no de confusión se puede tomar como referencia el derecho de la Unión en materia de marcas¹³.

Las Directrices de ERGEG de 15 de julio de 2008, anteriormente aludidas, ya establecen en su número GO7 que las compañías de redes deben de tener su propia

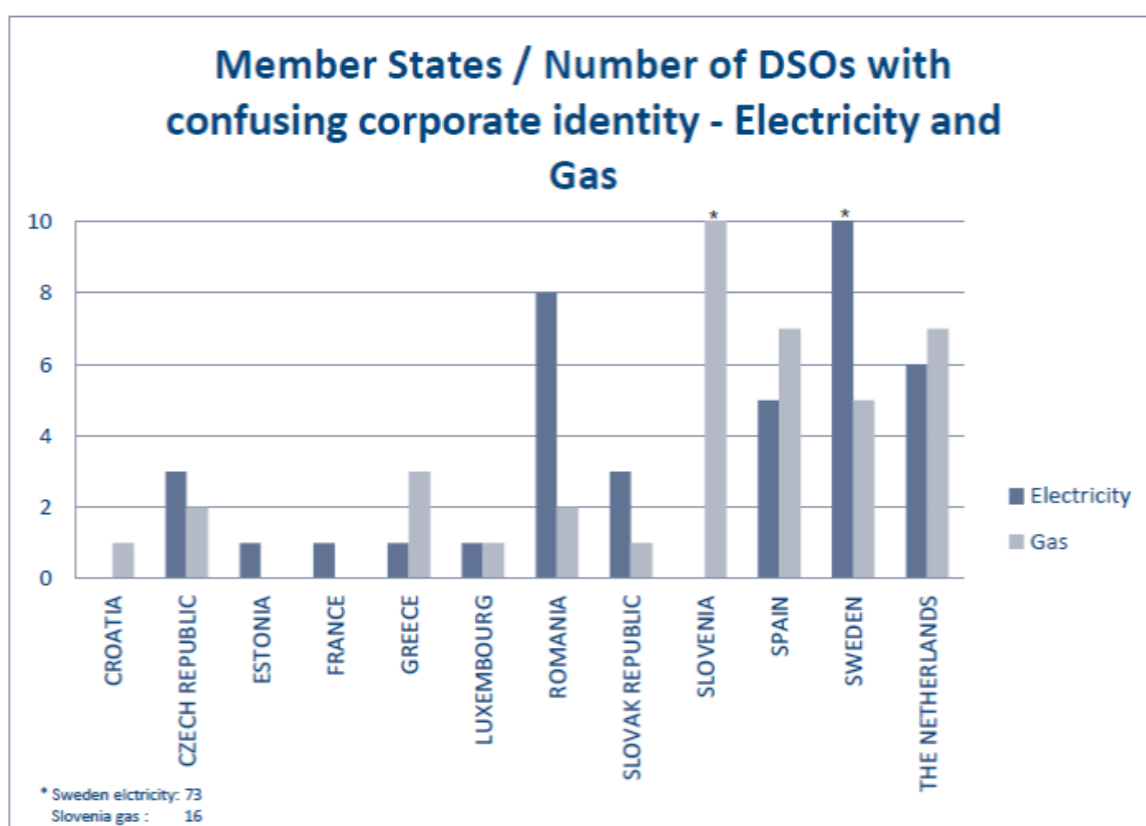
¹¹ “Cuando el gestor de la red de distribución forme parte de una empresa integrada verticalmente, los Estados miembros garantizarán el control de sus actividades por parte de las autoridades reguladoras u otros organismos competentes, de manera que no pueda aprovecharse de su integración vertical para falsearla competencia. En particular, los gestores de red de distribución integrados verticalmente no crearán 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”.

¹² Commission Staff Working Paper. “Interpretative Note on Directive 2009/72/CE concerning common rules for the internal market on electricity and Directive 2009/73/CE concerning common rules for the internal market on natural gas. The unbundling regime.”

¹³ Así textualmente señala: “See in particular Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trademarks, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1, as amended, and Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 299, 8.11.2008, p. 25”.

identidad sin que pueda existir un nexo entre la red y el negocio de comercialización. Esto necesariamente implica políticas y estrategias de presentación de la marca y comunicación diferentes, canales de acceso distintos como teléfonos, páginas web, etc. ERGEG consideraba ya en aquel momento esta medida como imprescindible para que el consumidor no sea reacio al cambio de suministrador y no perciba al comercializador verticalmente integrado como una empresa que ofrezca mayor confianza o credibilidad por su proximidad al negocio de red. Se apuesta de forma definitiva por actividades de marketing diferenciadas¹⁴.

El Consejo de Reguladores Europeos de Energía CEER, en su informe de abril de 2016¹⁵, analiza el estado de situación de los Estados en los que existe confusión en la imagen de marca e identidad corporativa de los grupos integrados verticalmente, llegando a las conclusiones que se reflejan a continuación:



Por todo lo anterior, se concluye que la diferenciación poco clara de los grupos integrados verticalmente, en la información y en la presentación de marca e imagen de marca ante los consumidores, afecta a la elección de comercializador por el consumidor y, en consecuencia, a la dinámica competitiva del mercado minorista.

¹⁴ Así en la página 8 de las Directrices de 2008 se señala que: "Customer relations between the network company and suppliers are a fundamental element of functional unbundling as they mirror the internal independence of the network business from the vertically integrated company. Customers must be convinced of the separation of the system entity and energy suppliers. It must be clear for customers that the system operator is a neutral entity separated from any supply activities with the task of providing access to all energy suppliers in an equal manner. The customer must not believe that the integrated supplier is more reliable because of his closeness to the integrated grid, and therefore be reluctant to change suppliers. The affiliated supplier shall not benefit from the public credibility or reliability of the system operator. This must be assured through separate marketing activities".

¹⁵ "Status Review on the Implementation of Distribution System Operators' Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package.". <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/882514d5-c57f-86f8-50a3-90185e270f15>

III. LA DECISIÓN JURÍDICAMENTE VINCULANTE DE LA CNMC, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2018 (DJV/DE/001/18)

III.1. La justificación de la decisión: la distorsionada percepción del consumidor sobre los mercados de gas y de electricidad.

Como se ha señalado anteriormente, a pesar de que la normativa de los sectores energéticos se esfuerza en definir y diferenciar las distintas actividades que participan en el suministro de gas y electricidad, la distinción no ha sido adecuadamente percibida por los consumidores.

Entre las labores de supervisión que lleva a cabo la CNMC se encuentra el denominado Panel de Hogares, que consiste en la elaboración de una encuesta con carácter semestral, en la que se recaba información sobre la disponibilidad de los servicios y equipos, los consumos y gastos, y los hábitos y percepciones de los usuarios del segmento residencial en los sectores supervisados por la CNMC, entre los que se encuentra el sector energético¹⁶.

Pues bien, las conclusiones que se alcanzaron del Panel de Hogares elaborado por la CNMC en el primer semestre de 2015, revelaron que únicamente el 12,5% de los encuestados conocía la diferencia entre el suministro en el mercado libre y el suministro en el mercado regulado de electricidad, reduciéndose aún más este porcentaje al 7,8% en el mercado del gas natural. Más aún, más de la mitad de los hogares desconocían la diferencia que existe entre un comercializador y un distribuidor de energía.

La situación dista mucho de haber cambiado durante este tiempo. En el segundo trimestre de 2017 el conocimiento acerca de la diferencia entre el suministro libre y regulado solo mejoró ligeramente, situándose en el 18% en el sector eléctrico y el 13,5% en el de gas. En el segundo trimestre de 2018, las tasas de desconocimiento de los mercados alcanzaron el 19,6% y 16,1% en electricidad y gas respectivamente.

La CNMC ha detectado que uno de los elementos que provocan esa confusión es el empleo, por parte de muchos comercializadores de gas y electricidad, de la misma marca y el mismo logotipo que utiliza la empresa distribuidora del grupo verticalmente integrado. De igual forma, la coincidencia de marca entre la comercializadora libre y la comercializadora regulada del mismo grupo impide que los consumidores se percaten de la diferencia que existe entre ambas actividades y de las posibles ventajas que una otra comportan.

En este sentido, en el *Informe de supervisión de las ofertas del mercado minorista de gas y electricidad recogidas en el comparador de ofertas de la CNMC*¹⁷, de 8 de enero de 2015, la CNMC identificó como una de las malas prácticas comerciales detectadas en la contratación de gas y electricidad, la falta de diferenciación de marca de muchos comercializadores con respecto a la empresa distribuidora y a la comercializadora de referencia del mismo grupo empresarial. En concreto, se señalaba en el informe que *“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”*.

¹⁶ Los datos de las encuestas del Panel de Hogares, relativos a los mercados de varios de los sectores supervisados por la CNMC, pueden encontrarse en CNMCDATA. <http://data.cnmc.es/datagraph>

¹⁷ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1486221_1.pdf

Otras fuentes de información evidencian igualmente el desconocimiento que existe por parte de los consumidores. Cabe aquí reiterar que el Consejo de Reguladores Europeos de Energía (CEER) elaboró un informe que hizo público en abril de 2016, en el que abordó una revisión acerca del grado de implantación de las obligaciones incluidas en las Directivas europeas sobre separación de actividad de los distribuidores de gas y electricidad integrados verticalmente¹⁸. Este informe como ha sido anteriormente reflejado sitúa a España entre los doce países en los que existe confusión en la imagen de marca e identidad corporativa de los grupos integrados verticalmente.

Por otra parte, distintas asociaciones de consumidores se han hecho eco de esa situación de confusión y han denunciado en reiteradas ocasiones que las similitudes que presentan los logos y los canales de comunicación empleados por las empresas de gas y electricidad impiden a los consumidores distinguir entre las sociedades que realizan las actividades de distribución y comercialización.

III.2.El procedimiento para la elaboración de una decisión jurídicamente vinculante.

Con el fin de revertir la situación y evitar la confusión generalizada que sufren los consumidores, la CNMC inició en el mes de marzo de 2018 un procedimiento para la adopción de una decisión jurídicamente vinculante en relación con la obligación de las empresas distribuidoras de gas y electricidad y comercializadoras de referencia que forman parte de un grupo *verticalmente* integrado, de no crear confusión a los consumidores en la información y en la presentación de marca e imagen de marca. Se trata, en líneas generales, de la elaboración de una resolución que contenga medidas concretas dirigidas a las empresas, a fin de que por parte de éstas se dé cumplimiento real y efectivo a las obligaciones de los ya citados artículos 12.3 Ley del Sector Eléctrico y 63.6 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

La justificación empleada por la CNMC para promover esta actuación se amparaba en los datos reveladores de la confusión existente, señalando a estos efectos: *“La persistencia de esta confusión por la marca e imagen de marca de las comercializadoras libres que pertenecen al mismo grupo empresarial que el distribuidor de la zona o que el comercializador de referencia/de último recurso afecta a la dinámica competitiva de los mercados minoristas de gas y de electricidad, con claro perjuicio para el consumidor. Dicha confusión estaría dificultando la elección clara de comercializador por parte del consumidor, e incrementaría la dificultad de captación de clientes por parte de los nuevos entrantes en el mercado, puesto que los consumidores pueden percibir, erróneamente, que el comercializador del grupo verticalmente integrado puede proporcionar una mejor calidad y seguridad de suministro”*.

La CNMC reparaba también en los efectos anticompetitivos anudados a esa situación de confusión en los mercados minoristas de gas natural y electricidad. Concretamente, alertaba de que, de conformidad con los estudios más recientes¹⁹, los efectos que estaba provocando la desinformación por parte de los consumidores finales, sobre todo los domésticos, eran los siguientes:

¹⁸ CEER (1 de abril de 2016): *“Status Review on the Implementation of Distribution System Operators’ Unbundling Provisions of the 3rd Energy Package”*. <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/882514d5-c57f-86f8-50a3-90185e270f15>

¹⁹ Información de número de suministros en el primer semestre de 2017 del Informe de la CNMC de supervisión de los cambios de comercializador –segundo trimestre 2017 (IS/DE/014/17). https://www.cnmc.es/sites/default/files/1859812_11.pdf.

1. Una elevada concentración en los mercados de suministro de electricidad y de gas natural a consumidores finales por las comercializadoras que pertenecen al mismo grupo empresarial que las distribuidoras.
2. La importancia de la integración vertical con el distribuidor de la zona en el suministro a las altas de puntos de suministro de electricidad y de gas natural.
3. Una inercia al cambio de comercializador desde el comercializador de referencia de electricidad/comercializador de último recurso de gas, al comercializador libre del mismo grupo empresarial.

En la tramitación del procedimiento se dio entrada a todas las empresas afectadas, entendiéndose por tales las distribuidoras de gas y electricidad (en el caso de éstas últimas, aquellas de menos de 100.000 clientes conectados a sus redes), las comercializadoras de referencia del sector de la electricidad y las comercializadoras de último recurso del sector gasista, en cuyos grupos societarios existieran sociedades que realizan actividad de comercialización libre. En total, el procedimiento se tramitó con veinticinco sociedades mercantiles pertenecientes a los principales grupos energéticos españoles, cada uno de los cuáles presentaba una casuística individual respecto a su información, presentación e imagen de marca. Se trata en particular de, las cinco grandes distribuidoras de electricidad²⁰, las ocho comercializadoras de referencia/de último recurso²¹ y las filiales distribuidoras de gas pertenecientes al antiguo grupo Gas Natural Fenosa (actualmente Naturgy), con matriz Nedgia, S.A.²².

El objeto del procedimiento no era otro que el de lograr el cumplimiento efectivo a la obligación establecida en el artículo 12.3 Ley del Sector Eléctrico y en el artículo 63.6 de la Ley del Sector de Hidrocarburos desde tres ejes fundamentales definidos ya desde su inicio: i) Impedir que las empresas creen confusión en la información que remitan al consumidor por cualquier canal de comunicación, respecto a la identidad de la sociedad comercializadora perteneciente al grupo empresarial o del grupo o a los servicios que esta ofrece. ii) Impedir que las empresas creen confusión en la presentación de marca, incluyendo bajo este concepto, la denominación social de las empresas. Y iii) Impedir que las empresas creen confusión en la imagen de marca, entendiéndose como tal tanto el logo como sus colores o cualquier otra similitud.

III.3. Naturaleza jurídica de la decisión jurídicamente vinculante.

Las decisiones jurídicamente vinculantes son un instrumento regulatorio creado por las Directivas de gas y electricidad como parte del núcleo fundamental de las competencias reconocidas a las ANR (Autoridades Nacionales Reguladoras), atribución que en España le corresponde a la CNMC²³. La posibilidad de dictar decisiones jurídicamente vinculantes se encuentra recogida en los artículos 37.4 a) de la Directiva 2009/72/CE para el mercado interior de la electricidad y 41.4 a) de la Directiva 2009/73/CE para el mercado interior del gas natural. Entre los fines que persiguen estas decisiones se encuentra la de cumplir con las obligaciones de protección del cliente final impuestas por el artículo 3 de ambas Directivas.

²⁰ Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U, Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U, Hidrocarburo Distribución Eléctrica, S.A.U, Viesgo Distribución Eléctrica, S.L. y Unión Fenosa Distribución, S.A.

²¹ Endesa Energía XXI, S.L.U., Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U., Gas Natural S.U.R., SDG, S.A., EDP Comercializadora de Último Recurso, S.A., CHC Comercializadora de Referencia S.L.U., Viesgo Comercializadora de referencia, S.L., Teramelcor, S.L. y Empresa de Alumbrado Eléctrico de Ceuta Comercialización de Referencia, S.A.

²² Nedgia Andalucía, Nedgia Aragón, S.A., Nedgia Balears, Nedgia Castilla-La Mancha, Nedgia Castilla y León, Nedgia Catalunya, S.A., Nedgia Cegas, Nedgia Galicia, Nedgia Madrid, Nedgia Navarra, Nedgia Redes y Nedgia Rioja, S.A.

²³ Artículo 4 c) 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.

En su transposición al derecho español el preámbulo del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, señala que, entre las medidas que puede adoptar el organismo regulador en ejercicio de sus competencias, se encuentra la de *dirigir decisiones jurídicamente vinculantes a las empresas*, que estarán obligadas a su cumplimiento.

Se refiere a ellas el apartado sexto de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, declarada expresamente en vigor por la disposición derogatoria b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC. En este apartado se atribuye a la Comisión la posibilidad de adoptar las medidas para la consecución de ciertos objetivos, entre ellos, (a) *"promover el funcionamiento competitivo del sector energético para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de calidad, en lo que se refiere al suministro de la electricidad y de los hidrocarburos (...), en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios"*, y (h) *"contribuir a garantizar un alto nivel de servicio, la protección de los consumidores de energía, especialmente los clientes vulnerables, y la compatibilidad de los procesos de intercambio de datos necesarios para que los clientes cambien de suministrador"*.

La decisión jurídicamente vinculante tiene naturaleza de acto administrativo cuyos destinatarios, en el caso que nos ocupa, son una pluralidad concreta y determinada de sujetos. La finalidad del procedimiento se encuentra definida desde su inicio y es la de *"concretar, en términos razonables y dentro de los límites legales, las previsiones de no confusión de información, presentación de marca e imagen de marca de las distribuidoras y comercializadoras de referencia pertenecientes a los grupos integrados, sin innovar el contenido ya fijado por las leyes sectoriales y ateniéndose a la finalidad de las mismas, que es —principalmente— la de proporcionar una adecuada protección al consumidor en su derecho a elegir libremente suministrador sin confusión, y subsidiariamente, el de mantener una competencia efectiva en el mercado de suministro de electricidad y en el de gas natural"*.

Se adecúa así al criterio establecido por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del alcance de las resoluciones jurídicamente vinculantes dictadas por la CNMC, cuyas notas esenciales son que el pronunciamiento que se adopte contenga una concreción de la norma aplicable en términos razonables, sin innovar el ordenamiento jurídico²⁴.

Debe significarse que las decisiones jurídicamente vinculantes que aprueba la CNMC son de obligado cumplimiento. Esta obligatoriedad no deriva sólo del apelativo de *vinculante* que las directivas les añaden, sino de las consecuencias que la normativa ha previsto expresamente para su inobservancia. Así, el incumplimiento de estas decisiones está tipificado como infracción muy grave o grave por los artículos 64.8 y 65.4 de la Ley del Sector Eléctrico y 109.1.g) y 110.d) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, respectivamente, atendiendo al perjuicio que para el sistema suponga el incumplimiento.

²⁴ La sentencia de 5 de abril de 2018 (Recurso 154/2016), se refiere a la Resolución de la CNMC de 18 de febrero de 2014 por la que adoptó una decisión vinculante relativa a las nuevas altas de suministros de gas. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia se señala lo siguiente: *"Partiendo del tenor literal de los citados preceptos es claro, a juicio de este Tribunal, que la Decisión se ha limitado a concretar, en términos razonables y dentro de los límites legales, las previsiones de información establecidas en las indicadas normas, sin innovar el contenido ya fijado en éstas y ateniéndose a la finalidad de las mismas, que es —principalmente— la de proporcionar una adecuada protección a los consumidores"*. En términos similares, la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2018 (Recurso 3000/2016).

III.4. El contenido de la decisión.

El procedimiento administrativo finalizó con la aprobación de una Resolución de 6 de septiembre de 2018²⁵, en la que se adoptan diversas medidas con respecto a las empresas distribuidoras de gas natural y electricidad (en el caso de sector de electricidad, aquellas con más de 100.000 clientes conectados a sus redes) y comercializadoras de referencia o de último recurso que formen parte de grupos empresariales que integren igualmente sociedades que comercializan en mercado libre electricidad y gas natural²⁶.

En primer lugar, se adoptan unas medidas de carácter general, aplicables a todas las empresas, que se estructuran en torno a los tres ejes fundamentales anteriormente señalados: presentación de marca, imagen de marca e información a los consumidores. Seguidamente, se incluye un anexo que contiene la relación detallada de todos aquellos aspectos de cada una de las empresas que ha sido parte en el procedimiento, que deben ser modificados para adecuarse a los pronunciamientos contenidos en la resolución.

Las medidas de carácter general son las siguientes:

1ª.- En cuanto a la presentación de marca:

“Las empresas interesadas no crearán confusión en la presentación de marca respecto a la identidad propia de las sociedades de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. Esta medida se entiende referida, en todo caso, a la denominación social de las sociedades distribuidoras y comercializadoras de referencia o último recurso en relación con la denominación social de las sociedades que comercialicen electricidad y gas natural pertenecientes al mismo grupo empresarial.

El consumidor medio, final y doméstico de electricidad o gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, deberá poder identificar correctamente, no sólo la actividad que desempeña la empresa —distribución o comercialización de referencia—, sino además que no asocie, no relacione o no identifique de forma equívoca la marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial en el que se integra la sociedad que comercializa electricidad y gas natural del grupo verticalmente integrado.

A los efectos del cumplimiento de las medidas señaladas en los párrafos anteriores se señala que la mera incorporación del término “distribución” en la marca vinculada al distribuidor o del término “comercializador de referencia” o “suministrador de último recurso” o “comercializador de último recurso” en la denominación social de dichas empresas, no elimina el riesgo de confusión de marca, si en su denominación social se incluye el nombre del grupo, siempre que sea adoptado en la denominación social de la sociedad que comercializa electricidad y gas natural perteneciente al grupo”.

La CNMC considera la denominación social de las empresas que intervienen en el suministro energético, como uno de los elementos que provocan que los consumidores no sean capaces de diferenciar entre las distintas sociedades de los grupos energéticos y el papel que desempeña cada una de ellas. Por ello, estima que la obligación de no generar confusión en la “presentación de marca”, debe abarcar también a la denominación social de las empresas. Aun cuando es evidente que el concepto de

²⁶ El texto de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 6 de septiembre de 2018 puede consultarse en su versión no confidencial en <https://www.cnm.es/gl/node/371392>.

“marca” y el de “denominación social” son jurídicamente distintos, la coincidencia entre ambos o, mejor dicho, la inclusión de la marca en el nombre elegido para identificar a las compañías y dotarlas de personalidad jurídica para operar en el tráfico mercantil, origina uno de los supuestos de confusión que la Ley trata de impedir.

La resolución añade a continuación un estándar de valoración con el que debe medirse el grado de confusión, similar al que es utilizado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales nacionales en los litigios sobre marcas y sobre protección de los consumidores: la del “consumidor medio”, “razonablemente atento” y “perspicaz”.

Y, finalmente, desincentiva cualquier intento de las mercantiles de diferenciar la denominación social de sus empresas a través de la mera introducción de los términos “distribución” o “comercialización”, en tanto en cuanto se ha revelado que tales alocuciones no aportan un elemento suficiente de diferenciación.

La actuación de la CNMC al valorar la denominación social de las empresas, se encuentra en línea con el de otras autoridades regulatorias europeas. Tal es el caso del Informe elaborado por el regulador francés, la CRE (Commission de Régulation de L'Énergie), en el mes de febrero de 2019 “Respecto de los Códigos de Buena Conducta e Independencia de los Gestores de Redes”²⁷. En la página 55 (apartado 3.2.1.2.) la CRE se pronuncia sobre el logo y la denominación de la compañía Electricité de Strasbourg S.A, estimando que el nombre y el logotipo de la marca del operador de la red de distribución de ES Réseaux eran excesivamente cercanos a la identidad social y al logotipo del comercializador ES Énergies Strasbourg. Esta circunstancia motivó que la CRE solicitara a Electricité de Strasbourg S.A. proceder al cambio de logotipo y nombre corporativo para abril de 2017 con el fin de cumplir con lo dispuesto en el artículo 26 de la Directiva 2009/72/CE. En el Informe de febrero de 2019, la CRE observa con satisfacción el despliegue de la nueva identidad visual del distribuidor (nombre y logotipo), que ya no se confunde con la del comercializador histórico²⁸.

2ª.- En cuanto a la imagen de marca:

“Las empresas interesadas no crearán confusión en la imagen de marca respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. La presente medida se entiende referida, en todo caso, al logotipo, teniendo en cuenta todos los factores relevantes en la comparación gráfica, fonética o conceptual de los signos en conflicto. Adviértase que la incorporación en la imagen de marca de la distribuidora y de la comercializadora de referencia, de palabras, letras, cifras, figuras, signos, dibujos, elementos o símbolos comunes o idénticos a la imagen de marca de la empresa comercializadora perteneciente al grupo, son susceptibles de crear confusión al consumidor final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

No obstante, lo anterior, la indicación de la pertenencia al grupo en letra con tamaño, color, situación del logotipo, en clara disposición inferior, menos

²⁷ “Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux”.

²⁸ “Dans ses précédents rapports, la CRE avait considéré que le nom et le logo de la marque du gestionnaire de réseaux de distribution ES Réseaux étaient excessivement proches de l'identité sociale et du logo du fournisseur historique ES Énergies Strasbourg. La CRE avait ainsi demandé à Électricité de Strasbourg SA de «mener à bien la réflexion sur l'évolution des marques [...] et de procéder au changement de logo et de dénomination sociale d'ici le mois d'avril 2017» afin de se mettre en conformité avec les dispositions de l'article 26 de la Directive n°2009/72/CE.

La CRE note avec satisfaction le déploiement de la nouvelle identité visuelle du distributeur (dénomination et logo) qui ne porte plus à confusion avec celle du fournisseur historique”.

visible y con tamaño de letra menor que la imagen de marca de la empresa interesada, no se considerará un elemento de confusión de imagen de marca”.

Esta segunda medida resulta aún más evidente en relación con el fin perseguido por el procedimiento, en tanto que se trata del aspecto visual más fácilmente perceptible por los consumidores. Se trata, en síntesis, de exigir a las empresas el empleo de logotipos diferentes, libres de cualquier rasgo de similitud que pueda ser susceptible de generar confusión.

No obstante lo anterior, la CNMC sí permite que las empresas identifiquen en sus logos el grupo societario al que pertenecen, de una manera que resulte menos perceptible a simple vista, situando la identificación del grupo en una posición inferior y utilizando letra de menor *tamaño*.

3ª.- En cuanto a la *información* a los consumidores:

“Las empresas interesadas no crearán confusión en la información que remitan o intercambien con el consumidor medio final doméstico de electricidad/gas natural, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, por cualquier canal de comunicación (telefónico, escrito, web, presencial), respecto a la identidad de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización. En la información deberá quedar diferenciada e inequívocamente identificada la empresa interesada respecto a la sociedad que comercializa electricidad /gas natural perteneciente al grupo integrado. En todo caso dicha identificación diferenciada e inequívoca afectará:

- *A la identificación de la empresa interesada en las facturas de clientes y en todas las comunicaciones escritas remitidas al cliente, respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre;*
- *A la identificación de la empresa interesada en las llamadas telefónicas que reciba de clientes a través de su número de atención específico, respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre;*
- *A la identificación de la empresa interesada a través de la dirección de su página web, de forma clara e inequívoca respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre. Dicha web será específica e independiente y no incluirá vínculos al portal web de la sociedad que comercializa electricidad o gas natural perteneciente al grupo empresarial;*
- *A la identificación de la empresa interesada en las comunicaciones presenciales con el cliente, de forma clara e inequívoca respecto a la sociedad perteneciente al grupo que comercializa en el mercado libre, ya sea por cuenta de la empresa como en representación o subcontratación de un tercero.*

La identificación de marca de las empresas interesadas en ubicaciones (rótulos de instalaciones, vehículos, uniformes de sus trabajadores, edificios, arquetas, etc.) no estará afectada por la obligación señalada en el párrafo anterior, en tanto dichos elementos no intervengan en su relación directa con el cliente”.

Lo que la CNMC trata de evitar con la tercera medida impuesta es que los clientes puedan conocer en cada momento, sin ningún género de dudas, la identidad de la empresa con la que se están comunicando o de la que *están* recibiendo información.

Esta obligación es extensible a los distintos canales de información que utilizan las empresas, ya sea telefónico, presencial o el facilitado a través de internet. Se pretende asimismo que dichos canales de información no puedan ser utilizados por los grupos societarios en su propio beneficio, derivando a los clientes de una a otra empresa del grupo. A modo de ejemplo, se trata de evitar que la entrada de un cliente a través de la página web de la comercializadora regulada para recibir información sobre sus consumos, pueda servir para conducirlo a las ofertas de la comercializadora libre.

Nótese que la medida adoptada por la CNMC se extiende a los aspectos estrictamente imprescindibles, dejando fuera otros elementos de identificación de las compañías que, por no intervenir directamente en la relación con el cliente, no se considera necesario modificar. Tal es el caso de los uniformes, vehículos, arquetas y rótulos. La resolución de la CNMC respeta así el principio de proporcionalidad y menor intervención, al evitar introducir obligaciones que no se estiman indispensables para cumplir el fin perseguido.

Como se ha señalado anteriormente, después de la enumeración de las medidas que se adoptan con carácter general en la resolución respecto de la presentación de marca, imagen de marca e información a los consumidores, se incluye un anexo con aquellas medidas individualizadas que cada una de las empresas debe cumplir, para poner fin a las situaciones concretas de confusión que se han puesto de manifiesto en la tramitación del procedimiento.

Debe significarse que la resolución no incluye en su anexo ninguna medida respecto de las sociedades del grupo Naturgy (antiguo grupo Gas Natural Fenosa) en tanto que se estima que *“la nueva denominación social de la comercializadora de referencia “COMERCIALIZADORA REGULADA GAS & POWER, S.A.” y de la comercializadora libre perteneciente al grupo “NATURGY IBERIA, S.A.”, (antes denominada GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.), no confunde al consumidor, al no asociar, relacionar o identificar la marca de ambas sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial”*. Del mismo modo, los logotipos de COMERCIALIZADORA REGULADA GAS & POWER, S.A. y NATURGY IBERIA, S.A. muestran suficientes elementos diferenciadores que evitan la confusión en la imagen de marca con el cliente final. En cuanto a las distribuidoras del grupo (las sociedades con matriz Nedgia), la CNMC consideró que, a pesar de que los colores de los símbolos incorporados en las imágenes de marca de éstas y los de la comercializadora libre del grupo son similares (naranja-rojo-azul) y que en la imagen de marca de las distribuidoras Nedgia se incluye la pertenencia al grupo Naturgy, las imágenes de marca de ambas sociedades son diferentes.

Tampoco incluye ninguna obligación específica para la comercializadora de referencia melillense Teramelcor, S.L., en tanto que utiliza una denominación social claramente diferenciada de la comercializadora libre del grupo “Gaselec Diversificación, S.L.”.

III.5. La implementación de las medidas adoptadas en la decisión jurídicamente vinculante.

La decisión de 6 de septiembre de 2018 no exige a las empresas que implementen de manera inmediata las medidas acordadas, sino que les concede un plazo de seis meses para hacerlo, contado a partir de la notificación.

No obstante, se da a las empresas la posibilidad de que durante los tres primeros meses presenten a la CNMC, si lo estiman conveniente, su propuesta de medidas para

adecuarse al contenido de la decisión jurídicamente vinculante, a fin de que la CNMC pueda valorarlas. En ese caso, las medidas deberán ser implementadas en los tres meses siguientes al pronunciamiento de la CNMC.

Todos grupos societarios afectados por la resolución de 6 de septiembre de 2018 hicieron uso de esa posibilidad presentando a la CNMC sus respectivas propuestas de medidas, por lo que la CNMC dictó con fecha 23 de mayo de 2019 cinco resoluciones administrativas acerca del contenido de dichas propuestas²⁹.

IV. CONCLUSIÓN.

Tanto la normativa europea como el derecho interno exigen que los grupos de empresas verticalmente integradas que participan en la actividad de suministro de electricidad y gas natural, no generen confusión en su presentación e imagen de marca y en la información que facilitan a los consumidores.

Se ha constatado que la mera inclusión de esta obligación en la normativa no ha servido para que esa diferenciación sea real y efectiva. Por este motivo, la CNMC, en el marco de sus funciones, ha decidido llevar a cabo actuaciones encaminadas al cumplimiento de esa obligación, aprobando a tal efecto una Decisión Jurídicamente Vinculante de fecha 6 de septiembre de 2018. Corresponde ahora a los grupos empresariales la implementación de las medidas adoptadas en esta decisión.

La CNMC, en su labor constante de supervisión de los sectores energéticos, deberá verificar si realmente las empresas eliminan los elementos generadores de confusión que impedían que los consumidores pudieran diferenciar entre todas las compañías participantes en los mercados energéticos y el papel que desempeña cada una de ellas, con el fin de que puedan conocer estos mercados y las distintas modalidades de contratación.

²⁹ El texto de las Resoluciones puede consultarse en su versión no confidencial en <https://www.cnmc.es/gl/node/371392>.

LAS RESTRICCIONES VERTICALES, ESPECIAL REFERENCIA A LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA: UN ENFOQUE ECONÓMICO, JURÍDICO Y PRÁCTICO

Vertical restrictions, special reference to selective distribution: an economic, legal and practical approach

Eduardo SORIANO IZQUIERDO

Subdirector Adjunto

*Subdirección de Servicios. Dirección de Competencia
CNMC*

Resumen

El análisis de las relaciones verticales y más concretamente de las restricciones verticales es de crucial importancia en un panorama como el actual donde el comercio electrónico, las plataformas y la distribución selectiva adquieren un peso cada día mayor.

En este trabajo, se analizará en primer lugar desde un punto de vista económico los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las relaciones y restricciones verticales con una especial atención a la propuesta de la Escuela de Chicago. En segundo lugar, se analizará el caso concreto de un tipo de relación vertical como es la distribución selectiva. Analizando tanto la posibilidad de aplicación del artículo 101.3 del TFUE, como la posibilidad de que una determinada práctica entre dentro del Reglamento de Exención por Categorías para los Acuerdos Verticales. Para concluir el trabajo, se tratará el caso concreto de COTY, en el que se podrán estudiar determinados aspectos sobre la aplicación general del Reglamento de Exención en relación con determinadas restricciones verticales y respecto al sistema de distribución selectiva, tanto para el caso de bienes de lujo como bienes no de lujo.

Abstract

The analysis of the vertical agreements, and more specifically vertical restrictions, is crucial in the current world context where e-commerce, platforms and selective distribution gain importance each day.

This essay would analyse firstly, from an economical point of view, the pro-competitive and anti-competitive effects of vertical agreements and restrictions with a special attention to the proposals of the Chicago School. Secondly, it would be analysed a specific vertical agreement: the selective distribution system. In this section, it would be examined the possible application of article 101.3 TFEU and the Commission Regulation (EU) No 330/2010 on vertical agreements and concerted practices (VABE). Finally, it would be discussed the COTY case, that would allow to study different aspects regarding the application of VABE to some vertical restrictions and to the selective distribution system, both for luxury products and non-luxury products.

Palabras clave: Distribución selectiva | Acuerdo vertical/Acuerdo de distribución/Restricciones verticales | Efectos | Eficiencia económica | Exención por categoría | Nación más favorecida (MFN) | Telecomunicaciones/Nuevas Tecnologías |

Keywords: Selective distribution | Vertical Agreement/Distribution Agreement/Vertical restraints | Effects | Economic efficiency | Block exemption | Most Favoured Nation (MFN) | Telecommunications/ New technologies |

I. INTRODUCCIÓN

En el informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la investigación sectorial sobre el comercio electrónico se señalan, entre otros aspectos, el impacto que el crecimiento del comercio electrónico ha tenido sobre la transparencia en los precios y los cambios de comportamiento de las empresas en relación con las estrategias de distribución.

Este informe pone de manifiesto la importancia de las estrategias de distribución, especialmente en lo relativo al crecimiento de los sistemas de distribución selectiva, y la importancia en este ámbito de las relaciones entre agentes económicos situados en distintas etapas del proceso productivo o de distribución, lo que se denomina como relaciones verticales.

Si originariamente, el derecho de la competencia se centró en el análisis de las relaciones entre competidores, pronto se vio la importancia de analizar también las relaciones verticales. Ya la sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966 (Consten y Grundig c. Comisión) reconoce que los acuerdos verticales que restrinjan la competencia intramarca son susceptibles de prohibición por el (actual) artículo 101.1 del TFUE.

La gran importancia de las relaciones verticales (específicamente de las llamadas restricciones verticales) se puede observar en el peso creciente de cuestiones entre agentes no competidores (Qualcomm-Apple; Facebook-Whatsapp) o el debate sobre la necesidad de otorgar más importancia a las posibles eficiencias en las concentraciones derivadas de los efectos verticales. En los últimos años, una de las sentencias que más relevancia y expectación ha suscitado es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso COTY¹, que se analizará en profundidad en este trabajo.

Para el desarrollo de este trabajo, se analizará en primer lugar desde un punto de vista económico los efectos procompetitivos y anticompetitivos de las relaciones y restricciones verticales con una especial atención a la propuesta de la Escuela de Chicago.

En segundo lugar, se analizará el caso concreto de un tipo de relación vertical como es la distribución selectiva. Dentro de este apartado se estudiarán los requisitos que deben cumplirse para que se considere que este tipo de relación vertical esté dentro de la normativa comunitaria. Analizando tanto la posibilidad de aplicación del artículo 101.3 del TFUE, como la posibilidad de que una determinada práctica entre dentro del Reglamento de Exención por Categorías para los Acuerdos Verticales². Para esto último, se deberán tener en cuenta las Directrices relativas a las restricciones verticales³.

Para concluir el trabajo, se tratará el caso concreto de COTY, en el que se podrán estudiar determinados aspectos sobre la aplicación general del Reglamento de Exención en relación con determinadas restricciones verticales y respecto al sistema de distribución selectiva, tanto para el caso de bienes de lujo como bienes no de lujo.

La gran expectación que ha generado esta Sentencia viene justificada por la gran importancia que tienen sus elementos: comercio electrónico, plataformas, distribución selectiva, restricciones verticales...

¹ Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C:2017:941

² Reglamento (UE) N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101º, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. D.O. L N° 102 de 23 de abril de 2010

³ Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C n° 130 de 19 de mayo de 2010.

II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES

A. El carácter eficiente de las restricciones verticales

Ya Adam Smith en una de las obras cumbres de la literatura económica puso de manifiesto los peligros de la coordinación entre competidores o lo que se llama coordinación horizontal. Es famosa su frase: "*Las gentes de la misma industria rara vez se reúnen, aunque sólo sea con fines de celebraciones y fiestas, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para elevar los precios*"⁴. Este carácter perverso de la coordinación horizontal ha estado presente desde los inicios del pensamiento antitrust, y ha llevado a que exista una presunción de ilegalidad en este tipo de comportamientos. Esta visión negativa se debe a que la coordinación entre competidores en la gran mayoría de los casos producirá un incremento del poder de mercado de las empresas involucradas que podrá derivar en un incremento de los precios⁵ por encima del nivel competitivo. Esto hace que, si bien es posible la existencia de efectos procompetitivos y efectos positivos para el consumidor, con carácter general, este tipo de prácticas tengan una regulación más restrictiva.

El caso de las relaciones verticales o relaciones entre actores situados en distintos eslabones de la cadena de producción o distribución es distinto. Mientras que en términos generales los objetivos e incentivos de los competidores horizontales son coincidentes, no es así entre los empresarios que se relacionan de forma vertical.

Así, mientras que dos competidores podrán querer coordinar su actuación para reducir la producción y elevar el precio de venta del producto que producen, si nos encontramos con un productor y un distribuidor, el deseo del primero de limitar la producción a cambio de aumentar los precios que fija al distribuidor irá en detrimento de la estrategia óptima del segundo que consistiría en obtener un precio bajo para aumentar sus ventas. Igualmente, si el distribuidor lleva a cabo una política de aumento de los precios de venta, su demanda en el mercado disminuirá y con ella la demanda de bienes hacia el productor y con esta, el beneficio del segundo.

La diferencia entre el caso de los competidores horizontales y los operadores verticalmente relacionados se encuentra en que en el primero de los casos, los dos agentes ofrecen al mercado bienes sustitutivos entre sí. Este tipo de bienes muestran una elasticidad precio cruzada positiva. Es decir, en estos casos, un incremento en el precio de uno de los bienes llevará a un incremento de la demanda del otro bien.

$$\frac{\partial x_2}{\partial p_1} > 0; \varepsilon_{x_2 x_1} = \frac{\partial x_2}{\partial p_1} \cdot \frac{p_1}{x_2} > 0$$

Por el contrario, en el caso de los operadores verticalmente integrados nos encontramos con prestaciones complementarias. La microeconomía muestra que este tipo de bienes tienen una elasticidad precio cruzada negativa, lo que lleva a que un incremento de los precios de uno de los bienes provoque una caída en la demanda del otro bien.

$$\frac{\partial x_2}{\partial p_1} < 0; \varepsilon_{x_2 x_1} = \frac{\partial x_2}{\partial p_1} \cdot \frac{p_1}{x_2} < 0$$

⁴ Adam Smith, La Riqueza de las Naciones, Libro 1, Capítulo X "*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices*".

⁵ En la mayoría de los casos, cuando se habla de un incremento de los precios puede entenderse cualquier empeoramiento de los parámetros de competencia. Por ejemplo, una caída de la calidad, de la innovación, una reducción de la diversidad de productos...

El resultado diverso en el caso de estos dos tipos de bienes se puede observar si se analiza el caso de un monopolista multiproducto. En el caso en que ofrezca en el mercado bienes complementarios se verá más limitado para incrementar los precios mientras que si el monopolista lanza al mercado bienes con algún carácter sustitutivo entonces la capacidad de elevar los precios será aún mayor.

Este carácter complementario entre las prestaciones del proveedor y el distribuidor hace que los incentivos de los operadores si se alinean (en un mercado competitivo) sea para aumentar el número de bienes que lanzan al mercado, reducir sus costes o mejorar la experiencia del cliente aumentando así la fidelidad a la marca, mejorando en estos casos el bienestar de los consumidores.

Así, se plantea que cuando un fabricante en un mercado competitivo establece acuerdos con uno o varios distribuidores en los que se encuentran restricciones verticales lo que buscará (en principio) es hacer más eficiente la distribución de sus productos reduciendo los costes o los riesgos de lanzar nuevos productos al mercado.

"The manufacturer shares with the consumer the desire to have distribution done at the lowest possible cost consistent with effectiveness. That is why Courts never weigh the opposing forces of lessened intrabrand competition"⁶.

La diferencia observada en las relaciones horizontales y las verticales es lo que ha llevado a la Escuela de Chicago⁷ a abogar por el carácter eminentemente competitivo de los acuerdos entre operadores verticalmente relacionados.

Las ideas anteriores, aportadas por la Escuela de Chicago, han tenido un gran impacto en la práctica de las autoridades de competencia y tribunales en Estados Unidos. Tal es así que durante las administraciones Reagan y Bush prácticamente no se considerase ilícita ninguna restricción vertical⁸. En este sentido, durante esta etapa se aplicó lo que se ha conocido como una "quick look rule of reason".

Sin embargo, el carácter eficiente de las restricciones verticales propugnado por la Escuela de Chicago en Estados Unidos, y en Europa por la tesis de Vollmer, cuenta con una serie de limitaciones que han hecho que en ninguna de las dos regiones se considere la presunción iuris et de iure de legalidad de las restricciones verticales.

B. Principales eficiencias esperadas de las restricciones verticales

Siguiendo a Sergi Baches Opi⁹, los principales argumentos de eficiencia que se suelen considerar a la hora de permitir las restricciones verticales son los siguientes: la reducción de los costes, la posibilidad de entrada en nuevos mercados, la limitación al comportamiento parasitario (free-rider) y la limitación de la doble marginalización.

i. El argumento de la reducción de costes

Este argumento se puede dividir principalmente en dos sub-argumentos. El primero sería la reducción de costes derivada de la existencia de economías de escala o de alcance en la distribución. Un ejemplo claro de estas economías se observa en la distribución minorista de bienes de consumo. La existencia de distribuidores puede ser

⁶ R BORK, The antitrust Paradox p.290

⁷ La Escuela de Chicago es una escuela de pensamiento de corte clásico enfrentada a las escuelas y pensamientos de corte Keynesiano como la Síntesis Neoclásica. Algunos de sus principales exponentes son Milton Friedman o George Stigler. En relación con la competencia, los autores de Chicago consideran que las fuerzas competitivas conducirán a situaciones eficientes apostando por la desregulación y la liberalización de la economía.

⁸ ZURIMENDI (p. 11)

⁹ BACHES (pp 151-180)

más eficiente que la colocación de los productos por parte del productor. En la medida en que las restricciones verticales ayuden a favorecer la cadena de distribución externa a la empresa productora, podrán derivar en importantes ganancias de eficiencia.

Por otra parte, la existencia de determinados modelos de distribución puede reducir el número de interacciones entre los operadores verticalmente relacionados consiguiendo con ello una reducción en los costes de transacción¹⁰.

ii. El argumento de la entrada en nuevos mercados

El proceso de crecimiento a través de la apertura de nuevos mercados o la entrada con productos nuevos supone unos elevados costes y lleva aparejado un alto nivel de riesgo. Esto hace que se requiera de determinadas ventajas para que un distribuidor esté dispuesto a llevar a cabo la inversión necesaria para el desarrollo de estos nuevos mercados o productos.

Las restricciones verticales, como el compromiso por parte del productor de la imposición a todos los distribuidores de un precio de reventa mínimo o la limitación de la competencia entre distribuidores en un determinado territorio, pueden ser instrumentos que aumenten la rentabilidad esperada de la inversión que necesita desarrollar el distribuidor lo que permitirá que se lleve a cabo la misma aumentando los bienes a los que tienen acceso los consumidores. Si bien es cierto que en estos casos la reducción de la competencia puede llevar a precios más altos, el aumento de la variedad de productos puede compensar, desde el punto de vista del bienestar social, los costes derivados de la menor competencia.

iii. El argumento del parasitismo

Quizá uno de los argumentos que más se ha esgrimido para justificar la legalidad de las restricciones verticales es la limitación de los comportamientos oportunistas realizados por distribuidores que, beneficiándose de las inversiones realizadas por un distribuidor, no incurren en los gastos en que ha tenido que incurrir.

El propio caso de la entrada en nuevos mercados es un ejemplo de posible parasitismo en la medida en que los distribuidores en una segunda fase se beneficiarán de los esfuerzos en términos de publicidad y riesgos que ha realizado el primer distribuidor sin haber incurrido en los costes.

Otro ejemplo de gran actualidad es el posible parasitismo existente entre distribuidores on-line y off-line. La Comisión Europea en su informe sobre el comercio electrónico señala que, según las encuestas realizadas para el estudio, el 72% de los fabricantes consideraban que se producía parasitismo de los distribuidores en línea con respecto a los físicos¹¹.

Este dato es especialmente relevante dado el fuerte crecimiento que están teniendo las compras on-line. Según el mismo informe, el porcentaje de personas de la UE que han pedido bienes o servicios a través de internet en 2016 fue del 55% mostrando un muy fuerte crecimiento con respecto a los datos de 2007 (30%)¹².

En el caso de los distribuidores off-line, es posible que hayan desarrollado importantes inversiones en: un local en una zona representativa; la contratación de

¹⁰ La teoría de los costes de transacción es analizada originariamente por R. Coase En su obra *The Nature of the Firm* y justificaría la existencia de las empresas como forma reducir los costes que implica acudir al mercado a demandar cada uno de los bienes que requiere la empresa en su proceso productivo. En este sentido, las restricciones verticales serían un punto intermedio entre acudir al mercado directamente e integrar las actividades en la empresa.

¹¹ INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO (p.5)

¹² INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO (p.3)

personal cualificado y la formación del mismo; inventarios... En general, se pueden resumir las inversiones en servicios pre-venta, servicios post-venta, experiencia de cliente... En estas situaciones, sería posible que un consumidor se beneficiase de los servicios pre-venta como el asesoramiento y la información en el distribuidor físico y que, a falta de restricciones verticales, por ejemplo de precios mínimos, acabase comprando el producto a un distribuidor on-line que gracias a los menores costes (por el menor servicio ofrecido) es capaz de ofrecer unos menores precios.

Esta justificación se encuentra en todo caso con límites. En primer lugar, para determinados productos, el beneficio del comportamiento oportunista puede ser limitado. En este sentido, la Comisión señala que difícilmente se podrá considerar un problema de parasitismo en los casos de servicios post-venta. Tampoco se producirán problemas de parasitismo en bienes de reducido valor en la medida en que puede suponer un mayor coste para el consumidor el cambiar de distribuidor. En segundo lugar, el parasitismo tiene más riesgos en los productos nuevos o de alto contenido técnico o tecnológico donde los servicios de información pueden ser más relevantes. En tercer lugar, las medidas que se apliquen pueden ser más perjudiciales que los efectos competitivos que se pueden conseguir, por lo que deberán analizarse caso por caso.

De esta forma, si bien desde un punto de vista teórico el parasitismo puede suponer un problema de eficiencia, habrá que analizarlo en el caso concreto para determinar si las restricciones verticales que se pretenden establecer llevarán a la economía a una situación mejor o peor.

iv. El argumento de la doble marginalización

El problema de la doble marginalización, señala aquella situación en la que existiendo competencia imperfecta en los dos mercados verticalmente relacionados, la existencia de restricciones verticales pueden reducir el poder de mercado de alguna de las dos partes evitando así que cada una de ellas imponga su mark-up completo sobre el precio lo que podría derivar en unos precios que podrían llegar a ser superiores a los de monopolio

Como se ha podido analizar, las restricciones verticales pueden llevar a una serie de efectos procompetitivos o de eficiencia que podrían justificar la legalidad de las mismas. En los siguientes apartados se analizará cómo pueden afectar a la competencia, tanto intramarca como intermarca así como los efectos anticompetitivos que se pueden derivar de las mismas y que, por tanto, pueden suponer un freno a la aprobación o la legalización de las mismas.

C. Competencia intramarca e intermarca y la Rule of Reason

Antes de analizar las limitaciones a la eficiencia de las restricciones verticales conviene hacer una distinción entre la llamada competencia intramarca y la competencia intermarca. La competencia intermarca es la derivada de la existencia en el mercado de distintas marcas para un mismo producto que compiten entre sí y suponen una limitación a la capacidad de elevar los precios por parte de un operador. El caso extremo de perfecta competencia intermarca es la situación de competencia perfecta con un gran número de oferentes con un producto homogéneo. El hecho de que el producto sea homogéneo lleva a que cualquier desviación por parte de un operador por encima del precio de mercado le expulse del mismo. Por su parte, cualquier reducción en el precio por debajo del precio de mercado permitiría a este agente hacerse con toda la demanda. Esto lleva a que (desde un punto de vista teórico al menos), la competencia intermarca en competencia perfecta (con bienes homogéneos) lleve a un precio igual a

los costes marginales e igual a los costes medios mínimos por parte de los productores. Adicionalmente, llevará a la expulsión del mercado de aquellos operadores menos eficientes.

Por otra parte, la competencia intramarca es aquella que se produce entre los distintos distribuidores de un mismo producto. La Escuela de Chicago y gran parte de la doctrina han considerado que la principal fuente de competencia y de bienestar para el consumidor proviene de la competencia intermarca en la medida en que, si el nivel de esta es suficiente, los distribuidores no podrán fijar precios supracompetitivos de una de las marcas, eliminándose así la importancia de la competencia intramarca.

De esta forma, el análisis básico de la Escuela de Chicago se basa en la idea de que es suficiente que en el mercado en cuestión exista competencia intermarca y no exista poder de mercado por parte de los operadores para que las restricciones verticales no puedan producir efectos negativos y por tanto puedan ser compatibles con las normas de competencia.

Esta es la lógica que opera detrás de la llamada Rule of Reason¹³, aplicada por primera vez en materia de restricciones verticales no relativas a precios en Estados Unidos en la Sentencia del Tribunal Supremo del asunto Sylvania¹⁴. Esta sentencia se separa de la sentencia Standard Oil¹⁵ de 1911 que había sido aplicada desde entonces.

La Rule of Reason o Regla de la Razón, permite hacer un análisis sobre la posición de dominio o el poder de mercado de las partes y aprobar aquellas operaciones en las que no exista poder de mercado en la medida en que, en estos casos, siguiendo los postulados de la Escuela de Chicago, los efectos procompetitivos derivados de la mejora en la eficiencia de la distribución "de forma razonable" superarán a los efectos anticompetitivos.

En un enfoque similar, la Comisión Europea (que sin embargo sigue una visión menos optimista de las restricciones verticales) señala en las Directrices de Verticales:

En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o ambos. Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial para eficiencias.

Esta visión, menos proclive a aceptar cualquier tipo de restricción vertical a pesar de la posible ausencia de poder de mercado, queda reflejada en el Reglamento de Exención por Categorías de acuerdos verticales (RECAV o Reglamento 330/2010) en el artículo 4 y 5 al incluir una lista negra de prácticas verticales que no gozan del privilegio de la exención. Si bien no se prejuzgan que puedan ser aprobadas en base al artículo 101.3 del TFUE, se considera que, salvo prueba (compleja) sobre las posibles eficiencias, determinadas prácticas tienen por objeto la restricción de la competencia.

D. Limitaciones a la eficiencia de las restricciones verticales.

Las restricciones verticales pueden tener efectos anticompetitivos en los casos en que, o bien uno de los operadores verticalmente relacionados tenga poder de mercado (independientemente de que sea el que se encuentra en una fase anterior o posterior de

¹³ El primer desarrollo de esta teoría se planteó en la Sentencia del TS de EEUU: United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

¹⁴ Continental TV Inc. c GTE Sylvania 433 US 36 (1977)

¹⁵ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

la cadena de producción o distribución), o bien, dada la estructura de las relaciones verticales, se haya generado una red de acuerdos (redes paralelas) que afecten a un sector amplio de alguno de los mercados en cuestión.

Estas dos realidades son las que limitan en el caso de la Unión Europea la aplicación del RECAV. En primer lugar, se considera que en el caso de un operador con una cuota de mercado inferior al 30%, los efectos anticompetitivos posibles son limitados. En el caso de las redes paralelas, el Reglamento 330/2010 permite a la Comisión retirar los beneficios de la exención.

Cabe plantearse cuáles son los mecanismos a través de los cuales, las restricciones verticales pueden afectar negativamente a la competencia. En términos generales, se puede señalar que los principales efectos anticompetitivos que se pueden derivar de las restricciones verticales son: incremento de las barreras de entrada; reducción de la competencia intermarca y, como puede ser más claro, de la competencia intramarca; el aumento de la transparencia con la consiguiente facilitación de las prácticas colusorias o conscientemente paralelas; la segmentación y distribución del mercado; y el aumento de la posición de dominio de un operador en un mercado conexo entre otras.

En relación con la reducción de la competencia intermarca, un ejemplo de cómo las restricciones verticales pueden reducirla se observa en el caso Levi¹⁶. El fabricante de pantalones tenía una posición de dominio en el mercado de tejanos en Estados Unidos con una cuota cercana al 30%. Levi llevaba a cabo su distribución a través de distribuidores autorizados a los que les fijaba un precio mínimo de venta. Esta restricción limitaba la competencia intramarca, en la medida en que los operadores no podían competir entre sí reduciendo los precios. Sin embargo, también llevó a una reducción de la competencia intermarca. Los altos niveles de precios fijados por el fabricante líder en el mercado permitían que un gran número de fabricantes de otras marcas pudiesen vender sus productos a precios inferiores a los de la marca líder pero con un margen suficiente, alejado del precio de competencia. Tras una resolución de la Autoridad de Competencia Americana (Federal Trade Commission o FTC), Levi eliminó su política de fijación de precios mínimos. Esto llevó a un incremento de la competencia intramarca que derivó en una bajada de los precios de los pantalones Levi que obligó al resto de las marcas a reducir sus precios aumentándose las ventas y reduciéndose los precios en el mercado de tejanos en Estados Unidos con la consiguiente mejora del bienestar de los consumidores.

En el siguiente ejemplo, se observarán otros dos efectos negativos derivados de la imposición de restricciones verticales: el aumento de las barreras de entrada y el aumento de la transparencia en precios. Es el caso de las Cláusulas de Nación Más Favorecida (CNMF o Price Parity Agreement Clause PPA). Tanto la Comisión Europea en el asunto Booking¹⁷, como la Autoridad de Competencia de Reino Unido, la Competition and Markets Authority (CMA) en el caso de los comparadores en línea de seguros de coche¹⁸, han tenido la ocasión de analizar los efectos de estas prácticas.

En ambos casos se tratan de cláusulas que impone un comparador on-line sobre los proveedores del bien (hoteles y seguros respectivamente). Las cláusulas de paridad de precios analizadas establecen que el proveedor no podrá dar un precio más bajo a

¹⁶ Un resumen del mismo puede verse en: BACHES, pp 120-122

¹⁷ La Comisión Europea realizó un estudio entre 2016 y 2017, en 10 países europeos sobre los efectos de las CNMF en el sector de la hostelería: Report On The Monitoring Exercise Carried Out In The Online Hotel Booking Sector By Eu Competition Authorities In 2016

¹⁸ En 2015, la Autoridad de Competencia de RU finalizó una investigación sobre el sector de los seguros de vehículos a motor privados donde se analizan en profundidad los efectos de las CNMF en este sector. El informe completo puede encontrarse en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a131400001/Final_report.pdf

otros comparadores (cláusula estrecha) o vender él mismo (cláusula amplia) a un precio inferior al ofrecido al comparador que impone la restricción vertical.

Esta cláusula evitaría que un nuevo competidor intentase entrar en el mercado a través de políticas agresivas de precios en la medida en que en el momento en que consiguiese unos precios inferiores (por ejemplo, a cambio de cobrar una menor comisión al hotel) esto haría que el hotel tuviera que reducir el precio al que le ofrece la habitación al incumbente. Así se puede ver cómo la CNMF aumenta las barreras de entrada, y aumenta la transparencia en los precios.

Por último, se puede observar cómo determinadas prácticas verticales como los acuerdos de marca únicos¹⁹, pueden servir para apalancar el poder de mercado que el fabricante tiene en un bien para aumentar su poder de mercado en otro mercado conexo a través de prácticas como el tying o el bundling.

III. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA

A. Caracterización y compatibilidad con la normativa comunitaria de los acuerdos de distribución selectiva

La Distribución selectiva aparece definida en el artículo 1 letra e) del Reglamento 330/2010 como: *un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema.*

Los acuerdos por los cuales se establece una estructura de distribución selectiva entran dentro de la consideración de acuerdos del artículo 101, por lo que son susceptibles de estar prohibidos si entran dentro del 101.1, es decir, si tienen "*por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior*". La compatibilidad de esta estructura con las normas de competencia vendrá determinada por distintos criterios. En primer lugar, pueden ser acuerdos no prohibidos si entran dentro de los *acuerdos de minimis*²⁰, en segundo lugar pueden estar exentos si cumplen los requisitos del 101.3²¹ o si cumplen con el RECAV.

Para que un acuerdo de distribución selectiva quede fuera del ámbito de aplicación del 101.1 deberá cumplir con los criterios Metro^{22,23}. Alternativamente, quedarán exentos aquellos que, cumpliendo los criterios contenidos en el Reglamento 330/2010,

¹⁹ El párrafo 129 de las Directrices de Verticales define los acuerdos de marca única: "Bajo la denominación de «marca única» se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. [...] Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera más del 80 % de sus necesidades a un solo proveedor".

²⁰ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis) (2014/C 291/01). La Comunicación de minimis determina aquellos acuerdos que "no constituyen una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101".

²¹ El artículo 101.3 establece unas condiciones bajo las cuales un acuerdo prohibido por el 101.1 no será considerado incompatible con el mercado. Las condiciones son: que contribuyan a mejorar la producción, distribución o el progreso; que reserven una participación equitativa de los beneficios a los usuarios, que las restricciones sean imprescindibles para lograr el resultado y que no sean hábiles para eliminar de forma sustancial la competencia.

²² Metro SB-Grssmarkte c Comisión 26/76 EU:C:1977:167 párrafo 20. (METRO)

²³ Otras sentencias que han confirmado los criterios de compatibilidad del sistema de distribución selectiva con el 101 son: L'Oreal 331/80 EU:X:1983:293 párrafo 35; Groupement d'achat Edouard Leclerc T19/9 EU:T:1996:190 párrafos 112-120; Pièrre Fabre Dermo-Cosmetique SAS C-439/09 EU:C:2011:649 párrafo 41; y muy recientemente Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C:2017:941 párrafo 24. (COTY)

no estén incursos en la lista negra del artículo 4 (nulidad del acuerdo) o en la lista gris del artículo 5 (nulidad de la específica disposición).

Para el análisis de la compatibilidad de los sistemas de distribución selectiva con el Reglamento 330/2010, las Directrices de verticales desarrollan un amplio análisis entre los párrafos 174 a 188 así como en otros párrafos dispersos de las mismas, especialmente en lo que se refiere a la incompatibilidad de la superposición de distintos tipos de acuerdos especiales: marca única, distribución exclusiva o suministro exclusivo.

El párrafo 175 define los dos tipos de sistemas de determinación de los distribuidores: de forma cualitativa (la que más fácilmente será compatible con el mercado) y la cuantitativa (que puede suponer mayores problemas de competencia).

175. [...] En la distribución selectiva puramente cualitativa se seleccionan distribuidores autorizados únicamente en virtud de criterios objetivos necesarios por la naturaleza del producto, tales como la formación del personal de venta, el servicio prestado en el punto de venta, la venta de una determinada gama de productos, etc. La aplicación de estos criterios no limita directamente el número de distribuidores autorizados. En general, se considera que la distribución selectiva puramente cualitativa queda fuera del artículo 101, apartado 1, por ausencia de efectos anticompetitivos, siempre y cuando se cumplan tres condiciones. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate debe necesitar un sistema de distribución selectiva, en el sentido de que tal sistema debe constituir una necesidad legítima, habida cuenta de la naturaleza del producto, para preservar su calidad y garantizar un uso correcto. En segundo lugar, los revendedores deben ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecidos de forma uniforme y puestos a disposición de todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de forma discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario. La distribución selectiva cuantitativa añade otro tipo de criterios de selección que limitan de forma más directa el número potencial de distribuidores autorizados, por ejemplo, al exigir ventas mínimas o máximas, fijar el número de distribuidores autorizados, etc.

Por su parte, el párrafo 185 señala las principales eficiencias que se pueden derivar de los sistemas de distribución selectiva. Como se puede observar, en gran medida coinciden con las eficiencias generales de los acuerdos verticales analizadas en el primer apartado del trabajo.

(185) La distribución selectiva puede ser eficiente cuando permite ahorros de costes logísticos debidos a economías de escala en el transporte, lo que puede suceder con independencia de la naturaleza del producto (apartado 107, letra g)). Sin embargo, dicha eficiencia es generalmente sólo una eficiencia marginal de los sistemas de distribución selectiva. Para solucionar un problema de parasitismo entre los distribuidores (apartado 107, letra a)) o ayudar a la creación de una imagen de marca (apartado 107, letra i)), la naturaleza del producto es muy pertinente. En general, la exención es más probable en nuevos productos, productos complejos o productos cuya calidad sea difícil de determinar antes del consumo (los llamados «productos de experiencia») o incluso después del consumo (los llamados «productos de confianza»). La combinación de la distribución selectiva con una cláusula de situación, que proteja a un distribuidor designado frente a otros distribuidores designados que abran un comercio en las proximidades, puede en especial cumplir las condiciones del artículo 101, apartado 3, si la combinación es

imprescindible para proteger inversiones considerables y específicas para determinadas relaciones realizadas por el distribuidor autorizado (apartado 107, letra d)).

Estas eficiencias teóricas propuestas señaladas por la Comisión se han confirmado recientemente a raíz del estudio de Comercio Electrónico. En el Informe de la Comisión²⁴, la Comisión presenta los resultados de las encuestas realizadas a los productores en los que se recogen las principales razones para el establecimiento de un sistema de distribución selectiva que se pueden resumir en: preservar la imagen de marca, la imagen de lujo y la reputación; asegurar servicios preventa y postventa y asesoramiento de alta calidad; evitar o reducir los comportamientos free-rider por parte de los distribuidores on-line frente a las inversiones realizadas en los puntos de venta por distribuidores físicos; y aumentar la trazabilidad de los productos y protegerlos de forma más eficiente de las imitaciones (counterfeiting products).²⁵

B. La relevancia de los acuerdos verticales de distribución selectiva

Los sistemas de distribución selectiva tienen una gran importancia en la actualidad. Así, el Informe de Comercio Electrónico señala que el auge del comercio electrónico ha llevado a un crecimiento en la utilización de los sistemas de distribución selectiva en los últimos 10 años. De este modo, el 19% de los productores que respondieron a esta cuestión habían introducido por primera vez la distribución selectiva para alguno de sus productos y el 2% habían aumentado el número de productos para los que utilizaban este sistema de distribución. Sin embargo, hay que señalar que la distribución selectiva tiene una menor prevalencia que otros sistemas de distribución, lo cual tiene sentido en la medida en que solo determinados productos pueden/deben ser distribuidos a través de este sistema (calidad/complejos/novedosos...).

El avance en el comercio electrónico no ha llevado exclusivamente a un crecimiento de la utilización del sistema de distribución selectiva sino que ha obligado en algunos casos a los productores a modificar los criterios de acceso a los distribuidores para adecuarlos al nuevo canal de venta que supone internet. No en vano, el párrafo 54 de las Directrices de Verticales señala que, especialmente en el caso de los sistemas de distribución selectiva, se podrán imponer determinados criterios de calidad para la distribución por internet. Estos criterios no tienen que ser los mismos que los criterios establecidos para la venta en establecimiento físico (en muchos casos no resultaría adecuado), pero sí deberán ser criterios comparativamente equivalentes en términos de calidad.

En relación con este aspecto, la Comisión ha analizado los criterios más utilizados por los productores para el establecimiento de sistemas de distribución selectiva, tanto para los canales off-line como para los canales on-line.

En relación con los criterios aplicados a los primeros destacan: criterios geográficos de localización de los locales; número y tamaño mínimo de locales de venta; cuestiones de calidad/imagen en los locales; cuestiones relativas a la localización de los productos en la tienda y cuestiones sobre el número y formación del personal.

En relación con los requisitos aplicables a los distribuidores on-line, destacan: la obligación de propiedad sobre la página, lo cual puede excluir la venta a través de páginas de terceros (la compatibilidad de este requisito con la normativa comunitaria se

²⁴ INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO

²⁵ DOCUMENTO DE TRABAJO, COMERCIO ELECTRÓNICO, pp. 75 y 76

analizará con detalle en el siguiente apartado del trabajo); la necesidad de aprobación de la página y de sus cambios; prohibición de anunciarse en price comparison tools; cuestiones sobre el uso de las marcas o logotipos; criterios de seguridad de la página y de los sistemas de pagos, organización de servicios de garantía, reparación u otros servicios postventa...

Como se puede observar, en muchos casos los criterios si bien no son aplicables en los otros canales, sí pueden tener objetivos equivalentes sobre calidad, información o el tipo de prestaciones preventiva y postventa.

Adicionalmente, la Comisión ha observado la existencia de criterios que pueden ser comunes a los dos canales de distribución como puede ser: la obligación aprobación de las campañas de publicidad o los materiales promocionales; criterios sobre la calidad y el tiempo de los servicios de reparación; mantenimiento de un nivel mínimo de stock; envío de reportes sobre ventas...

En los casos en los que una condición pueda ser aplicada para los dos canales, difícilmente podrá entenderse que pueda limitarse a uno de los dos canales puesto que entraría en conflicto con la obligación (para que entre dentro de los criterios Metro) de necesidad del requisito impuesto.

IV. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA: EL ASUNTO COTY.

A. Información sobre los hechos y la Sentencia

El Asunto COTY se refiere al planteamiento de una cuestión prejudicial²⁶, planteada por el Tribunal Superior Regional de Frankfurt (Oberlandesgericht Frankfurt am Main) en relación con la compatibilidad con la normativa comunitaria de una cláusula de prohibición de venta por Internet a través de terceros, de una empresa dentro de un sistema de distribución selectiva.

El caso concreto se plantea en la relación entre la empresa Coty German GmbH. (COTY), que es una empresa alemana líder en el mercado de productos de cosmética de lujo, y uno de sus distribuidores, Parfumerie Akzente GmbH. (PARFÜMERIE AKZENTE).

La empresa COTY, organiza la distribución de sus productos en base a un sistema de distribución selectiva. El sistema de distribución selectiva en el caso COTY está justificado para preservar la imagen de lujo de los productos de la marca. Esto lleva a la obligación por parte de los distribuidores de cumplir unos determinados criterios cualitativos sobre la calidad y la imagen de los puntos de distribución, tanto en relación con la distribución a través de tiendas físicas como a través de internet. Dentro de estos requisitos, una de las restricciones verticales que se establece en los contratos de

²⁶ TFUE artículo 267

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

[...]

distribución es una prohibición *recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas a través de internet de los productos objeto del contrato*²⁷.

PARFÜMERIE AKZENTE es uno de los distribuidores selectivos de COTY y llevaba a cabo la venta de los productos de la marca a través de tres sistemas: venta en establecimiento físico, venta a través de su propia página web y venta a través de una plataforma, concretamente, a través de amazon.de.

El conflicto surge en relación con las ventas a través de la plataforma en la medida en que puede ser un recurso evidente a una tercera empresa para la venta a través de internet.

Ante un cambio en las condiciones de distribución, PARFÜMERIE AKZENTE se negó a aceptar la mencionada restricción por lo que entraron en conflicto judicial. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda interpuesta por COTY por considerarla contraria a la ley de competencia nacional, por estar incluida en las prohibiciones del artículo 4 c) del Reglamento 330/2010 y por no ser hábil para obtener la aprobación en base al artículo 101.3 al considerar que no era un requisito imprescindible para proteger los intereses de COTY, pudiendo recurrir a prácticas menos restrictivas de la competencia.

Esta sentencia fue recurrida por COTY al Tribunal Superior Regional quien consideró necesario plantear una cuestión prejudicial en la que se planteaban cuatro cuestiones:

1) *Los sistemas de distribución selectiva relativos a la distribución de productos de lujo y de prestigio y dirigidos primordialmente a preservar la "imagen de lujo" de dichos productos, ¿constituyen un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1?*

2) *En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿puede considerarse un elemento de competencia compatible con el artículo 101 TFUE, apartado 1, la prohibición absoluta, impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado, de recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas por Internet, independientemente de que en el caso concreto se satisfagan o no las legítimas exigencias de calidad del fabricante?*

3) *¿Debe interpretarse el artículo 4, letra b), del Reglamento n.º 330/2010 en el sentido de que la prohibición, impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado, de recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas por Internet constituye una restricción por objeto de la clientela del minorista?*

4) *¿Debe interpretarse el artículo 4, letra c), del Reglamento n.º 330/2010 en el sentido de que la prohibición, impuesta a los miembros de un sistema de distribución selectiva que operan como minoristas en el mercado, de recurrir de forma evidente a terceras empresas en las ventas por Internet constituye una restricción por objeto de las ventas pasivas a los usuarios finales?»*

El 6 de diciembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia confirmando la compatibilidad con el artículo 101 del TFUE de: i) un sistema de distribución selectiva para productos de lujo; ii) la cláusula concreta que prohíbe la venta *evidente* a través de terceros en el asunto COTY si el Tribunal de origen considera que los productos son de lujo; y iii) que este tipo de acuerdos verticales no son

²⁷ Sentencia COTY

contrarios a los apartados b ni c del artículo 4 del Reglamento 330/2010. Al ser una cuestión prejudicial, el TJUE se limita a responder a las cuestiones planteadas quedando en manos del Tribunal de origen la resolución concreta del asunto.

B. Aplicabilidad de la sentencia al análisis de las restricciones de venta a través de plataformas en los modelos de distribución selectiva.

Las ventas a través de internet suponen un canal determinante y en constante crecimiento en la distribución de los productos. Históricamente sin embargo ha suscitado problemas en relación con los acuerdos verticales. No en vano, la inclusión de las cláusulas negras del artículo 4 y las restricciones verticales en el marco del comercio por internet fueron los principales debates en el seno de la Unión Europea en relación con el desarrollo del Reglamento 330/2010 y las Directrices de verticales²⁸.

Las ventas a través de internet se consideran, con carácter general ventas pasivas, por lo que no está permitida la limitación a su uso dentro de un sistema de distribución selectiva²⁹. El Reglamento a través de las Directrices³⁰ excluye de la aplicación de la exención, en relación con el comercio electrónico, las siguientes prácticas: i) la exclusión en favor del proveedor de las ventas de los distribuidores a través de internet; ii) limitar el territorio en el que los distribuidores pueden vender a través de internet; iii) la imposición por parte del proveedor de políticas de precios para las ventas a través de internet (salvo aquellas permitidas en el ámbito de las ventas off-line); y iv) la fijación un porcentaje máximo de ventas por internet³¹.

La gran importancia de las ventas a través de internet, han llevado a que la Sentencia COTY fuera una de las más esperadas en el año 2017 y su estudio se vuelve fundamental en el análisis de las restricciones verticales y más concretamente en relación con los sistemas de distribución selectiva.

Veamos por tanto a continuación las principales respuestas del Tribunal a las cuestiones planteadas en este asunto.

- Sobre la primera cuestión prejudicial

El Tribunal recuerda que un sistema de distribución selectivo será compatible con el artículo 101 cuando la elección de los distribuidores: se base en criterios cualitativos; se aplique de forma uniforme y no discriminatoria; las características del producto lo requieran; y los criterios impuestos no sean excesivos³². El Tribunal señala que estos criterios ya aparecían recogidos en la sentencia *Pièrre Fabre*, citada en la cuestión prejudicial.

Los párrafos 28 y 36 de la sentencia determinan que los productos de lujo pueden necesitar de un sistema de distribución selectiva con el fin de preservar la calidad (tanto de las características materiales como del aura y la imagen de prestigio). Siendo por tanto su aplicación conforme a las normas comunitarias.

²⁸ BERENGUER (pp 238 y 241-242)

²⁹ DIRECTRICES (párr 52)

³⁰ DIRECTRICES (párrafos 52-56)

³¹ Sí es posible imponer la venta de un número mínimo de productos a través de los canales off-line, a condición de que sea un valor y no un porcentaje sobre ventas y que la imposición no se convierta en una forma encubierta de vender de forma exclusiva a través de canales off-line.

³² Aunque el Tribunal no se pronuncia sobre la determinación de distribuidores en base a criterios cuantitativos, el párrafo 175 de las Directrices también permite la exención de determinados sistemas de distribución selectiva basados en estos criterios

El Tribunal señala que la Sentencia *Pière Fabre* no implica una prohibición del uso de un sistema de distribución selectiva para los productos de lujo sino que, en ese asunto, lo que se considera contrario es la prohibición absoluta de la venta a través de internet (además de considerar que en el caso *Pière Fabre* no se trataba de productos de lujo).

-Sobre la segunda cuestión prejudicial

El elemento esencial de esta cuestión es determinar si, a pesar de cumplir con los requisitos impuestos por el proveedor para la venta a través de internet por parte de un tercero, es lícita la restricción enjuiciada. En su párrafo 56, el Tribunal señala que en la medida en que la relación contractual se establece entre el proveedor y el distribuidor y no con las plataformas de terceros, se puede considerar que el control por parte del proveedor puede deteriorarse limitando la efectividad del sistema de distribución selectiva y más especialmente en el caso concreto en el que se trata de productos de lujo.

-Sobre la tercera y la cuarta cuestión prejudicial

El Tribunal agrupa en un mismo análisis ambas cuestiones relativas a si la restricción analizada puede considerarse una restricción por objeto en el sentido del artículo 4 del Reglamento 330/2010. Concretamente, las letras b y c del mencionado artículo se refieren a la restricción de clientela y a la restricción de ventas pasivas a usuarios finales. El Tribunal considera que la prohibición de recurrir de forma evidente a ventas en internet a través de terceros dentro de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo no supone una restricción de clientela ni de ventas pasivas.

C. Interpretación de la Comisión Europea de la Sentencia COTY

Como ya hemos señalado anteriormente, tanto el mundo de la competencia europea como, de forma especial, la Comisión esperaban con gran expectativa la Sentencia en el asunto *Coty*.

Si bien es cierto que la sentencia se circunscribe (por su carácter de cuestión prejudicial) a los hechos y condiciones específicas del caso alemán, los efectos de la misma se prevén afecten a otros asuntos.

En este sentido, la Comisión ha publicado un "Competition Policy Brief" titulado "*EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?*". Este breve documento analiza la sentencia, la pone en relación con el Informe de Comercio Electrónico³³ y señala algunas líneas básicas sobre la interpretación de la Comisión de la sentencia para su actuación futura.

Dos son las cuestiones principales que analiza la Comisión en relación con la sentencia. En primer lugar, agradece el papel clarificador de la sentencia *Coty* sobre las distintas interpretaciones que se estaban produciendo de la sentencia *Pière Fabre*. En este sentido, la Comisión considera que el Tribunal confirma la doctrina anterior a la sentencia *Pière Fabre* en relación con la conformidad de los sistemas de distribución selectiva con el artículo 101 siempre que se cumplan los criterios establecidos en la sentencia *Metro*.

En segundo lugar, la Comisión considera que la Sentencia *Coty* establece que las prohibiciones de utilización de plataformas en un sistema de distribución selectiva no

³³ INFORME DE LA COMISIÓN, COMERCIO ELECTRÓNICO

constituyen una restricción por objeto en relación con las letras b y c del artículo 4 del Reglamento 330/2010.

Si bien es cierto que el Tribunal enmarca su decisión en el contexto de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo, y en algunos puntos de la sentencia lo contraponen a aquellos productos de no lujo (especialmente cuando analiza la sentencia *Pièrre Fabre*), la Comisión considera que "*los argumentos del Tribunal son válidos independientemente de la categoría de producto concernido (esto es: productos de lujo) y son igualmente aplicables a productos de no lujo*"³⁴.

Dos son los principales argumentos esgrimidos por la Comisión para considerar que los criterios determinados por la Sentencia *Coty* pueden aplicarse a todo tipo de bienes (no quedando restringida su aplicación a los bienes de lujo).

El primero es que la finalidad del Reglamento es crear un *Safe Harbour* (Puerto seguro) sobre la legalidad de los acuerdos verticales, dando seguridad jurídica a los operadores económicos. En este sentido, la Comisión considera que el análisis de las restricciones por objeto no puede estar determinadas por el tipo de producto o por las condiciones de mercado. En esta misma línea se pronunciaría el Abogado General Wahl en las conclusiones en el asunto *Coty*.³⁵

El segundo argumento es que el artículo 4b y 4c no se refieren de forma exclusiva a productos de lujo por lo que, si como el Tribunal ha hecho, se considera que la prohibición de recurrir a plataformas no es una restricción por objeto de clientela o de ventas pasivas, no lo será independientemente de que se trate de productos de lujo o del resto de los productos hábiles para ser distribuidos a través de un sistema de distribución selectiva. La Comisión va más allá al considerar que en la medida en que el artículo 4b) puede aplicarse en sistemas distintos de los de distribución selectiva, la sentencia podría ampliarse a todo el ámbito aplicable al 4b).

De esta forma, la Comisión Europea, que es la encargada de aplicar de forma principal las normas de competencia, señala cuál será su actuación tras la Sentencia *Coty*, a saber, considerar que las restricciones al uso de terceros operadores en internet de las ventas en los sistemas de distribución selectiva (en la medida en que no sean prohibiciones absolutas de venta por internet) no serán consideradas contrarias al Reglamento 330/2010 de Exención por categorías.

En todo caso, corresponderá al Tribunal de Justicia de la Unión Europea validar esta interpretación en los futuros asuntos que traten este tipo de restricciones; y a las Autoridades Nacionales aplicarla en los casos de ámbito no comunitario. En este sentido, cabe destacar el aparente conflicto que ha surgido recientemente entre la interpretación del caso *Coty* y la interpretación en el caso *Asics* (también en Alemania) relativo igualmente a restricciones verticales en el ámbito de la distribución selectiva a través de internet.

³⁴ Traducción propia

³⁵ CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NILS WAHL, presentadas el 26 de julio de 2017 en el Asunto C-230/16

131. En efecto, no debería pasarse por alto que el objetivo perseguido por los reglamentos de exención adoptados sobre la base del Reglamento n.º. 19/65/CEE (39) reside, en particular, en la necesidad de permitir a las empresas en cuestión autoevaluar la conformidad de sus conductas con las normas en materia de competencia.

132. La consecución de este objetivo se vería perjudicada si, a fin de calificar las medidas adoptadas por las empresas como acuerdos verticales que tengan «por objeto» restringir ciertos tipos de venta en el sentido del artículo 4, letras b) y c), del Reglamento n.º. 330/2010, se exigiese a dichas empresas la realización de un examen sofisticado y exhaustivo de los efectos restrictivos de la competencia que tuviera en cuenta la situación del mercado y su propia posición.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo, se han analizado los principales efectos (positivos y negativos) económicos de los acuerdos verticales. En general, se puede considerar que los efectos procompetitivos en un mercado competitivo y con bajas barreras de entrada serán superiores a los efectos anticompetitivos. Se mantiene en todo caso la distinción entre el sistema estadounidense (más favorable) y el europeo (más restrictivo) como queda reflejado en la existencia de los artículos 4 y 5 del Reglamento 330/2010.

Estos acuerdos verticales tienen un importante efecto sobre los nuevos sistemas de distribución. En el caso concreto de la distribución selectiva existen una serie de acuerdos verticales que pueden afectar a la competencia como son las cláusulas de paridad de precios, o las limitaciones al uso de internet para determinados aspectos.

En la medida en que este tipo de acuerdos verticales aportan efectos positivos y negativos a la competencia, las autoridades deberán analizar la compatibilidad de los mismos con la normativa comunitaria.

Para ayudar a las empresas en la autoevaluación de sus prácticas y a las autoridades de competencia en la delimitación del artículo 101.1 y el 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es clave tanto el Reglamento 330/2010 como las Directrices de Verticales. Sin embargo, en la medida en que las prácticas de las empresas están en constante evolución y en muchos casos se moverán en las zonas grises del derecho, la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta fundamental para ajustar la normativa a las prácticas concretas.

En este sentido, el caso Coty analizado es un ejemplo clave sobre el papel unificador a nivel comunitario del TJUE. Por su parte, la interpretación de la sentencia realizada por la Comisión, si bien es cierto que no es vinculante para los Tribunales y para otras autoridades de competencia, sí marca la línea de actuación de la primera en el futuro por lo que cabe pensar que las restricciones verticales en el ámbito de internet jugarán un importante papel en los años por venir.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A. Artículos, libros y estudios

BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la Competencia, El reglamento de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales*, Madrid, Marcial Pons, Economía & Derecho, 2014.

BERENGUER FUSTER, L., *Derecho de la Competencia y Contratos de Distribución*, Círculo de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*.

BORK, R.H., *The antitrust paradox-A Policy at War with Itself*, New York, The Free Press, 1978, edición revisada 2003.

COASE, R., *The Nature of the Firm*, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

COMISIÓN EUROPEA, *Competition Policy Brief* titulado "EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the Coty judgment?", 2018.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico, COM(2017) 229 Final*. (En el documento "Informe de la Comisión, Comercio Electrónico").

COMISIÓN EUROPEA, Documento de trabajo, Informe final de la Investigación sectorial sobre el comercio electrónico, 2017. En el documento "Documento de trabajo, Comercio Electrónico".

ZURIMENDI ISLA, A., El modelo más eficiente de regulación de las restricciones verticales, Indret (revista para el análisis económico) 1/2007, Barcelona.

B. Normativa

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Reglamento (UE) N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101º, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. D.O. L N° 102 de 23 de abril de 2010

Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C n° 130 de 19 de mayo de 2010.

Comunicación de la Comisión, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis) (2014/C 291/01).

C. Jurisprudencia

Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C:2017:941

Sentencia del TS de EEUU: United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)

Continental TV Inc. c GTE Sylvania 433 US 36 (1977)

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

SB-Grssmarkte c Comisión 26/76 EU:C:1977:167 párrafo 20. (METRO)

L'Oreal 331/80 EU:X:1983:293 párrafo 35

Groupement d'achat Edouard Leclerc T19/9 EU:T:1996:190 párrafos 112-120

Pière Fabre Dermo-Cosmetique SAS C-439/09 EU:C:2011:649 párrafo 41

LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: PRINCIPALES RESTRICCIONES Y ACTUACIONES DE LA CNMC

The Regulation of Touristic Dwellings: main restrictions and actions of the CNMC

Laura ROMERO VALERO

Técnico en la Subdirección de Estudios e Informes
Departamento de Promoción de la Competencia
CNMC.

Cristina VALLEJO GIL

Jefa de Servicio en la Subdirección de Estudios e Informes
Departamento de Promoción de la Competencia
CNMC

Resumen

El reciente desarrollo de las plataformas digitales ha facilitado la expansión de la oferta de viviendas de uso turístico y su consolidación como alternativa al alojamiento tradicional en España. En los últimos años, Comunidades Autónomas y municipios han aprobado regulación sobre las viviendas de uso turístico, bien a través de la normativa turística o de alojamientos turísticos, bien a través de normativa urbanística. Esta normativa introduce restricciones a la competencia en el mercado de alojamiento turístico y con frecuencia no satisface los principios de necesidad y proporcionalidad. La CNMC, en el marco de su actividad de promoción de la competencia, ha utilizado su labor consultiva a través de informes de proyectos normativos y estudios, así como su capacidad para impugnar normas restrictivas de la competencia con el objetivo de promover una mejora de la regulación en este sector.

Abstract

The recent development of digital platforms has promoted the rapid growth in the number of tourist rentals in Spain, which are nowadays competing with traditional operators. In recent years, Autonomous Communities and municipalities have passed regulation on tourist rentals, either by means of tourism laws or by urban planning instruments. These regulations impose obstacles for effective competition in the tourist accommodation market and, frequently, they do not fulfil the principles of necessity and proportionality. The CNMC, in its competition advocacy duties, has used non-binding instruments, such as regulatory reports and market studies, as well as court challenges of regulatory provisions that restrict competition in order to promote a better regulation in this sector.

Palabras clave: Turismo | Regulación | Urbanismo | Política de Competencia |

Keywords: Tourism | Regulation | Real-estate | Competition policy |

I. INTRODUCCIÓN

El sector de alojamientos turísticos ha experimentado cambios importantes en España en los últimos años. El desarrollo tecnológico ha impulsado la creación y extensión de las denominadas plataformas digitales en este sector. Estas plataformas han permitido la entrada masiva de las viviendas de uso turístico en el mercado, lo que ha generado un incremento considerable de la oferta de alojamiento turístico y mejoras en esta en términos de localización, calidad, variedad y precios para los consumidores.

La expansión de las viviendas de uso turístico ha dado lugar a un intenso debate público acerca de sus efectos. En concreto, se ha llamado la atención sobre cuestiones como el impacto de las viviendas de uso turístico sobre los precios de la vivienda, la convivencia vecinal o el medioambiente.

Al hilo de este debate, numerosas Comunidades Autónomas y municipios han aprobado o modificado la regulación sobre las viviendas de uso turístico, bien a través de la normativa turística o de alojamientos turísticos, bien a través de normativa urbanística. Esto ha dado lugar a que España presente en la actualidad un marco normativo complejo.

Además, con frecuencia, estos cambios regulatorios han supuesto la introducción de distorsiones sobre la competencia efectiva, aspecto que ha suscitado la preocupación de la Autoridad de Competencia en España. En este sentido, la CNMC ha desplegado sus esfuerzos en el ámbito de la promoción de la competencia para minimizar el impacto de estas restricciones, a través de la realización de Estudios o informes sobre normas. Además, ante la proliferación de normativa contraria a los principios de regulación económica eficiente, la CNMC ha ido un paso más allá impugnando la normativa — autonómica o local— que ha resultado más gravosa en términos de competencia, como tendremos ocasión de analizar.

En este contexto, la litigiosidad en este ámbito se ha elevado en los últimos años, y está dando lugar una jurisprudencia heterogénea.

El presente documento, que parte de la experiencia en el análisis de la regulación de las viviendas turísticas de la CNMC, tiene por objeto explicar las principales conclusiones alcanzadas en relación con los problemas más relevantes que sobre la competencia plantea dicha regulación, así como las principales actuaciones llevadas a cabo por la autoridad de competencia al respecto.

II. LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

El crecimiento experimentado por las plataformas que comercializan viviendas de uso turístico en España ha impulsado un importante desarrollo normativo en los últimos años.

En una primera fase, han sido las distintas Comunidades Autónomas las que han desarrollado normativa nueva o han introducido cambios en la ya existente, generalmente mediante legislación turística. En una segunda fase, más reciente, se ha producido el desarrollo o modificación de normativa por parte de algunos municipios, en virtud de sus competencias en materia de planificación urbanística.

Con respecto a la normativa autonómica, se puede afirmar que, en general, establece una diferencia entre las viviendas de uso turístico y los apartamentos, que ya contaban con normativa previa al desarrollo de las primeras. La principal diferencia regulatoria radica en que la vivienda turística es una vivienda destinada a un uso residencial, que puede pertenecer a un particular y se puede encontrar en una

comunidad de vecinos, mientras que los apartamentos turísticos están destinados a un uso de servicios de alojamiento, ocupando normalmente todo un edificio destinado a este fin. Estos, además, deben cumplir con una serie de requisitos adicionales, como poseer una recepción y zonas comunes, y se clasifican por categorías¹.

Con anterioridad a la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) en 2013, las viviendas de uso turístico se encontraban reguladas por la figura del arrendamiento por temporada. Bajo esta normativa, se aplicaba la libertad de las partes para la contratación de este tipo de viviendas, sin ningún requisito de comunicación previa de este tipo de actividad a la Administración².

Sin embargo, con la modificación de la LAU mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, se excluyó de su ámbito de aplicación este tipo de viviendas. En concreto, el artículo 5 recoge que *"la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial"*.

Así, en la actualidad, el alquiler de viviendas promocionadas en "canales de oferta turística" se remite a la regulación en materia turística, lo que entraría dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas³, que desde entonces —y a excepción de Comunidades como Cataluña o Baleares que ya contaban con regulación propia específica para este tipo de alojamientos— han propuesto y aprobado sus respectivas normativas para regular la cesión de toda o parte de una vivienda para uso turístico.

En cuanto a la regulación de ámbito municipal, son varios los ayuntamientos que han desarrollado normativa que regula las viviendas de uso turístico, a partir de normativa urbanística y de usos de suelo a través de modificaciones de sus Planes Urbanísticos respectivos o de ordenanzas municipales ad hoc. Son fundamentalmente los ayuntamientos de ciudades que han experimentado un mayor crecimiento de vivienda turística, como Madrid, Barcelona, Valencia o Palma de Mallorca.

La normativa de viviendas de uso turístico, tanto a nivel autonómico como municipal, introduce restricciones a la competencia en forma de barreras de acceso al mercado y de ejercicio de la actividad.

Es preciso señalar que la normativa de aplicación a todas las Administraciones públicas requiere que cuando estas hagan uso de su potestad reglamentaria, lo hagan de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad⁴. Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado (LGUM) supone la exigencia para las autoridades de motivar la necesidad de los límites que impongan para el acceso o el desarrollo de una actividad y que establezcan en el ejercicio de sus respectivas competencias en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el

¹ Indicadas con el número de llaves que se les asignan.

² Según el artículo 4.2 de la LAU «los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil».

³ La Constitución española establece en su artículo 148.1.18 que las Comunidades Autónomas pueden asumir las competencias en materia de promoción y ordenación turística en su ámbito territorial, algo que han hecho todas ellas a través de sus estatutos de autonomía.

⁴ Artículo 129 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio⁵.

Para que la normativa cumpla el principio de necesidad, la autoridad competente debe hacer explícitos los objetivos que persigue con dicha normativa y estos deben responder a la salvaguarda de alguna razón de imperioso interés general o a la corrección de un fallo de mercado. Respecto al principio de proporcionalidad, se requiere que cualquier límite o requisito establecido por la normativa sea proporcionado y que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador de la competencia para lograr los objetivos que persigue dicha normativa.

II.1 Principales restricciones a la competencia en la normativa

A continuación, se analizan las principales restricciones detectadas, tanto en la normativa autonómica como municipal, desde la óptica de la competencia y la regulación económica eficiente. Este apartado está basado en la experiencia adquirida por la CNMC en el análisis de la normativa reguladora de las viviendas de uso turístico, que viene recogida, hasta la fecha de su publicación, en el Estudio de la CNMC de 2018 sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España⁶.

II.1.1 Declaración responsable con obligación de inscripción en registro

Numerosas normativas autonómicas sobre viviendas de uso turístico establecen la exigencia conjunta de presentar la declaración responsable e inscribir la vivienda en un registro, condicionando el inicio de la actividad a la confirmación por la Administración de la inscripción en dicho registro. Esta triple exigencia anula el objetivo inherente de la declaración responsable, que pretende no obstaculizar el desarrollo de la actividad y dinamizar el mercado, convirtiéndola de facto en una autorización administrativa.

Así, en la definición recogida en el artículo 4.6 de la Directiva de Servicios sobre el régimen de autorización se considera como tal, además de la mera exigencia de una autorización con carácter formal, cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Por tanto, el doble requisito de declaración responsable e inscripción en registro se puede englobar dentro del régimen de autorización.

Tanto la Directiva de Servicios⁷ como su transposición al ordenamiento jurídico español en la Ley 17/2009⁸ establecen la excepcionalidad del régimen de autorización, por lo que su implantación debería producirse exclusivamente en aquellas circunstancias y sectores donde esta fuera necesaria por la existencia de una razón imperiosa de interés general y, en todo caso, esta debería regirse por los principios de regulación económica eficiente, tal y como establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

⁵ "Razón imperiosa de interés general: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

⁶ CNMC (2018a): "[E/CNMC/003/18](#): Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España".

⁷ Artículo 9.

⁸ Artículo 5.

En este sentido, someter a las viviendas de uso turístico a un régimen de autorización implica un exceso de trámites administrativos, que pueden suponer una carga excesiva y desincentivar la entrada de viviendas de uso turístico en el mercado.

En principio, el objetivo del registro es proporcionar información y dar publicidad de las viviendas de uso turístico. Sin embargo, este objetivo podría lograrse de manera menos gravosa mediante la aplicación de los nuevos desarrollos tecnológicos que incorporan las plataformas digitales, puesto que facilitan abundante información sobre las características del alojamiento, su ubicación, precios, grado de satisfacción de usuarios previos o contacto del oferente, lo que supone un menor coste para el sector público y para los usuarios.

II.1.2 Prohibición del alquiler por habitaciones

En distintas normativas autonómicas se prohíbe o ha prohibido el alquiler temporal por estancias de las viviendas de uso turístico, permitiendo exclusivamente la cesión de la vivienda completa.

Esta prohibición impide que el propietario o titular del inmueble pueda alquilar aquellas habitaciones que no están siendo utilizadas para su uso personal, para uso turístico. Esta posibilidad, que forma parte de la libertad personal y de la libertad de empresa, supone una mejor asignación de recursos infrautilizados (en este caso, las estancias no habitadas o no utilizadas de la vivienda).

Además, el alquiler por habitaciones para uso turístico supone, en general, una forma de alojamiento a un precio inferior al de la vivienda completa, por lo que su prohibición priva a los usuarios del acceso a una oferta de alojamiento turístico más económica.

Esta restricción atenta contra la libertad de empresa sin satisfacer el criterio de necesidad puesto que no responde a la salvaguarda de ningún objetivo de interés público. En el mercado de alquiler a largo plazo, esta práctica es muy frecuente, sin que existan problemas asociados a su ejercicio y, por otra parte, esta práctica coincide con la actividad que realiza un hotel o un hostel: alquilar habitaciones por separado.

II.1.3 Requisitos técnicos y equipamientos mínimos

Con frecuencia, la normativa autonómica impone una serie de características que deben tener las viviendas de uso turístico, en forma de requisitos técnicos y equipamientos mínimos, con el objetivo de garantizar la habitabilidad en la vivienda o una calidad considerada suficiente o recomendable por la administración competente, que incrementan los costes administrativos de acceso al mercado y de ejercicio de la actividad.

Por ejemplo, distintas normativas requieren equipamiento completo de la vivienda o, incluso, requisitos más específicos (medidas de la cama, puntos de luz, tipo de perchas, etc.), que implican un incremento en los costes de alquilar las viviendas de uso turístico para los propietarios.

Otro tipo de requisitos son las dimensiones mínimas exigidas a las estancias, que se erigen en requisitos de imposible cumplimiento en numerosas viviendas y tienen como efecto excluir del mercado a buena parte de la oferta.

Estos requisitos, al elevar los costes de entrada e impedir la diferenciación, limitan la competencia. Por este motivo, este tipo de servicios de valor añadido no deberían constituir una obligación para su puesta a disposición en el mercado.

En el mercado de alojamiento tradicional, la justificación de estos requisitos de equipamiento residía en la existencia de información asimétrica entre los propietarios del establecimiento (que conocían todas las características de este) y los usuarios (que carecían de esta información). Existían además elevados costes de búsqueda por parte de los usuarios, en parte paliados por un sistema de certificación pública. En este contexto, podía justificarse, en determinadas ocasiones, la necesidad de cierta regulación para señalar la calidad y las características del alojamiento.

En la actualidad, sin embargo, los sistemas de información online y las plataformas de comercialización de alojamiento turístico ofrecen información abundante y suficientemente creíble para sus usuarios, reduciendo en gran medida sus costes de búsqueda. Las plataformas permiten conocer las características reales del establecimiento, su ubicación, realizar comparaciones con otros alojamientos análogos, etc.

Asimismo, los mecanismos de valoración y generación de reputación que incorporan estas plataformas proporcionan incentivos de cara a asegurar y mantener la calidad del alojamiento que ofrecen. Por un lado, ofrecen amplia información sobre las características del alojamiento y su equipamiento y, por otro, permiten penalizar a un operador de forma más eficaz, dado que las malas valoraciones conducen a una pérdida de reputación, proporcionando incentivos adecuados para prestar un servicio con calidad.

II.1.4 Restricciones de tipo urbanístico

Este tipo de restricciones se encuentran habitualmente en normativa de carácter municipal, aunque también se han detectado en normativa autonómica. En general, la CNMC considera que carece de justificación económica determinar mediante el planeamiento urbanístico dónde puede establecerse una vivienda de uso turístico o cuál es el número de viviendas turísticas que tiene que haber en un área determinada. En el supuesto de que existan externalidades negativas específicas de este tipo de viviendas, se deberían corregir con mecanismos más proporcionados que la prohibición o limitación del número de viviendas de uso turístico.

Moratorias en la concesión de licencias de alojamientos turísticos

En julio de 2015, el Ayuntamiento de Barcelona anunció una moratoria en la concesión de licencias de alojamientos turísticos por un período de un año, con el objetivo de elaborar un plan especial de regulación de alojamientos turísticos.

Por su parte, en enero de 2018, el Ayuntamiento de Madrid estableció también la suspensión durante un año en la concesión de licencias para todos los tipos de alojamiento turístico, ubicados en edificios residenciales, del distrito centro de Madrid⁹. Esta moratoria se amplió en julio de 2019¹⁰.

⁹ Acuerdo de la Junta de Gobierno de 1 de febrero de 2018, en virtud del cual se suspende la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades, excepto licencias de primera ocupación y funcionamiento, por un plazo de un año ampliable a otro más, en una serie de distritos de Madrid.

¹⁰ Apartado cuarto del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 26 de julio de 2018 por el que se aprueba parcialmente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje (BOCAM de 17 de agosto).

La justificación esgrimida por el Ayuntamiento de Barcelona para la imposición de esta moratoria era la de garantizar la convivencia entre vecinos y turistas. Entre los motivos de la moratoria de alojamientos turísticos alegados por el Ayuntamiento de Madrid están la congestión en algunas zonas de la ciudad, que dificultan la convivencia entre residentes y turistas, el impacto sobre la habitabilidad de los edificios y la utilización del espacio público y la incidencia en el precio de la vivienda.

Las externalidades negativas asociadas a un número elevado de alojamientos turísticos en determinadas zonas de las ciudades, por los problemas de congestión o convivencia entre residentes y turistas que generan, no son exclusivas de las viviendas de uso turístico y serían atribuibles a todos los alojamientos, incluidos los tradicionales (hoteles y apartamentos turísticos), por lo que las limitaciones o prohibiciones no deberían limitarse a las primeras.

En todo caso, un instrumento más proporcionado y menos distorsionador de la competencia que las moratorias, para corregir los problemas de congestión en determinadas zonas de la ciudad por un excesivo número de alojamientos turísticos, sería la intervención mediante un impuesto o tasa sobre la estancia en alojamientos turísticos, sin diferenciación del tipo de alojamiento. El impuesto es un instrumento eficiente y flexible ya que graba las pernoctaciones, teniendo en cuenta el grado de utilización de la vivienda para uso turístico, lo que permite corregir las posibles externalidades negativas generadas por dicha vivienda.

Restricciones por usos del suelo

Algunas normas autonómicas restringen la actividad de las viviendas de uso turístico a determinadas zonas predeterminadas administrativamente. Esta medida protege a los operadores turísticos ya establecidos de la presión competitiva que genera la mayor oferta y variedad de viviendas turísticas y crea barreras geográficas dentro del mercado local y regional, en perjuicio de consumidores y usuarios.

Este era el caso de la normativa de viviendas turísticas de Canarias¹¹, que prohibía la ubicación de viviendas de uso turístico en edificaciones en suelos turísticos, zonas turísticas, urbanizaciones turísticas o urbanizaciones mixtas residenciales turísticas¹².

La localización geográfica es una variable fundamental en el mercado de alojamiento turístico y los operadores tienen incentivos a concentrarse en determinadas zonas, más atractivas para la demanda por sus servicios y centros de ocio, o por estar cerca de paisajes naturales o centros culturales-históricos, o por una combinación de estos¹³.

En el mercado del suelo pueden existir determinados tipos de fallos de mercado, generalmente vinculados a externalidades por usos incompatibles. En el caso de Canarias, la prohibición de que las viviendas de uso turístico se localicen en el suelo planificado para dicho uso sería inconsistente con los objetivos de la planificación urbanística. En el supuesto de que estas viviendas generaran externalidades por usos incompatibles similares a las de otros alojamientos turísticos, al forzar a las viviendas a localizarse en otras zonas distintas de las turísticas, se estaría contribuyendo a que

¹¹ Decreto 113/2015 por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

¹² El artículo 3.2 del Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias fue anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en 2017, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo en 2019.

¹³ CNMC (2015): "[LA/03/15](#) Informe económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias".

estas viviendas generen dichas externalidades en esas otras zonas, muchas residenciales.

Los posibles problemas de sobreoferta o congestión en determinadas áreas no son una justificación desde un punto de vista económico para limitar el número de viviendas de uso turístico mediante el planeamiento urbanístico. Como se ha mencionado anteriormente, existen mecanismos alternativos más eficientes y menos distorsionadores de la competencia (fundamentalmente, los impuestos) que resuelven el problema de la externalidad en el origen. Además, en caso de establecimiento de estos mecanismos, éstos deberían aplicarse a todo tipo de alojamientos y de forma exclusiva a las viviendas de uso turístico.

Restricciones por zonas o barrios (zonificación)

Esta restricción consiste en establecer limitaciones o incluso prohibir la implantación de viviendas de uso turístico en determinadas zonas o barrios de la ciudad, situados en el centro histórico o aledaños y caracterizados por un número elevado de alojamientos turísticos por la afluencia de turistas en estas zonas.

Ciudades como Barcelona, Madrid o San Sebastián han modificado sus planes de ordenación urbana para incorporar restricciones a la implantación de viviendas turísticas en determinadas zonas de la ciudad (zonificación). En algunos casos, se prohíbe la implantación de nuevas viviendas de uso turístico y, en otras, se limita su número, estableciendo distancias mínimas entre alojamientos o un número máximo de viviendas.

El motivo alegado para la zonificación es, en algunos casos, el de paliar los problemas de congestión y externalidades negativas que generarían los alojamientos turísticos sobre los residentes de estas zonas y, en otros, el de mitigar el efecto que la proliferación de viviendas de uso turístico tendría sobre el precio del alquiler de viviendas de largo plazo.

La zonificación limita el número de viviendas de uso turístico en determinadas zonas de la ciudad, estableciendo la cantidad máxima de estas viviendas en cada zona. Para poder determinar el número óptimo de viviendas y su ubicación, sería preciso analizar cuál es la externalidad que genera cada una de las viviendas, lo que es difícil y costoso. Por este motivo, una intervención vía precios (a través de impuestos) resulta siempre preferible a una intervención vía cantidades, pues no se elimina la participación de nuevos entrantes y se deja al mecanismo de mercado, más eficiente y flexible en este caso que la asignación administrativa, la determinación de la cantidad de alojamiento socialmente óptima.

Restricciones por usos de las viviendas en un mismo inmueble

La remisión de la normativa de viviendas de uso turístico a la normativa urbanística local supondría que, aun cuando exista una norma autonómica que permita la cesión de las viviendas, en la práctica esta cesión podría ser impedida por el planeamiento urbanístico.

Algunos ayuntamientos, como Bilbao, Madrid y San Sebastián han regulado, a través de los planes de ordenación urbanística de sus municipios, el uso turístico de las viviendas en sus respectivos planes.

En algunas ciudades, el turismo es un fenómeno reciente y la creciente importancia de las viviendas de uso turístico como forma de alojamiento explicaría la modificación

de los planes urbanísticos de estas ciudades, cuyo objetivo sería el de “ordenar” el número de viviendas en sus centros históricos o zonas de afluencia turística.

Entre las razones esgrimidas en los planes urbanísticos de estas ciudades para la regulación del uso turístico de las viviendas, destacan la necesidad de preservar el uso residencial de la vivienda, los problemas de convivencia entre residentes y turistas dentro de un mismo edificio o entorno y la necesidad de lograr un desarrollo más equilibrado de la actividad de alojamiento turístico en determinadas zonas de la ciudad.

La modificación de los planes urbanísticos para incorporar el uso turístico de las viviendas, con el objetivo de evitar incompatibilidades entre los usos turístico y residencial, establece una serie de barreras de entrada en el mercado para las viviendas de uso turístico que son, en muchos casos, insalvables.

Las restricciones impuestas sobre el uso turístico de las viviendas en edificios residenciales tendrían el objetivo de separar físicamente las viviendas de uso turístico de las viviendas de uso exclusivamente residencial, estableciendo, por un lado, cuál debe ser la ubicación de las primeras en los edificios (limitándolas a las plantas baja y primera de los mismos) y, por otro, aislando el acceso a las viviendas de uso turístico del resto de viviendas de uso exclusivamente residencial (estableciendo la obligación de contar con un acceso independiente al edificio para las primeras).

Además, se imponen restricciones con el objetivo de limitar el número de viviendas de uso turístico dentro de un mismo edificio, estableciendo la superficie máxima que deben ocupar las viviendas de uso turístico en un edificio o su número máximo dependiendo del número de plantas de este.

En relación con el posible fallo de mercado o razón imperiosa de interés general para la regulación del uso turístico de las viviendas, la Administración competente tendría que acreditar que estas viviendas efectivamente generan externalidades por usos incompatibles, que se manifiestan en forma de problemas de convivencia entre residentes y turistas dentro de un mismo edificio.

Aun existiendo estos problemas de convivencia, una solución más proporcionada sería recurrir a la normativa de la propiedad horizontal, que permite a la comunidad de vecinos limitar o prohibir las viviendas de uso turístico sin necesidad de limitar su número en un plan urbanístico. Como se ha mencionado anteriormente, para resolver los problemas de congestión en determinadas zonas de las ciudades, los instrumentos impositivos resultan más eficientes que la limitación del número de viviendas de uso turístico o su prohibición a través de los planes urbanísticos.

III. ACTUACIONES DE LA CNMC

La CNMC ha llevado a cabo una intensa labor en el ámbito de las viviendas de uso turístico a través de distintos instrumentos de promoción de la competencia, que se analizan a continuación.

III.1. Estudios

Los primeros análisis provienen de la realización de Estudios. En 2015, la CNMC inició el “Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa”, con el objetivo de analizar, desde un punto de vista económico, los nuevos modelos de prestación de servicios, sus causas y efectos, y la evaluación de la

regulación al respecto existente en España, con especial foco en el sector del transporte de viajeros y el sector de alojamiento turístico.

Posteriormente, la CNMC publicó el "Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España", donde se recoge la totalidad de la normativa aprobada hasta ese momento y se realiza un análisis exhaustivo de las restricciones que esta incluye, desde el punto de vista de la regulación económica eficiente.

III.2 Informes sobre normas

En paralelo a la realización de Estudios, la CNMC ha analizado diferentes propuestas normativas autonómicas y locales en materia de viviendas turísticas.

En 2015, la CNMC publicó un informe sobre viviendas de uso turístico en Aragón, elaborado a solicitud del Departamento de Economía y Empleo del Gobierno de Aragón, que subraya los principales condicionantes de acceso y ejercicio de la actividad, entre los que destacan el período máximo, la prohibición de la cesión por estancias, el régimen de autorización administrativa y la exigencia de requisitos técnicos no justificados.

En el año 2019, la CNMC ha informado el Proyecto de Decreto por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la región de Murcia y en Formentera. En ambos casos, la normativa presenta aspectos restrictivos como la cesión de la vivienda en su totalidad, limitaciones temporales (un máximo de 3 meses en el caso de Murcia) o limitaciones por usos de suelo, restricciones que se señalan como susceptibles de mejora en los textos normativos definitivos.

III.3 Impugnaciones

La CNMC, en virtud del artículo 5.4 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, está legitimada para impugnar ante los Tribunales las disposiciones generales de rango inferior a la ley de las que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Dada la abundante normativa surgida en los últimos años, la CNMC ha desplegado una gran actividad en este ámbito y ha impugnado en los últimos años normativa autonómica y local en la materia, por considerar que restringen la competencia y no respetan los principios de regulación económica eficiente invocando, principalmente, las obligaciones derivadas de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado (en adelante LGUM), derivadas de los preceptos de la Directiva de Servicios.

Algunos de los procesos que se analizan a continuación han finalizado su recorrido judicial y otros continúan abiertos en la actualidad, por lo que la doctrina al respecto es todavía incierta. A continuación, repasamos las principales actuaciones.

III.3.1 Madrid

En 2015, la CNMC impugnó el Decreto 79/2014 por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en la Comunidad de Madrid. El recurso se dirigió contra el artículo 17.3 del mismo, en virtud del cual las viviendas de uso turístico no podían contratarse por un período inferior a cinco días.

En la sentencia 291/2016, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso, declarando nulo dicho precepto, en la medida en que constituye una

“restricción injustificada” y un “obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva”, y en que las razones que se invocan para su establecimiento no responden a ninguna razón imperiosa de interés general, y no respetan la necesidad de la medida y a su proporcionalidad. Considera así que la persecución de objetivos relacionados con el control de la oferta o eventuales problemas de competencia desleal *“resultan excluidos como fines legítimos que justifiquen el interés público general a que debe atender la restricción, de conformidad con la normativa comunitaria y estatal que la traspone”*.

A este recurso dirigido a la normativa autonómica, se añade la impugnación de normativa municipal del Ayuntamiento de Madrid en 2018. En concreto, se impugnaron los siguientes acuerdos:

- i. Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana, de 23 de enero de 2018, sobre “Interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico”.
- ii. Acuerdo de la Junta de Gobierno de 1 de febrero de 2018, en virtud del cual se suspende la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades, excepto licencias de primera ocupación y funcionamiento, por un plazo de un año ampliable a otro más, en una serie de distritos de Madrid.
- iii. Apartado cuarto del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 26 de julio de 2018 por el que se aprueba parcialmente el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje.

En el primero de ellos, el Ayuntamiento exige una licencia para poder alquilar apartamentos y viviendas turísticas. En el segundo, se establece un periodo de un año, ampliable a otro más, hasta que se puedan otorgar de nuevo licencias en determinados distritos de la capital. Posteriormente, el recurso fue ampliado tras la aprobación del Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje (PEH). Junto con la aprobación inicial, el Ayuntamiento de Madrid suspendió la realización y el otorgamiento de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades en el ámbito del citado Plan por el plazo de un año.

El recurso interpuesto considera que estas medidas no se encuentran debidamente fundamentadas en los principios de necesidad y proporcionalidad propios de la regulación económica eficiente, exigibles en la medida en la que se limita o prohíbe el establecimiento o ejercicio de una actividad económica. El recurso se encuentra pendiente de resolución por los tribunales.

III.3.2 Canarias

En el mismo año, la CNMC interpuso un recurso contencioso administrativo contra diversos artículos del Decreto 113/2015 por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias estimó parcialmente el recurso, anulando los preceptos relativos a la prohibición de establecimiento de viviendas de uso turístico en suelo turístico, la imposibilidad de cesión por habitaciones, así como la obligación de inscripción en un registro, previo inicio de la actividad¹⁴. La sentencia, no

¹⁴ La Sentencia TSJIC (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 21 marzo 2017, Rec. 94/2015 anula los artículos 3.2, 12.1 y 13.3 y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 del [Decreto 113/2015](#).

obstante, no estima la solicitud de anulación de la CNMC de los requisitos relacionados con la exigencia de habitualidad, por considerarse que los no habituales no quedan prohibidos, sino que no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y por tanto son libres. Por otro lado, tampoco se estima la reclamación relacionada con el equipamiento mínimo exigido, la obligatoriedad de la placa distintiva y la introducción del número de registro en la publicidad del servicio, por no considerarse limitativos de la libertad de empresa.

La sentencia fue recurrida por el Gobierno de Canarias ante el Tribunal Supremo, que ratificó las tesis de la CNMC en enero de 2019¹⁵, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Así, el Tribunal Supremo avala el planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, considerando que el Gobierno de Canarias no acredita razón de imperioso interés general alguna que justifique la necesidad de excluir las viviendas vacacionales de las zonas turísticas. Considera que esa restricción *"es contraria al principio de libertad de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior"* y considera que esta restricción tiene la sola motivación de evitar que las viviendas vacacionales compitan con los alojamientos tradicionales (hoteleros y extrahoteleros) ubicados en zonas turísticas *"lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado"*. También rechaza que haya razones de interés general, vinculadas al orden público, para justificar la prohibición de alquiler habitaciones, en la medida en que considera que el Gobierno de Canarias no acredita que el alquiler de habitaciones con fines turísticos perturbe la convivencia vecinal y critica que no haya valorado otras formas menos restrictivas de corregir este posible problema.

III.3.3. Castilla y León

En 2017, la CNMC recurrió el Decreto 3/2017 por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León. La CNMC solicitó la anulación de las restricciones de la actividad establecidas por el mismo, a saber, el catálogo exhaustivo de requisitos técnicos y servicios mínimos, la exigencia de placa distintiva, la obligatoriedad de asistencia telefónica 24 horas (sin permitir vías alternativas de atención a los usuarios), la inclusión, con carácter orientativo de los precios en catálogos, directorios u otras plataformas, así como la prohibición de cesión por habitaciones y la fijación de criterios temporales para limitar la estancia —exigencia de habitualidad—¹⁶.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCL) estimó parcialmente el recurso¹⁷, anulando la prohibición de cesión por habitaciones. El tribunal consideró, en relación con el principio de protección del usuario turístico, que no resulta proporcionado exigir que un cliente, que solo desea contratar una habitación para alojarse, deba asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda.

No obstante, con respecto al resto de requisitos impugnados, el TSJCL no estimó su anulación. Así, en cuanto al régimen jurídico aplicable en función de elementos

¹⁵ Sentencia 25/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera.

¹⁶ En concreto, el recurso solicita la anulación de los artículos 3.2, 4.c), 4.d), 6, 7 a 12, 25 y 30.4 del [Decreto 3/2017](#).

¹⁷ Sentencia 86/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera.

temporales —exigencia de habitualidad—, considera que esta exigencia significa que los arrendamientos no habituales no quedan sometidos a intervención y son libres al no considerarse actividad turística. Con respecto a la exigencia de asistencia telefónica permanente, placa distintiva y condiciones técnicas mínimas, no se estiman innecesarios o desproporcionados, en observación de los derechos del usuario, en términos de calidad mínima exigible y seguridad. En cuanto a la inclusión de los precios, el Tribunal considera que no limita el ejercicio de la actividad comercial ni obstaculiza la existencia de competencia en el mercado, ni supone una carga para el prestatario de este servicio.

En octubre de 2018, la CNMC interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, admitido a trámite y pendiente de resolución en la actualidad.

III.3.4. Galicia

También en 2017, la CNMC impugnó el Decreto 12/2017 por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia. En concreto, se impugnaron las restricciones relacionadas con la obligatoriedad de ceder la vivienda en su totalidad, la limitación del alquiler a tres meses, la exigencia de un catálogo de requisitos técnicos y servicios mínimos a incluir en el alquiler (apartamentos y viviendas turísticas). Asimismo, se impugnó el hecho de que los Ayuntamientos y la regulación sectorial pudieran limitar el número de viviendas o prohibir la actividad. Por último, se impugnaron la prohibición de cesión por habitaciones, la imposición de cargas a la declaración responsable y la obligatoriedad de contar con unos requisitos y servicios mínimos (viviendas de uso turístico)¹⁸.

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó el recurso, dado que considera que los requisitos de prohibición de cesión por habitaciones y la exigencia de declaración previa se encuentran avalados por una disposición legal previa (la Ley 7/2001 de Turismo de Galicia). En esta misma línea, el Tribunal argumenta respecto a los requisitos mínimos de la vivienda ya que, dado que la mencionada Ley exige en su definición su disponibilidad inmediata, estos no resultan desproporcionados para atender tal exigencia legal. Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de limitación del número de viviendas por los Ayuntamientos y la posibilidad de prohibición de la actividad por la ordenación sectorial o la comunidad de vecinos, se argumenta que no se infringe la libertad de empresa, sino que la limita en aras [...] *de un interés general* (en referencia a las molestias causadas eventualmente a los vecinos) que ha de prevalecer y también es *merecedor de protección*.

Paralelamente al caso anterior, la CNMC interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo en octubre de 2018 y se encuentra pendiente de resolución.

III.3.5. Bilbao y San Sebastián

En 2018, la CNMC impugnó las modificaciones en la normativa local aprobadas en Bilbao y San Sebastián.

Con respecto a la primera, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, de 25 de enero de 2018, por el que se aprueba definitivamente la modificación pormenorizada

¹⁸ El recurso solicita la anulación de los artículos 4.2, 5.1, 5.2, 5.6, 9.1, 12, 14 a 26, 30.3, 39 y 40 del [Decreto 12/2017](#), por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la comunidad autónoma de Galicia.

del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao (PGOUB), introduce modificaciones respecto a regulación del uso de alojamiento turístico en la ciudad. En concreto, las viviendas de uso turístico se limitan a las plantas bajas o primeras de los inmuebles, salvo que tengan acceso independiente a la calle. Además, se exige autorización y registro para las viviendas de uso turístico y límites para las mismas. También se incluyen otros obstáculos, como exigencias de oferta máxima de tres habitaciones por vivienda y limitación a edificios de uso residencial.

La CNMC interpuso recurso contencioso-administrativo¹⁹ por considerar que la normativa de Bilbao establece barreras de entrada no necesarias ni proporcionales al mercado de la actividad económica de la explotación de viviendas para uso turístico, no justificadas por razones de imperioso interés general. En concreto, se impugnaron los artículos relacionados con la consideración de las viviendas de uso turístico como uso equipamental (en lugar de uso residencial), la limitación de que solo pueda desarrollarse la actividad en edificios residenciales, los requisitos de implantación en determinadas plantas de los edificios, la exigencia de informe urbanístico para poder operar, así como la limitación del alquiler turístico por habitaciones a un máximo de 3.

Sin embargo, el recurso ha sido recientemente desestimado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco²⁰. La sentencia está en línea con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que se analiza en el siguiente apartado, en la medida en la que valida la imposición de restricciones a las viviendas de uso turístico a través de planes urbanísticos.

Con respecto a la segunda, la CNMC impugnó en julio de 2018 una Ordenanza Municipal aprobada por el Ayuntamiento de San Sebastián en desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de la ciudad. El recurso²¹, pendiente de resolución, pone de relieve los efectos restrictivos a la competencia de la nueva normativa que, como en el caso anterior, incluye la limitación de las viviendas de uso turístico a las plantas bajas o primeras de los inmuebles —salvo que tengan acceso independiente a la calle— e introduce la zonificación de la ciudad, prohibiendo el establecimiento de nuevas viviendas turísticas en algunas zonas del centro de la ciudad.

III.4 Otras actuaciones

Más allá de las impugnaciones llevadas a cabo por la CNMC, cabe destacar otras actuaciones que contribuyen a ilustrar las tendencias jurisprudenciales actuales en el ámbito de la normativa reguladora de las viviendas de uso turístico comercializadas a través de plataformas digitales.

En primer lugar, la consideración de los servicios prestados por plataformas como servicios de sociedad de la información se ha afianzado con la reciente publicación de la Opinión del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²² sobre la cuestión prejudicial planteada al respecto por un tribunal francés. Considera este que *"un servicio consistente en poner en relación, a través de una plataforma electrónica, a potenciales arrendatarios con arrendadores que ofrecen prestaciones de alojamiento de corta duración, en una situación en la que el prestador de ese servicio no ejerce control*

¹⁹ El recurso solicita la anulación de los artículos 6.3.18, 6.3.19, 6.3.24 y 6.3.37 [modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao](#) en lo relativo a la regulación del uso del alojamiento turístico.

²⁰ Sentencia 292/2019 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

²¹ En concreto, el recurso contencioso administrativo presentado por la CNMC impugna los artículos 4.1, 4.2, 6, 13, 14, 15, 16.2, 18.2, 18.3.c), 21.3, y Disposición Adicional Única.

²² Opinión del Abogado General del 30 de abril de 2019 sobre el asunto C-390/18 Eoin Michael Hession y AIRBNB Ireland UC/Hôtelière Turenne SAS, Association pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP) y Valhotel.

alguno sobre las modalidades esenciales de dichas prestaciones, constituye un servicio de la sociedad de la información". Entiende, por tanto, que no se da el supuesto para entender que la plataforma presta el servicio subyacente porque no ejerce control o influencia decisiva sobre las condiciones de prestación —a diferencia de la interpretación realizada en la sentencia del TSJUE de 2017 al respecto de los servicios proporcionados por plataformas de transporte—²³.

En este sentido se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº11 de Barcelona en 2016 al estimar recurso de la plataforma Airbnb sobre una sanción impuesta por la Generalitat de Cataluña, al considerar que *"la realización de un proceso tecnológico o informático de aproximación entre cliente (usuario) y persona dispuesta a ceder por precio el uso temporal"*, no puede considerarse como actividad turística sino *"únicamente la de ofrecer un espacio abierto digital de comunicación por el que cobra una comisión"*.

En segundo lugar, en el ámbito municipal de España, destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que estimó en 2018 un recurso contra el Ayuntamiento de Oviedo²⁴ por denegar la licencia de actividad de vivienda para uso turístico. El tribunal rechazó una interpretación extensiva del uso terciario hotelero recogido en el Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad que asimila las viviendas turísticas a los hoteles, hostales, hoteles de apartamentos pensiones y similares, de modo que su cesión temporal no las convierte en establecimiento hotelero. Así, el Tribunal argumenta que *"la vivienda que se destina a alojamiento turístico temporal no pierde por ese hecho su carácter residencial"*, añadiendo que *"solamente en casos razonados, cuantificados y amparados en estudios, memorias o informes objetivos podrían apreciar las Administraciones públicas implicadas una situación de exceso de densidad de ocupación turística que pudiese aconsejar la limitación de tales usos o condicionarlo a una medida de intervención"*. Acota así la posibilidad de apelación a las razones de interés general, discutida habitualmente por la jurisprudencia en este contexto.

En sentido contrario se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Valencia²⁵, que estima la interpretación del PGOU que el Ayuntamiento de Valencia realiza para cesar la actividad de varias viviendas turísticas en el municipio. Considera el tribunal que *"la actividad de alojamiento en vivienda turística no puede ser considerada de uso residencial ya que no se destina al alojamiento permanente de personas, sino que proporciona alojamiento ocasional y transitorio"*, instando a que el propietario solicite un cambio de uso.

En la misma línea jurisprudencial se encuentra la sentencia²⁶ del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), que ha desestimado recientemente un recurso contencioso administrativo presentado contra el Plan Especial Urbanístico que regula los establecimientos de alojamiento turístico en la ciudad de Barcelona²⁷. Considera el

²³ La sentencia del TJUE de 20/12/2017 (asunto C-434/15, UberPOP) consideró a UberPOP como un servicio de transporte y no un servicio de la sociedad de la información porque este ejercía "una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores", en concreto, "establece el precio máximo de la carrera".

²⁴ Sentencia 937/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo.

²⁵ Sentencia 760/2018 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo.

²⁶ Sentencia 4207/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección tercera.

²⁷ Plan Especial Urbanístico para la regulación los establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona, aprobado por el Pleno del Consell Municipal del Ayuntamiento de Barcelona el 27 de enero de 2017.

tribunal que *"la motivación y justificación empleada en el caso por el planificador municipal y autonómico"* para justificar las limitaciones por usos del suelo que se introducen *"es suficientemente explicativa y reveladora de que nos hallamos ante una invocación de razones imperiosas de interés general en los términos de la Directiva 2006/123/CE"*. Entiende el tribunal, además, que se cumplen los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad exigibles.

La jurisprudencia actual resulta por tanto muy casuística, como se desprende del análisis realizado. La interpretación del marco normativo aplicable no resulta homogénea, lo que genera incertidumbre sobre la evolución del sector y refleja la necesidad de una armonización regulatoria.

IV. CONCLUSIONES

El desarrollo de las nuevas tecnologías de los últimos años y, en especial, la aparición de las plataformas digitales ha permitido un incremento considerable de la oferta del alojamiento turístico y ha facilitado la expansión de la oferta de viviendas de uso turístico.

La proliferación y popularización de plataformas digitales para el alquiler turístico ha proporcionado soluciones a los problemas tradicionales de información asimétrica propios del mercado de alojamiento turístico, incorporando mecanismos de reputación y valoración de las viviendas y de los propios usuarios.

La expansión de las viviendas de uso turístico ha supuesto una verdadera revolución en el mercado del alojamiento turístico, generando beneficios para los usuarios, para los ciudadanos y para la economía de las ciudades, en la medida en la que esta expansión ha intensificado la competencia entre alojamientos turísticos, propiciando menores precios, mayor variedad y mejoras de la calidad del conjunto de los alojamientos y ha contribuido a una utilización más eficiente de los espacios urbanos.

Los eventuales efectos negativos de las viviendas de uso turístico, relacionados con los precios de la vivienda, la convivencia vecinal o el medioambiente han sido utilizados como argumentos por las distintas administraciones para justificar regulaciones que resultan altamente restrictivas desde el punto de vista de la competencia.

La proliferación de normas autonómicas y locales sobre las viviendas turísticas en los últimos años ha configurado un marco normativo heterogéneo, lo que contribuye a la fragmentación del mercado y la inseguridad jurídica de ciudadanos, usuarios y operadores y evidencia la conveniencia de un ejercicio de armonización normativa.

La CNMC, en el marco de su actividad de promoción de la competencia, ha utilizado su labor consultiva y su capacidad para impugnar normas restrictivas de la competencia para promover la mejora de la regulación, de acuerdo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Esta actividad impugnatoria, junto con la realizada por operadores del mercado, ha dado lugar a una jurisprudencia heterogénea y, en algunos casos, contradictoria, lo que contribuye a la incertidumbre sobre el futuro de la regulación de las viviendas de uso turístico.

La doctrina del Tribunal Supremo al respecto determina la necesidad de acreditar las razones de imperioso interés general y el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad, recogidos en la Directiva de Servicios y el resto de

normativa aplicable. No obstante, los criterios no están siendo interpretados de manera uniforme por los tribunales, a la espera de nuevos pronunciamientos judiciales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CNMC (2015a): "IPN/CNMC/007/15: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón", *Comisión Nacional de los mercados y la Competencia*.
- CNMC (2015b): "LA/03/15: Informe económico sobre el Decreto 113/2015, de 22 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias", *Comisión Nacional de los mercados y la Competencia*.
- CNMC (2016): "Resultados preliminares. E/CNMC/004/15: Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa", *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.
- CNMC (2018a): "E/CNMC/003/18: Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España", *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.
- CNMC (2018b): "LA/04/2018: Informe económico sobre los Acuerdos del Ayuntamiento de Madrid en materia de alojamientos turísticos: licencia urbanística para viviendas de uso turístico profesional y moratorias", *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.
- CNMC (2018c): "LA/05/2018: Informe económico sobre la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico", *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.
- CNMC (2018d): "LA/06/2018: Informe económico sobre la Ordenanza municipal reguladora del uso de vivienda turística y de alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico del Ayuntamiento de San Sebastián", *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.
- CNMC (2019a): "IPN/CNMC/019/19: Proyecto de Reglamento 1/2019 del Consell Insular de Formentera por el que se desarrolla la actividad de comercialización de estancias turísticas en viviendas", *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.
- CNMC (2019b): IPN/CNMC/002/19: P.D. por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia, *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

