

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2019



fundación



ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2019

Dirección

LLUIS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

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 2019

Joan Ramon BORRELL
*Secció de Polítiques Públiques
Departament d'Econometria, Estadística i
Economia Aplicada
Institut d'Economia Aplicada (IREA)
Universitat de Barcelona
jrborrell@ub.edu*

Arturo CARRILLO PARRA
*Técnico de la Asesoría Jurídica de la CNMC
Universidad de Valladolid
arturo.carrillo@cnmc.es*

Carmen CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE
*Doctora en Derecho
Subdirectora de Vigilancia de la CNMC
carmenmaria.cerda@cnmc.es*

Javier CORONADO SALEH
*Doctor en Economía por la Universitat
Pompeu Fabra
Gerente del Instituto Nacional de Defensa de
la Competencia y de la Protección de la
Propiedad Intelectual (Indecopi)
jcoronado@indecopi.gob.pe*

Antoni CREUS CARRERAS
*Profesor del Máster de Derecho de Empresa
de la Universidad de Navarra
Abogado
creus.antonio@gmail.com*

Vania CRUZ DORREGO
*Máster en Derecho Internacional de los
Negocios por ESADE
Asesora Legal de la Comisión de Defensa de
la Libre Competencia del Indecopi
vcruz@indecopi.gob.pe*

Isabela DELGADO RUIZ-GALLARDÓN
*Técnico Comercial y Economista del Estado
Inspector de competencia en la Subdirección
de Industria y Energía
CNMC
isabela.delgado@cnmc.es*

Jorge EIRIZ MARTÍNEZ
*Técnico de la Subdirección de ayudas
públicas e informes de proyectos normativos
CNMC
jorge.eiriz@cnmc.es*

Carmen GARCÍA
*Facultad de Economía, Empresa y Turismo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
carmen.garcia@eui.eu*

Natura GRÀCIA
*Partner, Linklaters LLP
natura.gracia@linklaters.com*

Beatriz de GUINDOS TALAVERA
*Directora de Competencia de la CNMC
beatriz.deguindos@cnmc.es*

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

Fredrik LÖWHAGEN
*Counsel, Linklaters LLP
Fredrik.lowhagen@linklaters.com*

José Manuel ORDOÑEZ DE HARO
*Departamento de Teoría e Historia
Económica y Cátedra de Política de
Competencia, Universidad de Málaga*
jmoh@uma.es

Javier PORRAS BELARRA
*Doctor en Estudios Europeos. Profesor de
Derecho de la Unión Europea y Derecho
Internacional Público. Universidad CEU San
Pablo*
javier.porrasbelarra@ceu.es

José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ
*Doctor en Derecho
Responsable de Investigación de la Comisión
Gallega de
la Competencia, del Instituto Gallego de
Consumo y de la Competencia*
jarmiguez@gmail.com

Joaquín TOMAS VIDAL
*Técnico de la Subdirección de regulación de
comunicaciones electrónicas
CNMC*
joaquin.tomas@cnmc.es

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2019

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación Fundación ICO	9
Contribución de la política de competencia en España en la agenda 2030 Beatriz de GUINDOS TALAVERA.....	11
Comentarios a la Nueva Ley de Control de Concentraciones en Perú Javier CORONADO SALEH y Vania CRUZ DORREGO	37
Una revisión de 25 años de aplicación de los programas de clemencia en política de competencia en el mundo Joan Ramón BORRELL, Carmen GARCÍA, Juan Luis JIMÉNEZ y José Manuel ORDOÑEZ DE HARO	57
La Administración Pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional? Carmen CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE.....	73
Caducidad suspendida, se solicita volumen de negocios Antoni CREUS CARRERAS	97
A tale of two brothers and two legal orders: investment arbitration and EU state aid law Natura GRÀCIA & Fredrik LÖWHAGEN	141
Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control José Antonio RODRÍGUEZ MIGUEZ.....	165
Umbral de notificación: análisis comparativo entre España y la Unión Europea y los retos de la era digital Isabela DELGADO RUIZ-GALLARDÓN.....	205
Modelos de financiación de los servicios de interés económico general en la Unión Europea y apertura de facto a la competencia: La asignatura pendiente en España del servicio de transporte ferroviario de pasajeros Javier PORRAS BELARRA	233
Problemas de contratación pública en los servicios de telecomunicaciones. Recomendaciones para favorecer la competencia Jorge EIRIZ MARTÍNEZ	261

Retos de competencia en el despliegue 5G Jorge EIRIZ MARTÍNEZ y Joaquín TOMÁS VIDAL	279
El papel de la CNMC en la prohibición de contratar por falseamiento de competencia Arturo CARRILLO PARRA	299

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 al estudio de la política de 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.

La Fundación ICO, en su deseo de fomentar una mayor cultura de la Competencia, decidió en 2019 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.

En 2020, se ha seguido trabajando para poder publicar una nueva edición con la incorporación de artículos y autores que muestran un panorama de la actualidad de este campo, con importantes novedades. Nuestro agradecimiento por sus aportaciones, así como por la labor de su director, Lluís Cases.

Nos dirigimos hacia la celebración ya en 2021, de veinticinco años de la publicación sin interrupciones de esta obra, esperando poder seguir contribuyendo al conocimiento y divulgación del Derecho y Economía de la Competencia.

Fundación ICO

CONTRIBUCION DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN ESPAÑA EN LA AGENDA 2030

The Contribution of Competition Policy in Spain to the 2030 Agenda

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA¹

Directora de Competencia de la CNMC

RESUMEN

El marco legal de la política de competencia de la UE ha demostrado ser sólido y flexible para adaptarse a los cambios en los mercados con el fin de garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de consumidores y usuarios. Es importante que el marco de competencia de la UE siga siendo apropiado para un mundo que cambia rápidamente, adaptándose continuamente a una economía verde, digital e inclusiva.

En la normativa nacional y comunitaria de competencia vigente no existen previsiones específicas sobre objetivos de sostenibilidad. Por ello, cuando las autoridades de competencia deben evaluar acuerdos que persiguen objetivos de sostenibilidad, deben hacerlo bajo el marco general aplicable en cualquier análisis de competencia. De acuerdo con dicho marco legal, si el acuerdo restringiera la competencia, la autoridad deberá evaluar los beneficios económicos directos (ahorro en costes, innovación, calidad y otras eficiencias derivadas del acuerdo) para los consumidores y usuarios directamente afectados por el acuerdo.

En un contexto de recuperación post-Covid, en el que los compromisos de la Agenda 2030 devienen aún más necesarios para asegurar un crecimiento sostenible a futuro, el debate sobre la interrelación entre competencia y sostenibilidad resurge con fuerza pues existe el temor de que las reglas de competencia pudieran estar desincentivando iniciativas privadas sobre sostenibilidad.

Con el fin de proporcionar cierta seguridad jurídica sobre los acuerdos de sostenibilidad y su compatibilidad con la normativa de competencia podría ser conveniente incorporar una disposición específica a tal efecto en el Reglamento de Exención por Categorías de la Comisión Europea y las directrices sobre acuerdos de cooperación que se están revisando en este momento.

ABSTRACT

The legal framework of the EU competition policy has proved to be solid and flexible to adapt to changes in the markets in order to guarantee, preserve and promote the correct functioning, transparency and the existence of effective competition in all markets and productive sectors for the benefit of consumers and users. It is important that the EU's competition framework remains appropriate for a rapidly changing world, by continuously adapting to a modern green and digital economy.

¹ Las opiniones expresadas en este artículo son atribuibles únicamente a la autora y no a la institución para la que trabaja.

It is a fact that in the current Spanish and European competition regulations there are no specific provisions on sustainability objectives. For this reason, when the competition authorities must evaluate agreements that pursue sustainability objectives, we must do so under the general framework applicable in any competition analysis. Under this legal framework, if the agreement restricts competition, the authority must assess the direct economic benefits (cost savings, innovation, quality and other efficiencies derived from the agreement) for consumers and users directly affected by the agreement.

In the aftermath of the Covid crisis, in which the commitments of the 2030 Agenda have become even more necessary to ensure sustainable growth in the future, the debate on the interrelation between competition and sustainability is strongly re-emerging as there is a fear that competition rules could be hampering private initiatives on sustainability.

In order to provide certain legal certainty regarding sustainability agreements and their compatibility with competition law, it could be convenient to incorporate a specific provision for this purpose in the European Commission's Block Exemption Regulation and the guidelines on cooperation agreements that are reviewing right now.

Palabras clave: Política de competencia, sostenibilidad, objetivos de desarrollo sostenible, Agenda 2030, marco legal, Tratado de Funcionamiento de la UE, Ley de Defensa de la Competencia, directrices.

Keywords: Competition policy, sustainability, sustainable development goals, 2030 Agenda, legal framework, Treaty on the Functioning of the EU, Competition Act, guidelines.

I. INTRODUCCION: LA AGENDA 2030

I.1 Antecedentes

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030), también conocidos por sus siglas ODS, son una iniciativa impulsada por Naciones Unidas para dar continuidad a la agenda de desarrollo tras los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). Los Objetivos de Desarrollo del Milenio se lanzaron en el 2000 y fijaron el 2015 como fecha para lograr 8 objetivos y 28 metas.

En 2012 en la Conferencia sobre Desarrollo Sostenible Río+20 se creó un grupo de trabajo para desarrollar un conjunto de objetivos de desarrollo sostenible. Tras un año de trabajo, este grupo presentó la recomendación de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible con 169 metas a lograr en el periodo 2015-2030.

Mientras que los Objetivos del Milenio se centraron principalmente en la agenda social, los nuevos objetivos abordan temas interconectados del desarrollo sostenible como el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente.

Por otro lado, mientras que los Objetivos del Milenio estaban dirigidos a los países en desarrollo, en particular los más pobres, los objetivos de desarrollo sostenible se aplicarán a todos, países desarrollados y en desarrollo.

A diferencia de los ODM, que fueron elaborados por un grupo de expertos a puerta cerrada, los objetivos de desarrollo sostenible² son el resultado de un proceso de negociación que involucró a los 193 Estados Miembros de la ONU y también la participación de la sociedad civil y otras partes interesadas. El 25 de septiembre de 2015, los 193 dirigentes mundiales aprobaron en una cumbre celebrada en Nueva York en reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General, una Agenda que lleva por título "*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*", que entró en vigor el 1 de enero de 2016.³

En el caso concreto de España, el 29 de junio de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el "Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030" en cuya elaboración participaron todos los Departamentos Ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y organizaciones representativas de los agentes sociales y económicos. Con su adopción, y su presentación ante la comunidad internacional a través del primer Examen Nacional Voluntario (ENV) en el Foro Político de Alto Nivel de las Naciones Unidas en septiembre de 2019, el Gobierno de España y la sociedad española apostaron por hacer de la Agenda 2030 su proyecto de país. En este primer informe que se realiza en España sobre el seguimiento del Plan, se reconocía que se había completado el diseño de gobernanza de los objetivos y señalaba los pasos a seguir en el futuro. El informe también señalaba como próximos pasos la aceleración de ritmos de ejecución; facilitar la coordinación a través de la gobernanza reforzada; realizar un renovado de las políticas públicas; continuar informando y divulgando la Agenda 2030; y alinear el trabajo de todas las instituciones territoriales, entre otros objetivos.

Desde entonces, en torno a la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se está articulando en España una movilización sin precedentes de las

² Los 17 objetivos se enmarcan bajo los epígrafes: 1. El fin de la pobreza 2. Hambre cero 3. Salud y bienestar 4. Educación de calidad. 5. Igualdad de género 6. Agua Limpia y saneamiento 7. Energía asequible y no contaminante 8. Trabajo decente y crecimiento económico 9. Industria, Innovación e Infraestructuras 10. Reducción de las Desigualdades 11. Ciudades y Comunidades Sostenibles. 12. Producción y consumo responsables 13. Acción por el clima 14. Vida submarina 15. Vida de ecosistemas terrestres 16. Paz, justicia e instituciones sólidas 17. Alianzas para lograr los objetivos

³ Ver Anuario ICO 2015, "Competencia en los Organismos Multilaterales de Desarrollo: una perspectiva holística" (Beatriz de Guindos Talavera y Marianela López Galdós).

administraciones a nivel nacional, autonómico y local, de la ciudadanía y de los actores sociales, las empresas, universidades, centros de investigación y organizaciones de la sociedad civil, alrededor de una visión compartida.

I.2 Agenda 2030 – Informe progreso de España

La Secretaría de Estado para la Agenda 2030 de España se creó el 13 de enero de 2020 integrada en el nuevo Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. La Secretaría de Estado asumía las competencias del Gobierno de España relativas al compromiso adquirido por este de implementar la llamada Agenda 2030, es decir, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) establecidos por la Organización de las Naciones Unidas en 2015.

El 14 de julio de 2020 España publica su Informe Progreso en el que examina la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en nuestro país, y para ello analiza específicamente los avances y progresos realizados tomando como eje las políticas palanca establecidas en el Plan de Acción cuando se cumple un año del mismo, e incluyendo los retos derivados de la crisis sanitaria, económica y social y la respuesta que se ha desarrollado para hacer frente a sus consecuencias. Se trata, por tanto, del primer informe oficial en el que España rinde cuentas de su gestión. Un informe de cumplimiento anual por parte del gobierno que el Plan de Acción ya recoge.

I.3 Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) 2021-2030

El 22 de septiembre de 2020 se ha aprobado en el Consejo de Ministros el Segundo Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC). Este nuevo PNACC, que cubre el horizonte temporal 2021-2030, tiene como principal objetivo establecer una hoja de ruta que dé respuesta a las crecientes necesidades de adaptación al cambio climático en España, con el fin último de evitar o reducir los riesgos económicos, sociales y ecológicos y favorecer una mejor preparación para la recuperación tras los impactos.

El PNACC es un instrumento de planificación básico para promover la acción coordinada y coherente, desde una perspectiva transversal (desde distintos campos), multilateral (por parte de distintos actores) y multinivel (desde distintas escalas territoriales), para hacer frente fundamentalmente a la amenaza del cambio climático en los diferentes ámbitos de la sociedad.

Este instrumento define 81 líneas de acción a desarrollar en los diferentes sectores socioeconómicos organizadas a su vez en 18 ámbitos de trabajo, entre ellos, salud humana, agua y recursos hídricos, patrimonio natural, biodiversidad y áreas protegidas, costas y medio marino, protección forestal, lucha contra la desertificación, agricultura y ganadería o seguridad alimentaria.

Es innegable que diversos sectores clave de nuestra economía, como la agricultura, la silvicultura, el turismo o el transporte, dependen estrechamente del clima, pero también la salud humana, la biodiversidad o la vivienda. Por tanto, el PNACC se concibe como instrumento para mejorar nuestra capacidad de anticipación e identificar las mejores orientaciones para cada sector con el fin de contribuir a un desarrollo más sostenible.

El nuevo Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030 forma parte de una serie de instrumentos de planificación en materia de energía y clima orientados conjuntamente a evitar o reducir los peores efectos del cambio climático.

I.4 Declaración institucional con motivo del quinto aniversario de la Agenda 2030

El 22 de septiembre de 2020, Consejo de Ministros aprobó la declaración institucional con motivo del quinto aniversario de la Agenda 2030. En efecto, el 25 de septiembre se cumplieron cinco años desde que los Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron, en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Tras estos primeros años desde su adopción, el Gobierno de España renueva y fortalece su compromiso con la Agenda 2030 y los ODS, en un escenario de recuperación tras la crisis sanitaria y económica del COVID-19. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible han de articular el conjunto de las iniciativas públicas y privadas, garantizando la coherencia de las políticas con el desarrollo sostenible y la presencia de la Agenda 2030 como hilo conductor en todas las acciones.

II. LA POLITICA DE COMPETENCIA Y EL DESARROLLO

La integración de la política de competencia con otras políticas y la introducción de principios de competencia como elemento transversal a todas ellas puede hacer que esas políticas más amplias sean más eficaces. El objetivo final de la política de competencia es generar los incentivos adecuados para que las empresas mejoren su desempeño económico en relación con sus rivales reales y potenciales y, al hacerlo, ofrecer los mejores resultados para los consumidores y la economía en su conjunto.

Tal y como recogen numerosos estudios de economía del desarrollo, y muy particularmente los informes publicados por el Banco Mundial, la política industrial puede beneficiarse de la complementariedad con la política de competencia de muchas formas⁴. Algunos estudios encuentran que las políticas industriales sectoriales (como los subsidios o las moratorias fiscales) tienen un mayor impacto en el crecimiento de la productividad cuando se dirigen a sectores competitivos o cuando se asignan de tal manera que preservan o aumentan la competencia (por ejemplo, induciendo la entrada o el fomento de empresas más jóvenes). La política comercial es otra herramienta clave que los responsables de la formulación de políticas pueden utilizar para mejorar la competencia y el bienestar en ausencia de un marco de aplicación de la competencia. Por último, la aplicación de la ley de competencia puede complementar (y, en muchos casos, ser más eficaz para crear empresas productivas que redunden en más crecimiento y empleo) las medidas tradicionales de reducción de la pobreza, como las transferencias directas de efectivo por parte del estado a los sectores más vulnerables. Además, dado que una gran proporción de las transferencias de efectivo tiende a gastarse en alimentos y otros bienes básicos, es importante abordar los posibles comportamientos anticompetitivos en servicios básicos que reduzcan la eficacia de las políticas de redistribución de rentas.

Aunque los objetivos de la aplicación de la política de la competencia suelen ser garantizar un proceso competitivo eficaz, promover el bienestar del consumidor y mejorar la eficiencia, algunas leyes de competencia incluyen objetivos relacionados con la reducción de la pobreza y la desigualdad.

Una mayor competencia entre empresas tiene el potencial de impulsar el crecimiento a través de su impacto en la productividad y se reconoce cada vez más como un motor del bienestar a largo plazo. A pesar de ese hecho, las reformas de la competencia son difíciles de implementar. Una de las razones es la oposición de los grupos interesados que pueden salir perdiendo con estas reformas a corto plazo, y la frecuente falta de evidencia

⁴ Sara Nyman & Martha Martínez Licetti, The World Bank (2016), "Competition and poverty: How far have we come in understanding the connections?"

o voz del lado de aquellos que podrían beneficiarse de los efectos directos de una mayor competencia.

La política de competencia tiene el mayor impacto en los pobres cuando se aplica a los sectores en los que los pobres están más involucrados como consumidores, productores y empleados. La política de competencia debería tener un impacto progresivo en la distribución del bienestar en los sectores donde los hogares menos favorecidos están más involucrados que los hogares más ricos. Así, la introducción de competencia en determinados sectores resulta particularmente importante por su impacto sobre los más desfavorecidos:

- Los productos alimenticios y las bebidas no alcohólicas son, con mucho, el sector más importante para los consumidores vulnerables en términos de su participación en la cesta de la compra. También constituyen una proporción relativamente mayor de la cesta de la compra de los hogares menos favorecidos.
- El sector minorista también es importante para los consumidores como segmento final de la cadena de valor de alimentos y bebidas. También es un empleador importante.
- Los servicios como el transporte y las telecomunicaciones desempeñan un importante papel dinámico en la lucha contra la pobreza y la reducción de la desigualdad. Los consumidores más informados y más móviles tienen más posibilidades de cambiar de proveedor, lo que modera el poder de mercado de los proveedores. Los servicios también son un insumo importante para los emprendedores.
- Otros insumos agrícolas, como fertilizantes y semillas, son clave para los ingresos de los pequeños productores agrícolas.

En muchos casos, los mercados que son importantes para los consumidores más vulnerables son particularmente propensos a comportamientos anticompetitivos o están sujetos a regulaciones anticompetitivas.

Por ejemplo, servicios como la energía, las telecomunicaciones y el transporte, caracterizados por segmentos de mercado con monopolios naturales y efectos de red, son propensos a generar actores dominantes que, por tanto, es más probable que abusen de su posición dominante. La regulación ex ante a favor de la competencia resulta fundamental en estos casos, complementada con la intervención ex post de las autoridades de competencia.

Los alimentos básicos y los insumos agrícolas presentan características que se sabe que facilitan la formación y la duración de los cárteles, al igual que los servicios como el transporte.

La falta de competencia en los mercados de alimentos perjudica de manera desproporcionada a los consumidores pobres. Las intervenciones gubernamentales en los mercados de alimentos, como los aranceles de importación o los precios mínimos de apoyo, suelen justificarse como mecanismos para aumentar los ingresos de los productores agrícolas. Pero a menudo, en última instancia, perjudican a los pobres. Esto se debe a que elevan los precios de los alimentos para los consumidores, y la mayoría de los análisis empíricos sugieren que las capas más vulnerables de la sociedad tienden a ser consumidores netos de alimentos en lugar de productores netos.

Por ello, la evidencia empírica concluye que la falta de competencia en los mercados de insumos clave y entre los compradores intermedios puede perpetuar la pobreza.

En definitiva, la promoción y fomento de la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento básico para el desarrollo económico. La política de competencia no tiene como objetivo el desarrollo, pero sí es una política de acompañamiento de otras políticas que permiten lograr que el *“desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, garantice el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social”*.

III. CNMC Y SOSTENIBILIDAD

III.1 LA CNMC, modelo de institución integrada en la consecución de los objetivos de sostenibilidad

Mediante la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, surge la CNMC como resultado de la fusión de 7 órganos de regulación y competencia preexistentes (la Comisión Nacional de la Competencia –CNC-, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones –CMT-, la Comisión Nacional de la Energía –CNE-, la Comisión Nacional del Sector Postal –CNSP-, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales –CEMA- y el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria –CREA-). Así, la CNMC entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013 integrando la actividad y funciones de seis organismos, convirtiéndose en un modelo de integración de regulación y competencia poco frecuente en Europa, únicamente comparable al caso de la autoridad de los Países Bajos (*Authority for Consumers & Markets*, ACM), pues ésta integra también competencias en materia de telecomunicaciones, energía, transporte, postal y defensa de la competencia y, adicionalmente, competencias en materia de protección al consumidor.

Si bien el proceso de fusión iniciado hace seis años fue complejo y no faltó de críticas y temores respecto de su eficacia, nadie duda hoy que la CNMC tiene la capacidad para actuar y generar un impacto muy relevante sobre una gran variedad de mercados tanto desde la óptica de competencia como de regulación sectorial, influyendo decisivamente en el funcionamiento de los mercados. Tal y como reza la portada de la web de la CNMC, *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas”*. Una institución de esta naturaleza debe aspirar a transformar los mercados con el fin de asegurar su funcionamiento competitivo y eficiente, valiéndose para ello de los instrumentos de regulación y/o competencia más eficaces en cada caso. De ahí que la verdadera integración y funcionamiento coordinado de las distintas áreas de la institución sea crucial para asegurar la obtención de sinergias y alcanzar el objetivo común de actuación eficaz para el funcionamiento eficiente de los mercados.

Pues bien, la actuación integrada y coordinada en el seno de la CNMC necesariamente debe abarcar también la consecución de los objetivos de sostenibilidad que han pasado a ser parte fundamental de los planes estratégicos en Europa, en España y, por supuesto, en la propia CNMC. El plan estratégico de la CNMC⁵, aprobado en 2014 tras su constitución, es fruto de la labor de reflexión y aportaciones de los consejeros, las direcciones y departamentos de la CNMC, así como de la Consulta Pública realizada en abril de 2014. Se trata de un plan plurianual que define la misión y visión de la institución, con el objetivo de delinear una estrategia cuya aprobación es secundada y concretada

⁵ Ver <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-estrategico>

posteriormente mediante la aprobación de Planes anuales de acción o por planes concretos de actuación en los diversos ámbitos para los cuales es competente la CNMC.

En su objetivo tercero, el Plan Estratégico de la CNMC establece que ésta "aprovechará las sinergias derivadas de su estructura integrada, proporcionando a los problemas de mercado soluciones globales, que garanticen la mayor seguridad jurídica". Es decir, no solo la CNMC debe cumplir con las funciones que tiene encomendadas en materia de regulación y competencia, sino que además debe hacerlo de forma integrada y coordinada, aprovechando la absorción de los diversos organismos que la precedieron para una mejor utilización de los medios materiales y humanos disponibles, así como el logro de una acción común que evite los problemas derivados de las actuaciones separadas. Con este objetivo tercero se persigue, por tanto, ofrecer soluciones completas y definitivas y mejorar la seguridad jurídica de la intervención en los mercados.

Desde entonces, y en desarrollo de los objetivos del plan estratégico de carácter plurianual, se han aprobado seis Planes de Actuaciones anuales⁶, incluyendo una revisión del vigente Plan de Actuaciones 2020 para adaptarlo a las nuevas circunstancias derivadas de la pandemia provocada por el Covid-19. La crisis sanitaria tiene innumerables y profundas consecuencias en infinidad de ámbitos, incluidos aquellos que afectan a la CNMC. Ha sido necesario adaptarse a las nuevas circunstancias reajustando calendarios, introduciendo el teletrabajo y reaccionando rápidamente ante las nuevas necesidades surgidas, entre otras, en términos de evaluación y aplicación de normativa de emergencia, evaluación de acuerdos de cooperación para responder a los problemas planteados por la crisis sanitaria o adopción de medidas de protección individual y seguridad en el entorno laboral de la CNMC, entre otras.

Por lo que se refiere a objetivos concretos de sostenibilidad, éstos no son nuevos para la CNMC y se recogen en algunas de las acciones estratégicas de planes de actuación pasados, fundamentalmente en materia de regulación de los mercados de energía⁷. Sin embargo, el plan de Actuaciones 2020 adaptado tras la crisis del COVID19⁸ sin duda marca un antes y un después en el compromiso de la CNMC con los objetivos de desarrollo sostenible. En efecto, el Plan de Actuaciones 2020 revisado refleja un esfuerzo adicional de la CNMC para tomar conciencia de en qué medida sus acciones se alinean con los objetivos de la Agenda 2030, como se verá a continuación.

III.2 Contribución de la CNMC a la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible

Como es lógico, España se ha posicionado claramente a favor de la consecución de las metas de la Agenda 2030 para lo cual debe orientar su acción global como Estado hacia dichos objetivos. La CNMC, como parte del Sector Público español, no puede ser ajena a este objetivo y, por ello, en el Plan de Actuaciones revisado 2020 se recogen expresamente en el desarrollo de sus funciones las áreas de actuación que coadyuvan al logro de los ODS. En efecto, la CNMC, desde su independencia funcional, pero con sentido de Estado, quiere contribuir activamente a la consecución de unos objetivos que marcarán

⁶ Ver <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion>

⁷ Así, por ejemplo, en el Plan de Actuaciones de 2016 se recoge como objeto en materia de energía la modificación de las Circulares 1/2013 y 5/2012 para la aplicación de las nuevas obligaciones de Bio-carburantes y la sostenibilidad transitoria e Instrucciones del Sistema de Certificación de Bio-carburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte (SICBIOS), para poder seguir realizando la certificación de bio-carburantes. Igualmente, en el Plan de Actuaciones 2019 se incluye la previsión de Circulares de desarrollo normativo en aplicación del RDL 1/2019 para la adopción del nuevo marco de sostenibilidad económica del sistema eléctrico y gasista.

⁸ https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/202005_Plan_Actuaci%C3%B3n_2020_revisadoCOV ID19.pdf

el futuro. Se trata de una asunción plena y sincera, que persigue vincular cada una de las actuaciones de la CNMC como institución con alguno de los 17 ODS y evaluar con ello su contribución a esta Agenda 2030.

Así, el Plan de Actuaciones de 2020 incorpora, junto con otras actuaciones periódicas o iniciadas con anterioridad, una nueva estrategia de fomento del cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como nuevas iniciativas a lanzar o potenciar desde las distintas unidades que componen la CNMC con el fin de incrementar la eficacia en el desempeño de las funciones que tiene encomendadas y de adaptar el trabajo que desarrolla al contexto cambiante.

Se trata, en cierta medida, de una nueva acción estratégica que persigue definir cómo afrontar desde la CNMC el reto de la Agenda 2030 con una doble perspectiva: interna y externa. Desde la perspectiva interna, el objetivo a lograr es una gestión del organismo orientada a la consecución de los ODS dentro de la propia institución, es decir, gestionando la CNMC de forma sostenible. En este sentido, acciones encaminadas a promover el consumo de productos de proximidad y ecológicos en la CNMC, a asegurar la formación interna que permita acceder a otros puestos de trabajo dentro del organismo, o las acciones de mejora de la calidad institucional en términos de transparencia y rendición de cuentas son, sin duda, claros ejemplos y un paso en la buena dirección. En cuanto a la perspectiva externa de la nueva acción estratégica, ésta vendría a reflejar el potencial de la CNMC para dar contenido y cumplimiento a la Agenda 2030, a través de su actuación en los diferentes sectores regulados y supervisados.

Dada la amplitud de la cartera de competencias de la CNMC, su capacidad es inmensa para contribuir significativamente a esta ambiciosa agenda. Desde hace varios años, la CNMC viene llevando a cabo todo un elenco de actuaciones con incidencia directa o tangencial en algunos ODS que sin duda contribuyen a su consecución. Cabría citar, entre otras, la gestión del sistema de garantías de origen renovable que promueve la generación mediante fuentes limpias que reduzcan las emisiones de CO₂, o las exenciones de cómputo publicitario en emisiones televisivas de que gozan las entidades sin ánimo de lucro que promocionan campañas de lucha contra el hambre o la pobreza y que son autorizadas por la CNMC.

Sin embargo, el Plan de Actuaciones revisado 2020 supone un salto cualitativo en el compromiso de la CNMC con los ODS, explicitando en sus acciones 4.10 a 4.13 todas las acciones expresamente referidas a la identificación, seguimiento y publicidad de las acciones de la CNMC que contribuyan a alcanzar los ODS de la Agenda 2030.

Plan de Actuaciones revisado 2020

Acción Estratégica 4. Fomento de la responsabilidad social corporativa, potenciación del mérito y la capacidad en la selección de personal, mejora de la formación y creación de equipos multidisciplinares.

4.10. Identificar cómo contribuyen las acciones de la CNMC a los ODS de la Agenda 2030.

4.11. Desarrollar una herramienta digital que permita identificar, vigilar y reportar el cumplimiento por la CNMC de las acciones asociadas a ODS al menos una vez al año.

4.12. Crear un buzón específico para la comunicación interna y externa sobre la aportación de la CNMC al cumplimiento de los ODS.

4.13. Desarrollar una estrategia de comunicación respecto a la contribución de la CNMC a los ODS.

En efecto, en el nuevo plan se especifican algunas acciones concretas que persiguen, en primer lugar, identificar cómo interactúan las funciones de la CNMC con los diferentes ODS (acción 4.10) y, por otra, desarrollar una herramienta digital que permita vigilar y reportar el cumplimiento por la CNMC de las acciones asociadas a ODS al menos una vez al año (acción 4.11).

Para cumplir lo anterior, se añaden en el Plan algunas consideraciones de responsabilidades y rendición de cuentas que afectan en mayor medida al Departamento de Control Interno (DCI) y al de Comunicación. Así, se designa al DCI como el interlocutor natural con las diferentes Unidades y mediador y verificador de cada Acción Estratégica. Será este departamento el que desarrolle una herramienta digital que permita identificar, vigilar y reportar el cumplimiento.

Consecuentemente con lo anterior, y sin perjuicio de establecer la gestión de conflictos de intereses que pudiera acontecer dentro del propio Departamento de Control, se estipula por el Consejo de la CNMC la obligación del DCI de auditar una vez al año el cumplimiento y operatividad de esta acción. El resultado de esta Auditoría se hará público en la página web de la CNMC y será reportado a la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados y al Alto Comisionado para la Agenda 2030.

Adicionalmente, con el fin de dotar de dinamismo a la acción, se crea un buzón específico (ods@cnmc.es), en el que las diferentes unidades podrán consultar las dudas o señalar nuevas acciones que, de una forma u otra, puedan contribuir al desarrollo sostenible y no se hayan detectado en este primer plan (acción 4.12).

Por último, se ha previsto que el Departamento de Comunicación diseñe una nueva acción estratégica de comunicación con este fin, con modificación de la página web de la CNMC en este sentido si fuera necesario, e inclusión en las notas de prensa y demás soportes digitales periodísticos el logo de la Agenda 2030 (acción 4.13).

III.3 Principales medidas y actuaciones de la CNMC que contribuyen a los ODS

Tras la aprobación del Plan de Acción de la Agenda 2030 de 18 de julio de 2018, recogido en el Programa Nacional de Reformas de 2019, a finales del pasado año el Ministerio de Economía y Empresa comunicó a la CNMC la puesta en marcha de los trabajos que se iban a desarrollar en materia presupuestaria y el "Alineamiento de los

Presupuestos Generales del Estado con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030” por parte de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos y la Dirección General de Presupuestos. Con ello, se solicitaba a los diferentes departamentos ministeriales e instituciones que conforman la Administración General del Estado, incluida la CNMC, la remisión de documentación cumplimentada sobre su contribución a cada uno de los 17 ODS.

Como resultado, la CNMC ha llevado a cabo en los últimos meses un ejercicio pormenorizado de identificación de cada acción de la CNMC vinculada a alguno de los ODS y su contribución concreta al mismo. Se han identificado más de una decena de acciones en sus diferentes ámbitos de actuación vinculadas a distintos ODS.

Así, por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones, la CNMC articula el servicio universal de comunicaciones electrónicas que asegura el acceso a las comunicaciones electrónicas como servicio básico para personas con escasos recursos financieros, en conexión con el ODS1 (*Fin de la pobreza*). Igualmente, realiza actuaciones en los mercados de banda ancha que contribuyen a reforzar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible en conexión con el ODS 17 (*Alianzas para lograr los objetivos*). En lo que respecta a las competencias de la CNMC en el sector audiovisual, la CNMC es la encargada de controlar las obligaciones de servicio público de la Corporación RTVE y garantizar el cumplimiento de la normativa del sector audiovisual, promoviendo el estado de derecho, las libertades fundamentales y el acceso a la información mediante actividades de vigilancia, supervisión y control del sector, contribuyendo con ello a la consecución del ODS 16 (*Paz, justicia e instituciones sólidas*).

En lo que respecta a las competencias de la CNMC en los mercados de gas y electricidad, la CNMC realiza diversas actuaciones para promover la utilización de energías renovables: desarrolla las metodologías de retribución justa de las actividades de producción de energía eléctrica con energías renovables, promueve el autoconsumo eléctrico, gestiona el mecanismo de fomento del uso de combustibles renovables con fines de transporte, y regula la gestión del sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Todas estas actuaciones están sin duda estrechamente vinculadas a la consecución del ODS 13 (*Acción por el clima*). Adicionalmente, las funciones de la CNMC en materia de supervisión, control y gestión de liquidaciones de los mercados eléctrico y gasista, así como las propuestas normativas, informes y circulares sobre los mercados de gas y electricidad, persiguen lograr que los consumidores tengan acceso a una energía de calidad al menor precio posible, promoviendo a su vez la producción y utilización de las energías limpias-verdes-renovables, contribuyendo a la consecución del ODS 7 (*Energía asequible y no contaminante*). Por último, la CNMC hace seguimiento y promueve la normativa sobre el Bono Social eléctrico y térmico, un mecanismo de descuento en la factura, fijado por el Gobierno, con el fin de proteger a determinados colectivos de consumidores económica o socialmente más vulnerables, todo ello en línea con el ODS 1 (*Fin de la pobreza*).

En materia de transporte y sector postal, las funciones de control y supervisión del sector ferroviario y de las tarifas aeroportuarias, así como la revisión de precios y supervisión de las condiciones de prestación del servicio postal universal que tiene encomendadas la CNMC, contribuyen a que los transportes públicos y servicios postales sean asequibles, accesibles y sostenibles y favorecen la inclusión de las zonas rurales en el tejido económico de España, en sintonía con el ODS 11 (*Ciudades y comunidades sostenibles*).

A ello debe sumarse la participación activa de la CNMC en diversos foros internacionales en cada uno de estos ámbitos (telecomunicaciones, energía, transportes y sector postal) para mejorar la regulación, fomentar la capacitación técnica y las buenas

prácticas de sus países miembros, en conexión con los ODS 10 (*Reducción de las desigualdades*) y 16 (*Paz, justicia e instituciones sólidas*).

Por último, en materia de promoción y defensa de la competencia, su enfoque transversal en todos los sectores de la actividad permite llevar a cabo actuaciones en conexión con múltiples ODS. En términos generales, al garantizar la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos y el buen funcionamiento de éstos en beneficio de consumidores y usuarios, la CNMC realiza una contribución fundamental al ODS 8 (*Trabajo decente y crecimiento económico*), en línea con la evidencia empírica sobre los beneficios de la competencia en el crecimiento económico y el empleo.

Pero cabe también citar actuaciones más concretas que contribuyen a otros ODS adicionales. Así, por ejemplo, la mejora de los procedimientos de contratación y la prevención y persecución de conductas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación pública (optimizando el uso de fondos públicos) y privada (favoreciendo la competencia) contribuyen al ODS 12 (*Producción y consumo responsables*).

Por su parte, a través del control de concentraciones se favorece el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, promoviendo los procesos de consolidación eficiente en determinados mercados y la protección de los incentivos a innovar sin menoscabo del bienestar de los consumidores, en sintonía con el ODS 9 (*Industria, innovación e infraestructura*).

También son claros ejemplos los estudios y recomendaciones elaborados en el marco de las funciones de promoción de la competencia en múltiples sectores, como el sector farmacéutico, con el fin de mejorar la cobertura universal y el acceso a los medicamentos⁹ (ODS 3, *Salud y bienestar*), el sector del abastecimiento de aguas¹⁰ (ODS 6 *Agua limpia y saneamiento*) o la economía colaborativa¹¹ y los nuevos modelos de negocio como el desarrollo de las fintech¹² (ODS 9 *Industria, innovación e infraestructura*).

Por último, resulta inevitable referirse a determinados expedientes sancionadores en los que la conducta sancionada resultaba especialmente dañina para los colectivos más vulnerables de la sociedad, en conexión con el ODS 10 (*Reducción de las desigualdades*). Tal es el ejemplo del expediente sancionador que dismanteló el cartel de los productos absorbentes para la incontinencia grave de la orina en adultos (AIO)¹³, que permitía precios mucho más elevados de los AIO dispensados a través del canal farmacia. También cabe citar un número considerable de expedientes sancionadores relacionados con los sistemas de gestión de residuos, concretamente de vidrio, de neumáticos usados y de residuos sanitarios, en los que la extinta CNC sancionó abusos de posición de dominio y acuerdos de reparto de mercado por parte de los operadores encargados de su gestión, conductas que, lejos de contribuir a los objetivos medioambientales (como los previstos en el ODS 13 *Acción por el clima*), perjudicaban el funcionamiento competitivo del mercado y el acceso de nuevos productores a los sistemas de gestión.

⁹ Ver E/CNMC/003/15 ESTUDIO SOBRE EL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE MEDICAMENTOS <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00315>

¹⁰ Ver E/CNMC/007/19 ESTUDIO DE AGUAS URBANAS <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00719>

¹¹ Ver consulta pública lanzada por la CNMC <https://www.cnmc.es/la-cnmc-lanza-una-consulta-publica-sobre-la-economia-colaborativa-364683> y E/CNMC/003/18 ESTUDIO SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00318>

¹² Ver E/CNMC/001/18 ESTUDIO FINTECH <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00118>

¹³ Ver Expediente S/DC/0504/14 AIO <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc050414>

IV. COMPETENCIA Y SOSTENIBILIDAD

IV.1 Acuerdos de sostenibilidad desde la óptica de competencia

La persecución de conductas abusivas o colusorias, cuyos efectos anticompetitivos sean además contrarios a los objetivos de sostenibilidad, resulta incuestionable para las autoridades de competencia. Por el contrario, una cuestión debatida desde hace tiempo es la compatibilidad con la normativa de competencia de los propios acuerdos de sostenibilidad entre competidores.

Por acuerdos de sostenibilidad debemos referirnos a acuerdos entre empresas competidoras, activas en un sector concreto, sobre estándares de producción o distribución de sus productos o sobre los sistemas de compra de sus insumos, con el propósito de alcanzar un objetivo de sostenibilidad, como puede ser prevenir el calentamiento global, proteger el bienestar animal o contribuir al comercio justo.

Con frecuencia, el sector privado ha reprochado a las autoridades de competencia el desincentivo que éstas generan a que se alcancen acuerdos de esta naturaleza, ante los riesgos de incurrir en conductas contrarias a la normativa de competencia y ser sancionadas las empresas que formen parte de dicho acuerdo.

Los objetivos de políticas públicas y el fomento de bienes públicos son tradicionalmente promovidos a través de regulaciones específicas, como las limitaciones a las emisiones de carbono, la normativa sobre residuos y economía circular o políticas sociales de educación, salud, bienestar, etc. Sin embargo, la iniciativa privada puede aportar soluciones a algunas de estas cuestiones, en muchas ocasiones con mayor agilidad que la regulación, cuyo proceso de tramitación y puesta en marcha suele ser largo. Cuando dicha iniciativa privada no es individual sino colectiva dentro de un mismo sector o mercado, las empresas están sujetas a lo previsto en los artículos 1 LDC y 101 TFUE, pues si bien el objetivo perseguido puede ser muy loable, la cooperación entre ellas, al ser empresas competidoras en un mismo mercado, puede restringir la competencia. En estos casos, debe evaluarse en primer lugar si dichos acuerdos están incursos en las prohibiciones recogidas en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), o su equivalente nacional, el artículo 1 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) y, en tal caso, si pueden beneficiarse de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC y/o 101.3 TFUE, como se analizará posteriormente.

Por otra parte, estos supuestos acuerdos de sostenibilidad no deben emplearse para ocultar conductas constitutivas de cartel (los llamados *green washing agreements*) consistentes, por ejemplo, en acordar un incremento de precios derivado de los mayores costes para hacer frente a determinadas medidas medioambientales. En esos casos, los acuerdos deben ser tratados como infracciones por objeto, en los que cabe presumir que existen efectos anticompetitivos y a los que difícilmente las eficiencias a las que aluden los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC resulten aplicables para compensar la restricción de competencia.

IV.2 Encaje de los objetivos de sostenibilidad en el marco jurídico vigente de defensa de la competencia

En la normativa nacional y comunitaria de competencia vigente no existen previsiones específicas sobre objetivos de sostenibilidad. Por ello, cuando las autoridades de competencia deben evaluar este tipo de acuerdos que persiguen objetivos de sostenibilidad, deben hacerlo bajo el marco general aplicable en cualquier análisis de competencia. Si el acuerdo restringiera la competencia, la autoridad deberá evaluar los beneficios económicos directos (ahorro en costes, innovación, calidad y otras eficiencias

derivadas del acuerdo) para los consumidores y usuarios directamente afectados por el acuerdo¹⁴.

En efecto, a continuación de las prohibiciones recogidas en los artículos 101 TFUE y 1 LDC, que se refieren a acuerdos y prácticas anticompetitivas, la normativa vigente excluye de la prohibición aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos (artículos 101.3 del TFUE¹⁵ y 1.3 de la LDC¹⁶). En esencia, las prohibiciones dejan de ser aplicables a aquellas restricciones de la competencia proporcionales a los beneficios que generan en términos de eficiencia en la asignación de recursos y, por tanto, de bienestar general. Con el fin de reforzar la seguridad jurídica de estas exenciones, los Reglamentos comunitarios de exención por categorías juegan un rol fundamental tanto en el ámbito comunitario como nacional.

Adicionalmente, en la LDC se establece la posibilidad de que el Gobierno apruebe este tipo de exenciones para aquellos acuerdos que no afecten al comercio entre Estados miembros¹⁷. Asimismo, se contempla un sistema en línea con el comunitario para las declaraciones de inaplicabilidad de las prohibiciones a una conducta concreta, cuando así lo requiera el interés público, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 o bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo¹⁸.

Por último, el artículo 10 de la LDC referido a los criterios de valoración sustantiva de las concentraciones económicas¹⁹, recoge una serie de supuestos en los que el Consejo de Ministros podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de

¹⁴ Ver las contribuciones a la mesa redonda sobre acuerdos horizontales en el contexto medioambiental organizada por la OCDE en 2010 <http://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf>

¹⁵ Apartado 3 del artículo 101 TFUE:

"No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,*
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,*
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,*

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los*

productos de que se trate."

¹⁶ Apartado 3 del artículo 1 LDC:

"La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados."

¹⁷ Apartado 5 del artículo 1 LDC:

"5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia."

¹⁸ Artículo 6 LDC sobre Declaraciones de inaplicabilidad:

"Cuando así lo requiera el interés público, la Comisión Nacional de la Competencia, mediante decisión adoptada de oficio, podrá declarar, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia, que el artículo 1 no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 o bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Dicha declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al artículo 2 de esta Ley."

¹⁹ Apartado 4 del artículo 10 LDC:

"4. El Consejo de Ministros, a efectos de lo previsto en el artículo 60 de esta Ley, podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia.

En particular, se entenderá como tales los siguientes:

- a) defensa y seguridad nacional,*
- b) protección de la seguridad o salud públicas,*
- c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,*
- d) protección del medio ambiente,*
- e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,*
- f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial."*

interés general distintos de la defensa de la competencia e incluye, entre otras, la protección del medioambiente o de la salud públicas, que guardarían estrecha relación con alguno de los ODS.

Por tanto, el marco legal bajo el cual la CNMC y las autoridades europeas de competencia deben analizar los acuerdos de sostenibilidad es el que proporcionan los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC y la jurisprudencia relacionada. Cabría plantearse si este marco legal vigente, aun no contando expresamente con previsiones relativas a objetivos de sostenibilidad, puede abrazar los mismos, por ejemplo, teniendo en cuenta las eficiencias que las conductas encaminadas a alcanzar tales objetivos puedan suponer, siempre y cuando éstas compensen las restricciones a la competencia que pudieran derivarse de dichas conductas.

Supongamos, por ejemplo, bajo la óptica del artículo 101 TFUE y 1 LDC un acuerdo entre competidores en una industria concreta, consistente en fijar unos mismos objetivos, más ambiciosos que los preexistentes, de emisiones de carbono. ¿Podría en este caso la autoridad de competencia valorar una exención de las conductas enjuiciadas sobre la base del análisis de eficiencias anteriormente mencionado? En términos similares cabría plantearse la compatibilidad de determinadas conductas con los artículos 102 TFUE y 2 LDC, como por ejemplo la negativa de una empresa con posición de dominio a suministrar un insumo a una empresa altamente contaminante. ¿Podría la autoridad de competencia considerar que existe una justificación objetiva para dicha negativa de suministro?

Estamos ante un debate más vivo que nunca, en el que determinadas autoridades empiezan a posicionarse a favor de directrices claras que permitan avanzar en esta dirección. Sin embargo, la cuestión del encaje legal no es en absoluto sencilla ni pacífica y no resulta automático que, mediante directrices o comunicaciones orientativas, y por tanto no vinculantes, pueda superarse. En efecto, la exención prevista en los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC y su normativa de desarrollo establece la exigencia de un vínculo directo entre las eficiencias o ventajas de la conducta y los consumidores o usuarios directamente afectados por la misma. Sin embargo, muchas de las eficiencias alegadas, por ejemplo, en materia de sostenibilidad ambiental, tienen como beneficiarios a la sociedad en su conjunto, y no necesaria o únicamente a los consumidores afectados directamente por la conducta investigada. ¿Cabe en estos supuestos valorar si las eficiencias sobre el conjunto de la sociedad –y no sobre los consumidores afectados directamente por la conducta- compensan la restricción generada por la conducta y ser ésta merecedora de la exención? De nuevo, la respuesta a esta pregunta no es en absoluto pacífica y la jurisprudencia nacional y comunitaria sobre exenciones resulta poco concluyente a este respecto.

Algunas autoridades defienden una interpretación más amplia del artículo 101.3 TFUE, que abarque un concepto de "*fair share*" que no exija compensación total del consumidor afectado por la conducta sino la de la sociedad en su conjunto, que se beneficia de las medidas adoptadas más que proporcionalmente a los efectos negativos sobre los consumidores directos. Es decir, abogan por una consideración de las externalidades positivas de la conducta que benefician a muchos y que compensan la restricción sufrida por unos pocos.

Pero la cuestión no es en absoluto baladí: en muchos casos, se trata de externalidades macroeconómicas a largo plazo (por ejemplo: la reducción de emisiones de CO₂) las que deben compensar efectos directos sobre determinados consumidores afectados a corto plazo. Un claro ejemplo lo encontramos en la transformación de industrias hacia medios de producción más limpios, que provocan subidas de precios a corto plazo para sus consumidores actuales y solo un efecto positivo en el medioambiente a medio o largo plazo. Estos efectos intergeneracionales, que muchas veces son también efectos entre países que adoptan medidas de sostenibilidad y los que no, o entre empresas

que las adoptan y las que no, son de difícil medición y suelen tener un alto coste social. Por ello, muchos expertos señalan que sólo mediante medidas transversales y horizontales que afecten por completo a una industria pueden conseguirse ambos objetivos: ser un auténtico punto de inflexión en la transición hacia una economía de emisiones cero y evitar el incentivo perverso a que solo unos pocos lleven a cabo las medidas de sostenibilidad y asuman la totalidad del coste social (por ejemplo, en forma de caída de ventas por el encarecimiento de su producto) en beneficio de los que decidan no llevarlas a cabo.

En todo caso, sí existe consenso en torno a una cuestión: los objetivos de sostenibilidad no pueden ser nunca una excusa para “blanquear” cárteles entre competidores. Los operadores que aleguen la aplicación de la exención prevista en la normativa, deben hacerlo sobre la base de evidencia y legitimidad claras. En muchos casos, acuerdos encaminados a favorecer un desarrollo más sostenible ni siquiera estarán incursos en la prohibición del artículo 101 TFUE y 1 LDC. Pensemos por ejemplo en acuerdos sectoriales que fijen objetivos medioambientales o de salud y bienestar de los ciudadanos y los medios técnicos para conseguirlo, y en los que claramente no se esté disfrazando un acuerdo entre competidores para elevar precios o no competir en otros parámetros propios de una sana competencia (como la calidad o la innovación).

IV.3 Algunas iniciativas a nivel europeo

Como es sabido, existe una aplicación paralela de las normas comunitarias de competencia por parte de la Comisión Europea y los 27 EEMM. Esto exige coherencia interna en la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE con el fin de garantizar que la cuantía de la sanción a las empresas que infringen dichos preceptos no dependa del lugar –Estado miembro– en el que se producen tales infracciones. Precisamente con este objetivo se ha aprobado recientemente la Directiva 2019/1 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre la competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, más conocida como Directiva ECN+, cuyo plazo de trasposición expirará a principios de 2021. La Directiva ECN+ supone una armonización mínima de cuestiones como los poderes de investigación, la fijación de multas disuasorias, la aplicación de programas de clemencia eficientes o la cooperación efectiva en el seno de la red de autoridades europeas de competencia –ECN en sus siglas en inglés–. Se trata de un nuevo elemento clave en el conjunto de piezas que conforman la legislación comunitaria de competencia y sus comunicaciones interpretativas, que persiguen asegurar un *level playing field* también en lo que a la aplicación de las normas de competencia se refiere dentro de la UE.

Es por ello que, recientemente, se han alzado voces dentro de la ECN pidiendo una guía orientativa en materia de sostenibilidad que asegure también una aplicación coherente de las normas de competencia en relación con esta materia.

IV.3.1 Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales

En el pasado, la Comisión ha considerado que hay algunos acuerdos de sostenibilidad que estarían fuera del ámbito de la prohibición del artículo 101.1, como fueron los asuntos JAMA y KAMA sobre reducción de emisiones acordadas entre productores sin imponer obligaciones precisas en cuanto al método para conseguirlo²⁰. No obstante, cuando las

²⁰ Ver Asuntos JAMA (Case IV/F-2/37.634) y KAMA (Case IV/F-2/37.611) en los que las asociaciones japonesa y coreana de fabricantes de automóviles imponían un objetivo no sobre cada fabricante individual sino una media para todos sus miembros. Así, cada fabricante era libre para desarrollar e introducir nuevas tecnologías eficientes sobre emisión de CO2 de manera independiente y en competencia entre ellos.

empresas alcancen un acuerdo e invoquen motivos de sostenibilidad para justificar su compatibilidad con las normas de competencia, dichos acuerdos deben evaluarse a través de la vía del artículo 101.3 del TFUE, como se ha señalado anteriormente.

Para ello, la CE ha elaborado una serie de directrices que permiten evaluar la posibilidad de aplicar la exención a determinados acuerdos. Concretamente, cabe citar la *Comunicación (2004/C 101/08) de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado* (actualmente, apartado 3 del artículo 101TFUE)²¹ de 2004. Dichas directrices establecen la interpretación de la Comisión sobre las condiciones de exención contenidas en dicho artículo, el marco analítico para su aplicación y ofrecen orientación sobre su aplicación a casos individuales.

Por su parte, existe el llamado "bloque de exención horizontal" conformado por los Reglamentos (EU) No 1217/2010 de Acuerdos de I+D y (EU) No 1218/2010 de Acuerdos de Especialización, cuyo objetivo es facilitar la cooperación que resulte económicamente deseable sin que se produzcan efectos adversos en forma de restricciones a la competencia. Junto con estos dos reglamentos, la *Comunicación de la Comisión (2011/C 33/08) que recoge las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*²² sienta los principios aplicables a la evaluación de conformidad con el artículo 101TFUE (y el equivalente nacional 1LDC) de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas relativos a la cooperación horizontal, es decir, a la cooperación entre competidores reales o potenciales o entre empresas que sin ser competidores potenciales operan en los mismos mercados de producto pero en mercados geográficos diferentes.

A diferencia de las directrices horizontales previas, de 2001, las Directrices vigentes de acuerdos horizontales de 2011 no contienen un capítulo separado referente a los acuerdos sobre medioambiente. Concretamente, las Directrices horizontales actuales señalan que *"la determinación de los estándares, que era el objeto principal del antiguo capítulo relativo a los acuerdos sobre medio ambiente, se contempla con mayor propiedad en el capítulo de las presentes Directrices referente a la estandarización. Por lo general, en función de los problemas de competencia que planteen los acuerdos sobre medio ambiente, se deberán evaluar con arreglo al capítulo pertinente de las presentes Directrices, a saber, el relativo a los acuerdos de I+D, de producción, de comercialización o de estandarización"*.

No existe, por tanto, en las directrices horizontales actuales una referencia expresa a los acuerdos de sostenibilidad en general, ni a los acuerdos sobre medioambiente, en particular.

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia existente, se ha optado por una interpretación del artículo 101.3 TFUE basada esencialmente en criterios económicos, que dificulta el cumplimiento de los requisitos exigidos por los acuerdos de sostenibilidad. En concreto, éste es el caso del requisito relativo a la mejora de la producción, comercialización y distribución, o a promover el progreso técnico o económico, pues muchos de estos acuerdos conllevan externalidades positivas para la sociedad en su conjunto que difícilmente pueden encuadrarse en los requisitos cuantitativos y cumulativos del 101.3 TFUE. Es por ello que, para que dichos acuerdos pudieran tener un mejor encaje, debería darse cabida a criterios interpretativos de índole cualitativa o a la consideración de las externalidades.

²¹ Ver [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=EN)

²² Ver [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)

Por otro lado, el requisito de la participación equitativa en los beneficios de los usuarios y consumidores se ha interpretado igualmente de forma estricta, vinculándolo a los consumidores de los mercados afectados, cuando realmente en muchos casos estos acuerdos reportan un beneficio a la sociedad en su conjunto, como ya se ha señalado.

Por todo ello, se considera que la mejor forma de acabar con la inseguridad jurídica actual sobre los acuerdos de sostenibilidad y su compatibilidad con el derecho de la competencia, sería mediante la incorporación de una regulación específica de dichos acuerdos en las directrices de la Comisión sobre acuerdos de cooperación que están siendo revisadas precisamente ahora.

En efecto, en noviembre de 2019 la Comisión Europea lanzó una consulta pública para revisar el bloque de exención horizontal cuya vigencia expirará el próximo 22 de diciembre de 2022. La fase de consulta pública ha concluido satisfactoriamente, con un total de 77 contribuciones. La evaluación de impacto está prevista para 2021, por lo que la CE está trabajando intensamente, junto con las autoridades nacionales de la competencia en el marco de la ECN, en los documentos de trabajo que servirán de base para evaluar si los reglamentos de exención deben prorrogarse, modificarse o expirar definitivamente.

En el contexto actual de compromiso de Europa con la Agenda 2030 y su plasmación en estrategias como el Pacto Verde Europeo (*Green Deal*) de la nueva Comisión, surge la oportunidad de clarificar las directrices horizontales en lo que se refiere a los acuerdos de sostenibilidad. Recientemente, la Vicepresidenta Europea para la Era Digital y Comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, ha anunciado públicamente que la Comisión iniciará una consulta pública próximamente para recabar de los distintos agentes interesados propuestas para mejorar la interrelación entre las políticas de sostenibilidad y las reglas de competencia²³. El proceso de consulta culminará con una conferencia en 2021 que permitirá atraer las diferentes perspectivas sobre esta materia, con el fin de que las normas de competencia, sin ser la política más efectiva para lograr los objetivos de una Europa más verde, pueda aportar su granito de arena y apoyar el *Green Deal*²⁴.

La experiencia reciente en la evaluación de acuerdos de cooperación para hacer frente a los efectos de la crisis del COVID-19, sobre la base de la jurisprudencia del artículo 101.3 TFUE y el marco temporal para la evaluación de este tipo de acuerdos aprobado por la Comisión Europea, ha puesto de manifiesto la capacidad, agilidad y eficacia de las autoridades comunitarias y nacionales para dar una respuesta rápida sobre la compatibilidad de dichos acuerdos con las normas de competencia. Esta experiencia puede ser muy valiosa para establecer un marco de actuación futuro que otorgue seguridad jurídica en el caso de los acuerdos de sostenibilidad.

IV.3.2 Borrador de directrices sobre acuerdos de sostenibilidad de la ACM

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos en el asunto Urgenda ha marcado un punto de inflexión en la consideración de las cuestiones de sostenibilidad en dicho país²⁵. Esta sentencia de 20 de diciembre de 2019 se hacía eco de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida y a la vida privada y familiar de sus residentes tal y como establecen los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Reconocía, igualmente, que existe un riesgo serio de que la amenaza del cambio climático afecte a la generación actual de habitantes de los Países Bajos que podrían perder la vida

²³ Ver Discurso de la Vicepresidenta Europea para la Era Digital y Comisaria Margrethe Vestager "The Green Deal and Competition" de 22 de septiembre de 2020 https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/green-deal-and-competition-policy_en

²⁴ Ver https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es

²⁵ Ver <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>

y/o ver alterada su vida familiar. Finalmente, la Sentencia obliga al gobierno holandés a reducir las emisiones inmediatamente en línea con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Se trata de una sentencia histórica para los defensores del medioambiente, que ha dado lugar a que Gobierno e instituciones públicas asuman la obligación de dar respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo y lleven a cabo aquellas actuaciones que les permitan cumplir con las obligaciones que éste les atribuye en materia de sostenibilidad.

Así, el pasado mes de julio, la ACM lanzó a consulta pública un borrador de directrices sobre acuerdos de sostenibilidad²⁶. Estas Directrices pretenden proporcionar unas pautas y una explicación práctica de la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de sostenibilidad, aclarando qué iniciativas conjuntas de sostenibilidad estarían permitidas en el sector privado.

Las Directrices incluyen una definición del concepto amplio de desarrollo sostenible en línea con la resolución 66/288 de la ONU de 2012 que define el desarrollo sostenible como el "*desarrollo hacia un futuro económico, social y ambientalmente sostenible para la Tierra y para las generaciones presentes y futuras*". Esto incluye la protección del medioambiente, la biodiversidad, el clima, la salud pública, el bienestar animal y el comercio justo. Por lo tanto, la ACM considera que los acuerdos de sostenibilidad incluyen cualquier acuerdo entre empresas y decisiones de asociaciones de empresas destinadas a identificar, prevenir, limitar o restaurar el impacto negativo de las actividades económicas en los seres humanos (incluidas sus condiciones de trabajo), los animales, el medio ambiente o la naturaleza.

De acuerdo con el borrador de directrices, se permiten tres tipos de acuerdos de sostenibilidad:

- a. Acuerdos que no restrinjan, distorsionen o eliminen la competencia.
- b. Acuerdos que (potencialmente) restringen la competencia, pero están exentos porque cumplen con los criterios del artículo 6, apartado 3, de la Ley de competencia holandesa (equivalente al artículo 101.3 TFUE). En estos casos, se considera que los beneficios de la sostenibilidad superan los efectos restrictivos de la competencia.
- c. Acuerdos que restrinjan la competencia y no cumplan con los criterios del art. 6 (3), pero podrían ser potencialmente eximidos de la ley de competencia holandesa por el ministro holandés de Asuntos Económicos y Clima mediante la aplicación del proyecto de Ley para iniciativas de sostenibilidad que está pendiente de tramitación en el Parlamento holandés.

La principal novedad que aporta la propuesta holandesa es el hecho de que, si las empresas no tienen certeza sobre la compatibilidad de un acuerdo de sostenibilidad y éste se pudiera enmarcar en una de las situaciones descritas en las Directrices, se les invita a enviar su acuerdo a ACM con fines consultivos. La evaluación debe llevarse a cabo sobre la base de las siguientes cuatro condiciones (acumulativas):

- El acuerdo proporciona ganancias de eficiencia, incluidos beneficios de sostenibilidad;
- Los usuarios de los productos en cuestión reciben una parte justa de esos beneficios;
- La restricción de la competencia es necesaria para lograr los beneficios y no va más allá de lo necesario;

²⁶ Ver <https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements>

- No se elimina la competencia en una parte sustancial de los productos en cuestión.

Sin embargo, el borrador considera que los acuerdos de sostenibilidad, en general, no serán anticompetitivos si no afectan o no afectan sustancialmente a la competencia sobre la base de parámetros importantes de competencia como son el precio, la calidad, la variedad, el servicio y el método de distribución. En este sentido, la ACM señala como categorías de acuerdos de sostenibilidad que en principio no son anticompetitivos y, por lo tanto, están permitidos, los acuerdos que estimulen a las empresas a realizar una contribución positiva a un objetivo de sostenibilidad, sin ser obligatorios para las empresas individuales; los códigos que regulan el comportamiento del mercado consciente del medioambiente o del clima; los acuerdos destinados a mejorar la calidad de los productos de tal manera que ciertos productos que se fabrican u ofrecen en condiciones menos sostenibles ya no se venden; y las iniciativas que crean nuevos productos o mercados sostenibles requiriendo una iniciativa conjunta para tener suficientes materiales de producción, incluidos los conocimientos técnicos, o para alcanzar una escala suficiente.

Por otra parte, la propuesta de directrices considera que un acuerdo recoge un adecuado reparto de beneficios cuando se dan los siguientes requisitos: existe una norma que establece el cumplimiento de un objetivo medioambiental para el gobierno, y el acuerdo realiza una contribución eficiente al cumplimiento de este objetivo establecido por la norma.

Cabe destacar como aspecto especialmente novedoso de este borrador de directrices la consideración de una evaluación no solo cuantitativa (como pudiera ser el porcentaje de reducción de emisiones de carbono) sino también cualitativa en determinados casos:

- a) Cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo son inferiores al 30%, sería suficiente con demostrar que la iniciativa tiene determinados efectos en materia de sostenibilidad sin necesidad de cuantificarlos.
- b) Cuando el acuerdo afecta a un parámetro de la competencia poco significativo o tiene un efecto en el aumento de los precios insignificante, el análisis cualitativo sería factible incluso con cuotas por encima del 30%.
- c) En los demás casos se realizaría un análisis cuantitativo con los costes y beneficios monetizados.

De acuerdo con las declaraciones realizadas por la ACM, estas directrices no vendrían a promover una relajación de las reglas de competencia del Tratado, sino a permitir una interpretación del artículo 101.3 acorde con los principios de sostenibilidad que defiende la UE. En el caso de los acuerdos de sostenibilidad medioambiental (a diferencia de los acuerdos relacionados con condiciones laborales o bienestar animal), se podrán considerar los beneficios que suponen para la sociedad en su conjunto y no únicamente para los consumidores directamente afectados, y aquí radica la principal novedad respecto de la doctrina y jurisprudencia existente del artículo 101.3 TFUE.

Finalmente, el borrador de directrices prevé que, si la ACM concluye que un acuerdo de sostenibilidad no crea grandes restricciones, pero resulta incompatible con la normativa de competencia, no se sancionará a las partes del acuerdo. Igualmente, no se impondrán multas si se detecta un acuerdo de sostenibilidad puesto en marcha que sea contrario a las normas de competencia, siempre y cuando las partes hayan actuado de buena fe y ajusten los términos del mismo a solicitud de la ACM. Con la eliminación del riesgo de sanción, la autoridad holandesa busca favorecer que las empresas consulten sobre la compatibilidad de sus acuerdos y exista certidumbre jurídica sobre la compatibilidad de este tipo de acuerdos.

IV.3.3 Diálogo abierto de la autoridad griega sobre sostenibilidad y reglas de competencia

El pasado 17 de septiembre la Comisión Helena de Competencia (HCC) anunció la apertura de un diálogo público y abierto sobre sostenibilidad y competencia, abogando por el desarrollo de un nuevo enfoque en esta materia a través de directrices generales o un “*sandbox*” regulatorio en el que participen operadores del mercado²⁷. La iniciativa está destinada fundamentalmente a pequeñas y medianas empresas de Grecia que aún no han adoptado estándares medioambientales y métodos de producción más modernos como parte de su estrategia a largo plazo, algo a lo que podría contribuir la política de competencia a través de un enfoque renovado en materia de fusiones y sanciones.

La autoridad griega confía en la utilidad que puede tener la creación de un “*sandbox*” o espacio seguro para que las empresas reguladas y no reguladas experimenten con nuevos formatos de negocio que permitan alcanzar de manera más rápida y eficaz los objetivos de sostenibilidad a través de la cooperación entre ellas o de cambios en la estructura de los mercados, y esto permita adoptar un marco regulatorio eficiente que fomente los modelos de negocio sostenibles.

Asimismo, considera que sería de utilidad disponer de unas directrices que aclararan bajo qué condiciones el sector privado puede llevar a cabo acuerdos de cooperación para promover la consecución de objetivos de sostenibilidad, como ya ocurre en algunos países.

En cualquier caso, considera incuestionable que la normativa de competencia pueda abordar cuestiones de sostenibilidad, señalando tres áreas clave: la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo al artículo 101.3 TFUE; la posibilidad de incluir en el ámbito de las conductas abusivas aquéllas que suponen incumplimientos de la normativa medioambiental por parte de una empresa dominante, y de excluir conductas desde una posición de dominio encaminadas a defender la sostenibilidad que en caso contrario serían consideradas abusivas siempre que no afecten a la estructura del mercado; y valorar la inclusión de consideraciones de sostenibilidad en el control de concentraciones.

El documento concluye que la autoridad de competencia griega debería facilitar la transición a una economía verde y apoyar la innovación dentro de la economía verde teniendo en cuenta las posibles externalidades intergeneracionales, mediante el uso de nuevas herramientas y enfoques para entender el comportamiento de los consumidores. En definitiva, considera que la normativa de competencia debe sincronizarse con los valores constitucionales y objetivos programáticos sobre sostenibilidad a nivel nacional, comunitario e internacional.

Finalmente, recomienda crear una unidad de asesoramiento formada por una variedad de expertos de diferentes autoridades regulatorias, incluyendo la autoridad de competencia, que pueda asesorar informalmente sobre innovaciones y proyectos de sostenibilidad.

IV.3.4 Sostenibilidad como prioridad para las autoridades de competencia

Son varias las autoridades europeas de competencia que han incluido expresamente entre sus prioridades en sus planes anuales objetivos de sostenibilidad.

²⁷ Ver <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>

Así, por ejemplo, en el borrador de prioridades para 2020/2021 de la autoridad inglesa (*Competition and Markets Authority, CMA*) se incluye el apoyo a la transición hacia una economía de bajas emisiones como parte de la estrategia de lucha contra el cambio climático²⁸.

Por su parte, la autoridad francesa (*Autorité de la Concurrence, AdC*) ha incluido también entre sus prioridades para 2020 la participación en el proceso de reflexión del grupo de reguladores para incorporar los imperativos medioambientales en la acción de cada regulador. Asimismo, establece como prioridad la detección de conductas anticompetitivas que pongan en peligro la protección del medioambiente, así como el inicio de discusiones en los foros internacionales y europeos para incluir las consideraciones de sostenibilidad en el marco de la aplicación de las normas de competencia²⁹.

En el caso de la CNMC, como se señaló anteriormente, el plan revisado para 2020 marca un punto de inflexión evidente, incluyendo una acción estratégica específica encaminada a identificar cómo interactúan las funciones de la CNMC con los diferentes ODS, a vigilar y reportar su cumplimiento y a comunicar públicamente los avances que la CNMC vaya logrando en este ámbito.

Por el contrario, algunas autoridades se han mostrado reacias a ampliar los criterios bajo los cuales las autoridades de competencia deben llevar a cabo sus evaluaciones para dar cabida a criterios de sostenibilidad. Posiblemente, la autoridad más crítica con la propuesta de la ACM es la autoridad lituana, que considera que con la inclusión de consideraciones de sostenibilidad se corre el riesgo de perder eficiencia, transparencia y seguridad jurídica, en perjuicio de la reputación de las autoridades de competencia. Por el contrario, aboga por la creación de una agencia específica a nivel nacional para cuestiones de sostenibilidad y que, en caso de que exista conflicto entre las decisiones de las distintas agencias, sean los gobiernos quienes prioricen la toma de decisiones.

Otras autoridades, como la propia DGCOMP, no se oponen a explorar la flexibilidad que ofrece el artículo 101.3 TFUE para evaluar este tipo de acuerdos, teniendo en cuenta que el cambio climático es un reto y la UE debe usar todas las herramientas a su alcance para afrontarlo. Pero insisten en que la política de competencia no debe sustituir a la regulación que pueda y deba surgir en este ámbito, y ponen el acento en la predictibilidad y seguridad jurídica que debe existir siempre en la aplicación de las normas de competencia.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La Agenda 2030 marca un horizonte claro para los 193 países que se comprometieron en 2015 en el seno de las Naciones Unidas con esta nueva agenda de desarrollo sostenible: el cumplimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible en 2050. La agenda ya forma parte de los programas de muchos gobiernos, pero para alcanzar las metas de cada ODS se necesita la contribución de todos: de los diferentes niveles de gobierno, del sector privado, de la sociedad civil y en general de toda la ciudadanía comprometida con esta agenda en lo que se ha venido a calificar como un *contrato social global* que todos debemos cumplir.

La crisis del COVID no ha alterado este compromiso ni la voluntad de cumplirlo a tiempo, todo lo contrario. En el contexto de crisis sanitaria y económica que vivimos, se está hablando de la necesidad de llevar a cabo una reconstrucción de un mundo mejor

²⁸ Ver <https://www.gov.uk/government/consultations/competition-and-markets-authority-annual-plan-2020-to-2021/cma-annual-plan-consultation-202021>

²⁹ Ver <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-de-la-concurrence-announces-its-priorities-2020>

(*"building back better"*), basado en un modelo de crecimiento verde, digital y más inclusivo. Existe además una concienciación generalizada sobre las consecuencias de la pandemia en el retroceso en el cumplimiento de los ODS³⁰. La crisis económica provocada por la pandemia es global, afectando a países de muy diferente nivel de desarrollo, y está generando más desigualdad que las crisis anteriores, pues a la pérdida de empleos formales se suma la imposibilidad de recurrir a la economía informal en tiempos de confinamiento. Los efectos sobre los sistemas sanitarios y educativos se prevén devastadores en todos los países afectados por el COVID-19, pero muy especialmente en los países más vulnerables del continente africano. El retroceso en términos de pobreza se estima especialmente preocupante en relación con la población que había conseguido salir recientemente del umbral de pobreza extrema (menos de 1,90 dólares al día) pero que aún vive con menos de 3,20 dólares al día y que podría representar actualmente un tercio de la población mundial.

Es en este entorno de recuperación post-Covid comprometida con la Agenda 2030 en el que se ha planteado la necesidad de reconsiderar la relación entre competencia y sostenibilidad en muchas jurisdicciones. El temor a que la iniciativa privada pueda verse desincentivada a llevar a cabo acuerdos de sostenibilidad por el riesgo a resultar incompatible con las normas de competencia ha llevado a determinadas autoridades de competencia, entre otras las autoridades de Países Bajos y de Grecia, a poner sobre la mesa de debate esta cuestión y ofrecer soluciones para promover estos acuerdos.

El reto principal al que se enfrentan las autoridades de competencia en este ámbito es el encaje jurídico de este tipo de acuerdos en el marco vigente actual. Conviene evitar crear excepciones a medida que luego puedan ser invocadas por otros intereses públicos generales, igualmente legítimos, que quisieran acogerse a la exención del artículo 101.3 TFUE y 1.3 LDC. En lo que sí parece haber consenso es en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica al sector privado sobre los requisitos que habrían de cumplir los acuerdos de sostenibilidad para poder acogerse a la exención ya revista en las normativas nacionales y comunitaria. El momento no podría ser más oportuno, pues las directrices horizontales de la Comisión, que en la actualidad no contemplan específicamente los acuerdos de sostenibilidad, se encuentran en medio de un proceso de revisión, habiendo concluido recientemente la fase de consulta pública. El marco jurídico que proporcionen los nuevos reglamentos de exención y las directrices relacionadas a partir del 22 de diciembre de 2022, cuando expire el actual bloque de exención horizontal, puede contribuir de manera significativa a este objetivo.

Con independencia del encaje jurídico de los criterios de sostenibilidad en las actuaciones de las autoridades de competencia, ya sea en materia de control de concentraciones o en procedimientos sancionadores, de lo que no hay duda es de la tendencia a incluir la sostenibilidad y la contribución a la Agenda 2030 entre las prioridades de las autoridades de competencia. La CNMC no es una excepción, habiendo incorporado en su Plan de actuaciones revisado para 2020 una acción estratégica específica que permitirá identificar, evaluar y dar transparencia sobre su contribución a los ODS. La CNMC puede desempeñar además un papel relevante como integrador de objetivos multisectoriales sobre sostenibilidad, dado su diseño institucional, que combina la supervisión regulatoria en sectores como telecomunicaciones, audiovisual, energía, transporte y postal y la promoción y defensa de la competencia de manera transversal en todos los mercados. El tiempo dirá si la CNMC ha contribuido activa y eficazmente a la consecución de los ODS y de esta ambiciosa Agenda 2030 como se espera.

³⁰ Ver noticia aparecida en el Economist el 30 de septiembre de 2020 con los nuevos datos de pobreza extrema https://www.economist.com/international/2020/09/26/the-pandemic-is-plunging-millions-back-into-extreme-poverty?fsrc=newsletter&utm_campaign=the-economist-today&utm_medium=newsletter&utm_source=salesforce-marketing-cloud&utm_term=2020-09-29&utm_content=article-link-2&etear=nl_today_2

VI. BIBLIOGRAFÍA

Mesas redondas OCDE:

OECD (1995), "Competition Policy and Environment"

<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48316422.pdf>

OECD (2006), "Environmental Regulation and Competition"

<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48316422.pdf>

OECD (2010), "Horizontal Agreements in the Environmental Context"

<http://www.oecd.org/competition/cartels/49139867.pdf>

OECD (2011), "Emission Permits and Competition"

<http://www.oecd.org/regreform/sectors/48204882>

OECD (2015), "Competition Law and Responsible Business Conduct"

<https://mneguidelines.oecd.org/global-forum/2015GFRBC-Competition-Law-RBC.pdf>

SARA NYMAN & MARTHA MARTÍNEZ LICETTI, THE WORLD BANK (2016), "Competition and poverty: How far have we come in understanding the connections?"

CPI Antitrust Chronicle: Sustainability, July, Volume 1(2), Summer 2020

<https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-sustainability/>

Eleanor Clutterbuck, European Competition Law Review, Issue 7 (2020) "Competition and the issue of fairness"

https://www.economic-insight.com/wp-content/uploads/2020/07/Clutterbuck_2020_41_ECLR_Issue_7_Print.pdf

Plan de Actuaciones revisado 2020 de la CNMC (junio 2020)

https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/202005_Plan_Actuaci%C3%B3n_2020_revisadoCOVID19.pdf

Draft guidelines "Sustainability Agreements", Authority for Consumers and Markets ACM (9 de julio 2020)

<https://www.acm.nl/en/publications/draft-guidelines-sustainability-agreements>

Draft Staff discussion paper on sustainability issues and competition law

<https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>

World Bank Group and OECD. "A Step Ahead. Competition Policy for Share Prosperity and Inclusive Growth"

<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/27527#:~:text=A%20Step%20Ahead%3A%20Competition%20Policy%20for%20Shared%20Prosperity,and%20shared%200prosperity%20in%20emerging%20and%20developing%20economies.>

SARA NYMAN & MARTHA MARTINEZ LICETTI. MAY 18, 2016. Competition and poverty: How far have we come in understanding the connections?

<https://blogs.worldbank.org/psd/competition-and-poverty-how-far-have-we-come-understanding-connections>

Anuario ICO 2015, Beatriz de Guindos Talavera y Marianela López Galdós "Competencia en los Organismos Multilaterales de Desarrollo: una perspectiva holística"

<https://anuariocompetencia.fundacionico.es/s/anuario/item/1933>

Referencia del Consejo de Ministros de 22 de septiembre de 2020

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2020/refc20200922.aspx>

“Informe de Progreso 2020: Reconstruir lo común. La implementación de la Agenda 2030 en España”

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/140720-enlaceprogreso.aspx>

Segundo Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático 2021-2030

https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/pnacc-2021-2030_tcm30-512163.pdf

INE: Indicadores de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

<https://www.ine.es/dynt3/ODS/es/index.htm>

EUROPA PRESS. 7 de enero 2020: ¿Qué es la Agenda 2030?

<https://www.europapress.es/epagro/noticia-agenda-2030-20200107190348.html>

COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN PERÚ

Comments on the New Concentration Control Law in Peru

Javier CORONADO SALEH¹
Vania CRUZ DORREGO²

RESUMEN

Con fecha 19 de noviembre de 2019, se publicó, en Perú, el Decreto de Urgencia 013-2019 que establece en el país un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial aplicable transversalmente a todos los sectores de la economía peruana. En Perú únicamente existía un régimen de control de concentraciones aplicable al sector eléctrico. Con la aprobación de esta nueva norma, se establece por primera vez en el país un régimen general de control de concentraciones aplicable a cualquier industria en el mercado peruano.

Con la finalidad de comprender los alcances del citado régimen, el presente artículo detalla las principales características del Decreto de Urgencia 013-2019, norma que aprobó el control previo de operaciones de concentración empresarial en el Perú. Para ello, los autores recurren a los antecedentes que propiciaron la referida norma, comentan sus aspectos más relevantes, y finalmente reflexionan sobre los nuevos retos que enfrentará la autoridad de defensa de la competencia peruana en su aplicación.

ABSTRACT

In november 2019, through Urgency Decree 013-2019 (an exceptional decree emitted by the Executive, with the character of a law), Perú approved a control merger regime applicable transversally to all sectors of the Peruvian economy. In Peru, there was only a merger control regime applicable to the electricity sector. With the adoption of this new law, a general merger control regime applicable to any industry in the Peruvian market is established for the first time in the country.

In order to understand the scope of the new regime, this article details the main characteristics of Urgency Decree 013-2019, the act that establishes a general merger control regime in Peru. For that purpose, the authors review the background to the new law, comment on its most relevant aspects, and finally they reflect on the challenges of the Peruvian competition authority in the application of the law.

¹ Doctor en Economía por la Universitat Pompeu Fabra, MSc Economics por la London School of Economics. Gerente General del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), profesor de políticas de competencia y organización industrial en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Piura y profesor afiliado de la Barcelona GSE. Las opiniones vertidas aquí son de exclusiva responsabilidad del autor, quien las hace a título personal, de modo que no comprometen a la entidad pública donde presta servicios.

² Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Máster en Derecho Internacional de los Negocios por ESADE. Asesora Legal de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Las opiniones vertidas aquí son de exclusiva responsabilidad del autor, quien las hace a título personal, de modo que no comprometen a la entidad pública donde presta servicios.

Palabras Claves: Autoridades de defensa de la competencia, Fusiones/M&A/Adquisiciones, Notificación, Política de Competencia, Remedios, Regulación: servicios financieros

Keywords: Competition Authorities, Competition Policy, Notification, Merger/M&A/Acquisition, Remedies/Settlement, Sector regulators

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo, ofrecemos una descripción y comentarios de los aspectos más destacables del novedoso régimen de control de concentraciones, aprobado en el Perú, mediante el Decreto de Urgencia 013-2019 (DU 013-2019 o Ley de Fusiones), de noviembre de 2019, suscrito por el Presidente de la República. Esta introducción, ofrece poner en contexto el desarrollo histórico del debate en torno al régimen de control previo de concentraciones en el Perú, como antesala al desarrollo que, en tres secciones, haremos de los elementos clave de la Ley y los muy recientes cambios que fueron necesarios para darle una mejor aplicación práctica.

Los instrumentos de políticas *antitrust* y de control de concentraciones en el Perú datan de los inicios de los años noventa y han sido históricamente dos; un régimen de control de conductas, actualmente delimitado en el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y sus modificaciones³ (Ley de Competencia) y un régimen de control de estructuras, aplicable únicamente al sector eléctrico (Ley de Fusiones del Sector Eléctrico)⁴. En efecto, el Perú tiene vigente un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial enfocado únicamente al sector eléctrico, cuya aplicación, tanto como la del régimen de control de conductas, recae sobre la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC), del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).⁵

Durante años, no obstante, maduró una discusión académica y política respecto de la opción de ampliar el régimen de control de concentraciones de la industria eléctrica, a todo tipo de industria en el mercado peruano. Sin embargo, el debate en materia de política pública sobre contar o no con un instrumento de esta naturaleza, casi siempre se decantó por cuestionar la oportunidad y eficacia del control previo de concentraciones, como herramienta para la protección de la competencia.

Diversas razones se han esgrimido para plantear, como mínimo, retrasar la adopción del control de concentraciones dentro del portafolio de instrumentos de política de competencia, algunos, en nuestra opinión razonables, y otros un tanto cuestionables por carecer de un adecuado conocimiento de la materia.⁶ A mediados de los años noventa, por ejemplo, el Perú transitaba por un proceso de transformación de ser una economía con un comercio internacional altamente regulado y controlado, a ser una economía pequeña y abierta al mundo, por lo que el argumento preferido para retrasar la adopción de un régimen general de control de concentraciones fue el de no entorpecer la consolidación de “campeones nacionales” capaces de abrirse paso en la creciente vorágine de la economía global.

El argumento anterior, puesto en contexto, parece ciertamente convincente. Otros, sin embargo, adolecían de un flaco rigor analítico y entendimiento de la aplicación de las

³ El texto único ordenado (texto refundido) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas está disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-texto-unico-ordenado-de-la-le-decreto-supremo-n-030-2019-pcm-1742317-2/>

⁴ El régimen peruano de control de concentraciones aplicable al sector eléctrico está regulado por la Ley 26876, ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico aprobado mediante Decreto Supremo 017-98-ITINCI y las Disposiciones Reglamentarias de la Ley N° 26876 aprobadas mediante Decreto Supremo 087-2002-EF.

⁵ El arreglo institucional peruano, para la aplicación del derecho de la competencia, se complementa con una segunda instancia administrativa, que se constituye como una sala de apelaciones respecto de las decisiones de la CLC, a cargo de la Sala de Defensa de la Competencia, del Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi. Las decisiones de la segunda instancia administrativa pueden, además, ser llevadas por las partes al fuero judicial, como en casi cualquier otro régimen de derecho a nivel mundial.

⁶ Un interesante y ordenado recuento de estos argumentos puede consultarse en Távora, J. y Diez Canseco, L. (2003) *Estabilizando el Péndulo, Control de Fusiones y Concentraciones en el Perú*, Revista Themis N° 43, pp. 157-173.

políticas públicas en materia de competencia. En nuestros registros, como muestra, identificamos el cuestionamiento a la idoneidad del control de concentraciones frente a los existentes controles ex post de conductas. En sencillo, no era inusual encontrar a quienes consideraban el control previo de concentraciones, redundante, respecto de control de conductas. En la visión de estos críticos del control de estructuras, el control de estrategias de abuso de posición de dominio o la identificación y sanción de acuerdos anticompetitivos se entendían como sustitutos de aquél.⁷

La exploración con enfoque económico de las normas de competencia, nos hacen pensar que, el control ex ante de concentraciones y control ex post de conductas, son más bien caras complementarias de una misma moneda. El primero busca prevenir la reducción significativa de la competencia, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de la dominancia unilateral de los agentes que se fusionan, o los efectos coordinados derivados de una estructura más simétrica. El segundo busca limitar el uso de estrategias unilaterales de empresas dominantes que puedan causar un impedimento sustantivo de la competencia, con énfasis en la expulsión o exclusión de competidores eficientes, o los acuerdos entre competidores o empresas relacionadas verticalmente, cuyo objeto es, precisamente, falsear la competencia.

No es nuestro objetivo, en todo caso, discutir estos devaneos analíticos o doctrinarios, sin embargo, sí nos es útil esa brevísima síntesis para explicar las razones que llevaron a intentos de diseño de un control previo de concentraciones, de carácter general, a no alcanzar el consenso suficiente, al menos por 26 años, y como ciertos hechos acabaron finalmente, por convencer a la mayoría que era mejor tener el control de estructuras que no tenerlo.

Así, por ejemplo, en el año 2005, el Indecopi propuso reemplazar su norma de libre competencia por una nueva ley que incluyera un acápite referido al control de concentraciones. La norma propuesta otorgaba al Indecopi la facultad de evaluar de forma previa las "*operaciones de concentración de empresas que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que la suma del volumen de ventas global en el territorio nacional del conjunto de los partícipes en la operación supere en el último ejercicio contable la cantidad de 100 000 UIT*", siendo la UIT, la Unidad Impositiva Tributaria, equivalente, en aquél entonces a EUR 80,7 millones.⁸ Sin embargo, la iniciativa no tuvo éxito, precisamente al no contar con el respaldo político suficiente, posiblemente como herencia de las dudas vertidas sobre este instrumento en años anteriores⁹.

Posiblemente, el hecho que acabó por decantar la balanza a favor del control de concentraciones fue la fusión, sin supervisión ni control alguno, de dos cadenas de tiendas de productos farmacéuticos que, previamente fueron duramente sancionadas por la fijación concertada de precios. Conforme la nota de prensa hecha pública por el Indecopi¹⁰ a inicios de 2016, la CLC acreditó que cinco cadenas de farmacias, entre las que sobresalen las marcas, Inkafarma, Mifarma, Boticas Arcangel y Fasa, concertaron los

⁷ Este parece ser el argumento que se desarrolla en Ruiz, Gonzalo (1998) *Control de Concentraciones Versus Regulación de Conductas ¿Complementos o Sustitutos?*, Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 5 Parte, Noviembre.

⁸ No existe información oficial sobre mercado cambiario entre la moneda local en Perú, y el Euro para el año 2005. El cálculo se desarrolla tomando el tipo de cambio promedio Nuevo Sol Peruano y Dólar Americano promedio de 2005, conforme el Banco Central de Reserva del Perú, de 3,297 Nuevos Soles por Dólar Americano y el tipo de cambio promedio del Euro frente al Dólar Americano en 2005, publicado por el Banco Central Europeo, 1,244 Dólares Americanos por Euro.

⁹ En el año 2012, el Congresista de la República Jaime Delgado Zegarra intentó revivir la discusión sobre un posible régimen general de control de concentraciones en Perú y presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley denominado "*Ley de Promoción de la Libre Competencia y la eficiencia en los mercados para la protección de los consumidores*". La referida iniciativa tampoco tuvo éxito y se perdió en los pasillos del palacio legislativo.

¹⁰ La nota de prensa puede consultarse en el enlace: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5508/NP%20161025%20Sanci%C3%B3n%20a%20c%C3%A1rtel%20farmac%C3%A9utico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

precios al consumidor final de un conjunto de productos de farmacia y parafarmacia, entre los años 2008 y 2009, y decidió sancionarlas por infracción a la Ley de Competencia.

El 26 de enero de 2018, la autoridad de competencia se enteraba por la prensa, que InRetail Perú Corp., propietaria de la cadena Inkafarma, adquiría el 100% de las acciones de Quicorp S.A., propietaria, de las cadenas Mifarma, Boticas Arcangel, Boticas BTL y Fasa, pasando a controlar aproximadamente el 78% de las ventas de medicamentos y productos de parafarmacia en el Perú. Al cierre de ese año, la prensa especializada, difundía los resultados de la operación, contando un incremento de los ingresos por ventas de 145% interanual y un cierre de 186 farmacias de las cadenas consolidadas.¹¹

Esta historia real, que parece extraída de un libro de texto de políticas de competencia, muestra que, en la práctica, se puede alcanzar el mismo resultado de equilibrio, claramente ineficiente en materia de asignación, bien a través del comportamiento estratégico, bien a través de una operación de fusión entre competidores directos¹². La diferencia es que el primer equilibrio es sancionable bajo las normas vigentes de competencia, pero el segundo es perfectamente legal.

A partir del año 2016, y probablemente motivadas por otras operaciones de concentración ocurridas en el mercado peruano, se presentaron en el Congreso de la República una serie de propuestas normativas que buscaban la implementación de un régimen general de control de concentraciones¹³. En ese proceso, cualquiera oposición ya sea técnica, doctrinaria o de pensamiento, al instrumento de control de concentraciones, fue, con toda seguridad, adormecida por el analgésico, curiosamente aportado, por la fusión de las cadenas de farmacias.

Considerando tales propuestas legislativas y la opinión del Indecopi, en mayo de 2019, tras un extenso debate de casi tres años, el Congreso de la República del Perú aprueba la Ley denominada "Ley de Control Previo de Operaciones de Concentración Económica"¹⁴. Sin embargo, debido a un error en el texto de la referida norma, el Congreso decidió su revisión, antes de enviarla al Ejecutivo para su promulgación. Esto, finalmente, no ocurrió, debido al proceso de disolución del Congreso¹⁵.

En un último esfuerzo por implementar un régimen general de control de concentraciones en el mercado peruano, el 19 de noviembre de 2019, el Presidente de la República, adoptó en su práctica la totalidad del texto de la fallida Ley congresal, y lo aprobó mediante el Decreto de Urgencia 013-2019 (en adelante, Ley de Fusiones)¹⁶. A través de la citada norma finalmente se establece un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial aplicable transversalmente a todos los sectores de la economía peruana. Esta norma fue modificada posteriormente por el Decreto

¹¹ Ver por ejemplo, la publicación de negocios especializada Semana Económica, en el enlace: <https://semanaeconomica.com/que-esta-pasando/articulos/331448-inretail-cerro-186-farmacias-en-el-2018>

¹² Presumimos, en este comentario, que la fusión si bien pudo generar importantes eficiencias en costos para las empresas, los datos mostrados por la prensa no parecen avalar que tales eficiencias se hayan trasladado a los consumidores finales a través de menores precios.

¹³ Los distintos proyectos de ley presentados entre los años 2016 y 2019 pueden encontrarse en el siguiente enlace: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/00353?opendocument

¹⁴ El texto aprobado puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Texto_Sustitutorio/Consensuado/TS0035320190502..pdf

¹⁵ Recurriendo a sus facultades constitucionales, el Presidente de la República optó por disolver el Congreso de la República del Perú como consecuencia de la censura consecutiva de dos gabinetes ministeriales, hecho que ocurrió hacia mediados del 2019.

¹⁶ El texto del Decreto de Urgencia 013-2020 puede consultarse en el siguiente enlace: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-establece-el-control-previo-de-opera-decreto-de-urgencia-n-013-2019-1828320-1/>

Legislativo 1510¹⁷, en plena pandemia de la COVID-19, oportunidad en la que se pule el texto y se precisa que su entrada en vigor será el 1 de marzo de 2021.

De este modo, a partir del 1 de marzo del 2021, se implementará por primera vez en Perú un régimen general de control previo de operaciones de concentración empresarial de carácter obligatorio y aplicable a todos los sectores de la economía peruana.

La siguiente sección muestra de manera muy esquemática las principales características de la nueva Ley de Fusiones, haciendo un paralelo con las mejores prácticas internacionales para mayor claridad de exposición de su formato técnico. Seguidamente, pasamos a describir aspectos muy propios de la Ley, y que caracterizan a nivel legal, alguna práctica internacional que suele, más bien, observarse a nivel de casuística y *soft law*. Por último, cerramos los comentarios con una sección que destaca cambios de muy reciente aplicación a través del Decreto Legislativo 1510. El artículo culmina con conclusiones y una agenda técnica pendiente.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA

Varias de las iniciativas legislativas consideradas inicialmente por el Congreso de la República del Perú y, posteriormente, acogidas por el Presidente de la República del Perú, estuvieron respaldadas, en su oportunidad, por las recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en los Exámenes Inter-Pares sobre el Derecho y Política de Competencia del Perú, en los años 2004¹⁸ y 2018¹⁹. La OCDE recomendó a Perú la implementación de un régimen general de control previo de operaciones de concentración empresarial, precisando que el procedimiento para el análisis de tales operaciones debía ser transparente, eficaz, oportuno y colaborativo.

De una revisión de la Ley de Fusiones de Perú se puede advertir que la norma contiene varios de los aspectos recomendados por la OCDE²⁰ y también otras características propias surgidas en su debate y aprobación. Así, entre los principales aspectos abordados por la norma, se encuentran:

II.1 Ámbito de aplicación de la norma

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de Fusiones, existen dos elementos importantes para determinar si una operación debe ser notificada a la autoridad peruana de competencia. En primer lugar, la transacción debe calificar como un acto de concentración; y, en segundo lugar, debe superar los umbrales legales.

El artículo 5 de la Ley de Fusiones precisa los tipos de transacciones que califican como actos de concentración empresarial. Como regla general e inspirada en el modelo europeo²¹, la norma precisa que para calificar una operación como un acto de concentración debe generar un cambio de control permanente de una empresa o parte de

¹⁷ El texto del Decreto Legislativo 1510 puede consultarse en el siguiente enlace: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-e-incorpora-disposiciones-a-decreto-legislativo-n-1510-1866264-1/>

¹⁸ OCDE (2004). Derecho y Políticas de Competencia en Perú. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/DerechoPol%C3%ADticaPeru.pdf>

¹⁹ OCDE (2018). Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

²⁰ Las principales recomendaciones las encontramos en la página 135 del Examen Inter Pares sobre Derecho y Política de Competencia del Perú del 2018. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

²¹ Utiliza como referencia el artículo 3 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, Reglamento Comunitario de Concentraciones. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32004R0139>

ella. Asimismo, define control como *“la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante: (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva^{22-23.}”*

De este modo, para efectos de la norma, un acto de concentración necesariamente debe ir acompañado de una modificación en la estructura de control de una empresa o parte de ella (activos). Incluye dentro de esta categoría a las fusiones entre empresas, las adquisiciones de acciones o derechos que permitan el control de una empresa, las adquisiciones de activos productivos operativos y la creación de empresas en común o *joint venture*.

Siguiendo la regla general establecida por la norma peruana, podemos inferir válidamente que, las adquisiciones de participaciones o acciones minoritarias solo calificarán como un acto de concentración si están acompañadas de derechos que le permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa objetivo (control positivo) o vetar decisiones que sean decisivas en el comportamiento competitivo de la empresa (control negativo). Solo de esta forma, la adquisición de tales acciones permitiría un cambio en la estructura de control de la empresa objetivo. Por consiguiente, la adquisición de acciones minoritarias que no otorgan una influencia decisiva en la estrategia competitiva de la empresa (ya sea a través de control positivo o negativo) no califica como un acto de concentración empresarial acorde con la normativa peruana.

Esta última anotación es interesante en la medida que, si recurrimos a la experiencia de otras jurisdicciones a nivel internacional, se puede advertir principalmente dos tendencias. Existen jurisdicciones que han optado por un control de concentraciones basadas en el cambio de control (tal es el caso de la Comunidad Europea). En estas jurisdicciones, la adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan control no son objeto de análisis. Por otro lado, existen jurisdicciones que consideran que este tipo de adquisiciones -pese a no otorgar control- tienen la capacidad de generar posibles efectos negativos a la competencia (por ejemplo, otorgan al adquirente acceso a información confidencial de la empresa objetivo o le permiten influir de una manera importante -aunque no decisiva- en la adopción de acuerdos de la empresa); y, por tanto, las incluyen dentro de su ámbito de aplicación (tal es el caso de Estados Unidos y Reino Unido, entre otros países).

También existen países como Chile que han optado por un sistema híbrido para la evaluación de adquisiciones de acciones minoritarias. En el caso chileno solo son objeto de una evaluación de concentración empresarial aquellas operaciones que tengan por efecto que dos o más agentes económicos que previamente eran independientes entre sí, cesen en su independencia. En principio, las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control no están sometidas al régimen de control de concentraciones. Sin embargo, las empresas tienen la obligación de informar a la autoridad de competencia (Fiscalía Nacional Económica de Chile – FNE) aquellas adquisiciones de acciones que no otorgan control y son superiores al 10% en el capital social de una empresa competidora;

²² La definición de control está establecida en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto de Urgencia 013-2019.

²³ Acorde con los pronunciamientos emitidos por la autoridad peruana de competencia en la evaluación de concentraciones en el sector eléctrico, las decisiones vinculadas a la estrategia competitiva de una empresa son, entre otras, las siguientes: (i) aprobación del presupuesto, (ii) establecimiento de su programa de actividad (plan estratégico), (iii) definición de planes de inversión, y, (iv) nombramiento del personal directivo (principales gerentes y funcionarios, así como miembros del Directorio).

ello, con la finalidad que la autoridad pueda monitorear posibles prácticas anticompetitivas.

Es importante destacar que, en los últimos años, jurisdicciones como la europea -que optaron inicialmente por excluir de su ámbito de evaluación las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control- vienen replanteándose la posibilidad de migrar hacia un sistema parecido al de Estados Unidos y Reino Unido, permitiendo en determinados supuestos que este tipo de operaciones estén sujetas a un control de concentraciones²⁴.

Los futuros cambios que puedan producirse en la Unión Europea y sus países miembro normalmente tienden a repercutir con el tiempo en países latinoamericanos como Perú que comparten políticas de competencia parecidas a la europea; de ahí la importancia de seguir el debate que se genera en estas jurisdicciones. Por tanto, si bien la norma peruana inicialmente ha optado por una propuesta conservadora al establecer su ámbito de aplicación en sintonía con la tendencia europea; nada impide que, en algunos años, conforme sigan avanzando las discusiones académicas y jurisdiccionales sobre este tema, considere adecuado incluir las adquisiciones de acciones minoritarias (que no otorgan control) en su ámbito de aplicación o recurra a un sistema parecido al chileno.

Entrando al segundo elemento previsto por la Ley de Fusiones de Perú para determinar si una operación debe ser evaluada por la autoridad de competencia, podemos advertir que el legislador peruano ha establecido requisitos cuantitativos (umbrales) para filtrar aquellas operaciones que, dada su importancia, son susceptibles de poder generar impactos a la competencia y que tienen una conexión geográfica con el mercado peruano. En ese sentido, en Perú solo estarán sujetas a control previo aquellos actos de concentración empresarial que cumplan los siguientes umbrales:

- **Umbral conjunto:** La suma del valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el Perú de las empresas involucradas en la operación deberán tener un valor igual o superior a 118 00 UIT (equivalente aproximadamente a 128 millones de euros); y,
- **Umbral individual:** La suma del valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el Perú de al menos dos de las empresas involucradas en la operación deberán tener un valor igual o superior a 18 000 UIT (equivalente aproximadamente a 20 millones de euros).

Como se puede advertir, la norma peruana -probablemente influenciada por el modelo europeo y chileno- ha optado por umbrales basados únicamente en la facturación de las empresas, alejándose de este modo de otros criterios de selección, tales como cuotas de mercado, valor de la transacción y valor de los activos.

²⁴ Para una revisión más profunda de este tema, recomendamos los siguientes documentos:

- Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE (2014). Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/ES/1-2014-449-ES-F1-1.Pdf>
- Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings – Final Report. Report by Spark Legal Network and Queen Mary University of London Support (2016). Disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0416839ENN.pdf>
- OECD (2008). Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates. Disponible en <https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>
- OECD (2013). Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>
- FNE (2013) Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Participaciones-minoritarias.pdf>

En línea con lo establecido por la OECD²⁵ y la Red Internacional de Competencia²⁶ (ICN, por sus siglas en inglés), los umbrales basados en facturación de las empresas representan un criterio objetivo y claro que permite tanto a la autoridad como a los agentes económicos determinar sin mayor dificultad si se encuentran en el ámbito de aplicación de la norma de concentraciones.

Además, este tipo de umbrales permiten identificar aquellas empresas que debido a su fortaleza económica y tamaño tienen la capacidad de realizar transacciones que puedan generar impactos en la competencia.

Sin embargo, utilizar umbrales de notificación basados únicamente en facturación – como el caso peruano – también puede generar algunos vacíos. Este tipo de umbrales no permite a la autoridad de competencia evaluar la adquisición de pequeñas empresas con grandes perspectivas de crecimiento (en el caso peruano, por ejemplo, una pequeña empresa no va a superar el segundo umbral establecido por la norma que exige un nivel de ventas equivalente a 20 millones de euros), de este modo, quedarían exentas de evaluación determinadas operaciones de concentración que tienen la potencialidad de reducir la competencia en el futuro cercano y generar posibles efectos negativos²⁷.

En el mercado digital, se evidencia de una forma más representativa este tipo de transacciones. Normalmente son empresas que al comienzo no tienen una gran facturación, pero dada su capacidad altamente innovadora pueden generarlo en un corto plazo y convertirse en poderosos competidores para los demás agentes del mercado. En estos casos, las grandes empresas tienen los incentivos y capacidad para adquirir estas pequeñas empresas e internalizar su futuro crecimiento.

Hubiera sido interesante que la norma peruana contemple un segundo tipo de umbral basado en el valor de la transacción. A través de este tipo de umbral se identificaría aquellas transacciones de empresas que tienen un futuro prometedor (de ahí, el valor que el adquirente está dispuesto a pagar), pese que su volumen de facturación es actualmente pequeño²⁸.

Al margen de estas observaciones puntuales a la Ley de Fusiones, se puede advertir que, en cuanto a su ámbito de aplicación, la norma peruana ha seguido los estándares internacionales, recogiendo criterios objetivos que permiten una adecuada identificación de las operaciones que deben ser evaluadas por la autoridad peruana de competencia.

Finalmente, cabe resaltar que la norma también contempla la posibilidad de que los agentes económicos realicen consultas de carácter orientativo a la autoridad con la finalidad de determinar si la operación califica como un acto de concentración y supera los umbrales legales.

II.2 Notificación y evaluación

Bien, una vez que el agente económico identifica que la operación de concentración se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma, deberá notificar tal operación a la autoridad peruana de competencia.

²⁵ OECD (2013). Report on Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>.

²⁶ ICN. Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures. Merger Working Group. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>

²⁷ OECD (2020), Merger Control in Dynamic Markets. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/merger-control-in-dynamic-markets.htm>

²⁸ *Ibidem*.

Al respecto, la Ley de Fusiones –siguiendo nuevamente la tendencia internacional²⁹– permite dos tipos de notificación: la ordinaria y la simplificada. Si bien la norma no establece expresamente cuando el agente debe acudir a una notificación ordinaria o a una simplificada, otorga la posibilidad que tal situación sea regulada por la vía reglamentaria.

Recientemente, el Ministerio de Economía y Finanzas de Perú, publicó un Proyecto de Reglamento de la Ley de Fusiones³⁰ con la finalidad de recibir comentarios para la elaboración del texto final de la norma. Entre otros aspectos, el Proyecto del Reglamento establece que los agentes económicos pueden optar por la notificación simplificada en los siguientes supuestos:

- Cuando los agentes económicos que intervienen en la operación de concentración empresarial o sus respectivos grupos económicos no realicen actividades económicas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico; o, no participen en la misma cadena productiva o de valor.
- Cuando la operación de concentración empresarial genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto.

Para los demás actos de concentración empresarial que superen los umbrales legales en Perú, los agentes económicos deberán recurrir a la notificación ordinaria. Cabe precisar que las diferencias entre estos dos tipos de notificación son: (i) el tipo de operación (la notificación simplificada corresponde a operaciones de concentración que revisten una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia) (ii) el nivel de información solicitada (en la notificación simplificada se solicita menos información que en la ordinaria) y (iii) los plazos del procedimiento (la notificación simplificada tiende a tramitarse en un tiempo menor que la notificación ordinaria).

En cuanto a los supuestos de notificación simplificada contemplados por el Proyecto de Reglamento es importante destacar que si bien la norma peruana ha seguido la tendencia internacional ha sido bastante prudente al establecer tales supuestos. En efecto, en jurisdicciones como la Unión Europea³¹, España³² y Chile³³, se han incluido otros supuestos adicionales a los considerados en Perú. Por ejemplo, estas jurisdicciones también aplican la notificación simplificada a aquellos actos de concentración que tengan como resultado una cuota de mercado combinada inferior al 15% o 20% cuando la operación involucra competidores; e inferior al 25% o 30% cuando la operación involucra a agentes que participan en la misma cadena de valor.

Entendemos que el Proyecto de Reglamento de Fusiones no ha incluido en la notificación simplificada supuestos referidos a cuotas de mercado debido a la complejidad que representa tanto para los agentes económicos como para la propia autoridad de competencia definir los mercados relevantes y sus cuotas en una etapa inicial del

²⁹ Acorde con la experiencia internacional existen determinados tipos de operaciones de concentración que usualmente no representan riesgos sensibles a la competencia. En tales casos, las diversas jurisdicciones (tales como, Unión Europea, España, Chile, Brasil, entre otras) han optado por establecer un tipo de notificación más simple que la generalmente utilizada (notificación simplificada). A través de este tipo de notificación, se reduce el nivel de información solicitada a las partes notificantes y, con ello, se facilita un procedimiento expeditivo.

³⁰ El texto del Proyecto del Reglamento puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/852965-212-2020-ef-15>

³¹ Reglamento de Ejecución (UE) N° 1269/2013 de la Comisión de 5 de diciembre de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento N° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1269&from=BG>

³² Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-3646&p=20130831&tn=2>

³³ Decreto Ley N° 211, que fija las Normas para la Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion_simplificada-1.pdf

procedimiento cuándo tal ejercicio corresponde a una etapa de evaluación. En esa línea, ha optado por supuestos que permiten una verificación más sencilla, tales como las operaciones por conglomerado o el cambio de control de conjunto a exclusivo. No obstante, a la fecha de elaboración del presente artículo, aún el Proyecto del Reglamento estaba sujeto a comentarios y posibles cambios en su versión final. Será interesante contrastar en unos meses si finalmente el legislador peruano mantuvo la fórmula original o se decantó por estos supuestos adicionales considerados en Europa y Chile.

Después de notificada la operación de concentración (ya sea a través del sistema simplificado o el ordinario), la autoridad peruana de competencia inicia su evaluación. Al respecto, el artículo 21 de la Ley de Fusiones de Perú establece que el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial está compuesto por una o dos fases, dependiendo de los efectos que pueda producir la operación de concentración empresarial objeto de análisis.

Así, si la autoridad de competencia determina que la operación no plantea serias preocupaciones en términos de generar una restricción significativa de la competencia, el procedimiento de evaluación previa concluye en un plazo máximo de treinta días hábiles (Fase 1). Acorde con las estadísticas, más del 95% de las operaciones de concentración notificadas en Europa y Estados Unidos son aprobadas en la primera fase³⁴.

De lo contrario, si la autoridad identifica que la operación puede plantear posibles preocupaciones a la competencia, inicia la Fase 2, que tiene un plazo máximo de noventa días hábiles, prorrogables por treinta días hábiles adicionales.

Al finalizar la evaluación de la operación de concentración, la autoridad peruana de competencia puede decidir: i) autorizarla; ii) no autorizarla; o, iii) autorizarla sujeta a determinadas condiciones o remedios.

Finalmente, el artículo 24.5 establece que el procedimiento está sujeto a la aplicación del silencio administrativo positivo, es decir, si la autoridad no se pronuncia sobre la solicitud dentro del plazo legal, se entiende por aprobada la operación de concentración. Consideramos positiva la inclusión de esta regla toda vez que el tiempo es un factor determinante para este tipo de operaciones, al igual que para la mayoría de las operaciones financieras. En tal sentido, la inacción de la administración pública no debería generar un perjuicio en los actores del mercado, debiéndose permitir en estos casos la realización de la operación.

II.3 Remedios

Como se indicó anteriormente, la autoridad peruana de competencia puede decidir aprobar la operación de concentración sujetándola a determinados remedios.

Acorde con la Ley de Fusiones de Perú, tales remedios pueden basarse en compromisos ofrecidos por los agentes económicos o en condiciones establecidas de oficio por la autoridad de competencia.

En términos generales, el numeral 7.4. del artículo 7 de la norma establece que la Comisión puede "autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8."

³⁴ OCDE (2016). Local nexus and jurisdictional threshold in merger control. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En).

En específico, el artículo 8 faculta a los agentes económicos a ofrecer compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis. Asimismo, establece un procedimiento especial para la negociación y análisis de tales remedios, suspendiendo los plazos formalmente establecidos para la evaluación de la operación.

Por su parte, el artículo 24 resalta nuevamente la posibilidad de la autoridad de competencia de autorizar la operación de concentración sujetándola de oficio a condiciones que permitan compensar los efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

Este último punto resulta particularmente interesante debido a que la mayoría de las jurisdicciones que han influido en la formación de la norma peruana no tienen la opción de establecer condiciones de oficio. Así, la Unión Europea³⁵ y Chile³⁶ solo permiten que sean las empresas afectadas las que puedan ofrecer compromisos para contrarrestar los posibles efectos negativos de la operación de concentración; y, facultan a la autoridad de competencia a establecer condiciones siempre que estén destinadas a garantizar los compromisos de las empresas. En el supuesto que la autoridad europea o chilena de competencia identifiquen posibles riesgos a la competencia y las empresas no ofrezcan compromisos para mitigar tales efectos, deberán denegar la operación de concentración.

Es posible que el legislador peruano haya optado por brindar tal facultad a la autoridad de competencia basándose en la norma peruana de concentraciones actualmente vigente en el sector eléctrico, que permite establecer condiciones de oficio. Será la futura aplicación de la Ley de Fusiones la que determine si fue una opción adecuada; o si, por el contrario, desincentiva a los agentes económicos a ofrecer compromisos.

En cuanto a los tipos de remedios que puede dictar la autoridad peruana de competencia la norma no los detalla; sin embargo, menciona los remedios basados en obligaciones de conducta para establecer determinadas pautas. Considerando la experiencia de la autoridad en la evaluación de concentraciones en el sector eléctrico y siguiendo la tendencia internacional, lo más probable es que la autoridad peruana de competencia y los agentes económicos recurran a los remedios del tipo estructural³⁷ y conductual³⁸⁻³⁹.

Finalmente, el artículo 9 de la Ley de Fusiones de Perú precisa que, para los remedios del tipo conductual, la autoridad de competencia deberá establecer un plazo para su revisión, y establece las reglas para su aplicación.

³⁵ Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, Reglamento Comunitario de Concentraciones. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32004R0139>

³⁶ FNE (2017) Guía de Remedios. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedi-os-.pdf>

³⁷ Una solución estructural es una medida que involucra una transferencia de derechos de propiedad sobre activos tangibles o intangibles, incluida la transferencia de una unidad de negocios completa; y, de este modo, permite mitigar la acumulación de poder económico producto de la operación. Una vez que finaliza, los remedios del tipo estructural normalmente no requieren supervisión adicional alguna.

³⁸ El propósito de las soluciones conductuales es controlar la capacidad de las empresas para obstaculizar la competencia, imponiéndoles una obligación de realizar cierta acción o prohibiéndoles participar en una determinada conducta a pesar de que existan sus incentivos para hacerlo. Los remedios del tipo conductual requieren un seguimiento posterior por parte de la autoridad de competencia.

³⁹ Algunas jurisdicciones han incluido una tercera clasificación de remedios denominada "*cuasi estructurales*" y corresponde a la imposición de acceso a determinados recursos y activos esenciales. En la clasificación tradicional, este tipo de medida podría imponerse como una condición de conducta.

II.4 Procedimiento Administrativo Sancionador (*Gun Jumping*)

Un elemento importante incluido en la mayoría de las legislaciones que optan por un régimen obligatorio de control de concentraciones (como es el caso peruano), son los castigos a imponerse cuando las empresas no cumplan con su deber de notificación. Como es de amplio conocimiento, en un régimen obligatorio de control de concentraciones, los agentes económicos están obligados a notificar aquellas operaciones de concentración que se encuentran en el marco de sus respectivas normas. Este deber implica, a su vez, que los agentes económicos no podrán efectuar la operación de concentración empresarial hasta que la autoridad de competencia la autorice.

Para garantizar el cumplimiento de las citadas obligaciones, las respectivas legislaciones han facultado a las autoridades de competencia a imponer fuertes sanciones a los agentes económicos que se alejen de tal cumplimiento.

En el caso peruano, el Capítulo VI de la Ley de Fusiones prevé un régimen sancionador ante el posible incumplimiento de los agentes económicos. Para tal efecto, el legislador peruano ha sido bastante exhaustivo al establecer los diferentes tipos de infracción que podrían cometer las empresas, detallando una lista de supuestos que comprenden desde la entrega tardía de información ante los requerimientos de la autoridad hasta la ejecución de la operación sin haber obtenido la autorización correspondiente.

El desafío para la autoridad peruana de competencia en estos casos se centrará básicamente en aquellas zonas grises donde no es posible determinar si el agente económico ha ejecutado de alguna forma "sutil" la operación de concentración. Por "sutil" nos referimos aquellos casos donde no se ha producido un cierre de la operación y por tanto -en términos formales- aún no se ha ejecutado; sin embargo, se permite -ya sea contractualmente o de facto- que el agente adquirente pueda tomar determinadas decisiones o acceder a información clave dentro de la empresa objetivo con el fin de garantizar el valor de la empresa hasta que se cierre formalmente la transacción⁴⁰. Nuevamente será la futura aplicación de la Ley de Fusiones la que defina la posición que asumirá la autoridad peruana de competencia para este tipo de casos.

III. AUTORIDADES COMPETENTES

Otro aspecto de significativa relevancia en materia de política pública corresponde al tratamiento que la Ley de Fusiones desarrolla sobre la evaluación de concentraciones en sectores específicos de la economía.

En particular, y en consistencia con algunas experiencias internacionales, el nuevo régimen peruano, ha diseñado un proceso especial orientado a la evaluación de concentraciones en industrias que captan depósitos del público o del sector de seguros. La norma establece con claridad que, de darse operaciones de concentración de estos sectores, que involucren empresas con riesgos "relevante e inminentes", que comprometan la solidez de estos sectores o de las empresas que presentan estos riesgos, solo se requiere el control previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

La SBS, a través de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de 1996, y sus modificatorias, tiene entre sus funciones, autorizar actos de concentración en estos

⁴⁰ Para una revisión más profunda de este tema, recomendamos: OCDE (2018), The OECD holds a roundtable on *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping*. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/en/pdf)

sectores, aunque basando sus decisiones solo desde un punto de vista prudencial y no de promoción de la competencia.

Queda bajo responsabilidad de la SBS definir con claridad el estándar bajo el cual el nivel de riesgo es suficientemente alto como para comprometer la estabilidad de estos sectores, a fin de dotar de predictibilidad a este proceso.

En caso en el que no se observe tales circunstancias de riesgo sistémico, la eventual solicitud de autorización de concentración requiere el pronunciamiento tanto de la SBS, en el ámbito de la regulación prudencial, y de la CLC como autoridad de competencia. Se entiende que cualquier pronunciamiento contrario al acto de concentración, lo bloquea y deja sin efecto.

Este proceso, merece algunos comentarios respecto del enfoque de política pública. En particular, el *policy maker* ha identificado, de forma implícita, dos objetivos de política en los sectores bancario, financiero y de seguros; por un lado, el de salvaguardar la estabilidad de dichos sistemas y de otro el de preservar la competencia. Asimismo, ha establecido, de manera muy clara que en caso que alguna de las empresas involucradas en la concentración presente un nivel de riesgo tal que a su vez pueda comprometer la estabilidad sistémica, se da total peso a la estabilidad sistémica en la función objetivo de política pública, confiriendo total responsabilidad a la SBS desde su visión de autoridad prudencial.

Sin duda, las situaciones que este proceso busca evitar son aquellas en las que, autorizar o no autorizar un acto de concentración pueda poner en riesgo los sistemas bancario, financiero y de seguros, aun y cuando pueda existir afectación significativa a la competencia.

En situaciones en las que, por ejemplo, un banco pueda estar experimentando graves problemas de estabilidad, que ponen en riesgo la estabilidad del sistema, es posible que la mejor opción de política sea autorizar su compra por un competidor directo, con el ánimo de salvaguardar un objetivo superior, a criterio del *policy maker*, que sería la estabilidad de todos los actores del sistema.

Este tipo de situaciones, no obstante, no es inconsistente con cierta aplicación del derecho de la competencia en materia de control de concentraciones. Nos referimos, por ejemplo, al uso de la *failing firm defense*, como argumento para ponderar positivamente la solicitud de concentración entre dos competidores directos. Hace algunos años, por ejemplo, la Comisión Europea, autorizó la concentración por adquisición de Aegean Airlines y Olympic Air, en 2013, ambas competidoras directas en servicios de transporte aéreo de pasajeros en diversas rutas entre Atenas, y otros destinos en Grecia, y ciudades europeas.⁴¹

En el ámbito de la especulación, uno bien podría pensar que, tratándose de una entidad bancaria, financiera o de seguros, cuya situación de debilidad es tal que presenta un riesgo inminente de bancarrota, posiblemente lo mejor sería valorar positivamente una fusión con un competidor directo. Ello en razón que ante el escenario en el que la fusión no se lleve a cabo, el resultado de mercado sería similar tras la salida del competidor en situación de quiebra inminente.

En cualquier caso, si es recomendable que la SBS pueda establecer con claridad, los criterios tanto para definir cuándo una empresa está en situación de riesgo relevante e inminente, y cuando este riesgo es transmisible a la estabilidad del sistema de manera suficiente como para desconectar del proceso el análisis de impacto en la competencia y

⁴¹ Ver la nota de prensa de la Comisión Europea en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_927

dejar únicamente como eje de la decisión de autorización el objetivo de estabilidad sistémico.

Por lo demás, la norma puede interpretarse que, en tanto en cuanto las empresas involucradas en la operación no presenten riesgos relevantes e inminentes, o que presentando riesgos relevantes e inminentes, estos no sean de entidad suficiente como para comprometer al sistema, la misma necesita de la aprobación concurrente tanto de la autoridad prudencial como de la autoridad de competencia.

Similar tratamiento, aunque posiblemente menos llamativo que lo referido al sector bancario, financiero y de seguros, se hace en la norma respecto de los agentes económicos que son autorizados por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Los agentes económicos cuya operación en los mercados requieren una autorización por parte de la SMV son, por ejemplo, sociedades agentes de bolsa.

Tratándose de empresas que han recibido autorización por la SMV, cualquier acto de concentración que supere los umbrales, deberá solicitar la autorización tanto a esta como a la CLC del Indecopi. La SMV, en el ámbito de su competencia prudencial, tiene en la práctica la posibilidad de bloquear una fusión entre agentes económicos autorizados a funcionar por esta, aun y cuando la fusión pueda ser pro competitiva.

IV. ALGUNAS MODIFICACIONES RECIENTES POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1510

En esta sección discutimos algunos aspectos importantes de la Ley de Fusiones que fueron objeto de modificaciones y precisiones, en el marco de facultades delegadas por el Congreso de la República del Perú al Ejecutivo, para legislar en el entorno de la grave crisis económica y social derivada de la irrupción de la pandemia de la COVID-19.

Entre los campos en los que el Ejecutivo solicitó facultades legislativas al Congreso, se incluyó con amplitud la posibilidad de introducir cambios legales con el ánimo de fortalecer la promoción y vigilancia de la competencia, como un eje fundamental para la reactivación y recuperación económica post pandemia.⁴²

Es en este contexto que, a través del Decreto Legislativo 1510, referido en la introducción de este artículo, se introducen algunas precisiones y disposiciones derogatorias, tanto la Ley de Fusiones como a la Ley de Competencia.

IV.1 Mayor claridad sobre el ámbito de aplicación en materia de fusiones conglomeradas

En un detalle poco discutido de la Ley de Fusiones, el artículo 5.2 f), dispuso que no tienen obligación de notificar las operaciones en las que la sociedad adquirente de activos de otra u otras, no haya estado previamente participando de los "mercados relevantes" o mercados relacionados de éstas, aun y cuando la compra de tales activos le confiera el control de las sociedades cuyos activos son materia de la adquisición.

Desde un punto de vista económico, si bien esta disposición puede tener razonabilidad, en tanto habría buscado evitar concentraciones de tipo conglomerado -que no implican la vinculación de productos o servicios en los que la adquirente no tenía ninguna presencia- podría resultar de difícil aplicación por varias razones.

En primer lugar, esta disposición parecía dejar a las sociedades involucradas en la operación, la difícil tarea de definir mercados relevantes (mercados de referencia), siendo

⁴² Los pronósticos de caída de la actividad económica para el año 2020, van desde una reducción del Producto Interior Bruto de 4,5% según el Fondo Monetario Internacional, hasta el 12%, según el Banco Mundial.

que la propia Ley de Fusiones, incluyó en sus definiciones que por mercado relevante debía entenderse lo ya definido en la Ley de Competencia. La Ley de Competencia propone una definición técnica de mercado relevante, muy en línea con la experiencia internacional en la materia.

Era pues, un caso complejo mantener una disposición que dejase a criterio del interesado en concretar una operación de concentración, definir los mercados relevantes involucrados, a fin de determinar si existía o no una participación del adquirente en alguno de ellos.

El mayor riesgo de esta disposición podría constituir una investigación futura de la autoridad que, aplicando otros criterios, defina de manera diferente los mercados relevantes a aquellos definidos por los agentes privados, y que concluya que, habiendo solapamientos en las actividades de la adquirente y las empresas adquirida, la operación debió notificarse.

No es en vano decir que, ante una situación de esa naturaleza, se corre un elevado riesgo de discutir la eventual disolución de un acto de fusión ya concretado, y por lo demás complejo, algo que a todas luces resulta extremadamente costoso para la sociedad.

El Decreto Legislativo 1510, derogó el Artículo 5.2, f), y la referencia en la norma al "mercado relevante", a fin de evitar este tipo de situaciones. Estas disposiciones derogatorias, son por demás convenientes para sujetar todo tipo de actos de concentración, ya sea horizontal, vertical o por conglomerado, a los umbrales de notificación objetivos descritos en la Sección 2.

De esta manera, si un acto de concentración, de tipo conglomerado, supera los umbrales objetivos, tendrá mayor claridad para solicitar la autorización correspondiente, dejando a la CLC el análisis que determinará si, en su caso, no existen preocupaciones de competencia, por ejemplo, al no identificarse relaciones verticales o concurrencia de los notificantes a nivel horizontal, en los diversos mercados relevantes que eventualmente puedan definirse.

IV.2 Consideración de actos sucesivos de adquisición de activos

En el artículo 5 de la Ley de Fusiones, como se ha descrito y analizado en la Sección 2 de esta investigación, se definen los actos de concentración empresarial que quedan bajo el ámbito de la norma y lo que no.

Una discusión, derivada de la irrupción de la COVID-19, y sus efectos sobre la economía, fue la eventual adquisición de activos productivos entre competidores. Por ejemplo, le venta de líneas de negocio, cadenas o sistemas de distribución específicas, entre competidores, parecía algo inminente como resultado de la reestructuración de negocios en respuesta la crisis económica que acompaña la pandemia de la COVID-19.

Ahora bien, la realidad parece ser algo alejada a esa situación, en parte porque, como se ha discutido en algunos foros de competencia internacionales, las fusiones, o mejor dicho la decisión de adquirir empresas o activos específicos, parece sufrir una prolongada pausa a causa de la incertidumbre propia de esta pandemia. En efecto, analistas del sector de fusiones y adquisiciones, a nivel global, han observado que la actividad de fusiones se ha reducido en 2020 entre 20% a 30%, en parte por la dificultad de valorar activos (a futuro) en tiempos de inusitada incertidumbre.⁴³

⁴³ Ver por ejemplo, la opinión de expertos de la compañía global Marsh en el siguiente enlace: <https://coronavirus.marsh.com/au/en/insights/risk-in-context/covid-19-impacts-on-mergers-and-acquisitions.html>

Tanto como si uno esté de acuerdo o no con esta predicción, queda claro que la adquisición de activos específicos o conjuntos de activos entre competidores podría no superar los umbrales de notificación y por lo tanto no pasar por el control de la autoridad.

Esta posibilidad dio pie a un llamado de atención respecto de una debilidad en la Ley de Fusiones, ya no de cara a la política pública en el marco de una emergencia económica como la que nos persigue en estos tiempos, si no desde el ámbito más general de la aplicación del control de concentraciones como instrumento para vigilar la competencia. La debilidad estriba en que adquisiciones sucesivas de activos por parte de una empresa respecto de una misma empresa competidora, pueden no pasar por el ojo de la autoridad de competencia, pero constituir de forma conjunta una fusión en toda regla, solo que puesta en práctica a cámara lenta o por entregas.

Por esta razón, el Decreto Legislativo 1510 incorpora en el artículo 5 del de la Ley de Fusiones, el artículo 5.3 que dispone que actos sucesivos de adquisiciones, fusiones o concentraciones en general entre los mismos agentes, a lo largo de dos años, serán considerados como un único acto de concentración empresarial.

De esta manera, esta incorporación dispone, además que, para efectos de la obligación de notificación, las empresas deben considerar el último acto de concentración que permite superar los umbrales objetivos, como el que gatilla la responsabilidad de notificar a la autoridad.

IV.3 Inclusión explícita de la consideración a situaciones de empresas en riesgo de bancarrota

El Perú no ha sido ajeno a los problemas económicos derivados de la pandemia de la COVID-19. En ese marco, y a diferencia de legislaciones de otras jurisdicciones, la norma peruana de concentraciones, incluye como elemento a tomar en consideración por parte de la autoridad al momento de analizar una solicitud de concentración *"la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas [en la operación de concentración] y la necesidad de realizar la concentración, debidamente acreditada por las partes notificantes"*

Efectivamente, a través del Decreto Legislativo 1510 se eleva a rango de Ley, el factor de valoración de la potencial situación de bancarrota de una de las empresas notificantes. Esto, sin embargo, no quiere decir que tal situación es suficiente para, eventualmente, valorar positivamente una solicitud de autorización de concentración.

Si bien el legislador, ha considerado, muy en la línea de la *failing firm defense*, que la inminente situación de bancarrota, puede ser un elemento para considerar en el balance de efectos de una fusión, no limita que otros factores dispuestos en el artículo 7 de la norma, como las eficiencias, o el poder económico o financiero de las empresas, deban dejar de analizarse. Sin embargo, si obliga de forma clara a la autoridad que deba considerar el argumento de salida de mercado de una de las empresas notificantes. Esa disposición puesta en el contexto de la COVID-19, se entiende como un elemento favorable a la fusión, en tanto la fusión sea el medio socialmente más adecuado para mantener activos que pueden ser productivos en el mercado.

Formalmente, las empresas notificantes podrán utilizar dicho argumento, considerando todo el peso de la carga de la prueba sobre estas, y la autoridad está obligada, por Ley, a tomar tales evidencias como un efecto adicional positivo sobre la operación en cuestión.

Esta consideración adicional, introducida por el Decreto Legislativo 1510 debe interpretarse con un sentido económico amplio. En general, nos abocamos a identificar

qué efectos puede tener la operación de concentración tanto unilaterales como coordinados, tomando como objetivo el bienestar del consumidor final. De ahí que fusiones cuyo potencial de incremento de precios, reducción de oferta, detrimento de la calidad del producto o servicio, reducción de incentivos a la innovación o la introducción de nuevas variedades o formas de hacer, sea elevado, se entiende perjudicial para el bienestar del consumidor final.

En ese proceso, las empresas pueden alegar suficientes sinergias en costos de producción (variables), o proponer remedios de conducta o estructura, para compensar los potenciales efectos significativos sobre la competencia, y en última instancia sobre el bienestar del consumidor.

La salida de un competidor del mercado, producto de una crisis empresarial, puede tener efectos similares o peores que el de una fusión, en términos de la reducción de oferta, variedades, cercanía del producto respecto de las preferencias de ciertos grupos de consumidores, entre otros. Cabe entonces, en aplicación de la Ley, valorar en qué medida la fusión emerge como un instrumento de contención de parte de las pérdidas para el consumidor derivadas de la salida de un actor del mercado.

V. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre y conclusión, podemos señalar que la Ley de Fusiones de Perú desarrolla aspectos claves para la adecuada implementación de un régimen de control de concentraciones en el país. Sin embargo, como es propio en la implementación de un nuevo régimen legal, varios de estos elementos deberán ser profundizados por la jurisprudencia y otros documentos orientativos que emita la autoridad peruana de competencia.

Por ejemplo, queda pendiente por desarrollar las condiciones que deberán cumplir los activos productivos y joint venture para calificar como actos de concentración. La norma peruana establece la obligación de notificar tales operaciones siempre que los activos sean "*activos productivos operativos*" y los joint venture o figuras análogas "*desempeñe[n] de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma*". La Ley de Fusiones y su Proyecto de Reglamento no brindan mayor detalle sobre el significado de las citadas características.

En esa misma línea, queda pendiente por definir los conceptos que deberán considerarse para el cálculo de los ingresos de los agentes económicos involucrados en la operación de concentración, que determinarán si cumplen con los umbrales legales. En específico, ¿se deberán contabilizar los ingresos generados por exportaciones? ¿Deberá incluirse aquellos ingresos que no provengan de la explotación del giro habitual de los agentes económicos? ¿Qué partidas contables se considerarán para las empresas del sistema financiero, aseguradoras y administradoras privadas de fondos de pensiones?

Otro aspecto que seguramente será materia de discusión en la futura aplicación de la norma es el tratamiento que la autoridad peruana de competencia otorgará a los terceros interesados en los procedimientos de evaluación de operaciones de concentración empresarial. Si bien la Ley de Fusiones menciona a los terceros en determinados artículos no profundiza ni categoriza los derechos que le corresponden. ¿Podrán interponer recursos de apelación ante las decisiones de la autoridad de competencia? ¿Podrán solicitar audiencias de informe oral? ¿Habrán límites en su acceso al expediente?

Finalmente, y en ocasión al último discurso emitido por el Presidente de la República del Perú, queda pendiente por desarrollar las medidas que se implementarán para el

fortalecimiento institucional del Indecopi y que le permitirán afrontar sólidamente la implementación del régimen general de control de concentraciones en Perú.

El desarrollo que haga la autoridad peruana de competencia sobre estos temas y otros que surjan en la venidera aplicación de la Ley de Fusiones y su Reglamento, seguramente serán objeto de interesantes debates, reflexiones y artículos en los próximos años.

UNA REVISIÓN DE 25 AÑOS DE APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL MUNDO¹

A review of 25 years of leniency programmes around the world

Joan Ramon BORRELL²

Carmen GARCÍA³

Juan Luis JIMÉNEZ⁴

José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO⁵

RESUMEN

El presente trabajo realiza una revisión de la literatura académica en economía más reciente sobre la efectividad de los programas de detección de cárteles por medio de la delación (programas de clemencia), cuando se cumplen más de veinticinco años de su primera implementación en el año 1993 por parte de Estados Unidos. Desde entonces, más de 53 jurisdicciones alrededor del mundo lo han añadido a sus instrumentos de lucha contra los cárteles. En este estudio mostramos que la evidencia académica apoya que los programas de clemencia han tenido un impacto relevante en el diseño y la efectividad de la política anti-cárteles. La introducción de estos programas ha aumentado significativamente el descubrimiento de los cárteles a corto plazo en casi todas las jurisdicciones, aunque a largo plazo el número de descubrimientos ha disminuido. Esto no se debe a que los cárteles se vuelvan más secretos, al contrario, nuestros resultados apuntan a que después de la introducción del programa, prevalece una fuerte desestabilización de los cárteles que se forman y efectos disuasorios a la propia creación de nuevos cárteles.

ABSTRACT

This contribution reviews what we know about the effectiveness of leniency or amnesty programs in cartel prosecution. Leniency programs have been gradually adopted by as many as 53 competition policy jurisdictions around the globe during the last 25 years. We show that the available evidence supports that Leniency programs have had a strong impact on anti-cartel policy design and effectiveness. The introduction of leniency programs has offered in most jurisdictions a short-term impact in the discovery of existing cartels, but in the long-term the number of discovered cartels faded down. This is not because cartels become more secretive and remain under cover, but otherwise our results

¹ Este trabajo está basado en "25 years of leniency program: a turning point in cartel prosecution", una reseña publicada por el *Competition Policy International (CPI) Antitrust Chronicle*, a quienes agradecemos el permiso para difundirla en castellano, en especial a Sam Sadden (CPI).

² Universitat de Barcelona, Secció de Polítiques Públiques - Departament d'Econometria, Estadística i Economia Aplicada - Institut d'Economia Aplicada (IREA) - Grup de Governos i Mercats (GiM), Carrer John M. Keynes 1-11, Spain; y, Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center. jrborrell@ub.edu; tlf: +34 934 039 722.

³ Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. 35017. Las Palmas de Gran Canaria. carmen.garcia@eui.eu

⁴ Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Despacho D. 2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria. juanluis.jimenez@ulpgc.es

⁵ Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Málaga, Pl. El Ejido, s/n. 29013. Málaga. jmoh@uma.es

suggest that after leniency is introduced, a strong destabilization and dissuasive effects prevail.

Palabras clave: Política de competencia, Programa de clemencia, Cártels.

Keywords: Competition policy, Leniency program, Cartels.

I. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LA PERSECUCIÓN DE LOS CÁRTELES

Los programas de clemencia o delación creados para desestabilizar y descubrir los cárteles empresariales fueron introducidos hace ya más de 25 años. Aunque estos programas han sido muy populares para los legisladores y los responsables de formular políticas, siempre ha habido algunas dudas acerca de su utilidad como instrumento para descubrir cárteles ya existentes, e incluso muchas más respecto a su eficacia para disuadir la formación de nuevos cárteles.

Como señala Harrington (2008), la literatura teórica sobre este tópico, en general, apoya decididamente el uso de los programas de clemencia al demostrar que desestabilizan los cárteles. Se parte del supuesto que los cárteles permiten a las empresas alcanzar ingresos y beneficios extraordinarios y que, a través de ofrecer un tratamiento clemente hacia los "chivatos" entre las empresas que incumplen la legislación de competencia, la estabilidad de los cárteles se verá afectada. Existe amplia documentación que acredita que muchas empresas han utilizado los programas de clemencia, y estos han proporcionado pruebas valiosas para detectar y procesar a los cárteles. No obstante, Harrington señala que se desconoce cuánto han influido estos programas para inducir el colapso de los cárteles o para evitar su formación.

De hecho, no disponemos de una medida precisa acerca de cuánto se benefician las empresas de su participación en estos acuerdos anticompetitivos. La literatura académica, sin embargo, sí ha analizado los factores que facilitan la colusión, así como los determinantes de la formación, estabilidad y ruptura de los cárteles.⁶

Por otra parte, también la literatura ha estudiado los sobrepuestos aplicados por los cartelistas y las implicaciones para la política sancionadora,⁷ así como la disuasión lograda por la actividad de las autoridades de competencia o la propia existencia de dicha política de defensa de la competencia.⁸ Incluso algunos artículos se centran en analizar el impacto de la política de competencia y las decisiones de las autoridades sobre los beneficios de las empresas y su capitalización bursátil.⁹ No obstante, la principal crítica a los trabajos que evalúan los efectos de los cárteles sobre la rentabilidad es que estos carecen de un buen contrafactual, o no abordan el problema de la causalidad de manera adecuada.

Nuestra línea de investigación en los últimos años se ha centrado precisamente en tratar de aportar nueva y sólida evidencia de los efectos causales de la introducción de los programas de clemencia sobre la efectividad de la política de competencia, en general, y sobre la detección, desestabilización y disuasión de cárteles, en particular.

II. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL MUNDO

La figura 1 muestra cómo se han adoptado gradualmente los programas de clemencia alrededor del mundo, como parte de una reforma de la política de competencia que ha afectado tanto a países desarrollados como en desarrollo. Estados Unidos fue pionero en la aplicación de esta política en el año 1993. Su aparente éxito para obtener evidencias sobre los participantes en cárteles, desestabilizarlos y disuadir su formación fue rápidamente conocido por las autoridades de defensa de la competencia en todo el mundo.

En el viejo continente, la Comisión Europea aprobó su primer programa de clemencia tres años después, en 1996, siendo este el punto de partida para la adopción de los

⁶ Véase, entre otros, Levenstein y Suslow (2006); Levenstein y Suslow (2011); Herold y Paha (2018).

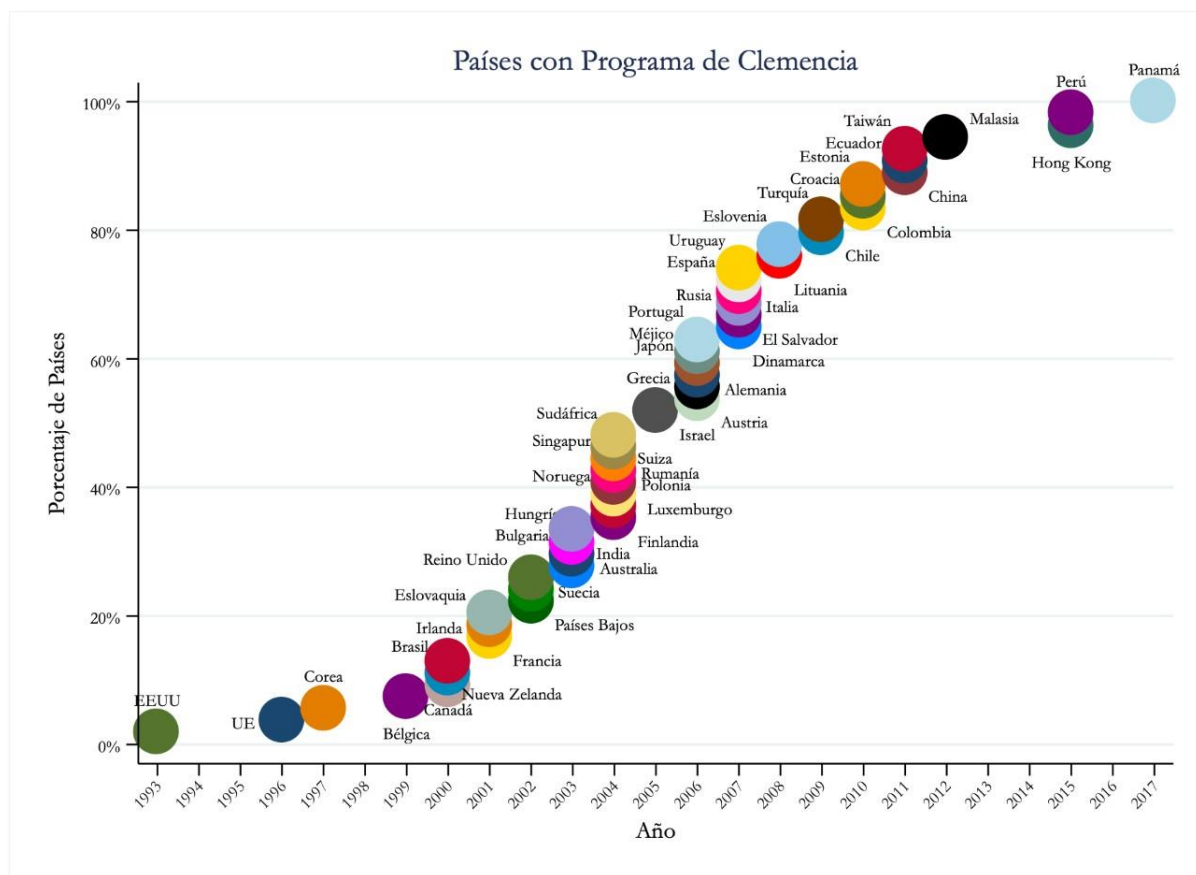
⁷ Véase, por ejemplo, Connor y Lande (2008); Boyer y Kotchoni (2015); Connor y Bolotova (2006).

⁸ Véase, entre otros, Smuda (2013); Bos, Davies, Harrington, y Ormosi (2018).

⁹ Véase, por ejemplo, Bosch y Eckard (1991); Thompson y Kaserman (2001); Aguzzoni, Langus, y Motta (2013).

respectivos programas nacionales de sus Estados miembros. La Comisión modificó dicho programa en 2002 y 2006. Corea del Sur fue otro de los países que más temprano incorporó este instrumento (1997), y el primero de los países asiáticos. Le siguieron Australia (2003) y en el año 2004 ya se había introducido en todos los continentes al adoptarse en Sudáfrica.

Figura 1: Difusión de los programas de clemencia alrededor del mundo (1993-2018)



Fuente: Actualizado de Borrell, Jiménez y García (2014).

En el trabajo de Borrell et al. (2014) encontramos que los programas de clemencia han tenido un significativo impacto sobre la efectividad de la política de competencia, aumentando este indicador de efectividad percibida por los empresarios entre un 10 y un 21%, dependiendo el país.

Además, este trabajo demuestra que los países están auto-seleccionados: aquellos con mayores niveles de renta per cápita tienen políticas de competencia más efectivas y, además, son los que adoptan el programa de clemencia más temprano. Sin embargo, controlando por este problema de auto-selección muestral, los resultados muestran un impacto positivo del programa sobre la efectividad, especialmente en aquellos países cuyo aplicación muestra menos credibilidad.

III. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea (UE), los programas de clemencia no solo constituyeron un arma de descubrimiento masivo de cárteles, sino también un punto de inflexión en una coyuntura crítica. Poco después de la entrada en vigor del programa en el año 1996, la Comisión Europea identificó un gran número de cárteles, obteniendo evidencias relevantes de la violación de la legislación anticárteles, que se convirtió en la clave para sancionar estos comportamientos colusivos. El éxito del programa fue un factor determinante para profundizar en la integración de la política de competencia en la UE.

Si bien la prohibición de los cárteles se consagró en los tratados fundacionales de la Unión Europea, la lucha contra estos no ha mostrado ni la misma determinación en su aplicación ni los mismos resultados antes y después de la introducción del programa de clemencia.

En un trabajo reciente (Ordóñez-de-Haro, Borrell y Jiménez, 2018), se destaca que la política anticárteles ha evolucionado de acuerdo a lo que los teóricos supranacionalistas predicen como un proceso exitoso de integración. Ha sido el resultado de un proceso por el que las instituciones de la UE han podido ampliar y profundizar las áreas políticas en las que tenían derecho a ello. De forma inesperada, el programa de clemencia constituyó la innovación política clave, el que condujo a una mejora significativa de la mencionada efectividad, así como a la expansión del dominio de la política anticárteles de la UE.

El programa de clemencia fue aprobado en 1996, justo en el comienzo de las profundas reformas de la política de competencia europea de principios de los 2000. El origen de tales reformas ha sido, hasta donde conocemos, poco analizado. Así, entre 1993 y 1995, la Comisión fue duramente criticada por la creciente politización de su política de competencia y, concretamente, por cómo aplicaba su política contra los cárteles.

En Ordóñez-de-Haro et al. (2018) se apunta, además, que hubo una interacción inesperada entre el éxito del programa de clemencia en la lucha contra los cárteles y el nuevo impulso de reforma que condujo a la modernización de la política de competencia del año 2004. El éxito en esta lucha cambió por completo la posición de la Comisión y ofreció la oportunidad de liderar una nueva fase de integración supranacional en el ámbito de esta política.

Este cambio en la legitimidad reforzó la posición negociadora de la Comisión frente a algunos gobiernos de los Estados miembros, particularmente Alemania, que fue muy crítico con la previa aplicación discrecional de la política de cárteles, en particular, y la de competencia en general.¹⁰ Las recurrentes reclamaciones de transferir la política de competencia a una autoridad europea independiente separada de la Comisión ya no se volvieron a plantear. Por lo tanto, la predicción intergubernamental de que la política de competencia se transferirá a la Comisión siempre que los gobiernos de los Estados miembros lo acuerden, no parece ser válida en el caso de la centralización de la política de competencia en la Comisión.

También, al contrario de lo que podríamos esperar de la interpretación crítica de la economía política del curso de las acciones que llevaron a una aplicación cada vez mayor de la política de cárteles en manos de la Comisión, la paradoja es que hasta el 61% de las empresas fundadoras de la *European Round Table of Industrialists* (11 de los 18

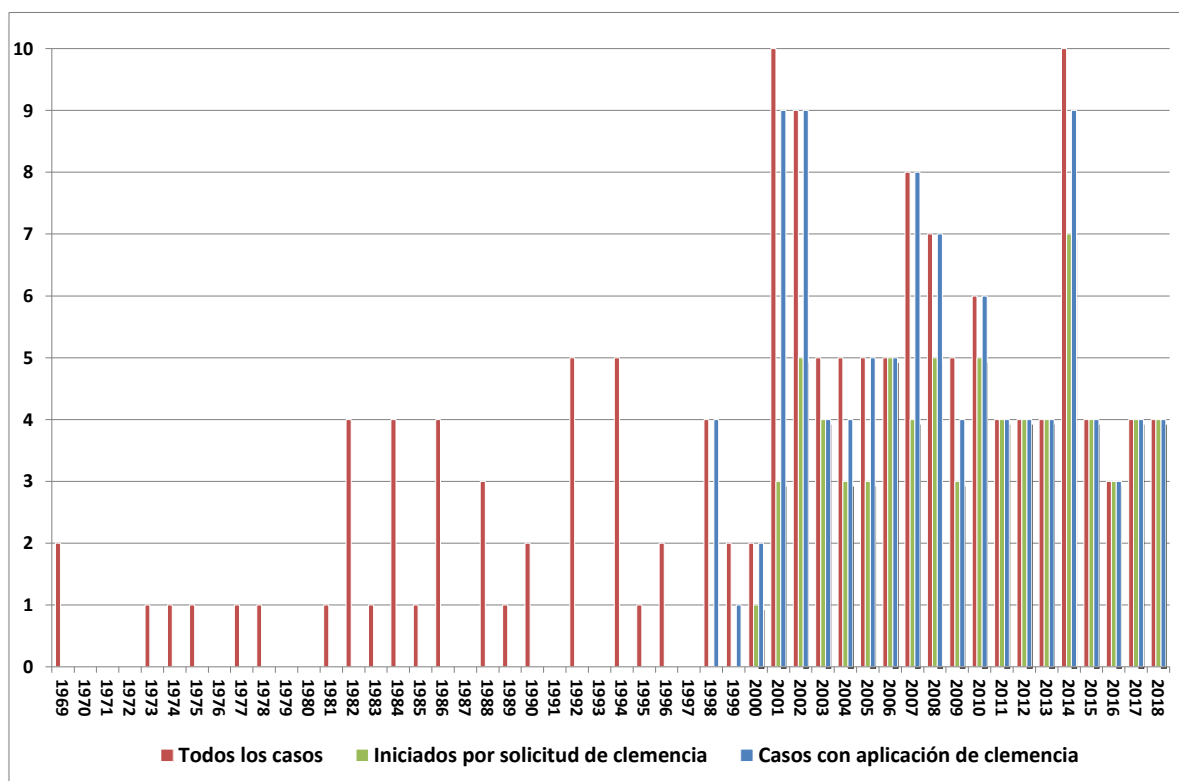
¹⁰ En 1993, Alemania propuso nuevamente, como lo hiciera en 1960, el establecimiento de una Oficina Europea de Cárteles u Oficina Europea de Competencia, que se responsabilizase de los deberes asignados a la Comisión Europea sobre cárteles, abuso de posición dominante, fusiones y ayudas de estado. Hubo una percepción generalizada en 1995 de que la reforma de la legislación europea de competencia y su política era inevitable. Sin embargo, las autoridades alemanas no fueron capaces de mantener el impulso suficiente para construir las alianzas requeridas con otros Estados miembros y esta propuesta se perdió.

miembros fundadores en 1983), que supuestamente estaban promoviendo la aplicación de una política de competencia "más liberal", han sido sancionados y multados como miembros de cárteles hasta 2014 por la Comisión. De hecho, hasta el 48% de los miembros actuales de dicha Mesa (24 de 50 miembros en 2016) han recibido una sanción por participar en un cartel. Además, hasta el 80% de los miembros del Grupo Asesor de Competitividad nombrado por el Presidente de la Comisión en febrero de 1995 han merecido sanción en decisiones adoptadas por la Comisión en casos de cartel.

IV. PATRONES EN EL DESCUBRIMIENTO DE LOS CÁRTELES TRAS EL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Desde 1998 en adelante, el programa de clemencia se ha aplicado en casi todos los cárteles sancionados por la Comisión, como puede comprobarse en la Figura 2, convirtiéndose de esta forma en el instrumento más efectivo para descubrir y sancionar a los cárteles. Se ha aplicado en el 95% de los casos desde 1998 (la primera decisión) hasta 2018. Además, la Comisión ha iniciado investigación en un caso de cartel tras una solicitud de clemencia en el 70% de los casos (75 de 110). Y, tras la introducción del programa, el número de cárteles sancionados por año aumentó significativamente.

Figura 2: Casos de cárteles sancionados por año de decisión (1962-2018)

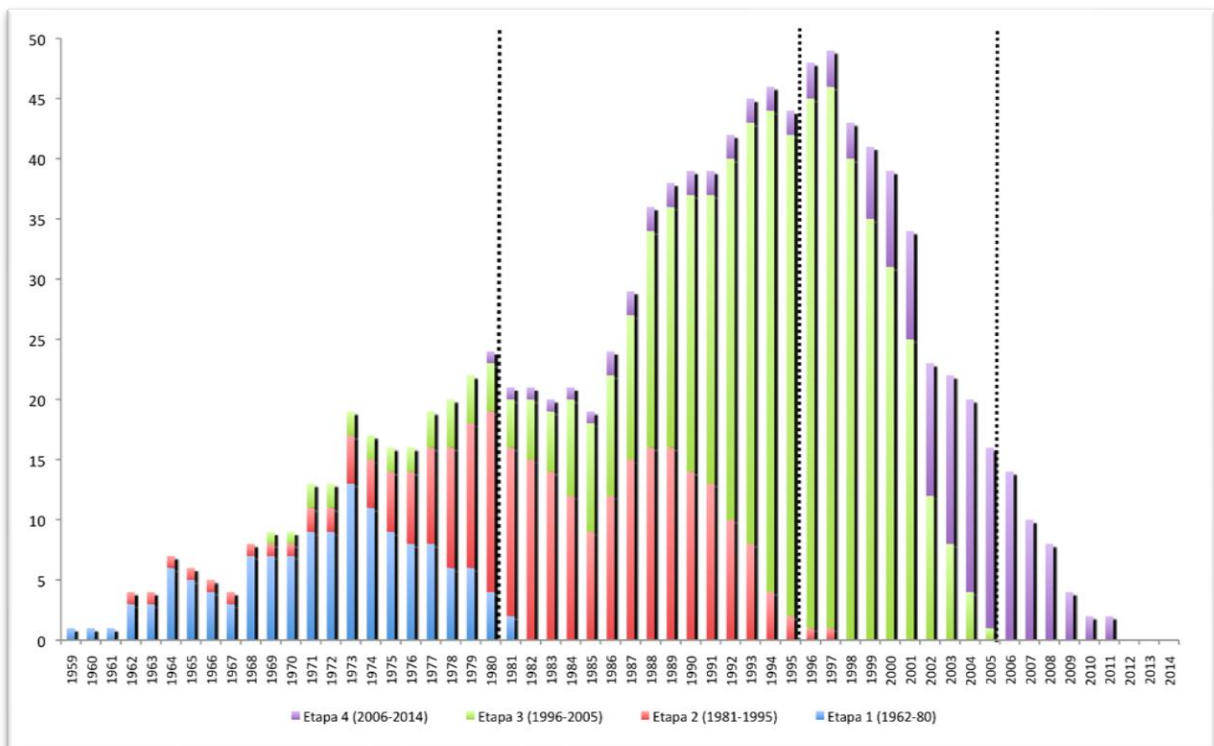


Fuente: Comisión Europea y actualizado de Ordóñez-de-Haro et al. (2018).

En cuanto al número de cárteles descubiertos que estaban activos en cada una de las etapas en las que Ordóñez-de-Haro et al. (2018) dividen la historia de la política anticárteles en la Unión Europea, la Figura 3 muestra cómo la mayoría de los cárteles que permanecían sin ser detectados, fueron finalmente descubiertos tras la introducción del

programa de clemencia. Hasta 47 cárteles estaban activos en la Unión Europea en 1997, cifra que constituye un máximo histórico de cárteles, que hoy efectivamente conocemos de su existencia al ser descubiertos. Esta figura destaca también lo que se ha demostrado como un comportamiento regular del descubrimiento de cárteles tras la introducción del programa: siempre aparece un efecto de aumento a corto plazo en el número de cárteles descubiertos, pero luego parece que el efecto a largo plazo del programa de clemencia no es aumentar la tasa de descubrimiento, sino disuadir la creación de cárteles.

Figura 3: Número de cárteles que estaban activos por año y etapa en la que el cartel fue detectado (comienzo de la investigación)

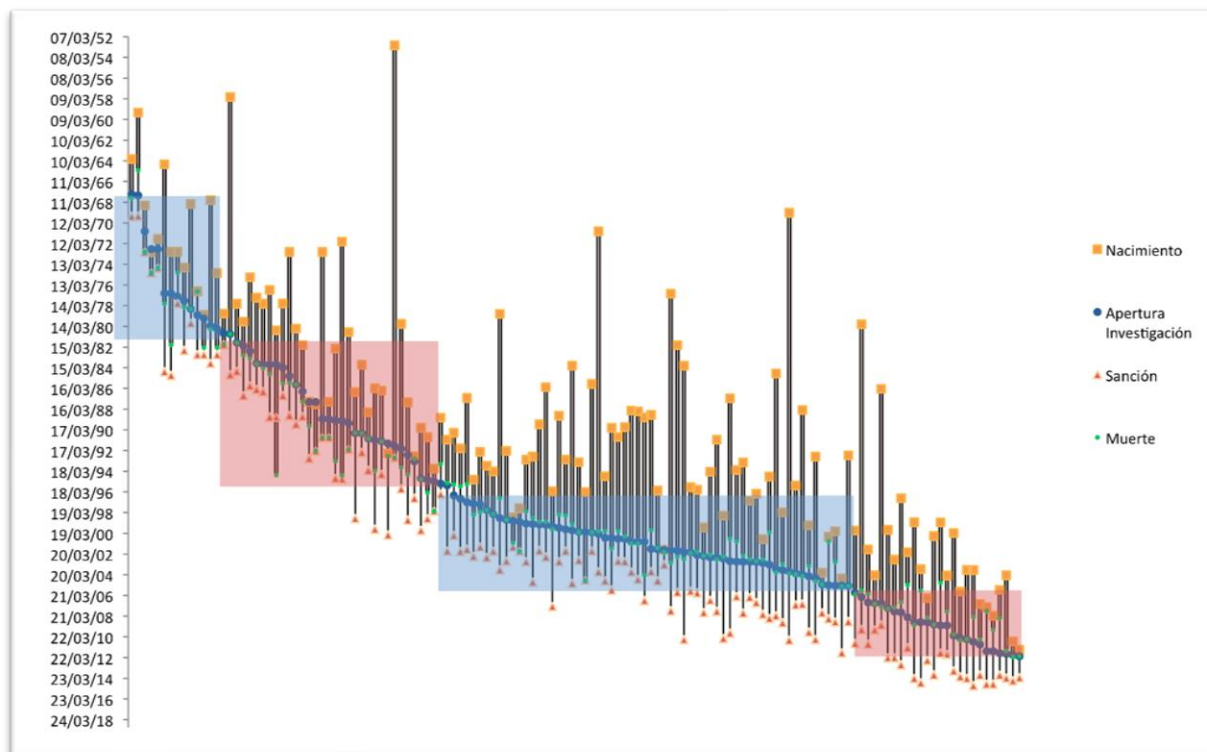


Fuente: Ordóñez-de-Haro et al. (2018).

La Figura 4 muestra el momento del nacimiento, muerte, detección y sanción de todos los cárteles sancionados por la Comisión Europea hasta el año 2014. Claramente señala una reducción en la duración de los cárteles descubiertos a lo largo del tiempo: la longitud de las flechas (entre el cuadrado y el punto verde) en la figura disminuye con el tiempo.

También se evidencia cómo los ratios de detección aumentan a lo largo del tiempo. En particular, en la etapa 2 (1981-1995), los cárteles descubiertos pasaron desapercibidos en la etapa anterior 1 (1962-1980); y también en la etapa 3 (1996-2005), una vez que apareció el programa de clemencia para posibles denunciadores, la Comisión consiguió detectar muchos cárteles que pasaron desapercibidos en las etapas anteriores 1 y 2 (1962-1980 y 1981-1995).

Figura 4. Nacimiento, muerte, apertura de investigación y fecha de sanción por cartel



Fuente: Ordóñez-de-Haro et al. (2018).

De estas figuras se desprende que la introducción del programa de delación de la UE supone un punto de inflexión crucial en la lucha de la Comisión contra los cárteles: condujo a un aumento destacable en el número de cárteles descubiertos, así como en el de sanciones impuestas.

Llama la atención que haya aumentado el número de casos de cárteles descubiertos y sancionados en los que sus miembros son un número reducido de empresas matrices internacionales que utilizan subsidiarias para participar en muchos cárteles diferentes. Y que la Comisión haya sido cada vez más capaz de detectar y sancionar el comportamiento de estas matrices y sus subsidiarias.

V. EFECTO DESESTABILIZACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA.

En Borrell, García, Jiménez y Ordóñez-de-Haro (2018) investigamos el efecto del programa de clemencia sobre la duración de los cárteles. Con este fin, utilizamos una muestra basada en información detallada de todas las decisiones sancionadoras en casos de cárteles de la Comisión Europea entre 1980 y 2015, así como de todas las resoluciones sancionadoras de las diferentes autoridades de competencia de ámbito nacional en España que han existido entre los años 1995 y 2015.

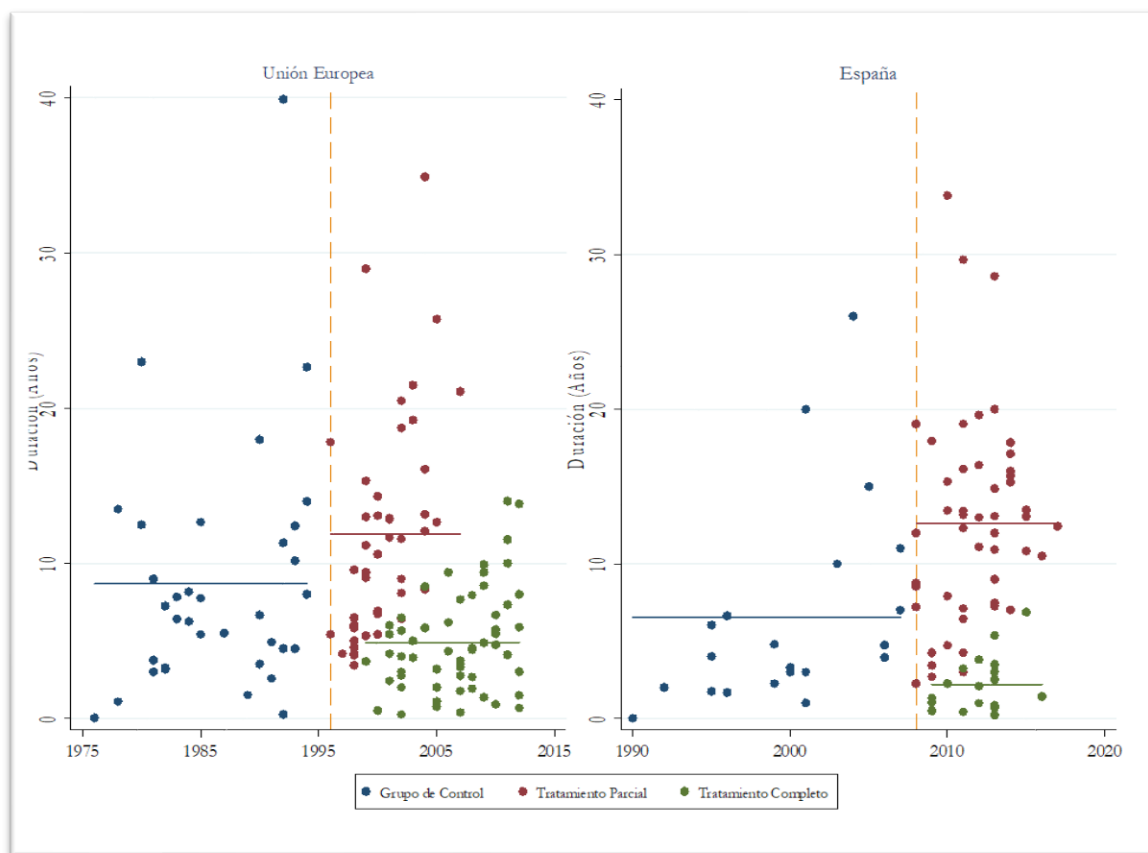
En esos períodos se adoptaron 196 decisiones sancionadoras en casos de cárteles (129 casos en la Unión Europea y 67 en España), que son 182 si excluimos las 14 decisiones en las que solo se sancionaron asociaciones empresariales (7 en cada nivel). Los casos en los que ha habido reducciones total o parcial de las sanciones a miembros de cárteles por acogerse al programa de clemencia, en la UE desde 1996 o en España desde 2008, asciende a 89 (60 de ellos aplicaron clemencia en la UE y 15 en España).

Nuestra principal fuente de identificación proviene del hecho de que la fecha de implementación del programa es exógena, y se ha implementado en diferentes áreas geográficas en distintos momentos del tiempo. Por el contrario, la principal limitación de todos los trabajos en esta materia se encuentra en que solo observamos los cárteles descubiertos, por lo que los resultados no pueden ser extrapolados a la población total de cárteles.

Harrington y Chang (2009) desarrollan un modelo teórico de creación y disolución de cárteles que permite inferir el impacto de la política de competencia sobre la creación de cárteles, a través de los efectos sobre la duración de los cárteles descubiertos. De acuerdo a este modelo, si la probabilidad de descubrir y enjuiciar a los miembros de cárteles aumenta debido a un cambio en la política, entonces los cárteles menos estables colapsarán inmediatamente. Por consiguiente, los cárteles que sobreviven tienen mayor duración, y existe un aumento significativo en la duración media de los cárteles descubiertos en el corto plazo. En el largo plazo, la duración media de los cárteles observados puede aumentar o disminuir, ya que los cárteles menos estables no se forman en primer lugar (aumento de la duración) pero los cárteles anteriormente estables se rompen antes (disminución de la duración).¹¹

En Borrell, García, Jiménez y Ordóñez-de-Haro (2018), distinguimos entre el impacto a corto y largo plazo del programa de clemencia en la duración de los cárteles, comparando tanto aquellos cárteles formados antes de la implementación del programa y finalizados después (tratamiento parcial o efecto de corto plazo) como los formados bajo la existencia del programa de clemencia (tratamiento completo o efecto de largo plazo) con el grupo de control. Los resultados muestran un efecto a corto plazo del programa de clemencia: los cárteles detectados tienen mayor duración que los del grupo de control. En la Figura 5 se ilustran gráficamente los resultados obtenidos.

¹¹ Recientemente, Harrington y Wei (2017) plantean un modelo teórico para investigar lo que podemos aprender de los cárteles a partir del estudio de aquellos cárteles que han sido descubiertos.

Figura 5. Duración media de los cárteles por año de ruptura (o muerte).

Fuente: Actualizado de Borrell, García, Jiménez y Ordóñez-de-Haro (2018).

Este resultado es consistente con los de Harrington y Chang (2009) y Zhou (2015), quienes concluyen que la duración media de los cárteles descubiertos aumenta en el corto plazo en respuesta a una política anticárteles más efectiva. La razón es que si la política es eficaz, entonces su adopción causará inmediatamente que los cárteles marginalmente estables colapsen, saliendo así de la población de cárteles, lo que significa que no aparecerán como cárteles descubiertos más adelante.

La duración de los cárteles creados tras la introducción del programa de clemencia es menor que la duración de los cárteles nacidos y "muertos" antes de la implementación del programa. Harrington y Chang (2009) encuentran que el efecto del programa sobre la duración de los cárteles en el largo plazo es ambigua: puede aumentar o disminuir. Por un lado, aquellos cárteles menos estables no se formarán bajo esta política, lo que implica un aumento en las duraciones observadas. Por otro, los cárteles de larga duración, anteriormente estables, se rompen antes, reduciendo la duración observada de estos. Nuestros resultados son consistentes con la segunda explicación: el efecto a largo plazo del programa de clemencia es una disminución en la duración de los cárteles.

Una última pregunta que nos planteamos es si el programa de clemencia saca a la luz cárteles más cortos o menos estables, o si realmente disuade la colusión que se traduce en la formación de cárteles más cortos o la formación de menos cárteles.

Harrington y Chang (2009) afirman que, en respuesta a una política que altera la probabilidad de detección y condena, el efecto del programa de clemencia en la tasa de formación de cárteles se puede inferir al observar la duración de los cárteles descubiertos a corto plazo. Si la duración promedio del cartel aumenta, entonces la política ha causado

un aumento de la probabilidad que las empresas sean descubiertas y condenadas, y así podemos concluir que dará como resultado que se formen menos cárteles en el nuevo estado estacionario.

Nuestros resultados prueban este último hecho: el programa de clemencia es efectivo en disuadir la creación de cárteles, o en reducir los sobrecostos generados, esto es, restringiendo los precios fijados por los cárteles no disuadidos, en la línea de los resultados obtenidos por Bos et al (2018).

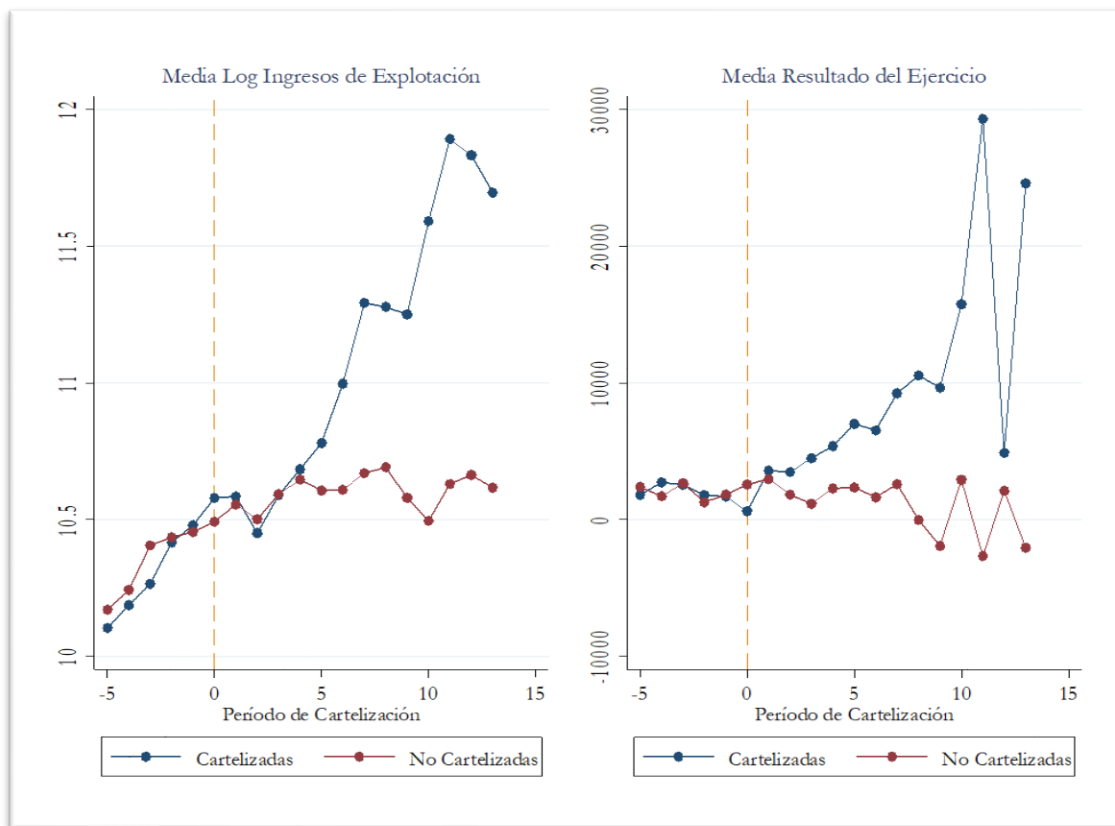
VI. IMPACTO DE LOS CÁRTELES SOBRE LOS INGRESOS Y RENTABILIDAD DE LAS EMPRESAS

García (2018) estima el efecto causal de ser miembro de un cartel sobre los ingresos y beneficios de las empresas cartelizadas¹². La autora del trabajo utiliza un panel de datos de empresas, tanto españolas como internacionales, que han participado en cárteles que han tenido lugar en España (grupo tratado) y otras que no (o al menos, de haber participado, no habrían sido descubiertas, lo que constituye el grupo de control), para el periodo 1992-2014. El efecto causal se estima mediante un estimador en diferencias (*difference-in-difference*).

Los resultados de García (2018), señalan que las empresas aumentan sus ingresos, en media, entre un 19 y 26% debido a los acuerdos colusivos, mientras que no se encuentra resultado significativo sobre los beneficios. Este resultado podría reflejar el hecho que los directivos son quienes deciden coludir o no: si su reputación o bonus salariales están basados en los resultados de la empresa, que pueden ser medidos por las ventas de estas, entonces formar cárteles puede ser beneficioso para su propio interés. Sin embargo, los intereses de los directivos no siempre están alineados con los de los accionistas.

¹² Una versión descriptiva y detallada de este análisis se puede encontrar en García (2017).

Figura 6. Media de ingresos y beneficios de empresas cartelizadas versus no cartelizadas



Fuente: García (2018).

Pero cuando se consideran los resultados por la duración del cartel, la autora del estudio encuentra que los miembros de cárteles de larga duración (superiores a 8 años), no solo aumentan sus ingresos entre un 29 y 50%, sino que también lo hacen sus beneficios (entre un 82 y 91,5%), cuando comparamos con los ingresos netos medios de las empresas participantes en este tipo de acuerdos ilícitos con las no participantes en dichos acuerdos. En otras palabras, las empresas participantes en cárteles de larga duración aumentan beneficios con respecto a las no cartelizadas y, además, lo hacen desde los periodos iniciales del cartel.

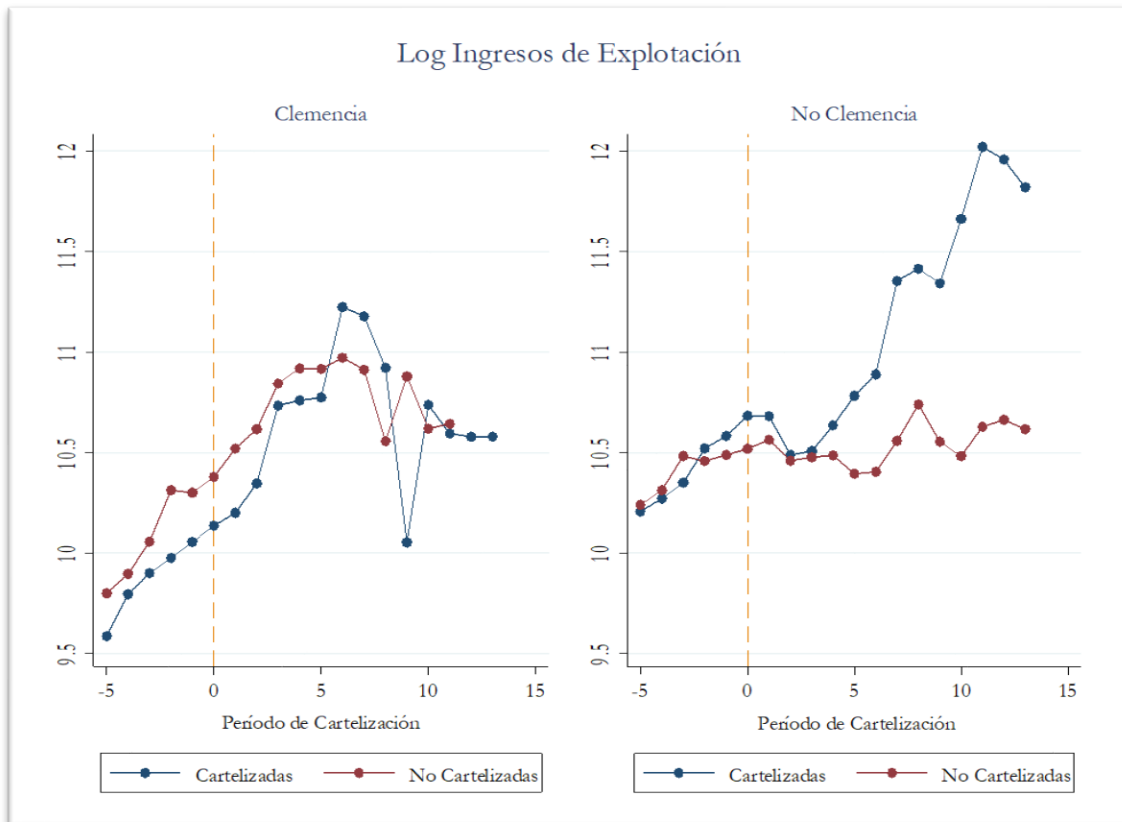
Asimismo, en el estudio se analiza si existe alguna diferencia en la rentabilidad de los cárteles que solicitan clemencia respecto de aquellos descubiertos a raíz de denuncias o de investigaciones de oficio por parte de las autoridades competentes. Este análisis es relevante porque ayuda a entender si el programa efectivamente incentiva la disolución y descubrimiento de todo tipo de cárteles, o solamente de aquellos que no son beneficiosos para sus miembros y se romperían en cualquier caso.

El principal resultado es que los cárteles, en los que ningún miembro (empresa) del cartel solicita acogerse al programa de clemencia, aumentaron los ingresos de sus participantes comparados con los obtenidos por el grupo de control integrado por las empresas no cartelizadas. Sin embargo, las empresas que sí pertenecen a cárteles con delatores (solicitan clemencia), no experimentaron este aumento de ingresos.

La evidencia es débil cuando se consideran los beneficios, medidos como ingresos netos. Sin embargo, hay también diferencias significativas en la evolución de los

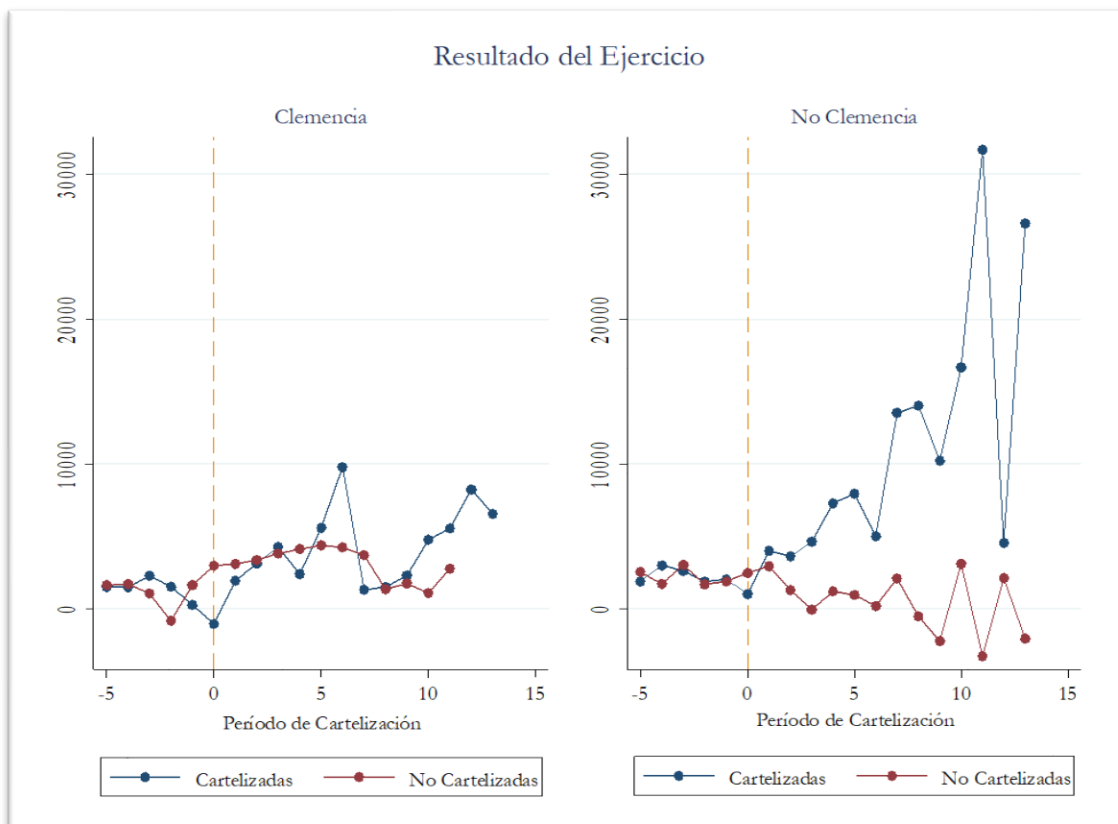
beneficios de las empresas cartelizadas que se hayan beneficiado o no del programa de clemencia. De nuevo, aquellos cárteles en los que ninguno de sus participantes aplicó al programa, los miembros (empresas) de esos cárteles obtuvieron mayores beneficios que el grupo de control. Por el contrario, esto no ocurre en aquellos cárteles donde alguno de sus miembros (empresas) solicitó acogerse al programa de clemencia.

Figura 7. Ingresos medios de empresas cartelizadas versus no-cartelizadas en el caso que algún cartelista haya solicitado acogerse (o no) al programa de clemencia



Fuente: García (2018).

Figura 8. Beneficios medios de empresas cartelizadas versus no-cartelizadas en el caso que algún cartelista haya solicitado acogerse (o no) al programa de clemencia



Fuente: García (2018).

Estos resultados pueden ser consistentes con uno o ambos de los siguientes efectos de los programas de clemencia: (1) si las empresas participan en cárteles que no les aportan a sus miembros ingresos ni beneficios extra, es más probable que estos delaten y soliciten a las Autoridades de Competencia un tratamiento clemente; o (2) la mera existencia del programa está restringiendo sobreprecios, aumentos de ingresos y de beneficios.

VII. CONCLUSIONES

Los programas de clemencia se han convertido en armas de desestabilización, descubrimiento y disuasión, en manos de las Autoridades de Competencia, contra la forma más dañina de colusión explícita entre empresas rivales.

El éxito alcanzado por los países pioneros en implementar estos programas ha promovido su rápida adopción por la mayoría de países del mundo, teniendo un efecto positivo en la eficacia percibida de la política de competencia, no solo en las jurisdicciones más avanzadas, sino también en aquellas rezagadas en esta materia.

En la Unión Europea, la introducción del programa de clemencia constituyó, asimismo, un punto de inflexión para consolidar a la Comisión Europea como el ente

supranacional más importante encargado de la aplicación pública de esta política, toda vez que el programa se convirtió en el principal factor para la detección, sanción y disuasión de los cárteles, y también para el desarrollo de demandas de daños privados (*follow-on claims*).

Los análisis que hemos llevado a cabo en los últimos años, y la evidencia obtenida, destacan que los programas de clemencia han tenido un claro efecto de desestabilización de los cárteles, que estos duran menos tiempo y que los miembros de cárteles que solicitan los programas de clemencia no han conseguido aumentar de manera significativa sus ingresos o beneficios durante el período de cartelización.

Las líneas de investigación futuras deberían centrarse en especificar cómo el programa de clemencia ha sido tan efectivo, y en qué medida su efectividad para descubrir y disuadir a los cárteles se verá reforzada o disminuida en la UE por el uso completo de los nuevos mecanismos como el procedimiento de transacción,¹³ y la plena transposición y aplicación nacional de las disposiciones contenidas en la Directiva sobre daños. También queda por ver si nuevas fuerzas intergubernamentales están tratando de hacer retroceder parte del camino avanzado con la integración y centralización impulsada por la Comisión Europea desde la introducción del programa de clemencia.

VIII. REFERENCIAS

- AGUZZONI, L., LANGUS, G., & MOTTA, M. (2013): The effect of EU antitrust investigations and fines on a firm's valuation. *The Journal of Industrial Economics*, 61(2), 290-338.
- BORRELL J.R., GARCÍA C., JIMÉNEZ J.L. & ORDÓÑEZ-DE-HARO, J.M. (2018): Cartel destabilization effect of leniency programs. In García Galindo, C. *Essays on cartels and competition policy*. European University Institute, PhD Thesis (2018). Department of Economics. URI: <http://hdl.handle.net/1814/59224>. DOI: 10.2870/13080.
- BORRELL, J.R., GARCÍA, C., JIMÉNEZ, J.L. & ORDÓÑEZ DE HARO, J.M. (2019): 25 years of leniency program: a turning point in cartel prosecution. *Antitrust Chronicle*, Winter 2019, Vol. 1 Number 2. *Competition Policy International*.
- BORRELL, J.R., JIMÉNEZ, J.L., & GARCÍA, C. (2014): Evaluating antitrust leniency programs. *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1), 107-136.
- BOS, I., DAVIES, S., HARRINGTON JR, J.E., & ORMOSI, P.L. (2018): Does enforcement deter cartels? A tale of two tails. *International Journal of Industrial Organization*, 59, 372-405.
- BOSCH, J.C., & ECKARD JR, E.W. (1991): The profitability of price fixing: evidence from stock market reaction to federal indictments, *The Review of Economics and Statistics*, 309-317.
- BOYER, M., & KOTCHONI, R. (2015): How much do cartel overcharge? *Review of Industrial Organization*, 47(2), 119-153.
- CONNOR, J.M., & BOLOTOVA, Y. (2006): Cartel overcharges: Survey and meta-analysis. *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), 1109-1137.
- CONNOR, J.M. & LANDE, R.H. (2008): *Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines*, 3. *Issues in Competition Law and Policy* 2203 (ABA Section of Antitrust Law).

¹³ Acuerdos entre las empresas investigadas por indicios de comisión de ilícitos y la autoridad de competencia competente por los que se cierra el caso con una reducción adicional en la sanción a las empresas que se adhieran, pero con el reconocimiento por parte de estas de su responsabilidad en la infracción.

- GARCÍA, C. (2017): ¿Merece la pena participar en un cartel? Un análisis de las empresas cartelizadas en España (1995-2014). *Anuario de la Competencia 2017*, Fundación ICO, pp. 439-462. 12/2018.
- GARCÍA, C. (2018): *Cartelization: Is it worth it?* In García Galindo, C. *Essays on cartels and competition policy*. European University Institute, PhD Thesis (2018). Department of Economics. URI: <http://hdl.handle.net/1814/59224>. DOI: 10.2870/13080
- HARRINGTON JR, J.E. (2008): Optimal corporate leniency programs. *The Journal of Industrial Economics*, 56(2), 215-246.
- HARRINGTON JR, J.E. & CHANG, M.H. (2009): Modeling the birth and death of cartels with an application to evaluating competition policy. *Journal of the European Economic Association*, 7(6), pp. 1400-1435.
- HARRINGTON JR, J.E. & CHANG, M.H. (2015): When Can We Expect a Corporate Leniency Program to Result in Fewer Cartels? *Journal of Law and Economics*, 58, 417-449.
- HARRINGTON JR, J.E. & WEI, Y. (2017): What can the duration of discovered cartels tell us about the duration of all cartels? *The Economic Journal*, 127, 1977-2005. Doi: 10.1111/eoj.12359.
- HEROLD, D. & PAHA, J. (2018): Cartels as Defensive Devices: Evidence from Decisions of the European Commission 2001-2010. *Review of Law & Economics*, 14(1), 1-31.
- LEVENSTEIN, M. & SUSLOW, V.Y. (2016): What Determines Cartel Success? *Journal of Economic Literature*, XLIV, 43-95.
- LEVENSTEIN, M. & SUSLOW, V.Y. (2011): Breaking Up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration. *Journal of Law and Economics*, 54(2), 455-492.
- ORDÓÑEZ-DE-HARO, J.M., BORRELL, J.R., & JIMÉNEZ, J. L. (2018): The European Commission's Fight against Cartels (1962-2014): A Retrospective and Forensic Analysis. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 56(5), 1087-1107.
- SMUDA, F. (2013): Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law. *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1), 63-86.
- THOMPSON, J.S., & KASERMAN, D.L. (2001): After the fall: Stock price movements and the deterrent effect of antitrust enforcement. *Review of Industrial Organization*, 19(3), 329-334.
- ZHOU, J. (2015): Evaluating leniency with missing information on undetected cartels: Exploring time-varying policy impacts on cartel duration. Mimeo. (2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1985816>.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INFRACTORA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA: ¿APLICACIÓN EXTENSIVA O RACIONAL?*

The Public Administration as competition law offender: extensive or rational application?

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

*Doctora en Derecho
Subdirectora de Vigilancia de la CNMC*

RESUMEN

La incidencia de los poderes públicos sobre la actividad económica de los mercados y, por consiguiente, sobre su funcionamiento competitivo, resulta indiscutible, tanto cuando los mismos ejercitan las funciones regulatorias y ejecutivas que tienen legalmente encomendadas como cuando directamente desarrollan una actividad económica en el mercado. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho de la competencia se plantea el dilema razonable si dichas actuaciones públicas son punibles cuando las mismas son realizadas propiamente en ejercicio de prerrogativas públicas y no en calidad de operador económico. A la vista de precedentes españoles y comunitarios más significativos y de las últimas resoluciones de la CNMC recaídas en expedientes sobre licitaciones públicas, este trabajo constituye una humilde respuesta a esta importante cuestión, atendiendo al fundamento y finalidad del derecho de la competencia y a los principios de legalidad y proporcionalidad que deben inspirar toda actuación sancionadora.

ABSTRACT

The impact of public powers on the competitive functioning of the markets is undoubted, when they act in the exercise of official authority and when they carry on economic activities of an industrial or commercial nature by offering goods or services on the market as well. Nevertheless, from the competition law perspective, the dilemma arises at to whether those public activities can be sanctioned or not when they form part of the essential functions of the public authority. In light of the European and Spanish case law and the most recent CNMC's decisions on public procurement cases, this paper is a humble answer to this relevant question, considering the legal basis and main objectives of competition rules and the principles of legality and proportionality of any sanctioning power.

Palabras clave: Administración pública, poderes públicos, prerrogativas públicas, empresa, operador económico, actividad económica, facilitador, empresa asesora que no opera en los mercados afectados, actuación sancionadora, ámbito subjetivo, responsabilidad subjetiva, imputabilidad, contratación pública, licitaciones públicas.

* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Keywords: Public Administration, public powers, public functions, public authority, undertaking, economic operator, economic activity, co perpetrator, consultancy firm not operating on the relevant markets, sanctioning power, subjective scope, subjective liability, imputability, public procurement, public tenders, bid rigging.

I. INTRODUCCIÓN

En España, la cuestión de la extensión de la aplicación de las prohibiciones *antitrust* al sector público ha generado, a lo largo de una década, un intenso debate tanto a nivel institucional como doctrinal. Esta controversia ha sido especialmente manifiesta en el ámbito judicial, a la vista de las sentencias de la Audiencia Nacional de 2013 y del Tribunal Supremo de 2016 sobre el cártel de la uva y mosto de Jerez, en la que dichos órganos jurisdiccionales llegaron a soluciones diametralmente opuestas, basándose en argumentos, asimismo, divergentes.

En realidad, la resolución de 6 de octubre de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en el expediente S/0167/09 PRODUCTORES UVA Y MOSTO JEREZ, declarando la responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en el cártel sancionado, supuso una novedad en dos sentidos: por primera vez se declaró responsable de una infracción de competencia a una autoridad pública, aun cuando claramente su actuación no fue en calidad de operador económico y, por ello, a su vez, dicha autoría fue calificada con base en la figura, desarrollada jurisprudencialmente en el ámbito europeo, del facilitador. Esta primicia, sin embargo, no estuvo exenta tampoco de polémica dentro de la propia autoridad de competencia, como lo demuestra el propio voto particular de la resolución mencionada.

Recientemente, diversas resoluciones de la autoridad española de competencia se han pronunciado también, de forma más o menos expresa, sobre la aplicación de las prohibiciones de competencia a la Administración Pública, y lo han hecho en expedientes referidos a posibles prácticas anticompetitivas en el marco de procesos de licitación pública. Es conocido por todos que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), al igual que la mayoría de autoridades del mundo, ha establecido, como una de sus prioridades, la lucha contra las actuaciones contrarias a la competencia en licitaciones públicas (*bid rigging*)¹. También resulta una cuestión incontrovertida que, en la medida que estos procedimientos públicos son organizados y llevados a cabo por los correspondientes órganos públicos, el análisis de su actuación por parte de la autoridad de competencia va a resultar ineludible a la hora de la investigación y resolución de estas infracciones de la competencia.

Precisamente por ello, estas últimas resoluciones han vuelto a poner sobre la mesa el mencionado debate, nunca silenciado del todo, de la consideración, más o menos extensa, de la Administración Pública como infractora de las normas de competencia y, por tanto, su análisis puede ayudar a delimitar más claramente esta trascendental cuestión.

¿Puede una Administración Pública infringir los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y debe ser sancionada por ello? ¿En qué supuestos y bajo qué condiciones? Este trabajo es una humilde respuesta, pues en no pocas ocasiones las autoridades de competencia se deben enfrentar a estas preguntas. Para intentar exponer nuestro planteamiento al respecto, aludiremos, en primer término, a cuestiones previas ineludibles como el concepto de empresa empleado en derecho de la competencia y la jurisprudencia comunitaria desarrollada en torno al mismo, para posteriormente exponer, de acuerdo con la última casuística española, los diferentes escenarios fácticos que se han delimitado para poder considerar o no a la Administración Pública sujeto activo de las infracciones de competencia. A la luz de todo lo anterior y de

¹ V. los Planes de Actuaciones de la CNMC desde el año 2015 hasta la actualidad, publicados en: <https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion>
Respecto a este tema, C. CERDÁ/S. SINOVAS, "La persecución institucional del *bid rigging* en España: actuaciones recientes de la autoridad de competencia", en *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2016, pp. 415-440.

las acciones adoptadas al respecto en el ámbito europeo se realizará, seguidamente, un análisis crítico de las diferentes soluciones defendidas tanto a nivel institucional como doctrinal en España, lo que nos llevará, por último, a exponer nuestras conclusiones finales sobre lo que consideramos una interpretación racional del alcance subjetivo de las prohibiciones *antitrust* sobre el sector público.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES DE COMPETENCIA

Como se ha indicado, antes de entrar de lleno en la revisión y análisis de la práctica decisoria de la autoridad española de competencia en relación con la responsabilidad de órganos de la Administración Pública por infracciones de la LDC, resulta conveniente delimitar, desde un punto de vista legal y jurisprudencial, el ámbito subjetivo de la responsabilidad por infracciones de competencia.

Tanto los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como los artículos 1 y 2 de la LDC se refieren, de forma más o menos explícita, a la *empresa* como destinataria de las prohibiciones contenidas en los mismos². De acuerdo con la regla de interpretación económica del derecho de la competencia, en virtud de la cual sus preceptos deben ser aplicados atendiendo a la realidad económica y no a la forma jurídica, el concepto de empresa a estos efectos se define de forma amplia, englobando a "*cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación*"³.

Además, se entiende que el concepto de empresa "designa una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas"⁴.

De ello se deriva la relevancia absoluta que el derecho de la competencia otorga al sujeto económico en un doble sentido. De una parte, el elemento crucial sobre el que descansa la delimitación subjetiva de los destinatarios de la norma es, precisamente, el desarrollo de una actividad económica, con independencia, como veremos seguidamente, de que el mercado en el que actúe sea el afectado por la infracción o no. Lo relevante a todos los efectos es que dicha entidad intervenga en el mercado ofreciendo bienes y servicios⁵.

A su vez, se prima a la unidad económica o *undertaking* frente al principio de separación de personalidad jurídica de las sociedades, lo que, en último término, permite también imputar solidariamente a la matriz, que no ha participado directamente en la

² No obstante, la empresa no es sujeto de derecho. Por lo que, en todo caso, es necesaria la identificación de una o varias personas físicas o jurídicas como centro de imputación de la actividad empresarial y concurrencial. En tal sentido también, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de septiembre de 2017, as. T-112/05, Azko Nobel NV c. Comisión, apdo. 59 y jurisprudencia allí citada.

³ Entre otras, sentencias del TJ de 23 de abril de 1991, as. C-41/90, Höfner y Elser, apdo. 21; de 18 de junio de 1998, as. C-35/96, Comisión c. Italia, apdo. 36; de 19 de febrero de 2002, as. C-309/99, Wouters y otros, apdo. 46; de 16 de marzo de 2004, as. C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, AOK-Bundesverband y otros, apdo. 46; de 28 de junio de 2005, as. ac. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apdo. 112; de 10 de enero de 2006, as. C 222/04, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, apdo. 107; de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, apdo. 25.

⁴ Entre otras, sentencias del TJ de 12 de julio de 1984, as. 170/83, Hydrotherm, 170/83, apartado 11; de 20 de enero de 2011, as. C-90/09 P, General Química y otros/Comisión, apdos. 34 y 35; de 29 de marzo de 2011, as. ac. C-201/09 P y C-216/09 P, ArcelorMittal Luxemburgo/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, apartado 95; de 29 de septiembre de 2011, as. C-520/09 P, Arkema/Comisión, apdo. 37.

⁵ Entre otras, sentencias del TJ de 18 de junio de 1998, as. C-35/96, Comisión c. Italia, apdo. 36; de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, apdo. 25.

práctica prohibida, la responsabilidad por los actos anticompetitivos realizados por la filial, genuina ejecutora del ilícito *antitrust*⁶.

Estos postulados mencionados se han ido, por lo demás, concretando con el tiempo. Así, a los efectos de las cuestiones que serán tratadas a lo largo de estas páginas, hay que señalar, en primer término, la conocida doctrina *Treuhand*. La misma ha establecido, en aras a la plena eficacia de las prohibiciones antitrust, la pertinencia de sancionar, como facilitador, a la empresa que ha contribuido activamente a la puesta en práctica de un cartel, aun si dicha empresa no opera en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia.

En este sentido, tanto el Tribunal General (TG) en dos ocasiones, como el Tribunal de Justicia (TJ) en un solo caso⁷, han confirmado la acción sancionadora sobre la empresa asesora que jugó un papel esencial y similar en ambas infracciones, organizando reuniones para los participantes en el cartel, recogiendo y comunicando a los participantes datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre las empresas y animando a las partes a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración⁸.

Por lo que se refiere, específicamente, al alcance de las prohibiciones de competencia sobre los poderes públicos, el derecho positivo español declara expresamente, artículo 4.2 de la LDC, que las prohibiciones de competencia sí se aplican a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin amparo legal.

En tal sentido, según jurisprudencia comunitaria consolidada, debe distinguirse, entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado⁹. De tal manera que, siendo el objeto del derecho de la competencia las actividades económicas de los operadores en el mercado¹⁰, cuando la actividad del organismo se vincula al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público, la misma queda exonerada de la aplicación de las prohibiciones de competencia, aunque por la misma se perciba una remuneración¹¹. Ahora bien, cuando ejerza actividades económicas, ya sea a través de una entidad distinta o empresa pública o,

⁶ Sobre este tema, v. J. I. RUIZ PERIS, *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, "La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el derecho de la competencia: Un análisis de la última jurisprudencia del TJUE", en AAVV., *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012; F. DÍEZ ESTELLA/P. PÉREZ FERNÁNDEZ, "Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de Stora a Portielje, pasando por Akzo Nobel y Elf-Aquitaine", en *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2013, pp.321-358.

⁷ En cuanto al primer caso, relativo al mercado de peróxidos orgánicos, que no fue recurrido en casación, v. sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008, as. T-99/04 AC-Treuhand AG c. Comisión. El segundo, relativo al mercado de los termoestabilizadores, v. sentencia del TG de 6 de febrero de 2014, as. T-27/14 AC-Treuhand AG c. Comisión y sentencia del TJ de 22 de octubre de 2015, as. C-194/14 P AC-Treuhand AG.

⁸ Asimismo, en el marco del procedimiento C-194/14 P AC-Treuhand AG, hay que destacar las conclusiones del Abogado General Sr. NILS WAHL de 21 de mayo de 2015, expresando su opinión en contra: "*si en circunstancias normales AC-Treuhand no ejerce una presión como la que la competencia hace recaer sobre las empresas controvertidas, sus acciones no pueden restringir la competencia.*" (apdo. 69).

⁹ Sentencias del TJ de 16 de junio de 1987, as. 118/85, Comisión c. Italia, apdo. 8 y de 18 de marzo de 1997, as. C-343/95, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova (Italia), apdo. 16.

¹⁰ Sentencia del TJ de 1 de julio de 2010, as. C-407/08 P Knauf Gips AG c. Comisión, apdo. 64.

¹¹ Sentencias del TJ de 18 de marzo de 1997, as. C-343/95, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Génova (Italia), apdos. 16 y ss; y de 19 de enero de 1991, as. C-364/92, cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación de Bélgica en el litigio SAT Fluggesellschaft y Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol).

directamente, a través de un órgano que forme parte de la administración del estado, su actuación puede ser tipificada como infracción de competencia a todos los efectos¹².

Dicha distinción conlleva el examen, en ocasiones complejo¹³, de la naturaleza, el objeto y las normas a las que están sujetas las actividades que ejercen la empresa o entidad pública. Además, puesto que el análisis de la naturaleza de una entidad ha de realizarse actividad por actividad, es perfectamente posible que se considere que una misma entidad pública constituye una empresa cuando efectúa algunas de sus actividades, mientras que, al realizar otras funciones que no tienen carácter económico, quede fuera del derecho de la competencia¹⁴.

Este planteamiento ha sido confirmado, posteriormente, en diversas ocasiones por la propia práctica decisoria de la Comisión Europea (CE) y validado por los tribunales comunitarios¹⁵.

Más concretamente, en el ámbito de la contratación pública, los tribunales europeos también han declarado que, para determinar la naturaleza económica o no de la actividad de compra de un producto por parte de un órgano público, la misma no puede disociarse del uso posterior que se dé a éste. Así, en el conocido asunto FENIN¹⁶, tanto el TPI como el TJ desestimaron el recurso interpuesto por FENIN, entendiendo que los organismos gestores de la Seguridad Social, aun cuando compran en grandes cantidades, no lo hacen para ofrecer bienes o servicios en el mercado, sino para desarrollar una actividad social, presidida por el principio de solidaridad. Así pues, aunque actúen como compradores en un mercado determinado, no son empresas, pues la actividad para cuyo ejercicio adquiere los productos no tiene carácter económico, por lo que no le resultan aplicables las prohibiciones de los artículos 101 y 102 del TFUE.

De todo lo anterior puede concluirse, por tanto, que sujeto activo de las infracciones de competencia es, potencialmente, cualquier persona física o jurídica cuya actividad esté dirigida al ofrecimiento de bienes o servicios en el mercado, independientemente del mercado en el que se desarrolle la misma y de su naturaleza pública o privada.

III. APLICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE COMPETENCIA A LOS PODERES PÚBLICOS EN ESPAÑA

Aunque, por razones obvias, vamos a centrar nuestro análisis en el enfoque adoptado por la autoridad de competencia a partir de la entrada en vigor de la LDC de 2007 y de la creación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), pues estos hechos supusieron un importante cambio de tratamiento de la cuestión analizada y, especialmente, tendremos en cuenta la última doctrina establecida por el Consejo de la CNMC a raíz de los expedientes recientemente resueltos de licitaciones públicas, no está de más señalar que la cuestión del alcance de las prohibiciones de competencia a los órganos de la Administración Pública se remonta a los orígenes del derecho de la competencia en España y ya fue planteada en toda su extensión con ocasión de la aplicación de la primera normativa de competencia que fue promulgada en nuestro país,

¹² Sentencias del TJ de 16 de junio de 1987, as. 118/85, Comisión c. Italia; de 24 de octubre de 2002, as. C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Comisión*, apdo. 74; y de 1 de julio de 2008, as. C-49-07, *MOTOE*, apdo. 25 y ss.

¹³ Tal y como pone de manifiesto el Abogado General Sr. M. POIARES MADURO en las Conclusiones de 10 de noviembre de 2005, as. C-205/03 P - FENIN/Comisión, apdo. 26.

¹⁴ Conclusiones del AG de 10 de noviembre de 2005, as. C-205/03 P - FENIN/Comisión, apdo. 43.

¹⁵ Decisión CE de 2 de abril de 2003 (Asunto COMP/C.38.279/F3 — Carnes de vacuno francesas) y Sentencias del TPI de 13 diciembre 2006, as. ac. T-217/03 y T-245/03 y del TJ 18 diciembre 2008, as. C-101/07 P. Decisión CE de 23 de enero de 2013 (asunto COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom) y Sentencias del TG de 28 junio 2016, as. T-216/13 y del TJ de 13 diciembre 2017, as. C-487/16 P.

¹⁶ Sentencias del TPI de 4 de marzo de 2003, as. T-319/99 FENIN c. Comisión y del TJ de 11 de julio de 2006, as. C-205/03 P.

la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia y, por supuesto, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Así, en el expediente 254/89 LIBROS TEXTO¹⁷, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia declaró la existencia, por una parte, de una práctica restrictiva por parte de ANELE (Asociación Nacional de Editores de Libros y Material de Enseñanza), consistente en una recomendación de precios mediante la difusión del acuerdo adoptado por su Asamblea general, que establecía los criterios aplicables a la subida de los precios de los libros de texto para el curso 1988/1989 y, por otra, de una práctica restrictiva consistente en el seguimiento de la recomendación de ANELE por parte de algunas de sus editoriales asociadas.

Aunque la resolución niega la relevancia de la intervención del Ministerio de Educación y Ciencia, tanto el voto particular de la misma como, en último término, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1997¹⁸, consideraron, sin la menor duda, que las limitaciones a las subidas de precios fueron aconsejadas por el propio Ministerio, que resultaba ser el verdadero inductor de las recomendaciones de ANELE. Ello, sin embargo, no llevó a la imputación del Ministerio, sino, muy al contrario, basándose en una discutible interpretación del principio de confianza legítima, a la anulación de la sanción impuesta a las entidades recurrentes.

En el expediente 376/96 Cárteles Sidra¹⁹, la labor de promoción realizada por la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias en relación a los acuerdos restrictivos de fijación del precio base para la manzana de sidra establecidos por dos asociaciones del sector, se consideró relevante, no para eximir a las entidades de su responsabilidad administrativa, sino para graduar la responsabilidad administrativa de los intervinientes en el acuerdo, pues aquellas *"no podían ignorar que las autoridades administrativas no estaban habilitadas para autorizar o inspirar acuerdos sobre precios incursos en el Art. 1. Aunque atenuada, subsiste la responsabilidad administrativa de ambas Asociaciones"*²⁰.

De esta época son también otras resoluciones que, intentando ya hilar más fino, calificaron determinadas actuaciones administrativas como actividades de naturaleza económica o propiamente regulatorias, no tanto por razón del sujeto que la llevaba a cabo, sino de su contenido (Expte. 393/96 Aparejadores Cádiz; Expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola; Expte. 422/98, Arquitectos Andalucía; Expte. 594/05, Cines Campoo).

Pero como anticipábamos, la introducción de la LDC de 2007 y la propia creación de la CNC supusieron un punto de inflexión respecto al anterior planteamiento sobre la posibilidad de sancionar a los organismos públicos por infracciones de competencia.

Así, algunos de los expedientes resueltos por la entonces recién estrenada CNC constituyeron la consolidación de la regla de la plena aplicabilidad de las prohibiciones de competencia a las entidades públicas cuando actúan como operadores económicos; otros, sin embargo, fueron más allá y supusieron una aproximación novedosa y desconocida, abogando por dicha aplicación, aun cuando aquellos actuaran en el ejercicio de sus funciones públicas y, por último, otros se han planteado la misma cuestión en el ámbito de contratación pública, que tanta relevancia tiene en materia sancionadora de competencia en la actualidad.

A continuación, se analizan con más detalle estas actuaciones sancionadoras, materializadas en numerosas resoluciones de la autoridad española de competencia en

¹⁷ Resolución de la Sección Segunda de 30 de octubre de 1990, expte. 254/89 y 539/88 del Servicio.

¹⁸ Sentencia de TS de 28 de julio de 1997, núm rec. ac. 2434/1991, 6965/1992 y 1392/1993.

¹⁹ Resolución del TDC 12 de diciembre de 1996, expte. 376/96 Cárteles Sidra.

²⁰ En el mismo sentido, la resolución del TDC de 8 de enero de 1996, expte. 337/93 Zontur.

los últimos años, de acuerdo con los diferentes escenarios contemplados y soluciones alcanzadas.

A. Supuestos en los que la Administración Pública actúa como operador económico

Tal y como se ha mencionado anteriormente, existe unanimidad, tanto a nivel nacional como europeo, al reconocer que, cuando la Administración Pública actúa en el mercado desarrollando una actividad económica, es decir, ofreciendo bienes y servicios en el mercado, es una empresa a todos los efectos y, por ello, puede ser considerada destinataria de las prohibiciones de competencia y, en su caso, responsable de las infracciones tipificadas en dicha normativa.

Así ha sido corroborado también por la autoridad española de defensa de la competencia y ratificado por los tribunales nacionales. Por ejemplo, en el expediente 650/08 Funerarias Baleares²¹, el Consejo de la extinta CNC se planteó la restricción de la competencia realizada por la Empresa Funeraria Municipal (EFMSA), que gestionaba el único cementerio en la ciudad de Palma, impidiendo que las empresas funerarias con licencias en otros municipios pudieran realizar servicios mortuorios en Palma (acondicionamiento, enferetramiento, etc.) más allá de la recogida y transporte de cadáveres. El gobierno y administración de EFMSA correspondía al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, mediante la Concejalía de Sanidad.

El Consejo consideró, de una parte, que las actuaciones suponían una estrategia del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, para favorecer a EFMSA, de forma que pudiera mantener el monopolio de empresa de servicios mortuorios encargada de la prestación de sus servicios con origen en Palma de Mallorca frente a otros competidores. Y, de otra, que la Concejalía de Sanidad asumía la Presidencia de EFMSA, por lo que en este caso la Concejalía y el Ayuntamiento actuaban como operador económico en los servicios mortuorios. Por todo ello, el Consejo declaró responsable a EFMSA, y solidariamente al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de una práctica abusiva e impuso una sanción de 500.000 euros.

Posteriormente, tanto la Audiencia Nacional (AN) como el Tribunal Supremo (TS)²², revalidaron que la actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, no correspondía a sus prerrogativas de poder público neutral, sino a la defensa de los intereses de la empresa municipal con la que él mismo operaba en el mercado de servicios funerarios y confirmaron la multa impuesta²³.

En otros casos, el Consejo ha sancionado a entidades de naturaleza dual público-privada, al entender que, en relación con los hechos analizados, estaban claramente actuando en su vertiente privada de garante de los intereses de las empresas o del sector correspondiente y que habían incurrido en una infracción a las normas reguladoras del derecho de competencia.

Así sucedió en el expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ²⁴, por lo que se refiere a la multa impuesta al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen JEREZ-XÉRÉS-SHERRY/MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA. La Resolución reconocía que en el Consejo Regulador confluían una dimensión privada, como representante de los

²¹ Resolución del Consejo de la CNC de 3 de marzo de 2009, expte. 650/08 Funerarias Baleares.

²² Sentencia de la AN de 31 de marzo de 2010, núm rec. 154/2009 y Sentencia del TS de 14 de junio de 2013, núm. 3282/2010.

²³ V. también al respecto la resolución del Consejo de la CNC de 7 de mayo de 2008, expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta.

²⁴ Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, expte. S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ.

intereses privados de todos los viticultores y bodegas inscritas y una dimensión pública, pues actuaba por delegación, como órgano desconcentrado de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, en las materias directamente relacionadas con la gestión y tutela de un bien de carácter público, como la Denominación de Origen.

En cuanto a su responsabilidad, el Consejo distinguió entre las funciones propias de cualquier Consejo Regulador de controlar la calidad y garantizar el origen de los productos amparados y la actuación del mismo, analizada en el expediente, restringiendo la comercialización de vino de jerez de manera no ligada a parámetros de garantía de calidad y origen, sino a parámetros de mercado como cantidad y precio. Respecto a esta práctica, concluyó que estaba actuando en su vertiente privada de garante de los intereses de las empresas bodegueras y que había incurrido en una infracción a las normas de competencia, por lo que le impuso una multa de 200.000 euros. Este pronunciamiento, por lo demás, ha sido ratificado mediante sentencia firme de la AN de 20 de marzo de 2013²⁵.

Otro supuesto similar fue examinado en el expediente S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA²⁶, en relación con la participación acreditada de la Autoridad Portuaria de Valencia (APV) en una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. El Consejo de la CNC entendió que, si bien la APV podía en ciertos aspectos considerarse una autoridad administrativa (en la concesión y regulación de las actividades del puerto que le atribuye la Ley y la normativa vigente), era también un operador económico que, como gestor, competía con otros puertos para la atracción de los fletes y en la prestación de los distintos servicios portuarios. Del análisis de sus actuaciones, el Consejo consideró que la APV no estaba actuando en su calidad de administración pública, sino como un agente de los mercados que confluyen en la actividad portuaria. Sin embargo, la sanción impuesta a esta entidad fue posteriormente anulada por la AN, eso sí, no por divergencias de interpretación del alcance de la responsabilidad subjetiva de la APV, sino por considerar la caducidad del expediente sancionador²⁷.

B. Supuestos en los que la Administración Pública actúa en ejercicio de sus funciones públicas

En segundo lugar, tendríamos aquellos casos de órganos administrativos que, ejerciendo sus prerrogativas públicas típicas, participan en una práctica restrictiva de la competencia o, al menos, sus actuaciones tienen un efecto restrictivo en las condiciones competitivas del mercado de que se trate.

Precisamente aquí, es donde el tratamiento dado en España a la cuestión objeto de análisis difiere de la solución adoptada por la Comisión y los tribunales europeos y, en general, por el resto de autoridades de los Estados miembros. También es en este marco en el que se ha producido la intensa discusión institucional y judicial que mencionábamos al principio.

A nuestro entender, de la última práctica decisoria de la autoridad española, se pueden diferenciar, a su vez, dos escenarios distintos en los que, actuando la Administración Pública, en principio, en el ejercicio de sus prerrogativas públicas, se ha llegado a soluciones diversas, considerando el distinto alcance de dicha intervención.

²⁵ Sentencia de la AN de 20 de marzo de 2013, núm. rec. 530/2010.

²⁶ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA.

²⁷ Sentencia de la AN de 25 de enero de 2016, núm. rec. 572/2013 y sentencia del TS de 16 de diciembre de 2016, núm. rec. 1726/2016.

B.1 Supuestos en los que la Administración Pública se extralimita de sus atribuciones públicas

Primeramente, tendríamos aquellos casos en los que la Administración Pública, actuando, en principio, en ejercicio de una potestad legalmente atribuida, en realidad, emplea de forma inadecuada dichas potestades y competencias que el ordenamiento jurídico le atribuye para el cumplimiento de sus fines, con resultados anticompetitivos en el mercado.

En definitiva, la Administración se excede de las potestades que tiene atribuidas y esa extralimitación favorece la realización de una práctica restrictiva de la competencia en forma de cártel. En estos supuestos, según lo declarado por la autoridad española de competencia, debe considerarse, *"que la Administración está desapoderada de sus prerrogativas, precisamente por no ejercitar adecuadamente las potestades que tiene atribuidas y, por lo tanto, su conducta puede ser analizable y sancionable si infringe la LDC²⁸"*.

Exponente por antonomasia de esta concepción²⁹ es el expediente S/0167/09, PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ³⁰. En el mismo se sancionó la infracción realizada, desde 1991 a 2009, por los miembros de la denominada Mesa de Jerez (asociaciones de productores y asociaciones de bodegueros o transformadores), dentro del marco del Plan de Reconversión del Marco de Jerez, los cuales firmaron sucesivos acuerdos sectoriales, en los que se fijaban los precios mínimos por kilogramo de uva y litro de mosto. A partir de 2002, dichos acuerdos eran firmados por las organizaciones del Marco de Jerez y la Consejería de Agricultura y Pesca (CAP).

Por lo que se refiere a la participación de la CAP, se declaró que, aunque la CAP tuviera competencias de ordenación, planificación, reforma y desarrollo de los sectores agrario, ganadero y agroalimentario, dar su conformidad a un acuerdo de fijación de los precios de venta de la uva y el mosto de Jerez, no podía en modo alguno ser considerada una de ellas, con base en la siguiente argumentación: *"Ello es así porque, en primer lugar, los acuerdos de fijación de precios son conductas restrictivas de la competencia que están prohibidas por la LDC (y la Administración no puede actuar contra legem) y porque, en segundo término, no existe norma alguna con rango de ley que en este supuesto concreto*

²⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, fundamento de derecho duodécimo. No obstante, pocos meses antes de dicha declaración, el 26 de abril de 2011, el Consejo de la CNC resolvió un caso similar, que ya es firme en vía judicial, en el que las labores de promoción, asesoramiento y vigilancia de los acuerdos prohibidos por parte de la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia, no fueron incluidas en la delimitación de la infracción (expte. S/0107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLÓN) ni tampoco sirvieron para eximir ni atenuar la responsabilidad de los infractores.

²⁹ Precursor de esta concepción puede considerarse a la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2009, expte. S/0639/08 COLEGIO FARMACEUTICOS CASTILLA-LA MANCHA. En la misma el Consejo ya adelantó el planteamiento que, posteriormente, cristalizaría en el caso PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ, aunque con sutiles diferencias. En este expediente, el Consejo reconoció al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) como responsable legal de la prestación farmacoterapéutica pública a los residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha y sus atribuciones públicas en la forma de gestión de este servicio público. Sin embargo, respecto al punto 2 del acuerdo de 29 de junio de 2006, adoptado por aquél con el Consejo de Colegios Oficiales de Castilla-La Mancha, en virtud del cual los Colegios Oficiales de Farmacéuticos establecerían los turnos de atención farmacoterapéutica por las oficinas de farmacia a residentes de los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, el Consejo consideró que el SESCAM no habría actuado como regulador, sino como operador económico, propiciando un reparto de mercado.

A pesar de que esta resolución fue objeto de voto particular sobre esta concreta argumentación, la misma fue confirmada posteriormente tanto por la AN, en su sentencia de 6 de junio de 2012, como por el TS, mediante sentencia de 9 de marzo de 2015. Ahora bien, estos pronunciamientos no avalaron expresamente el razonamiento del Consejo sobre la naturaleza de operador económico del SESCAM en determinados extremos de su actuación, sino más bien apuntaron al argumento, que sería desarrollado posteriormente por el Consejo de la CNC en el expediente PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ, de que las atribuciones públicas del organismo no podían ser entendidas en sentido tan extenso, hasta el punto de realizar una distribución anticompetitiva del suministro de los medicamentos.

³⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez.

permita a la Administración realizar este tipo de actuaciones, excluyendo, conforme a lo previamente expuesto, la normativa de defensa de la competencia."

Por lo tanto, concluyó el Consejo, la CAP "está actuando al margen, o excediéndose si se quiere, de las potestades que una determinada Administración autonómica tiene atribuidas y que esa extralimitación favorece la realización y desenvolvimiento de una práctica restrictiva de la competencia" y, en consecuencia, su conducta era plenamente enjuiciable por la LDC.

Además, el Consejo entendió que la actuación de la CAP no solo se había limitado a consentir y amparar dicho cártel, sino que tuvo papel activo tanto en la organización como especialmente en la vigilancia de la correcta aplicación de los acuerdos, por lo que reunía los "elementos de lo que la doctrina comunitaria, sentencia del Tribunal General (en adelante, TG - antes TPI) de 8 de julio de 2008, asunto T- 99/04, Treuhand/Comisión, y posteriormente este Consejo, ha denominado facilitador". No obstante, en atención a la ausencia de pronunciamientos previos en los que se reconociese la responsabilidad de una Administración pública careciendo de la condición de operador económico y en concepto de facilitador, no se le impuso sanción económica.

Esta novedosa tesis sostenida por el Consejo, sin embargo, no gozó de completa unanimidad y la resolución fue objeto de un voto particular. Este defendió que, no actuando la CAP como operador económico, sino en el uso de sus prerrogativas administrativas, dicha actuación no podía quedar sometida a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y lo procedente hubiera sido el archivo de las actuaciones contra la CAP.

La resolución fue recurrida por la CAP y es, precisamente, en el ámbito judicial en el que mejor se ha evidenciado la controversia existente en cuanto al alcance subjetivo de las infracciones de competencia aplicadas al orden público.

De una parte, según se desprende de su sentencia anulatoria de 16 de julio de 2013³¹, para la AN el debate se debía acotar en los siguientes términos: "*No se trata de analizar si la Administración se ha excedido en el ejercicio de sus potestades públicas en materia de ordenación, del sector de la uva, sino de examinar con carácter previo si su intervención se realizaba o no como un operador del mercado.*"

Se reconoce que dicho órgano administrativo no ha intervenido como operador económico sino en ejercicio de potestades públicas, sin que el hecho de que dicho órgano administrativo se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa permita considerarle sujeto infractor.

Ello no significa que esa conducta de la CAP no sea en su caso reprochable sino sólo supone que la CNC no puede declarar a la Administración responsable de tal infracción en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, ya que en este caso sólo se le reconoce legitimación para impugnar tal actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa."

Sin embargo, posteriormente, el TS, en su sentencia de 18 de julio de 2016³², casó el pronunciamiento previamente citado y confirmó la resolución de la autoridad de competencia en relación a la CAP, considerando, por el contrario, que la "*sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.*"

³¹ Sentencia de la AN de 16 de julio de 2013, núm. rec. 626/2011.

³² Sentencia del TS de 18 de julio de 2016, núm. rec. 2946/2013.

Además, especificaba el Alto Tribunal que “habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando.”

De acuerdo con lo anterior, concluyó que resultaba indudable que “la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia [...]. Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.”

El mismo planteamiento fue aplicado por el Consejo de la CNC, nuevamente, en el expediente S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA en relación a la entonces Conselleria de Infraestructuras y Transporte de la Comunidad Valenciana y a su participación en el acuerdo de precios, que acordaron las principales asociaciones de transportistas de contenedores a aplicar por prestar sus servicios de transporte en contenedores con origen o destino Puerto de Valencia³³. En este caso, el Consejo volvió a confirmar que *“la participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador (impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal ex art. 4 LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa. A su vez, el hecho de que alguno de los participantes en una práctica restrictiva de la competencia no tenga la consideración de operadores económicos no puede ser considerada, con carácter general y sin atender a las circunstancias concretas del caso, como una causa de inimputabilidad que excluya la posibilidad de apreciar el elemento subjetivo del tipo. En definitiva, la condición de operador económico podrá justificar la aplicación del régimen sancionador de la LDC, pero la aplicación de dicha Ley no queda limitada de modo exclusivo a los sujetos que tengan la consideración de operadores económicos, sino que se extiende necesariamente a todos aquellos sujetos que, de hecho y en el caso en concreto han desplegado una conducta objetivamente con aptitud para incidir en el mercado.”*

Asimismo, precisó, en cuanto a la concreta vía de control de la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos, que “ni en el caso de la actuación de la Junta de Andalucía (Resolución de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09), ni en el presente caso, es posible acudir a la vía prevista en el artículo 12.3 de la LDC como apunta la Audiencia Nacional, pues no nos encontramos ante un acto administrativo ni ante una disposición general emanados de una Administración Pública y sujetos a Derecho Administrativo, sino ante una actuación material derivada de la misma (i.e. convocatoria de reunión, impulso, seguimiento) que no es susceptible de control a través de la legitimación activa reconocida a la CNC [...]. Pero, aunque así fuera, es decir, aunque la concreta actuación de la Administración fuera susceptible de impugnación ante la

³³ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA.

jurisdicción contencioso-administrativa, la previsión del artículo 12.3 de la LDC no impide ni restringe la aplicación del artículo 1, pues ambas normas responden a una finalidad distinta.”

De lo anterior, el Consejo concluyó la responsabilidad de la mencionada Conselleria en las prácticas analizadas, aunque, una vez más, no impuso sanción económica, al entender que el efecto disuasorio de la multa es más que discutible cuando se trata de una Administración, puesto que la misma *“afectaría al erario público, de forma que la afectación patrimonial sería en última instancia sobre el conjunto de los ciudadanos”*.

Esta resolución, al contrario que el caso de PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ, no fue recurrida por la Conselleria, por lo que la discusión no se reprodujo en sede judicial ni ha habido posibilidad de que los tribunales ratifiquen las argumentaciones defendidas en el caso precedente.

B.2 Supuestos en los que la Administración Pública actúa en el ámbito típico de sus atribuciones públicas

El segundo posible escenario viene constituido por aquellos casos en los que la actuación administrativa, aun con un potencial efecto restrictivo de la competencia, se produce propiamente en el ejercicio de sus funciones o prerrogativas públicas. En este sentido, los supuestos más frecuentes que se pueden ser citados, como expositoras del posicionamiento de la autoridad española sobre el alcance subjetivo de las prohibiciones sobre las actuaciones típicas de los poderes públicos de contratación, corresponden al ámbito de las licitaciones públicas y muchos de estos pronunciamientos provienen, además, del ámbito autonómico.

Aunque, como no puede ser de otra forma, nos centraremos, fundamentalmente, en la tesis defendida por la propia resolución, las mismas constituyen también buena muestra del debate existente sobre la cuestión, como se deduce del voto particular del que han sido objeto la mayoría de ellas.

El primer pronunciamiento de este grupo de casos vendría constituido por la resolución del Consejo de la CNMC de 16 de julio de 2018 en el expediente S/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS³⁴. En el mismo, el Consejo de la CNMC consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en el diseño y participación en la misma de una estrategia común de reparto de licitaciones de varias administraciones españolas en el sector de los servicios tecnológicos, siendo responsables, como instigadoras, dos empresas –INDRA y SAG-, y, con una responsabilidad más limitada, otro grupo de empresas –ACCENTURE, ATOS, BABEL, CIBERNOS, CONNECTIS, EVERIS, GESEIN y NEXT-.

Con respecto a la participación de las Administraciones Públicas, el Consejo expresamente declaró: *“Esta Sala no niega que las administraciones públicas han podido tener, en algunos contratos, una cierta incidencia generando un contexto que ha propiciado el mantenimiento interesado de las alianzas, pero no es posible descargar en los organismos públicos, que han mostrado un funcionamiento muy diferente con diferente personal y diferentes equipos, toda la responsabilidad de las conductas, bajo el argumento de la concurrencia del principio de confianza legítima. En todo caso, las diferentes unidades de las administraciones públicas, en las licitaciones que han convocado, han actuado como órganos de contratación y están sujetos en este ámbito a*

³⁴ Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, expte. S/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS.

las normas públicas de contratación del Estado, sobre las que esta Comisión no tiene facultad de aplicación”.

Respecto a la mayor o menor relevancia de la incidencia de las administraciones en la conducta, posteriormente, añadió: *“La incidencia de la administración en las conductas no ha sido negado por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del procedimiento, pero en su propuesta de resolución ofrece argumentos convincentes que permiten considerar que la participación de la administración no es determinante para la calificación de la infracción. Por ejemplo, los hechos evidencian cambios de modelo de contratación, con la intención por parte de la administración de fomentar la competencia en las ofertas y, sin embargo, las empresas buscan alternativas ilícitas para continuar manteniendo las alianzas.*

Se ha destacado, igualmente, la existencia de alternativas por parte de las empresas para salvar el determinismo de los pliegos. [...]

Es relevante destacar, además, el papel desempeñado por las empresas en relación con su participación activa en la redacción y conformación de dichos pliegos deterministas a los cuales las empresas achacan el mantenimiento del statu quo. Esta participación lleva incluso a que dichas empresas sean quienes redacten o sugieran cambios en los pliegos a las administraciones contratantes. El poder negociador de la administración alegado por las empresas se ve, de este modo, cuestionado. Las empresas participan activamente en la conformación de los pliegos y mantienen frecuentes contactos con las administraciones licitantes antes de la adjudicación de los concursos, disponiendo de información relevante antes de que se convoquen los concursos y negociando entre ellas tanto su influencia en los mismos como el reparto de concursos aún no convocados³⁵.”

La siguiente decisión a mencionar constituye, en puridad, un pronunciamiento de la CNMC derivado del ámbito autonómico³⁶, en particular de la Comunidad de Madrid: Expediente SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES³⁷. En el mismo se dilucidaba la posible práctica concertada, con efectos restrictivos de la competencia, entre las empresas Motorola Solutions España, S.A. (MOTOROLA) y Amper Sistemas, S.A. (AMPER) y el Organismo Autónomo Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM), en relación con las negociaciones habidas entre las mismas referentes al contrato de mantenimiento de la red de comunicaciones móviles TETRA de que dispone el Ayuntamiento de Madrid para la prestación de sus servicios de seguridad y emergencia.

En el marco de dicho contrato de mantenimiento, MOTOROLA comunicó un problema detectado en la red que podía hacer fallar toda la red en agosto de 2017 y ofreció, como solución, la actualización del software y del conmutador de la red a la última

³⁵ Esta resolución fue objeto, no obstante, de un voto particular, al considerar que, en la descripción de los hechos analizados, se recogían indicios suficientes de la intervención de algunos organismos públicos (y/o responsables de los mismos) en la conducta infractora, por lo que debería haberse incluido a esos sujetos en el expediente, incoándolo respecto a ellos en su calidad de facilitadores de la conducta anticompetitiva. Además, según este voto particular, la condición jurídica del infractor y el hecho de que actúe o no como operador económico no son factores determinantes para apreciar la existencia de una infracción, puesto que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, lo relevante es la incidencia real de la conducta en el mercado o la aptitud de la acción administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la colusión en la que participa.

³⁶ Como es sabido, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 y, específicamente, desde la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, en España existe un sistema descentralizado de competencias ejecutivas de la legislación estatal de defensa de la competencia. Ello se traduce, en último término, en que determinadas Comunidades Autónomas han asumido dichas competencias, pero lo han hecho con distinta configuración orgánica. Así, hay algunas CCAA están dotadas de órganos de instrucción y resolución (Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla y León, País Vasco, Extremadura y Andalucía) y otras solamente disponen de órgano de instrucción (Canarias, Madrid, Murcia, Navarra), en cuyo caso es el Consejo de la CNMC el que resuelve las propuestas de resolución elevadas por aquéllas.

³⁷ Resolución del Consejo de la CNMC de 4 de diciembre de 2018, expte. SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES.

versión DIMETRA de manera gratuita, en el marco del contrato de mantenimiento que el Ayuntamiento tenía suscrito con MOTOROLA a través de su partner AMPER. En este sentido, se tuvieron distintas reuniones y contactos a lo largo del año 2016 y, finalmente, se llegó a la conclusión que dichas actuaciones estaban incluidas en el contrato de mantenimiento y, por tanto, fueron implementadas.

Simultáneamente, en julio de 2016, fue convocada la licitación para la renovación de la red TETRA del Ayuntamiento de Madrid, en la cual se exigía que todas las empresas que se presentaran tuvieran la homologación del fabricante para los sistemas DIMETRA en la última versión instalada. El 6 de octubre de 2016, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) anuló la licitación mencionada, por considerar que la misma había incumplido el principio de neutralidad tecnológica, al haber sido adquirido el conmutador central fuera de la licitación, como parte del contrato de mantenimiento de la red, ocasionando que el fabricante del conmutador (MOTOROLA) adquiriera la exclusividad sobre el resto de componentes de la red, puesto que nadie más podía cumplir el requisito de interoperabilidad.

Asimismo, el TACP resolvió dar traslado a la autoridad de defensa de la competencia de su resolución, para que valorase la eventual infracción de la LDC. La Comunidad de Madrid, en su propuesta de resolución, consideraba que los contactos y actuaciones llevadas a cabo por MOTOROLA, AMPER y el IAM tuvieron como consecuencia la modificación del objeto del contrato licitado por el Ayuntamiento de Madrid para la renovación de su red TETRA, al haberse adquirido el conmutador o nodo central sin licitación, lo que vinculaba tecnológicamente el resto de elementos de la red a los de un único fabricante (MOTOROLA) y calificaba dichas prácticas como una infracción grave del artículo 1.b) LDC, de la que habrían sido responsables MOTOROLA, AMPER y el IAM.

Por el contrario, el Consejo concluyó que no existía, en las conductas investigadas, acuerdo alguno entre empresas competidoras para la fijación del precio de la licitación o el reparto del mercado. Se trataba más bien de actuaciones que se enmarcan en la negociación y discusión en torno a los límites y obligaciones derivados del contrato de mantenimiento existente: *"La decisión final de IAM en torno al contrato finalmente licitado puede ser considerada por una autoridad de competencia como la introducción de un obstáculo a la existencia de una competencia efectiva en la futura licitación y revisada y anulada por un tribunal administrativo de contratación, pero, se trata de una actuación que resulta del ejercicio de una potestad pública. Por ello fue revisada y declarada contraria a derecho a través de un mecanismo de impugnación ante el TACP, y con ello depurada del ordenamiento jurídico por su disconformidad con la legislación de contratos del sector público."*

A mayor abundamiento, respecto a la aplicación específica de la LDC, declaró que resultaba evidente que dicha actuación *"pudo ser también impugnada por la propia Comisión en ejercicio de su facultad impugnatoria (artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio).*

Por tanto, se trata de una actuación que puede ser merecedora de un análisis de la autoridad de competencia desde la perspectiva de la promoción de la competencia pero que no resulta sancionable por infracción del artículo 1 de la LDC, dado que no todos los incumplimientos de la normativa de contratos de las Administraciones Públicas que

supongan la introducción de un obstáculo significativo a la competencia en la licitación deben ser considerados una infracción de la LDC^{38 39}.

Otro caso posterior, también procedente de la Comunidad de Madrid y resuelto por la CNMC es el expediente SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID⁴⁰. El órgano encargado de la defensa de la competencia en la Comunidad de Madrid proponía sancionar al Ayuntamiento de Madrid por un abuso de posición de dominio, con base en el artículo 2 de la LDC, centrándose los hechos en el mercado del estacionamiento regulado de vehículos de la capital, en el cual el Ayuntamiento ostenta las competencias para su ordenación y regulación. El abuso, en particular, consistía en que el Ayuntamiento licitaba este servicio de estacionamiento regulado junto con el de pago del estacionamiento mediante aplicación de tecnología móvil y la denunciante, EasyPark España S.L.U., alegaba que dicha decisión de licitar conjuntamente ambos servicios, producía un efecto restrictivo de la competencia y le impedía participar en el mercado de servicio de pago por aplicaciones móviles del servicio de estacionamiento regulado.

El órgano madrileño concluyó, por una parte, la posición de dominio del Ayuntamiento en el mercado, al tener la competencia legal para la prestación y ordenación de ese servicio y, de otra parte, el abuso, consistente en incluir el servicio de pago mediante aplicaciones móviles en la licitación del propio servicio de estacionamiento, con exclusión de otros competidores.

Sin embargo, el Consejo de la CNMC, en su resolución de 28 febrero de 2019, resolvió el asunto, apartándose de la propuesta del órgano instructor. En términos generales, señalaba que, aunque todas las Administraciones públicas pueden ser sujetos de las prohibiciones previstas en la LDC, para determinar la naturaleza de las actividades realizadas por la Administración y si las mismas constituían una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, es necesario realizar un análisis específico del caso, atendiendo a la conducta particular de la Administración y a la manera en que ésta incide en la estructura y funcionamiento de los mercados.

Pues bien, en este supuesto específico, el Consejo consideró que *"el Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que ha descartado la prestación directa del servicio de estacionamiento regulado a través de una entidad pública, no actúa como proveedor de servicios en los mercados señalados sino como licitante de un servicio de gestión y recaudación para el cumplimiento de un servicio público cuya prestación tiene encomendada"*, por lo que el Ayuntamiento estaba actuando como "órgano de contratación" o "poder adjudicador" de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado en el municipio de Madrid, por lo que no era posible apreciar la existencia de una conducta anticompetitiva del artículo 2 de la LDC en la adjudicación del contrato, quedando subordinada, en último término, dicha actuación *"al conjunto de la misión pública de gestión de servicios de interés económico que le impone la ley, de manera que las concesiones objeto del expediente no pueden constituir una conducta de*

³⁸ Como se ha apuntado, esta resolución fue objeto de un voto particular. El mismo, basándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, considera, de una parte, que el IAM opera en el caso analizado como operador económico a efectos de la aplicación de la normativa de competencia y, de otra, que se cumplen los requisitos que se exigen para la aplicación del artículo 1 de la LDC. Además, defiende que el hecho de que las decisiones de contratación del IAM sean susceptibles de ser recurridas por la vía administrativa no impide que su actuación pueda también ser valorada desde la perspectiva de defensa de la competencia.

³⁹ Otros supuestos análogos, aunque sin desarrollo argumental al respecto, parece deducirse de las resoluciones de archivo del Consejo de la CNMC de 12 de noviembre de 2019, en el expte. SAMAD/04/19 PROYECCIONES CINEMATOGRAFICAS CINE DE VERANO; de 21 de noviembre de 2019, en el expte. SAMAD/05/19, TELECOMUNICACIONES; de 12 de marzo de 2020, en el expte. SAMAD/07/19, TELECOMUNICACIONES MÓSTOLES.

⁴⁰ Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de febrero de 2019, expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID.

abuso de posición de dominio, debiendo, en su caso, ser impugnadas conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

En definitiva, si bien el Consejo admitió que la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de aplicaciones como una de las prestaciones del contrato, podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia y que una solución proporcionada sería abrir la prestación del servicio de pago por App a otros posibles prestadores del servicio en igualdad de derechos y obligaciones, en todo caso, consideró que dichos obstáculos a la competencia estarían vinculados con el diseño y contenido del contrato, por lo que su solución no vendría de la aplicación de las prohibiciones de competencia, sino por la vía de la promoción de la competencia⁴¹.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CUESTIÓN

Resulta irrefutable la incidencia de los poderes públicos sobre la actividad económica de los mercados y, por consiguiente, sobre su funcionamiento competitivo, fundamentalmente a través del poder regulatorio y de las funciones ejecutivas de planificación que tienen encomendadas sobre los mismos. Esta inevitable incidencia y, especialmente, la posibilidad de introducción de restricciones competitivas por aquellos, es reconocida por la normativa española de defensa de la competencia y sometida a ciertas condiciones desde el punto de vista de su exceptuación legal.

Así, el artículo 4 de la LDC establece que las prohibiciones contenidas en la misma no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Por el contrario, en el segundo apartado del citado precepto se declara que dichas prohibiciones sí se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia *“que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”*. Además, el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (antiguo artículo 12.3 de la LDC de 2007), establece que la CNMC *“está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”*.

Por tanto, todas las restricciones a la libre competencia no materializadas en norma con rango legal y las actuaciones, públicas y privadas, en las que aquellas se materialicen, son enjuiciables por la legislación de defensa de la competencia.

⁴¹ El voto particular del que fue objeto esta resolución, sin embargo, defendía, de manera cumulativa, los siguientes razonamientos: en primer lugar, que la capacidad de reacción de la autoridad de competencia por la vía de la promoción de la competencia no excluye la vía de la defensa. En segundo término, que el parámetro para determinar la sujeción a las prohibiciones de la LDC, no es el concepto de empresa u operador económico, sino, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, la aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”. En tercer lugar, que un poder adjudicador, al proveerse de productos o servicios en un mercado, cumple las exigencias jurisprudenciales para ser considerado operador económico. Y, en tercer lugar, que en el supuesto analizado se había acreditado que el Ayuntamiento había actuado de manera contraria a la competencia, al no haber realizado un proceso de contratación que garantizase que los operadores puedan acceder al sistema de pago por aplicación móvil en condiciones de eficiencia y no discriminación. Además, el hecho de que el Ayuntamiento no participara en el mercado no era obstáculo para su configuración como infractor de la LDC, puesto que había llevado a cabo una conducta (redactando los pliegos y no permitiendo la entrada del denunciante en el mercado cuando lo solicitó) que carecía de amparo normativo y no solo tiene aptitud para alterar el funcionamiento eficiente del mercado, sino que resulta imprescindible para que se produzca el citado efecto, por lo que se cumplían requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo para que el Ayuntamiento pueda ser considerado facilitador.

La anterior afirmación no ofrece dudas respecto a la actuación de los operadores privados que, evidentemente, son los destinatarios naturales de las prohibiciones *antitrust*, ni respecto a las conductas de la Administración en su calidad de operador económico⁴². En este último sentido se han manifestado, no solamente las autoridades y tribunales españoles y comunitarios⁴³, sino también numerosas autoridades de competencia de otros Estados miembros, como Alemania⁴⁴, Francia⁴⁵, Holanda⁴⁶ o Italia⁴⁷, por citar solamente algunos de ellos.

En consecuencia, el verdadero interrogante se plantea respecto a las actuaciones públicas restrictivas de la competencia derivadas del ejercicio de sus prerrogativas públicas y a si su represión debe encauzarse vía sancionadora o vía impugnatoria.

En España, como hemos tenido ocasión de comprobar en páginas anteriores, tras la LDC de 2007, se optó por una interpretación amplia de la imputación de la Administración Pública, aun cuando actúa en el ejercicio de sus funciones públicas que, no obstante, se ha aplicado excepcionalmente a aquellos supuestos en los que la Administración ha participado activamente en un acuerdo ilícito de precios, un cártel, extralimitándose de sus atribuciones legales⁴⁸.

Asimismo, hemos podido constatar también que, en los últimos años, la autoridad española ha vuelto a reafirmar el uso excepcional de esta tesis, al rechazar la aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC a distintos órganos administrativos en supuestos en los que estos, en el desempeño de sus funciones típicas como órganos licitantes, no habían adoptado la decisión más procompetitiva o, incluso, habían llegado a adoptar una decisión restrictiva de la competencia. Y lo ha hecho basándose, fundamentalmente, en la consideración de que, en esos casos, la actuación del órgano se enmarca en sus funciones propias como poder adjudicador, sometida a lo previsto en la legislación de contratos públicos, por lo que su revisión debe realizarse a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público y/o

⁴² V. al respecto F. MARCOS, "¿Puede sancionarse a las administraciones públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?", en AAVV, *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Granada, Ed. Comares, 2017, p. 67. Del mismo autor, "Restricciones públicas de la competencia", en *Papeles de Economía Española*, núm. 145, 2015, p. 53. También, J. GUILLÉN CARAMÉS, "La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia", en J. GUILLÉN CARAMÉS (Coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 445-446; P. YANES YANES, "La facilitación pública del cártel", en L. VELASCO (Coord.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 29-59; E. NAVARRO/M. RAMBAL, "La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm 31, 2013, p. 25.

⁴³ Supra apdos. II y III.

⁴⁴ V. por ejemplo: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B1-72-12.html>.

⁴⁵ *Décision n° 05-D-43 du 20 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre national des chirurgiens-dentistes du Puy-de-Dôme et le Conseil national de l'Ordre national des chirurgiens-dentist et Décision n° 09-D-07 du 12 février 2009 relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé*. disponibles en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/liste-des-decisions-et-avis>.

⁴⁶ V. por ejemplo: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/17397/Dutch-Railways-NS-abused-its-dominant-position-in-regional-tender-process>.

⁴⁷ V. por ejemplo: [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/57F5A3926D9DBF00C125845C0039765C/\\$File/p27878.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/57F5A3926D9DBF00C125845C0039765C/$File/p27878.pdf).

⁴⁸ No obstante, como se ha indicado anteriormente, en la resolución del Consejo de la CNC de 26 de abril de 2011, expte. S/0107/08, PLATAFORMA DEL MEJILLÓN, las labores de promoción, asesoramiento y vigilancia de los acuerdos prohibidos por parte de la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia, no fueron incluidas en la delimitación de la infracción.

mediante un análisis por la autoridad de competencia, pero desde la perspectiva de la promoción de la competencia⁴⁹.

Ahora bien, es evidente que aquella vía interpretativa excepcional defendida en los casos de PRODUCTORES DE UVA DE JEREZ y PUERTO DE VALENCIA y, particularmente, la argumentación contenida en la sentencia confirmatoria del Tribunal Supremo del primer caso citado⁵⁰, ha abierto la puerta a la posibilidad de sancionar sin ningún tipo de límites a los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones propias, en virtud de las prohibiciones contenidas en la LDC⁵¹, lo cual sería, a nuestro entender, no solamente irrazonable sino también contrario al principio de legalidad, por los motivos que, a continuación, vamos a exponer.

Así, si se examinan las argumentaciones valedoras de una aplicación extensiva de las infracciones de competencia a las Administraciones Públicas, se puede deducir que las mismas se basan, principalmente, en dos fundamentos⁵².

En primer lugar y desde la perspectiva general del ámbito de aplicación de la normativa de competencia, sostienen que la sujeción al derecho de la competencia no estaría determinada por la naturaleza pública o privada de la entidad que lleva a cabo la práctica, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia. En tal sentido, la normativa de competencia tendría como objeto de prohibición las conductas realizadas en el mercado y que resulten objetivamente aptas para restringir la competencia efectiva, independientemente de la condición de operador económico del supuesto infractor.

Para ello, se parte del amplio concepto subjetivo de empresa manejado en la regulación de la competencia, delimitado más bien por el criterio objetivo de realización de una actividad económica en el mercado y, asimismo, defiende una interpretación dilatada del concepto de actividad económica, inclusiva de cualquier actividad realizada en el mercado o con efectos en el mismo. En conclusión, cualquier conducta que incida sobre el nivel de competencia en el mercado, cae dentro del ámbito de la LDC, independientemente de quien sea el autor.

En segundo lugar y desde la particular perspectiva de la imputabilidad del órgano público, se ha aducido que, en todos los supuestos analizados, la actuación pública reuniría los elementos establecidos en la jurisprudencia comunitaria para establecer su responsabilidad como facilitador, aunque no operara propiamente en el mercado afectado ni en mercados conexos, ni tuviera la condición de operador económico.

⁴⁹ En este mismo sentido, también, otras decisiones del ámbito autonómico como la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) de 30 de noviembre de 2018, expte. 97/2018, Plataforma «Dónde aparcar por minutos» (BSM); resolución de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), de 13 de enero de 2020, expte. SAN 2/2018 AYUNTAMIENTO SAN JUAN DE ALICANTE; resolución de Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (CDCA), de 25 de febrero de 2020, expte. S/03/2020 LONJA DE ISLA CRISTINA; resolución del Consejo Vasco de la Competencia de 30 de marzo de 2020, expte. LEA/AVC 337 – SAN – 2019 CEMENTERIO DE DEBA; resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (TDCA), de 29 de mayo de 2020, expte. 04/2019/COMP ESCUELA DE ESQUÍ KAIHOPARA, entre otras.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016.

⁵¹ Como ha sido argumentado, por ejemplo, en los votos particulares de las últimas resoluciones de la CNMC mencionados en las notas a pie 35, 38 y 41. También en la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la ACCO de 23 de diciembre de 2019, expte. 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, en relación a la sanción impuesta al Sr. OPG en calidad de director del Servicio Meteorológico de Cataluña. En tal sentido, asimismo, J. COSTAS, "La sujeción de la actividad de la administración al Derecho de la competencia", A. TOBÍO (coord.), *Libro homenaje al prof. Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, pp. 369-381.

⁵² A tal efecto, v. las mencionadas resoluciones del Consejo de la CNC de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez, fundamento de derecho duodécimo y de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA, fundamento de derecho noveno y la Sentencia del TS de 18 de julio de 2016, núm. rec. 2946/2013. En la doctrina, v. por todos, J. COSTAS, op. cit., pp. 370-381.

A nuestro entender, las anteriores consideraciones suponen un salto cualitativo en la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones de competencia que irían en contra del fundamento y finalidad propios del derecho de la competencia, sobre las que merece la pena llamar la atención.

Así, apriorísticamente, cabe recordar que el derecho de la competencia ha tenido, desde sus orígenes, como objeto las actividades de naturaleza económica de las empresas, entendidas aquellas como las consistentes en el ofrecimiento de bienes y servicios en el mercado de que se trate, tal como ha reiterado el Tribunal de Justicia en numerosas ocasiones⁵³. Por lo tanto, como ya señalamos al principio de estas páginas, el carácter económico de la actividad se erige como el verdadero criterio delimitador sobre el que pivota y debe pivotar el alcance de las infracciones de competencia.

Ahora bien, y aquí reside a nuestro juicio el primer desatino de esta concepción, equiparar, como parece deducirse de la comentada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, el concepto de actividad económica con cualquier actuación con incidencia en el mercado⁵⁴ resulta no solamente simplicista, sino también completamente improcedente por las ilógicas consecuencias que de dicho planteamiento se podrían derivar, si el mismo se llevara hasta sus últimas consecuencias. Pues ello implicaría, en último término, la posibilidad de sancionar cualquier acto, disposición o decisión administrativa, incluidas las de contenido normativo inferior a la ley como los reglamentos, de cualquier orden territorial de la Administración Pública española que tuviera incidencia restrictiva en las condiciones competitivas del mercado. Ello no solamente supondría una desviación del objetivo primordial de la legislación de competencia que, como es sabido, es la supervisión de las actividades económicas de los operadores en el mercado, sino una utilización exorbitante y desproporcionada de las facultades sancionadoras otorgadas a las autoridades de competencia.

En segundo lugar, al propugnar el empleo de la figura del facilitador para sancionar a la Administración Pública, también se olvida que, en los casos comunitarios en los que esta se ha aplicado y que se citan recurrentemente, los conocidos como asuntos *Treuhand I* y *II*⁵⁵, dicha forma de participación se aplicó, efectivamente, a entidades que no operaban en el mercado analizado, pero cuyas actuaciones tenían una naturaleza netamente económica, pues se trataba de dos consultoras dedicadas al asesoramiento de empresas a través de un contrato de servicios⁵⁶. Por lo tanto, cuando los tribunales europeos han interpretado el alcance de las prohibiciones *antitrust* a la luz de los principios de legalidad y de responsabilidad personal, lo han extendido claramente "*a toda empresa que se comporta de forma colusoria, con independencia del sector de actividad o del mercado pertinente en los que opera*"⁵⁷, es decir, a una entidad claramente económica, aunque no opere en el mercado analizado⁵⁸.

Esta conclusión, por lo demás, encajaba perfectamente en el ámbito de aplicación de la prohibición *antitrust*, puesto que, según el propio Tribunal de Justicia, resultaba una interpretación *razonablemente previsible* para las partes en el momento de la comisión

⁵³ Sentencia del TJ de 1 de julio de 2010, as. C-407/08 P Knauf Gips AG c. Comisión, apdo. 64.

⁵⁴ Así, el fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia: "[...] en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado."

⁵⁵ V. supra nota a pie de página 7.

⁵⁶ En tal sentido, S. SOLDEVILA, "Responsabilidad de la Administración Pública por favorecer la distorsión de la libre competencia", disponible en: <https://elderecho.com/responsabilidad-de-la-administracion-publica-por-favorecer-la-distorsion-de-la-libre-competencia>.

⁵⁷ Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008, as. C-194/14 P, apdo. 145.

⁵⁸ En este mismo y estricto sentido, la sentencia del TS de 21 de mayo de 2020, rec. núm. 7880/2018, en relación a la participación de la entidad Textil Planas Oliveras, S.A., que no ha formaba parte del mercado principal afectado, en la infracción sancionada en el expediente S/DC/0504/14 AIO.

de la infracción⁵⁹. No parece, sin embargo, que, de acuerdo con los principios anteriormente mencionados, pueda sostenerse lo mismo cuando de lo que se trata no es de aplicar el régimen sancionador de la LDC a un operador económico, sino a una Administración Pública que no está desarrollando una actividad económica, sino que actúa en el ámbito típico de sus prerrogativas públicas. A nuestro entender, en este último caso, más que *una aclaración progresiva de las reglas de la responsabilidad penal de un asunto a otro*⁶⁰, se trataría, como hemos indicado, de una mutación significativa del alcance subjetivo de dichas prohibiciones, disconforme a los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad de la potestad sancionadora.

En tercer lugar, la falta de oportunidad del empleo de los tipos sancionadores de la LDC para reprimir conductas administrativas, se pone de manifiesto, también, al constatar la ineficacia o ineptitud de aplicar a las mismas las consecuencias jurídicas típicas que, como elemento disuasorio, dichas infracciones llevan anudadas, principalmente, las multas y las reclamaciones de daños. Así, en los casos PRODUCTORES DE UVA DE JEREZ y PUERTO DE VALENCIA la no imposición de multa se justificó tanto en la ausencia de pronunciamientos previos como en la falta de ánimo de lucro de la AP, lo que conllevaba, además, el indeseado resultado de que la misma fuera pagada, en último término, por el erario público y, en definitiva, por el conjunto de los ciudadanos. Estas objeciones son perfectamente trasladables al ámbito de las acciones de daños por infracciones de competencia, pues resultaría difícilmente comprensible que la Administración Pública sancionada, en virtud de una demanda privada, fuera declarada responsable del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción por todo el perjuicio causado, de acuerdo al principio de responsabilidad solidaria establecido en el art. 73 de la LDC.

Por último, esta lectura laxa realizada, entre otros, por el Alto Tribunal, que excluye cualquier diferencia de trato a la Administración cuando actúa como operador económico o como regulador público, no resulta consistente con la jurisprudencia del propio TS, puesta de manifiesto recientemente en materia de Colegios profesionales. En tal sentido, la sentencia de 27 de julio de 2017⁶¹ distingue entre las funciones de carácter público del Colegio y la actuación de este como representante asociativo de unos profesionales y en defensa de sus intereses como tales, es decir, como operador económico, y declara abiertamente que, cuando los actos administrativos de las Administraciones Públicas o las disposiciones generales de rango inferior a la ley restrinjan la competencia, *"la declaración de ilicitud -y subsiguiente nulidad- por esta causa, como por cualquier otra reveladora de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de los correspondientes actos administrativos o disposiciones generales, está reservada a los tribunales. Razón por la cual, como acabamos de indicar, la Comisión Nacional de la Competencia debe acudir a ellos, haciendo uso de su legitimación procesal, si quiere privar a aquellos actos o normas de la eficacia inherente a su presunción de validez."*

De este modo, el TS ha confirmado que la legitimación procesal, atribuida a la CNMC en la LDC de 2007, para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, significa tanto una facultad como, paradójicamente, una *cierta carga* pues, de no impugnarlos, *"no podrá desconocer por otras vías la presunción de validez de los actos administrativos de las diferentes Administraciones Públicas (ella misma es un órgano*

⁵⁹ Sentencia del TJ de 22 de octubre de 2015, as. C-194/14 P, apdos. 40 a 47.

⁶⁰ Sentencia del TJ de 22 de octubre de 2015, cit., apdo. 41.

⁶¹ Corroborada, posteriormente, por otro Auto del TS de 26 de septiembre de 2019 y, anteriormente, por la Sentencia del TS de 14 de junio de 2013.

administrativo, no jurisdiccional) ni considerar, por su propia autoridad, disconformes a derecho las disposiciones reglamentarias”.

Esta doctrina jurisprudencial que delimita de forma más precisa los medios de reacción de las autoridades de la competencia, atendiendo a la verdadera naturaleza pública o privada de las actividades acaecidas en el mercado, restringiendo para la actividad puramente administrativa el instrumento de la legitimación activa, no solamente es coherente con la práctica comunitaria⁶², sino también más proporcionada a los fines que justifican la propia normativa de competencia y, en definitiva, más ajustada al principio de legalidad que debe regir la actuación sancionadora de la CNMC. Además, frente a las argumentaciones que subrayan el limitado alcance de la legitimación activa establecida en la LDC, debemos propugnar una interpretación amplia de la misma, en consonancia con los artículos 25 y 26 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que incluiría no solamente las disposiciones generales, sino también los actos que se produzcan en aplicación de las mismas y no solamente los actos expresos, sino también la propia inactividad administrativa o la actuación material constitutiva de vía hecho⁶³. Asimismo, ello no excluiría la adopción de otras medidas disciplinarias, administrativas o incluso penales, cuando resultara procedente.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes hemos tratado de exponer la controversia existente en torno al alcance subjetivo de las infracciones de competencia. A diferencia de lo ocurrido en la mayor parte de Europa, este debate ha sido especialmente vehemente en España, de manera específica respecto a la consideración de la Administración Pública como infractora de las normas de competencia puesto que, con la CNC y la LDC de 2007, se inauguró una nueva interpretación que abogaba por la aplicación de las prohibiciones *antitrust* a la Administración en los casos en los que, actuando en el ámbito de sus atribuciones públicas, se extralimitaba, haciendo un uso inadecuado de las mismas.

Posteriormente, la validación de dichos pronunciamientos por el Tribunal Supremo ha favorecido una clara tendencia extensiva del alcance subjetivo de las infracciones de competencia, que incluiría bajo su ámbito de aplicación, cualquier actuación administrativa con incidencia en el mercado, lo que, a nuestro juicio, no solamente carece de fundamento legal y jurisprudencial, sino que es contrario al principio de proporcionalidad de la potestad sancionadora otorgada a la autoridad de competencia. En tal sentido, resulta positiva la posterior delimitación realizada por la CNMC en pronunciamientos recientes, relativos al ámbito de la contratación pública, en los que, a pesar de las voces discordantes, la decisión colegiada de la autoridad española de competencia aboga por la utilización de los mecanismos de promoción de la competencia en aquellos supuestos en los que la Administración Pública, actuando en el ámbito típico de sus prerrogativas públicas, produce un efecto restrictivo de la competencia.

No obstante, considerando también los heterogéneos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo sobre la cuestión aquí planteada, sería deseable que el Alto Tribunal

⁶² No solamente, como hemos visto, con la práctica de la CE, sino también de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que no aplican sus normativas de competencia a las Administraciones Públicas en ejercicio de sus funciones públicas, a excepción de aquellos países que han adoptado expresamente determinadas previsiones legales con la finalidad de asegurar que los órganos públicos no adopten medidas regulatorias o administrativas que vayan contra la competencia leal e igualdad de oportunidades de todas las empresas en el mercado como Lituania, Polonia o Rumanía.

⁶³ A. GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO, “Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables”, en *Anuario de la Competencia*, 2009, pp. 121-125.

clarificara y unificara su propia doctrina, reconduciendo la exorbitante interpretación mantenida en la sentencia del 18 de julio 2016, con motivo de la responsabilidad de la CAP de la Junta de Andalucía, a una argumentación más consistente como la defendida en su sentencia 27 de julio de 2017 en referencia a los colegios profesionales y más coherente con la práctica decisoria de la UE o que, incluso, llegado el caso, en el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, el Tribunal de Justicia se manifestara a través de la correspondiente cuestión prejudicial.

CADUCIDAD SUSPENDIDA, SE SOLICITA VOLUMEN DE NEGOCIOS

Procedural time limit suspended, turnover requested

Antonio CREUS CARRERAS

*Profesor del Máster de Derecho de Empresa de la Universidad de Navarra
Abogado*

RESUMEN

Las normas españolas de defensa de la competencia establecen un plazo de caducidad de los procedimientos sancionadores de 18 meses, que puede ser suspendido. La cuestión relevante es si un trámite muy importante o incluso fundamental en todo expediente sancionador, como el de solicitar el volumen de negocios del ejercicio anterior al de imposición de toda sanción a una empresa, debe considerarse una actividad ordinaria a llevar a cabo por la CNMC dentro del plazo legal de 18 meses, o si por el contrario, se trata de un trámite que justifica suspender el referido plazo, conllevando una extensión del mismo, como viene haciendo últimamente el Consejo de la CNMC. La cuestión ha sido abordada en un voto particular incluido en numerosas sentencias de la Audiencia Nacional e incluso considerada por el Tribunal Supremo como relevante a efectos de las nuevas reglas de casación en los procedimientos contencioso-administrativos. El artículo examina los precedentes y analiza con detalle la praxis de la CNMC, y de su antecesora la CNC, en el marco de la ley 15/2007 de una manera objetiva. No se formula conclusión, pues se considera que la misma se obtendrá de las sentencias del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

Spanish legislation regarding the administrative sanctioning procedure in Competition law has established an 18-month time limit that can be extended. The main issue is whether an essential element in every sanctioning procedure, such as requesting the previous year turnover of undertakings in order to establish the amount of the fine, is an ordinary activity foreseen within the mentioned 18-month time limit, or if on the contrary it should be considered not to have been foreseen and when requesting the turnover the time limit should be suspended entailing a time limit extension as the Spanish Competition Authority has been doing. The issue was addressed in a dissenting opinion on some judgments of the Central Appeals Court and some of those cases have recently been granted leave to appeal to the Spanish Supreme Court, within the more strict recent rules of cassation appeals. The article addresses the existing case law, and in a very detailed and objective manner the practice of the administration, both the CNMC, and its predecessor the CNC, in the application of the Spanish Competition Act, law 15/2007. There is no conclusion since it would be for the Spanish Supreme Court in its judgments to conclude.

Palabras clave: Caducidad, plazo máximo para resolución y notificación, suspensión del plazo máximo, solicitud volumen de negocios, acumulación suspensiones, principio de celeridad.

Keywords: Procedural time bar, time bar for adopting a notifying a competition decision, time bar suspension, turnover request, joining suspensions, celerity principle or prompt procedure principle.

Advertencia: Deseo y debo manifestar que, si bien he tomado posición profesional en este asunto, ésta antedata a las recientes sentencias de la Audiencia Nacional en las que se había planteado y que me han llevado a verme envuelto en la actual polémica. Intervine en las cuestiones sobre caducidad general que se plantearon en los recursos frente a las resoluciones de Distribución Saneamiento (S/0303/10) y Puerto de Valencia (S/0314/10) ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Y he planteado esa cuestión en otro recurso frente a otra resolución de la CNMC pendiente ante la Audiencia Nacional hace más de un año, y también he intervenido en algunas casaciones relativas a los recursos en los asuntos de concesionarios, que no incluyen ninguna de las que han sido admitidas. Esto me ha obligado a realizar el análisis lo más objetivo posible y a no formular ninguna conclusión.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA SITUACIÓN ACTUAL

Este artículo¹ presenta el debate sobre la corrección de la suspensión del plazo de caducidad previsto por el artículo 36 de la [Ley de Defensa de la Competencia](#)² (en adelante LDC³), fundada en el artículo 37.1.a) de dicha norma, en caso de solicitarse por la CNMC⁴ el volumen de negocios anual de la o las imputadas en los expedientes sancionadores en materia de derecho de la competencia en España⁵ que se halla ante el Tribunal Supremo⁶.

La cuestión se puso de relieve el año pasado a través de un voto particular suscrito por el magistrado Don Santiago Soldevila e incluido en varias sentencias sobre resoluciones sancionadoras de la CNMC⁷ que afectaban a concesionarios de diversas marcas de automóviles, en el que se sostenía por el citado magistrado que se había excedido del plazo legal previsto de 18 meses, fundándose en que no cabía suspender el plazo de caducidad para recabar información sobre el volumen de negocios anual del ejercicio anterior a la sanción, necesario para determinar la misma.

En ese voto particular el magistrado cuestionaba que la solicitud efectuada por la CNMC en relación con la obtención de información sobre el volumen de negocios pudiera ser suspendida sobre la base del artículo 37.1.a) de la LDC. Considero relevante señalar los siguientes párrafos del mismo:

“8/6⁸. Contrariamente a lo que se indica en la sentencia, estimo que la LDC distingue perfectamente entre la tramitación ordinaria del procedimiento sancionador, para lo

¹ Este artículo se ha beneficiado de los comentarios certeros y oportunos de Gerard Pérez Olmo a un primer borrador del mismo, si bien todos los errores son exclusivamente atribuibles al autor, así como de la ayuda en diversas medidas aportada por Gemma Calzado, Álvaro Pascual y Clara Creus.

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

³ Las referencias a la LDC, deben entenderse siempre a la ley 15/2007 de defensa de la competencia. A la anterior ley de defensa de la competencia derogada por la LDC la denominaré ley 16/1989 para no incurrir en error, ni inducirlo al lector.

⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁵ No se abordará por obvio otro aspecto relacionado dicha solicitud que el lector detectará al no ser el objeto de las casaciones planteadas.

⁶ El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en casación, dentro del nuevo sistema de la Ley Orgánica 7/2015, sobre otros aspectos del artículo 37 de la LDC en las sentencias de 21 de mayo de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:2033](#) y [2037](#); de 18 de junio de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:2512](#); de 26 de junio de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:2539](#); y de 18 de enero de 2019, [ECLI:ES:TS:2019:260](#).

⁷ El voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila aparece en las siguientes sentencias de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional siguientes de 26 de marzo de 2019, con [ECLI:ES:AN:2019:1288](#) a [1300](#), [1302](#), [1307](#), [1316](#) a [1328](#), [1330](#), [1332](#) a [1335](#), [1337](#), [1341](#) a [1342](#), [1344](#) a [46](#), [1348](#) a [1351](#), [1354](#), [1357](#) a [1359](#), [1363](#) a [1367](#), [1369](#) a [1372](#), [1374](#) a [1375](#), [1379](#), [1385](#) a [1392](#), y [1395](#); de 16 de mayo de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:2082](#) y [2083](#); de 21 de mayo de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:2085](#) a [2087](#), [2089](#) a [2091](#); de 24 de mayo de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:2092](#) a [2095](#), [2097](#) y [2115](#), de 8 de julio de 2019 [ECLI:ES:AN:2019:3252](#), [3374](#) y [3279](#); de 18 de julio de 2019, [ECLI:ES:AN:2019:3275](#), [3276](#), [3283](#), [3284](#), y [3295](#). Todas esas sentencias derivan de resoluciones de la CNMC de 5 de marzo de 2015, relacionadas con los concesionarios Opel y Land Rover, y de 28 de mayo de 2015 concesionarios AUDI/SEAT/VW.

⁸ Idéntico texto, numerado como 8 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y como 6 en las de Opel y Land Rover.

que otorga un plazo total de 18 meses según el artículo 36.1 de la LDC y la tramitación extraordinaria para la que establece la posibilidad de ampliación del plazo de resolución, derogando de esta forma la regla general de resolución en 18 meses.”

“9/7⁹. Deben realizarse en el período ordinario y sin suspensión de tipo alguno, todas las actuaciones que están establecidas en la LDC y en el RD 261/2008 como obligatorias para el procedimiento sancionador y que deben practicarse en todo caso, pues con esa finalidad se estableció un período ordinario de tramitación.

Entre estas actuaciones se encuentra la petición a las empresas que pueden ser sancionadas, del volumen total de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción¹⁰.”

“10/8¹¹. La apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1 a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que, por las circunstancias que se indican el artículo 37 de la LDC no se pudieron recabar en el plazo ordinario, debiendo clarificarse la razón de ello en cada caso¹².”

“14/12¹³. Por otra parte, los supuestos contemplados en el artículo 37 LDC tienen el rasgo común de constituir una derogación a la regla general que impone el respeto del plazo ordinario de 18 meses, teniendo cada una de las tres situaciones que contempla una naturaleza diferente.”

“16/14¹⁴. En mi opinión, no constituye una motivación adecuada el afirmar que era necesario contar con la referida información referida al año 2014, pues siendo eso cierto, también lo es que dicha información pudo y debió solicitarse dentro del período ordinario, pues justamente para ello está establecido, como ya se ha dicho y veremos a continuación.”

“17/15¹⁵. Si se concluyera, como hace la sentencia de la que discrepo, que la CNMC tiene libertad para suspender el procedimiento para solicitar dicha información, no tendría ningún sentido fijar un plazo límite para la tramitación de 18 meses, que una jurisprudencia unánime como una garantía esencial del ciudadano.”

Algunas de esas sentencias de la Audiencia Nacional han sido recurridas en casación, en recursos que ya han sido admitidos por la sección de admisión de la Sala 3ª

⁹ Numerado como 9 en los asuntos Audi/Seat/Volkswagen y 7 en los Opel y Land Rover.

¹⁰ En este párrafo hay una diferencia de redacción, se ha indicado la que figura en los segundos, si bien el párrafo 9 en los asuntos Audi/Seat/Volkswagen está redactado como sigue: “9. Todas las actuaciones que están establecidas en la LDC y en el RD 261/2008 como obligatorias para el procedimiento sancionador y que deben practicarse en todo caso, entre las que se encuentra la petición a las empresas que pueden ser sancionadas del volumen total de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, deben realizarse en el período ordinario y sin suspensión de tipo alguno.”

¹¹ Numerado como 10 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y como 8 en las de Opel y Land Rover.

¹² Numerado como 10 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y como 8 en las de Opel y Land Rover. En este párrafo hay una diferencia de redacción, se ha indicado la que figura en los segundos por coherencia general, si bien el párrafo 9 en los asuntos Audi/Seat/Volkswagen está redactado como sigue: “10. La apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1 a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, debiendo justificarse la razón.”

¹³ Idéntico texto, numerado como 14 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 12 en las de Opel y Land Rover.

¹⁴ Idéntico texto, numerado como 16 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 14 en las de Opel y Land Rover.

¹⁵ Idéntico texto, numerado como 17 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 15 en las de Opel y Land Rover.

del Tribunal Supremo¹⁶. La cuestión sometida a casación indicada en los autos de admisión es la siguiente:

"2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1.a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto, que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador, y que pudieron realizarse en el período ordinario."

Evidentemente este artículo no puede alcanzar una conclusión definitiva respecto a esta cuestión, claramente "sub iudice", algo que ocurrirá cuando el Tribunal Supremo resuelva la cuestión planteada en las casaciones admitidas. Por lo que se limitará a analizar las normas en términos generales y la praxis administrativa de la CNC y CNMC en relación con la cuestión.

II. POSICIÓN ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA

En relación con la caducidad la posición jurídica actual se encuentra, antes de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la cuestión casacional planteada en los autos, en la jurisprudencia derivada de los recursos presentados por la administración española frente a las sentencias de la Audiencia Nacional derivadas de los recursos presentados contra las resoluciones de [Distribución Saneamiento](#) (S/0303/10) y [Puerto de Valencia](#) (S/0314/10). El resultado de esos recursos fueron dos series de sentencias en las que la Audiencia Nacional¹⁷ consideró que habían caducado ambos procedimientos sobre la base de una interpretación en la que se establecía que no procedía computar las suspensiones posteriores al "dies ad quem" de 18 meses tras la incoación del expediente administrativo.

Esa jurisprudencia tenía a su favor lo sencillo de su aplicación y posiblemente se dirigía a presumir que las suspensiones que se acordaban tras el plazo de 18 meses desde la incoación tenían una finalidad no ajustada a la norma de alargar el procedimiento. Sencillamente todas las partes podían conocer sin tener que buscar el elemento torticero el límite real de los procedimientos, que era los 18 meses legales desde el inicio tal y como prevé el artículo 36 de la LDC, sumándole los plazos por los que el procedimiento en ese tiempo había sido prorrogado, mediante la aplicación del artículo 37 de la LDC¹⁸.

Los recursos frente a esas sentencias de la Audiencia Nacional tuvieron como resultado una serie de sentencias del Tribunal Supremo, cuyo elemento central en ese

¹⁶ Los autos de admisión de la casación del Tribunal Supremo son los siguientes en relación con la resolución de concesionarios de Audi/Seat/VW (S/0471/13) de 11 de octubre de 2019, en los asuntos Hergo (rec. 3721/2019) [ECLI:ES:TS:2019:10430A](#); de 25 de octubre de 2019 Motor Gómez Villalba (rec. 4388/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11093A](#); Motor Sol (rec. 4661/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11114A](#); Auco (rec. 4034/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11179A](#); de 31 de octubre de 2019 en el asunto Marzá (rec. 4144/2019) [ECLI:ES:TS:2019:11327A](#); de 22 de noviembre de 2019 en el asunto Sarsa Vallés (rec. 4607/2019) [ECLI:ES:TS:2019:12303A](#); de 29 de noviembre de 2019 en el asunto Motorsol (rec. 5250/2019) [ECLI:ES:TS:2019:12588A](#) y de 7 de febrero de 2020 Motor Gómez Premium (rec. 5465/2019) [ECLI:ES:TS:2020:806A](#). Así como en relación con la resolución de los [concesionarios de Opel](#) (S/0489/13) de 22 de noviembre de 2019 en el asunto Gómez Platz (rec. 6470/2019) [ECLI:ES:TS:2019:12146A](#).

¹⁷ Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2015 [ECLI:ES:AN:2015:3852](#) a [3858](#), [3862](#) a [3868](#), [3870](#), [3871](#), y [3906](#) a [3909](#) en recursos contra la resolución de [Distribución Saneamiento](#) (S/303/10); y de 25 de enero de 2016 [ECLI:ES:AN:2016:141](#), [203](#) a [210](#) y [213](#) contra la resolución del [Puerto de Valencia](#) (S/0314/10).

¹⁸ En alguna de las recientes sentencias de la Audiencia Nacional, en los recursos contra la resolución de [Fabricantes de automóviles](#) (S/0482/13), de 19 de diciembre de 2019 ECLI:ES:AN:2019:5009, 5019, 5021, y 5023 a 5025; y, contra la resolución de [Transporte Frigorífico](#) (S/0454/12), de 18 de febrero de 2020 [ECLI:ES:AN:2020:501](#), han vuelto a efectuar referencia a dicha jurisprudencia: "Seguimos pensando que esa interpretación es la que mejor concilia la dificultad, de la que es consciente la Sala, de la CNMC para instruir y resolver el expediente en plazo y las garantías de los inspeccionados pero esa interpretación fue desautorizada expresamente por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de julio de 2016, rec.3811/2015 y otras posteriores y a ella nos sujetamos."

punto hay que encontrarlo en la sentencia de 26 de julio de 2016 ([ECLI:ES:TS:2016:3908](#))¹⁹.

El FD 6º de la misma ha sido reiterado en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2016, ([ECLI:ES:TS:2016:4871](#)) FD 2º; de 28 de noviembre de 2016, ([ECLI:ES:TS:2016:5192](#)) FD 2º; y de 23 de abril de 2018 ([ECLI:ES:TS:2018:1405](#)) FD 2º. Lo que supone cuatro sentencias del Tribunal Supremo concurrentes en este extremo de manera literal.

Esa jurisprudencia efectúa una clara referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 ([ECLI:ES:TS:2015:2797](#)) y establece que no puede acogerse la doctrina de la Audiencia Nacional anteriormente mencionada relativa a los recursos contra las resoluciones Distribución Saneamiento y Puerto de Valencia. Y en todas esas sentencias del Tribunal Supremo se establece lo que claramente indica en el Fundamento de Derecho sexto "in fine" de la sentencia inicial de esa jurisprudencia del Tribunal Supremo:

"Cuestión distinta es que se acuerden suspensiones del trámite ficticias, sin razón real justificativa, como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente. Pero si así se aprecia, será por ese anotado carácter fraudulento, y no por haberse acordado después del dies ad quem originario y en el plazo añadido al inicial por mor de una suspensión previamente acordada, pues esta última forma de actuar no puede descalificarse apriorísticamente como necesariamente contraria a Derecho."

Este es por lo tanto el aspecto que puede abordar el Tribunal Supremo en estas casaciones, si la solicitud del volumen de negocios del último año que supuso la suspensión del procedimiento sobre la base del artículo 37.1.a) de la LDC, que en estos procedimientos no se acordó con posterioridad al plazo del "dies ad quem" originario, tiene o no "carácter fraudulento" al poderse considerar una suspensión "del trámite ficticias, sin razón real justificativa, como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto". Como se indicará no es la única vía de que dispone el Tribunal Supremo, pero es la que permite enlazar con lo establecido por la jurisprudencia actual.

III. LAS NORMAS JURÍDICAS RELEVANTES

III.1 Las normas que impactan en la cuestión planteada

La anterior ley [16/1989](#)²⁰, con diversas modificaciones empezó a contemplar la caducidad en los procedimientos de derecho de la competencia y condujo a que en la LDC, tras el debate ejemplar, se especificara con claridad la figura de la caducidad, con una reducción de plazos al reducirse el procedimiento ante la autoridad única que se creaba²¹.

El examen que hay que realizar cuando se analiza el artículo 37 de la LDC es que es un régimen de excepción de lo ordinario, siendo lo ordinario como se ve en la dicción, estructura y finalidad del mismo la caducidad del procedimiento sancionador en un plazo

¹⁹ Esta sentencia se analiza en "La caducidad procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia" Anuario del Derecho de la Competencia 2017, páginas 195 a 203, Miguel Ángel Recuerda Girela.

²⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, BOE nº 170, de 18 de julio de 1989, páginas 22747 a 22753.

²¹ Todo ello quedó reflejado en el procedimiento que se siguió desde el libro blanco, el anteproyecto, el proyecto de ley y los debates parlamentarios.

de 18 meses. Esos 18 meses deben computarse desde la incoación tal y como pone de manifiesto el artículo 36.1 de la LDC.

Cierto es que hay una diferencia que ha debido recalcar la jurisprudencia, a pesar de la claridad de la norma, en el sentido que el plazo aborda la totalidad del expediente, y no separadamente plazos para la instrucción y la resolución como establecía la norma anterior, la ley 16/1989 tras las modificaciones introducidas por la ley [52/1999](#)^{22 23}.

La atribución del control de la suspensión de un plazo que pretende controlar al mismo órgano que actúa sujeto a dicho plazo máximo de actuación es algo complejo y que exige un examen riguroso. Debe quedar claro que el uso inadecuado de la suspensión puede permitir al órgano evitar el control que le impone el artículo 36 de la LDC en relación con el plazo al que debe sujetarse la conclusión del expediente.

En este punto conviene señalar que no he encontrado referencia alguna en la cual el Consejo haya cuestionado o introducido dudas o recálculo alguno a suspensiones acordadas por el órgano instructor, aún y cuando no tengan un efecto inmediato de caducidad. Pues conviene recordar que las suspensiones se pueden acordar, además de por el Consejo como órgano que resuelve, por la Dirección de Competencia como órgano instructor.

El resultado es en cierta manera curioso, pues en el régimen anterior, que ciertamente preveía la caducidad de la instrucción de manera independiente, sí declaró esa caducidad, mientras que en la LDC que examinamos no se ha ni planteado la cuestión de si el uso de la suspensión, o su cálculo, se ha hecho de manera ajustada a derecho. Y ello a pesar de que la Audiencia Nacional sí lo ha señalado en diversas ocasiones²⁴.

No deja de tener importancia la división que como indica el artículo 36.1 de la LDC se establecerá reglamentariamente, y así se hizo mediante el artículo 28 del [Reglamento de Defensa de la Competencia](#)²⁵ (en adelante RDC²⁶), que fija un plazo de 12 meses para la instrucción y 6 meses para la resolución en los procedimientos sancionadores. Ciertamente es que no cabe considerar la existencia de caducidad porque la instrucción exceda del tiempo de 12 meses, pero si ese exceso es tal que impide o impidiera al Consejo realizar su función de manera debida, muy posiblemente, debiera considerar la caducidad de ese expediente.

El artículo 36 de la LDC encuentra un contrapeso, en las excepciones que permiten suspender el plazo de caducidad²⁷, en el artículo 37 de la LDC, y que en lo aquí interesa corresponde analizar el apartado 1.a), cuya literalidad indica:

"Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

²² Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1999, páginas 45778 a 45787.

²³ Véase al respecto el artículo "[La caducidad del procedimiento administrativo en materia de defensa de la competencia](#)", de Juan Manuel Fernández López, y Jesús Rubí Navarrete, respectivamente ex vicepresidente y ex vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, Anuario de la Competencia 2002, página 339 y siguientes.

²⁴ Esta actuación, o falta de actuación, del Consejo de la CNC o CNMC no encaja para nada en la definición del artículo 267 del TFUE en la que pretende enmarcarse con el planteamiento de la cuestión prejudicial originada en el expediente del [Acuerdo Marco de la Estiba](#) (S/DC/0619/17), lo que ha dado lugar al procedimiento [C-462/19](#) ante el TJUE.

²⁵ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 1160.

²⁶ Las menciones al RDC deben entenderse hechas al Reglamento de Defensa de la Competencia, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008.

²⁷ Esta cuestión se aborda por Javier Guillén Caramés y Álvaro Pascual Morcillo en el capítulo 19 "El procedimiento sancionador por infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la LDC" del "Tratado de derecho de la competencia" bajo la dirección de José María Beneyto y Jerónimo Mailló, Páginas 963 y ss.

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.”

De la dicción del artículo y la naturaleza de la solicitud de aportar la cifra del volumen de negocios, está claro que no se trata de subsanar deficiencia alguna, ni de aportar documentos, puesto que se solicita responder a una pregunta concreta, y no una aportación documental. Por lo que debemos ceñirnos a las 6 últimas palabras “otros elementos de juicio necesarios”.

Está claro que es necesario, si bien pudieran surgir dudas, una si es más que necesario, fundamental, y la segunda es si es un elemento de juicio, o simplemente es un determinante en relación con la sanción. Esto es se deberá establecer si ¿Solo es un elemento de juicio necesario? O quizás es algo más ¿Indispensable? Y por otro lado ¿A qué afecta esa información necesaria o indispensable?

El que sea necesario puede indicar un nivel, el que sea indispensable otro. Y muy significativo. Una información puede ser necesaria y por lo tanto encaja en la disposición legal examinada, si bien esa necesidad puede ser indispensable y dado que nos hallamos ante una disposición que excepciona a otra, el artículo 36 de la LDC al fijar un plazo de caducidad, convendrá examinar como plantea el voto particular si nos hallamos ante una actuación tan indispensable que no cupo, cabe o cabía pensar que fuera una cuestión que se plantea en unos procedimientos y en otros no.

Está claro que en un procedimiento sancionador como el establecido en la LDC habrá que determinar multas que se impondrán a los infractores y que para ello habrá que abordar cuestiones necesarias y otras más que necesarias, imprescindibles, esenciales, como son la clara determinación del imputado, el que se definan y detallen las infracciones, y también el cumplimiento de las normas sancionadoras, incluyendo lo que dispone el artículo 63 de la LDC.

Si le es necesario la aportación de un documento concreto, o información para determinar si la conducta puede considerarse infractora es una cuestión que puede enmarcarse en la previsión del artículo 37.1.a) de la LDC y que obviamente en unos casos será necesario y en otros muchos no.

Es por ello que considero oportuno y fundamental que se realice esa distinción, más aun cuando nos hallamos ante el ejercicio de un poder, la suspensión, que limita el derecho del imputado por el procedimiento sancionador, pues el resultado es alargar el procedimiento más allá de lo que dispone el artículo 36 de la LDC.

Conviene señalar en este punto que la CNC y CNMC han recurrido para explicar el uso de las suspensiones a la teoría general sobre la infracción de normas procesales en que hay que demostrar una infracción al derecho de defensa. No es el caso en materia de suspensiones. La regla está clara: la caducidad por el transcurso del tiempo, y si una excepción, como la suspensión del plazo, no se usa de acuerdo a lo establecido en la norma, no es necesario probar daño alguno, porque el daño está y reside exclusivamente en el uso no ajustado de la suspensión.

La anterior declaración se funda en la jurisprudencia que había sido abordada con anterioridad y debe considerarse establecida por el Tribunal Supremo de forma diáfana tras los asuntos que denomino de Valencia, el de [Distribución Saneamiento](#) (S/0303/10)

y el [Puerto de Valencia](#) (S/0314/10).²⁸ El Tribunal Supremo considera suficiente el examen de que no se ha cumplido con el fin de la norma para considerar que se ha podido incurrir en caducidad, si para evitar la misma se ha usado la suspensión indebidamente.

Considero necesario mencionar e indicar lo dispuesto en el artículo 37.3 de la LDC que pudiera tener incidencia en lo que se aborda, y que quizás pueda servir de razón que permita explicar el problema²⁹.

“3. La suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento.”

Ese apartado 3 del artículo 37 de la LDC tiene su lógica y parece adecuado, pero posiblemente se halle también en el inicio y centro de la polémica, porque lo que puede permitir ese apartado del artículo, es de alguna manera encontrar más tiempo, para la administración en la gestión del expediente. Como veremos posteriormente es un aspecto al que la administración hace referencia explícita en algunas resoluciones.

Este aspecto fue apuntado en su momento, en el del debate público y ejemplar que condujo a la promulgación de la LDC, en un claro “tempore non suspecto” por los profesores Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells³⁰, entre otros, en las alegaciones que realizaron al anteproyecto de la futura LDC.

En esa sede de comentarios y aportaciones al procedimiento legislativo³¹ conviene señalar algunas enmiendas en el propio proceso parlamentario, como la enmienda en el Congreso de los Diputados al proyecto de ley que originó la LDC presentado por el Grupo Parlamentario del Partido Popular (PP)³² en relación con el artículo 37.1 del proyecto, y de la actual LDC se adujo como justificación de la limitación:

“Conviene recordar que la existencia de un procedimiento administrativo claramente definido que acote el margen de posibles actuaciones arbitrarias, no solo es una exigencia del principio de legalidad (arts. 9.1, 9.3 y 103 Constitución Española — CE— y 3 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común —LRJPAC—) sino que es una garantía del ciudadano y se asienta en el derecho a la seguridad jurídica. La existencia de precisos plazos de instrucción y resolución, cualesquiera que éstos sean, es una conquista del Estado de Derecho que se ha ido introduciendo paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica que proporciona la existencia de esos plazos ciertos no debe ser comprometida como resultado de la introducción de técnicas que

²⁸ Ambos expedientes tienen su origen en Valencia y en las actuaciones iniciales de la autoridad de competencia de la Comunidad Valenciana.

²⁹ Cuestión que planteó de manera correcta y elegante los profesores Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells al realizar comentarios, así como en otros, durante el proceso transparente de preparación y redacción de la LDC. También se refleja en la enmienda nº 68 presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) en el Senado en el proceso parlamentario de la que sería la LDC.

³⁰ Observaciones al anteproyecto de ley de defensa de la competencia que formula el Observatorio de Política de la Competencia (OPC) del Instituto de Empresa, Madrid, 29 de marzo de 2006, Realizado por los profesores Doctor Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells, página 38. Parecidas reflexiones se expresaron en la página 19 de los comentarios realizados por Ernst & Young se indica “Las que se proponen en este Libro Blanco que más parecen ser tributarias de un inaceptable afán por reservarse posibles facultades de actuación para los casos en que se perciba que los plazos máximos del procedimiento no permiten concluir el mismo.”; en la página 15 del comentario conjunto de cinco grandes despachos españoles se manifiesta “De hecho, se convertiría para la Dirección de Investigación/SDC en la situación ideal, ya que podría continuar instruyendo el procedimiento sin que las partes pudieran reaccionar, al estar éste formalmente suspendido.”; y en la página 12 del comentario de Jones & Day se puede leer “(...) convertiría la suspensión en un instrumento de extensión del plazo discrecional por parte de la CNC.”.

³¹ Se trató a mi entender de un proceso ejemplar puesto que se organizó desde la propia administración recogiendo su experiencia y recabando tras redactar un libro blanco comentarios de terceros que se aportaron, y lo mismo tras realizar un anteproyecto que luego siguió su tramitación parlamentaria.

³² Enmienda 104, BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales, [Congreso de los Diputados, 26 de febrero de 2017](#), Serie A. Núm. 100-18.

permitan una interpretación laxa de la necesaria disciplina de la Administración en cuanto al respeto de los plazos máximos de los procedimientos.

Hay que tener presente que esa exigencia es especialmente intensa cuando se trata de procedimientos sancionadores en los que la presunción de inocencia está siendo cuestionada. Ser parte investigada y encausada en un procedimiento sancionador ya es de por sí mismo, que exige que el procedimiento se desarrolle sin dilaciones innecesarias o actuaciones arbitrarias, sin dar opción siquiera a estimular eventuales comportamientos procedimentales relajados que pudieran resultar contrarios a la exigencia de celeridad en el proceder administrativo.

La experiencia muestra que por breves que sean ciertos plazos, ello no impide que los procedimientos se tramiten correctamente. El efecto es precisamente el contrario: cuanto más largo son los plazos de los procedimientos más riesgos existen de que éstos sean incumplidos. Disciplina es a plazos breves como inactividad lo es a plazos largos. La eficacia en la actuación de la Administración no solo es una exigencia de legalidad ordinaria (art. 3 LRJPAC) sino constitucional (art. 103 CE)."

También se introdujeron en el Senado enmiendas como las presentadas en la tramitación por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) al proyecto que devino la ley 15/2007 en relación con los actuales artículos 36, 37.3 y 37.4. En cuanto al primero se congratulaban del acortamiento de los plazos, y en relación con los otros dos mostraban preocupación por el alargamiento del proceso que podían suponer³³.

En relación con el artículo 37.3 de la actual LDC preveían que si se realizaban actividades de instrucción se alzase automáticamente la suspensión –entendiendo que lo mismo debiera ocurrir también en la fase de resolución³⁴.

Asimismo, cabe indicar que el CGPJ informó sobre el proyecto de ley que devendría la LDC y que mostró también preocupación por las excepciones que suponían las suspensiones al indicar en la página 51 del informe, sobre el entonces artículo 39 del proyecto de ley:

"No obstante lo anterior, existen aspectos concretos del procedimiento que son susceptibles de mejora. Entre ellos cabe citar la posibilidad de suspensión *sine die* del procedimiento, que con carácter general se contempla en el artículo 39 y que no resulta adecuada al objetivo de agilizar la tramitación procedimental, introduciendo por el contrario un mecanismo de paralización no justificado. Se estima, por ello que sería conveniente la fijación de un plazo máximo de suspensión, que en ningún caso debería sobrepasar el plazo de ampliación. En este mismo sentido, y en relación con los casos en que se puede acordar la suspensión del cómputo de los plazos, los supuestos previstos en el artículo 39.1.d), sobre realización de pruebas o análisis contradictorios en el marco de los expedientes sancionadores y 39.2.d), relativo a la solicitud de informes de los reguladores sectoriales no obedecen a las características propias de la suspensión, que debe venir motivada por circunstancias excepcionales, siendo por el contrario trámites ordinarios que no impiden ni obstaculizan la continuación del procedimiento, por lo que se estima que deberían eliminarse." (Subrayado propio)

³³ Véase enmiendas nº 68, 69, y 108 a 110, presentadas por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) en el Senado en el proceso parlamentario de la que sería la LDC. BOCG Boletín Oficial de las Cortes Generales, [Senado, 24 de abril de 2007 Serie II, Núm. 90 \(c\)](#).

³⁴ El único problema es cómo probar que la administración continuaba con su actuación, ese sería el punto central. La siempre difícil, y a veces imposible, carga de la prueba.

III.2 El volumen de negocios y la LDC

El volumen de negocios de las empresas se contempla en la LDC desde dos perspectivas distintas: la primera en relación con los umbrales previstos para el control de concentraciones (como se puede ver en la EdM³⁵ y en el artículo 8 de la LDC) y la segunda en relación con las sanciones a imponer por la CNMC en caso de infracción de la ley (véase nuevamente la EdM y los artículos 61.3³⁶ y 63 de la LDC).

Durante la vigencia de la LDC, el volumen de negocios ha tenido importancia distinta en el cálculo de la sanción, siendo el elemento fundamental que ha creado la diferencia la doctrina originada en la sentencia de 29 de enero de 2015, [ECLI:ES:TS:2015:112](#). Antes de esa sentencia la CNC se había dotado, desde 2009, de una [comunicación para la cuantificación de las sanciones](#)³⁷ modelada sobre la base de la comunicación de la Comisión europea de 2006 referida a esta misma materia. La referida sentencia de enero de 2015 dejó claro que la norma española, la LDC, contenía una serie de criterios a diferencia de la comunitaria, [Reglamento 1/2003](#)³⁸, a los que había que atenerse.

La segunda etapa se inició tras la referida sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, cuando la CNMC empezó a aplicar en su procedimiento de cálculo de multas, y que se sistematizó en una nueva comunicación de 2018 al respecto, denominada indicaciones provisionales³⁹.

Durante la primera fase el volumen de negocios más relevante era el realizado en el mercado afectado por la infracción, quedando el volumen de negocios total a la actuación como referencia para fijar el valor máximo de una sanción⁴⁰. Ese sistema requería obtener información sobre el volumen de negocios del ejercicio anterior al de la imposición de la sanción para simplemente disponer de una cifra, mediante la sencilla operación de reducir un orden de magnitud, en nuestro sistema decimal una cifra, para asegurarse que no se excedía de dicho límite máximo fijado en el artículo 63 de la LDC.

En la comunicación de multas de 2009 de la CNC, que seguía la senda iniciada por la Comisión Europea –la cual en su última [Comunicación de multas de 2006](#)⁴¹ se fundaba en unos criterios más objetivos–, y siguiendo la redacción más ajustada al artículo 25 del Reglamento 1/2003 se examinaba al final de proceso que la multa no excediera el 10% del volumen de negocios de la sancionada.

En cambio, en la segunda fase ese volumen de negocios total ha adquirido mayor importancia debido a que las operaciones de cálculo de multas exigen más referencias a

³⁵ EdM: Exposición de motivos.

³⁶ Se aborda en este artículo un límite de responsabilidad por la sanción impuesta a una asociación, fijado en el 10% de la facturación de cada empresa miembro de la misma.

³⁷ Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. BOE nº 36 de 11 de febrero de 2009, páginas 14654 a 14657.

³⁸ Las menciones al Reglamento 1/2003 deben entenderse realizadas al Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, «DOCE» nº 1, de 4 de enero de 2003, páginas 1 a 25.

³⁹ 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 de 10 de octubre de 2018.

⁴⁰ Ese valor máximo de la sanción será en aplicación de la Directiva ECN+ el mínimo valor que debe tener el máximo de la sanción. 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, DOUE L 11 de 14 de enero de 2019, páginas 3 a 33. Comentada en el Anuario de Competencia de 2018, "[La Directiva \(UE\) 2019/1 "ECN+](#)": Necesidad y oportunidad de reforma de la legislación española en materia de competencia por Gerard Pérez Olmo, páginas 41 a 60.

⁴¹ DOUE C 210 pág. 2, de 1 de septiembre de 2006.

ese volumen, debido a la propia redacción de la LDC. Las operaciones sin duda son algo más complejas, siendo todavía asequibles y asumibles que se puedan realizar en un tiempo reducido, si bien necesariamente algo superior a la situación anterior.

En cambio, la comunicación de 2018, al tomar en consideración la LDC, como indicó la referida sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero 2015, va más allá de la norma comunitaria al no solo fijar el máximo de la sanción en relación al volumen de negocios, sino que utiliza más directamente ese mismo concepto en la graduación de las sanciones tal y como dispone el artículo 63 de la LDC. Es por ello que el volumen de negocios de la sancionada tiene una mayor implicación en los cálculos para la determinación de la sanción.

Este cambio implica que el volumen de negocios tiene relevancia distinta en ambas comunicaciones y por ello impacta de una manera relevante en la necesidad de esa información⁴².

Adicionalmente, al anterior cambio la CNMC reconoció públicamente en mayo de 2018⁴³, que en virtud del artículo 89.3 la [ley 39/2015](#)⁴⁴ debe incluirse un cálculo de la sanción en la Propuesta de Resolución de todo expediente sancionador, que permita por tanto a la imputada y casi seguro sancionada poder alegar al respecto⁴⁵.

Estas cuestiones deben tomarse en consideración al realizar este tipo de análisis. Así como la predictibilidad de la necesidad de disponer de dicha información, que se producirá al inicio del ejercicio en el que se deba adoptar la resolución sancionadora, que se halla sujeta a un plazo conocido, como breve y certeramente expone el punto 16/14⁴⁶ del voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila.

Un elemento importante adicional es si la información sobre el volumen de negocios del año anterior debe considerarse o no confidencial. Ello se responde, como se verá e indican algunas resoluciones, por el hecho que dicho dato aparece en las cuentas anuales que se depositan en el Registro Mercantil.

Sobre esta cuestión conviene señalar la claridad de todas y cada una de las resoluciones de 2018 de la CNMC considerando dicho dato como de carácter público⁴⁷.

⁴² Se puede contrastar el uso de la expresión de volumen de negocios en ambas comunicaciones sobre multas de la CNC y la CNMC referidas anteriormente.

⁴³ [Nota de prensa de 24 de mayo de 2018](#).

⁴⁴ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015, páginas 89343 a 89410.

⁴⁵ Muchos letrados nos habíamos manifestado sobre esa necesidad, que curiosamente era seguida por la Comisión Europea, de la que la CNC había tomado inspiración clara para su comunicación salvo en este punto de práctica.

⁴⁶ Véase lo indicado en el pie de página 11 anterior.

⁴⁷ En la primera resolución [Derivados financieros](#) (S/DC/0579/16), pág. 110 de 116 se indicó "En aplicación del artículo 42 de la LDC, se declara confidencial la información solicitada por las partes, a excepción de aquella relativa al volumen de negocio total de las empresas correspondiente al año 2017." Idéntico texto en las resoluciones [Mensajería y paquetería](#) (S/DC/0578/16), página 176 de 195 y en [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16) página 71 de 80. En la resolución de [Licitaciones de aplicaciones](#) informáticas (S/DC/0565/15) página 209 de 224 "Se deniega la solicitud de confidencialidad de los datos relativos al volumen total de negocios correspondiente al año 2017 por ser una información accesible al público." En [Agencias de medios](#) (S/DC/0584/16), página 85 de 94 "Esta Sala considera que el volumen de negocios total de las empresas es un dato público que debe corresponderse con el importe neto de la cifra de negocios que cada empresa recoge en sus cuentas anuales, que deben ser depositadas en el Registro Mercantil de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 365 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil." En [Baterías de automoción](#) (S/DC/0569/15), página 68 de 74, "Asimismo, no procede declarar confidencial la información relativa al volumen de negocios total de la empresa contenido en los folios 6504 y 6505, ya que se refiere a una información de carácter público." En [ABH/ISMA](#) (S/0415/12), página 66 de 72, "En aplicación del artículo 42 LDC, se declara confidencial la información solicitada por ISMA y por SRCL CONSENUR, a excepción de aquella relativa al volumen de negocios total de las empresas correspondiente al año 2017 al ser éste un dato público, que consta en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil." Y por último términos parecidos en la resolución [Costas Bankia](#) (S/DC/0587/16) en la página 69 de 78. La rotundidad y unanimidad de lo manifestado no deja lugar a la duda. Lo que se solicita es información pública.

IV. LA PRAXIS ADMINISTRATIVA

IV.1 Perspectiva general

La praxis administrativa que se examinará se compone de 175 resoluciones sancionadoras adoptadas sobre la aplicación de la LDC por el órgano encargado de aplicar las normas sancionadoras en España, esto es la CNMC en la actualidad y la CNC hasta 2013.

El siguiente cuadro contiene la situación a finales de 2019 de aplicación de las resoluciones sancionadoras⁴⁸, indicando el número total, el número de resoluciones en las que en aplicación del artículo 37.1.a) se ha procedido a suspender el plazo para solicitar información sobre el volumen de negocios de la o las imputadas, y como contraste el número de caso en los que no se ha realizado⁴⁹.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Resoluciones	9	10	29	29	25	13	22	13	7	8	9	174
Solicitud VN con suspensión	2	2	3	10	16	2	13	11	4	8	8	79
No solicitud VN con suspensión	7	8	26	19	9	11	9	2	3	0	1	95

A la vista de esas primeras cifras, la primera observación es que no siempre se usa el artículo 37.1.a) para obtener la información sobre el volumen de negocios de las empresas imputadas. Lo que supone que la CNMC a menudo obtiene ese dato sin tener que recurrir a la suspensión del plazo.

La segunda observación es que hay un cambio significativo en su uso en el momento en que entró en funcionamiento la CNMC, y que hay una tendencia común a ambas, a incrementar su uso conforme transcurre el tiempo.

La extinta CNC no usó casi ese motivo de suspensión en el primer año que adoptó un número importante de resoluciones bajo la aplicación de la ley LDC, esto es en 2009, 1 caso sobre 7, en 2010 sólo en 2 casos sobre 10, mientras que en 2011 se usó en 3 asuntos sobre 29, es decir poco relevante, y en 2012, lo usó en 10 procedimientos sobre 29 sancionadores, todavía muy inferior al 40%. Y sólo adquirió carta de naturaleza en 2013, cuando se usó en 16 procedimientos sobre 24, esto es más del 66% de los asuntos resueltos en el último año de la CNC⁵⁰.

La CNMC no lo usa casi en su primer año, 2014, sólo en 3 de 10 procedimientos, en 2015 lo usó superando el 50% de los casos, casi un 60%, y adquiere carta de naturaleza en 2018 y 2019, así como en la única resolución de 2020, usando esa suspensión en el 100% de los asuntos.

Esto es la CNMC considera constantemente desde 2018, y de forma mayoritaria desde 2015, que no forma parte del procedimiento ordinario obtener la cifra del volumen

⁴⁸ Las resoluciones sancionadoras se han acotado a las infracciones relativas a los artículos 1 y 2 de la LDC, y en su caso 101 y 102 del TFUE. Por tanto se excluyen sanciones impuestas por otro tipo de infracción, como por ejemplo artículo 3 de la LDC, o por infracciones procesales de la LDC.

⁴⁹ No se ha incluido la única resolución en el momento de finalizar este artículo si bien se computará a efectos oportunos de cálculo, puesto que en la misma se aplicó el artículo 37.1.a).

⁵⁰ En máxima puridad el año 2013 debiera dividirse en las 23 resoluciones adoptadas por la CNC frente a las 2 adoptadas por la CNMC. De esas 2 en una se aplicó el 37.1.a) para solicitar la suspensión y en otra no. Eso supondría que en lugar de aplicarse en ese último año de CNC en un 64% lo habría sido en un 60%. Y para ese año la CNMC lo habría aplicado un 50%. No creo que merezca más que un pie de página, para mostrar que se ha examinado pero no se ha considerado relevante.

de negocios para la imposición de la sanción, y por ello recurre a la suspensión del plazo prevista por el artículo 37.1.a) de la LDC.

IV.2 El volumen de negocio del año anterior, ¿es elemento de juicio o simplemente determinante de la sanción?

De la lectura del artículo 64 de la LDC y de la doctrina expresada en la ya citada STS de 29 de enero de 2015, queda claro que el volumen de negocios anual de una empresa no es un elemento de juicio en el sentido de determinar si hay o no culpabilidad, y en cambio sí es determinante de la sanción que quepa imponer a la empresa imputada y que será sancionada.

Las sentencias del Tribunal Supremo deberán responder a ambas preguntas para establecer en primer lugar si la solicitud del volumen de negocios tiene encaje en la dicción del artículo 37.1.a) de la LDC para dar cumplimiento a su función nomofiláctica. Luego examinará la cuestión planteada por el voto particular en el que la casación tiene su origen inmediato.

En la Resolución [Coches de alquiler](#) (S-0380/11) de 30 de julio de 2013, se planteó si la suspensión para requerir el volumen de negocios debía considerarse justificada o no en las páginas 116 y 117 de 239. En la página 116 la alegación realizada por Helle Auto se queja en la contestación al requerimiento sobre el volumen de negocios que suspendió el procedimiento que esa actuación suponía una extensión irregular del plazo de caducidad en perjuicio de los incoados y con ello generando una desigualdad entre los plazos de que dispone la administración y el administrado sujeto a un procedimiento sancionador. Lo funda en dos cuestiones, la primera que esa información pudo solicitarse con anterioridad⁵¹ y la segunda que era información pública.

La resolución tras titular el apartado "f) Suspensión injustificada del procedimiento con ocasión del requerimiento de volumen de negocios" realiza la siguiente consideración:

"El artículo 37.1.a) establece que "El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada [...] Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios", supuesto que concurre en este caso. De conformidad con el citado precepto, el Consejo de la CNC acordó de forma motivada la correspondiente suspensión, al considerar un elemento de juicio esencial para resolver cierta información adicional relativa al volumen de negocios que debía requerir a empresas incoadas.⁵² Se trata de un tipo de información que no se incluye en registros públicos y accesibles con el desglose y nivel de detalle que precisa el Consejo de la CNC para continuar la tramitación del expediente (en cuanto a volumen de negocio en posibles mercados afectados, por ejemplo), a lo que debe añadirse el hecho de que no siempre se encuentra disponible para su consulta la información contenida en las cuentas anuales del ejercicio anterior⁵³. Los requerimientos de este tipo de

⁵¹ El requerimiento según consta en el AH 13 se realizó el 11 de junio de 2013 y se levantó la suspensión el 6 de julio de 2013, esto es 25 días naturales. Ese plazo es claramente superior al que corresponden legalmente, 15 días hábiles –lo que solía corresponder a unos 17 días naturales–, para realizar alegaciones. Helle Auto solicitó ampliación de ese plazo de unos 17 días naturales que le fue negado. Y que debe ser el origen de la queja, al comparar la relevancia de aportar un dato público, 25 días frente a realizar alegaciones a la propuesta de resolución, unos 17 días, ambos naturales.

⁵² Conviene contrastar el punto de vista expresado por la CNC con los párrafos 6, 8 y 14 del voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila.

⁵³ Efectivamente el Consejo no busca disponer del volumen de negocios de ejercicio anterior, sino el impacto en el mercado. Los tiempos han cambiado debido a la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de 29 de enero de 2015, [ECLI:ES:TS:2015:112](#) y puesto que con la ley 39/2015 la Dirección de Competencia debiera disponer de esa información para realizar la Propuesta de Resolución.

información se realizan, además, precisamente cuando adquiere especial relevancia o resulta oportuna a los efectos de la eventual aplicación de los artículos 62 y 63 de la LDC, como en este caso⁵⁴.” (Subrayado propio)

La resolución manifiesta que se encuentra no solo “plenamente justificada” sino “avalada” por la sentencia del Tribunal Supremo “de 13 de enero de 2010 (rec. 1279/2007)” en la que se puso de manifiesto que “si bien la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, la decisión de suspender el plazo máximo para resolver debe entenderse válida si la demora no obedece a la desidia administrativa (sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas, por ejemplo).”⁵⁵⁻⁵⁶, así como otro dato que no consta en dicho registro posiblemente relativo al volumen de negocios del mercado afectado relativo a un tiempo anterior en muchos meses al momento de la petición. Cuestión compleja que una vez obtenida la respuesta permite a la CNC resolver el asunto en menos de 24 días naturales.

La CNC consideró relevante mencionar en apoyo de su argumentación las sentencias de la Audiencia Nacional “de 11 de mayo de 2011 (06/501/2009),” y “de 12 de mayo de 2011 (06/508/2009)”⁵⁷.

La siguiente consideración es que no supuso ningún perjuicio y que no bastaba la alegación genérica, sino que era preciso demostrar la existencia de indefensión⁵⁸. Indicando que sobre la base del artículo 49.3 de la ley 30/1992 la ampliación de plazos es una facultad discrecional, y que según una sentencia de la Audiencia Nacional no genera indefensión. Para finalmente indicar que si bien la información relativa al volumen de negocios total del ejercicio anterior estaba disponible, no lo estaba la información relativa al volumen de negocios del mercado afectado⁵⁹.

De esta resolución de la CNC⁶⁰ conviene señalar que en el dispositivo primero se indica claramente que la infracción finalizó en 2011, esto es el ejercicio anterior en dos años al de imposición de la sanción. Por esa razón dicha información pudo solicitarse con anterioridad, si no se hubiera hecho.

Es relevante señalar que, en ese procedimiento, la solicitud de información sobre el volumen anual de negocios de las empresas a sancionar se produjo el 11 de junio –AH⁶¹ 13 de la resolución–, un mes antes de la caducidad del expediente –el 12 de julio– porque se había incoado el 12 de enero de 2012 –AH 7–. Y que la suspensión del procedimiento se prolongó durante 25 días, lo que permitió que la resolución no incurriera

⁵⁴ Este punto parecería respaldar la acumulación con recalificaciones o con la comunicación a la Comisión europea sobre la base del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

⁵⁵ Esta consideración supone atribuir el nivel de “cuestión compleja” el obtener un dato disponible en el Registro Mercantil.

⁵⁶ Parece sugerir la posibilidad de acudir directamente al Registro Mercantil. No es frecuente, si bien en el asunto [Industrias Lácteas 2](#) (S/0425/12) la CNMC acudió a datos del Registro Mercantil para adoptar un criterio sobre las cifras a tomar en consideración para la sanción de una de las imputadas, véase página 146 de 152 de la resolución.

⁵⁷ Es preciso señalar que ambas sentencias abordaban la cuestión sobre la base de la anterior ley 16/1989 cuyo redactado es distinto de la LDC, como ponen de manifiesto los fundamentos jurídicos 3º y 5º respectivamente de las sentencias.

⁵⁸ Posiblemente quepa argumentar la compatibilidad de esa manifestación con la institución de la caducidad.

⁵⁹ Dicha información debe referirse al tiempo de la infracción cometida que según el dispositivo 1 de la resolución finalizó en octubre de 2011. Esto es más de un año y medio antes del momento de la solicitud. Información que al parecer no fue recabada en ningún momento por la instrucción del expediente, y sólo cuando queda un mes de plazo antes de caducar el órgano de resolución solicita. La sentencia citada por la propia resolución en este punto del Tribunal Supremo pone de relieve una posible solución a estos hechos, porque posiblemente no encajen en el concepto de “diligencia administrativa”.

⁶⁰ Debe señalarse que en aquel momento se aplicaba por la CNC la “Comunicación de la CNC sobre cuantificación de sanciones por infracción 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 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea” de 6 de febrero de 2009. Por lo que la facturación del último ejercicio anterior a la resolución sólo servía para contrastar que no se superaba el límite máximo, como se entendía en aquel momento de esa cifra, como recoge específicamente las páginas 221 a 223 de la resolución.

⁶¹ AH: Antecedente de Hecho.

en caducidad, en la medida que se notificó a los sancionados dentro del nuevo plazo de caducidad, según la CNC. Y tras más de tres meses de que el expediente se hubiera elevado al Consejo, que sabía en aquel momento que la DI había invertido ya más 13 meses, y le quedaba al Consejo menos de 4 meses y medio.

IV.3 Obtención del volumen de negocios del año anterior ¿siempre mediante suspensión?

A la vista del anterior cuadro se puede responder con seguridad que no siempre se suspende el plazo máximo de resolución cuando se solicita el volumen de negocio de las empresas, si bien ese extremo se aborda de manera detallada en una resolución de 2013 sobre [Correos](#) (S/0341/11), en las páginas 17 y 18:

“El Consejo, tras el análisis de la instrucción llevada a cabo por la Dirección de Investigación, observa que ésta se ha producido con el más estricto respeto a los cauces procedimentales establecidos en la LDC y en el RDC, sin que haya encontrado indicio alguno de una instrucción parcial y predeterminada a sancionar a la empresa incoada. Por lo demás, las afirmaciones groseras de CORREOS son de carácter genérico y no se fundamentan en prueba alguna.

El ejercicio de la potestad sancionadora reconocida por el artículo 63 de la LDC a este Consejo, en los términos establecidos en los artículos 61 a 64 de la misma Ley, así como el artículo 34.1 del RDC que impone a la Dirección de Investigación que determine en la Propuesta de Resolución elevada a este Consejo, entre otros extremos, la responsabilidad que corresponda al autor de la infracción que se considere acreditada, motiva que aquélla demande, de quien entiende es responsable de una infracción de la LDC (calificación que tiene lugar con la formulación y notificación del Pliego de Concreción de Hechos; art. 33.1 del RDC), información relativa a su volumen de negocios. Es práctica común en esta Comisión que en los procedimientos sancionadores de competencia el órgano de investigación realice este requerimiento con ocasión de la notificación del PCH a las partes, momento procesal que este Consejo considera correcto, en la medida en que ya existe una primera imputación de infracción, por ello, en modo alguno, se puede considerar la actuación criticada como un hecho revelador de una instrucción parcial y predeterminada.” (Subrayado propio)

Como refrendo de lo anterior señalemos otra resolución más reciente en la que se indica con claridad que se ha solicitado, sin suspensión el volumen de negocios, y en los que no ha sido necesario posteriormente por el Consejo solicitar el dato con suspensión del plazo para el procedimiento. La resolución del expediente [Cables BT/MT](#) (S/DC/562/15) en el AH 15 se indica:

“**15.** Con fecha 24 de enero de 2017, el instructor requirió a los interesados información sobre volumen de negocios total de las empresas en el año 2016, así como del mercado afectado de los años correspondientes a la duración de la infracción.”

IV.4 ¿Cuándo se produce la suspensión para solicitar el volumen de negocios?

Del análisis de todas las resoluciones cabe concluir que todas las suspensiones para solicitar el volumen de negocios se producen en la fase de resolución ante el Consejo. Como se ha indicado anteriormente en fase de instrucción se solicita si bien no se suspende el plazo de caducidad. Muchas veces aquellas solicitudes se efectúan con el

pliego de concreción de hechos (en adelante PCH) o con la Propuesta de Resolución cuando las empresas están realizando alegaciones a dichos trámites⁶².

En el siguiente cuadro se facilita información para un examen adecuado del momento en que se produce esa suspensión analizaremos distintos momentos temporales, como la solicitud de suspensión en relación con el inicio de la fase de resolución, la elevación al Consejo, y con el final de la misma, la adopción de la Resolución se ha calculado.

Cuadro presentando ciertos valores estadísticos de las suspensiones sobre la base del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios de las imputadas y probable sancionadas

	Primer período		Tercer período	
	Días	Meses	Días	Meses
Media	148	4,88	31	1,03
Valor máximo	790	25,99	99	3,26
Valor mínimo	17	0,56	1	0,03
Mediana	136	4,47	23	0,74
Moda	160		12	

En este cuadro se muestra datos relevantes estadísticos del resultado de analizar las 84 resoluciones sancionadoras adoptadas sobre la LDC y en las que el Consejo de la CNMC ha aplicado la suspensión del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios a las empresas. Señalar que esas 84 resoluciones sancionadoras de la LDC es un número significativo, casi un 50%⁶³, del total de resoluciones sancionadoras dictadas en aplicación de la LDC.

El análisis realizado divide el período de resolución en tres sub-períodos consecutivos: uno primero que se inicia con la elevación de la resolución al Consejo hasta el inicio de la suspensión, un segundo que es el período de suspensión, y el tercero y último que transcurre desde que se levanta la suspensión hasta la adopción de la resolución.

La información que aporta es muy relevante pues prueba que el Consejo tarda mucho en invocar el artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios del ejercicio anterior al de imposición de la sanción. Una media de 148 días, pensemos que equivale a casi 5 meses, y en principio la normativa estima que el período de resolución debería situarse en 6 meses. Y con una mediana muy cercana a la media en 136 días, esto es más de 4 meses. Este último dato significa que en la mitad de las resoluciones sancionadoras en que se ha solicitado el volumen de negocios suspendiendo el plazo, y casi una cuarta parte del total han tardado más de 4 meses, esto es el 66% del tiempo asignado a resolución en solicitarlo.

Mientras que, en contraste con lo anterior, el tercer período es mínimo por no decir escaso o en algún caso casi inexistente. Véase que hay bastantes expedientes en que solo transcurre 1 día entre el levantamiento y la adopción de la resolución, el valor mínimo. La "moda", esto es el período que se da más veces, son 12 días, de hecho el siguiente

⁶² Algunos ejemplos que se pueden facilitar, aparte de la anteriormente mencionada resolución de [Correos](#) (S/0341/11) que le da carta de naturaleza a esa petición en instrucción, si bien le consta al autor que no se consigna en todos los casos, en la resolución de los [concesionarios de Opel](#) (S/0489/13) se indica en el AH 12 que se la DC requirió esa información y se indica la entrada de las respuestas; más recientemente en [Mensajería y Paquetería](#) (S/DC/0578/16) en el AH 16 se solicita tras recibir las alegaciones al PCH; y en [ANELE](#) (S/DC/0594/16) AH 10 que indica la solicitud con el PCH, e incluso se vuelve a requerir el volumen de negocios a finales de octubre de 2018.

⁶³ Exactamente un 48%.

más repetido es 1 día. La media son 31 días, debido a que hay algunos valores muy altos, en comparación con un gran número de eventos en que son muy bajos, puesto que la mediana se sitúa en 23 días⁶⁴, un valor muy inferior a la media⁶⁵.

Esto significa que la última actuación significativa que hace la CNMC en los expedientes sancionadores en que se solicita con suspensión el volumen de negocios, es precisamente ese.

Es preciso recordar que la muestra de resoluciones en las que se ha solicitado el volumen de negocios con aplicación del artículo 37.1.a) es aproximadamente la mitad de las resoluciones sancionadoras de la CNMC.

En resumen, se solicita el volumen de negocios muy tarde en el cronograma de los procedimientos sancionadores.

En relación con el uso del dato obtenido ya se ha comentado lo breve que puede ser, lo más habitual son 12 días, y el siguiente valor más repetido es 1 día. Esto se corrobora por ejemplo en el expediente [Montaje y Mantenimiento Industrial](#) (S/DC/0612/17) como pone de manifiesto los párrafos 16 y 17 de esa resolución, página 10/229, en la que se indica que la CNMC recibió las respuestas de la mayoría de las imputadas y posteriormente sancionadas entre un viernes y un lunes, 27 y 30 de septiembre de 2019, y el Consejo adoptaba la resolución el día siguiente martes 1 de octubre de 2019⁶⁶.

No es la única resolución que prueba la rapidez con que opera la CNMC una vez recibidos los datos sobre la facturación. Lo que por lo menos significa que una vez obtenido el dato no tiene por qué comportar una carga de trabajo significativa y puede obtenerse un resultado rápido.

IV.5 El cómputo del plazo de caducidad al inicio de la fase de resolución

Como ya se ha ido examinando en los apartados anteriores aparece un problema con los tiempos del expediente y el reparto que sugiere el artículo 28 del RDC entre las fases de instrucción y resolución. Esto sorprende cuando se examinan los tiempos reales de los expedientes puesto que algunos son elevados al Consejo con un tiempo restante que hace hartos difícil pensar que se vaya a poder analizar y resolver debidamente, salvo que se obvie la función real, que pretende la CNMC sea jurisdiccional, y simplemente de una credibilidad completa a lo manifestado por la DC sin el más mínimo examen crítico.

En algunos asuntos el plazo restante de caducidad es muy escaso, inferior a tres meses, incluso en algunos casos es de poco más de dos meses⁶⁷. En otros siete expedientes el plazo del que disponía el Consejo al elevarle el órgano instructor el expediente era inferior a cuatro meses. Conviene decir que en ese tiempo hay que leer y asimilar debidamente toda la información del expediente, así como analizar las alegaciones realizadas por los imputados en la Propuesta de Resolución junto con las periciales aportadas, así como en su caso realizar pruebas, y otras actuaciones. El hecho de que un buen número de expedientes, al iniciarse la fase de resolución, no alcancen esa cifra orientativa reglamentaria de 6 meses⁶⁸, es preocupante en cuanto a la limitación que

⁶⁴ Este valor así como la representatividad de la muestra, alrededor de un 50% del total de expedientes sancionadores de la LDC, supone que al menos en un 25% de los expedientes sancionadores transcurren menos de 23 días entre que el Consejo de la CNMC dispone de esa información y la resolución se aprueba.

⁶⁵ Esto implica que aproximadamente en igual número de expedientes hay valores inferiores a 23, como superiores.

⁶⁶ El plazo de caducidad incluso con las suspensiones se cumplía ese mes de octubre. En este asunto el Consejo dispuso entre que se le elevó el expediente y resolvió de un plazo inferior a cuatro meses entre los que se incluye el mes de agosto.

⁶⁷ [Concesionarios Opel](#) (S/0489/13), [Concesionarios Land Rover](#) (S/0487/13), Concesionarios [Toyota](#) (S/0486/13).

⁶⁸ Artículo 28 del RDC.

le supone al Consejo para considerar debidamente el expediente, y en la medida que pueda afectar a decisiones como la de celebrar vistas.

Esta situación se recoge en la resolución de algunos de esos expedientes como el de los Concesionarios de Volkswagen y Fabricantes de Automóviles, siendo notorio que en el primero la CNMC tuvo que recurrir a la aplicación del artículo 37.4 de la LDC y extender el plazo del expediente tres meses más con todas las reservas que supone esa disposición, y el momento en que se adoptó. En la resolución del expediente [Fabricantes de automóviles](#) (S/0482/13), en las páginas 78 y 79 se indica:

“5.1. Sobre los plazos de tramitación del expediente

RENAULT, GENERAL MOTORS, KIA, BMW, NISSAN, FORD, HYUNDAI, TOYOTA CHEVROLET alegan que la prolongación de la duración de la fase de instrucción del expediente ha privado a los interesados de la fase de deliberación y resolución, mediante el agotamiento de facto del plazo máximo del expediente, lo cual habría afectado al derecho de defensa de las partes. Las empresas que formulan esta alegación sostienen que la ampliación, que definen como desproporcionada, del período de instrucción supone a su vez “acortar a poco más de un mes el período en el que la Sala ha de conocer sobre el expediente” (alegaciones de FORD, y análogamente del resto de mercantiles citadas). Consideran estas incoadas que dadas las particularidades de este expediente en términos de complejidad y extensión, el Consejo no dispondría del tiempo suficiente para realizar un análisis sosegado e íntegro del mismo, y por tanto no puede emitir un verdadero juicio de valor objetivo sobre la conducta analizada, lo que consideran que afecta gravemente a la separación de las funciones de instrucción y resolución.

Esta Sala de Competencia debe rechazar esta clase de alegaciones. Y ello por consideraciones de carácter tanto formal como material. Desde la perspectiva de los hechos, tal como se ha señalado en los AH, el 22 de mayo de 2015, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución. Con fecha 2 de junio de 2015, se acordó, de conformidad con el artículo 37.2 c) de la LDC, la remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta, la cual tuvo lugar el 3 de junio de 2015, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el expediente. Tal como se señaló en el acuerdo de levantamiento de la suspensión, de 3 de julio de 2015, la nueva fecha de caducidad del expediente es el 7 de agosto de 2015. Esta suspensión obligada, previsible y vinculada al informe al que se refiere el artículo 37.2 c) de la LDC ha provocado que el tiempo disponible para resolver, por tanto, haya sido superior al señalado por las incoadas en sus alegaciones.

Por otro lado, hay que recordar que la Sala de Competencia tiene la facultad de valorar, a la vista del expediente, si concurren las razones que justifican la ampliación excepcional del plazo máximo de resolución, conforme permite el artículo 37.4 LDC. Esta Sala de Competencia ha acordado tal ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en otros casos recientes¹²⁵ [125 Expte. S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW.], al valorar que concurrían circunstancias excepcionales que exigían un tiempo de valoración del expediente que excedía el restante para la caducidad en ese caso.”

Y en la resolución de Concesionarios [Audi/Seat/Volkswagen](#) (S/0471/13), al que hacía referencia el pie de página 125 citado de la anterior resolución, en las páginas 124 y 125 se indica:

“5.1. Sobre los plazos de tramitación del expediente y los acuerdos de denegación de ampliación de plazo de contestación del Pliego de Concreción de Hechos

Algunas incoadas (así, HERGO MOTOR, folios 40862 y siguientes) señalan que se ha sobrepasado, sin justificación alguna, el plazo previsto para la instrucción del expediente y que, a consecuencia de ello, el Consejo no dispone de un tiempo razonable para dictar resolución fundada antes de que se supere el plazo de 18 meses que determina la caducidad del expediente. A la vez, se reprocha a la DC ha denegado sistemáticamente las solicitudes de ampliación de plazo para alegaciones a la PCH.

Esta alegación relativa al plazo disponible por esta Sala para el enjuiciamiento de la instrucción y la adopción de la resolución que corresponda, más allá de otras consideraciones, ha perdido su objeto por la evolución posterior de los hechos. Como se ha señalado en los Antecedentes de Hecho, con fecha 5 de febrero de 2015 se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 37.4 de la LDC, la ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento en tres meses. Ello se realizó atendiendo al volumen del expediente tramitado, el número y condición de las posibles infracciones que la DC considera acreditadas, el número de entidades incoadas y la complejidad de la determinación individualizada de responsabilidades, y de las multas a imponer, en su caso. Se consideró que los citados elementos requerían de la Sala de Competencia un estudio y análisis minucioso cuya duración en el tiempo razonablemente sobrepasaba la de otros expedientes sancionadores de menor complejidad y, en todo caso, excedía del tiempo restante para la caducidad en el presente caso.

Esta Sala considera que la DC da cumplida respuesta en su PR a las alegaciones relativas a la falta de ampliación del plazo legal de 15 días para formular alegaciones al PCH. La posición del extinto Consejo de la CNC, reiterada por esta Sala de Competencia de la CNMC¹⁶², sobre la condición discrecional y excepcional de la ampliación de plazo se fundamenta en la doctrina del Tribunal Constitucional. relativa (sic) a cuándo se produce un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa, y deriva del principio de eficacia y la obligación de resolver en plazo, en interés de los administrados.” (Subrayado propio)

Esta situación de reducción significativa del plazo de que dispone el Consejo de la CNMC para resolver todo expediente sancionador se plasma con toda claridad en esas resoluciones, viendo como en el caso de los Concesionarios AUDI/SEAT/VW dio lugar a que se aplicase por única vez el artículo 37.4 de la LDC y el Consejo se dotara de un plazo para resolver, toda vez que cuando se produjo la elevación del expediente por la Dirección de Competencia quedaba solamente menos de 1 mes para la caducidad⁶⁹.

IV.6 La información solicitada mediante suspensión

En este punto conviene examinar la información que la CNMC solicita en la fase de resolución, con suspensión del plazo, en relación con el dato del volumen de negocios. En muchos casos, como por ejemplo en la última resolución adoptada, en febrero de 2020, [Radares Meteorológicos](#) (S/DC/0626/18) se adapta perfectamente a lo que cabía esperar, como se puede contrastar en el AH 14 de la resolución.

“14. Con fecha 16 de enero de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó **requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año**

⁶⁹ Lo que se refleja en el AH 7 que pone de manifiesto que la incoación del expediente tuvo lugar el 29 de agosto de 2013, por lo que los 18 meses del artículo 36 de la LDC, se cumplían el 28 de febrero de 2014, al no ser bisiesto ese año, ni haberse suspendido el procedimiento, y como indica el AH 49 la elevación al Consejo tuvo lugar el 29 de enero de 2015.

2019. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC (folios 3188 a 3190).” (subrayado propio)

La información solicitada por la CNMC se ajusta al patrón que cabría esperar de información para disponer del dato de la facturación del año anterior, salvo en algunos casos que no se especifica en los antecedentes de hecho, la información solicitada⁷⁰ o en otras en que claramente se solicita información muy anterior⁷¹ o en otras que reiteran la solicitud en un espacio temporal breve suspendiendo⁷². En otros se solicitó información adicional⁷³, y hay incluso un caso en el que se solicita más información, si bien se consigna en el respectivo AH 26 exclusivamente la petición que se refería al volumen de negocios del año anterior, 2017⁷⁴.

IV.7 Doble petición de información con suspensión

En al menos dos resoluciones se suspendió dos veces el procedimiento para solicitar el volumen de negocios, en el expediente de [Redes abanderadas](#) (S/0484/13) y en [Grupos de gestión](#) (S/0455/12), que conviene examinar para comprender los motivos o razones que pudieron conducir a esa doble petición con suspensión. No es lo normal, pero como situación atípica conviene examinar por si permitiera alguna explicación.

En la primera resolución cronológica, la de [Redes Abanderadas](#) (S/0484/13) se solicita una primera vez el volumen de negocios el 30 de marzo de 2015, AH 33, a diversas empresas, y como veremos hay una segunda solicitud menos de tres meses más tarde, AH36, solicitando lo mismo al menos a una empresa. La explicación aparece en el AH 35 y se debe a la interposición de un recurso administrativo de una de las empresas imputadas, y posteriormente sancionada, por el que se solicitaba la suspensión del requerimiento.

Sorprende que en el segundo requerimiento parece dirigirse a empresas que ya habían contestado el anterior, sin que haya mayor explicación al respecto, puesto que la interposición del recurso contencioso-administrativo solo debió afectar a la empresa que lo interpuso y solicitó la suspensión.

Conviene incidir en que en ambas solicitudes hay una reiteración de peticiones y por otro lado conviene ver las fechas. En el párrafo 35 se puede ver el momento en el que la CNMC recibe la comunicación un martes 2 de junio, y le lleva unos 9 días, hasta el jueves 11 de junio para solicitar de nuevo los datos de facturación, AH 36. Datos que son

⁷⁰ [Palés](#) (S/0428/12) AH 33, [Postes de Hormigón](#) (S/0473/13) página 3, [Puerto de Santander](#) (S/0464/13) AH 17, [Industrias Lácteas 2](#) (S/0425/12) AH 17, [Fabricantes de Papel](#) (S/0469/13), AH 13, [Mudanzas Internacionales](#) (S/DC/0544/14) AH 19, [Servicios Fotográficos](#) (S/DC/0538/14) AH Decimosegundo.

⁷¹ Como en las resoluciones [Recogida de papel](#) (S/0430/12) AH 18, que solicita el volumen de negocios desde el año 2007 al 2013, [ICOGAM](#) (S/DC/0516/14) AH 17 información desde 2009 a 2014, [Colegio de Abogados de Guadalajara](#) (S/DC/0560/15) AH 16.

⁷² [Redes Abanderadas](#) (S/0484/13) AAHH 33 y 36, diferencia de menos de 2 meses y medio entre ambos requerimientos en el mismo año natural. Dos empresas distintas de la que solicitó la suspensión se vieron requeridas a facilitar supuestamente la misma información. En cambio en [Grupos de Gestión](#) (S/0455/12) AAHH 13 y 16 se solicitó dos veces, debido a una interrupción debida a un procedimiento contencioso administrativo. Se examinará a continuación.

⁷³ En las resoluciones de los concesionarios ([Toyota](#) (S/0486/13) AH 19, [Hyundai](#) (S/0488/13) AH 15, [Land Rover](#) (S/0487/13) AH 12, [Opel](#) (S/0489/13) AH 17 y [Audi/Seat/Volkswagen](#) (S/0471/13) AH 49, se reiteró la solicitud, efectuada en la fase de instrucción, de aportar información sobre el volumen de negocios de la marca en concreto, si no se había aportado con anterioridad, y en las resoluciones de [Chevrolet](#) (S/DC/0505/14) AH 27, y [Volvo](#) (S/DC/0506/14) AH 30) que se aportara el volumen de negocios de la marca de ejercicios anteriores, y en el último expediente en determinadas comunidades autónomas. En DTS (S/0436/12) AH 31 se solicitó el volumen de negocios en el mercado afectado.

⁷⁴ [Licitaciones de Aplicaciones Informáticas](#) (S/DC/0565/15) Comparar el AH 26 con la página 209 de la resolución. En la página 209 aparece información aportada con posterioridad al 10 de mayo de 2018 y que puede beneficiarse de la confidencialidad siendo esa solicitud el único trámite en el que se aportó. Lo más sorprendente es que esa información que pudo ser el motivo de una prórroga, como pone de manifiesto el segundo párrafo del AH 26 –pues parece difícil que en a finales de junio las sociedades precisasen de una prórroga para facilitar un dato público-, no fue usada por la CNMC en el cálculo de la sanción. Ver páginas 210 a 215 de la resolución.

reiterados y que coinciden en parte con los solicitados en el AH 33. Y en el AH 37 se constata como en la siguiente reunión del Consejo los datos se hallan ya incorporados y puede aprobarse la resolución. Lo que es quizás aún más curioso es que con o sin suspensión, al expediente le quedaban antes de que caducara más de 250 días.

En la segunda resolución, [Grupos de gestión](#) (S/0455/12), operaron dos solicitudes con suspensión del procedimiento, si bien entre la primera, de 27 de marzo de 2014, AH 13, y la segunda, el 7 de abril de 2016, AH 15, transcurrieron 2 años

La segunda solicitud, AH 15, refleja un olvido en la primera, AH 13, en la que se solicitaron las facturaciones de 2011 y 2012 además de la del anterior ejercicio. En esa segunda se solicitan además las de 2009 y 2010. En este asunto a diferencia del anteriormente examinado, si no se hubiera dado la segunda suspensión entre la fecha de adopción y la caducidad hubieran quedado unos 20 días naturales.

Por otro lado, y a la vista del referido plazo que era conocido en el momento de la suspensión que medió entre ambas solicitudes de información, según el AH 14 de la resolución la CNMC no realizó actividad alguna durante ese plazo tan largo, como por ejemplo comprobar qué faltaba para concluir el expediente. Y eso que recibió una advertencia indicadora que la suspensión que había interrumpido el procedimiento tras la primera solicitud se hallaba cercana a su fin, el 22 de enero, esto es dos meses antes⁷⁵.

IV.8 El impacto en la suspensión para obtener el volumen de negocios de otra causa de suspensión, la notificación de la propuesta de resolución a la comisión europea

El reglamento 1/2003 del Consejo que supuso un cambio importantísimo en la praxis del derecho de la competencia, europeo y nacional, contempla una figura a mi entender muy anómala como es el artículo 11.4⁷⁶.

El apartado 4 del mencionado artículo dispone que las autoridades nacionales, en este caso CNC y CNMC, deben remitir la resolución que vayan a adoptar o un proyecto de la misma a la Comisión europea con un plazo mínimo de 30 días para que esa administración pueda hacer comentarios⁷⁷.

Esa actuación supone cuanto menos que el órgano que resuelve, el Consejo de la CNMC, y anteriormente de la CNC, cuando consideraban necesario sancionar sobre la base no solo del derecho español, la LDC, sino también del europeo, artículos 101 o 102 del TFUE comunicaban a la Comisión Europea el proyecto de resolución con al menos 30 días de antelación a su adopción.

La aplicación del referido artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 en nuestro derecho nacional se halla regulada en tres artículos concretos de la LDC, en el artículo 37.2.c)

⁷⁵ En este punto indicar que resulta curioso el doble rasero que se utiliza en párrafos consecutivos, pues en uno se refiere al oficio remitido por la AN a la CNMC, y en el siguiente a la notificación por Lexnet. La pregunta que surge inmediatamente es ¿Si el auto desestimando el recurso fue notificado por Lexnet en una fecha anterior? Si fuera así sería relevante no solo a los efectos de los cómputos que estamos realizando sino a los efectos de la suspensión derivada del RCA.

⁷⁶ Digo anómala porque considero que fue un parche para no establecer lo que se propuso en algún momento de imponer una armonización total de los conceptos de infracciones al derecho de la competencia y que el derecho nacional no tuviera margen alguno. La situación finalmente reflejada en el artículo 3 de ese reglamento, sitúa al artículo 11 en una posición extraña pues son actuaciones administrativas que no pueden ser objeto de recurso alguno, ni tan solo accesibles ni a las partes afectadas, ni aun cuando afecte a derechos fundamentales. Espero abordar la cuestión en breve.

⁷⁷ Señalar que como muy bien indica el artículo "[El trámite de información y observaciones del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 y su encaje en el procedimiento sancionador español](#)" Cantos Baquedano, Francisco y Entrena Rovers, Jonathan, del Anuario de Competencia de 2013, páginas 281-300 no queda claro si la realidad de su aplicación coincide con la norma, como por ejemplo en si los comentarios se realizan por escrito u oralmente.

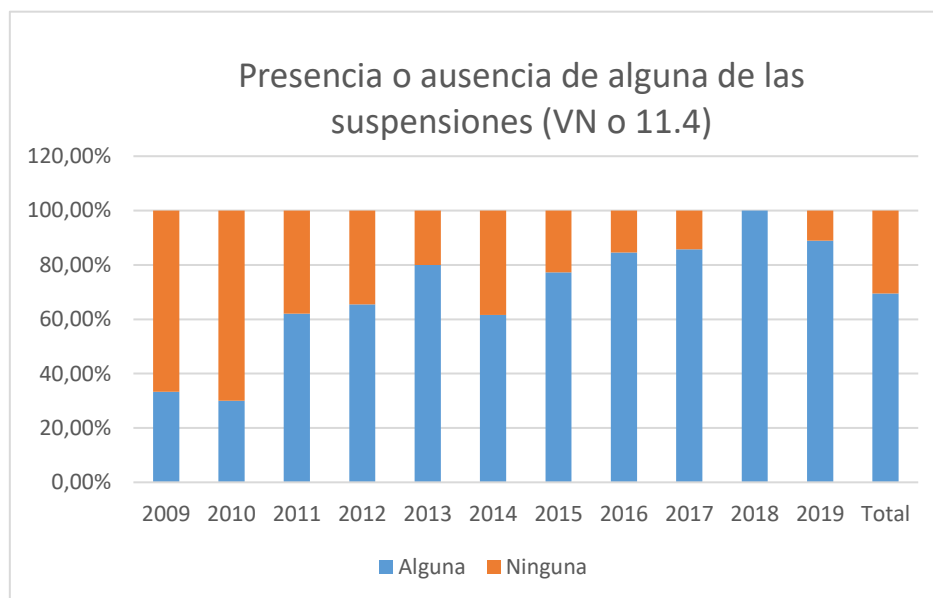
como causa de suspensión del procedimiento, en el 42.2 sobre el secreto de las comunicaciones realizadas por la Comisión Europea⁷⁸ y en el artículo 51.5.

El artículo 37.2.c) es una de las causas de suspensión más utilizadas, al igual que el artículo 37.1.a) De hecho un examen de las 175 resoluciones sancionadoras que componen la praxis de la LDC por la CNC y CNMC permite ver que hay un número relevante de resoluciones en las que coinciden ambas causas de suspensión: la de la solicitud del volumen de negocios, ex artículo 37.1.a) y la de la comunicación a la Comisión Europea, ex artículo 37.2.c). Exactamente hay 85 resoluciones en las que se plantea la primera, 84 en las que la segunda y coinciden ambas en 49 resoluciones, lo que representa un 28% de las 174 resoluciones sancionadoras examinadas, que puede considerarse representativo.

Cuadro con el número de resoluciones total por año y las que invocan la suspensión del artículo 37.1.a) para obtener el volumen de negocios, y las suspensiones basadas en el artículo 37.2.c).

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Resoluciones	9	10	29	29	25	13	22	13	7	8	9	174
Solicitud VN suspensión	2	2	6	13	16	3	13	10	4	8	8	85
Suspensión 11.4	3	2	16	12	11	8	10	5	4	6	7	84

Gráfico que muestra el número de resoluciones en que ha sido invocada alguna de las causas de suspensión referidas y en las que no se ha invocado



Profundizando en la cuestión, el gráfico nos permite observar cuándo se han dado una de las dos causas de suspensión que se analizan, la dirigida a obtener el volumen de negocios, mediante el artículo 37.1.a) de la LDC, y la dirigida a comunicar a la Comisión Europea, fundada en el artículo 37.2.c) de la LDC. El gráfico en la presentación porcentual

⁷⁸ Objeto a comentar en otro momento y reflejado en el artículo de Anuario anteriormente citado sobre la ampliación jurisprudencial del mismo.

nos permite ver como en algunos casos la presencia de las causas de suspensión examinadas se da en más del 80% y alcanzando en 2018 el 100%.

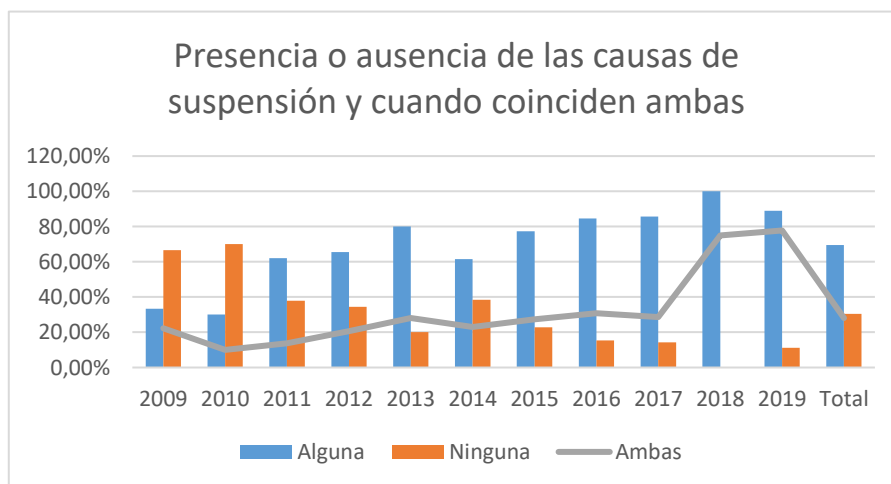
Además, permite ver cómo a partir de 2014 esto es la CNMC la invocación de alguna de esas dos causas suspensión o de ambas se ha incrementado significativamente en comparación con la CNC. Lo que se confirma con la tabla adjunta que comprende los datos que corresponden a cada período⁷⁹.

Desglose de los datos entre la CNC y la CNMC

	CNC	CNMC
Total	100	75
VN	38,00%	62,67%
11.4	44,00%	53,33%
Alguna	62,00%	78,67%
Ninguna	38,00%	20,00%
Ambas	20,00%	38,67%

Véase como el incremento en la existencia de cada una de las causas de suspensión es muy significativo en las resoluciones adoptadas por la CNMC frente a las adoptadas por la CNC.⁸⁰

El siguiente gráfico nos permite observar cuándo se da una u otra, o ambas causas de suspensión analizadas, la relativa a obtener el volumen de negocios, y la comunicación a la Comisión Europea.



Conviene en este punto analizar el momento temporal en el que ambas coinciden porque puede ser relevante. Se trata de dos situaciones en las que la CNC o CNMC se halla convencida de que hay una actuación contraria al derecho de la competencia y que debe sancionarse, si bien en una precisa una información que la empresa puede facilitar,

⁷⁹ En 2013 dos resoluciones fueron adoptadas por la CNMC, y también se ha incluido la de 2020 para dar una idea lo más correcta posible

⁸⁰ Lo es tan significativo como que incluso si en las siguientes 25 resoluciones no se diera ninguna de esas causas de suspensión analizadas la valoración a derivar de los indicadores sería muy poco distinta a la actual, si bien obviamente se matizaría. Y esto es representativo puesto que 25 es un tercio del dato base de resoluciones adoptadas por la CNMC.

y en la otra realiza una comunicación administrativa a una administración que tiene cuanto menos una cierta ascendencia sobre la autoridad de competencia española.

El siguiente cuadro refleja las diferencias medias temporales en días naturales entre el final de la suspensión fundada en el artículo 37.2.c) de la LDC y el inicio de la suspensión fundada en el artículo 37.1.a) de la LDC. Esto supone que como la mayoría de resoluciones cronológicamente han suspendido primero sobre el artículo 37.2.c) y luego sobre el artículo 37.1.a) de la LDC dará un valor positivo. Cuando el valor es negativo significa que cronológicamente se ha suspendido primero sobre el último artículo mencionado y luego se ha tramitado la comunicación del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

	Media	Resoluciones
Media positiva	41,28	36
Media negativa	-22,67	12
Media total	25,29	48

Esas diferencias positivas o negativas se han computado separadamente los valores positivos y negativos, y luego de manera conjunta para obtener una media total. El que la media total sea positiva significa que la suma de los días de todos los eventos en que ha precedido la suspensión del artículo 37.2.c) es mayor que el supuesto contrario. Los supuestos que arrojan un valor positivo son más, como muestra el cuadro, y arrojan una mayor diferencia, que es el tiempo que ha mediado entre el final de la suspensión sobre la base del artículo 37.2.c) de la LDC y el inicio de la suspensión para solicitar el volumen de negocios.^{81 82}

Como se puede ver el valor más común es el positivo, y con una media de 36 días lo que supone que la CNC y CNMC han tardado ese tiempo en suspender el procedimiento para obtener el volumen de negocios tras haberse concluido el plazo de la suspensión para dar cumplimiento al artículo 11.4 del reglamento 1/2003.

Entre los que arrojan valor negativo, hay uno, resolución [Criadores de caballos](#) (S/0345/11) de 2014, en que el valor es muy alto, porque se remitió a la Comisión europea la comunicación del artículo 11.4 del reglamento 1/2003 mucho después de haber solicitado y cumplimentado la solicitud del volumen de negocios mediante el artículo 37.1.a) de la LDC.

En seis expedientes arrojan un valor 0, o uno que cabe considerar equivalente, esto es un valor negativo muy bajo, que examinado el final de ambas suspensiones se ve que ambas coinciden, total o parcialmente, debido sin duda a que el período en el caso de la suspensión fundada en el artículo 37.2.c) es relativamente larga, 30 días naturales, frente a los normalmente 10 días que debiera suponer una suspensión ex artículo 37.1.a)⁸³.

⁸¹ Si bien conviene reflejar que la mayor diferencia en un caso ha sido negativa en la resolución [Criadores de caballos](#) (S/0345/11), la primera de criadores de caballos, curiosamente en la segunda resolución no se suspendió plazo para solicitar el volumen de negocios a pesar de los años transcurridos.

⁸² Cuando se indica que no se suspendió un plazo significa que en la resolución no aparece expresado. Puede ser que haya ocurrido, pero la CNC o CNMC no lo ha expresado en su decisión administrativa que se asume correcta a los efectos de este análisis.

⁸³ [Agedi](#) (S/0360/11), [Fabricantes de papel](#) (S/0469/13), [AIO](#) (S/DC/0504/14), [Mudanzas Internacionales](#) (S/DC/0544/14), [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16), [Atresmedia y Mediaset](#) (S/DC/0617/17).

De todas esas resoluciones solamente en [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16) se indica explícitamente la acumulación⁸⁴. En ese asunto no solo se acumuló la comunicación a la Comisión europea con la solicitud del volumen de negocios, sino que ambas se acumularon a una recalificación⁸⁵.

En otros expedientes cabe entender que hay de facto una acumulación parcial, esto es que en el período de suspensión sobre la base del artículo 37.2.c) se suspendió para solicitar el volumen de negocios fundándose en el artículo 37.1.a)⁸⁶.

Si bien la CNMC en algunos casos ha procedido a acumular ambas suspensiones, lo que se analiza a continuación, en líneas generales no ha aprovechado la suspensión para comunicar a la Comisión Europea en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 del Consejo, para solicitar el volumen de negocios. Sorprende porque al remitir la referida comunicación a la Comisión Europea se supone que ha decidido ya sancionar a las empresas señaladas y sería por tanto más que lógico aprovechar esa suspensión para solicitar ese dato importante, o esencial, como es la facturación.

IV.9 La relevancia del principio de celeridad en el procedimiento administrativo

La ley 39/2015 en su artículo 77, como en su momento el artículo 72 de la [ley 30/1992](#)⁸⁷, establecen un principio importante en el principio administrativo como es de celeridad. Este principio supone que no deben demorarse más de lo estrictamente necesario los procedimientos administrativos. A los efectos que aquí interesan esto supone que no debe la administración escudarse en motivos de suspensión para demorar el procedimiento, y de manera más concreta y de forma prescriptiva, que cuando sea posible deben acumularse las suspensiones. Como veremos esa es también, al menos en parte, la interpretación que realiza la CNMC principalmente.

Simplemente señalar que ese principio es mucho más importante en cuanto a su aplicación, si cupiera, en los procedimientos sancionadores, por la importancia dada en los textos fundamentales a no demorar los plazos en procedimientos sancionadores, y menos aun cuando esos se hallen tasados, como es el caso por la redacción del artículo 36 de la LDC.

Al abordar este punto es preciso señalar lo que indica el voto particular del magistrado Don Santiago Soldevila en el punto 28/24 que pone de manifiesto lo siguiente:

“28/24⁸⁸. En mi opinión, no cabe duda de que la CNMC puede elegir el momento en que solicita la cifra de negocios de las empresas, pero siempre que lo haga de forma que con ello no altere el plazo ordinario de resolución legalmente establecido en 18

⁸⁴ Párrafo 12 de AH “12. El 31 de mayo de 2018 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Acuerdo de recalificación, remisión a la Comisión Europea y requerimiento de información mediante el que: (i) modificaba la calificación propuesta por la DC en virtud de lo establecido en el artículo 51.4 de la LDC, por entender que los hechos se encontraban calificados de forma incorrecta, debiendo calificarse como conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE; (ii) requería a las entidades imputadas información sobre sus volúmenes de negocio total consolidado en el año 2017, y (iii) acordaba remitir a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo,(...)”.

⁸⁵ Existe otra resolución en la que una recalificación del artículo 51.4 de la LDC fue acumulada con una suspensión del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios, la resolución de [Costas Bankia](#) (S/DC/0587/16), véase párrafo 13, y otro caso en que se acumuló una recalificación del artículo 51.4 con la comunicación a la Comisión europea sobre la base del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, la resolución [Estibadores de Vigo](#) (S/DC/0596/16).

⁸⁶ [Postensado y Geotecnia](#) (S/0287/10) en un 97%, [Nokia](#) (S/DC/557/15) en un 75%, [Bombas de Fluidos](#) (S/0185/09) en un 50%, [Redes abanderadas](#) (S/0484/13), y [Telefónica y Yoigo](#) (S/0490/13) en un 40%, y [Palés](#) (S/0428/12) en un 20%.

⁸⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285, de 27 de noviembre de 1992, páginas 40300 a 40319.

⁸⁸ Numerado como 28 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 24 en las de Opel y Land Rover.

meses. Ello es así porque se trata de un trámite ordinario y perfectamente previsible y exigible.”

El siguiente cuadro contiene los asuntos en los que se han acumulado suspensiones del artículo 37.2 de la LDC con su carácter obligatorio, con las del artículo 37.1.a) de carácter potestativo. Cabe señalar que en un asunto, [Estibadores de Vigo](#), la acumulación incluye también otra causa de suspensión potestativa, el artículo 37.1.f) por recalificación.

En algunos casos como se puede ver por las fechas

	Expediente	Suspensión 11.4	Fin 11.4	Suspensión VN	Fin VN	% Acumul.
Bombas de fluidos	S/0185/09	21-03-11	21-04-11	04-04-11	06-05-11	50%
Postensado y Geotecnia	S/0287/10	06-06-12	06-07-12	18-06-12	07-07-12	97%
Agedi	S/0360/11	29-06-13	29-07-13	16-07-13	22-07-13	100%
Palés	S/0428/12	27-06-14	28-07-14	24-07-14	13-08-14	20%
Fabricantes de papel y cartón	S/0469/13	15-04-15	09-05-15	16-04-15	05-05-15	100%
Redes abanderadas	S/0484/13	06-03-15	05-04-15	30-03-15	13-04-15	40%
Telefónica / Yoigo	S/0490/13	16-03-15	15-04-15	09-04-15	23-04-15	75%
AIO	S/DC/0504/14	04-03-16	04-04-16	10-03-16	04-04-16	100%
Mudanzas Internacionales	S/DC/0544/14	19-05-16	20-06-16	19-05-16	18-06-16	100%
Nokia	S/DC/557/15	10-03-17	10-04-17	23-03-17	17-04-17	75%
Estibadores de Vigo	S/DC/0596/16	31-05-18	06-07-18	31-05-18	06-07-18	100%
Atresmedia y Mediaset	S/DC/0617/17	04-07-19	05-08-19	18-07-19	05-08-19	100%

La evolución del uso de la acumulación parcial o total se muestra en la siguiente tabla, que contiene el número total de resoluciones sancionadoras LDC, y aquellas en que las causas de suspensión han sido acumuladas, mostrándose en la línea final el porcentaje y con ello la evolución anual.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total	29	29	25	13	22	13	7	8	9
Suspensiones	12	12	11	2	10	6	3	6	8
Acumuladas	1	1	1	1	3	2	1	1	1
% sobre total	3,45	3,45	4,0	7,6	13,64	15,38	14,29	12,50	11,11
% sobre más de una causa susp.	8,33	8,33	9,09	50	30	33,33	33,33	16,66	12,5

El cuadro muestra para cada año el número total de resoluciones, aquellas en las que ha habido más de una suspensión, y las acumuladas, así como los porcentajes de las resoluciones en las que ha habido acumulación en relación con el total y con los expedientes en los que se ha producido más de una suspensión, y por lo tanto los susceptibles de acumular suspensiones.

Del examen anterior es preciso colacionar que no es meramente anecdótica la acumulación de suspensiones, sino que hay un número más que testimonial, y sobre todo en los últimos años y por parte de la CNMC⁸⁹ más que la CNC⁹⁰. En el cuadro se examinan los porcentajes sobre el total de resoluciones para cada año, para tener una idea general de la situación, y un porcentaje más representativo como es el de los expedientes en los que ha habido más de una suspensión, y en los que por lógica son en los que cabría la

⁸⁹ El Consejo de la CNMC ha acumulado suspensiones en 9 expedientes sobre 75, lo que representa un 12%.

⁹⁰ El Consejo de la CNC sólo acumuló un 3% de los casos.

acumulación. Las cifras son mucho más representativas y claramente diferenciadas entre la CNC y la CNMC. Si bien hay que indicar que se al parecer se produjeron más acumulaciones, proporcionalmente, al inicio de la CNMC que en la actualidad.

IV.10 Fin de ejercicio en el momento de resolución del expediente sancionador

Hay que convenir que el cambio del año natural, y de la gran mayoría de ejercicios fiscales y de las sociedades en Europa⁹¹ coinciden lo que puede suponer un problema para aplicar la norma porque a inicios del año natural se están formulando las cuentas, y puede no estar toda la información disponible.

Esto puede verse en un reciente expediente en la información que pone de manifiesto en la resolución [Baterías de automoción](#) (S/DC/0569/15) en sus AAHH 17 y 22.

"17. Con fecha 13 de julio de 2017, el instructor requirió a los interesados información sobre volumen de negocios total de las empresas en el año 2016, así como del mercado afectado de los años correspondientes a la duración de la infracción (folios 4616 a 4626).

22. Mediante acuerdo del Consejo de fecha 15 de marzo de 2018, se requirió a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2017, suspendiendo el plazo máximo para resolver el procedimiento (folios 6480 a 6482).

El plazo de suspensión fue levantado con fecha 6 de abril de 2018, con efectos el mismo día (folio 6517)."

Efectivamente estos párrafos ponen de manifiesto el problema que plantea el cambio de ejercicio en primer lugar. Esto es los datos de los que dispone la CNMC (o CNC en su momento) deben ser actualizados debido a esa evolución temporal.

Es por ello que es necesario contemplar esa situación. Si bien sentado lo anterior y convenido, hay que señalar que sorprende la fecha indicada en el AH 22 de la resolución, pues el dato de volumen de negocios del año anterior se solicita no a inicios de enero, sino a mediados de marzo. La sorpresa pudiera aumentar si consideramos que la elevación del expediente al Consejo se produjo el 13 de noviembre de 2017, como indica el AH 20 de la resolución.

En cualquier caso, lo que es relevante es que el voto particular ha contemplado esta situación en el punto 27/23.

"27/23⁹². Debe precisarse que, como la propia CNMC indicó en la resolución de suspensión de 29 de enero de 2015 que dadas las fechas en las que se desarrollan los hechos, la cifra exacta sobre el volumen de negocios podía ser sustituida por su mejor estimación posible, lo que podía haberse acordado también el 4 de diciembre de 2014, al dictar la propuesta de resolución y conceder plazo para que durante ese mes de formularan las alegaciones. Es indiscutible que cualquier empresa está en condiciones de ofrecer en los últimos días de diciembre de cada ejercicio "la mejor estimación de su cifra de negocios"⁹³."

En este punto cabe indicar que, si la CNMC hubiera solicitado dicha información a primeros de enero, sin suspender el procedimiento, la misma hubiera estado disponible para la CNMC en una fecha incluso anterior a aquella en la que lo solicitó. Esto cuestionaría

⁹¹ Al menos de la Europa que conduce por la derecha.

⁹² Numerado como 27 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 23 en las de Opel y Land Rover.

⁹³ Numerado como 27 en las sentencias relativas a Audi/Seat/Volkswagen y 23 en las de Opel y Land Rover. La versión de las sentencias de Audi/Seat/Volkswagen era distinta, en las fechas y en que finalizaba tras "dictar propuesta de resolución".

la actuación incluso dentro del propio mes de enero. Lo que limita de forma muy importante y más allá incluso del voto particular el recurso a la suspensión en el ámbito temporal.

IV.11 Contrastes ilógicos?

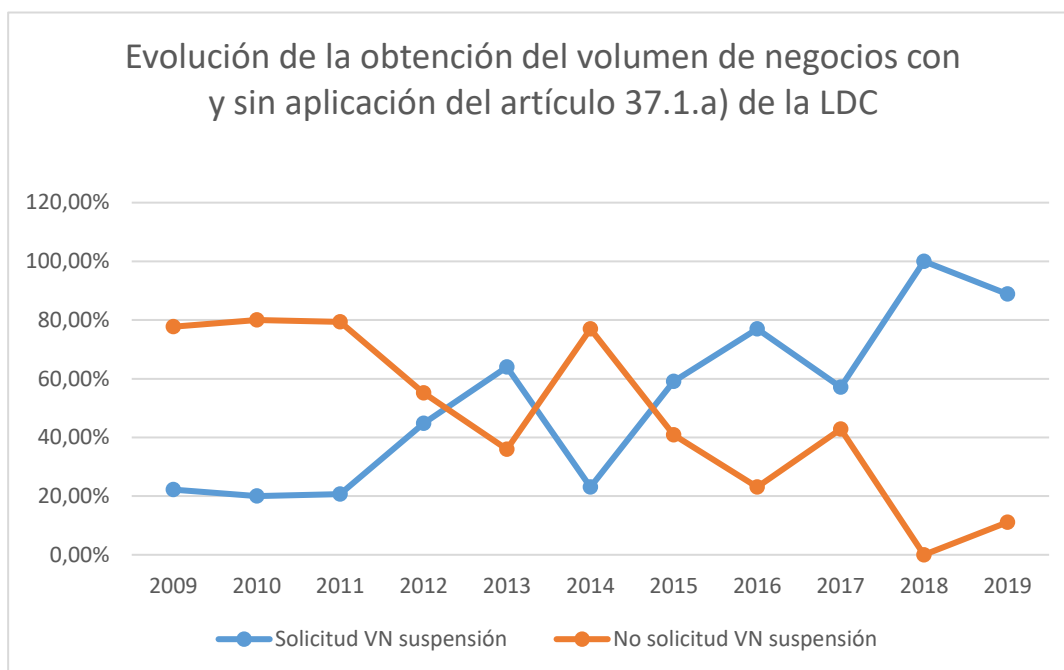
Como es fácilmente constatable, además de una realidad para los que practican el derecho de la competencia, se deniega de una manera sistemática las solicitudes de ampliación de plazo para realizar alegaciones al PCH y a la propuesta de resolución, más allá de los plazos indicados por la LDC y el RDC⁹⁴. Básicamente se trata de no conceder la ampliación que es una facultad de la administración porque la fecha de caducidad está próxima, o así se considera. Esto obliga a poder en plazos inferiores al mes natural, tener que asumir el trabajo que supone el examen del expediente y otras tareas, además de la redacción de las alegaciones necesarias, lo que supone un esfuerzo muy grande, básicamente el procedimiento administrativo ha reservado un mes a la defensa y el resto de meses -claramente superiores a 20 meses en la mayoría de los expedientes- y sin contar la información reservada, a disposición de la administración.

La cuestión surge cuando se facilita a las empresas imputadas para dar esos datos públicos, plazos que superan el que se facilita a esas mismas empresas para el trabajo anteriormente descrito. Y de todos es conocida la desazón que producen en el ser humano esos contrastes⁹⁵, que se incrementa en el ejercicio profesional del derecho cuando se trata de procedimientos sancionadores.

⁹⁴ Si bien en experiencia directa del autor la denegación de prórroga para alegaciones no se refleja en todas las resoluciones sirvan las siguientes en las que se menciona, [Seguro decenal](#) (S/0037/08) en páginas 42 in fine, 43 y 44, mientras que en los AAHH 15 y 18 se dan ampliaciones en plazos que comportan suspensión; [Contratos de permanencia](#) (S/0422/12) página 117; más recientes [Mensajería y paquetería](#) (S/DC/0578/16) AH 15 para los que no tuvieran domicilio fuera de España; o en [ANELE](#) (S/DC/0594/16) en AH 16 se deniega el aumento de plazo para alegar a la propuesta de resolución, mientras en el AH 19 se da más plazo para aportar el volumen de negocios cuando la caducidad del procedimiento se halla en suspenso. Sí se encuentra reflejada la situación en una decena de resoluciones de la CNMC a recursos entre los que se puede mencionar el caso [Transitarios 4](#) de 2009 u otros derivados de resoluciones mencionadas como [Complejo San Cristóbal](#), [Rocal Automoción](#), [Acevas](#) o [Baigorri](#) de 2014.

⁹⁵ Un contraste muy significativo es por ejemplo la resolución de concesionarios de [Audi/Seat/Volkswagen](#) (S/0471/13), en la que el procedimiento fue prorrogado, por tres meses, en virtud del artículo 37.4 de la LDC y que supuso una duración de casi 21 meses, más otros 5 meses de información previa antes de la incoación. De todo ese procedimiento las imputadas solo dispusieron de poco más de 1 mes para hacer alegaciones, el resto fueron exclusivamente para la administración. Y ese expediente se inició por una solicitud de inmunidad, lo que debía haber facilitado la tarea del procedimiento sancionador, en cambio la instrucción duró 17 meses, en lugar de los 12 previstos en el RDC. Esto puede conducir a dudar de la igualdad de armas en un proceso sancionador. De hecho la duración de la suspensión para solicitar el volumen de negocios fue ampliada y superó al período de alegaciones computados individualmente, si bien esos fueron dos.

V. RECAPITULACIÓN



El gráfico que refleja lo ocurrido con las suspensiones del procedimiento sobre la base del artículo 37.1.a) no es que el cabía esperar, puesto que como se ha indicado debido a los cambios operados por la ley 39/2015, y por la jurisprudencia, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, parecería que la CNMC debiera disponer del dato de la facturación por lo menos antes de emitir el informe propuesta, esto es antes de elevar el expediente al Consejo para su resolución. Menos aún debido a los altísimos porcentajes de los dos últimos años.

Por ello, en primer lugar conviene observar que sí existe un interés claro nomofiláctico, puesto que el uso del artículo 37.1.a) de la LDC para solicitar el volumen de negocios de las imputadas y futuras sancionadas es habitual.

De hecho, a la vista del gráfico es de uso común y corriente, en la gran mayoría de los casos en los últimos años por la CNMC con un uso promedio en los últimos cuatro años cercano al 90% de los expedientes tramitados.

El gráfico muestra que la autoridad, hasta 2013 la CNC, y a partir de septiembre de ese año la CNMC, no lo usa en el inicio de su mandato, pero según el mismo avanza se incrementa su uso de forma significativa.

En 2015, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, reiteradamente mencionada supuso un cambio en los elementos para calcular y establecer el monto de la sanción, precisando para ello conocer la facturación, volumen de negocios, de la empresa a sancionar del ejercicio inmediatamente anterior.

Ese mismo año en octubre se publicó la ley 39/2015, que exigía llevar a cabo un cambio en cuanto entrase en vigor, al cabo de un año, y para los expedientes que se iniciasen tras la misma. Ese cambio suponía que en la fase de instrucción se debía proponer una cuantía de la sanción para que las imputadas pudieran realizar alegaciones útiles. En mayo de 2018 la CNMC reconoció ese cambio, lo que suponía disponer de esa información, y confirmar la indispensabilidad de la misma.

Otro cambio, si bien menor, que será significativo en el cómputo de los plazos es el hecho que por el efecto de la referida ley 39/2015 los sábados son considerados festivos, lo que supone un aumento en los cálculos de días naturales fijados por la LDC en días hábiles, entre otros en los que se concedan en las suspensiones. La consecuencia es que los días hábiles por cada semana ordinaria pasan de seis a cinco.

Se ha realizado un examen detallado de la información que se solicita en ese trámite para el que se aplica la suspensión prevista en el artículo 37.1.a) de manera detallada desde la promulgación y entrada en vigor de la LDC.

La información disponible, mediante las resoluciones públicas de la CNMC, y en su momento de la CNC, muestran que el uso varía, si bien en el momento actual es muy alto, como indicado. La información que se solicita ha sido no sólo la facturación del ejercicio anterior, como indica la ley y la jurisprudencia, sino que en varios momentos ha incluido otras cuestiones relacionadas con la facturación. Si bien hay que decir que en los últimos años, salvo en contadas excepciones se ha requerido información solo relativa a la facturación total del ejercicio anterior.

Esa información la propia CNMC ha dejado claro que es pública, por lo que no goza en ningún caso de confidencialidad. E incluso de manera más detallada indica en algunas ocasiones que la misma se halla disponible en el Registro Mercantil.

En diversas resoluciones la CNMC ha solicitado el volumen de negocios o "la mejor estimación posible"⁹⁶, sin duda con el propósito de disponer de una cifra que facilitada por la empresa imputada le permita realizar los cálculos en esas fechas en que no pudiera estar disponible la información por el inicio de un nuevo ejercicio. Esta actuación debe poder permitir a la CNMC disponer de dicha información de manera casi inmediata incluso en esos breves momentos en que no se halla disponible la información oficial.

Los períodos de suspensión que se derivan de ese trámite son significativos, siendo la cifra más baja en la aplicación realizada por la CNMC de la LDC de 13 días naturales, si bien la media es de 19,51 días naturales a pesar de lo anteriormente indicado. Tan es así que en ocasiones excede, y en otras es muy cercano, el tiempo para ese trámite al de alegaciones, que tiene un plazo mínimo legal tasado de 15 días, que puede ser prorrogado, si bien escasamente se acuerdan tales prórrogas. Esos 15 días hábiles con la normativa actual representan unos 21 días naturales, esto es no son sino 2 días más que para el trámite de aportar una información pública.

El momento en el que el Consejo de la CNMC solicita esa información y acuerda la suspensión tiende a situarse mucho más cerca del final del mismo, que del inicio, sin que aparezca o se facilite explicación que lo razone o motive. Tras la obtención de dicha información la resolución se produce en períodos tan cortos que el más habitual es 12 días, seguido del de 1 día, y el valor que representa la mediana se sitúa en 23 días desde el levantamiento de la suspensión.

Cierto es que la CNMC ha empezado a acumular, si bien todavía no es muy significativo, la suspensión relativa al volumen de negocios, sobre la base del artículo 37.1.a) a otras causas de suspensión, siendo la más habitual la del artículo 37.2, y en algún supuesto al artículo 37.1.f). Incluso en algún caso se han acumulado tres causas de suspensión.

Esta es la descripción fáctica de la aplicación del artículo 37.1.a) para solicitar el volumen de negocios que prevé la LDC, artículo 63, como ha confirmado la propia

⁹⁶ Resoluciones en los asuntos [Concesionarios Toyota](#) (S/0486/13) AH 19; [Concesionarios Land Rover](#) (S/0487/13) AH 12; [Concesionarios Hyundai](#) (S/0488/13) AH 15; [Concesionarios Opel](#) (S/0489/13) AH 17; [Turrón](#) (S/DC/0503/14) AH 58; [AERC](#) (S/DC/0518/14) AH 16; [AIO](#) (S/DC/0504/14) AH 21; y [Cementos](#) (S/DC/0525/14) AH 18.

jurisprudencia del Tribunal Supremo, y debe por ello permitir disponer de una visión de conjunto más allá de la realidad y el detalle de cada caso sometido al recurso de casación.

El Tribunal Supremo consideró que puede tener dos avenidas principales posibles, una primera vincular la situación que subyace en los asuntos admitidos en los autos a la jurisprudencia iniciada el 26 de julio de 2016, y especificar cuándo se considera que existe infracción al artículo 6.4 del Código Civil, esto estamos ante "suspensiones del trámite ficticias". Y otra que podría conducir a buscar un camino algo más sencillo y pragmático, como lo que intentó la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, al establecer el límite para suspender el procedimiento en el "dies ad quem" original y establecer una diferencia entre actividades ordinarias, que debieran tener lugar en ese plazo de 18 meses establecido por el artículo 36 de la LDC, y las extraordinarias.

Claramente el tribunal *a quo*, la Audiencia Nacional, en los recientes *obiter dicta* mencionados en el apartado 2 y reflejados en el pie de página 17 solicita una regla clara y, a ser posible, sencilla para aplicar la caducidad. Lo que seguramente coincide con la solicitud que harían los particulares sujetos a esos procedimientos administrativos sancionadores.

La conclusión a este artículo será la mejor posible, las sentencias del Tribunal Supremo que ilustrarán sobre la cuestión de utilizar el artículo 37.1.a) de la LDC para obtener el volumen de negocios de las empresas en el ejercicio anterior a la resolución de las imputadas y que se pretende sancionar por la CNMC.

* **Complemento artículo CADUCIDAD SUSPENDIDA**

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2020

Durante el proceso de publicación de este artículo el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en al menos uno de los casos cuyo recurso de casación se había admitido ante el Tribunal Supremo para abordar el tema de la suspensión del plazo de caducidad en los procedimientos sancionadores de derecho de la competencia, mediante una primera sentencia de 6 de julio de 2020 ECLI:ES:TS:2020:2477, (RCA 3721/2019), ponente Don Diego Córdoba Castroverde, y ha establecido las bases para considerar cuándo se puede esgrimir la caducidad en situaciones como la analizada en el artículo, lo que me permite incluirlo como una adición al mismo, sin modificarlo.

Esa sentencia y las otras que se deben adoptar debían conformar la conclusión del artículo, con lo que es posible empezar a esbozar la misma, a falta de que se adopten y/o publiquen las demás sentencias.

Si la lectura de la sentencia de 6 de julio de 2020 se realiza tras la del artículo pudiera parecer escasa, si bien es necesario señalar que el artículo ha examinado, no el caso que estaba pendiente ante el Tribunal Supremo, sino la situación general de lo ocurrido en las resoluciones adoptadas por la autoridad de competencia, tanto ante la CNMC como ante la CNC, su antecesora. Esto permite entender el que la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo sea distinta, al no contemplar lo que recoge el artículo, puesto que se circunscribe a lo planteado en la casación que resuelve.

En este punto conviene poner de relieve la doctrina jurisprudencial que establece esa sentencia de 6 de julio de 2020 y que se halla en el fundamento de derecho 4º de la sentencia:

“En respuesta a las cuestiones, que según el Auto de admisión, presentan interés casacional, ha de afirmarse que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el art. 37.1.a) de la LDC ("Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios..."), procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.”

Convendrá por tanto a la luz de esa sentencia indicar los distintos elementos que pueden permitir considerar, o en su ausencia no considerar, que la administración se haya extralimitado de lo que prevé la norma de procedimiento en la LDC para suspender el plazo de caducidad.

2. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2020

Me alegro en primer lugar del buen funcionamiento del procedimiento de casación instaurado por la LO 7/2015, pues como puede verse en un plazo escasamente superior a un año tras la sentencia de instancia se obtiene una resolución jurisdiccional con unos criterios claros y que puede ser aplicada. Es sin duda un éxito del procedimiento y atribuible a una buena decisión del legislador y una mejor aplicación jurisdiccional.

Al haber analizado el autor las resoluciones en las que la autoridad de competencia, CNC y CNMC, ha aplicado el artículo 37.1 de la LDC para suspender el plazo de caducidad al solicitar el volumen de negocios de las empresas imputadas, no puede hallarse completamente satisfecho con la sentencia, si bien se debe principalmente porque la sentencia contempla sólo los hechos que se presentan en casación, mientras que el artículo ha examinado lo ocurrido en todas las resoluciones sancionadoras de la LDC. El análisis completo de las actuaciones en que se ha aplicado el artículo 37.1.a de la LDC para solicitar el volumen de negocios pudiera conducir a alcanzar una conclusión distinta. Siquiera sea porque el referido examen aporta elementos en primer lugar distintos, y por otra porque el resultado de ese análisis son sin duda elementos adicionales que indican que esas actuaciones pueden considerarse como dirigidas a buscar una ampliación del plazo de caducidad establecido por la LDC.

Por otro lado, debo manifestar que la ausencia en la sentencia del análisis de un tema fundamental a mi entender, que se trata de un procedimiento sancionador y que por tanto merece de unas garantías especiales, tanto si la LDC lo menciona como si no lo hace, me causa cierta inquietud. Esto es el valor que supone la caducidad en ese tipo de procedimiento, o expresado de otra manera más genérica la omisión del análisis del principio de celeridad.

Alguien puede pensar que un simple retraso no debe conllevar una anulación, pero cuando ese retraso supone alargar un procedimiento sancionador, que ya de por sí es muy largo, mucho más que la gran mayoría de procedimientos sancionadores debe permitir entender esa inquietud. Procedimiento que además se puede ver alargado por actuaciones previas, en ese caso hay que indicar que ese procedimiento sancionador es la continuación de un procedimiento iniciado, en ese caso concreto resultado de una

solicitud de inmunidad que de alguna manera permite iniciar esa actuación previa, al menos cuatro meses antes de la incoación del expediente administrativo sancionador⁹⁷. Actuaciones previas que la doctrina del Tribunal Supremo ha determinado no deben computar a efectos de caducidad, porque la ley no lo prevé al no señalar plazo alguno, -conviniendo señalar que se pueden encontrar casos en los que esos procedimientos previos exceden de la duración del expediente sancionador, establecida en 18 meses-, a los que se añade ese referido plazo de 18 meses, así como otras suspensiones de plazo previstas en el artículo 37.1 de la LDC, lo que conlleva un exceso muy significativo del procedimiento y deja en una mera referencia teórica el referido plazo legal de 18 meses.

2.1 La suspensión debe dirigirse a obtener una información necesaria

En dicha sentencia se recoge que la propia Abogacía del Estado propugna tal y como recoge el penúltimo párrafo del antecedente de hecho cuarto:

“Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguientes suspensiones no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes, sino que, cuando se reclamen, lo sean con una finalidad no defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación en cada caso de las circunstancias concurrente y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo. El simple dato de que se trate de documentos que pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar la adecuación a derecho de los requerimientos y consiguiente suspensión. El voto particular estimó que, aunque no existe duda de que resultaba necesaria la incorporación al expediente de los datos recabados sobre la cifra de negocio investigada durante el año 2014, era un dato que pudo y debió solicitarse a lo largo de la instrucción ordinaria del procedimiento y no lo está cuando el procedimiento está concluido con suspensión del plazo de tramitación.”

Como se ve la Abogacía del Estado contesta que la simple solicitud de esa información necesaria, o indispensable, en ese procedimiento como base de suspensión no deba equipararse a una finalidad defraudatoria por alargar el plazo del procedimiento, sólo porque pudo solicitarse antes, si bien evita indicar si debió solicitarse con anterioridad. Pero le conduce a admitir que puede darse esa finalidad defraudatoria si hubiera otros elementos.

En la línea anterior, la sentencia del Tribunal Supremo comentada recoge dicho argumento esgrimido por la administración y añade un párrafo importante, trascendental, los tres últimos párrafos del Fundamento Jurídico segundo que se transcriben:

“Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que **la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.**

⁹⁷ El inicio del expediente del que trae causa la resolución de la CNMC recurrida se inició cuatro meses antes de la incoación, esto es el 30 de abril de 2013, según recoge el antecedente de hecho 2 de la resolución, esto supone que desde ese inicio real, antes de la incoación, hasta la resolución transcurrieron casi 25 meses.

Este Tribunal STS nº 650/2018, de 23 de abril de 2018 (rec. 608/2016) ha rechazado las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente". **Pero, en este caso, no existen elementos suficientes que permitan sostener que la información solicitada y la consiguiente suspensión acordada, fuese fraudulenta, por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.**

La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima. A tal efecto, resulta relevante destacar que la Administración ya había solicitado antes y dentro del plazo ordinario de resolución la información relativa al volumen de ventas de las empresas implicadas correspondiente al ejercicio 2013, en la creencia de que la resolución se dictaría en el 2014, pero la prolongación de la fase de instrucción hasta el 29 de diciembre de 2014, debido a la progresiva complejidad de la causa y el número de empresas implicadas, conllevó que la resolución sancionadora se dictaría en el 2015, por lo que el volumen de negocios de dichas empresas correspondiente al 2013 ya no era relevante para imponer la sanción y se necesitaba la información correspondiente al ejercicio 2014. Es cierto que entre el 29 de diciembre de 2014 y el 6 de abril de 2015 se pudo solicitar dicha información, pero ese mero retraso no convierte esta solicitud en fraudulenta". (Subrayado propio)

La conclusión es que la información debe ser necesaria, por lo que la innecesaria no permite esa suspensión expresada en la LDC, y tampoco deben concurrir otros elementos fácticos que permitan concluir que la Administración haya provocado la suspensión "de forma artificial" tal suspensión sí deberá considerarse fraudulenta. Es por ello que conviene examinar si esos elementos fácticos adicionales se hallan en las resoluciones que se recurran, y para ello cabrá alegar no sólo las actuaciones en la resolución, sino la sistemática en esas suspensiones que se ha analizado en el artículo.

Un comentario necesario en relación con el apartado 4.2 del artículo en el que se aborda si el volumen de negocios es un elemento de juicio o simplemente determinante de la sanción, ha sido zanjado con una referencia directa y clara a la letra de la ley, art. 37 de la LDC y es que sea "necesario". La sentencia comentada da respuesta y se centra en esa necesidad para determinar la corrección de la situación sometida a casación.

En relación con la información necesaria solicitada, la cuestión se plantea si junto con dicha información se solicita o reclaman información innecesaria, esto es información que no es útil, ni necesaria, para la adopción de la resolución. Debe considerarse que esa solicitud extra no tiene relevancia, o que por el contrario supone que constituya por ello un indicio de que la suspensión se ha provocado de "forma artificial", o incluso debiera considerarse como un elemento más que suficiente para establecer lo artificioso de esa solicitud.

Tal como recoge el AH 3º de la sentencia en su segundo apartado la CNMC no sólo solicitó el volumen de negocios de 2014 que era necesario, sino que solicitó información que no se había aportado con anterioridad, aspecto que aborda el apartado 4.6. del artículo y que plantea la cuestión de si debe ese punto considerarse como un indicio en si

mismo, o sólo cabe hacerlo cuando como por ejemplo en la resolución mencionada en el pie de página 76 sirve la solicitud de información adicional para justificar una ampliación de ese plazo.

La cuestión es si esa manera de solicitar no sería una muestra de la intencionalidad distinta de solicitar una información necesaria para resolver, porque esa información adicional no se usa en el proceso sancionador, véase a tal fin la resolución de la CNMC de este asunto, y en particular páginas 141 a 163.

También cabría examinar lo indicado en el párrafo octavo del AH 3º en la medida que la CNMC solicitaba información relativa a otras cuestiones, pero no la "necesaria" para resolver, lo que muestra una actuación incoherente y una reserva para solicitar esa "información necesaria" en un momento posterior para poder aplicar la suspensión prevista en el artículo 37.1.a de la LDC.

Cumple señalar que la Abogacía del Estado según recoge la sentencia no se pronuncia sobre ese extremo, puesto que tan obvio es que una información era necesaria, como que la otra era innecesaria. Queda atribuir el significado de ese silencio u omisión.

2.2 Carácter fraudulento

La sentencia de 23 de abril de 2018, mencionada en el FD 2º de la sentencia comentada, indica que puede existir un carácter fraudulento, si bien es preciso señalar a su vez que dicha sentencia ha recogido lo indicado en las sentencias anteriores del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016, de 7 de noviembre de 2016, y de 28 de noviembre de 2016, por lo que en estos momentos con la sentencia comentada de 6 de julio de 2020 ya hay cinco sentencias que se pronuncian con claridad sobre ese extremo, número que debiera ampliarse con las otras pendientes. Si bien hay que indicar que ninguna de esas sentencias explica o profundiza sobre esa consideración de "fraudulenta".

2.3 Procedimiento ordinario vs extraordinario

La sentencia aborda una cuestión que surge con claridad del voto particular a la sentencia de la Audiencia Nacional: la división del procedimiento en ordinario y extraordinario. En el artículo se menciona en el resumen, por referencia al auto de admisión del Tribunal Supremo, en la cita al voto particular en la página 4, y en la página 38 como una posible conclusión del Tribunal Supremo.

Es evidente que el Tribunal Supremo ha mencionado la referida división para desestimarla y establecer que lo único que cabe considerar extraordinario, como refiere la propia LDC, es la extensión prevista en el artículo 37.4 de la misma.

Mi opinión es que el voto particular no quiso establecer como tal esa división no contemplada, sino que quería recalcar que la solicitud del volumen de negocios para establecer la sanción no debiera realizarse mediante la suspensión del plazo de caducidad porque la administración debía considerarlo como un elemento básico. Esto es, el legislador había previsto ese plazo significativo en el que cabía prever que se obtuviera esa información, sin tener que recurrir a ampliación alguna.

Por ello, ya había atribuido una importancia limitada a la división de procedimiento ordinario/extraordinario mencionándolo en pocas ocasiones aparte de la cita al voto particular. Dicho lo anterior me queda la duda si la sentencia se ajusta a lo que quiso disponer el legislador, porque el simple requisito de que una información o documento sea necesario no debería permitir, cuando el olvido de la instrucción o resolución es patente, permitir alargar precisamente ese procedimiento sancionador. Queda también indicar si esa posibilidad se ajusta o no a los principios del derecho sancionador.

3. INDICIOS SOBRE LOS QUE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE JULIO DE 2020 PARECE NO PRONUNCIARSE

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2020 establece que "el mero retraso" no es suficiente, con independencia de que se pueda colegir, si de los datos de la praxis de la autoridad se desprendiera que no se trata de "meros retrasos", sino que esos se producen en los casos que van muy al límite del plazo de caducidad debiera reconsiderarse el mero retraso.

3.1 Información innecesaria

Hay que examinar otros elementos que se hallan presente en ese asunto para probar si hubo o no una intención fraudulenta, como ya se ha adelantado la sentencia no se pronuncia sobre el hecho que la solicitud que dio lugar a la suspensión no fue sólo para obtener el volumen de negocios de 2014. Esto puede ser una indicación que la propia CNMC no confiaba en que esa solicitud de información necesaria fuera suficiente y pide una información que por los plazos que dispone ya debía saber que no iba a utilizar, véase Antecedente de Hecho 3º, 2º párrafo de la sentencia.

De la lectura de las páginas 141 a 162 de la resolución recurrida se constata la ausencia de mención a esa información adicional que se solicitaba, lo que prueba que no se usó esa información. Por lo que esa información, no era necesaria para resolver.

3.2 ¿Prórroga para la información necesaria o la innecesaria?

Además, se concedió una prórroga -a la vista de las fechas mencionadas en la Resolución, apartado 49 de los antecedentes de hecho- pues la información se solicitó un 16 de abril de 2015, con un plazo ordinario de 10 días, por lo que debió vencer el 28 de abril de 2015, mientras que consta que el levantamiento de la suspensión operó el 5 de mayo de 2015.

Esta diferencia de fechas indica que debió existir una prórroga para facilitar esa información, mientras que en cambio y como consta en la sentencia comentada, no se otorgó prórroga alguna a las partes para las alegaciones a los trámites a pesar de tratarse de un expediente complejo. El impacto de esa prórroga en la fecha de caducidad del expediente pudo ser relevante dado que la resolución se adoptó el 28 de mayo de 2015 y la caducidad se había establecido para el 12 de junio: esto es, sin la extensión hubiera supuesto al menos unos 6 días menos, y si bien no constan las fechas de notificación que son las relevantes a efectos de notificación, ese proceso de notificación pudo suponer entre unos 7 o 10 días, por lo que la prórroga pudo impactar significativamente en la caducidad del expediente.

3.3 ¿Olvido?

Por otro lado, señalar que el plazo se extendió sobre la base de lo extraordinario, el artículo 37.4 de la LDC, pero pareció existir un olvido de lo ordinario, pues no se solicitó en aquel momento el volumen de negocios que era necesario. Pudo ser un "olvido" ese retraso. Lo que plantea en primer lugar ver si hay elementos que confirmen que fuera un simple "olvido", y en segundo lugar resolver si, aunque fuera un simple "olvido" ese retraso no es admisible en un expediente sancionador con un plazo.

Por lo que indica el antecedente de hecho 3º párrafo 8º no tiene aspecto de "olvido" al menos ordinario porque la CNMC seguía persiguiendo obtener información en diciembre de 2014, cuando era claro que no iba a ser resuelto el asunto en ese ejercicio en relación con el volumen de negocios de 2013, en lugar de solicitar, como se hizo en este y otros

asuntos como recoge el artículo en el apartado 4.10, página 34 “su mejor estimación posible” para 2014. Este extremo alegado por la recurrente, antecedente de hecho 3º, párrafo octavo, se recoge en el apartado 42 de los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, que indica que la recurrente remitió a la CNMC el 19 de diciembre de 2014 la información requerida. Sin duda, en ese momento e incluso con anterioridad, la propia CNMC debía saber que era imposible la adopción de la resolución en 2014 en el momento de solicitar la información y otorgar un plazo para su aportación. Algunas otras empresas sancionadas contestaron incluso en enero de 2015.

3.4 Mejor estimación posible

No aborda al no haberse planteado el que la CNC y la CNMC en esas situaciones han solicitado en fechas de inicio del siguiente año la “mejor estimación posible”, véase apartado 4.10 del artículo, puesto que como indica el Fundamento de Derecho 2º, ese dato era necesario para dar cumplimiento al artículo 63.1.c de la LDC eso es corroborar que no se excede el límite del 10%, el dintel al que se refiere la jurisprudencia de la sentencia de 29 de enero de 2015, reiteradamente mencionada. Si bien esa comprobación como se pone de manifiesto en el indicado apartado 4.10 del artículo, en el sistema métrico decimal es muy rápida y sencilla y aún con un número muy importante de imputadas y sancionadas no podía demorarse mucho, escasamente unas horas.

Cierto es que en la resolución recurrida no aparece el que se solicitase esa “mejor estimación posible”, que en cambio sí recoge el voto particular de la sentencia de la Audiencia Nacional en su apartado 27. Extremo al que el artículo se refiere de manera específica en el reiterado apartado 4.10 del artículo.

3.5 Diferencia de tratamiento

La sentencia de 6 de julio de 2020 no aborda una cuestión que efectivamente plantea el asunto y trata el voto particular que la acompaña, y es qué ocurre cuando la administración cambia de parecer, esto es considera que no es complejo el asunto cuando se trata de una pequeña ampliación, una semana, para realizar alegaciones, mientras que sí lo considera complejo para alargar el procedimiento tres meses. Claramente indica una actuación interesada y que cuando es a favor no cuenta y que cuando es en contra sí, o a la inversa. Esa es una cuestión que se plantea en el apartado 4.11 del artículo y que merece ser reexaminada debidamente porque quizás sea un elemento de prueba de la actuación de la administración en relación con los plazos, esto es cuando el plazo se suspende, no hay ningún problema para dar las prórrogas que se quieran, el viento va a favor, pero si no hay suspensión no se concede prórroga alguna, pues el viento sopla en contra. Lo absurdo es que haya un mayor plazo para aportar el volumen de negocios, un dato cierto y contrastable, que para realizar alegaciones a un tema complejo.

3.6 Caducidad y principio de celeridad

Ni la referencia a la caducidad, ni la importancia de la misma en un procedimiento sancionador figura de manera suficientemente clara en la sentencia. Como tampoco, el principio de celeridad no se ve mencionado por ningún lado, y posiblemente debiera haberse considerado sobre todo tratándose de un procedimiento sancionador. Efectivamente, el error de la administración beneficia al posible sancionado.

3.7 Suspensión tras alargar el procedimiento mediante artículo 37.4 LDC

Un elemento para mí de gran importancia y que echo en falta es analizar el hecho que la CNMC tras considerar necesario en virtud del artículo 37.4 de la LDC ampliar el plazo máximo procede a suspender ese plazo para solicitar, cuando había transcurrido ya más de tres cuartas partes de la referida ampliación de plazo extraordinaria, el volumen de negocios. ¿No debiera eso ser un indicio? Pues si la administración consideró necesario aplicar el artículo 37.4 de la LDC y ampliar el plazo tres meses más por la complejidad del asunto, ¿no hubiera debido percatarse de que no disponía de ese dato fundamental en el momento de acordar esa extensión de plazo? No tengo claro si cabría calificar esta actuación como "otro olvido" o ¿Quizás es un claro indicio de la finalidad de esa suspensión?

Esa actuación extraordinaria de utilizar el referido artículo 37.4 de la LDC hubiera debido conllevar un ejercicio de análisis por la propia administración de qué actuaciones eran necesarias para adoptar la resolución sin otras demoras ni ampliaciones de plazo.

La falta de análisis de ese elemento me parece de una gran importancia, pues de lo contrario se da una latitud que no encaja con los elementos de un procedimiento sancionador.

4. ¿OTROS ELEMENTOS QUE PUDIERA FUNDAR EL CARÁCTER FRAUDULENTO?

Debe indicarse de inicio como se recoge en el artículo, apartado 4.3., pg. 19 que no siempre se precisa suspensión para solicitar el volumen de negocios en el procedimiento sancionador previsto en la LDC. Ahí reside en cierta manera el planteamiento de lo ordinario y lo extraordinario que entiendo, si bien es difícil expresarlo de esa manera.

Una buena gestión de los plazos por el órgano de competencia no le debiera conducir a utilizar el artículo 37.1 de la LDC, suspendiendo el plazo del procedimiento, para obtener el volumen de negocios del último ejercicio.

Corresponde examinar algunos supuestos que puedan considerarse indicios a los efectos de determinar el uso fraudulento de la suspensión del procedimiento por la vía de solicitar el volumen de negocios para la imposición de la sanción. No pretendo realizar una exposición exhaustiva de posibles indicios o motivos para determinar el carácter fraudulento, pero sí mostrar algunos que considero pueden ser relevantes tras haber examinado la praxis de la autoridad de competencia española.

4.1 ¿Uso o abuso?

Además, es evidente que el Tribunal Supremo no tenía ante sí los datos del apartado 4.4. del artículo, que muestran un uso cuanto menos "curioso" de la suspensión pues suele producirse al final del período de los 18 meses. En algunos casos tras levantar la suspensión se adopta la resolución con una diferencia de un día. La moda estadística es de 12 días, la mediana de 23 y la media de 31, esto es un mes.

Curiosamente y contra lo que cabía esperar el uso tardío de ese instrumento ha ido en aumento en lugar de decrecer con una mayor experiencia en la gestión de ese procedimiento sancionador. ¿Es esa actuación justificable?

4.2 Instrucción y resolución

Quizás como un punto adicional cabe establecer una correlación entre el incremento de ese instrumento de suspensión con el hecho que la instrucción de un expediente exceda

el plazo asignado, que no conlleva caducidad, de 12 meses, lo que indicaría la existencia de un motivo distinto de la necesidad de contar con ese dato para resolver el expediente.

Un posible elemento de los que requiere la sentencia comentada a considerar se podría establecer sobre la base del apartado 4.5. del artículo en relación con el cómputo del plazo para resolver el expediente al inicio de fase de resolución, ver lo alegado en productores de automóviles, recogido en la página 23, que con un mes el Consejo no dispondría de tiempo para adoptar una resolución, se obvia que de manera imparcial. Es decir, no dispuso de tiempo para reflexionar.

Me asaltan muchas dudas, pues si bien no tengo en poco valor mi capacidad de trabajo veo difícil que pudiera estudiar, analizar un expediente del volumen que se indica que tenía el examinado por la casación y poder adoptar una decisión actuando como un órgano administrativo de resolución, y más aún cuando aspirase a ser un órgano jurisdiccional, al menos en el sentido del artículo 267 del TFUE. Mi baremo de comparación y creo que es válido es el tiempo de trabajo que debe invertirse en preparar un recurso contencioso, que exige ese examen detallado, y que supera ampliamente los dos meses que prevé la norma procesal para recurrir las resoluciones, y no escatimando horas de dedicación profesional. Veo difícil por no decir imposible que pueda realizar un análisis imparcial para adoptar una decisión en ese plazo inferior a dos meses. A mayor abundancia, el legislador asignó, al menos con carácter orientativo, un plazo de seis meses, artículo 28 RDC.

4.3 Información adicional

Otro posible elemento a considerar, al que ya nos hemos referido, sería el de solicitar información adicional al volumen de negocios, apartado 4.6. del artículo, página 25, pie de página 75 -entre los que se hallaba como indicado el asunto en casación en la sentencia comentada. O quizás más claro aún el caso mencionado en la misma página 25 del artículo, pie de página 76, en el que se solicita información no relevante con suspensión, siendo esa solicitud adicional y no la relativa al volumen de negocios de ejercicio anterior la que funda una extensión del plazo de contestación.

Así como también se podría plantear como el tratado en el apartado 4.7. del artículo casos de doble solicitud con suspensión del volumen de negocios, con escasa justificación para la reiteración, y en cuyo caso claramente encubriría una extensión injustificada del plazo del expediente para evitar la caducidad.

4.4 La comunicación del artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003

Un número de casos significativos pueden encajar en lo descrito en el apartado 4.8. del artículo, página 27 y siguientes, esto es el impacto de la comunicación a la Comisión europea prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, y en los artículos 37.2.c y 51.5 de la LDC. Extremo relevante porque si bien hay una casuística diversa y en virtud del principio de celeridad que abordaré a continuación se debiera acumular como mínimo, y de hecho se hace como se pone de manifiesto en el artículo, hay bastantes casos en los que la solicitud del volumen de negocios se produce con posterioridad a la comunicación a la Comisión Europea, lo que parece no hallarse en consonancia ni con la norma comunitaria, ni con el artículo 51.5 de la LDC. Lo que puede suponer un elemento de que la finalidad no es la obtención de la información, sino obtener tiempo para no incurrir en caducidad.

La razón es doble, por un lado, porque en ese momento el Consejo ya considera que puede imponerse una sanción a las empresas imputadas, y por eso lo comunica a la Comisión Europea, si bien puede no imponerla, pero sería raro que no impusiera ninguna.

Por otro lado, de la lectura de la propia LDC, en su artículo 51.5 refleja que dicha comunicación a la Comisión Europea se halla al final de procedimiento administrativo. De ahí, el hecho que el plazo de suspensión esté tasado por la LDC, de acuerdo con lo que dispone el referido artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, y que no sería necesario si se debieran adoptar otras gestiones administrativas, puesto que el plazo del referido artículo 11.4 del reglamento comunitario se cumpliría por otras razones.

4.5 Tras el depósito de las cuentas anuales

Cabe considerar que debe calificarse como extraño o sorprendente el que se solicite con suspensión del plazo de caducidad una vez las cuentas anuales han sido depositadas, y por lo tanto esa información dado que es un dato relevante a efectos de las mismas se halla disponible fácilmente y no debiera acudir a la suspensión para obtenerlo, una simple solicitud dentro el plazo ordinario de caducidad debiera ser suficiente.

4.6 La consideración de la caducidad

Posiblemente, en algún momento y fundado sobre principios generales aplicables a los procedimientos sancionadores, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Carta Europea de Derechos Fundamentales, así como en nuestros principios constitucionales es posible que se considere como primordial la protección de los plazos de caducidad y que se exija una interpretación restrictiva de los casos de suspensión del plazo de caducidad.

4.7 El principio de celeridad

También sería posible evaluar, y este con carácter general, el indicado en el apartado 4.9 del artículo, relativo al principio de celeridad recogido en el artículo 72 de la ley 30/1992, y 77 de la ley 39/2015. Ese principio debiera ser un elemento adicional a considerar a efectos de determinar si se está evitando la caducidad del expediente.

Prueba de lo anterior, es el contraste entre dos resoluciones de la misma fecha 26 de julio de 2018, Estibadores de Vigo y Licitaciones de Aplicaciones Informáticas, en la primera se acumula y aplica el artículo 77 ley 39/2015, mientras que en la segunda no. La única diferencia real, lo ajustado del plazo en el segundo expediente en relación con el primero.

El artículo recoge en el apartado 4.10, página 33, las cuestiones que indirectamente parece evocar la Abogacía del Estado, como indica el párrafo 16 y último del antecedente de hecho 4º de la sentencia comentada. La solución a esa situación de fin de ejercicio la ha dado la propia administración proponiendo que se facilite la "mejor estimación" del volumen de negocios. Resulta curioso que existiendo una solución dada por la administración se insista en solicitar la información por la vía de la suspensión.

Se podría considerar también un elemento de los que solicita la sentencia comentada el hecho que la información que solicita la CNMC ya fuera pública o pudiera obtenerse en un plazo más breve del concedido, por ejemplo, por haberse ya formulado las cuentas anuales, o incluso publicado las mismas en registros públicos, bien la CNMV o el Registro Mercantil.

4.8 Sanción no alcanzaría el dintel del artículo 63.1 de la LDC

Podría considerarse también la situación que por la cuantía de la sanción que se vaya a imponer no parezca que se vaya a alcanzar el dintel establecido en el artículo 63.1.a), b) o c) de la LDC, según corresponda, carezca de sentido el requerir una suspensión para solicitar el volumen de negocios.

4.9 Desigualdad de trato

Por último, apuntar como hace el voto particular de la sentencia comentada y se ha realizado ya en ese comentario, y se recoge en el apartado 4.11 del artículo, bajo el epígrafe de contrastes lógicos?, página 35 pie de páginas 96 y 97, la situación extraordinaria que deriva en que se disponga de mayor plazo para facilitar un dato cierto y público como el volumen de negocios frente a unas alegaciones que acarrear normalmente una mayor complejidad.

La brevedad del voto particular es notable, pues coincidiendo en el análisis jurídico y que fija la jurisprudencia, en el mismo se recoge esa actuación claramente incoherente y que debiera indicar una finalidad anómala pues se considera complejo y que el proceso necesita un mayor plazo cuando conviene a la administración y en cambio no se alcanza idéntica conclusión cuando quién precisa el plazo debida a esa complejidad ese el administrado.

5. CONCLUSIÓN

La referida sentencia de 6 de julio de 2020 nos deja con una doctrina clara, si bien escasa, en relación con la suspensión del plazo sobre la base del artículo 37.1 de la LDC. En la medida que la información solicitada o documento solicitado sean necesarios para la resolución del expediente la administración puede suspender el procedimiento según la previsión legal.

Se requieren elementos distintos de la simple demora en realizar dicha solicitud para considerar que hay una base para establecer el carácter fraudulento de dicha extensión del plazo. Hay que coincidir en ese análisis, si bien como hace el voto particular es necesario examinar si hay elementos que permitan establecer dicho carácter en el asunto.

En este punto la sentencia sólo indica un elemento, el retraso, que no considera como tal o cuanto menos suficiente, esto es que puede ser complementado con otro u otros elementos que indiquen esa voluntad fraudulenta.

Queda por tanto para resolver qué otros indicios o pruebas pueden considerarse suficientes para establecer el carácter fraudulento de la suspensión de un procedimiento sancionador. Pensando en otra dirección, cabrá ver si sería posible sobre la base de esa jurisprudencia que la autoridad de competencia en sede de resolución y ante la ausencia de pruebas suficientes pudiera solicitar que se realicen y sobre la base de la necesidad para resolver pudiera incluso suspender la caducidad. Parece algo fuera de lo ordinario, y más en un procedimiento sancionador que tiene una fase de instrucción y otra de resolución y por lo tanto deberá ser considerado detenidamente si fuera posible, o si eso es una prueba de la limitación de lo que cabe solicitar al amparo del artículo 37.1 a) de la LDC.

Considero que había elementos en el propio asunto sometido a casación para determinar el carácter fraudulento de la suspensión, y sobre todo por lo señalado en el voto particular de la referida sentencia casacional. O en su caso desestimar la suficiencia de esos elementos. Por otro lado, como reiterado echo en falta un análisis de la cuestión desde la perspectiva de un procedimiento sancionador y un examen de algunos elementos

que se mencionan en la sentencia, o en el voto particular de la sentencia de la Audiencia Nacional o que se derivan claramente de la resolución recurrida.

Esta sentencia claramente no es el fin, sino que obligará a los tribunales "a quo" y sin duda alguna a la Audiencia Nacional, a pronunciarse sobre la existencia o no de otros motivos en relación con las suspensiones del procedimiento que puedan tener una finalidad distinta y fraudulenta como indica la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo. O incluso a deber responder a algunas cuestiones que si bien se hallaban presentes en los hechos a los que se refiere la sentencia no han sido abordadas de manera clara o directa. Y ver si se considera o no algunos de los elementos mencionados en el artículo u otros como prueba o no de esa finalidad distinta y fraudulenta.

Nos hallamos ante una primera conclusión limitada, por lo que deberemos esperar para ver cómo evoluciona para determinar si existe en algún supuesto esa actuación fraudulenta de la administración de aumentar el plazo de caducidad de los expedientes sancionadores en materia de derecho de la competencia.

A TALE OF TWO BROTHERS AND TWO LEGAL ORDERS: INVESTMENT ARBITRATION AND EU STATE AID LAW¹

La historia de dos hermanos y dos ordenamientos jurídicos: arbitraje de inversión y la normativa europea de ayudas de Estado

Natura GRÀCIA

Partner, Linklaters LLP

Fredrik LÖWHAGEN

Counsel, Linklaters LLP

ABSTRACT

This article deals with the relation between investment arbitration and EU State aid law. Investment arbitration is a mechanism for settling investor-State disputes under an investment treaty. Such treaties offer assurances of regulatory stability that may come into conflict with EU State aid law. However, investment arbitration is regulated by international treaties that do not form part of the EU legal order. This has not prevented the European Commission from vigorously asserting the primacy of Union law, especially in relation to investment arbitration awards between two EU parties. This interaction between two parallel legal orders, with no clear hierarchical relation between them, has given rise to conflicting decisions and jurisdictional claims, with no clear solution in sight.

RESUMEN

Este artículo aborda la relación entre el arbitraje internacional de inversiones y la normativa sobre ayudas de Estado de la UE. El arbitraje de inversiones es un mecanismo ideado para resolver disputas entre un inversor extranjero y un Estado receptor en relación con un tratado de inversión, por medio del cual el Estado ofrece ciertas garantías de estabilidad regulatoria. Tales garantías pueden entrar en conflicto con la normativa europea de ayudas públicas. No obstante, el arbitraje de inversiones se encuentra regulado por tratados internacionales que no forman parte del ordenamiento jurídico europeo, lo cual no ha evitado que la Comisión Europea insista en la primacía del Derecho de la Unión, especialmente en lo que respecta a disputas entre dos partes en la UE. Este solapamiento entre dos ordenamientos jurídicos paralelos, sin una relación jerárquica clara entre ellos, ha dado lugar a decisiones contradictorias y conflictos de competencia; sin que se vislumbre una solución a estos problemas a corto plazo.

Palabras clave: Tratados de inversión, Arbitraje de inversión, Ayudas de Estado, Micula, Asteris, Achmea, Daños, Primacía del Derecho de la Unión, Derecho internacional, Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, Recuperación de ayudas

¹ Las opiniones expresadas en este artículo son personales de los autores. No necesariamente reflejan el punto de vista de Linklaters o de sus clientes.

Keywords: Investment treaties, Investment arbitration, State aid, Micula, Asteris, Achmea, Damages, Primacy of Union law, International law, Recognition and enforcement of arbitral awards, Recovery of aid

I. INTRODUCTION

This article deals with the areas of potential conflict between international arbitration awards and EU State aid law. Under most investment treaties, the host State offers assurances regarding regulatory stability and security to investors from the other contracting State or States. The abrupt withdrawal of an incentive scheme by a State may infringe such assurances and investors may be entitled to claim damages for such regulatory changes. Disputes regarding such rights are resolved by arbitral tribunals. However, the European Commission takes the view that damages that put the investor in the same position as if the withdrawn incentives had been paid fall within the scope of EU State aid law and require approval under this set of rules. But investment treaties and investment arbitration are regulated in international treaties that do not form part of the EU legal order and do not recognise the primacy of Union law. This situation has triggered abundant litigation both within and outside the EU with investors seeking to enforce their rights under international law against a host State which will often argue, with the support of the European Commission, that it is prevented from complying with any award of damages because of its obligations under Union law.

Few have as much first-hand experience of such litigation as brothers Viorel and Ioan Micula. For the past fifteen years, they have been embroiled in a legal dispute, spanning at least 9 jurisdictions, against Romania and the European Commission to enforce the brothers' rights as investors under international law. In June 2019, the EU General Court annulled a European Commission decision in which it had found that the damages awarded to the brothers amounted to illegal State aid; the case is now pending before the EU Court of Justice ("**ECJ**").²

The wave of claims brought against the Spanish government in relation to the dramatic 2013 cutbacks to support offered to renewable energy investments are perhaps better known in Spain and raise equally intricate issues regarding the relationship between investment arbitration and Union law. Many of these claims have been decided and the investors' claims have been upheld in most cases.

We will return to the *Micula* case and the Spanish renewables energy claims throughout this article to illustrate the different problems arising out of the far from peaceful co-existence between these parallel legal orders.

Section II of this article contains an introduction to investment treaties and investment arbitration. In this section we also comment on the ECJ's ruling in the *Achmea* case about arbitration as a mechanism for settling investor-State disputes regarding investment treaties among EU Member States.³ In Section III, we turn to EU State aid law and discuss the possibility of classifying damages awarded by an arbitral tribunal as State aid under Union law. The leading EU precedent (*Asteris*) indicates that damages normally do not amount to State aid, but there are, as we will see, exceptions to this rule.⁴ In this section, we also provide the background to the *Micula* case and the Spanish renewable energy claims. In Section IV, we discuss the State aid issues that may arise during enforcement of an arbitral award. Arbitral tribunals usually give preference to the investment treaty they are set to enforce over Union law, and judicial review of awards is either limited or non-existent. This means that the enforcement stage is often the only opportunity for the host State to bring its objections based on Union law before a court.

² General Court judgment of 18 June 2019, *European Food and Others v Commission*, T-624/15, EU:T:2019:423 (pending appeal before the ECJ, C-638/19 P).

³ ECJ judgment of 6 March 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158.

⁴ ECJ judgment of 27 September 1988, *Asteris*, C-106/87, EU:C:1988:457.

Finally, in the concluding remarks in Section V, we consider potential solutions to the problems discussed in this article as well as their shortcomings.

II. INVESTMENT ARBITRATION

II.1 Investment treaties

Bilateral investment treaties (“**BITs**”) have become increasingly common over the last 30 years. A BIT is a treaty between two sovereign States, governed by international law. The aim of such treaties is to promote bilateral investments by offering assurances to nationals and companies of each State investing in the other in the form of a transparent, stable, predictable and secure regulatory framework. According to UNCTAD’s online database, there are (as of June 2020) about 2,240 BITs in force world-wide, of which Spain is party to 79.⁵

Multilateral investment treaties also exist but are less common.⁶ The Energy Charter Treaty, with 65 contracting parties, including the EU, Spain and all other EU Member States, is perhaps the most well-known multilateral investment treaty.⁷ The aims of the Energy Charter Treaty go beyond investment protection however, and also include sustainable development, energy security and trade in energy. Moreover, many free-trade agreements the EU has entered into with non-EU Member States contain investment protection provisions of some kind.⁸

Investment treaties typically contain assurances concerning one or more of the following matters:

- Protection from expropriation;
- Fair and equitable treatment;
- National treatment (i.e. no less favourable than that accorded to national investors);
- Most-favoured-nation treatment;
- Freedom to transfer funds;
- Full protection and security (i.e. a duty to protect the security of the investment); and
- Umbrella clause (i.e. the host State’s duty to observe specific undertakings towards foreign investors).

However, investment treaties do not offer complete protection against acts of the host State that may harm foreign investments. In relation to the “fair and equitable treatment” standard—which plays a key role in most cases raising State aid issues—this does not prevent a contracting party from changing its laws and regulations but affords certain protection of investors’ legitimate expectations and against discriminatory and arbitrary regulatory changes.⁹ The concept of legitimate expectations in investment treaties is however broader than in EU State aid law, where only the acts of EU institutions

⁵ See: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁶ It is common to refer to BITs and multilateral investment treaties as “international investment agreements” or “IIAs”.

⁷ L 380, 31.12.94, p. 24. See, for more information: <https://www.energycharter.org>.

⁸ The Treaty of Lisbon reinforced the European Union’s powers in this field. Article 3(1) TFEU provides that the Union shall have exclusive competence over the common commercial policy. Article 307(1) TFEU states that the common commercial policy shall be based on e.g. the “*conclusion of tariff and trade agreements*”.

⁹ See UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2011.

can give rise to legitimate expectations and, as a general rule, only if the correct procedure in Union law has been followed.¹⁰

II.2 Investment arbitration¹¹

Most investment treaties provide for arbitration to settle claims brought by an investor from one contracting party against another contracting party (the host State). Indeed, having access to independent and experienced arbitrators in a neutral jurisdiction, invested with the power to award damages and render enforceable awards, is an important guarantee for many investors.

As in commercial arbitration, the principle of “party autonomy” means that the contracting parties are free to agree on the applicable law, the place and composition of the arbitral tribunal, and on the applicable procedure.

Many investment treaties refer disputes to arbitration by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (the “**ICSID**”), established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States (the “**ICSID Convention**”).¹² An ICSID tribunal typically consists of three members: each party appoints one member and the third is appointed by agreement of the parties.¹³ The ICSID is based in Washington, D.C. (USA) and was established in 1966 for the specific purpose of settling investment disputes. The convention has 154 contracting parties, including Spain and all other EU Member States aside from Poland.¹⁴ The US and China are also contracting parties.

However, ICSID arbitration is not the only option. Some investment treaties refer to commercial arbitration venues such as the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce or the London Court of International Arbitration. Others provide for an *ad hoc* tribunal, not linked to an established institution. In such cases, the arbitrators will often apply the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (“**UNCITRAL**”).

The 2017 free-trade agreement between the EU and Canada provides for a novel solution: investor-State disputes are to be settled by a permanent tribunal set up for the purposes of the agreement, the members of which are appointed by the EU and Canada, without any involvement of the investor concerned.¹⁵

(a) Law applicable to the merits of the dispute

As mentioned above, the contracting parties are free to choose the applicable law which will govern the investment treaty and apply in the event of a dispute (*lex causae*). Disputes normally concern the substantive rules of the treaty itself and these will be the principal set of rules the arbitrators will apply.

However, it is common for investment treaties to refer to international law as a complement to the treaty provisions. For example, Article 26(6) of the Energy Charter Treaty states that arbitral tribunals established pursuant to the treaty “*shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of*

¹⁰ General Court judgment of 16 October 2010, *Eurallumina v Commission*, T-308/11, EU:T:2014:894, paragraph 59; and ECJ judgment of 15 December 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, EU:C:2005:774, paragraph 104.

¹¹ See, for a helpful overview, UNCTAD, “Investor-State dispute settlement”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2014.

¹² See, for more information: <https://icsid.worldbank.org>.

¹³ Article 37(2) of the ICSID Convention.

¹⁴ Information about the ICSID Convention’s contracting parties’ and their date of ratification of the treaty is available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

¹⁵ See Section F of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, OJ L11, 14.1.2017, p. 23.

international law". Some BITs also refer to the national law of the host State or that of both contracting parties. Other BITs lack any applicable law clause. In such cases, Article 42(1) of the ICSID Convention provides that the national law of the host State and international law shall apply.

(b) Judicial review

As a general rule, arbitral awards are subject to judicial review in the country where the arbitration takes place and according to its national law (*lex loci arbitri*).

However, most national legislation, including Article 41(1) of the Spanish Arbitration Act (*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*) is inspired by the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, which, in turn, is based on Article V of the 1958 New York Convention on recognition and enforcement of awards. Such legislation limits the power to set aside awards to grounds such as invalidity of the arbitration clause, that the dispute falls outside the scope of this clause or is not arbitrable, or that the arbitral award is contrary to public policy of the country in question. Accordingly, national courts should not review the merits of a case, unless the outcome is contrary to public policy.

A distinguishing feature of ICSID arbitration, however, is that the Contracting States, according to Article 53(1) of the ICSID Convention, accept to treat ICSID awards as binding and not subject to any judicial appeal before national courts. There exists however the possibility to apply for the annulment before the ICSID Secretary-General who will appoint an *ad hoc* Committee to review the application.¹⁶ The *res judicata* effect of ICSID awards means that the place of arbitration has little relevance. For this reason, ICSID arbitration is said to be "self-contained" and "delocalised", i.e. not subject to the courts of any specific State.

(b) Recognition and enforcement

Recognition (*exequatur*) and enforcement of arbitral awards is governed by the New York Convention from 1958, with 163 contracting parties including Spain and all other EU Member States.¹⁷ Article V of the Convention restricts the grounds for refusing recognition and enforcement of an arbitral award. As mentioned, this article has inspired most national laws regarding judicial review of arbitral awards, which means that the grounds for refusing recognition and enforcement are essentially the same as those mentioned above i.e. relating to the validity and scope of the arbitration clause, arbitrability and public policy.

Again, awards adopted pursuant to ICSID arbitration have a privileged role. Article 54(1) of the ICSID Convention provides that Contracting States shall "*recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State*".

II.3 Investment arbitration and Union law

The EU has traditionally been supportive of investment arbitration in so far as it concerns external relations with non-EU Member States. However, the European Commission takes the view that it is contrary to Union law to apply investment treaties

¹⁶ See Chapter VII of the ICSID Convention.

¹⁷ See Article 46(2) of the Spanish Arbitration Act.

to intra-EU situations.¹⁸ Its main arguments in relation to this are (i) intra-EU investors are already protected by Union law; (ii) BITs create a situation in which different levels of protection are afforded to investors depending on which Member State they are from (which amounts to discrimination based on nationality); and (iii) the arbitration clauses in the BITs puts the effectiveness of Union law and the single market at risk, since arbitral tribunals cannot ask the ECJ for a preliminary ruling to assist them in interpreting Union law.¹⁹

The European Commission's view finds some support in the case-law of the ECJ. In its 2018 ruling in the *Achmea* case, the ECJ was asked by a German court to consider whether the arbitration clause in a 1992 BIT between the Netherlands and the then Czech and Slovak Federal Republic was compatible with Union law.²⁰ A Dutch investor had brought proceedings against the Slovak Republic under this BIT and Frankfurt-am-Main (Germany) was chosen as the place of arbitration. The arbitral tribunal ruled in favour of the investor and the Slovak Republic applied for the award to be set aside by a German court, arguing that the arbitration clause in the BIT was invalid since it was incompatible with Union law. The first instance court dismissed the application, but the appeals court decided to seek the ECJ's view as regards the question raised by the Slovak Republic.

In its reply to the referring court, the ECJ held that an arbitration clause such as the one in the 1992 BIT does infringe Union law. A key reason for reaching this conclusion was that the applicable law clause in the BIT referred to the national laws of the contracting party in question, as well as to any agreement between the contracting parties. The ECJ recalled that Union law forms part of the national laws of each Member State and derives from an agreement between them. Accordingly, an arbitral tribunal set up to resolve disputes under the 1992 BIT would have to apply Union law. However, as noted above, arbitral tribunals are prevented from making preliminary references to the ECJ. Consequently, the only way to guarantee the correct interpretation of Union law is for national courts considering an application to set aside an award to refer the question to the ECJ. This possibility was considered sufficient to guarantee the effectiveness of Union law in a commercial arbitration context in the *Eco Swiss* judgment from 1999²¹, but is, according to the *Achmea* ruling, insufficient in an investment arbitration context. The Court stressed that commercial arbitration is based on the freely expressed wishes of the parties to a contract, while intra-EU BIT arbitration is based on an international treaty between Member States. The situations are not comparable: Member States are under an obligation to ensure the effectiveness of Union law which goes beyond what is required from the parties to a commercial contract.

Following *Achmea*, it is clear that investment arbitration is incompatible with Union law in intra-EU BITs, at least to the extent that the arbitral tribunal must apply Union law. However, if the arbitrators exclusively apply the provisions in the investment treaty itself, this arguably counters any risk of an incorrect interpretation of Union law. Moreover, it is important to note that the ECJ did not go as far as saying that intra-EU BITs as such are unlawful. Nor did it uphold the legality of intra-EU BITs. The question put by the referring court in Germany was limited to the legality of the arbitration clause and the ECJ did not stray beyond that question.

¹⁸ See e.g. European Commission press release of 18 June 2015, "Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties", IP/15/5198; and Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, "Protection of intra-EU investment", COM(2018) 547 final.

¹⁹ The case-law of the ECJ clarifies that an arbitral tribunal does not amount to a "court or tribunal" in the meaning of Article 267 TFEU. See ECJ judgment of 23 March 1982, *Nordsee*, 102/81, EU:C:1982:107.

²⁰ See footnote 3 above.

²¹ ECJ judgment of 1 June 1990, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269.

However, there is an unmistakable trend towards a phasing-out of intra-EU BITs. On 5 May 2020, 23 out of 27 EU Member States, including Spain, signed an agreement to eliminate the intra-EU BITs between them.²² This agreement also states that the arbitration clauses in such BITs shall not serve as a legal basis for initiating proceedings on or after 6 March 2018, i.e. the date of the ECJ's ruling in the *Achmea* case. It remains to be seen, however, whether arbitral tribunals with cases pending that were initiated before the date of the 5 May 2020 agreement will accept that this agreement affects their jurisdiction.

Another open question is the extent to which the ECJ's reasoning in *Achmea* is relevant to multilateral investment treaties such as the Energy Charter Treaty, which has been ratified by the EU itself and counts many non-EU Member States among its contracting parties. The European Commission argues that the arbitration clause in the Energy Charter Treaty, although not part of the EU legal order, should nevertheless be interpreted in light of Union law and must therefore be understood as not being intended to apply to intra-EU disputes.²³ However, the above-mentioned agreement among 23 Member States to eliminate intra-EU BITs does not affect the arbitration clauses in the Energy Charter Treaty. Indeed, it is unclear whether it would be possible to set aside the arbitration clause in this treaty for intra-EU disputes without a treaty amendment, which would also require the consent of the non-EU contracting parties to the treaty.²⁴

Many in the international arbitration community are less than convinced by the European Commission's Union law-based interpretation of the Energy Charter Treaty's arbitration clause. Indeed, most ICSID tribunals set up under the treaty to resolve intra-EU disputes after the *Achmea* ruling have rejected the host State's jurisdictional objections, noting (i) that the ECJ did not discuss the Energy Charter Treaty in *Achmea*, and (ii) that the established methods for interpreting treaties in international law do not support the European Commission's interpretation.²⁵

Arbitration clauses in BITs between EU Member States and a non-EU Member State ("**Extra-EU BITs**") have so far not been targeted by the European Commission, even though also such arbitral tribunals may need to apply Union law. The EU's long-term ambition is to gradually replace the extra-EU BITs with the free-trade agreements the EU is negotiating on behalf of the Member States.²⁶ The ECJ has confirmed, in an opinion regarding the above-mentioned free-trade agreement between the EU and Canada, that the EU is entitled to agree to investment arbitration in order to settle investment protection disputes, provided that certain conditions are met to safeguard the effectiveness of Union law.²⁷

²² Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the Member States of the European Union, OJ L169, 29.05.2020, p. 1. Austria, Finland, Ireland and Sweden did not sign the agreement.

²³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, "Protection of intra-EU investment", COM(2018) 547 final, pages 3-4; and Proposed brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain of 13 March 2019 before the United States District Court for the District of Columbia in Civil Action No. 1:18-cv-1686, pages 6-9.

²⁴ In international law, treaties which amend the relations among a select group of contracting parties are referred to as "*inter se* agreements". Some argue that *inter se* agreements are not allowed under the Energy Charter Treaty. See Tietje, "The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States", *Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht*, Issue 78, pages 8-15.

²⁵ See, for example, award of 21 January 2020, *Watkins*, ICSID Case No. ARB/15/44, paragraph 205-226.

²⁶ Recital 6 of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries provides that "*In the interest of Union investors and their investments in third countries, and of Member States hosting foreign investors and investments, bilateral investment agreements that specify and guarantee the conditions of investment should be maintained in force and progressively replaced by investment agreements of the Union, providing for high standards of investment protection*".

²⁷ ECJ Opinion of 30 April 2019, *EU-Canada CET Agreement*, 1/17, EU:C:2019:341.

All in all, with the exception of cases brought under the Energy Charter Treaty, intra-EU investment arbitration is likely to be a rare occurrence in the future. By contrast, extra-EU investment arbitration has so far not been affected by the developments in the wake of the ECJ's *Achmea* ruling.

III. DAMAGES AS STATE AID

The possibility of classifying damages awarded by an arbitral tribunal as State aid lies at the core of the potential conflict between investment arbitration and State aid law. As background to this discussion, we start by providing a brief account of the system of State aid control under the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU") and the definition of "State aid".

III.1 System of State aid control

The system of State aid control under the TFEU is a unique feature of Union law that lacks an equivalent in other jurisdictions.²⁸ The cornerstones of this system are:

- *European Commission monopoly on declaring aid compatible*: the European Commission is the only authority with the power to apply the TFEU provisions and declare State aid compatible with the internal market. Member States must notify aid to the Commission for approval. Certain defined categories of aid are, however, exempt from the notification obligation pursuant to the General Block Exemption Regulation.²⁹
- *Standstill rule*: Article 108(3) TFEU provides that Member States must not put aid into effect until the European Commission has adopted a decision declaring the aid compatible with the internal market. This is called the "standstill rule". Aid paid in breach of this rule amounts to "unlawful aid".
- *Duty to recover incompatible aid*: if the European Commission finds that aid is incompatible with the internal market, but the aid has already been paid, the Commission may order the Member State to recover this aid from the aid beneficiary.

III.2 Concept of State aid

For a measure to amount to State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU, the case-law of the Union courts provides that the following requisite criteria must be satisfied³⁰:

- *State origin*: the measure must involve the transfer of resources controlled by a Member State, e.g. a direct transfer, income foregone or a commitment to make resources available. The measure must also be imputable to the State.

²⁸ For completeness, we note that there is a subsidies regime applicable under the auspices of the World Trade Organisation Subsidies and Countervailing Measures Agreement, but unlike the EU regime this does not involve an *ex-ante* control tool or the possibility for an authority to order the recovery of illegal subsidies (only countervailing measures may be adopted by the country who has been harmed by those subsidies). Some free-trade agreements between the EU and non-EU Member States also include provisions about domestic control over subsidies, but these are limited unless the non-EU Member State is a potential candidate for EU accession (e.g. Ukraine).

²⁹ Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty. In addition, certain measures are deemed not to amount to State aid according to Commission Regulation (EU) No 1407/2013 of 18 December 2013 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to *de minimis* aid.

³⁰ See, for a summary, the Commission's 2016 Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2016/C 262/01, (the "Commission Notice on the notion of State aid").

- *Economic advantage to an undertaking*: the measure must provide an economic advantage to one or more undertakings, which the undertaking(s) in question would not have received under normal market conditions.
- *Selective*: the measure must favour certain undertakings or sectors, but not others.
- *Distort competition and trade*: the measure must distort or at least threaten to distort competition and trade flows between the EU Member States.

III.3 *Asteris* case-law concerning damages as State aid

The extent to which damages may amount to State aid is a debated issue. Damages compensate for the loss caused by a wrongful act. A wrongful act can be defined as the departure from a required standard of conduct, which may derive from e.g. a contract, a statute or a treaty. That the wrongful act defined in this manner is linked to a liability to pay damages to the victims may likewise have a contractual, statutory or treaty origin.

The ECJ has held that to make good the damage caused by a wrongful act is a general principle of the Member State's legal orders and that the effectiveness of a rule is impaired unless damages are available to the victims in case of breach.³¹

The leading case in Union law regarding the relation between State aid and damages is the ECJ's *Asteris* ruling from 1988.³² This case concerned aid which had not been paid by the Greek authorities as a result of a technical error. One of the aid beneficiaries sued the Greek State for damages, which was calculated as the difference between actual aid paid and the amount of aid that would have been paid absent the error. The national court asked the ECJ whether such damages would amount to State aid. The ECJ's response to the referring court was that:

*"State aid, that is to say measures of the public authorities favouring certain undertakings or certain products, is fundamentally different in its legal nature from damages which the competent national authorities may be ordered to pay to individuals in compensation for the damage they have caused to those individuals [...] damages which the national authorities may be ordered to pay to individuals in compensation for damage they have caused to those individuals do not constitute aid within the meaning of [the Treaty]".*³³

Indeed, the purpose of damages is not to create an economic advantage in the meaning of Article 107(1) TFEU, but simply to restore the victim's economic position as if the wrongful act had never occurred (*restitutio in integrum*).

However, there are exceptions to the general rule established in the *Asteris* judgment: it is a widely held view that not all damages are "fundamentally different" from State aid. In his opinion in the *Asteris* case, Advocate General Slynn pointed out that to receive damages, as a result of a Member States' failure to fulfil a promise to pay incompatible aid to an undertaking, would subvert the system of State aid control if the compensation amounts to an equivalent sum.

"It happens that a Member State promises aid to an undertaking which, on examination by the Commission, is held incompatible with the common market. If the undertaking were to receive an equivalent sum by suing on the promise, the

³¹ ECJ judgment of 5 March 1996, *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93, EU:C:1996:79, paragraphs 20 and 29.

³² See footnote 4 above.

³³ Paragraph 23 of the judgment. See also General Court judgments of 1 July 2010, *Italy v Commission*, T-53/08, EU:T:2010:267, paragraph 52; and of 1 July 2010, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni v Commission*, T-62/08, EU:T:2010:268, paragraph 60.

*application of Articles 92 to 94 would be subverted. A similar situation would arise if a recipient undertaking sues the State for damages following a Commission decision ordering the State to recover illegal aid. It is therefore of prime importance for the proper operation of the Treaty rules on State aids that court awards fall within their reach in appropriate cases.*³⁴

Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer reached a similar conclusion in his 2005 opinion in the *Atzori* case regarding a compensation claim brought following the recovery of State aid, which the European Commission had declared incompatible with the internal market.

*"In any event, it should be noted that, if an entitlement to compensation is recognised, the damage cannot be regarded as being equal to the sum of the amounts to be repaid, since this would constitute an indirect grant of the aid found to be illegal and incompatible with the common market."*³⁵

Likewise, in the 2016 ruling of the General Court in the *Simet* case, the court found that compensation awarded for costs incurred while carrying out a public service obligation in bus transport could not avoid the system of State aid control under the TFEU simply by being classified as "damages" and awarded by a court instead of following a decision by the authority that imposed the original obligation.³⁶

III.4 Case studies: Micula and Spanish renewable energy claims

Most cases in which State aid issues arise in investment arbitration concern the withdrawal of aid schemes and claims from investors for damages on the grounds that such withdrawal breaches the "fair and equitable treatment" standard. This is what occurred in the *Micula* and Spanish renewable energy cases.

*(a) Micula*³⁷

Viorel and Ioan Micula are brothers born in Romania who became Swedish nationals in the 1990s, renouncing their Romanian nationality.

In 1999, Romania adopted a tax incentive scheme designed to promote investment in certain disadvantaged regions (the so-called "**EGO 24**" scheme). The Romanian Government had designated the Ștei-Nucet region in North-western Romania as a disadvantaged region for a ten-year period and stated that the incentive scheme would be available throughout this period.

During the early 2000s, the Micula brothers, in reliance on the EGO 24 incentive, carried out significant investments in relation to an integrated beverage production business in the Ștei-Nucet region.

In 2002, Romania signed a BIT with Sweden which entered into force the year after. The BIT provided for ICSID arbitration or *ad hoc* arbitration applying the Arbitration Rules of UNICTRAL.

In the context of preparations for Romania's accession to the EU, which finally occurred in 2007, and in order to align Romanian legislation with EU State aid rules, Romania repealed the vast majority of incentives provided for in EGO 24 in 2005, four years ahead of time.

³⁴ Opinion of Advocate General Slynn of 27 September 1988, *Asteris*, 106 to 120/87, EU:C:1988:363.

³⁵ Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer of 28 April 2005, *Aztori*, C-346/03 and C-529/03, EU:C:2005:256, paragraph 198.

³⁶ General Court judgment of 3 March 2016, *Simet*, T-15/14, EU:T:2016:124, paragraphs 102-104.

³⁷ For a detailed account of the facts, see award of 11 December 2013, *Micula*, ICSID Case No. ARB/05/20.

Later that year, the Micula brothers filed a request for arbitration with ICSID, claiming the early repeal of the incentive scheme breached the BIT with Sweden.

In 2013, the ICSID arbitral tribunal handed down its final award in which it agreed with the Micula brothers that they could reasonably have expected the EGO 24 incentive scheme to be maintained for ten years and that the premature repeal of the scheme infringed the fair and equitable treatment standard in the BIT and awarded damages of approximately €178 million.

(b) *Spanish renewable energy claims*³⁸

The claims against Spain in the renewable energy cases also concern the withdrawal of an aid scheme and whether this withdrawal breached the “fair and equitable treatment” standard under the Energy Charter Treaty.

The origin of the cases dates back to 2007, when Spain introduced a scheme to incentivise investments in renewable energy production with a view to meeting targets for the renewable sector’s share of total energy consumption. The scheme was introduced pursuant to the 2001 EU Renewable Energy Directive, which encouraged Member States to use State aid to reach the national targets.³⁹

The scheme was based on two alternative support models (i) a so-called “feed-in tariff”; or (ii) a “feed-in premium”. The feed-in tariff meant that a producer was guaranteed to receive a certain regulated remuneration. Under the feed-in premium model, the electricity was sold in the market, at the prevailing market price, and the producer received a fixed premium on top of the market price.

The Spanish authorities actively promoted the 2007 aid scheme to investors and recognised that regulatory stability was important in this respect.

The scheme was successful in attracting investments to Spain. For example, in June 2007, an investment fund set up by UK-based asset manager Eiser decided to invest in so-called CSP technology.⁴⁰ The construction works on two 50MW plants at Alcázar de San Juan (Ciudad Real) and one 50 MW plant at Badajoz commenced in 2010 and the plants were completed and began operations in 2012.

However, the Spanish support scheme also proved expensive. The original idea was that the aid scheme should be financed by users of electricity through mandatory charges included as part of monthly electricity bills. However, the Spanish authorities were reluctant to pass on the spiralling costs of the scheme to consumers. At the same time, the financial crisis, which began in 2008 and peaked in Spain in 2013, limited the Government’s ability to fund the shortfall as part of the public budget.

In 2013, as part of Government spending cuts, the feed-in premium option was abolished and, a few months later, an entirely new renewables support scheme replaced the one introduced in 2007. The new scheme had a completely different set-up. Using standardised investment and operating cost estimates for a hypothetical “well-run and efficient” plant, it aimed at enabling cost recovery as well as a reasonable rate of return.

However, many investors had incurred much higher actual investments costs than the estimates used to fix remuneration under the new aid scheme. CSP plants, which are expensive and tend to have high capital costs, were particularly hard hit. The capital costs for the plants Eiser had invested in were about 40% higher than the level accepted as

³⁸ For a detailed account of the facts, see award of 4 May 2017, *Eiser*, ICSID Case No. ARB/13/36.

³⁹ Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market.

⁴⁰ Concentrated solar power (“CSP”) is an expensive and complex technology compared with photovoltaic (“PV”) technology, which is the currently the leading solar power generation technology.

efficient under the new support scheme. For many investors, including Eiser, the dramatic reduction in revenues meant that all income exceeding operating costs had to be used to pay external lenders.

The cut-backs in 2013 triggered a wave of investment arbitration claims against Spain.⁴¹ Eiser filed a request for ICSID arbitration in December 2013. Like the majority of the investor claims against Spain, Eiser argued that the abrupt cut-backs after initially having incentivised investments based on more or less overt promises of regulatory stability amounted to a breach of the “fair and equitable treatment” standard in the Energy Charter Treaty.

Eiser’s claim was the first ICSID case to be decided and the first claim to be upheld. In the award from 2017, the arbitral tribunal qualified Spain’s changes to the renewables support scheme in 2013 as “total and unreasonable” and as “stripping Claimants of virtually all of the value of their investment”, and awarded €128 million in damages to Eiser. To date, the final award has been delivered in 17 cases and in all but four the arbitral tribunal has ruled against Spain.

Final awards Spanish renewable energy claims (as of June 2020)

Case	Claim upheld*	Damages awarded**
21.1.2016, <i>Charanne</i> , SCC Case No. 062/2012	No	-
12.7.2016, <i>Isolux</i> , SCC Case 2013/153	No	-
4.5.2017, <i>Eiser</i> , ICSID Case No. ARB/13/36	Yes	€128m
15.2.2018, <i>Novenergia</i> , SCC Case No. 2015/063	Yes	€53.3m
16.5.2018, <i>Masdar</i> , ICSID Case No. ARB/14/1	Yes	€64.4m
15.6.2018, <i>Antin</i> , ICSID Case No. ARB/13/31	Yes	€112m
14.11.2018, <i>Foresight</i> , SCC Case No. 2015/150	Yes	€39m
11.12.2019, <i>RREEF</i> , ICSID Case No. ARB/13/30	Yes	€59.6m
26.6.2019, <i>Cube</i> , ICSID Case No. ARB/15/20	Yes	€2.89m
31.5.2019, <i>NextEra</i> , ICSID Case No. ARB/14/11	Yes	€290.6m
31.5.2019, <i>9REN</i> , ICSID Case No. ARB/15/15	Yes	€41.76m
31.7.2019, <i>Soles Badajoz</i> , ICSID Case No. ARB/15/38	Yes	€40.98m
6.9. 2019, <i>OperaFund</i> , ICSID Case No. ARB/15/36	Yes	€29.3m
2.12.2019, <i>Stadtwerke</i> , ICSID Case No. ARB/15/1	No	-
2.12.2019, <i>BayWa</i> , ICSID Case No. ARB/15/16	No	-
21.1.2020, <i>Watkins</i> , ICSID Case No. ARB/15/44	Yes	€77m
28.2.2020, <i>PV Investors</i> , PCA Case No. 2012-14	Yes	€91.1m

* In full or in part ** Excluding interest payments

⁴¹ Claims were also brought under national law before Spanish courts, but these were unsuccessful. See, for example, Spanish Supreme Court judgment of 1 June 2016, no. 1259/2016, ES:TS:2016:2424.

Spain has applied for the annulment of the majority of the ICSID awards that uphold the claim for damages before the ICSID Secretary-General. In an unexpected turn of events, the *Eiser* award handed down in 2017 was set aside, in June 2020, by an *ad hoc* Committee due to undisclosed connections between one of the members of the arbitral tribunal and an economic consultancy used by the claimant to quantify its damages.⁴² However, it should be stressed that to annul an award is a limited and exceptional remedy: statistics from 2016 show that only about 6 percent of all ICSID awards have been annulled in full or in part.⁴³

III.5 Arbitral awards that may trigger State aid concerns

Following the ICSID arbitral award in the *Micula* case and Romania's partial payment of the damages (by offsetting tax debts), the European Commission opened a formal State aid investigation pursuant to Article 108(2) TFEU in 2014 and, in 2015, adopted a final decision addressed to Romania.⁴⁴ The Micula brothers argued that the damages awarded to them did not amount to State aid under the *Asteris* case-law, since the ICSID tribunal had merely enforced a binding legal obligation, assumed by the Romanian State in the 2002 BIT, and since the ICSID award and its enforcement pursuant to the ICSID Convention was not imputable to Romania. The European Commission, however, rejected this view and its decision contains a detailed discussion in which it explains why it considered that the damages did constitute State aid, which can be summarised as follows:

- *State origin*: the decision to enter into the BIT and accept investment arbitration was a voluntary decision of the Romanian State and any involvement of the Romanian State, including a court, in implementing the award would be imputable to the State.⁴⁵
- *Economic advantage*: the amount of damages awarded was equivalent to the incentives foreseen under the abolished EGO 24 scheme. This scheme compensated the beneficiaries for operating costs they would have to pay themselves under normal market conditions. Reference is made to Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer's statement in *Atzori*, as quoted above.
- *Selectivity*: the right to damages did not follow from a generally applicable rule on governmental liability, but from a specific rule in the BIT that only applied to certain investors.
- *Distortion of competition and trade*: Lastly, the European Commission recalled that to grant a selective economic advantage in a market open to competition can be assumed to be liable to distort competition and trade.

Accordingly, the European Commission concluded that the partial payment of the damages awarded to the Micula brothers breached the standstill rule in Article 108(3) TFEU. It also assessed whether this unlawful aid was nevertheless compatible with the internal market, as regional aid, but found that it was not. The Commission therefore ordered Romania to recover the aid from the brothers.

⁴² Decision of 11 June 2020, *Eiser*, ICSID Case No. ARB/13/36.

⁴³ ICSID, "Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID", 5 May 2016, paragraphs 109-111.

⁴⁴ European Commission decision of 30 March 2015, *Micula v Romania (ICSID arbitration award)* SA.38517.

⁴⁵ The connection made between national courts and authorities' involvement in the implementation of the award and the "imputability" criterion means that enforcement outside the EU may be relevant to the classification of damages as State aid. The argument has been made that if no Member State is involved in enforcing the award, the damages paid to the aggrieved investor cannot be "imputed" to any Member State.

The decision was appealed to the General Court which considered that the relevant events had occurred before Romania's accession to the EU and therefore outside the temporal scope of application (*ratione temporis*) of Article 107(1) TFEU. For this reason, the General Court did not consider the extent to which the damages awarded by the arbitral tribunal were shielded from State aid review in application of the *Asteris* case-law.⁴⁶

The General Court's judgment still offers certain guidance, however, because the court considered that the relevant question was not whether the post-accession arbitral award gave rise to aid. Instead, the court stated that the arbitral award is as such an "ancillary" element, since it merely "recognises" a pre-existing right.⁴⁷ In this respect, the court recalls that State aid is, according to case-law, deemed awarded when the right to receive the aid is conferred on the beneficiary under national law.⁴⁸ In the *Micula* case, the General Court suggests that this right came into existence in 2005, when the aid scheme was withdrawn.

In our view, it could be argued that the right came into existence already in 1999, when Romania made the commitment to maintain the scheme for ten years, or in 2003, when the BIT's fair and equitable standard entered into force.

In any event, the key takeaway is that the General Court considers that it is necessary to look at the pre-existing right that is enforced by the arbitral tribunal rather than the award itself. In the *Micula* case, this right derived from the broken promise to maintain the EGO 24 scheme in place for a ten-year period.

Though we cannot tell for sure, the General Court's argumentation suggests that, had it considered Article 107(1) TFEU applicable, the court would have found that damages that put the investor in the same position as if it had continued to receive the incentives under the Romanian EGO 24 scheme, which had never been approved by the European Commission, would also amount to unlawful aid.

Damages are, as discussed, intended to restore the position of the victim as if the wrongful act had not happened. If the position of the victim that is intended to be restored would in itself be illegal, since it would be the result of the granting of unlawful or incompatible aid, damages with the equivalent effect are likely to be seen as undermining the effectiveness of EU State aid law and not be accepted by the EU institutions.⁴⁹

III.6 Awards unlikely to raise State aid concerns

The *Asteris* judgment and the *Micula* case do not support the view that any damages award related to the breach of investment treaty assurances will raise State aid concerns. In its *Micula* ruling, the General Court states:

⁴⁶ See footnote 2 above. The court also mentioned (at paragraph 91) that, even if it is assumed that damages relating to incentives payable during the period *after* Romania's EU-accession amounted to State aid, the European Commission never made such a distinction in its decision.

⁴⁷ Paragraphs 77-78 of the judgment. See also European Commission decision of 28 January 2004, *Česká spořitelna*, Case 14/2003, paragraph 17.

⁴⁸ Paragraph 69 of the judgment. The General Court referred to the ECJ judgments of 21 March 2013, *Magdeburger Mühlenwerke*, C-129/12, EU:C:2013:200, paragraphs 40 and 41, and of 6 July 2017, *Nerea*, C-245/16, EU:C:2017:521, paragraph 32.

⁴⁹ This would not be dissimilar to the situation where a State acting as the vendor of assets or a company which has benefitted from State aid grants an indemnity which could potentially lead to circumvention of a recovery obligation. See for example, *Hytasa II*, OJ L96, [11.04.1997, p. 30, at](#) p.36, where the European Commission held that a guarantee provided by the State which was intended to reimburse the purchaser of assets in the event that State aid had to be reclaimed could not be put into effect as this obligation would "neutralize the essence of its Decision and would perpetuate the distortion of competition caused by the aid. This would constitute a means of circumventing the provisions regarding State aid contained in the Treaty, rendering them ineffective. Therefore, on the basis of the principle of the primacy of Community law, this provision shall not be carried out, and the company benefiting from the undue advantage conferred by the illegal aid will have to reimburse it ...".

"In addition, compensation for damage suffered cannot be regarded as aid unless it has the effect of compensating for the withdrawal of unlawful or incompatible aid (see, to that effect, judgment of 27 September 1988, *Asteris and Others*, 106/87 to 120/87, EU:C:1988:457, paragraphs 23 and 24), as recalled by the Commission in recital 104 of the contested decision." ⁵⁰

Accordingly, the problematic awards are those that concern damages linked to the withdrawal of unlawful or incompatible aid. By contrast, damages linked to the non-payment of compatible aid are unlikely to trigger State aid concerns. In such cases, the position the damages aim to restore is legal. Accordingly, to award damages to the victim of the wrongful act does not put the effectiveness of EU State aid law at risk and should therefore be compatible with this set of rules.

A first, straight-forward scenario is where a compatible aid scheme is maintained but the aid is simply not paid. This is essentially what happened in the *Asteris* case. A second scenario is where a compatible aid scheme is abruptly eliminated. In our view, to award damages to the investors should be compatible with EU State aid law in both cases. The authorisation from the European Commission means that it would have been lawful for the Member State to continue to pay the aid in question. Accordingly, to apply the "fair and equitable treatment" standard in an investment treaty and award damages with a view to restore this (lawful) position should also be lawful and should therefore either fall outside the scope of Article 107(1) TFEU, as suggested by the *Asteris* judgment, or at least be seen as compatible aid. Furthermore, if the aid scheme has been approved by the European Commission, there is arguably no conflict between the broader notion of legitimate expectations under the "fair and equitable treatment" standard and its more restrictive Union law equivalent.⁵¹

Moreover, damages payable due to a breach of investment treaty assurances will not necessarily be linked to the withdrawal of State aid. The relevant question in such cases ought to be whether the assurances offered to investors in the investment treaty in themselves amount to aid. This will normally not be the case.

When ratifying an international agreement, such as an investment treaty, a Member State is acting as a sovereign State. It is inherent to the general scheme of international law that the reciprocal assurances in such treaties only apply to investors from one of the contracting parties, which in our view indicates that such assurances should not be viewed as "selective" simply because they do not apply to all foreign investors.⁵² Moreover, since such assurances are normally connected to the Member State's role as public authority, State aid rules do not require the Member State to charge for the benefit investors may derive from the treaty.⁵³

IV. ENFORCING THE AWARD

Most arbitral tribunals, even if they accept that Union law is applicable to the merits of the case, will give preference to the provisions of the investment treaty itself. They

⁵⁰ Paragraph 103 of the judgment.

⁵¹ See footnotes 9 and 10 above.

⁵² See, for an analogous reasoning regarding bilateral tax treaties, ECJ judgment of 5 July 2005, *D*, C-376/03, EU:C:2005:424, paragraphs 61-62. The ECJ was asked in the *Achmea* case (see footnote 3 above) whether the intra-EU BIT was discriminatory but the court did not consider it necessary to reply to that question.

⁵³ ECJ judgments of 14 January 2015, *Eventech*, C-518/13, EU:C:2015:9, paragraphs 43-44; of 28 February 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C-1/12, EU:C:2013:127, paragraph 40; of 14 September 1994, *Spain v Commission*, C-178/92 to C-280/92, EU:C:1994:325, paragraph 22; and Commission Notice on the notion of State aid, paragraph 17

tend not to accept the idea that EU State aid law has a privileged position and should override the assurances offered in the investment treaty.

In the *Micula* case, the arbitral tribunal, in line with the General Court, found that Union law did not apply in Romania during the relevant period.⁵⁴

In the Spanish renewable energy cases, where it was clear that Union law did apply during the relevant time period, most arbitral tribunals have reached the conclusion, if faced with an argument based on EU State aid law, that the Energy Charter Treaty prevails in the event of a discrepancy with Union law.⁵⁵ Accordingly, they have not accepted the Union law-based argument that no investor can entertain a legitimate expectation as regards maintaining the scheme in place unless the aid has been notified to and approved by the European Commission.

In addition, since most claims are brought under the ICSID Convention, there is, as we have seen, no judicial review available under national law, which means that there is no opportunity, even if the place of arbitration is within the EU, to set aside the award applying EU State aid law as mandatory public policy.

Instead, the Member States must wait until the investor attempts to enforce the arbitral award and obtain payment and then invoke EU State aid law as part of its defence in national enforcement proceedings.

IV.1 Enforcement within the EU: Article 351 TFEU

As discussed above, it is important to distinguish between enforcing arbitral awards pursuant to the New York Convention and pursuant to the ICSID Convention. If the New York Convention applies, Article V enables national courts to refuse recognition and enforcement based on public policy grounds and ECJ case-law suggests that the courts are expected to take advantage of this possibility, if necessary, to guarantee the effectiveness of EU State aid law.⁵⁶

However, under the ICSID Convention, the arbitral award has the same status as a final judgment from a national court (*res judicata*).⁵⁷

Nevertheless, the ICSID Convention does not provide for fully self-executing enforcement and national authorities or courts will intervene as part of this process, which means that there is at least at that instance an opportunity for the Member State in question to argue that recognition and enforcement should be refused. The legal argument deployed is that EU State aid law, according to Article 351 TFEU, takes preference over the Member State's obligations under the ICSID Convention. The first sentence of Article 351 TFEU provides that:

"The rights and obligations arising from agreements concluded before 1 January 1958 or, for acceding States, before the date of their accession, between one or more Member States on the one hand, and one or more third countries on the other, shall not be affected by the provisions of the Treaties."

Article 351 TFEU therefore departs from the general principle of primacy of Union law and establishes that Union law does not affect the obligations of a Member State

⁵⁴ *Micula* award, paragraph 319.

⁵⁵ *Watkins* award, paragraph 490; and decision of 6 June 2016, *RREEF*, ICSID Case No. ARB/13/30.

⁵⁶ ECJ judgments of 1 June 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269; and of 20 September 1990, *Commission v Germany*, C-5/89, EU:C:1990:320.

⁵⁷ See also ECJ judgment of 10 July 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, paragraph 59: "EU law does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a judgment, even if to do so would make it possible to remedy a domestic situation which is incompatible with EU law".

under international treaties with non-EU Member States that were entered into prior to the Member State's accession to the EU. Conversely, if the treaty only gives rise to rights for other Member States, i.e. an "intra-EU treaty", or was entered into after EU accession, Union law will prevail.⁵⁸

If the treaty at hand gives rise to rights for both Member States and non-EU Member States, the question is whether the relevant treaty provision affects the rights of non-EU Member States or only those of other Member States.⁵⁹

When the Micula brothers attempted to enforce the ICSID award in the United Kingdom, Romania opposed registration. It sought to have enforcement stayed until the General Court had ruled on the appeal against the European Commission's 2015 decision finding that the damages awarded amounted to incompatible aid. After the General Court ruling, and when the case finally reached the UK Supreme Court, the court took the view that the question of what the UK's obligations under the ICSID Convention, ratified by the UK in 1966, were, went to the heart of the application of Article 351 TFEU and the enforceability of the arbitral award.⁶⁰

The court noted that Article 351 TFEU does not apply to purely intra-EU situations, where rights of non-EU Member States are not in play. Where, however, it is established that obligations are owed to non-EU Member States, Article 351 TFEU does apply and there is no additional requirement that the dispute as such must relate to extra-EU activities or transactions.

The key question for the Supreme Court was therefore whether the UK's obligation to enforce the *Micula* award under the ICSID Convention was owed to non-EU Member States. Romania, supported by the European Commission as intervener, argued that the United Kingdom owed its duty to enforce the arbitral award to Sweden only (as the contracting party to the Romania-Sweden BIT). Since Sweden is an EU Member State, Article 351 did not apply. The Micula brothers disagreed and claimed that the UK owed its obligation to enforce the arbitral award in their favour to all contracting parties to the ICSID Convention.

According to the Supreme Court, the question of to whom the UK owed its obligation under the ICSID Convention is a matter of interpretation of the convention, rather than Article 351 TFEU. The ICSID Convention is not part of the EU legal order and the interpretation of pre-accession treaties for the purpose of applying Article 351 is not, according to ECJ case-law, reserved to the Union courts.⁶¹ For this reason, the Supreme Court concluded that the Union courts are no better placed to interpret the ICSID Convention than the courts of the Member State concerned.⁶²

The court referenced Articles 54 and 69 of the ICSID Convention. As discussed previously, Article 54(1) provides that each contracting party shall recognise an ICSID award as binding and shall enforce such an award as if it were a final judgment of a court in that State. Article 69, on the other hand, provides that each contracting party shall take such legislative or other measures as may be necessary to make the ICSID Convention effective in its territory.

⁵⁸ ECJ judgment of 14 October 1980, *Burgoa*, C-812/79, EU:C:1980, paragraphs 8-9.

⁵⁹ ECJ judgment of 6 April 1995, *RTE v Commission*, C-241/91 P, EU:C:1995:98, paragraph 84.

⁶⁰ UK Supreme Court judgment of 17 February 2020, *Micula and others v. Romania*, [2020] UKSC 5, paragraph 96.

⁶¹ ECJ judgments of 2 August 1993, *Levy*, Case C-158/91, EU:C:1993:332, paragraphs 11-21; and of 28 March 1995, *Evans Medical*, Case C-324/93, EU:C:1995:84, paragraphs 28-30). As a general rule, the ECJ lacks jurisdiction under Article 234 TFEU to interpret international treaties between Member States and non-EU Member States (ECJ judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, paragraph 61).

⁶² Paragraph 99 of the judgment.

Based on a careful analysis of the text of the ICSID Convention, leading commentaries and the *travaux préparatoires*, the Supreme Court concluded that the duties in Articles 54 and 69 were owed to all other contracting parties, including non-EU Member States. The scheme of the convention is based on mutual trust and confidence, which depends on the effective participation and compliance of every contracting party. The failure of a contracting party to enforce an award would undermine the ICSID Convention scheme on which investors and contracting parties all rely. Any contracting party can bring a claim before the International Court of Justice in the event of the failure of any other contracting party to comply with its obligations.⁶³ Accordingly, the Supreme Court concluded that the UK's obligation under the convention to enforce the arbitral award in favour of the Micula brothers prevailed over Union law and therefore lifted the stay on enforcement.⁶⁴

In our view, the UK Supreme Court's interpretation of the ICSID Convention is persuasive and is aligned with case-law regarding Article 351 TFEU. It is unfair to argue, as some critics have, that the court did not take the UK's obligations under Union law seriously. That said, the correct interpretation of the ICSID Convention for the purposes of applying Article 351 TFEU is open to debate. The Micula brothers have also attempted to enforce the award in other Member States and a Swedish first instance court (*Nacka tingsrätt*) ruled that the case concerned an intra-EU situation in which Article 351 TFEU is inapplicable.⁶⁵ Given the divergent views, the issue is likely to be brought to the attention of the ECJ.

From a Spanish perspective, it is important to add that the ICSID Convention was ratified by Spain in 1994, i.e. after its EU-accession. This means that Spain's obligations under Union law predate the ratification of the ICSID Convention and should therefore prevail over the convention for the purposes of applying Article 351 TFEU. The same applies to the founding members of the EU (i.e. Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands), as well as to Ireland.⁶⁶

The Micula brothers have attempted to enforce the award in their favour also in Belgium, France and Luxembourg.⁶⁷ A Belgian court (*Cour d'appel de Bruxelles*) has stayed the enforcement proceedings and asked for a preliminary ruling from the ECJ as regards the classification of the damages as aid if the award is enforced in Belgium and the interplay of EU State aid law and the *res judicata* effect of ICSID awards.⁶⁸ However, the ECJ's response will not clarify the role of Article 351 TFEU, since the ICSID Convention is a post-accession treaty in Belgium.

Lastly, it should be added that the UK Supreme Court accepted Romania and the European Commission's argument that the General Court's annulment of the Commission's 2015 decision did not mean that it became lawful, as a matter of Union law, to enforce the *Micula* award. The annulment only affected the European Commission's final decision, but not its earlier decision in 2014, to open a formal investigation.⁶⁹ This investigation was still open when the Supreme Court delivered its judgment. According to the ECJ's ruling in the *Deutsche Lufthansa* case, the mere provisional classification of a

⁶³ See Article 64 of the ICSID Convention.

⁶⁴ Paragraphs 103-108 of the judgment.

⁶⁵ *Nacka tingsrätt* judgment dated 23 January 2019, Case No. Å 2550-17. Sweden ratified the ICSID Convention in 1966 and joined the EU in 1995.

⁶⁶ See footnote 14 above.

⁶⁷ See paragraph 25 of the UK Supreme Court judgment.

⁶⁸ Request for a preliminary ruling from the *Cour d'appel de Bruxelles* (Belgium) lodged on 24 April 2019, C-333/19, OJ C220, 1.7.2019, p. 24. Presumably, the question of the Belgian court will be assessed by the ECJ in parallel to the appeal of the General Court's judgment in the *Micula* case (see footnote 2 above).

⁶⁹ European Commission decision of 1 October 2014, SA.38517, *Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013*.

measure as State aid in an opening decision is sufficient to give rise to a duty for Member States to refrain from any action which might come into conflict with the final decision of the European Commission (and to respect the standstill rule).⁷⁰ Allowing the aid to be put into effect could come into conflict with the final decision, which, according to the *Deutsche Lufthansa* case, means that the standstill rule should be enforced by the national authorities and courts from the point of the opening decision until the European Commission adopts a final decision.⁷¹ However, since the Supreme Court found that the UK's obligation to enforce the ICSID award prevailed over Union law, this ultimately did not affect the outcome of the case.⁷²

IV.2 Enforcement outside the EU

In order to minimise the risk of Union law-based obstacles to enforcement, some investors seek to enforce arbitral awards in a non-EU Member State which is a contracting party to the ICSID Convention and in whose territory the losing Member State has seizable assets. This will often be the United States.

Article 351 TFEU obviously does not apply in a non-EU Member State, which means that the discussion regarding whether EU State aid law prevails over the obligations under the ICSID Convention is generally not at issue. Instead, the losing Member State will typically focus its efforts on jurisdictional issues, such as arguing that the arbitration clause is invalid under the *Achmea* case-law or invoking State immunity or State compulsion doctrines under the applicable national law.

In the *Micula* case, the US District Court for the District of Columbia rejected Romania's jurisdictional objections in a decision from September 2019.⁷³ However, while the District Court noted that the possibilities to review an ICSID award are very limited, it also attached importance to the General Court's annulment of the European Commission's decision and distinguished the facts from the *Achmea* case. This raises questions about how other cases will be dealt with in the US.

In the *Eiser* case, the investor has attempted to enforce the 2017 arbitral award against Spain e.g. in the US and Australia. The European Commission has made *amicus curiae* submissions in support of Spain in the US court proceedings,⁷⁴ which are still pending, while in Australia the Federal Court of Australia rejected Spain's State immunity defence in a ruling handed down in February 2020 and ordered Spain to pay to Eiser the compensation awarded by the arbitral tribunal.⁷⁵

IV.3 Recovery of damages as incompatible or unlawful aid

However, the successful enforcement of an arbitral award, possibly outside the EU, does not necessarily mean that the State aid-related litigation ends. As we will see, the losing Member State may attempt to claw back such damages.

⁷⁰ ECJ judgment of 21 November 2013, *Deutsche Lufthansa*, Case C-284/12, EU:C:2013:755. See also ECJ judgment of 21 December 2016, *Commission v Hansestadt Lubeck*, Case C-524/14 P, EU:C:2016:971.

⁷¹ The obligation to refrain from taking such measures is derived from the duty of sincere cooperation reflected in Article 4(3) of the Treaty on the European Union.

⁷² See paragraphs 51-52 of the judgment.

⁷³ US District Court for the District of Columbia memorandum opinion of 11 September 2019, *Micula v. Romania*, Case No. 17-cv-02332 (APM).

⁷⁴ See footnote 23 above.

⁷⁵ Federal Court of Australia judgment of 24 February 2020, *Eiser Infrastructure Ltd v Kingdom of Spain*, [2020] FCA 157. As noted above, however, the Eiser award handed down in 2017 was set aside, in June 2020, by an ad hoc Committee due to undisclosed connections between one of the members of the arbitral tribunal and an economic consultancy used by the claimant to quantify its damages (see footnote 42 above).

(a) *Recovery of damages as incompatible aid*

In the *Micula* case, Romania made a partial payment of the damages awarded in early 2014. The European Commission issued an interim injunction in May 2014 to suspend any further payment of damages.⁷⁶ In October the same year, it opened a formal State aid investigation against Romania.⁷⁷

The final decision in this investigation was adopted in 2015.⁷⁸ In it, and as already mentioned, the European Commission stated that the damages awarded pursuant to the arbitral award amounted to “incompatible aid” and ordered Romania to recover any such aid that had already been paid or that was paid later.

However, and as discussed, the General Court later annulled the European Commission’s decision due to the inapplicability *ratione temporis* of Article 107(1) TFEU. The ruling has now been appealed to the ECJ, which may reverse the General Court’s findings. If the European Commission decision from 2015 were to be reinstated following the ECJ’s judgment, Romania would (again) be under an obligation to adopt all necessary measures to recover the damages so far successfully enforced by the Micula brothers.

However, unless there are seizable assets in Romania, it might prove difficult for the Romanian State to comply with such a recovery order.

(b) *Recovery of damages as unlawful aid*

It is improbable however that the European Commission will open a formal state aid investigation in all on-going investment arbitration cases raising State aid concerns. Such investigations are a resource-consuming process and so the European Commission must prioritise which cases to pursue. In addition, an investigation by the European Commission into the matter may, as we will see, actually benefit the investors and therefore not always be in the interests of the Member State concerned.

The European Commission has so far not adopted any interim injunctions or opened any formal investigation in the Spanish renewable energy cases, despite the fact that a large number of arbitral awards in favour of investors have been handed down. Instead, it has limited its intervention to an *obiter dictum* in its 2017 decision, in which it authorised the 2013 support scheme that replaced the 2007 scheme, stating that any damages awarded on the basis of the withdrawal of the 2007 scheme would be notifiable aid and therefore be subject to the standstill rule:

*“The Commission recalls that any compensation which an Arbitration Tribunal were to grant to an investor on the basis that Spain has modified the premium economic scheme by the notified scheme would constitute in and of itself State aid. However, the Arbitration Tribunals are not competent to authorise the granting of State aid. That is an exclusive competence of the Commission. If they award compensation, such as in *Eiser v Spain*, or were to do so in the future, this compensation would be notifiable State aid pursuant to Article 108(3) TFEU and be subject to the standstill obligation.”⁷⁹*

The Member States must, according to established case-law, take action to address the consequences of a breach of the standstill rule, including in relation to the validity of

⁷⁶ European Commission decision of 26 May 2014, SA.38517, *Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013*.

⁷⁷ See footnote 69 above.

⁷⁸ European Commission decision of 30 March 2015, SA.38517, *Romania — Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013*.

⁷⁹ European Commission decision of 10 November 2017, SA.40348, *Spain: support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste*, paragraph 165.

the measure giving rise to the aid and the recovery of unlawful aid.⁸⁰ In the *Eesti Pagar* case from 2019, the ECJ clarified that it is the duty of national authorities to recover on their own initiative aid that has been unlawfully granted.⁸¹

This means that that a Member State can invoke the standstill rule in order to seek to recover damages that amounts to State aid. The Member State does not depend on the intervention of the European Commission in order to do so.

In this respect, it is important, however, to recall a key difference between “incompatible aid” and “unlawful aid”. Aid that has been found incompatible will always be illegal, while unlawful aid can be declared compatible by the European Commission with retroactive effect. If the European Commission finds that unlawful aid is compatible, it will no longer be possible to order recovery of the aid.⁸²

This is particularly relevant in cases such as the many claims related to the withdrawal of the renewable energy aid scheme in Spain. As mentioned above, this aid scheme was set up in 2007 in application of the 2001 Renewable Energy Directive. We have no reason to believe that the European Commission would not have found at the time, or indeed now, this scheme to be compatible with the internal market.⁸³

However, the Spanish authorities, in breach of their obligation under Article 108(3) TFEU, never notified the 2007 aid scheme to the European Commission. Nor have the Spanish authorities notified the damages awarded, despite the European Commission’s classification of the damages as “notifiable aid”. It would be unsatisfactory to allow a Member State to benefit from its own breach of the TFEU and block any possibility of a European Commission investigation. Only the Member State itself can formally notify the aid to the European Commission,⁸⁴ but one option open to an investor in such a situation would be to report the non-notified aid scheme, and the arbitral awards, to the European Commission as a complaint, with the aim of triggering an *ex officio* investigation and a decision that supports the compatibility of the aid.⁸⁵ By contrast, it would be difficult for an investor to compel the Member State to comply with its duty to notify, since the ECJ has held only the standstill obligation in Article 108(3) TFEU has “direct effect”, i.e. creates rights that a national court can enforce against the Member State.⁸⁶

This touches upon the broader question of whether a Member State in such situations is under any obligation to at least try, in good faith, to overcome the obstacles created by the standstill rule and to obtain a positive decision from the European Commission. Clauses imposing such obligations are common when State aid is granted pursuant to a

⁸⁰ ECJ judgment of 21 November 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur*, C-354/90, EU:C:1991:440, paragraphs 11 and 12.

⁸¹ ECJ judgment of 5 March 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17, EU:C:2019:172, paragraph 92.

⁸² Articles 9(5) and 16(1) of Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union, and ECJ judgment of 12 February 2008, *CELF and Ministre de la Culture et de la Communication*, C-199/06, EU:C:2008:79, paragraphs 45-46. However, it should be noted that even if an aid measure is later declared compatible, the beneficiaries may still need to [pay interest in respect of](#) the period until approval by the European Commission was obtained (paragraphs 52 and 55 of CELF judgment).

⁸³ The compatibility of aid shall be assessed according to the substantive rules in force when the aid was granted.

⁸⁴ General Court judgment of 5 August 2003, *P & O European Ferries (Vizcaya) v Commission*, T-116/01 and T-118/01, EU:T:2003:217, paragraph 64.

⁸⁵ Article 24(2) of Council Regulation (EU) 2015/1589 provides that “any interested party” may submit a complaint. Article 1(h) of the regulation defines “interested party” as “any Member State and any person, undertaking or association of undertakings whose interests might be affected by the granting of aid, in particular the beneficiary of the aid, competing undertakings and trade associations”.

⁸⁶ ECJ judgments of 15 July 1964, *Costa v E.N.E.L.*, 6/64, EU:C:1964:66; and of 11 December 1973, *Lorenz*, 120/73, EU:C:1973:152.

contract. Some arbitral tribunals appear to consider that a similar obligation is inherent in the “fair and equitable treatment” standard.⁸⁷

In any event, any attempt to recover damages after successful enforcement in a foreign jurisdiction, by classifying them as unlawful aid paid in breach of the standstill obligation, would trigger further litigation with an uncertain outcome.

An interesting question arises as to the interplay between Article 17 of Council Regulation (EU) 2015/1589, which sets out a limitation period of ten years from the date when unlawful aid was awarded for the European Commission to order recovery of such aid,⁸⁸ and the ability for the Commission to declare an aid scheme compatible. The lack of any decision or measure that interrupts the limitation period within this ten year period would result in the aid in question becoming “existing aid” (as opposed to “new aid”) and therefore deemed as approved (since recovery is no longer possible).⁸⁹ Applying this principle by analogy to any unnotified aid measure (regardless of whether it would be declared compatible or not), would mean that after ten years from the granting of unlawful aid, the standstill obligation in Article 108(3) TFEU no longer applies.⁹⁰ If, as is well established in EU case law,⁹¹ the award of the aid is deemed to take place at the time when the right to the payment arose under national law rather than when the damages for breach of the investment treaty are awarded, then so long as this right arose more than ten years ago, payment of the damages would arguably not be a breach of the standstill obligation. If the promised aid, had it been paid, would amount to “existing aid”, any damages with an equivalent effect should be treated in the same manner.

V. CONCLUDING REMARKS

There is no short-term solution in sight to the problems we describe in this article. The investment arbitration community guards its autonomy against what it perceives as an EU-centric application of Union law, while the EU institutions see the risk of State aid slipping through the net as an unacceptable threat to the effectiveness of Union law and the single market. The delocalised nature of ICSID arbitration and the ability to enforce arbitral awards outside the EU mean that the European Commission must to a large extent fight this battle in non-EU courts. For the same reason, even if the upcoming ECJ rulings related to the *Micula* case (i.e. the appeal against the General Court judgment and the preliminary ruling request from the Belgian court) may shed light on issues such as the application of the *Asteris* case-law in an investment arbitration context, it is unlikely that this will have a major impact on the outcome of cases decided and enforced by arbitral tribunals and courts outside the ECJ’s jurisdiction.

All in all, it is likely that political measures and agreements are needed to resolve this lack of coordination between parallel legal orders.

As mentioned, a majority of the EU Member States have agreed to eliminate intra-EU BITs. The prominent role of the EU Member States in the Energy Charter Treaty

⁸⁷ See Swiss Federal Court judgment of 6 October 2015, *EDF v Hungary*, 4A_34/2015. The ruling concerned a 2013 award from a Swiss arbitral tribunal that has not been made public. Hungary had withdrawn an aid scheme in 2008 and notified a new scheme that replaced the old one. The new scheme was approved by the European Commission. However, the judgment suggests that the arbitral tribunal took the view that Hungary failed to take advantage of the possibilities under Union law and could have obtained approval of a more favourable scheme.

⁸⁸ Under Article 17(2) of Council Regulation (EU) 2015/1589, the limitation period will be interrupted by an action taken by the Commission, or by the Member State at the request of the Commission, during that period.

⁸⁹ Article 17(3) of Council Regulation (EU) 2015/1589.

⁹⁰ See Article 3 of Council Regulation (EU) 2015/1589 which states that the standstill rule only applies to notifiable aid pursuant to Article 2(1) of the regulation and this article only refers to the notification of “new aid”.

⁹¹ See footnotes 47 and 48.

suggests that it is possible that intra-EU disputes might be brought outside the scope of this treaty in the future (but not with retroactive effects).

However, putting an end to intra-EU investment arbitration would not avoid the risk for conflict with EU State aid law when the claimant is domiciled in a non-EU Member State. EU free-trade agreements will, over time, replace some of the extra-EU BITs currently in force, and the agreement between the EU and Canada expressly states that it does not prevent a party from "*discontinuing the granting of a subsidy*".⁹² But many extra-EU BITs will remain in force without any such wording, and to amend hundreds of existing BITs would be an arduous task.

The EU and its Member States have also put forward an ambitious proposal to replace the current investment arbitration system with a standing investment tribunal, whose members would be appointed by the contracting parties to the treaty, and not by the parties to the dispute, and with the possibility for an appeal to an appellate tribunal (but no national judicial review).⁹³ This proposal is inspired by the permanent tribunal set up under the free-trade agreement with Canada.

But putting such solutions into place will take time and require broad, international consensus. In the short- to medium-term at least, we will continue to see cases in which investment arbitration is pitted against EU State aid law. Indeed, the victories of the Micula brothers before the UK Supreme Court and of Eiser in Australia will no doubt encourage other investors to follow the same path.

⁹² See Article 8.9(4) of the agreement.

⁹³ Submission of the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III: 18 January 2019, "Establishing a standing mechanism for the settlement of international investment disputes".

AYUDAS DE ESTADO PARA TIEMPOS DE CRISIS: LA NECESIDAD DE FLEXIBILIDAD, EFICIENCIA Y CONTROL

State aid for times of crisis: the need for flexibility, efficiency and control

José Antonio RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

Responsable de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia, del Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia

RESUMEN

En las actuales circunstancias de crisis derivada de la pandemia del COVID-19, como ya ocurriera en 2008 con la crisis financiera, el control del otorgamiento de las ayudas estatales es vital para el mantenimiento del Mercado interior y, en buena medida, el futuro de la propia Unión Europea.

La prohibición que establece el Artículo 107.1 TFUE se concibe en realidad como la incompatibilidad "de principio" de las medidas que reúnan todas y cada una de las condiciones contenidas en el mismo. Ello no implica, sin embargo, una prohibición radical y absoluta, pues el sistema prevé que bajo determinadas circunstancias tal prohibición pueda levantarse si concurre alguna de las excepciones que el propio sistema prevé y cuya aplicación corresponden exclusiva a la Comisión Europea.

Esta regulación general dota al sistema de una enorme flexibilidad que permite a la Comisión Europea disponer de un amplio margen de apreciación capaz de hacer frente a situaciones tan complejas como la actual respetando el espíritu de una regulación que reconoce que las ayudas estatales son un instrumento de política económica del que no se puede prescindir totalmente.

El objeto del presente trabajo es el análisis del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 en el que la Comisión Europea, como ya hiciera en 2008, expone las condiciones excepcionales bajo las que está dispuesta a autorizar el otorgamiento de ayudas estatales en las actuales circunstancias.

Este marco temporal, que ya ha sido objeto de varias revisiones, contempla la posibilidad de otorgar diversas modalidades de ayuda destinadas a garantizar la liquidez de las empresas, estimular la I+D ligada a la lucha contra la pandemia, la concesión de ayudas de carácter social destinadas mantener el empleo, así como la posibilidad de recapitalizar aquellas empresas cuya subsistencia pueda estar en peligro por la crisis y sus efectos directos sobre la economía.

Analizamos, en consecuencia, un documento esencial de cuyo adecuado uso por parte de las administraciones públicas diseñando medidas adecuadas y eficientes dependerá en gran medida reducir los efectos sanitarios y económicos de un virus que ya ha marcado el curso de la nuestra reciente Historia.

¹ Doctor en Derecho. Las opiniones expresadas en el presente trabajo son estrictamente personales del autor y no reflejan, necesariamente, la opinión del organismo en el que presta sus servicios.

ABSTRACT

In the current circumstances of crisis derived from the COVID-19 pandemic, as happened in 2008 with the financial crisis, the control of the granting of State aid is vital for the maintenance of the internal market and, to a large extent, the future of the European Union itself.

The prohibition established in Article 107.1 TFEU is actually conceived as the incompatibility "in principle" of the measures that meet each and every one of the conditions contained therein. This does not imply, however, a radical and absolute prohibition, since the system provides that under certain circumstances such prohibition may be lifted if any of the exceptions that the system itself provides and whose application correspond exclusively to the European Commission.

This general regulation provides the system with enormous flexibility which allows the European Commission to have a wide margin of appreciation capable of dealing with situations as complex as the current one, respecting the spirit of a regulation that recognizes that state aid is an instrument of economic policy that cannot be totally dispensed with.

The object of this work is the analysis of the Temporary Framework relative to state aid measures aimed at supporting the economy in the context of the current COVID-19 outbreak in which the European Commission, as it did in 2008, sets out the exceptional conditions under which it is willing to authorize the granting of state aid in the current circumstances.

This temporal framework, which has already been the subject of several reviews, contemplates the possibility of granting various forms of aid aimed at guaranteeing the liquidity of companies, stimulating R&D linked to the fight against the pandemic, granting aid to maintaining employment as well as the possibility of recapitalizing those companies whose subsistence may be in danger due to the crisis and its direct effects on the economy.

Consequently, we analyse an essential document whose proper use by public administrations, designing adequate and efficient measures, will largely depend on reducing the health and economic effects of a virus that has already marked the course of recent History.

Palabras clave: Ayudas de Estado, Marco Temporal, COVID-19, empresa en crisis.

Keywords: State Aid, Temporary Framework, COVID-19, firm in difficulties.

I. PUNTO DE PARTIDA: DE LA NORMALIDAD A LA EXCEPCIONALIDAD.

El necesario punto de partida de este trabajo es la excepcional circunstancia que estamos atravesando a causa de la pandemia de Coronavirus que asola el mundo. Sean pues las primeras palabras de este trabajo un sencillo homenaje y recuerdo a todos los que han visto frustrada su vida por este excepcional acontecimiento.

Los padres fundadores de la actual Unión Europea fueron conscientes, desde el principio de que si la supresión de barreras arancelarias no se compensaba con un control de las ayudas que los Estados miembros pudieran otorgar a sus empresas nacionales, el proyecto europeo sería un fracaso. Esta fue la razón de que ya el primero de los tratados constitutivos, el ya derogado Tratado por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (TCECA, 1951) contuviera una regulación especial para las ayudas de Estado que partía de su prohibición radical y absoluta, al transferirse dicha capacidad en exclusiva a la Alta Autoridad², si bien, la crisis de ambos sectores llevó a los Estados miembros a permitirlos de forma muy limitada³.

Con este antecedente y con una mayor dosis de realismo, en el inicial Tratado por el que se creó la Comunidad Económica Europea (TCEE, 1956) y sus sucesivas versiones hasta el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se optó por un sistema más flexible, en el que se parte de una prohibición acotada por una serie de condiciones que se formulan todavía hoy en el Artículo 107.1 TFUE, con unas excepciones en las que la exclusiva capacidad de la Comisión Europea para valorarlas varía en función de las justificaciones que amparan tal excepción.

En las actuales circunstancias de crisis derivada de la pandemia del COVID-19, como ya ocurriera en 2008 con la crisis financiera, el control de las ayudas estatales vuelve a ser esencial desde la perspectiva de la competencia para el mantenimiento del Mercado interior y, en buena medida, el futuro de la propia Unión Europea.

En efecto, la prohibición que establece el Artículo 107.1 FUE al afirmar que "salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones."

² La Alta Autoridad era el órgano ejecutivo colegiado y supranacional de la CECA hasta el Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas (Tratado de Fusión de los Ejecutivos, firmado el 8 de abril de 1965 por los Estados miembros de las 3 Comunidades Europeas existentes ese momento (la CECA, la CEE y la EURATOM), creando de esta forma, una sola Comisión Europea y un solo Consejo para las tres Comunidades. Se juntaban en uno sólo

³ Para sortear la prohibición expresa del artículo 4.c) TCECA se buscó cobertura en otras previsiones del propio TCEA para admitir la existencia de ciertas excepciones a la regla general prohibitiva de las ayudas estrictamente nacionales. De este modo, la Comisión y al Consejo solicitaron del Tribunal de Justicia un dictamen motivado sobre la base del artículo 95 T. Tras un primer informe desfavorable (Dictamen motivado de 17 de noviembre de 1959, Rec. vol. V (1958-59), p. 537 (555)), el Tribunal emitió un segundo y definitivo dictamen (Dictamen motivado de 4 de marzo de 1960, Rec. 1960, p. 95 (107)) que dio paso a lo que se conoce como *petite revision*, de 4 de marzo de 1960, que permitió ampliar considerablemente las competencias de la Comisión para autorizar su otorgamiento.

La prohibición se concibe así como la incompatibilidad “de principio”⁴ de todas las medidas que reúnan todas y cada una de las previsiones contenidas en el mismo⁵. Ello implica que para que una concreta medida sea considerada “ayuda estatal”, en el sentido del Artículo 107.1 TFUE, deberá determinarse si su beneficiario es una “empresa” (atendiendo al carácter amplio en que se define en el Derecho de la Competencia) y que la actividad para la que se destina sea una genuina actividad económica): pero es preciso además que la medida sea efectivamente imputable al Estado (entendido también en sentido amplio) y que se financie directa o indirectamente con fondos que se puedan reputar públicos⁶, que favorezca selectivamente al destinatario, concediéndole una “ventaja económica” de forma selectiva (favorezca de determinadas empresas o producciones) y que afecte de forma anticompetitiva a los intercambios entre Estados miembros.

No obstante, es preciso reconocer que el carácter expansivo con el que la Comisión Europea ha venido interpretando estas condiciones, con el respaldo de los tribunales europeos, ha reducido considerablemente las medidas que, con suficiente certeza, se puede afirmar que quedan excluidas del ámbito de aplicación del Artículo 107.1 TFUE. Esta observación es especialmente relevante en lo que se refiere a la selectividad de la medida, en especial a las de naturaleza fiscal, respecto de las que la jurisprudencia ha sido especialmente sensible a los postulados de la Comisión⁷.

La flexibilidad del sistema se apoya en que junto a la regla prohibitiva, el mismo artículo 107 TFUE dispone en dos apartados sucesivos, el 2º y el 3º, unas ayudas que, aun reuniendo los requisitos del apartado 1 (genuinas “ayudas estatales”) serán autorizadas de forma “casi automática” (Artículo 107.2 TFUE), o podrán serlo (Artículo 107.3 TFUE), si la Comisión aprecia que se dan las condiciones previstas en cada una de las respectivas excepciones que, aun reconociendo un alto grado de discrecionalidad, habrán de ser interpretadas de forma restrictiva por la Comisión⁸. Es por ello necesario recordar que, así como el concepto de ayuda estatal puede ser apreciado por los tribunales nacionales, la compatibilidad de las ayudas es una competencia exclusiva de la Comisión Europea, aunque su apreciación se somete a la revisión judicial.

⁴ Como apuntó ya en su día HERMITTE (« Aides des Etats membres-compatibilité des aides des Etats membres avec le Droit communautaire », en JCE, vol. III, fasc. 675, 1989, p. 2), esta “incompatibilidad de principio” adquiere en el Derecho comunitario un sentido particular, ya que no significa tanto que las excepciones a la incompatibilidad sean raras, sino más bien que son concedidas por la Comisión de manera individualizada, en la medida en que son el instrumento de una política económica de reestructuración del tejido industrial según las normas más competitivas. En términos parecidos, Keppenne (KEPPENNE, J. P.: *Guide des aides d'Etat en Droit communautaire. Reglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 8 y 9) señala como en la práctica la incompatibilidad del apartado 1 del artículo 107 TFUE se muestra más como la excepción que como la regla general.

⁵ Para una visión general del concepto de ayuda, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)”, en BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 187 a 242 y Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante “CCAÉ”.

⁶ No debemos olvidar que con mucha frecuencia la financiación de las ayudas es cofinanciada con fondos europeos procedentes de los diversos instrumentos europeos existentes. El propio MTAE hace, como veremos, alusión al instrumento creado en el marco del Programa Horizonte 2020 y examinado las ayudas otorgadas a su amparo son numerosos los ejemplos de ayudas nacionales cofinanciadas con fondos europeos. A título ilustrativo, vid. State Aid SA.57191 Poland 11.05.2020 The Polish anti-crisis measures - COVID-19 - state aid in the simplified repayable from financial engineering instruments o SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing - infrastructures and production of COVID 19 related products.

⁷ Puede considerarse ilustrativa de lo expuesto la reciente STG de 24 de octubre de 2019, en el asunto T 778/17, Autostrada Wielkopolska S.A./Comisión (ECLI:EU:T:2019:756), en la que el concepto de ayuda y, en concreto, los elementos de “ventaja” y “selectividad” vuelven a ser examinados por el TG, confirmando la apreciación de la Comisión.

⁸ Acerca de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, vid. URRACA CAVBOEDS, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, en BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 243 a 279.

De este modo, conforme al Artículo 107.2 TFUE “serán compatibles con el mercado interior”, esto es, deben ser autorizadas si se dan los correspondientes supuestos de hecho:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; y
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

El grado de discrecionalidad es mayor para la Comisión en los supuestos que se recogen en el Artículo 107.3 TFUE, conforme al cual:

“3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.”

Además del tratamiento singular que se prevé para el sector agrario, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) y las actividades relacionadas con los intereses generales de la seguridad y la defensa⁹, el sistema se articula a través del mecanismo general de la preceptiva notificación previa a la Comisión Europea¹⁰ que, no obstante, se ha ido flexibilizando progresivamente a través de la admisión en sede de ayudas estatales de instrumentos

⁹ Para un análisis en detalle de estas reglas especiales, vid. Arpio Santacruz, Juan Luis, «Las Ayudas Públicas», en GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Tratado...*, op. cit., pp. 419 a 602; en concreto, págs. 429 a 448.

¹⁰ A diferencia de lo que ocurrió con los artículos 101 y 103 TFUE, la Comisión no dispuso de habilitación para desarrollar el Artículo 108 TFUE hasta la aprobación del Reglamento (CE) nº 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, conocido como “Reglamento de habilitación”, (DO L 142, de 14.5.1998, p. 1), hoy reemplazado por el Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DO L 248 de 24.9.2015, p. 1). Y no dispuso tampoco de más reglas de procedimiento que la contenidas en el Artículo 108 TFUE, y las aportaciones de la jurisprudencia hasta la aprobación del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 (DO L 83, de 27.3.1999, p. 1.), hoy reemplazado por Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 248 de 24.9.2015, p. 9).

tomadas de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE como la regla “de minimis”¹¹ y las “exenciones por categorías”¹².

Esta breve exposición de las reglas europeas sobre ayudas estatales no sería completa sin apuntar la asunción también en esta materia de lo que se ha conocido como “enfoque económico” (“More Economic Approach”)¹³ que exige que la eventual concesión de ayudas estatales no sea únicamente una cuestión de disponibilidad presupuestaria y de legalidad europea sino que su otorgamiento responda a criterios de eficiencia económica a la hora de decidir su otorgamiento y diseñarlas, valorando su incidencia efectiva en los mercados, lo que en unas circunstancias como la actual es todavía esencial.

II. LA APLICACIÓN DEL MARCO GENERAL A LA REALIDAD DE UNA CRISIS GLOBAL

Lo expuesto hasta ahora de forma esquemática es el régimen general de las ayudas de Estado en “tiempos normales”; sin embargo, se trata de un sistema dotado de la suficiente flexibilidad como para ser especialmente útil en situaciones tan extremas como la creada por la pandemia del COVID-19.

En efecto, la amplitud de los conceptos con los que delimitan las normas de la competencia, algo consubstancial al propio Derecho de la Competencia¹⁴, aunque ha sido tradicionalmente fuente de severas críticas por atribuir un amplio margen de discrecionalidad a la Comisión Europea¹⁵, permite a esta, sin embargo, aplicar la misma normativa en circunstancias tan excepcionales como lo fue en su momento la crisis financiera o lo es ahora la generada por el COVID-19.

¹¹ La regla de minimis en materia de ayudas de Estado fue admitida en primer lugar por la jurisprudencia, y la Comisión comenzó a aplicarla adoptando inicialmente un instrumento de soft law, las Directrices comunitarias sobre la norma de minimis para las ayudas estatales (DO C 68 de 6.3.1996, p. 9) hasta disponer de habilitación normativa para la adopción de reglamentos por parte de la Comisión. En la actualidad la regla de minimis se contiene en el Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis (DO L 352 de 24.12.2013, p. 1).

¹² Cfr. Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p. 1). La versión consolidada se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10> Asimismo, vid. Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193 de 1.7.2014, p. 1) y Reglamento (UE) n.º 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 369 de 24.12.2014, p. 37).

¹³ Este enfoque económico de las ayudas de Estado se intensificó a partir del “Plan de acción en el ámbito de las ayudas estatales - Ayudas estatales menos numerosas y más específicas: hoja de ruta para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009” [SEC(2005) 795], reforzado tras la aprobación de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para la “Modernización de las ayudas estatales en la UE”, Bruselas, 8.5.2012, COM (2012) 209 final. En lo que respecta a España, las atribuciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y las Autoridades autonómicas de competencia tienen un papel muy limitado en materia de ayudas públicas, en la esfera de la promoción de la competencia (advocacy), si bien se ha apostado por dicho enfoque económico, como se infiere de la primera metodología para analizar el otorgamiento de ayudas públicas desde la perspectiva de la eficiencia económica expuesta en su día por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2008 (Apartado 3. Principios económicos para el análisis de las ayudas públicas, pp. 16 a 33) y posteriormente, desarrollada por la CNMC en su Informe PRO/CNMC/001/2016. Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, del 9 de junio de 2016, en el que se asume las líneas marcadas por el ya referido Plan de Acción Modernización de las ayudas estatales en la UE, de 2012-.

¹⁴ Así lo reconocido de forma expresa nuestro propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), reproducida, entre otras, en la reciente STS n.º 1497/2018, 1497/2018 (Roj: STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631).

¹⁵ Para un examen ponderado y objetivo de estas críticas y su fundamento real (incluida la de la deferencia hacia la Comisión Europea por parte de los tribunales, en concreto respecto de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, vid. IBÁÑEZ COLOMO, P., *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Por ello, la Comisión ha podido acudir nuevamente, partiendo de la experiencia adquirida con la crisis financiera de 2008¹⁶, a un instrumento de soft law¹⁷, recogiendo en una comunicación un “marco temporal” en el que expone y delimita las condiciones excepcionales bajo las que está dispuesta a admitir la compatibilidad de diversas medidas de intervención pública, poniendo de manifiesto de forma explícita los criterios que aplicará para valorar las medidas sometidas a su consideración durante la crisis, adaptando la normativa general, que permanece plenamente vigente, a las excepcionales circunstancias a la que se debe hacer frente, sin suspender su aplicación.

Resulta evidente que, como ocurriera en 2008, la Comisión no podía ignorar que la presión sobre los Estados miembros para que movilizaran sus recursos públicos iba a ser de nuevo muy poderosa y que, en último término, las ayudas de Estado no dejan de ser un genuino instrumento de política económica del que la Unión Europea hace un uso constante. Por ello optó nuevamente por reconducir los esfuerzos económicos de los de los Estados miembros (incluso con fondos europeos) de modo que sus efectos perturbadores sobre la competencia fueran lo más limitados posibles.

Por esta razón, la aprobación del propio Paquete de ayudas COVID-19 en forma de un “marco temporal” específico fue precedida de la la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Banco Europeo de Inversiones y al Eurogrupo bajo el expresivo título de “Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19¹⁸”, el 13.3.2020¹⁹, en la que, tras ofrecer un diagnóstico realista del escenario de crisis que comenzaba a percibirse y a sus inevitables consecuencias socio-económicas, plantea de forma clara la necesidad garantizar la

¹⁶ En 2008 la Comisión Europea aprobó la Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera Mundial (DO C 270, de 25.10.2008, p. 8) que fue objeto de varias revisiones y complementada por otras comunicaciones específicas en lo que se denominó “Paquete Bancario” (estas comunicaciones se pueden consultar en la web oficial de la DGCOMP: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html). Como hemos tenido ocasión de señalar, la Comisión había esbozado ya unas líneas directrices generales sobre el sector bancario integradas en su Decisión en el caso Crédit Lyonnais de 1995 [Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprobaron condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco Credit Lyonnais (DO L 308, de 21.12.1995, p. 92)], que incluía un epígrafe 3º, de carácter general titulado “Aplicación a los bancos de las normas sobre ayudas de Estado”, en el que se había examinado 3.1 Aplicabilidad de las normas sobre ayudas de Estado a los Bancos y apreciación de la presencia de ayudas de Estado y 3.2 Apreciación de la compatibilidad de una ayuda de Estado a uno o varios Bancos. A este respecto, véanse nuestros trabajos, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: “Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado”, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1998, pp. 81 a 124, en concreto, pp. 95 a 102 y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 117, Lex Nova, enero-marzo, 2010, pp. 161 a 190.

¹⁷ Es preciso destacar que el denominado soft law ha desempeñado en materia de ayudas estatales un papel todavía más significativo que en los demás ámbitos del Derecho Europeo, no sólo por su rápida adopción, sino sobre todo por flexibilidad, como tendremos ocasión de ver al examinar las medidas adoptadas por la Comisión para hacer frente a la pandemia del COVID-19. Como ya hemos señalado en una nota anterior, a falta de habilitación específica para adoptar normas en sentido estricto, la Comisión Europea acudió a estos instrumentos adoptando múltiples directrices y notas, en formas diversas tales como comunicaciones, cartas a los Estados miembros o incluso documentos de trabajo de la propia DGCOMP (DGCOMP working papers), muchos de ellos todavía vigentes, en los que la Comisión expone su posición (recogiendo la jurisprudencia que la respalda), acerca de los diferentes tipos o instrumento de ayuda, a su finalidad (regional/sectorial) y marcos horizontales, es decir, sin especificidad sectorial alguna.

¹⁸ COM (2020) 112 final. Esta comunicación se puede consultar en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf

¹⁹ El Marco temporal diseñado para el COVID-19 alude directamente a esta comunicación, cuya importancia y utilidad recuerda en su punto 12 desde su versión original, en la que ya hace referencia, concretamente en su punto 3, “Las diferentes medidas de contención adoptadas por los Estados miembros, como las medidas de distanciamiento social, las restricciones de viaje, las cuarentenas y el confinamiento, tienen por objeto garantizar que la perturbación sea lo más breve y limitada posible. Estas medidas tienen un impacto inmediato tanto en la oferta como en la demanda, y afectan a las empresas y los trabajadores, especialmente en los sectores de la salud, el turismo, la cultura, el comercio minorista y el transporte. Más allá de los efectos inmediatos en la movilidad y el comercio, el brote de COVID-19 está afectando de manera creciente a empresas de todos los sectores y de todo tipo, tanto a pequeñas y medianas empresas (pymes) como a grandes empresas. El impacto también se percibe en los mercados financieros mundiales, en particular en lo que se refiere a la liquidez. Estos efectos no se circunscribirán a un Estado miembro concreto; tendrán un impacto negativo en la economía de la Unión en su conjunto.”

solidaridad en el mercado único, identificando ya los primeros sectores afectados: el mercado de suministro de equipo médico, el transporte y el turismo²⁰.

III. UN NUEVO MARCO TEMPORAL EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

Con estos antecedentes, el 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó la primera versión de su Comunicación titulada "Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19"²¹ (en adelante, "MTAE"²²), cuya redacción ya ha sido revisada en cuatro ocasiones²³: el 3.4.2020²⁴, el 8.5.2020²⁵, el 2.7.2020²⁶ y finalmente, el 13.10.2020²⁷. Estas modificaciones conforman un texto consolidado que define la posición de la Comisión ante las posibles ayudas estatales que puedan programar los Estados miembros y amplían el marco inicial a nuevas modalidades de ayuda estatal respecto de las que su compatibilidad va a ser aceptable para la Comisión Europea²⁸.

²⁰ La solidaridad europea se tradujo de forma inmediata promoviendo, ese mismo día, una "Iniciativa de inversión en respuesta al coronavirus" (CRII) aplicando 37.000 millones de euros en virtud de la política de cohesión al brote de COVID-19, anticipando la inmediata aprobación de un marco temporal específico en materia de ayudas estatales para completar el esfuerzo de flexibilización del presupuesto europeo que ya se estaba realizando, destinado a completar las medidas de apoyo que los Estados miembros podían ya articular sobre la base del régimen ordinario sobre ayudas estatales, sin necesidad de la previa aprobación de la Comisión de un marco temporal específico. La Comisión lo resume recordando que los Estados miembros pueden: Primero, tomando medidas aplicables a todas las empresas, por ejemplo, subsidios salariales y suspensión de pagos de impuestos corporativos y de valor agregado o contribuciones sociales; Segundo, otorgando apoyo financiero directamente a los consumidores, p. por servicios cancelados o boletos que no son reembolsados por los operadores interesados; Tercero, aplicando las normas sobre ayudas estatales basadas en el artículo 107.3. c) TFUE que permite a los Estados miembros, con la aprobación de la Comisión, satisfacer las graves necesidades de liquidez y ayudar a las empresas que se encuentran en quiebra debido al brote de COVID-19. Cuarto, el artículo 107.2.b) TFUE que permite a los Estados miembros, también previa aprobación de la Comisión, compensar a las empresas por los daños sufridos en circunstancias excepcionales, como las causadas por el brote de COVID-19 recordando, en quinto lugar, que estas medidas se pueden complementar con una variedad de medidas adicionales, como el Reglamento de minimis y el Reglamento general de exención por categorías, que los Estados miembros también pueden poner en práctica de inmediato, sin la participación de la Comisión.

²¹ DO C 91, de 20.3.2020, p. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.091.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2020:091:FULL>

²² Dado que las sucesivas reformas de este MTAE permiten consolidar dicho marco en un único texto, mantendremos esta denominación para la versión vigente, identificando eventuales cambios indicando la revisión correspondiente (1RMTAE, 2RMTAE, 3RMTAE ó 4RMTAE).

²³ Como se indica en el punto 91 MTAE (procedente de su segunda revisión, de 8.5.2020), la Comisión "aplicará la presente Comunicación desde el 19 de marzo de 2020, habida cuenta del impacto económico del brote de COVID-19, que requería una acción inmediata. La presente Comunicación está justificada por las actuales circunstancias, de carácter excepcional, y no se aplicará después del 31 de diciembre de 2020, con excepción de la sección 3.11, que se aplicará hasta el 1 de julio de 2021. La Comisión puede revisar la presente Comunicación antes del 31 de diciembre de 2020 en función de consideraciones importantes de índole económica o relacionadas con la política de competencia. Cuando resulte útil, la Comisión puede también facilitar otras aclaraciones sobre su planteamiento en asuntos concretos."

²⁴ DO C 112I de 4.4.2020, p. 1.

²⁵ DO C 164, 13.5.2020, p. 3.

²⁶ DO C 2018, de 2.7.2020, p. 3. Esta tercera revisión del MTAE (3RMTAE) entró en vigor el 29 de junio de 2020. Esta revisión es comentada por NICOLAIDES, Ph., "Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines", en State Aid Uncovered, 7. July 2020. disponible en: <https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/> y por WILSON, T./GNATZY, P./CRANLEY, S., "The EC's third amendment to the State aid Temporary Framework", en Kluwer Competition Law Blog, July 7, 2020. Texto disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>

²⁷ DO C 340 I, de 13.10.2020, p. 1. Los 20 primeros puntos de esta Comunicación son un diagnóstico de la situación a octubre de 2020.

²⁸ En la nota de prensa que acompaña la segunda modificación se señala que "hasta la fecha la Comisión ha aprobado un importe estimado de 1,9 billones de euros en ayudas estatales a la economía de la UE, para aportar urgentemente la liquidez que necesitan las empresas, salvar puestos de trabajo, facilitar la investigación y el desarrollo y garantizar el suministro de productos para luchar contra el coronavirus." Cfr. "Ayudas estatales: La Comisión amplía el Marco Temporal a las medidas relativas a la recapitalización y la deuda subordinada para seguir apoyando la economía en el contexto de la pandemia de coronavirus", de 5.2020, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_838

Asimismo, es preciso destacar que por primera vez desde la aprobación del Reglamento 1/2003²⁹, la Comisión ha adoptado un marco temporal para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE: la Comunicación de la Comisión “Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19”³⁰. En este instrumento la Comisión aclara las posibilidades de acuerdos de cooperación y colaboración entre empresas en el contexto de las necesidades suscitadas por la pandemia³¹ y recupera temporalmente las “Cartas de Compatibilidad” (“Comfort Letters”)³², que existían antes del Reglamento 1/2003, que sustituyó la obligatoriedad de la notificación previa por la autoevaluación por las propias empresas (sistema de “autorización legal”).

1.- Justificación y objetivos del nuevo marco temporal y de sus dos sucesivas revisiones

La Comisión justifica la aprobación inicial del MTAE³³, como ya lo había hecho en su previa Comunicación de 13.3.2020, identificando al brote de COVID-19 como una “grave emergencia de salud pública” cuya súbita aparición estaba generando problemas de liquidez de las empresas anticipando sus terribles efectos inmediatos sobre la economía europea. Ante las demandas de los Estados miembros y a partir de la experiencia adquirida desde 2008, ofrece de forma inmediata una respuesta en forma de un paquete temporal de medidas a través de las que trata de adaptar las reglas generales sobre ayudas estatales para tiempos de normalidad ofreciendo indicaciones a los Estados miembros sobre qué ayudas podrían articular y cómo iba a valorar su compatibilidad.

El MTAE tiene pues como finalidad básica ofrecer un “puerto seguro” a los Estados miembros que garantice que las medidas de apoyo público a sus empresas respetan la legalidad europea en materia de ayudas estatales.

La misión de la Comisión es especialmente compleja y delicada, pues debe satisfacer los intereses nacionales que tratan de salvaguardar los Estados miembros y ofrecer, al mismo tiempo, una respuesta eficaz, rápida y coherente con el espíritu y finalidad de las reglas europeas sobre ayudas estatales, diseñadas para limitar sus efectos sobre la competencia desde la perspectiva del interés de la Unión Europea en su conjunto.

La necesidad de conciliar de forma pragmática y efectiva todas estas premisas, determina necesariamente que las medidas estatales que excepcionalmente puedan ser autorizadas exigen que las condiciones sean precisas, proporcionadas y limitadas en el

²⁹ 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 81 y 82 del Tratado (hoy 101 y 102 TFUE) (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

³⁰ DO C 116, de 8.4.2020, p. 7. En este contexto y desde una perspectiva internacional debemos destacar también el “ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic” (<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>) y OECD competition policy responses to COVID-19 (<https://www.oecd.org/competition/competition-policy-responses-to-covid-19.htm>). Acerca de lo que es lícito, desde una perspectiva general, en materia de acuerdos entre empresas, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, en Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Vol. 12, Bogotá, Colombia, 2020, en prensa. <https://www.revistamisionjuridica.com/>

³¹ Cfr. en particular, punto 4 de la Comunicación citada.

³² Cfr. en particular, punto 7 de la Comunicación citada. Aunque hecha pública con posterioridad, el 8.4.2020, la Comisión adoptó su primera carta de compatibilidad, “Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients (COMP/OG-D(2020/044003), disponible en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf). Vid. VILA, C./PRAT, M., “COVID-19: La ce publica la primera carta de compatibilidad relativa a un proyecto de cooperación de medicines for europe”, 4 mayo, 2020, disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/covid-19-ce-publica-primer-cart-compatibilidad-relati>

³³ La evolución de cómo la Comisión percibe la crisis y como va adaptando a ella su MTAE se extrae de la lectura de las introducciones de las diferentes versiones de dicho MTAE.

tiempo. Estas tres variables han exigido que la respuesta inicial, el MTAE original, haya sido sucesivamente revisado, hasta la fecha en dos ocasiones, para tratar de adaptarlo a la propia evolución de la crítica situación generada por la pandemia del COVID-19.

Por ello y al igual que ocurriera en la crisis de 2008, cada versión del MTAE responde a un objetivo principal que se añade a los anteriores y cuyo contenido se va afinando para adaptarse mejor a la evolución de los acontecimientos y a la necesidad de la respuesta, incorporado los cambios que la experiencia de su práctica va ofreciendo. De este modo, la versión inicial del MTAE perseguía dar una rápida respuesta al problema de liquidez a corto plazo de las empresas y avanzaba el peligro de una recesión económica en Europa

Su primera revisión, tan sólo dos semanas después, el 3.4.2020, ajusta las medidas anteriores y formula otras nuevas destinadas a estimular la inversión en la lucha directa contra la propia enfermedad y amortiguar sus efectos sobre el empleo y la actividad económica.

Por su parte, la aprobación de la segunda revisión del MTAE, el 8.5.2020 (2RMTAE), recoge ya un nuevo escenario en el que las empresas no financieras que en ausencia de la crisis serían viables no sólo pueden padecer problemas temporales de liquidez sino ver comprometida su propia solvencia y con ello su viabilidad a largo plazo a causa de la bajada de la demanda y la interrupción de suministros incrementando el riesgo de una grave recesión económica que afecte potencialmente al conjunto de la economía de la UE.

En consecuencia, la Comisión se ve obligada a dar un paso más permitiendo ayudas públicas en forma de recapitalización de empresas y de subscripción de deuda subordinada (híbridos financieros) fijando para ello reglas específicas y muy detalladas.

No obstante, cuando aún no habían pasado dos meses de la 2RMTAE, cuando el texto fue nuevamente revisado (3RMTAE) con cuatro objetivos declarados de forma expresa: 1) dar una respuesta específica a las necesidades de las microempresas y las pequeñas empresas, 2) fomentar la participación privada en las ayudas en forma de recapitalización, 3) evitar que las eventuales ayudas se concediesen al traslado de una actividad de producción o de otra actividad del beneficiario desde otro país perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE) al territorio del Estado miembro que la concede y, 4) introducir ciertas aclaraciones en el texto, modificando algún punto concreto de su redacción.

2.- La base jurídica de la excepcionalidad.

A pesar de que, como ya hemos visto, el artículo 107.2.b) TFUE, declara la compatibilidad "automática"³⁴ con el mercado interior de las ayudas "destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional" que podría ser la base jurídica más directamente relacionada con la causa

³⁴ El ya citado Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p. 1) contiene algunas referencias a esta excepción, distinguiendo dos hipótesis: i) la reparación de los daños causados por las catástrofes naturales y ii) la reparación de los daños causados por determinadas condiciones climáticas adversas en el sector pesquero. Sin embargo, sólo dedica a aclarar cada una de ellas un considerando. Centrándonos en el primero que es el ahora relevante, la Comisión había manifestado en dicho reglamento que: "(11) En lo que respecta a las ayudas estatales destinadas a reparar los daños causados por las catástrofes naturales, así como las ayudas estatales destinadas a reparar los daños causados por ciertas condiciones atmosféricas adversas en la pesca los importes que se conceden en dichos sectores suelen ser limitados y pueden establecerse condiciones claras de compatibilidad. El presente Reglamento faculta a la Comisión a eximir de la obligación de notificar tales ayudas. Según la experiencia de la Comisión, esas ayudas no dan lugar a ningún falseamiento significativo y, sobre la base de la experiencia adquirida, pueden definirse condiciones claras de compatibilidad." El Marco temporal se refiere a las exenciones recogidas en dicho reglamento en su punto 13, en el que afirma que "13. Los Estados miembros también pueden diseñar medidas de apoyo en consonancia con el Reglamento general de exención por categorías (8) sin la participación de la Comisión."

de la crisis (una grave emergencia sanitaria)³⁵, la Comisión, reconociendo la magnitud de la crisis y sus efectos sobre la economía, acude inicialmente, al igual que hiciera en 2008, en la primera versión de su MTAE por explotar las posibilidades ya conocidas de la excepción del Artículo 107.3.b) TFUE (la grave perturbación de la economía de un Estado miembro)³⁶.

No obstante, la evolución de la crisis y la necesidad de hacer frente a su causa concreta, la grave crisis sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19, en su primera revisión del MTAE decide acudir también a la excepción del Artículo 107.3.c) TFUE³⁷ para autorizar ayudas a la inversión vinculadas directamente a la lucha contra la enfermedad y la emergencia sanitaria propiamente dicha.

Como ya hemos apuntado, tanto la excepción de la letra b), como la de la letra c) del apartado 3º del artículo 107 TFUE dejan un mayor margen de apreciación a la Comisión ("Podrán ser compatibles"), cuyo alcance y condiciones de aplicación, en estas excepcionales circunstancias, hace explícito en el MTAE, concretando los términos y condiciones bajo los cuales determinadas ayudas serán autorizadas, justificándose así, una vez más, la utilidad del mecanismo del soft law por parte de la Comisión, cuya flexibilidad es mayor en las excepciones del apartado 3º del artículo 107 TFUE, frente a las del apartado 2º³⁸.

³⁵ El 12 de marzo la Comisión había autorizado ya la primera petición de ayuda de Estado realizada por Dinamarca para compensar los daños causados por la cancelación de los grandes eventos en base a otra posible, y menos utilizada, vía de concesión de ayudas como es el art. 107.2.b del TFUE. Cfr. SA.56685 State aid notification on compensation scheme cancellation of events related to COVID-19 https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_56685 ("State aid: Commission approves €12 million Danish scheme to compensate damages caused by cancellations of large public events due to COVID-19 outbreak", IP/20/454, March 12, 2020) y NICOLAIDES, Ph., "A New Temporary State aid Framework to Fight the Effects of the Corona Virus", 20.03.2020, disponible en <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9625>

³⁶ El MTAE fija las condiciones básica para la aplicación de esta excepción en su epígrafe 2 ("2. Aplicabilidad del artículo 107, apartado 3, letra b), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea", puntos 17 a 20, que salvo el 20, en el que se amplía la posibilidad de acumular ayudas, procede de la redacción inicial del MTAE, siendo este último punto (20) nuevamente retocado en la segunda modificación del MTAE.

³⁷ Como se puede leer en el nuevo punto 16 bis 2RMTAE: "(...) más allá de las medidas de ayuda permitidas en virtud del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, y de las posibilidades existentes en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, es asimismo esencial acelerar la investigación y el desarrollo relacionados con la COVID-19, apoyar las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala que contribuyen al desarrollo de productos relacionados con la COVID-19, así como respaldar la producción de los productos necesarios para responder al brote. Por consiguiente, la presente Comunicación establece las condiciones en las que la Comisión considerará tales medidas compatibles con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE. La Comisión tuvo debidamente en cuenta el objetivo común perseguido por dichas medidas de ayuda y sus efectos positivos a la hora de hacer frente a la crisis de emergencia sanitaria provocada por el brote de COVID-19 al ponderarlos con los potenciales efectos negativos de tales medida en el mercado interior."

³⁸ La tercera modificación de este MTAE (3RMTAE), introdujo, con voluntad clarificadora, los puntos 15Bis y 16Ter, conforme a los cual, es "No obstante, la ayuda en virtud del artículo 107, apartado 2, letra b), del TFUE, debe compensar los daños y perjuicios directamente causados por el brote de COVID-19, tales como los daños y perjuicios directamente causados por las medidas de cuarentena que hayan impedido al beneficiario ejercer su actividad económica. En cambio, otro tipo de ayuda dirigida más en general a la recesión económica ocasionada por la pandemia de COVID-19, debe evaluarse con arreglo a otra base de compatibilidad diferente, la del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, y, por tanto, en principio sobre la base del presente Marco Temporal". Además, la 3RMTAE añade el punto 16Ter en el que se señala: "16ter La ayuda concedida en virtud de la presente Comunicación sobre la base del artículo 107, apartado 3, letras b) o c), del TFUE, no estará condicionada al traslado de una actividad de producción o de otra actividad del beneficiario desde otro país perteneciente al EEE al territorio del Estado miembro que concede la ayuda. Esta condición parece que sería pernicioso para el mercado interior. Ello con independencia del número de puestos de trabajo perdidos realmente con el establecimiento inicial del beneficiario en el EEE,"

3.- Los beneficiarios de las ayudas: el problema de la “empresa en crisis”.

Las ayudas, aunque pueden articularse a través de intermediarios financieros³⁹, tienen como beneficiarios exclusivos a las empresas no financieras de todos los sectores, tipos y tamaños⁴⁰; si bien, dando un trato preferencial a las pequeñas y medianas empresas (pymes⁴¹), incluyendo de forma expresa en alguna de las medidas a los autónomos, frente a las grandes empresas, aunque sin duda, las medidas de recapitalización autorizadas en la 2RMTAE, especialmente en las que puedan otorgarse de forma individual, tienen con toda certeza como destinatarios directos a estas últimas.

Esta afirmación general de que los beneficiarios de las ayudas son las empresas de cualquier tipo y tamaño es matizada en el MTAE al entrar en el detalle de las medidas concretas propuestas a los Estados miembros, al exigírseles que no se hallaran en “crisis” a 31 de diciembre de 2019, constituyendo este extremo, el de “empresa en crisis”, como apuntan, entre otros, NICOLAIDES⁴² y BUENDÍA⁴³, uno de los aspectos más delicados y controvertidos de todo el documento, hasta el punto de haber tenido que modificar la redacción inicial del texto ya en su primera revisión, el 3.4.2020 (1RMTAE).

En efecto, el MTAE en su versión original disponía que “las ayudas pueden concederse a empresas que no estaban en crisis (a tenor de lo dispuesto en el Reglamento general de exención por categorías) a 31 de diciembre de 2019; pueden concederse a empresas que no estén en crisis y/o a empresas que no estaban en crisis a 31 de diciembre de 2019 pero que sí lo estaban o empezaron a estarlo con posterioridad a consecuencia del brote de COVID-19;”

Ante el inexorable veto que establecía el propio MTAE para cualquiera de las posibles ayudas que diseñaba la determinación de qué es o cuando está exactamente una empresa “en crisis” adquiriría una vital importancia que exigía una claridad que la excesivamente farragosa y confusa redacción anterior poco contribuía a aclarar.

Como recuerda NICOLAIDES, en esencia, una empresa está en dificultades si, en la práctica, sus pérdidas netas acumuladas exceden el 50% de su capital suscrito, independientemente de si el capital suscrito se amortiza formalmente y del sector en el que opera y de si un inversor privado estaría o no dispuesto a invertir en ella. Sin embargo, como reconoce implícitamente el propio autor, la cuestión no resulta fácil de aplicar en la práctica.

Por ello, una de las cuestiones que trata de resolver la primera revisión del MTAE es precisamente aclarar el alcance de esta exclusión modificando la redacción inicial

³⁹ Se afirma expresivamente, ya en la versión original del MTAE (punto 29) que estas ayudas “no tienen por objeto preservar o restablecer la viabilidad, la liquidez o la solvencia de los bancos”) Las eventuales ayudas que se puedan conceder a los bancos aun cuando se trate de indemnizaciones amparadas en el artículo 107.2.b) TFUE (excepción automática) se someten a su regulación sectorial específica, sin que pueden tener por objeto “preservar o restablecer la viabilidad, la liquidez o la solvencia de una institución o entidad”, siendo analizadas al margen de esta Comunicación”. No obstante, en la segunda revisión se amplían las medidas en las que pueden intervenir, reforzando las cautelas para evitar que se beneficien indirectamente de las ayudas al margen de su régimen sectorial específico.

⁴⁰ En el punto 3 MTAE, desde su versión original se afirma que “(...) Más allá de los efectos inmediatos en la movilidad y el comercio, el brote de COVID-19 está afectando de manera creciente a empresas de todos los sectores y de todo tipo, tanto a pequeñas y medianas empresas (pymes) como a grandes empresas. El impacto también se percibe en los mercados financieros mundiales, en particular en lo que se refiere a la liquidez. Estos efectos no se circunscribirán a un Estado miembro concreto; tendrán un impacto negativo en la economía de la Unión en su conjunto.”

⁴¹ Según se define en el anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187 de 26.6.2014, p. 1)

⁴² En este sentido, NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, 27.04.2020 <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9648>

⁴³ La dificultad de identificar la empresa en crisis que pretende excluir el MTAE en su versión inicial fue también apuntada por BUENDÍA SIERRA, J. L., en su contribución al seminario virtual “Comisión Europea, Competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, organizado por la AEDC, el pasado 24 de abril de 2020. Cfr. <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>

limitándose a afirmar en su lugar⁴⁴ para cada una de las ayudas que expone que “no puede concederse a empresas que ya estaban en crisis (a tenor del Reglamento general de exención por categorías) el 31 de diciembre de 2019.” Y recordando, en las correspondientes notas al pie, que el término es empleado “según la definición que figura en el artículo 2, apartado 18, del Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p 1).”⁴⁵

La dificultad de interpretar el concepto que ofrece el citado Reglamento es enfatizada por el propio NICOLAIDES al analizar la aplicación de dicho precepto en dos recientes sentencias del Tribunal General, de 12 de marzo de 2020⁴⁶, en las que se examinaban sendas decisiones de la Comisión relativas a las cuestionadas ayudas concedidas a dos clubs de fútbol españoles, el Valencia y el Elche (ambas sociedades anónimas deportivas⁴⁷), reconociendo abiertamente que aunque la Comisión tuvo éxito en la clasificación de Valencia como empresa en crisis, el Tribunal General anuló su decisión porque, como en el caso del Elche, no tuvo en cuenta el valor de una garantía y no trató de determinar si un existía una prima de la garantía respecto de las condiciones de mercado.

⁴⁴ Cfr. 3.1. Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales (punto 22, letra c); 3.2. Ayudas en forma de garantías de préstamos (punto 25, letra h); 3.3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos (punto 27, letra g); 3.6. Ayuda a la investigación y desarrollo relacionada con la COVID-19 (punto 35, letra h); 3.7. Ayuda a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (punto 37, letra k) 3.8. Ayuda a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (punto 39, letra i).

⁴⁵ Una clara evidencia de la dificultad del concepto aludido es la propia definición a la que se remite la Comisión, , la contenida en el Artículo 2, apartado 18 del Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187, de 26.6.2014 , p. 1), que define a la “empresa en crisis” como: “una empresa en la que concurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada (distinta de una PYME con menos de tres años de antigüedad o, a efectos de los criterios para poder optar a las ayudas a la financiación de riesgo, una PYME en el plazo de siete años desde su primera venta comercial, que cumpla las condiciones para recibir inversiones de financiación de riesgo tras las comprobaciones de diligencia debida por parte del intermediario financiero seleccionado), cuando haya desaparecido más de la mitad de su capital social suscrito como consecuencia de las pérdidas acumuladas; es lo que sucede cuando la deducción de las pérdidas acumuladas de las reservas (y de todos los demás elementos que se suelen considerar fondos propios de la sociedad) conduce a un resultado negativo superior a la mitad del capital social suscrito; a efectos de la presente disposición, «sociedad de responsabilidad limitada» se refiere, en particular, a los tipos de sociedades mencionados en el anexo I de la Directiva 2013/34/UE (1) y «capital social» incluye, cuando proceda, toda prima de emisión;

b) si se trata de una sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad (distinta de una PYME con menos de tres años de antigüedad o, a efectos de los criterios para poder optar a las ayudas a la financiación de riesgo, una PYME en el plazo de siete años desde su primera venta comercial, que cumpla las condiciones para recibir inversiones de financiación de riesgo tras las comprobaciones de diligencia debida por parte del intermediario financiero seleccionado), cuando haya desaparecido por las pérdidas acumuladas más de la mitad de sus fondos propios que figuran en su contabilidad; a efectos de la presente disposición, «sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad» se refiere, en particular, a los tipos de sociedades mencionados en el anexo II de la Directiva 2013/34/UE;

c) cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores;

d) cuando la empresa haya recibido ayuda de salvamento y todavía no haya reembolsado el préstamo o puesto fin a la garantía, o haya recibido ayuda de reestructuración y esté todavía sujeta a un plan de reestructuración;

e) si se trata de una empresa distinta de una PYME, cuando durante los dos ejercicios anteriores:

1) la ratio deuda/capital de la empresa haya sido superior a 7,5 y

2) la ratio de cobertura de intereses de la empresa, calculada sobre la base del EBITDA, se haya situado por debajo de 1,0;

⁴⁶ Se trata de las sentencias del Tribunal General, de 12 de marzo de 2020 en los asuntos T-901/16, Elche Club de Fútbol/Comisión (ECLI:EU:T:2020:97) y T-732/16, Valencia Club de Fútbol/Comisión (ECLI:EU:T:2020:98).

⁴⁷ Cfr. <https://www.csd.gob.es/es/federaciones-y-asociaciones/sociedades-anonimas-deportivas>

Debemos destacar, no obstante, que en la 3RMT⁴⁸ se establece una excepción en el rigor de esta salvaguarda respecto de las pymes y microempresas, conforme a la cual, podrán conceder ayudas a microempresas o pequeñas empresas (en el sentido del anexo I del Reglamento general de exención por categorías) que ya estuvieran en crisis el 31 de diciembre de 2019 siempre y cuando no se encuentren inmersas en un procedimiento concursal con arreglo a su Derecho nacional y no hayan recibido una ayuda de salvamento (*) o de reestructuración.

IV. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES Y TEMPORALES DE AYUDA ESTATAL QUE RECOGE EL MTAE

Esta es, sin duda, la parte substantiva de la Comunicación MTAE y por ello, precisamente, la que más ha sido retocada respecto de la versión inicial NTAE. De este modo, las 5 medidas contenidas inicialmente en la versión inicial del MTAE fueron revisadas y ampliadas a 10 en la 1RMTAE (3.4.2020) que nuevamente fueron revisadas y ampliadas a 11 en la 2RMTAE (8.5.2020) que añade la más delicada de todas, las ayudas a la recapitalización. La 4RMTAE añadió una nueva modalidad de ayuda, la 12, Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos.

La relación completa de medidas sobre las que la Comisión apunta pautas para admitir su compatibilidad es desde el 8.5.2020, la siguiente⁴⁹:

1. Importes limitados de ayuda⁵⁰
2. Ayudas en forma de garantías de préstamos
3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos
4. Ayudas en forma de garantías y préstamos canalizados a través de entidades de crédito u otras entidades financieras
5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo
6. Ayuda a la investigación y desarrollo relacionada con la COVID-19
7. Ayuda a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala
8. Ayuda a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19
9. Ayuda en forma de aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social
10. Ayuda en forma de subsidios salariales para los empleados a fin de evitar las reducciones de plantilla durante el brote de COVID-19 y
11. Medidas de recapitalización.
12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos.

⁴⁸ El MTAE3 incorpora con idéntica redacción, los los puntos 22 c)bis, 25 h)bis, 27 g)bis, 35 h)bis, 37 k)bis, 39 i)bis y 49 d)bis.

⁴⁹ Al igual que hiciera con el paquete bancario, la Comisión publica en la web oficial de la DGCOMP una relación actualizada de las ayudas autorizadas que resulta para conocer el alcance y diseño de cada una de estas medidas, diferenciadas por países y con acceso a su correspondiente contenido en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html

⁵⁰ El título de esta primera modalidad era hasta que fue reemplazado en la segunda revisión del MTAE era el de "Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales". Si bien el título actual "Importes limitados de ayuda" resulta extraño, lo cierto es que desde la primera revisión, las ayudas en forma de inversión que incorpora pueden otorgarse también en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales.

Estas 12 medidas se pueden clasificar atendiendo a su finalidad principal y a sus características comunes en 4 grupos:

1. Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas (1-5);
2. Ayudas a la inversión vinculados a la lucha contra el COVID-19 (6-8);
3. Ayudas sociales (9-10) y
4. Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas (11 y 12⁵¹).

Las reglas de acumulación también se han visto sucesivamente modificadas y flexibilizadas quedando recogidas hoy en los puntos 20 y 20Bis⁵² y en menciones específicas en alguna modalidad concreta, que son las realmente relevantes, puesto que el nuevo punto 20 se limita a señalar que “Las medidas de ayuda temporal cubiertas por esta Comunicación pueden acumularse entre sí de acuerdo con las disposiciones de las secciones específicas de esta Comunicación. Las medidas de ayuda temporal cubiertas por la presente Comunicación se pueden acumular con ayuda de conformidad con el Reglamento de minimis o con ayuda de conformidad con el Reglamento de exención por categorías siempre que se respeten las disposiciones y las normas de acumulación de dicho Reglamento”.

Por su parte, el nuevo punto 20Bis se centra en las ayudas a instituciones financieras y de crédito cuya evaluación se excluye expresamente del MTAE, con la excepción de: “(i) ventajas indirectas para las instituciones financieras o de crédito que canalizan la ayuda en forma de préstamos o garantías en virtud de las secciones 3.1 a 3.3 de conformidad con las salvaguardas de la sección 3.4, y (ii) subsección de ayuda 3.10, siempre que el plan no se centre exclusivamente en los empleados del sector financiero.”

1. Importes limitados de ayuda⁵³

La primera medida, aunque con nueva denominación, comprende las Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales. Se trata de uno de los instrumentos básicos (como las tres medidas siguientes⁵⁴) para garantizar la liquidez de las empresas. Su otorgamiento, con reglas específicas para la agricultura, la pesca y la acuicultura, está sujeta a las siguientes condiciones⁵⁵:

1. El importe máximo de esta ayuda, en cualquiera de sus modalidades o combinación de ellas no puede superar el límite de los 800⁵⁶ 000 EUR por empresa.

⁵¹ La adscripción de esta nueva modalidad de ayuda junto a la recapitalización puede inferirse de la presentación que de la misma hace la propia Comisión en su 4RMTAE, en la que afirma: “11. (...) muchas empresas se enfrentan temporalmente a una menor demanda que no les permite cubrir parte de sus costes fijos. En muchos casos, se espera que la demanda se recupere en los próximos meses, pero para estas empresas puede no ser eficiente reducir su tamaño si ello conlleva costes de reestructuración significativos. Apoyar a estas empresas contribuyendo a una parte de sus costes fijos de forma temporal puede ser una forma eficaz de salvar la brecha, evitando así el deterioro de su capital, manteniendo su actividad empresarial y proporcionándoles una base sólida para su recuperación.”

⁵² La redacción del punto 20 fue modificada en la primera revisión del MTAE y el 20Bis fue incorporado en la segunda revisión, de 8.5.2020.

⁵³ Cfr. Puntos 21 a 23Bis MTAE.

⁵⁴ Debemos subrayar que las 4 primeras medidas que recoge el MTAE son las que se suelen autorizan en los casos de ayudas a empresas en crisis en la fase de salvamento, con los que, bajo estrictas condiciones, más severas en tales casos, se trata de garantizar la supervivencia de la empresa mientras se analiza su posible reestructuración.

⁵⁵ Las condiciones a), b), c) y d) son de nueva redacción (1RMTAE, 3.4.2020), la letra e) se mantiene desde la versión original.

⁵⁶ La 4RMTAE 13.10.2020 da nueva redacción a este punto, el 22, que queda redactado en los siguientes términos: “la ayuda global no supera los 800 000 EUR por empresa. (*) La ayuda puede concederse en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales y de pago u otras formas, como anticipos reembolsables, garantías, préstamos y capital, siempre que el valor nominal total de tales medidas se mantenga por debajo del límite máximo global de 800 000 EUR por empresa; todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo; (*) Las ayudas concedidas con arreglo a regímenes aprobados en virtud de la presente sección que hayan sido reembolsadas antes del 30 de junio de 2021 no se tendrán en cuenta a la hora de determinar si se ha superado el límite máximo correspondiente.»

Esta cifra, como las demás recogidas en el MTAE representa un límite absoluto, que no se puede superar, sin perjuicio de la acumulación con otras modalidades previstas en el propio MTAE cuando así se admita.

2. Se exige para su otorgamiento articular un presupuesto estimado.

3. El beneficiario puede ser cualquier empresa que no estuviera en crisis a 31 de diciembre de 2019.

La fecha límite de concesión de estas ayudas es el las ayudas se conceden, a más tardar, el 30 de junio de 2021⁵⁷, si bien, si la ayuda se concede en forma de ventaja fiscal, la obligación fiscal en relación con la cual se concede dicha ventaja debe haber surgido a más tardar el 30 de junio de 2021⁵⁸.

Por lo que se refiere al sector primario, estas ayudas pueden también concederse bajo las mismas condiciones a las empresas de transformación y comercialización de productos agrícolas⁵⁹, siempre que no se repercutan total o parcialmente a los productores primarios y no se fijan en función del precio o la cantidad de los productos adquiridos a los productores primarios o comercializados por las empresas interesadas.

Por el contrario, en el caso de empresas que operen en el sector de la Agricultura primaria, pesca y acuicultura, se establecen ciertas limitaciones⁶⁰, pues su importe no podrá exceder de 120 000 EUR por empresa activa en los sectores de la pesca y la acuicultura⁶¹ y de 100 000 EUR en las de producción primaria de productos agrícolas⁶². En el caso de las ayudas a la producción primaria de productos agrícolas se precisa además que no deben establecerse en función del precio o la cantidad de los productos comercializados⁶³; mientras que las ayudas en los sectores de la pesca y la acuicultura no afectan a ninguna de las categorías de ayuda a las que hace referencia el artículo 1, apartado 1, letras a) a k), del Reglamento (UE) n° 717/2014 de la Comisión⁶⁴.

⁵⁷ La 4RMTEA prolonga así en seis meses el plazo inicialmente fijado (30 de diciembre de 2020).

⁵⁸ La redacción de esta previsión procede de la modificación de la nota (16), introducida en la segunda revisión del MTAE, de 8.5.2020. Esta nueva redacción es más precisa que la anterior ("Si la ayuda se concede en forma de ventajas fiscales, este plazo no es aplicable y la ayuda se considera concedida cuando vence la declaración fiscal de 2020."). Con posterioridad, la 4RMTEA amplió el plazo al que figura en el texto, respecto del anterior que era el 31 de diciembre de 2020.

⁵⁹ El MTAE se remite en nota (17) a la definición contenida en el artículo 2, apartado 6, y en el artículo 2, apartado 7, del Reglamento (CE) n.º 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193 de 1.7.2014, p. 1).

⁶⁰ Cfr. Punto 22 MTAE, modificado por la 1RMTEA (3.4.2020).

⁶¹ En nota (18) se aclara: "Según la definición del artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) n° 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 190 de 28.6.2014, p. 45).

⁶² En nota (19) se precisa que se entiende por producción primaria de productos agrícolas todos los productos enumerados en el anexo I del TFUE con la excepción de los productos de los sectores de la pesca y la acuicultura.

⁶³ La 4RMTEA (13.10.2020) da nueva redacción al punto 23, letra a) que queda redactado del siguiente modo: "la ayuda global no supera los 120 000 EUR por empresa activa en los sectores de la pesca y la acuicultura (*) o los 100 000 EUR por empresa activa en la producción primaria de productos agrícolas (**); (***) la ayuda puede concederse en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales y de pago u otras formas, como anticipos reembolsables, garantías, préstamos y capital, siempre que el valor nominal total de tales medidas no supere el límite máximo global de 120 000 EUR o de 100 000 EUR por empresa; todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo; [(**) Todos los productos enumerados en el anexo I del TFUE con la excepción de los productos de los sectores de la pesca y la acuicultura. (***) Las ayudas concedidas con arreglo a regímenes aprobados en virtud de la presente sección que hayan sido reembolsadas antes del 30 de junio de 2021 no se tendrán en cuenta a la hora de determinar si se ha superado el límite máximo correspondiente.».]"

⁶⁴ En nota (20) se remite al Reglamento (UE) n.º 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 90 de 28.6.2014, p. 45). La exclusión expresa incluye todas las letras incluidas en dicho apartado 1, cuyo correspondientes contenido es: a) las ayudas cuyo importe se fije sobre la base del precio o la cantidad de los productos adquiridos o comercializados; b) las ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados miembros, en concreto las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, al establecimiento y el funcionamiento de una red de distribución o a otros gastos corrientes relacionados con la actividad

Aunque no se establece formalmente como una regla de acumulación, la nueva redacción del punto 23Bis⁶⁵ MTAE tras la segunda revisión dispone ahora que cuando una empresa esté activa en varios sectores a los que se aplican diferentes importes máximos (que no han sido alterados en 8.5.2020), el Estado miembro de que se trate garantizará, por los medios adecuados, como la separación de cuentas, que el límite máximo pertinente sea respetado para cada una de esas actividades y que no se supera el importe máximo global correspondiente.

2. Garantías de préstamos⁶⁶

Las Ayudas en forma de garantías de préstamos son otra clásica modalidad de ayuda destinada a dotar de liquidez a las empresas. La actual versión del MTAE, con modificaciones introducidas en sus dos sucesivas revisiones, comienza ahora con una regla de acumulación propia, incorporada en la de 8.5.2020 por medio de un nuevo punto, 24Bis, conforme al cual, la ayuda otorgada en esta forma no se acumulará con la ayuda otorgada para el mismo principal subyacente del préstamo bajo la modalidad siguiente (3.3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos), salvo que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los límites establecidos en el propio MTAE para estas ayudas.

Sentada esa regla inicial, las condiciones bajo las que se admitirá su compatibilidad son las siguientes⁶⁷:

1. Los préstamos individuales se valoran en función de su duración, de forma que la prima aumentará progresivamente a medida que aumente su duración, si bien los Estados miembros pueden notificar regímenes en los que la duración, las primas de garantía y la cobertura de garantía puedan modularse para el principal de cada préstamo individual subyacente⁶⁸, siempre que esta prima sea superior a las primas mínimas para el primer año para cada tipo de beneficiario, ajustadas en función del duración y cobertura de la garantía que ofrece el propio MTAE en el correspondiente cuadro, que distingue el tratamiento que podrá darse a las PYMES y a las grandes empresas⁶⁹.

exportadora; c) las ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados; d) las ayudas para la compra de buques pesqueros; e) las ayudas para la modernización o sustitución de motores principales o auxiliares de los buques pesqueros; f) las ayudas para operaciones que incrementen la capacidad de pesca de un buque o equipos que incrementen la capacidad de un buque para localizar peces; g) las ayudas para la construcción de nuevos buques pesqueros o la importación de buques pesqueros; h) las ayudas para la paralización temporal o definitiva de las actividades pesqueras, excepto si están específicamente previstas en el Reglamento (UE) no 508/2014; i) las ayudas para la pesca experimental; j) las ayudas para la transferencia de propiedad de una empresa; k) las ayudas para la repoblación directa, a menos que esté explícitamente prevista como medida de conservación por un acto jurídico de la Unión o en caso de repoblación experimental.

⁶⁵ La redacción de este punto 23Bis, incorporado en 1RMTAE (3.4.2020), fue cambiada por la actual, que procede de la 2RMTAE (8.5.2020). La nueva redacción trata de ser más precisa, reiterando los límites máximos globales.

⁶⁶ Cfr. MTAE, puntos 24 a 25. En 8.5.2020, se añade el punto 24Bis.

⁶⁷ Cfr. MTAE, punto 25. La 4RMTAE cambia la redacción del encabezamiento de la letra d) por el siguiente texto: "en el caso de los préstamos con un vencimiento posterior al 30 de junio de 2021, el importe global de los préstamos por beneficiario no superará". Dicha letra queda redactada del siguiente tenor; "para los préstamos con vencimiento hasta el 30 de junio de 2021, el importe del principal del préstamo puede ser superior al establecido en el punto 25, letra d., si existe una justificación adecuada, presentada a la Comisión por el Estado miembro, y siempre que esté asegurada la proporcionalidad de la ayuda y así lo demuestre el Estado miembro a la Comisión;"

⁶⁸ Fijando, por ejemplo, una cobertura de garantía más baja para compensar una mayor duración o para permitir la aplicación de primas de garantía menos elevadas, o recurriendo a una prima fija para toda la duración de la garantía,

⁶⁹ Como se expone en el correspondiente cuadro, el nivel mínimo de la prima de garantía varía de 25 pb a 100 pb para las PYME y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas.

2. El importe de la ayuda autorizable, que deberá otorgarse antes del 31 de diciembre de 2020⁷⁰, varía en función de que su vencimiento sea posterior⁷¹ o anterior⁷² a dicha fecha.
3. La duración máxima de la garantía es seis años, a menos que esté modulada y la garantía pública no supere determinados límites⁷³.
4. Para poder ser autorizada, la garantía deberá estar relacionada con préstamos para inversiones o con préstamos para el capital circulante.
5. Siguiendo la pauta general de todo el MTAE, no pueden concederse a empresas que ya estaban en crisis (a tenor del Reglamento general de exención por) el 31 de diciembre de 2019.

3. Bonificación de los tipos de interés de los préstamos⁷⁴

Se trata nuevamente de una modalidad de ayuda destinada principalmente a ofrecer liquidez a las empresas que se enfrenten a lo que la Comisión define como una "súbita escasez".

En tales condiciones considera que la bonificación de los tipos de interés "por un período de tiempo y un importe de préstamo limitados puede ser una solución adecuada, necesaria y específica mientras duren las actuales circunstancias."

La nueva redacción del punto 26 MTAE, en coherencia con la admisión de las ayudas destinadas a la recapitalización que se incorporaron en esa segunda revisión alude ahora de forma expresa a la "deuda subordinada, que está subordinada a los acreedores ordinarios preferentes en caso de procedimiento de insolvencia", admitiendo que también puede ser una solución adecuada, necesaria y específica mientras duren las actuales circunstancias. Para la Comisión, este tipo de deuda "es un instrumento menos falseador que el capital o el capital híbrido, puesto que no puede convertirse automáticamente en capital cuando la empresa es una empresa en funcionamiento."

⁷⁰ Esta fecha ha sido extendida por la 4RMTEA al 30 de junio de 2021 (nueva redacción del punto 27, letra c): "los contratos de préstamo se firman a más tardar el 30 de junio de 2021 y se limitan a un máximo de seis años, a menos que estén modulados con arreglo al punto 27, letra b.;" De igual modo, el encabezamiento de la letra d. del punto 27 se sustituye por el texto siguiente: "d. en el caso de los préstamos con un vencimiento posterior al 30 de junio de 2021, el importe global de los préstamos por beneficiario no superará:" y la letra e), desde el 13.10.2020m queda redamada del siguiente modo; "e. para los préstamos con vencimiento hasta el 30 de junio de 2021, el importe del principal del préstamo puede ser superior al establecido en el punto 27, letra d., si existe una justificación adecuada, presentada a la Comisión por el Estado miembro, y siempre que esté asegurada la proporcionalidad de la ayuda y así lo demuestre el Estado miembro a la Comisión;"

⁷¹ Conforme al punto 25, letra d) MTAE En los préstamos con un vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020: el importe global de los préstamos por beneficiario no superará: i. el doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa, pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista) correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. Justificación adecuada proporcionada por el Estado miembro a la Comisión. El importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME13 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario (la redacción de este último punto procede la segunda revisión del MTAE, de 8.5.2020).

⁷² En los préstamos con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2020 (punto 25, letra e) MTAE), el importe del principal del préstamo puede ser superior al indicado INFRA, con la debida justificación proporcionada por el Estado miembro a la Comisión, y siempre que la proporcionalidad de la ayuda siga garantizada y demostrado por el Estado miembro a la Comisión.

⁷³ El punto 25, letra f) MTAE recoge la siguiente distinción: i. el 90 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen proporcionalmente y en condiciones idénticas a la entidad de crédito y al Estado; o ii. el 35 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen primero al Estado y solo después a las entidades de crédito (es decir, una garantía de primera pérdida); y iii. en los dos casos antes mencionados, cuando el préstamo disminuye a lo largo del tiempo —por ejemplo, porque se empieza a devolver—, el importe garantizado ha de disminuir proporcionalmente.

⁷⁴ Cfr. MTAE, puntos 26 a 27Bis (este último introducido en la revisión del MTAE de 8.5.2020).

Por ello las ayudas en forma de deuda subordinada⁷⁵ deben cumplir las condiciones respectivas en esta misma sección (sección 3.3 MTAE), que trata de los instrumentos de deuda, si bien fijando una cautela singular atendiendo a que estas ayudas "aumentan la capacidad de las empresas para contraer deuda preferente de forma similar al apoyo en forma de capital." Para paliar este efecto añadido dispone que "se aplicará además un incremento del riesgo de crédito y una mayor limitación en cuanto al importe con respecto a la deuda preferente⁷⁶.

El MTAE incorpora también una regla especial de acumulación⁷⁷, conforme a la cual, estas ayudas no se pueden acumular con la ayuda otorgada para el mismo principal subyacente del préstamo en la sección anterior (Ayudas en forma de garantías de préstamos), ni aquellas con éstas, salvo para diferentes préstamos, siempre que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los umbrales establecidos para cada modalidad. De tal modo que un beneficiario puede acogerse en paralelo de múltiples medidas en la siempre que el monto total de los préstamos por beneficiario no exceda los correspondientes límites establecidos⁷⁸.

Como medida de cautela, en la segunda revisión del MTAE se fija una regla singular de acumulación en un nuevo punto 26Bis conforme al cual las ayudas concedidas al amparo de esta medida (3⁷⁹) no se acumularán con ayudas concedidas para el mismo principal del préstamo subyacente en el caso de ayuda en forma de garantías de préstamos y viceversa.

No obstante. Las ayudas concedidas en forma de garantías de préstamos y de bonificación de los tipos de interés pueden acumularse para otros préstamos, siempre y cuando el importe global de los préstamos por beneficiario no supere los umbrales establecidos respectivamente de modo tal que un beneficiario puede beneficiarse al mismo tiempo de múltiples medidas en virtud de la sección 3.3, siempre y cuando el importe global de los préstamos por beneficiario no supere los límites máximos establecidos.

Con estas premisas, las condiciones vigentes tras la entrada en vigor del MTAE2 son las siguientes:

1. Se admite, como en el caso de las garantías de préstamos, una doble alternativa: 1) tipos de interés reducidos⁸⁰ que sean al menos idénticos al tipo base (IBOR a 1 año o equivalente⁸¹, más los márgenes de riesgo de crédito establecidos en el correspondiente cuadro que incorpora el MTAE; o 2) que los Estados miembros notifiquen regímenes específicos, tomando como base las referencias recogidas en

⁷⁵ Salvo que, como indica en nota "si dicha ayuda cumple las condiciones expuestas en la sección 3.1 de la presente Comunicación."

⁷⁶ En el mismo punto 26 la Comisión cuantifica dicho riesgo fijándolo en un tercio para las grandes empresas y la mitad del importe para las pymes, tal como se define en el punto 27, letra d., incisos i) o ii)]. Por encima de estos límites máximos, la deuda subordinada debe evaluarse con arreglo a las condiciones establecidas para las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 expuestas en la sección 3.11, con el fin de garantizar la igualdad de trato.

⁷⁷ Cfr. nuevo punto 26Bis, incorporado en la segunda revisión del MTAE (9.5.3030)

⁷⁸ Cfr. nuevo punto 26bis introducida en la 2RMTAE.

⁷⁹ Correspondiente al Apartado 3.3. MTAE.

⁸⁰ La nueva redacción del punto 27: introducida en la 3RMTAE es la siguiente: "Los préstamos se pueden conceder a tipos de interés reducidos que sean al menos idénticos al tipo base [IBOR a 1 año o equivalente, según lo publicado por la Comisión (*)] disponible o bien el 1 de enero de 2020, o bien en el momento de la notificación, más los márgenes de riesgo de crédito establecidos en el siguiente cuadro:"

⁸¹ La Comisión se remite a lo publicado por ella misma, con fecha 1 de enero de 2020. En nota 23 se informa que se trata de Tipos de base calculados de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DO C 14 de 19.1.2008, p. 6) y publicados en la página web de la DG Competencia en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html

el cuadro común para ambas alternativas⁸², aunque el vencimiento de los préstamos y el nivel de márgenes de riesgo de crédito puedan modularse⁸³, siempre que este margen sea superior al margen de riesgo de crédito mínimo para el primer año para cada tipo de beneficiario, ajustado en función del vencimiento del mismo en tal y como se indica en el propio MTAE⁸⁴.

2. La fecha límite de suscripción de los contratos: 31 de diciembre de 2020 y se limitan a un máximo de seis años, a menos que estén modulados con arreglo a lo previsto cuando los Estados miembros hayan notificado un régimen de ayuda⁸⁵.

3. Como en la medida anterior, el importe global de los préstamos se fija en función de la fecha del vencimiento del préstamo con posterioridad⁸⁶ o antes⁸⁷ del al 31 de diciembre de 2020.

4. El coste cubierto se limita a las necesidades de inversión o las de capital circulante.

5. Empresas que no estuvieran en crisis a 31 de diciembre de 2019.

6. Ayuda afectada por la limitación de acumulación ex punto 20.

La actual versión incorpora un nuevo punto (27bis) para los instrumentos de deuda subordinados a los acreedores principales ordinarios en el caso de procedimientos de insolvencia⁸⁸.

4. Garantías y préstamos canalizados a través de entidades financieras⁸⁹

En la nueva redacción del punto 28, tras su revisión de 8.5.2020, son ya las tres modalidades anteriores de ayuda y no sólo las dos últimas (ahora epígrafes 3.1. a 3.3, inclusive), del vigente MTAE) las que no sólo pueden ser aportada directamente por los

⁸² En dicho cuadro se fija el tipo de interés mínimo debe ser al menos igual a la tasa base el 1 de enero de 2020 más un margen de riesgo que varía de 25 pb a 100 pb para las PYME y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas, dependiendo del vencimiento del préstamo [1- 6 años].

⁸³ La Comunicación ofrece aquí también un ejemplo como fijar un margen de riesgo de crédito a tanto alzado para toda la duración del préstamo.

⁸⁴ En nota (26) se aclara que el tipo de interés global mínimo (tipo base más márgenes de riesgo de crédito) debe ser de al menos 10 pb anuales.

⁸⁵ La modalidad alternativa prevista en el punto 27, letra b.

⁸⁶ Vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020 (punto 27, letra d): i. el doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista) correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. Este punto ha sido modificado en la revisión de 8.3.2020, para exigir no sólo que la justificación sea adecuada, sino que sea además "proporcionada por el Estado miembro a la Comisión (por ejemplo, en relación con las características de cierto tipo de empresas), el importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME16 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario.

⁸⁷ Vencimiento anterior al 31 d diciembre de 2020: el importe del principal del préstamo por beneficiario puede ser superior al establecido en el punto 27, letra d., si existe una justificación adecuada y siempre que siga estando asegurada la proporcionalidad de la ayuda.

⁸⁸ En este caso, pueden concederse a tipos de interés reducidos, que sean al menos iguales al tipo de base y los márgenes de riesgo de crédito mencionados en el cuadro del punto 27 (a) más 200 pb para grandes empresas y 150 pb para pymes. La posibilidad alternativa del punto 27 (b) se aplica a dichos instrumentos de deuda. También se deberán cumplir los puntos 27 (c), 27 (f) y 27 (g). Si el monto de la deuda subordinada excede los dos límites máximos siguientes 18, la compatibilidad del instrumento con el mercado interior se determina de conformidad con la sección 3.11: i) Dos tercios de la factura salarial anual del beneficiario para grandes empresas y la factura salarial anual del beneficiario para las PYME, tal como se define en el punto 27 (d) (i), y ii). 8,4% de la facturación total del beneficiario en 2019 para grandes empresas y 12,5% de la facturación total del beneficiario en 2019 para PYME ".

⁸⁹ Cfr. MTAE, puntos 28 a 31. Nueva redacción. La 4RMTAE da nueva redacción al punto 28m que queda redactado desde el 13.10.2020 del siguiente modo: "Podrán concederse ayudas en forma de garantías y préstamos de conformidad con las secciones 3.1, 3.2, 3.3 y 3.12 de la presente Comunicación a empresas que se enfrentan a una súbita escasez de liquidez, directamente o a través de entidades de crédito y otras entidades financieras como intermediarios financieros. En este último caso, deben cumplirse las condiciones que se establecen a continuación."

Estados miembros, sino que pueden articularse a través de instituciones de crédito y otras instituciones financieras, si bien sometida esta última posibilidad a condiciones específicas para evitar que parte de la ayuda pase a estas instituciones.

Esta apertura a la mayor participación de estas instituciones responde, como reconoce la propia Comisión, no sólo a la limitada capacidad de los Estados miembros para ofrecer financiación directa por sus propias dificultades financieras, sino a la evidencia de que estas instituciones son las que tienen precisamente como finalidad la realización de esas actividades.

Sin embargo, la Comisión es plenamente consciente de que el ejercicio de esa misma actividad de intermediación puede ser una vía indirecta para que la financiación pública confiera a esas entidades ayudas al margen de las reglas específicas fijadas para este sector tras la propia crisis financiera, por lo que de forma expresa prevé el MTAE una serie de cautelas para limitar los falseamientos indebidos a la competencia en es sector⁹⁰.

5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo⁹¹

En las actuales circunstancias de mayor riesgo y problemas de liquidez, otro de los ámbitos más afectados es el de la exportación y, por lo tanto, los seguros de crédito a la exportación.

En condiciones normales, las posibilidades de otorgar ayudas estatales esta delimitada por la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo⁹².

La flexibilidad que ofrecería inicialmente la Comisión para los seguro de créditos a la exportación a corto plazo se incrementó en la 1RMTAE (3.4.2020)⁹³ y en la 4RMTAE (13.10.2020), al considerar la Comisión, en la última revisión citada "En este contexto, la Comisión considera todos los riesgos comerciales y políticos asociados a las exportaciones a los países enumerados en el anexo de la STEC temporalmente no negociables hasta el 30 de junio de 2021."⁹⁴

6. Investigación y desarrollo relacionado con la COVID-19⁹⁵

A las 5 medidas examinadas se añaden en la 1RMTAE (3.4.2020), otras 5, articuladas al amparo de la excepción del artículo 107.3.c) TFUE. Las 3 primeras persiguen objetivos complementarios y se articulan de manera muy semejante como ayudas a la inversión

⁹⁰ En coherencia con la ampliación del ámbito de actividad de las instituciones financieras que se produce en la segunda revisión del MTAE, las exigencias para las mismas son más conminatorias, como se refleja en la nueva redacción que en esa misma revisión se da al punto 31 del MTAE conforme al cual "deberían, en la mayor medida posible," transmitir las ventajas de la garantía pública o las tasas de interés subsidiadas sobre los préstamos a los beneficiarios finales y exigiéndoles "ser capaz de demostrar que opera un mecanismo que garantiza que las ventajas se transmitan en la mayor medida posible a los beneficiarios finales en forma de mayores volúmenes de financiamiento, carteras de mayor riesgo, menores requisitos de garantía, primas de garantía más bajas o tasas de interés más bajas que sin tales garantías o préstamos públicos "

⁹¹ Cfr. MTAE, puntos 32a y 33. Nueva redacción.

⁹² DO C 392 de 19.12.2012, p. 1.

⁹³ La versión original del MTAE condicionaba esta autorización a que se acreditase, de forma alternativa a. un asegurador internacional de créditos a la exportación privado grande y bien conocido y un asegurador de créditos nacional aporten pruebas de la indisponibilidad de dicha cobertura; o b. al menos cuatro exportadores consolidados en el Estado miembro aporten pruebas de que los aseguradores se niegan a cubrir operaciones concretas. Esta condición se suprime en la 1RMTAE (3.4.2020).

⁹⁴ Vid. el nuevo anexo de la SITEC "Lista de países cuyos riesgos son negociables" incorporado en la 4RMTAE.

⁹⁵ Cfr. MAE, puntos 34 y 35. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE.

directamente relacionada con la lucha contra el COVID-19⁹⁶. Las dos siguientes, son de carácter social, y persiguen paliar los efectos económicos de la pandemia sobre empresarios y trabajadores.

La primera de estas medidas se dirige a estimular la inversión en I+D en sus diversas fases, en la lucha directa contra el COVID-19 tratando de acortar atajar los problemas sanitarios que produce y reducir la duración de la enfermedad y por ello, de su impacto económico. De este modo se autorizan ayudas a la inversión destinada a desarrollar medidas defensivas o a encontrar un remedio contra el virus. Las condiciones específicas para la compatibilidad de estas ayudas son básicamente las siguientes:

1. Los beneficiarios son empresas⁹⁷ directamente relacionadas con la lucha contra el COVID-19⁹⁸ (sectores sanitario y farmacéutico), incluidas las que hayan recibido una etiqueta de calidad Sello de Excelencia concerniente específicamente al COVID-19 en el marco del instrumento para las pymes del Programa Horizonte 2020⁹⁹.
2. La ayuda puede otorgarse como en las recogidas en el Apartado 3.1 MTAE, en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales.
3. Se exige que los proyectos hayan de estar finalizados antes del 31 de diciembre de 2020¹⁰⁰. No obrante, como en las modalidades anteriores, la Comisión establece una relevante distinción temporal entre: a) Proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020 o que hayan recibido un Sello de Excelencia concerniente específicamente al COVID-19 y b) Proyectos iniciados antes del 1 de febrero de 2020. Estos últimos serían proyecto que, en principio, no se habrían concebido directamente para el COVID-19, pero que pueden reconducirse a su estudio. A los primeros se les reconoce directamente un efecto incentivador capaz de justificar su compatibilidad, mientras que los segundos sólo podrían beneficiarse de esta ayuda si se acredita que es necesaria para acelerar o ampliar el alcance el proyecto, limitando y se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación de su alcance.
4. Se consideran costes subvencionables todos los necesarios para el proyecto mientras siga en curso, señalando de forma exhaustiva pero no cerrada cuáles se pueden incluir¹⁰¹.

⁹⁶ Epígrafes 3.6 a 3.8, puntualmente retocado en la segunda revisión. De momento son escasas las ayudas de este tipo que se han autorizado siendo habitual que una misma decisión comprenda varias modalidades de ayuda a la inversión. A título ilustrativo, vid. SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products (Portugal, 8 April: €30 million Luxembourg scheme to support research and development and investments in the production of coronavirus relevant products (press release: IP/20/637).

⁹⁷ Téngase en cuenta que bajo determinadas condiciones determinadas instituciones, como las universidades o centros públicos de investigación, quedan fuera de la noción de empresa o determinadas actividades de investigación no se reputan, en sentido estricto, como actividades económicas por lo que, en determinadas condiciones, su financiación pública podría escapar del ámbito de aplicación del artículo 107.2 TFUE. A este respecto, vid. CCAE (DO C 263, de 19.7.2016, p. 1; en especial, apartado 2.4. Asistencia sanitaria y 2.5. Actividades educativas y de investigación). Para un comentario de dichas previsiones puede verse nuestro trabajo RODRÍGUEZ MIGUEZ; J. A., "El control europeo de las ayudas públicas (I)...", op. cit, pp. 225 a 229 y CCAE, Apartado 2.

⁹⁸ En nota al pie (31), el MTAE precisa a este respecto que se incluye la investigación relacionada con la COVID-19 y otros antivirales incluye la investigación sobre vacunas, medicamentos y tratamientos, productos sanitarios y equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y ropa y equipos de protección, y sobre innovaciones de procesos pertinentes con vistas a una producción eficiente de los productos necesarios.

⁹⁹ A este respecto, vid. <https://eshorizonte2020.es/> y <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vgnnextoid=72e4cd8da41c1410VgnVCM1000001d04140aRCRD>

¹⁰⁰ Resulta evidente que había que fijar una fecha límite, pero en algunas materias como la I+D, puede ser poco realista, por lo que es previsible que esta fecha pueda interpretarse de forma amplia y no rigurosa en función de los resultados obtenidos en dicho período. Ciertamente, que el fijar una fecha no sólo era necesario, sino que puede llevar a incrementar los medios disponibles y eso es precisamente lo que persigue esta ayuda.

¹⁰¹ El MTAE ofrece en su punto 35, letra c), la siguiente relación ilustrativa: , incluidos, entre otros, los costes de personal, los costes en concepto de equipos digitales e informáticos, de herramientas de diagnóstico, de herramientas de recogida y tratamiento de datos, de servicios de I+D, y de ensayos preclínicos y clínicos (fases de ensayo I-IV), los relacionados

5. La intensidad de ayuda por beneficiario puede llegar hasta el 100 % de los costes subvencionables en el caso de la investigación fundamental, reduciéndose al 80 % para la investigación industrial y el desarrollo experimental, si bien este límite inicial puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales, llegando así hasta el 95%, si participan en el proyecto más de un Estado miembro apoya el proyecto de investigación o si se lleva a cabo en colaboración transfronteriza con organizaciones de investigación u otras empresas, fomentándose así ese tipo de colaboración transfronteriza.

6. Se permite que la ayuda pueda combinarse (acumularse) con otras fuentes de financiación para los mismos costes subvencionables, siempre que la ayuda combinada no supere los límites máximos definidos.

7. De modo coherente con la finalidad de esta excepcional medida se exige al beneficiario el compromiso de conceder licencias no exclusivas en condiciones de mercado no discriminatorias a terceros en el EEE;

8. Como en las medidas anteriores, también quedan excluidas de esta ayuda las empresas que ya estaban en crisis el 31 de diciembre de 2019.

7. Infraestructuras de ensayo y ampliación de escala¹⁰²

En línea con la anterior medida y para impulsar la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de productos relacionados con la COVID-19¹⁰³. Esta distinción debe entenderse vinculada a limitar el efecto distorsionados de esta ayuda en la fase final, la producción en masa, por lo que el estímulo se dirige a las fases anteriores.

1. Como en la medida anterior, la ayuda a la inversión se puede otorgar en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales o anticipos reembolsables

2. El proyecto debe estar también rematado el 31 de diciembre de 2020, incorporándose, del mismo modo, precisiones equivalentes respecto de los proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020 o después de dicha fecha, reconociendo sólo a los primeros, de manera automática, el carácter incentivador que justifica su compatibilidad. Si la ayuda es necesaria para acelerar o ampliar el alcance del proyecto podrá también concederse a proyectos anteriores a dicha fecha (1.2.2020), si bien, su importe se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

3. El proyecto deberá ejecutarse en un plazo máximo que vuelve a ser de seis meses, corriendo a cargo del Estado miembro concedente acreditar que se ha culminado. La finalización en plazo se estimula penalizando con la obligación del reembolso del 25% por cada mes de retraso en el caso de subvención directa o ventaja fiscal, salvo que se acredite que se debió a factores ajenos al control del beneficiario. En el caso

con la obtención, validación y defensa de patentes y otros activos inmateriales, la obtención de las evaluaciones de la conformidad o las autorizaciones necesarias para la comercialización de vacunas y medicamentos, productos sanitarios, equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y equipos de protección individual nuevos y mejorados; los ensayos de fase IV son subvencionables siempre que permitan nuevos avances científicos o tecnológicos

¹⁰² Cfr. MTAE, puntos 36 y 37 (1RMTAE, 3.4.2020).

¹⁰³ De manera expresa se cita en el punto 37.d): la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de medicamentos (incluidas las vacunas) y tratamientos, sus productos intermedios, ingredientes farmacéuticos activos y materias primas relacionados con la COVID-19; los productos sanitarios, los equipos hospitalarios y médicos (incluidos los respiradores y la ropa y el equipo de protección, así como las herramientas de diagnóstico) y las materias primas necesarias; los desinfectantes y sus productos intermedios y las materias primas químicas necesarias para su producción; así como las herramientas de recogida/tratamiento de datos;

de ayudas en forma de anticipos reembolsables, se estimula el cumplimiento del plazo transformándolos en subvención, penalizando el retraso con el reembolso por tramos anuales iguales en el plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

4. La ayuda cubre hasta el 75 % de los costes subvencionables que, en el caso de las subvenciones directas o de ventajas fiscales podrá incrementarse en quince puntos porcentuales adicionales (hasta el 90%), si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro, porcentaje que también se aplica a las ayudas en forma de anticipo reembolsable.

5. A diferencia de la medida anterior (inversión en I+D COVID-19), esta ayuda no podrá combinarse con otras ayudas a la inversión por los mismos costes subvencionables, si bien, pueda concederse al mismo tiempo o separadamente como medida de ayuda independiente, una garantía de pérdidas bajo unas estrictas condiciones¹⁰⁴. Debemos tener en consideración que el beneficiario se queda con una instalación nueva o ampliada gracias a la ayuda.

6. Se impone además que el precio cobrado por los servicios prestados por las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala deberá corresponder al precio de mercado. Con ello se quiere evitar posibles abusos por parte del titular de la instalación subvencionada.

7. Para potenciar la labor investigadora se impone al beneficiario que las infraestructuras financiadas con la ayuda estén abiertas a varios usuarios, a los que se dará acceso de forma transparente y no discriminatoria; si bien si el beneficiario ha financiado al menos el 10% de los costos de la inversión se le permite disfrutar de acceso preferencial, nunca exclusivo, en condiciones más favorables¹⁰⁵.

8. Como en todas las medidas del MTAE no puede concederse esta ayuda a empresas que ya estaban "en crisis" el 31 de diciembre de 2019.

8. Producción de productos relacionados con la COVID-19¹⁰⁶

El MTAE incorpora también la posibilidad de diseñar ayudas a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19¹⁰⁷, que se pueden otorgar igualmente en forma de subvenciones directas, ventajas iscales o anticipos reembolsables que deben concederse antes del 31 de diciembre de 2020. La 4RMTAE amplía este plazo inicial al 30 de junio de 2021¹⁰⁸.

Como en las ayudas anteriores, se distingue entre 1) proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020, a los que se concede también "efecto incentivador" y 2) los

¹⁰⁴ El punto 37, letra h) detalla las siguientes condiciones para autorizar la garantía: 1) que se constituya en el plazo de un mes desde la solicitud; 2) el importe de las pérdidas se establece en cinco años después de la finalización de la inversión, calculado como la diferencia entre la suma de los costes de inversión, el beneficio razonable del 10% anual del coste de la inversión a lo largo de un período de cinco años, y el coste de explotación, por una parte, y la suma de la subvención directa recibida, los ingresos a lo largo del período de cinco años, y el valor final del proyecto.

¹⁰⁵ La actual redacción procede de la 2RMTAE (8.5.2020).

¹⁰⁶ Cfr. MTAE, puntos 38 y 39.

¹⁰⁷ El MTAE cita expresamente los siguientes: medicamentos (incluidas las vacunas) y los tratamientos, sus productos intermedios, los ingredientes farmacéuticos activos y las materias primas; los productos sanitarios, los equipos hospitalarios y médicos (incluidos los respiradores, la ropa y el equipo de protección, así como las herramientas de diagnóstico) y las materias primas necesarias; los desinfectantes y sus productos intermedios y las materias primas químicas necesarias para su producción; y las herramientas de recogida/tratamiento de de datos.

¹⁰⁸ Nueva redacción del punto 35 (13.10.2020). Lo mismo sucede con los puntos 37 Y 39, EN LOS QUE TAMBIÉN SE AMPLIA EL PLAZO al 30 de junio de 2021.

proyectos iniciados antes del 1 de febrero de 2020, pudiendo estos últimos beneficiarse de la ayuda si son igualmente necesaria para acelerar o ampliar el alcance el proyecto, aunque limitando su importe a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

3. El plazo de ejecución de los proyectos que pueden beneficiarse de esta ayuda vuelve a ser el común de los seis meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda, reconociendo igualmente a las autoridades nacionales la capacidad para acreditarlo. Para garantizar su cumplimiento también se opta por el reembolso del 25 % del importe de la subvención directa o de la ventaja fiscal por cada mes de retraso, salvo, nuevamente, la concurrencia de factores ajenos al control del beneficiario. En el caso de ayudas en forma de anticipos reembolsables se transforman en subvenciones que, en caso contrario deberán reembolsarse también en tramos anuales iguales en un plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

5. La ayuda se puede extenderse hasta el 80 % de todos los costes de la inversión necesarios para la producción de los productos cuya producción se precisa y de los ensayos en línea de las nuevas instalaciones de producción, que puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales adicionales si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro. Si la ayuda se concede en forma de anticipo reembolsable y la inversión se completa en el plazo de dos meses, o si sin conseguirlo cuenta con el apoyo procede de más de un Estado miembro, también puede beneficiarse de dicho incremento.

7. Como en el caso de las infraestructuras, esta ayuda tampoco puede combinarse con otras por los mismos costes subvencionables, aunque puede beneficiarse en términos idénticos a los ya referida para aquéllas de una garantía para cubrir pérdidas¹⁰⁹.

9. Tampoco pueden beneficiarse de esta ayuda a empresas que ya estaban "en crisis" el 31 de diciembre de 2019.

9. Aplazamientos de pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social¹¹⁰

Como ya hemos anticipado, en las medidas diseñadas en los epígrafes 3.9 y 3.10, incorporada en la primera revisión del MTAE prima el "carácter social". En principio podrían diseñarse como "medidas generales"¹¹¹ lo que las excluiría del ámbito de las ayudas estatales.

No obstante, para evitar su posible carácter selectivo, -algo no siempre fácil de determinar en la práctica a la luz de la experiencia-, que las convertiría en ayudas

¹⁰⁹ Se establece cuál puede ser el importe de la compensación que se calcula "como la diferencia entre la suma de los costes de inversión, el beneficio razonable del 10% anual del coste de la inversión a lo largo de un período de cinco años, y el coste de explotación, por una parte, y la suma de la subvención directa recibida, los ingresos a lo largo del período de cinco años, y el valor final del proyecto;"

¹¹⁰ Cfr. MTAE, puntos 40 y 41, aunque el punto 41 es modificado de nuevo en la 4RMTEAE en el sentido siguiente: "La Comisión considerará compatible con el mercado interior, sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, los regímenes de ayuda que consistan en aplazamientos temporales del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social aplicables a las empresas (incluidas las personas que trabajan por cuenta propia) especialmente afectadas por el brote de COVID-19, por ejemplo en sectores o regiones específicos o en función de su tamaño. Esto se aplica también a las medidas previstas en relación con las obligaciones fiscales y de seguridad social destinadas a aliviar las dificultades de liquidez a las que se enfrentan los beneficiarios, incluidos, entre otros, el aplazamiento de los pagos a plazos, un acceso más fácil a los planes de pago de la deuda tributaria y la concesión de períodos sin devengo de intereses, la suspensión de la recaudación de la deuda tributaria y las devoluciones de impuestos aceleradas. La ayuda se concederá antes del 30 de junio de 2021 y la fecha límite para el aplazamiento no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2022."

¹¹¹ Cfr. CCAE, apartado 5 (Selectividad).

potencialmente incompatibles, la Comisión fija las condiciones bajo las que aun en dicho caso, está dispuesta a admitir como compatibles sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE.

Tal es el caso de los regímenes que consistan en aplazamientos temporales del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social aplicables a las empresas (incluidas las personas que trabajan por cuenta propia) especialmente afectadas por el brote de COVID-19, aunque se otorguen por ejemplo en sectores o regiones específicos o en función de su tamaño.

De igual modo, la Comisión va a aplicar el mismo criterio a las obligaciones fiscales y de seguridad social destinadas a aliviar las dificultades de liquidez a las que se enfrentan los beneficiarios, incluidos, entre otros, el aplazamiento de los pagos a plazos, un acceso más fácil a los planes de pago de la deuda tributaria y la concesión de períodos sin devengo de intereses, la suspensión de la recaudación de la deuda tributaria y las devoluciones de impuestos aceleradas.

La compatibilidad sólo se admitirá para las ayuda que se concedan antes del 31 de diciembre de 2020 que, en el caso de los aplazamientos no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2022.

10. Subsidios salariales durante el brote de COVID-19¹¹²

Del mismo modo y previendo su posible carácter selectivo, la Comisión admite, al amparo del artículo 107.3.b) TFUE, la compatibilidad de las ayuda en forma de subsidios salariales. que¹¹³:

1. La ayuda está destinada a evitar las reducciones de plantilla durante la pandemia de COVID-19 (y a garantizar la continuidad de las actividades empresariales de las personas que trabajan por cuenta propia¹¹⁴).
2. Se concedan en forma de regímenes a empresas de sectores, regiones y tamaños específicos especialmente afectadas por el brote de COVID-19;
3. El subsidio salarial se concede por un período máximo de doce meses después de la solicitud de la ayuda a los empleados que, de otro modo, habrían sido despedidos como consecuencia de la suspensión o reducción de las actividades empresariales debido al brote de COVID-19 (o de las personas que trabajan por cuenta propia cuya actividad empresarial se haya visto negativamente afectada por la pandemia de COVID-19), y sujeto a la condición de que el personal beneficiario permanezca empleado de manera continua durante la totalidad del período para el que se concede la ayuda (o sujeto a la condición de que se mantenga la actividad empresarial relevante de la persona que trabaja por cuenta propia durante la totalidad del período para el que se concede la ayuda)¹¹⁵.

¹¹² Cfr. MTAE, puntos 42 y 43. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE

¹¹³ La revisión del MTAE de 8.4.2020 incorpora un nuevo punto, el 43Bis, a las condiciones necesarias para otorgar estas mismas ayudas al empleo en el sector, financiero. Por su parte, la revisión del MTAE3 da nueva redacción al punto 42 y da nueva redacción a las letras a), c. y d. del punto 43- Ela redacción del nuevo punto 42 es la siguiente: "42. Con el fin de preservar el empleo, los Estados miembros pueden contemplar la posibilidad de contribuir a los costes salariales de las empresas que, debido al brote de COVID-19, se verían abocadas, de no ser así, a reducir personal o a los ingresos equivalentes al salario de las personas que trabajan por cuenta propia para las que la adopción de medidas nacionales en respuesta a la pandemia de COVID-19 ha supuesto la suspensión o la reducción de su actividad empresarial. Si estos regímenes de apoyo se aplican al conjunto de la economía, no entran dentro del ámbito de aplicación del control de las ayudas estatales de la Unión, puesto que no son selectivos. Por el contrario, se considerará que estos regímenes conceden a las empresas una ventaja selectiva si están restringidos a determinados sectores, regiones o tipos de empresa".

¹¹⁴ Nueva redacción 3RMTAE3. Se ha subrayado el texto añadido en la 3RMTAE.

¹¹⁵ Nueva redacción 3RMTAE.

4. El subsidio salarial mensual no deberá superar el 80 % del salario bruto mensual (incluidas las cotizaciones patronales a la seguridad social) del personal beneficiario (o el 80 % de los ingresos equivalentes al salario mensual medio de la persona que trabaja por cuenta propia). Los Estados miembros también pueden notificar, en particular en interés de las categorías de salarios bajos, métodos de cálculo de la intensidad de la ayuda alternativos, por ejemplo, el uso de la media salarial nacional o el salario mínimo, siempre que se mantenga la proporcionalidad de la ayuda¹¹⁶.

5. El subsidio puede combinarse con otras medidas de apoyo al empleo generalmente disponibles o selectivas, siempre que el apoyo combinado no suponga una compensación excesiva de los costes salariales del personal afectado. Los subsidios salariales pueden combinarse además con aplazamientos del pago de impuestos y aplazamientos de los pagos a la seguridad social.

11. Medidas de recapitalización¹¹⁷

La novedad más importante de la segunda revisión del MTAE, de 8.5.2020¹¹⁸ es, sin duda, la admisión de ayudas para la recapitalización (temporal) de empresas¹¹⁹. Su redacción, llena de cautelas y limitaciones, pone en evidencia el medido juego de equilibrios que la Comisión¹²⁰ ha tenido que alcanzar para hacer frente a una crisis todavía potencialmente más excepcional y grave que la de 2008.

En efecto, aunque en 2009¹²¹ la Comisión ya admitió la compatibilidad de esta modalidad de ayuda para sostener al sector financiero, el carácter sistémico de buena

¹¹⁶ Nueva redacción 3RMTAE.

¹¹⁷ Nuevo Apartado 3.11 fue incorporado por 2RMTAE (8.5.2020), puntos 44 a 85.

¹¹⁸ La Comisión ya tuvo ocasión de examinar ayudas en forma de deuda subordinada del accionista con anterioridad a esta segunda revisión del MTAE; concretamente, en el caso de la ayuda notificada por Francia a Air France, cuya compatibilidad fue admitida por la Comisión sobre la base del Artículo 197.3.b) TFUE (State Aid SA.57082 France 04.05.2020 COVID-19 – Cadre temporaire 107(3)(b) – Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082)

¹¹⁹ No debemos olvidar que además de la recapitalización de empresas con fondos públicos existen alternativas como las de carácter regulatorio. A este respecto podemos citar la iniciativa llevada a cabo por la Autoridad de Conducta Financiera (Financial Conduct Authority-FCA) del Reino Unido aprobado una serie de medidas destinadas a ayudar a las empresas que cotizan en bolsa a recaudar capital adicional en respuesta a la crisis del coronavirus, al tiempo que conserva un grado adecuado de protección de los inversores, flexibilizando los requisitos reglamentarios exigibles desde el 8 de abril de 2020 hasta nuevo aviso.

Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis. 08/04/2020. Disponible en: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>

¹²⁰ Resultaría de interés poder comparar la propuesta de revisión presentada por la Comisión con el texto finalmente aprobado. Son también útiles las informaciones sobre los debates suscitados durante su aprobación. See mlex insight report on 16 April 2020: EU states seek flexibility in recapitalization rules available at <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1180761&siteid=190&rdir=1>. Acerca del proceso de negociación, Véase, WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation", de 15 de mayo de 2020 (<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>) quien señala que la Comisión había trasladado su propuesta inicial de una segunda revisión del MTAE a consulta a los Estados miembros que permitía a los gobiernos recapitalizar empresas mediante el uso de instrumentos de capital y / o capital híbrido, así como otorgar préstamos subordinados. Dicho texto fue sometido a varias rondas de consultas con los Estados miembros y algunos manifestaron que las condiciones propuestas para las medidas de recapitalización eran demasiado amplias y estrictas. Citando la prensa especializada, las enmiendas propuestas por la Comisión suscitaron fuertes críticas por parte de Suecia se habría argumentado que consideró que los gobiernos nacionales deberían decidir sobre las estrategias de salida para la participación del Estado y que una salida prematura podría conducir a adquisiciones extranjeras no deseadas de inversores que intentarían beneficiarse de pandemia. Además, Suecia argumentó que las restricciones de comportamiento, como la prohibición de fusiones y adquisiciones, dificultarían que las empresas se recuperasen de la crisis. El proceso de consulta también tuvo lugar en un contexto de Estados miembros del norte que buscaban relajar las normas de ayuda estatal. Por ejemplo, Austria (sin éxito) pidió una suspensión temporal de la misma durante la lucha contra COVID-19.

¹²¹ Cfr. Comunicación "La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia" (DO C 10, de 15.1.2009, p. 2).

parte de las entidades afectadas y la singularidad del sector hacía esta posibilidad y sus efectos sobre la competencia mucho más asumibles que hoy, ante una crisis cuyos efectos sobre la economía pueden ser más generalizados, multiplicando su efecto distorsionador.

Por ello el MTAE establece una serie de condiciones que apuntan a la excepcionalidad y temporalidad de la intervención pública y se centran múltiples aspectos. Dichas previsiones se refieren a: 1) su aplicabilidad; 2) las condiciones de subvencionabilidad y entrada; 3) tipos de medidas o instrumentos de recapitalización; 4) Importe de la recapitalización; 5) Remuneración y salida del Estado; 6) reglas específicas de gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia y, finalmente, 7) la exigencia de estrategia de salida del Estado de la participación resultante de la recapitalización y obligaciones de información.

Con carácter preliminar al análisis de las previsiones contenidas en el MTAE es preciso adelantar algunas cuestiones esenciales. Así, es preciso destacar que las medidas que se regulan se consideran, de partida, por la Comisión, como “ayudas estatales”, esto es que reúnen las condiciones establecidas en el artículo 107.1 TFUE entre las que está la de que suponga una ventaja para el beneficiario. Tratándose de aportaciones de capital es de aplicación el ahora denominado “Principio del Operador Privado” (OEM)¹²², conforme al cual la ventaja deriva de que la aportación no sería efectuada en términos equivalentes por un operador privado que actuase con la lógica del mercado¹²³. Desde esta perspectiva se precisaría un análisis previo, que podría excluir el carácter de ayuda y, por lo tanto, la sujeción a las condiciones de este MTAE, las aportaciones públicas de capital cuando éste ya esté participando en el capital de la empresa o se trate de una empresa pública¹²⁴.

¹²² La primera versión de este principio fue la de “Principio del Inversor probado en una economía de mercado” (PIPEM o MEIP, en su versión inglesa) siendo aplicado, precisamente a las participaciones públicas en el capital de las empresas. Acerca del origen y evolución del PIPEM, vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías nº 24, Santiago de Compostela, 2003. Esta monografía puede consultarse en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf> La Comisión desarrolla este principio de forma extensa en los puntos 73 a 114 de su CCAE (DO C 262, de 19.7.2016, p. 1). No obstante, esta expresión se puede leer ya en la STPI de 8 de julio de 2005, Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, asunto T-198/2001, Rec. 2004 pág. 11-20202717, en la que se examinaba un caso de aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO C 368, de 23.12.1994, pág. 12. Este término es empleado también por el Reglamento (UE) núm. 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis (DO L 352, de 24.12.2013, pág. 11, considerando 13); las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo (DO C 19, de 22.1.2014, p. 4, apartado 2.1); las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas (DO C 99, de 4.4.2014, p. 3, apartado 3.4) y la Comunicación de la Comisión invitando a presentar observaciones en aplicación del art. 108.2 TFUE en el asunto Ayuda, estatal núm. SA.33909 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP) - Supuesta ayuda a Ryanair y a otras compañías aéreas y posibles ayudas a los aeropuertos de Gerona y Reus (DO C 120, de 23.4.2014, pág. 24).

¹²³ Debemos destacar que pese a los recelos de la Comisión ante esta modalidad de intervención, existen casos en los que la Comisión llega a la conclusión, tras investigar una recapitalización controvertida, que la misma no constituye ayuda estatal, incluso en sectores sensibles como la banca, Podemos citar ejemplos recientes como el de la Decisión SA.47178 Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos, S.A., de 10.03.2017, o la más reciente de NordtLB (“State aid: Commission concludes that recapitalisation of German NordtLB is market conform”, Press release 5 December 2019. disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684). En otras ocasiones fueron los tribunales quienes corrigieron la apreciación de la Comisión de que la medida contenía ayuda estatal, como en la STJUE de 3 de abril de 2014, asunto C 224/12 P, Comisión/Reino de los Países Bajos y ING Groep NV (ECLI:EU:C:2014:213), que confirmó en casación, la STGUE de 2 de marzo de 2012, Países Bajos e ING Groep/Comisión (T 29/10 y T 33/10; ECLI:EU:T:2012:98), que había anulado parcialmente de la Decisión 2010/608/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2009, relativa a la ayuda estatal C 10/09 (ex N 138/09) ejecutada por los Países Bajos para el mecanismo de suscripción de reserva de activos no líquidos y el Plan de reestructuración de ING (DO L 274 de 19.10.2010, p. 139).

¹²⁴ Respecto de la condición de empresa pública, cfr. artículo 2º, letra b) e la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17) y su correspondiente transposición nacional.

1. Aplicabilidad

Las previsiones del MTAE en esta materia se aplican tanto a la recapitalización de empresas concretas como a los regímenes generales, quedando excluidas del marco temporal nuevamente las entidades financieras y siempre que no sea posible recurrir como alternativa a las posibilidades que ofrece la medida de la sección 1 (sección 3.1. Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales) para grandes empresas y PYMES; es decir para importes superiores a los en ella previstos, así como para los instrumentos de deuda subordinada que superen los dos límites máximos contemplados en el punto 27 bis, incisos i) y ii), de la sección 3.3 del mismo (Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos). Se conciben, pues como la última ratio de ayuda posible.

Aunque inicialmente estas medidas no se podrán acordar con posterioridad al 30 de junio de 2021, la 4RMTAE amplió dicho plazo al 30 de septiembre de 2021¹²⁵. Como resulta evidente, esta medida tiene un plazo más amplio que las anteriores, lo que debe entenderse responde no sólo al hecho de haberse adoptado con posterioridad, sino a la propia complejidad de estos instrumentos y a las singulares características impuestas¹²⁶.

Parece necesario destacar en este punto que aunque el MTAE entra en numerosos detalles y distinciones, como si la empresa es cotizada o no o si se trata de una pyme o una gran empresa, no hace alusión específica alguna adicional al sector en que opere (salvo la exclusión expresa del sector financiero) ni al carácter estratégico de la operación, cuestión que puede ser relevante no sólo en sectores tradicionalmente regulados y considerados estratégicos como energía o telecomunicaciones, sino también en otros no menos relevantes como los medios de comunicación, al deber salvaguardarse la pluralidad informativa¹²⁷.

¹²⁵ Nueva redacción punto 48 (4RMTAE, de 13.10.2020).

¹²⁶ Ya han aparecido entre los escasos comentarios publicados acerca de esta medida en el marco del MTAE quien ha apuntado, no sin razón, que las estrictas condiciones que impone el marco, en particular sobre el comportamiento comercial de los beneficiarios, pueden disminuir su atractivo para que los Estados miembros establezcan esquemas de recapitalización (o para prever medidas de capitalización individuales) y para que las empresas participen en ellos; recordando que los Estados miembros ya habían expresado serias preocupaciones durante la fase de consulta. En este sentido, WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation", op. Cit.

¹²⁷ Ténganse en cuenta la modificación de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, introducidas por la Disposición final cuarta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18/03/2020), que añade un artículo 7 bis con la siguiente redacción: "Artículo 7 bis. Suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España.

1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones realizadas por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio cuando el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.
2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública. En concreto, los sectores son los siguientes:
 - a) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.
 - b) Tecnologías críticas y productos de doble uso tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 428/2009 del Consejo, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.
 - c) Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos, o los referidos a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.
 - d) Sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales, o con capacidad de control de dicha información, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. Condiciones de subvencionabilidad y entrada del capital público

Las operaciones de recapitalización autorizables quedan sujetas a las siguientes condiciones¹²⁸:

1. sin la intervención estatal, el beneficiario cesaría en su actividad o tendría graves dificultades para mantenerse en funcionamiento. Las dificultades podrán demostrarse por el deterioro, en particular, del coeficiente deuda/capital del beneficiario o por indicadores similares;
2. la intervención responde al interés común, concepto que la propia Comunicación trata de aclarar añadiendo que puede referirse a evitar problemas sociales y deficiencias del mercado debido a una pérdida significativa de empleo, la salida de una empresa innovadora, la salida de una empresa de importancia sistémica, el riesgo de perturbación de un servicio importante, o situaciones similares debidamente fundamentadas por el Estado miembro en cuestión¹²⁹.
3. el beneficiario no pueda conseguir financiación en los mercados en condiciones asequibles y las medidas horizontales existentes en el Estado miembro en cuestión para cubrir las necesidades de liquidez son insuficientes para garantizar su viabilidad; y
4. nuevamente se exige que el beneficiario no es una empresa que ya estaba en crisis el 31 de diciembre de 2019.

El MTAE prevé tanto que los Estados miembros presenten regímenes generales de ayuda, como ayudas individuales (ad hoc) para empresas concretas.

En el caso de regímenes generales se exige que las futuras empresas beneficiarias hayan presentado con carácter previo a sus Estados una solicitud por escrito de dicha ayuda. En las ayudas notificables individualmente, los Estados miembros presentarán

e) Medios de comunicación.

3. Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos:

- a) si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país, aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.
 - b) si el inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 de este artículo.
 - c) si se ha abierto un procedimiento, administrativo o judicial, contra el inversor extranjero en otro Estado miembro o en el Estado de origen o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales.
4. El Gobierno podrá suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el apartado 2 de este artículo, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 7 de esta Ley.
5. La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de esta Ley. Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley.
6. La suspensión prevista en este artículo regirá hasta que se dicte Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se determine su levantamiento."

¹²⁸ Cfr. punto 49 MAXE.

¹²⁹ A este respecto, aunque coincidimos con WILSON cuando afirma que a pesar de la intención de la Comisión varios términos, especialmente en la segunda revisión, no están del todo claros, lo que será, sin duda, una fuente de conflictos, no compartimos que queden a la interpretación de los Estados miembros, sino de la Comisión que es la que debe autorizar las ayudas y seguir su ejecución. Son claros ejemplos de ello el uso del término "adecuado" o, como apunta el propio EILSON, "sistémicamente importantes" quien plantea si en el sector de la aviación podría esto conducir a medidas que incluyan a las aerolíneas nacionales de bandera pero excluyan a las aerolíneas de bajo costo. Cfr. WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation, op. cit, en su primera observación al documento ("1. Attractiveness of the recapitalisation route").

pruebas de esta solicitud por escrito como parte de la notificación a la Comisión de la medida de ayuda individual.

En el caso de la aprobación de un régimen general será precisa notificación separada de las ayudas individuales que superen el umbral de 250 millones EUR, que será individualmente analizada por la Comisión¹³⁰.

3. Tipos de medidas de recapitalización

La recapitalización puede llevarse a cabo utilizando dos conjuntos distintos de instrumentos, que pueden combinarse entre sí: 1) instrumentos de capital (emisión de nuevas acciones ordinarias o preferentes); y/o 2) instrumentos con un componente de capital (denominados "instrumentos híbridos de capital"¹³¹, en particular los derechos de participación en beneficios, las participaciones sin voto y las obligaciones convertibles garantizadas o no garantizadas¹³².

Como ya hemos apuntado en su día, el término recapitalización ("participación en el capital") es empleado por la Comisión, a la vista de los instrumentos para materializarla desde una perspectiva más económica que estrictamente jurídica (capital social), al perseguir reforzar el patrimonio neto (recursos propios)¹³³ de las empresas, del que el capital social es sólo uno de sus elementos.

El Estado miembro debe garantizar que los instrumentos seleccionados y las condiciones impuestas sean "adecuados" para satisfacer las necesidades de recapitalización del beneficiario y, al mismo tiempo, que sean los que menos falseen la competencia¹³⁴.

4. Importe de la recapitalización

Lo primero que debemos precisar a este respecto es que la Comisión no fija límite alguno al importe de la recapitalización. La Comisión se limita a exigir algo que resulta evidente, aunque se ve obligada a modificar la redacción inicial del punto 54, que tras la 4RMTEAE quedó redactado del siguiente modo: " 54. A fin de garantizar la proporcionalidad de la ayuda, el importe de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 no puede superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, y no debe ir más allá del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario previa a la pandemia de COVID-19, es decir, de la situación a 31 de diciembre de 2019. Al evaluar la proporcionalidad de la ayuda, se tendrá en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista en el contexto de la pandemia COVID-19. (*¹³⁵)"

¹³⁰ Cfr. punto 51 in fine tras 2RMTEAE (8.5.2020).

¹³¹ En nota (24) se aclara que los instrumentos híbridos de capital son instrumentos que presentan características propias tanto de la deuda como del capital. Por ejemplo, las obligaciones convertibles son remuneradas como obligaciones hasta que se convierten en acciones. Así, la evaluación de la remuneración global de los instrumentos híbridos de capital depende, por una parte, de su remuneración mientras son instrumentos asimilables a la deuda y, por otra, de las condiciones para su conversión en instrumentos asimilables a las acciones.

¹³² La interpretación de que el término "participación en el capital" que solía emplear la Comisión Europea en sus decisiones antes de acudir a la de "recapitalización" se concebía en términos más económicos que jurídicos fue una de las conclusiones a las que llegamos en nuestra tesis doctoral, publicada como monografía posteriormente. vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: *La participación en el capital...*, op. cit., en concreto, capítulo 1 ("Concepto y modalidades de participación en el capital", pp. 97 a 160) y capítulo 5 ("La aportación de capital como beneficio económico injustificado", pp. 355 a 441).

¹³³ En este sentido véase el ya clásico trabajo de Fernández del Pozo, L.: *El fortalecimiento de recursos propios*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1992.

¹³⁴ Cfr. punto 53, tras 2RMTEAE (8.5.2020).

¹³⁵ En nota se aclara: "A efectos de esta la subsección 3.11.4, los instrumentos híbridos concedidos por el Estado deben contabilizarse como capital."

Esta afirmación es más clara que la que se recogía en la redacción inicial, mucho más ambigua e imprecisa¹³⁶ y exigirá igualmente que la empresa beneficiaria y el Estado miembro concedente justifiquen el importe requerido a satisfacción de la Comisión.

5. Remuneración y salida del Estado

La remuneración de la recapitalización pública es otro de los puntos clave y, por ello, más controvertido, de las reglas bajo las que la Comisión está dispuesta a autorizar esta medida. Estas reglas se han visto modificadas por el MT3 al objeto de hacerlas más operativas.

El MTAE exige que se trate de una "remuneración adecuada" a la inversión¹³⁷ y que debe amortizarse cuando la economía se estabilice. Atendiendo a ambas exigencias, se dispone que la remuneración deba incrementarse para que converja con los precios de mercado y dé incentivos al beneficiario y a los demás accionistas para amortizarla, minimizándose así el riesgo de falseamiento de la competencia.

Para impulsar con más intensidad la salida del capital público se exige también de forma expresa¹³⁸ que las medidas estatales incluyan incentivos igualmente "adecuados" para que las empresas amorticen la recapitalización y busquen capital alternativo cuando las condiciones de mercado lo permitan, y para ello deben exigir una remuneración lo suficientemente elevada por la recapitalización.

A este respecto y, aunque la Comisión ofrece su propia metodología para determinar la adecuación de la remuneración exigible¹³⁹, -no se trata pues de una cifra indeterminada

¹³⁶ La redacción inicial era la siguiente: "sólo se permite una ayuda que sea proporcional, por lo que no puede superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, y no debe ir más allá del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario previa a la pandemia de COVID-19, para lo que se tendrá en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista en el contexto de la pandemia COVID-19."

¹³⁷ La Comisión (punto 55) trata de precisar, de forma ambigua, aunque expresa que esta expresión afirmando que "Cuanto más se aproxime su remuneración a lo que habría sido posible obtener en condiciones de mercado, menor será el falseamiento potencial de la competencia causado por la intervención estatal."

¹³⁸ Cfr. punto 59, en su nueva versión tras 2RMTAE (8.5.2020).

¹³⁹ La Comisión expone su metodología en los puntos 60 a 70, especificándola según se trata de capital o de híbridos de capital. En la 3RMTAE se modifica la redacción del punto la 3R, de modo que "64. Alternativamente, el Estado puede vender en cualquier momento su participación en el capital a precios de mercado a compradores distintos del beneficiario. Tal venta requiere, en principio, una consulta abierta y no discriminatoria de los compradores potenciales o una venta en bolsa. El Estado puede conceder a los accionistas existentes, es decir, los accionistas anteriores a la recapitalización en el contexto de la COVID-19, derechos de adquisición preferente al precio que resulte de la consulta pública. Si el Estado vende su participación en el capital a un precio inferior al precio mínimo establecido en el punto 63, seguirán aplicándose las normas de gobernanza establecidas en la sección 3.11.6 durante al menos hasta cuatro años después de la concesión de la medida de aportación de capital en el contexto de la COVID-19." En la 4RMTAE se añadieron los puntos 64Bis y Ter en los que se señala: "64 bis Cuando el Estado sea el único accionista existente, la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 puede adoptar la forma siguiente, no obstante lo dispuesto en el punto 64. A condición de que hayan transcurrido dos años desde la concesión de la recapitalización en el contexto de la COVID-19: a. no se exige el proceso de venta mencionado en el punto 64, y b. la consulta abierta y no discriminatoria a que se refiere el punto 64 puede sustituirse por una valoración del beneficiario llevada a cabo por una entidad independiente tanto del beneficiario como del Estado. Si dicha valoración independiente arroja un valor de mercado positivo, se considerará que el Estado ha salido de la recapitalización en el contexto de la COVID-19, aun cuando el beneficiario siga siendo propiedad del Estado. No obstante, cuando el valor de mercado positivo sea inferior al precio mínimo establecido en el punto 63, seguirán aplicándose las normas de gobernanza establecidas en la sección 3.11.6 hasta que hayan transcurrido cuatro años desde la concesión de la medida de recapitalización en el contexto de la COVID-19. En el caso de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 que superen los 250 millones EUR, el Estado miembro presentará dicha valoración independiente a la Comisión. En cualquier caso, la Comisión puede solicitar por iniciativa propia la presentación de la valoración independiente y puede evaluarla para asegurarse de que respeta las normas establecidas para garantizar que las transacciones estén en consonancia con la conducta de mercado." Y "«64ter Cuando el Estado sea uno de varios accionistas existentes, la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 puede adoptar la forma siguiente, de manera alternativa a lo dispuesto en el punto 64. A condición de que hayan transcurrido dos años desde la concesión de la recapitalización en el contexto de la COVID-19: a. En lo que respecta a la parte del capital relacionado con la COVID-19 que el Estado tendría que mantener para que su participación vuelva a alcanzar los niveles previos a la recapitalización en el contexto de la COVID-19, es aplicable la posibilidad prevista en el punto 64 bis. Si el Estado vende una parte significativa de las acciones de la empresa beneficiaria a inversores privados a través de un proceso competitivo, como se indica en el punto 64, dicho proceso

sino determinable conforme a un método cierto que ofrece a los Estados y a las empresas-, la Comisión no excluye las que pueda ofrecer el Estado miembro correspondiente, siempre que se adapten a las características y la prelación del instrumento de capital, y conduzcan, en términos globales, a un resultado similar en sus efectos incentivadores.

6. Gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia

Bajo este epígrafe, el MTAE establece una serie de interesantísimas previsiones que deben analizarse desde la perspectiva de la voluntad de la Comisión de limitar al máximo los efectos sobre la competencia de dicha introducción de recursos en el mercado., más que sobre gobernanza, en sentido estricto.

Esta es la razón de que en el MTAE se disponga de forma expresa que no se permitirá a los beneficiarios ni practicar una expansión comercial agresiva financiada por las ayudas estatales ni asumir riesgos excesivos¹⁴⁰. La regla es clara y nuevamente explícita "cuanto menor sea la participación en el capital del Estado miembro y cuanto mayor sea la remuneración, menor será la necesidad de salvaguardias."¹⁴¹

Esta previsión se completa desde una perspectiva antitrust al enunciar también que si la medida de recapitalización es superior a 250 millones EUR y la beneficiaria es una empresa con "poder de mercado significativo" en al menos uno de los mercados de referencia en los que opera, los Estados miembros deben proponer medidas adicionales para proteger la competencia efectiva en dichos mercados, tales como compromisos estructurales o de comportamiento conforme a la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo a la regulación europea sobre concentraciones¹⁴² y, con carácter general los beneficiarios de la recapitalización tienen prohibido anunciarlo con fines comerciales.

En la misma línea¹⁴³, pero con la finalidad añadida de estimular la salida del capital Público, mientras no se haya amortizado "al menos el 75 % de las medidas de recapitalización", los beneficiarios, salvo que se trate de PYMES, tendrán prohibida la adquisición de participaciones de más del 10 % en competidores u otros operadores en la misma línea de actividad, incluidos los que operen en fases anteriores o posteriores (upstream/downstream) a la actividad del beneficiario. Sólo excepcionalmente podrán adquirir una participación de más del 10 % en operadores activos en fases anteriores o posteriores a su ámbito de actividad, si, a juicio de la Comisión y en el marco del control de concentraciones, la adquisición se considera necesaria para mantener su viabilidad sin que dicha adquisición pueda llevarse a cabo antes de que la Comisión haya adoptado una decisión al respecto. Estas previsiones plantean dudas en el caso de varias líneas de actividad de volumen igual o equivalente y de grupos económicos con actividades diferenciadas entre sus filiales si la recapitalizada es la matriz.

podrá considerarse una valoración independiente a efectos del punto 64 bis. b. En lo que respecta al resto del capital relacionado con la COVID-19, se aplica el punto 64. Esto incluye, en particular, la necesidad de llevar a cabo un proceso competitivo. El Estado no tiene los derechos de adquisición preferente mencionados en el punto 64, puesto que ya ha ejercido tal derecho en aplicación de la letra a). (* incluye ejemplos). Cuando la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 afecte únicamente a una parte del capital relacionado con la COVID-19, las letras a) y b) se aplicarán a esa parte del capital relacionado con la COVID-19."

¹⁴⁰ Esta previsión aparece en numerosas decisiones de la Comisión en esta modalidad de ayudas, junto con la obligación de separación de activos y de actividades, como en el caso Crédit Lyonnais, ya citado, a entidad de titularidad pública cuya privatización fue impuesta por la propia Comisión.

¹⁴¹ Cfr. MTAE, punto 71.

¹⁴² El MTAE se remite expresamente al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones") (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1) y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30.4.2004, p. 1).

¹⁴³ Cfr. punto 74 2RMTAE.

Esta última cuestión puede considerarse en parte resuelta, al menos sobre el papel con la previsión de que quedan prohibidas las subvenciones cruzadas¹⁴⁴ de actividades económicas de empresas integradas que ya estuviesen experimentando dificultades económicas a 31 de diciembre de 2019, previsión para la que se exige que las empresas integradas tengan una separación clara de cuentas.

Tampoco se permite a la beneficiaria hasta la total amortización de la recapitalización ni distribuir dividendos, ni efectuar pagos de cupones no obligatorios, ni recomprar acciones, salvo en relación con el Estado. Debe tenerse en cuenta que en aquellas sociedades participadas por socios exclusivamente financieros que hubieran instrumentalizado su presencia en acciones o participaciones sin voto, la ausencia de remuneración puede producir “daños colaterales” para la sociedad, pues en tanto no perciban el dividendo mínimo con el que se retribuyen dichos títulos confieren a sus detentadores los derechos políticos como acciones o participaciones ordinarias de los que precisamente carecen estas acciones o participaciones sin voto, lo que puede suponer un cambio en las relaciones de poder de singular relevancia práctica en las compañías¹⁴⁵.

En la misma línea de estímulo de la salida del capital público se limita la remuneración de su equipo directivo hasta que se haya amortizado al menos el 75 % de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. punto 76 MYAE.

¹⁴⁵ Cfr. Artículo 99.3 LSC (Dividendo preferente.), conforme al cual, “3. De no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas.”

¹⁴⁶ La 3RMTAE da nueva redacción al punto 78 e incorpora los puntos 78Bis y Ter respecto de las retribuciones. Su actual redacción es la siguiente: “78. Mientras no se haya amortizado al menos el 75 % de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podrá exceder de la parte fija de su remuneración a 31 de diciembre de 2019. Para las personas que se conviertan en miembros de la dirección en el momento de la recapitalización o con posterioridad a ella, el límite aplicable es la remuneración fija de los miembros de la dirección con el mismo nivel de responsabilidad a 31 de diciembre de 2019. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variables o comparables.” Por su parte, la de los puntos 78 bis y 78 ter: “78 bis Cuando el Estado sea un accionista existente, es decir, anterior a la aportación de capital en el contexto de la COVID-19 y: a) el Estado aporte nuevo capital en las mismas condiciones que los inversores privados y a prorrata de su participación existente (o inferior) y b) la participación privada sea considerable (en principio, del 30 % como mínimo del nuevo capital aportado) y c) la aportación de nuevo capital por parte del Estado constituya ayuda estatal por sus circunstancias particulares, por ejemplo, por otra medida de la que se beneficie la empresa, no es necesario imponer condiciones específicas por lo que se refiere a la salida del Estado y será de aplicación lo siguiente: i. los puntos 61 y 62 no son de aplicación a las medidas de aportación de capital en el contexto de la COVID-19 de este tipo; ii. como excepción a los puntos 74, 75 y 78, la prohibición de adquisición y el límite máximo de la remuneración de los gestores se limitan a tres años; iii. como excepción al punto 77, se levanta la prohibición de dividendos para los titulares de las nuevas acciones. Para las acciones existentes, se levanta la prohibición de dividendos, siempre y cuando los titulares de dichas acciones existentes en total queden diluidos por debajo del 10 % de la empresa. Si los titulares de acciones existentes no quedan en total diluidos a una participación en la empresa inferior al 10 %, la prohibición de dividendos será de aplicación a los titulares existentes durante tres años. En cualquier caso, la remuneración correspondiente a los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada relacionados con la COVID-19 de titularidad estatal se pagarán antes que cualquier dividendo a los accionistas en un ejercicio dado; iv. no son de aplicación los requisitos contemplados en la sección 3.11.7, excepto en el caso de las obligaciones de información con arreglo al punto 83, que serán de aplicación durante tres años; y v. todas las demás condiciones expuestas en la sección 3.11 son de aplicación mutatis mutandis.” y “78 ter Cuando el Estado aporte capital a una empresa de la que no sea un accionista existente (es decir, anterior a la medida de aportación de capital en el contexto de la COVID-19), y a) aporte nuevo capital en las mismas condiciones que los inversores privados, y b) la participación privada sea considerable (en principio, del 30 % como mínimo del nuevo capital aportado), y c) cuando la aportación de capital del Estado constituya ayuda estatal por sus circunstancias particulares, por ejemplo, por otra medida de la que se beneficie la empresa, será de aplicación lo siguiente: i. como excepción al punto 77, se levanta la prohibición de dividendos para todos los titulares de nuevas acciones. Para las acciones existentes, se levanta la prohibición de dividendos, siempre y cuando los titulares de dichas acciones existentes en total queden diluidos a una participación en la empresa inferior al 10 %. En cualquier caso, la remuneración correspondiente a los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada relacionados con la COVID-19 de titularidad estatal se pagarán antes que cualquier dividendo a los accionistas en un ejercicio dado; y ii. todas las demás condiciones expuestas en la sección 3.11 son de aplicación mutatis mutandis.”.

También es relevante que al aludir a las reglas de gobernanza no se aluda al posible ejercicio de derechos políticos lo que se daría en el caso de suscribir acciones o participaciones ordinarias, cuestión esta que puede ser problemática¹⁴⁷ haciendo más costosa la recapitalización pública para los demás socios.

Por otro lado, debemos destacar que el estímulo para la salida se centra únicamente en las empresas recapitalizadas pero no en la salida del Estado inversor, que puede tener otros intereses para permanecer en las empresas, máxime cuando su participación se trata de remunerar en las mejores condiciones posibles.

7. Estrategia de salida y obligaciones de información¹⁴⁸

La preocupación de la Comisión por el efecto anticompetitivo de la artificial financiación pública en los mercados se evidencia además de en las limitaciones y exigencias ya aludidas en la detallada manera en la que se regulan las condiciones exigibles a la estrategia de salida del capital público. No obstante, se fijan únicamente a los "beneficiarios que no sean pymes". Son tres las condiciones que se exigen a las "estrategias de salida" del capital público en las grandes empresas:

- 1) las grandes empresa que hayan recibido más del 25 % de su capital en el momento de la intervención deben de "acreditar que cuentan con una estrategia de salida creíble para la participación del Estado miembro, a no ser que la intervención del Estado miembro se reduzca a un nivel inferior al 25 % del capital en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión de la ayuda", haciendo a este respecto la importante precisión de que "los instrumentos híbridos concedidos por el Estado deben contabilizarse como capital."¹⁴⁹
- 2) La estrategia de salida deberá indicar: a) el plan del beneficiario para la continuación de su actividad y la utilización de los fondos invertidos por el Estado, incluido un calendario de pago de la remuneración y de amortización de la inversión estatal ("el calendario de reembolsos"); y b) las medidas que adoptarán el beneficiario y el Estado para respetar el calendario de reembolsos.
- 3) El deber de información debe cumplirse con el Estado concedente y con la Comisión. La estrategia de salida debe ser preparada y presentada al Estado miembro en un plazo de doce meses desde la concesión de la ayuda y debe ser aprobada por el Estado miembro a quien los beneficiarios deben informar sobre sus avances en su aplicación en un plazo de doce meses desde la presentación del calendario y, posteriormente, de forma periódica cada doce meses. Adicionalmente y salvo que se trate de PYMES, los beneficiarios que no hayan amortizado íntegramente el capital recibido deberán publicar información sobre la utilización de la ayuda en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión de la ayuda y, posteriormente, de forma periódica cada doce meses¹⁵⁰.

¹⁴⁷ A este respecto, WILSON apunta que si los Estados miembros exigen influencia sobre las decisiones comerciales de una empresa a cambio de la ayuda de recapitalización, la inversión de los otros accionistas podría verse afectada aún más. Cita al respecto el caso de que un gobierno impulsa decisiones que están influenciadas por consideraciones políticas más amplias, como favorecer a ciertos proveedores nacionales o la preservación del empleo. Por ejemplo, Lufthansa parece estar preocupada de que el gobierno alemán se ponga del lado de los representantes de los grupos de empleados si el Estado fuera representado en la junta de supervisión de la compañía a cambio de ayuda. Otro ejemplo es el Ministro de Finanzas francés que solicitó que el receptor de la ayuda, Air France, continúe siendo "un buen cliente para Airbus". Cfr. WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation, op. cit, en sus observaciones al documento ("2. 2. Burden sharing").

¹⁴⁸ Cfr. epígrafe 3.11.7. Estrategia de salida del Estado de la participación resultante de la recapitalización y obligaciones de información.

¹⁴⁹ Cfr. nota (29) MTAE, en el punto 79.

¹⁵⁰ El punto 83 MTAE precisa acerca de esta obligación que "En particular, esto debe incluir información sobre la forma en que la utilización de la ayuda recibida apoya sus actividades en consonancia con los objetivos de la UE y las obligaciones

Por su parte, el Estado miembro debe informar anualmente a la Comisión sobre la aplicación del calendario de reembolsos y el cumplimiento de las condiciones de gobernanza.

La estrategia de salida se refuerza de forma clara al fijar¹⁵¹ que si en seis años¹⁵² desde la recapitalización, la intervención del Estado no se ha reducido a menos del 15 % del capital del beneficiario, deberá notificarse a la Comisión para aprobar un plan de reestructuración con arreglo a las Directrices de salvamento y reestructuración que será evaluado por la Comisión para garantizar la viabilidad del beneficiario teniendo también en cuenta los objetivos de la UE y las obligaciones nacionales relacionados con la transformación ecológica y digital y la salida del Estado sin afectar negativamente al comercio en una medida contraria al interés común.

12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos¹⁵³.

La 4RMTAE incorpora una nueva modalidad de ayuda, cuya compatibilidad va a ser posible, al acaparo de la excepción del artículo 107.3.b(TFUE, bajo las condiciones que la propia Comisión delimita. SU finalidad declarada no es otra que reducir el deterioro del capital de las empresas cuya actividad se ha visto reducida por la pandemia¹⁵⁴. Estos requisitos son:

1. la ayuda antes del 30 de junio de 2021 y por los costes fijos no cubiertos soportados durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2021, incluidos aquellos en que se incurra en una parte de dicho período ("período subvencionable");
2. Se concede en virtud de un régimen a empresas que sufren una disminución del volumen de negocios durante el período subvencionable de al menos el 30 % en comparación con el mismo período de 2019; (*)
3. dichos costes son los costes fijos soportados por las empresas durante el período subvencionable que no estén cubiertos por la contribución a los beneficios (es decir, los ingresos menos los costes variables) durante el mismo período y que no estén cubiertos por otras fuentes, como seguros, medidas de ayuda temporal cubiertas por la presente Comunicación o ayudas de otras fuentes. La intensidad máxima es el 70 % de los costes fijos no cubiertos, excepto en el caso de las microempresas y las pequeñas empresas respecto de las que el límite se eleva al 90 %¹⁵⁵.
4. la ayuda global no será en ningún caso superior a los 3 millones EUR por empresa y puede concederse en forma de subvenciones directas, garantías y préstamos, siempre que el valor nominal total de tales medidas se mantenga por debajo del

nacionales relacionadas con la transformación ecológica y digital, incluido el objetivo de la UE de lograr la neutralidad climática de aquí a 2050."

¹⁵¹ Cfr. punto 85 MTAE.

¹⁵² Se prevé, no obstante (punto 85 in fine) el plazo se eleva a 7 años para no cotizada y una pyme,

¹⁵³ Nuevo epígrafe 2.12 (puntos 86 y 87) incorporado en la 4RMTAE (13-10.2020).

¹⁵⁴ Cfr. punto 11 4RMTAE.

¹⁵⁵ Como se aclara en el punto 87, letra c) in fine, "A efectos del presente punto, las pérdidas de las empresas en sus cuentas de pérdidas y ganancias durante el período subvencionable (***) se considerarán costes fijos no cubiertos. La ayuda otorgada en virtud de esta medida podrá concederse sobre la base de las pérdidas previstas, mientras que el importe final de la ayuda se determinará tras la realización de las pérdidas sobre la base de las cuentas auditadas o, con la debida justificación aportada por el Estado miembro a la Comisión (por ejemplo, en relación con las características o el tamaño de determinados tipos de empresas), en función de la contabilidad fiscal. Se recuperarán todos los pagos que superen el importe final de la ayuda;"

citado límite máximo global, aclarándose que “todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo”¹⁵⁶.

5. la ayuda “no podrá acumularse con otras ayudas por los mismos costes subvencionables, ni podrá beneficiar a empresas que ya estaban en crisis el 31 de diciembre de 2019 (criterio general común), salvo que, como se introdujo en la 3RMTAE que se trate de microempresas o pequeñas empresas.

V. CONTROL Y PRESENTACIÓN DE INFORMES¹⁵⁷

Como resulta evidente, un cuadro de medidas tan complejo y en unas circunstancias en que cualquier exceso puede magnificar sus efectos, el MTAE incorpora, necesariamente, reglas específicas de control que se suman a la previa aprobación de los respectivos planes que se reserva la Comisión. Buena prueba de la importancia de estas medidas es que su redacción ha sido revisada en las dos modificaciones del MTAE original.

Se impone a los Estados una doble obligación de información: 1) al público (entiéndase otros Estados miembros y competidores) y 2) a la propia Comisión.

Respecto de la información al público, la nueva redacción del punto 86 MT (ex 3RMT) dispone: “86. Salvo en caso de la ayuda concedida en virtud de las secciones 3.9, 3.10 y 3.11, los Estados miembros han de publicar información pertinente sobre cada ayuda individual superior a 100 000 EUR (*)¹⁵⁸ concedida al amparo de la presente Comunicación, y superior a 10 000 EUR (**)¹⁵⁹ en el sector de la agricultura y la pesca, en el sitio web general sobre ayudas estatales o en la herramienta informática de la Comisión (***)¹⁶⁰ en un plazo de 12 meses desde el momento de la concesión. Los Estados miembros han de publicar información pertinente (****) sobre cada recapitalización individual concedida al amparo de la sección 3.11 en el sitio web general de ayudas estatales o en la herramienta informática de la Comisión en un plazo de tres meses desde el momento de la recapitalización. El valor nominal de la recapitalización se indicará por beneficiario.”

Por su parte, respecto de la Comisión, los Estados miembros deben presentar informes anuales a la Comisión¹⁶¹. Además, fijando como nuevo límite la 4RMTAE el 30 de junio de 2021¹⁶², deben facilitarle una lista de las medidas que se adopten al amparo del MTAE, exigiéndoles que se aseguren de que se conservan registros detallados de las ayudas concedidas y de que los mismos contengan toda la información necesaria para

¹⁵⁶ Cfr. punto 87, lryta d) in fine.

¹⁵⁷ Estas medidas se expondrán conjuntamente con las disposiciones generales y se corresponden, tras la segunda revisión del MTAE con los puntos 86 a 94, cuyo punto 86 es redactado de nuevo en la 3RMTAE.

¹⁵⁸ (*) En relación con la información requerida en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión. En relación con los anticipos reembolsables, las garantías, los préstamos, los préstamos subordinados y otras formas de apoyo, el valor nominal del instrumento subyacente se insertará por beneficiario. En relación con las ventajas fiscales y de pago, el importe de la ayuda individual puede indicarse en forma de intervalos.

¹⁵⁹ (**) En relación con la información requerida en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión y en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014. En relación con los anticipos reembolsables, las garantías, los préstamos, los préstamos subordinados y otras formas de apoyo, el valor nominal del instrumento subyacente se insertará por beneficiario. En relación con las ventajas fiscales y de pago, el importe de la ayuda individual puede indicarse en forma de intervalos.

¹⁶⁰ (***) La página de búsqueda pública de transparencia de las ayudas estatales da acceso a los datos de las concesiones de ayudas estatales individuales facilitados por los Estados miembros en cumplimiento de los requisitos de transparencia europeos de las ayudas estatales y puede consultarse en <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=es> (****) Es decir, la información requerida en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión, y en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014.

¹⁶¹ En nota, la Comisión se remite al contenido del DO L 140 de 30.4.2004, p. 1.

¹⁶² Cfr. punto 43 4RMTAE.

determinar el cumplimiento de las condiciones establecidas, durante diez años a contar desde la concesión de la ayuda y entregarse a la Comisión cuando esta lo pida.

Igualmente se reserva la Comisión la potestad de requerir "información adicional" para comprobar que se respetan las condiciones establecidas en la decisión de la Comisión por la que se aprueba la medida de ayuda.

Respecto de las ayudas ilegales (no notificadas o ejecutadas antes de obtener autorización de la Comisión), la Comisión, de conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre la determinación de las normas aplicables a la evaluación de las ayudas estatales ilegales¹⁶³, aplicará lo siguiente sobre las ayudas no notificadas:

- a. la presente Comunicación, si la ayuda se hubiera concedido después del 1 de febrero de 2020;
- b. en todos los demás casos, las normas aplicables en el momento de concesión de la ayuda.

La Comisión garantiza, en estrecha cooperación con los Estados miembros afectados, la rápida adopción de decisiones tras la notificación clara y completa de las medidas contempladas en la presente Comunicación. Los Estados miembros deberán informar a la Comisión de sus intenciones y notificar los planes para la introducción de tales medidas de la forma más rápida y exhaustiva posible. La Comisión prestará orientación y asistencia a los Estados miembros en este proceso.

VI. VALORACIÓN FINAL Y REFLEXIÓN DE CONJUNTO

No cabe duda de que habría sido difícil imaginar que la Comisión Europea hubiera llegado a aprobar un marco temporal de ayudas estatales como el aprobado para hacer frente al COVID-19 si no hubiéramos vivido personalmente, como muchos europeos, los acontecimientos de los últimos meses.

Lo cierto es que la Comisión Europea ha demostrado una vez más, al menos en este campo, la utilidad de disponer de unas reglas lo suficientemente abiertas como para permitir, de ordinario, una aplicación rigurosa y cuando concurren circunstancias excepcionales una amplia flexibilidad como la necesaria para hacer frente a la crisis financiera pasada y a la actual crisis económica y sanitaria derivada del COVID-19. n la legalidad europea.

El volumen de la ayuda ya autorizada y la que previsiblemente puede autorizarse todavía es tan extremo como las circunstancias que motivan su autorización excepcional y temporal pero esa valoración cuantitativa¹⁶⁴ no debe ocultar la cualitativa, que debe centrarse en el impacto sobre el tejido económico y el funcionamiento competitivo de los mercados de tal volumen de ayuda pública.

Más allá del control previo y, del todavía más importante a posteriori que realice la Comisión Europea, el margen de maniobra de que disponen todos los Estados miembros por igual para paliar los efectos de la pandemia sobre la economía europea, contrasta claramente con la capacidad real de cada uno de ellos para materializarlo en medidas

¹⁶³ DO C 119 de 22.5.2002, p. 22.

¹⁶⁴ Debemos tener en cuenta que en ocasiones el presupuesto no aparece ni en la versión no confidencial de la decisión ni en la nota sucinta publicada en el DO que incluye dicho campo, Vid, por ejemplo SA.56787 COVID-19: Bundesregelung Bürgschaften 2020 y DO C 158, 08.05.2020, pp. 2 y 3.

concretas, lo que afectara sensiblemente el nivel de competencia efectiva y la competitividad de las empresas a medio y largo plazo¹⁶⁵.

Por ello, aunque no se puede decir que los Estados miembros juegan con reglas diferentes, sí lo hacen ciertamente con armas o instrumentos de diferente calibre ("Bazucas contra tirachinas"¹⁶⁶) y esa es una realidad que no nos puede dejar indiferentes.

Una cuestión diversa, pero no menos importante, es que la diferencia en capacidad económica no deriva únicamente del tamaño de los "contrincantes" sino de la fortaleza de sus economías y de sus respectivas políticas públicas.

Mirando hacia atrás "sin ira", poco se puede decir. Hacia delante sí que tenemos tarea por hacer.

Nadie discute hoy que las ayudas estatales son un instrumento legítimo de política económica¹⁶⁷ del que la propia Unión Europea hace un amplio uso cotidianamente. La Unión Europea lo hace desde la perspectiva del interés común europeo y los Estados miembros, legítimamente desde la perspectiva nacional. En este indudable conflicto de interés, la Comisión debe mediar para que los intereses legítimos de los Estados miembro no afecten de forma sensible al interés general de la Unión.

Ello nos sitúa en una cuestión clave no siempre abordada con claridad: más allá de la disponibilidad presupuestaria y de que la medida resulte autorizada por la Unión Europea, cualquier decisión sobre otorgamiento de ayudas públicas (europeas o nacionales) debe respetar las reglas básicas de cualquier actuación de los poderes públicos¹⁶⁸, tenga o no carácter normativo. Nos referimos a los Principios de buena regulación, que hoy se recogen entre otras normas, en el Artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁶⁹, a cuya lectura nos remitimos que, *mutatis mutandi*, pueden ser aplicables al otorgamiento de cualquier ayuda pública, sea cual sea la fuente de financiación¹⁷⁰. Las

¹⁶⁵ Desde esta perspectiva resulta esencial valorar iniciativas tan oportunas y fundamentadas como la presentada por Alfonso Lamadrid y José Luis Buendía, remitida no sólo al Consejo Europeo sino a la comunidad jurídica en general, planteando de forma seria y viable la necesidad de crear un fondo europeo COVID-19, financiado con un porcentaje de las ayudas nacionales otorgadas para su ulterior reparto. Cfr. LAMADRID DE PABLOS, A./BUENDÍA SIERRA, J. L., no sólo a las Autoridades europeas, sino a la comunidad jurídica y al público en general. Cfr. "A Moment of Truth for the EU: A Proposal for a State Aid Solidarity Fund", publicado primero en Chillin Competition (<https://chillingcompetition.com/2020/03/31/a-moment-of-truth-for-the-eu-a-proposal-for-a-state-aid-solidarity-fund/>) y posteriormente como editorial en Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 11, No. 1-2. Aunque como apunta López-Chaves, I. ("Competencia, COVID-19 y ayudas de Estado", Faro de Vigo, 05.05.2020, p. 27), dicho fondo cumpliría una función similar a la que, en los puertos de interés general, cumple el Fondo de Compensación Interportuario como instrumento de redistribución de recursos del sistema portuario estatal, fondo que se forma con la aportación de todos los puertos en proporción al resultado de su ejercicio o se pudiera decir que existen en la Unión Europea múltiples fondos y programas la importancia y singularidad de la propuesta de este nuevo fondo no puede ser más oportuna y su financiación al proceder del propio volumen de ayuda concedida tendría un efecto más interesante sobre la competencia que cualquier otro fondo existente o que se creara por otra vía.

¹⁶⁶ Tomamos esta gráfica imagen de la propuesta de LAMADRID y BUENDÍA, citada en la nota anterior.

¹⁶⁷ Acerca de esta cuestión en el marco de la crisis económica generada por el COVID-19, vid. PADILLA, J./PETIT, N., "Competition Policy and the Covid-19 Opportunity", en concurrences N° 2-2020, Art. N° 94317, pp. 2 a 6 (<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/foreword/competition-policy-and-the-covid-19-opportunity-94317-en>) y FABRA PORTELA, N./MOTTA, M./PEITZ, M., "Una oportunidad para recuperar Europa", en ELPais, 14-05-2020 (<https://elpais.com/autor/massimo-motta/>). En esta misma línea resulta muy interesante la exposición de Massimo Motta y Jorge Padilla, en el coloquio "Competencia e intervención pública para la reconstrucción económica: riesgos y oportunidades", organizado por la Red Académica de Derecho de la Competencia, el 20/05/2020, disponible en: (RADC), el <https://www.youtube.com/watch?v=pt6eM1xCg8w>

¹⁶⁸ No debemos desconocer tampoco las orientaciones políticas de los respectivos Gobiernos nacionales. En este sentido, IACOVIDES, M./NOWAG, J./IACOVIDES, M., "Covid-19 and the transformative power of State Aid: a framework for a democratically legitimate recovery", 28. May 2020, disponible en: <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/covid-19-and-the-transformative-power-of-state-aid-a-framework-for-a-democratically-legitimate-recovery/>

¹⁶⁹ BOE n° 236, de 02/10/2015.

¹⁷⁰ La CNC lo expuso ya en el ya citado Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2008, (p. 22) que se simplifica en las tres preguntas siguientes:

- ¿Está la medida dirigida a un objetivo de interés común bien definido?

medidas que se articulen en el futuro estarán, en principio fuera del MTAE, cuya vigencia es temporal, lo que no excluye que cuando los fondos reúnan las condiciones del artículo 107.1 TFUE hayan de someterse al mismo y al marco que en su momento se apruebe para reemplazar al actual MTAE¹⁷¹.

Entre los intereses que deben protegerse no ocupa un lugar menor el de garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados y ahí, las Autoridades de competencia nacionales (y, en nuestro caso, también autonómicas), pueden desempeñar una importante labor más allá de la actual, limitada a la promoción de la competencia, si se sigue el modelo propuesto en su día por la Competition and Market Authority (CMA) británica para el escenario post-Brexit, consistente en atribuir a dicho organismo independiente una labor equivalente a la de la Comisión Europea en sede de ayudas en el ámbito del Reino Unido¹⁷².

Aunque entendemos que la labor de la Comisión Europea en sede de ayudas estatales es insustituible, las Autoridades nacionales de competencia podrían desempeñar un importante papel, no sólo si se incrementa la colaborando con aquella sino contribuyendo a que su utilización sea más eficiente.

Aunque sus atribuciones sigan limitadas al ámbito de la promoción de la competencia, dotar de carácter previo y preceptivo a sus informes, al menos en nuestro caso, respecto de las ayudas públicas que por acogerse a la regla de minimis o a una exención por categoría, quedan fuera del control previo de la Comisión Europea¹⁷³, sería un paso adelante muy importante, porque sus efectos anticompetitivos pueden ser igualmente graves en su respectivo ámbito de aplicación.

Para sacar algo bueno de lo malo, debemos revisar el diseño y elaboración de todas las ayudas públicas para que sean un verdadero instrumento de política económica verdaderamente eficiente y eficaz.

-
- ¿Resulta pertinente conseguir este objetivo de interés común mediante una ayuda pública? En tal caso, ¿está la ayuda bien concebida para conseguir dicho objetivo?
 - ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de forma que, en conjunto, se garantice un balance positivo?

¹⁷¹ La contribución directa de la Unión Europea para ayudar a los Estados miembros en la lucha contra la crisis ha movilizado y movilizará ingentes recursos provenientes no sólo de los fondos e instrumentos ya existentes sino de los que se movilizarán como consecuencia del acuerdo alcanzado en la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo, 17 a 21 de julio de 2020. Nos referimos, en concreto, al instrumento de emergencia único impulsado por la Comisión Europea bajo el nombre de "Next Generation EU" (NGEU), por valor de 750 000 millones de euros, para ayudar a los Estados miembros a reducir el impacto socioeconómico de la pandemia, recuperarse y retomar la senda del crecimiento sostenible, una de cuyas piezas clave será el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), cuya propuesta de reglamento de creación está tramitándose en el momento de redactar el presente trabajo.

¹⁷² En el momento de redactar estas páginas aun es incierto el resultado de las negociaciones, tanto para el panorama de acuerdo, como para el denominado "No Deal".

¹⁷³ Esta es una cuestión que debería tenerse en cuenta en la transposición pendiente de 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 (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3).

UMBRALES DE NOTIFICACIÓN: ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA Y LOS RETOS DE LA ERA DIGITAL

Notification thresholds: comparative analysis between Spain and the European Union and challenges in the digital era

Isabela DELGADO RUIZ-GALLARDÓN

Técnico Comercial y Economista del Estado. Inspector de competencia en la Subdirección de Industria y Energía de la CNMC

RESUMEN

La era digital y los nuevos modelos de negocio plantean grandes retos para la política de la competencia. En este trabajo nos hemos centrado en un aspecto en concreto: los umbrales de notificación de las operaciones de concentración, que son la clave para garantizar que las concentraciones entre empresas no limitan la competencia efectiva en los mercados, ya que de éstos depende que las operaciones puedan ser supervisadas por la autoridad de competencia. Diseñar umbrales de notificación adecuados ha resultado ser una tarea complicada y, a nivel europeo, la mayoría de autoridades han optado por umbrales de carácter objetivo basados en el volumen de negocios de las partes, aunque en el caso de España existe un umbral adicional basado en la cuota de mercado de las partes. La transformación tecnológica ha puesto en evidencia que todas las alternativas existentes hasta la fecha presentan ventajas y desventajas.

ABSTRACT

The digital era and the new business models have introduced great challenges for competition policy. In this paper we focus on one specific aspect: notification thresholds for merger control, which are a key element to ensure that mergers between companies do not limit effective competition in the relevant markets, since they determine whether an operation can be supervised by the competition authority. Designing adequate notification thresholds has proved to be a complicated task and, at a European level, the majority of authorities have established objective thresholds based on the turnover of the parties, although in the case of Spain there exists an additional threshold based on the market share of the parties. Technological transformation shows that all existing alternatives to date have both advantages and disadvantages.

Palabras clave: Concentraciones, umbrales de notificación, volumen de negocios, cuota de mercado, plataformas digitales, recomendaciones internacionales.

Keywords: Mergers, notification thresholds, turnover, market share, digital platforms, international recommendations.

I. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE UMBRALES DE NOTIFICACIÓN

I.1. Introducción

El control de concentraciones se ha establecido a escala global con el objetivo de prevenir los posibles efectos anti-competitivos que pueden conllevar determinadas operaciones de concentración. Una mayor concentración entre empresas implica un mayor poder de mercado, lo cual podría dar lugar a una pérdida de bienestar social si se materializa en subidas de precios para los consumidores, reducciones en la calidad de los productos y servicios ofrecidos, menores incentivos para invertir en innovación o en la creación de barreras de entrada para competidores potenciales. No obstante, las operaciones de concentración también conllevan una serie de beneficios, como es el mayor aprovechamiento de las economías de escala, que permiten una disminución de los costes medios a largo plazo a medida que incrementa el volumen de producción de la empresa, un mayor poder de negociación, un mayor acceso al mercado de capitales o la posibilidad de llevar a cabo proyectos más atractivos que antes no estaban al alcance de las partes.

Con la intención de maximizar estos beneficios y minimizar el impacto sobre la libre competencia, se han ido introduciendo leyes que ejercen un control *ex-ante* sobre las operaciones de concentración. Inicialmente fueron varias las reticencias al control de concentraciones, dando lugar a que países como Reino Unido o Australia decidiesen establecer un sistema voluntario de notificación de concentraciones. No obstante, con el tiempo se ha comprobado la eficacia y la necesidad de un sistema de control de operaciones de concentración, basado en la idea de que la libre competencia genera un marco adecuado para la innovación y el progreso tecnológico, lo cual redundaría en beneficios para los consumidores al obtener bienes y servicios en mejores condiciones.

Los sistemas de control de concentraciones no prevén la posibilidad de someter a revisión todas las operaciones de concentración, sino simplemente aquellas que, por su tamaño y características, puedan amenazar la libre competencia. Por ello, se establecen una serie de umbrales de notificación, a partir de los cuales, cualquier operación de concentración deberá ser notificada a la autoridad correspondiente. Uno de los principales retos a los que se enfrentan las autoridades de competencia a la hora de diseñar los regímenes de control de concentraciones, es precisamente el de establecer los umbrales a partir de los cuales una transacción debe notificarse o no. En efecto, unos umbrales de notificación adecuados son la clave para que las autoridades de competencia puedan garantizar que las operaciones de concentración no reducen los niveles de competencia existentes en los distintos mercados, ya que éstos determinarán si la autoridad tiene la posibilidad de someter dicha transacción a revisión o no.

Los umbrales de notificación deben permitir que se notifiquen todas aquellas operaciones de concentración que puedan, al menos potencialmente, dar lugar a efectos anti-competitivos. No obstante, si se fijan unos umbrales excesivamente laxos, éstos pueden dar lugar a que se deban notificar una serie de operaciones que, por sus características o tamaño, no tienen la capacidad de generar ningún tipo de efecto anti-competitivo, lo cual supone un empleo ineficiente de los recursos disponibles por parte de la autoridad de competencia, que debe llevar a cabo un análisis completo de la operación, y para las partes, que deben emplear tiempo y dinero en obtener la autorización de la autoridad antes de poder implementar la transacción. De manera que, a la hora de fijar los umbrales de notificación, las autoridades de competencia se enfrentan a un *trade-off* entre eficacia y eficiencia.

I.2. Recomendaciones internacionales de la ICN y la OCDE

Para tratar de resolver este *trade-off*, son varias las recomendaciones internacionales que se han expuesto sobre la materia. Las *Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre el Control de Concentraciones*, establecen que el sistema de control de concentraciones debe ser efectivo, eficiente y llevarse a cabo en un periodo de tiempo razonable. Para ello, los umbrales de notificación deben garantizar que las autoridades de competencia sean capaces de recolectar información suficiente para poder analizar los efectos que una operación de concentración tiene sobre la competencia, sin que ello lleve a incurrir en costes innecesarios, tanto para las partes como para la autoridad.

Por ello, las recomendaciones de la OCDE¹ establecen que los sistemas de control de concentraciones deben (i) analizar una operación de concentración sólo en aquellas jurisdicciones que tengan un nexo significativo con la misma; (ii) emplear criterios claros y objetivos a la hora de determinar si una concentración debe ser notificada o no; y (iii) ofrecer a las partes, sin comprometer la eficacia y la duración en el tiempo, un grado de flexibilidad razonable para determinar cuándo pueden notificar una operación de concentración. Además, la OCDE hace hincapié en la importancia de que las normas, prácticas y procedimientos relacionados con la revisión de las operaciones de concentración sean transparentes y públicas.

Por otro lado, las prácticas recomendadas por la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) para el control y análisis de concentraciones económicas, establecen que a la hora de fijar umbrales de notificación de operaciones de concentración, éstos deberían (i) garantizar la existencia de un nexo material entre la operación y la jurisdicción que lleva a cabo su análisis; (ii) basarse en criterios claros y objetivamente cuantificables, como son las ventas y/o los activos; y (iii) permitir que la notificación de una operación se pueda llevar a cabo en un periodo de tiempo limitado².

De acuerdo con las recomendaciones internacionales, tanto de la ICN como de la OCDE, los umbrales de notificación deben ser:

- (i) **Efectivos y eficientes.** Deben ser capaces de captar todas aquellas concentraciones que puedan plantear un riesgo potencial para la competencia, pero sólo esas transacciones y no transacciones que no vayan a suponer ningún tipo de riesgo potencial.
- (ii) **Claros y objetivos.** Deben ser fácilmente entendibles y obtenibles por las partes.
- (iii) **Garantizar la existencia de un nexo material** entre los efectos producidos por la operación y la jurisdicción que lo revisa. Por lo que deberían ser capaces de captar las actividades domésticas de las partes y no simplemente sus actividades mundiales.

¹ Las recomendaciones de la OCDE establecen que el proceso de revisión de concentraciones debe ser efectivo, eficiente y limitado en el tiempo: (1) los países miembros deben asegurarse de que el proceso de revisión de concentraciones permite a las autoridades obtener información suficiente para valorar los efectos que una concentración pueda tener sobre la competencia; (2) los países miembros deberían, sin comprometer la efectividad del proceso de revisión, garantizar que sus leyes de competencia eviten costes innecesarios para las partes de la concentración y para terceros; y (3) el proceso de revisión de concentraciones debería llevarse a cabo, y las decisiones se deberían tomar, en un periodo de tiempo razonable y predeterminado.

² Son trece las prácticas recomendadas por el ICN en el proceso de notificación y posterior revisión de operaciones de concentración son las siguientes: (1) existencia de un nexo entre los efectos de la concentración y la jurisdicción encargada de su análisis; (2) establecimiento de umbrales claros y objetivos de notificación; (3) duración limitada del proceso de notificación; (4) periodos específicos del proceso de revisión; (5) requisitos para la notificación inicial; (6) realización de investigaciones sobre las concentraciones; (7) equidad en el proceso; (8) transparencia; (9) confidencialidad; (10) coordinación interinstitucional; (11) revisión de las disposiciones de control de fusiones; (12) remedios; y (13) poderes de la agencia de competencia.

A la hora de establecer umbrales de notificación, las jurisdicciones pueden optar por umbrales "objetivos" (como los basados en el volumen de negocios y/o los activos de las partes) o umbrales "subjetivos" (como los basados en la cuota de mercado de las partes). En términos generales, se considera que los umbrales basados en la cuota de mercado son más efectivos a la hora de predecir si una concentración es susceptible de generar efectos anti-competitivos o no, que los umbrales basados en el volumen de negocios y/o activos. No obstante, los umbrales basados en la cuota de mercado suelen ser menos eficientes que los umbrales basados en el volumen de negocios y/o activos, ya que la definición de un mercado de producto o servicio relevante puede ser una tarea compleja, dando lugar a costes innecesarios y a un uso improductivos de los recursos.

Respecto al criterio de simplicidad y objetividad, los umbrales basados en el volumen de negocios y/o de activos de las partes cumplen en mayor medida con este criterio respecto al umbral basado en la cuota de mercado de las partes. Efectivamente, a través del primer tipo de umbral las partes deberán notificar una operación de concentración si su volumen de negocios y/o activos supera una cantidad exacta y preestablecida, que es fácilmente identificable por las partes. Sin embargo, los umbrales basados en cuota de mercado son menos objetivos y más complejos de calcular. Estos requieren que, en primer lugar, se deba definir un mercado de producto o servicio, lo cual no es una ciencia exacta y está sujeto a cierto grado de subjetividad y, en segundo lugar, se deban realizar estimaciones de la cuota de mercado de las partes en dicho mercado, lo cual puede también no ser del todo objetivo. De manera que los umbrales de notificación basados en la cuota de mercado de las partes carecen de la objetividad y simplicidad de los umbrales de notificación basados en el volumen de negocios, transmitiendo una menor certidumbre y seguridad jurídica a los agentes económicos.

Finalmente, respecto a la existencia de un **nexo local** entre los efectos anti-competitivos que pueda generar una concentración y la jurisdicción encargada de supervisar dicha concentración, existe cierto consenso sobre cómo medir dicho nexo. El criterio más útil para determinar la existencia o no de un nexo local es la actividad local de la empresa, que suele medirse a través de las ventas y/o los activos de éstas en una jurisdicción determinada. De manera que los umbrales basados en el volumen de negocios y/o activos que las partes han obtenido en un territorio determinado suelen ser más más inmediatos para medir dicho nexo. No obstante, no basta con que exista un nexo local, sino que dicho nexo debe ser lo suficientemente material, es decir, el impacto de una operación sobre esa jurisdicción en concreto debe ser lo suficientemente relevante. Para garantizar que el impacto de una operación sobre una jurisdicción es lo suficientemente relevante, se debe establecer un volumen de negocios mínimo que permita asegurar en cierta medida esa materialidad. Las recomendaciones internacionales no analizan en detalle la relación que debe darse entre nexo local y materialidad, ni establecen cual es el umbral mínimo de volumen de negocios que garantiza dicha materialidad, dejando margen a las jurisdicciones para que éstas decidan cual debe ser ese umbral mínimo.

Por estos motivos, tanto las recomendaciones de la ICN como de la OCDE, abogan por umbrales de notificación objetivos basados en el volumen de negocios y/o activos de las partes frente a umbrales basados en la cuota de mercado, por los mayores costes e incertidumbre que generan éstos últimos. De manera que, según las recomendaciones internacionales en la materia, el principal reto de las autoridades no debería ser tanto qué tipo de umbral establecer, sino qué cuantía debería exigir este umbral. Efectivamente, un umbral excesivamente laxo puede dar lugar a que se tengan que revisar un exceso de operaciones que no son susceptibles de generar efectos anti-competitivos, dando lugar a un uso improductivo de los recursos de la autoridad y de las partes, mientras que un umbral excesivamente estricto puede provocar que operaciones que sí son susceptibles de generar efectos anti-competitivos, no sean revisadas por la autoridad.

I.3. Aplicación en la práctica de las recomendaciones internacionales

Las prácticas recomendadas no son vinculantes, sino que son los gobiernos y las autoridades de la competencia las que deben implementarlas a través de reformas o adaptaciones de su ordenamiento jurídico. Por ello, el grupo de trabajo de concentraciones de la ICN (MWG, por sus siglas en inglés) inició en el año 2016 una encuesta en la que participaron ochenta jurisdicciones con el fin de analizar qué miembros de la ICN habían llevado a la práctica las recomendaciones sobre los umbrales de notificación y procesos de revisión de concentraciones y cómo las habían aplicado.

Los resultados de esta encuesta muestran que desde 2006 son varias las jurisdicciones que han revisado sus umbrales de notificación y que, a pesar de ser concedoras de los beneficios potenciales de los umbrales basados en la cuota de mercado, han decidido no continuar aplicándolos por los costes e incertidumbres que pueden generar para las partes. Además, para garantizar la existencia de un nexo local, muchas jurisdicciones han decidido incluir umbrales basados en el volumen de negocios y/o activos de las partes obtenidos a nivel nacional y no solamente a nivel global. Centrándonos únicamente en la parte de la encuesta que hace referencia a los umbrales de notificación, los resultados muestran que:

- (i) El 72% de las jurisdicciones cuenta únicamente con umbrales de notificación basados en criterios objetivamente cuantificables (como el volumen de negocios y/o activos) y no en criterios subjetivos (como la cuota de mercado, el poder de mercado, etc.), mientras que el 28% restante dispone de ambos umbrales.
- (ii) A la hora de calcular las ventas o activos del negocio adquirido, el 74% de las jurisdicciones contabilizan únicamente las ventas y/o activos de la parte de la entidad que se adquiere, mientras que el resto de jurisdicciones incluyen también otras ventas y/o activos de la entidad vendedora, más allá del negocio que se adquiere.
- (iii) El 92% de las jurisdicciones respondieron que sus umbrales de notificación requieren un nexo sustancial a su jurisdicción, y solo seis jurisdicciones respondieron que sus umbrales no garantizan la existencia de un nexo local sustancial a su jurisdicción.
- (iv) En el 62% de las jurisdicciones el alcance geográfico de los umbrales de notificación está limitado al territorio geográfico de la autoridad. En 11 jurisdicciones el alcance geográfico es superior al territorio de la autoridad y 19 jurisdicciones combinan umbrales de tipo nacional y mundial.
- (v) El 88% de las jurisdicciones ofrecen una guía sobre cómo saber si los umbrales de notificación se han alcanzado o no y el 86% indican que se pueden realizar consultas durante la fase de pre-notificación para saber si la operación debe notificarse o no y el alcance de la información que se requiere para la notificación.
- (vi) Menos del 20% de las jurisdicciones ajustan sus umbrales de notificación de forma periódica.

I.4. Conclusiones

Todas las recomendaciones internacionales sobre umbrales de notificación de operaciones de concentración siguen una misma línea a favor de los umbrales de notificación objetivos, como son los basados en el volumen de negocios y/o activos de las partes. Los umbrales de notificación basados en la cuota de mercado de las partes introducen cierta subjetividad en el análisis, ya que requieren que se defina un mercado relevante y que se determine la cuota de mercado de las partes en dicho mercado, lo cual puede llegar a ser una tarea complicada. No obstante, cómo veremos más adelante, estas

recomendaciones no tienen en cuenta los cambios que se han producido en el mercado en los últimos años con la transformación digital, que han puesto en evidencia los problemas a los que se enfrentan los umbrales de notificación objetivos, basados en el volumen de negocios de las partes, a la hora de captar concentraciones de gran calado entre empresas del sector digital.

II. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS UMBRALES DE NOTIFICACIÓN EXISTENTES EN LA UE Y EN ESPAÑA

II.1. Origen y evolución de los umbrales de notificación

Los umbrales de notificación de operaciones de concentración, tanto de la propia Unión Europea como de los distintos Estados Miembros, siguen muy de cerca las recomendaciones internacionales mencionadas anteriormente. Efectivamente, todas las jurisdicciones europeas³ cuentan con un umbral de notificación objetivo basado en el volumen de negocio de las partes, y únicamente Portugal y España (y antes del Brexit también Reino Unido) disponen de un umbral adicional basado en la cuota de mercado de las partes. Adicionalmente, todas las jurisdicciones europeas han introducido mecanismos para garantizar la existencia de un nexo local entre los efectos que pueda producir una concentración y la jurisdicción encargada de llevar a cabo su análisis exigiendo que el volumen de negocios, individual o conjunto, se haya obtenido a escala nacional.

Antes de entrar a analizar y comparar los distintos umbrales de notificación actuales a nivel europeo, conviene hacer una breve revisión histórica de la evolución del control de concentraciones en Europa y España, a través de la cual podemos observar cómo desde los inicios del control de concentraciones en Europa, se implantó un umbral de notificación de carácter objetivo, basado en el volumen de negocios de las partes.

El control de concentraciones es una práctica relativamente reciente, si bien es cierto que las preocupaciones por la libre competencia ya estaban presentes desde el origen de la creación de la Unión Europea, no fue hasta 1989 cuando se introdujo un mecanismo de control directo de concentraciones a nivel europeo. El Tratado de Roma tenía entre sus objetivos fundacionales la creación de un mercado común, lo cual exigía garantizar la libre competencia en el interior del mismo. No obstante, las aportaciones en materia de competencia del Tratado de Roma fueron las prácticas colusorias, prohibiéndose todas aquellas prácticas concertadas que tuviesen por objeto o como efecto restringir o limitar la competencia (artículo 85 –actualmente, 101 TFUE–); y las prácticas abusivas de posiciones dominantes (artículo 86 –actualmente, 102 TFUE–), sin hacer referencia explícita al control de concentraciones.

Durante esta etapa inicial se llevó a cabo un control indirecto de las operaciones de concentración a través del TFUE, lo cual podía hacerse dado que la tasa de concentraciones a nivel europeo era bastante reducida. No obstante, a medida que el número de concentraciones y las críticas relativas al uso del TFUE como mecanismo de control de concentraciones aumentaron, se hizo latente la necesidad de una norma expresa en materia de control de concentraciones que pusiese fin al vacío legal existente. Por ello, el 21 de diciembre de 1989 se aprueba el *Reglamento 4064/89 sobre control de las operaciones de concentración de empresas* (en adelante, Reglamento 4064/89)⁴. Este Reglamento fue la primera normativa que establecía un control directo de las operaciones

³ Excepto Luxemburgo que no dispone de un sistema de notificación de concentraciones.

⁴ Council Reg. (EEC) 4064/89 (OJ 1989 L395/1, 30.12.1989), as amended by Council Reg. (EC) 1310/97 (OJ 1997 L180/1, 9.7.1997; corrigendum OJ 1998 L40/17, 13.2.2004).

de concentración entre empresas de la Unión Europea, y que introducía por primera vez unos umbrales a partir de los cuales debían notificarse las operaciones de concentración.

Este Reglamento fue revisado y reemplazado por la versión actual, el *Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas* («Reglamento comunitario de concentraciones»), que entró en vigor el 1 de mayo de 2004. El Reglamento comunitario de control de concentraciones se aplica únicamente a aquellas concentraciones que tienen “*dimensión comunitaria*”. Para determinar si una transacción tiene dimensión comunitaria y, por lo tanto, si debe ser notificada a la autoridad de competencia europea, tanto el Reglamento de 4064/89 como el Reglamento 139/2004 introdujeron un umbral de notificación basado en el volumen de negocios de las partes. Todas las operaciones que superen dicho umbral deberán ser notificadas con independencia de la nacionalidad de las partes, del país en el que se lleva a cabo la transacción o la ley aplicable a la transacción. De manera que ya desde los orígenes del control de concentraciones a nivel comunitario, el único umbral de referencia para las operaciones de concentración en Europa se basaba en el volumen de negocios de las partes. El umbral de volumen de negocios comunitarios se exige tanto a escala mundial como a nivel europeo, por lo que garantiza la existencia de un nexo local entre los efectos de la operación y la autoridad de competencia europea. Además, el sistema de notificación de concentraciones europeo incluye dos conjuntos de umbrales, un conjunto de umbrales de volumen de negocios “principales” y, en caso de no ser alcanzados, otro conjunto de umbrales de volumen de negocios “alternativos” más reducidos⁵. Según estos umbrales, una operación de concentración tendrá dimensión comunitaria y deberá ser notificada a la autoridad de competencia europea si:

⁵ Tanto los umbrales de notificación “principales” como “alternativos” se introdujeron en 1989 y siguen vigentes a día de hoy, aunque los umbrales actuales de notificación alternativos presentan una serie de novedades respecto a los umbrales alternativos de 1989, ya que buscan impulsar el principio de “ventanilla única” en concentraciones que de lo contrario tendrían que ser revisadas por tres o más autoridades de competencia en la UE

Tabla 1*Umbral de notificación de concentraciones a nivel comunitario*

Umbrales de notificación europeos		
Tipo de umbral	Umbral "principal"	Umbral "secundario"
Volumen de negocios	a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.	a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros; b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

Fuente: elaboración propia en base al Reglamento comunitario de control de concentraciones

En base a las normas comunitarias de la política de competencia, se aprueba a nivel nacional la *Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, que se fundamentó sobre la base de los artículos 38 y 51 de la Constitución española⁶. A través de esta Ley, se introduce en España el control directo de operaciones de concentración y, en concreto, de aquellas que sin tener dimensión comunitaria superan los umbrales nacionales. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") que derogaba la Ley anterior y que contribuyó al desarrollo del sistema de control de concentraciones, adaptando el sistema español al nuevo modelo comunitario establecido en el Reglamento comunitario de concentraciones de 2004 y que sigue vigente a día de hoy.

En el caso de España, existe un doble umbral de notificación de operaciones de concentración ya que, además del umbral de volumen de negocios, existe también un umbral adicional basado en la cuota de mercado de las partes y respecto al umbral de volumen de negocios, este último sólo se exige a escala nacional. De manera que una operación de concentración será notificable en España si:

⁶ El artículo 38 la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y establece que los poderes públicos deben garantizar y proteger su ejercicio y defender la productividad. El artículo 51 establece que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, los intereses económicos legítimos de los mismos.

Tabla 2*Umbrales de notificación de concentraciones a nivel nacional*

Umbrales de notificación en España	
Tipo de umbral	Umbral
Cuota de mercado	Como consecuencia de la concentración se adquiere o se incrementa una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo ⁷ .
Volumen de negocios	El volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supera en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Fuente: elaboración propia en base a la Ley de Defensa de la Competencia

Por lo tanto, como principal conclusión, podemos destacar que mientras que a nivel comunitario existe un único umbral de carácter objetivo basado en el volumen de negocios de las partes, a nivel nacional existe un doble umbral, uno de carácter objetivo basado en el volumen de negocios y otro de carácter subjetivo basado en la cuota de mercado alcanzada por las partes.

II.2. Análisis comparativo de los umbrales de notificación en Europa

Tras introducir unas líneas generales sobre los umbrales de notificación de concentraciones existentes a nivel europeo y nacional, pasamos a analizar éstos en mayor detalle, llevando a cabo un análisis comparativo entre los umbrales de notificación de los distintos Estados miembros. Dentro de la Unión Europea los países comunitarios cuentan con tres tipos de umbrales de notificación de concentraciones, (i) un umbral basado en el volumen de negocios, que ha sido introducido por todos los Estados Miembros a excepción de Luxemburgo (donde no existe un sistema de notificación de concentraciones); (ii) un umbral basado en la cuota de mercado, que únicamente está presente en España y Portugal (y Reino Unido antes del Brexit); y (iii) un umbral basado en el valor de la transacción, que ha sido introducido recientemente por Austria y Alemania para hacer frente a los retos de la economía digital.

⁷ Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

a. Umbral basado en el volumen de negocios

Los regímenes de control de concentraciones de los distintos Estados miembros son muy similares al sistema impuesto a nivel europeo. Todos los países comunitarios con un sistema de control de concentraciones cuentan con un umbral de notificación basado en el volumen de negocios y, además, en veintidós jurisdicciones este es el único umbral de notificación existente. En términos generales existen tres tipos de umbrales de volumen de negocios que se pueden distinguir en la práctica dentro de la Unión Europea:

1. Volumen de negocios, obtenido conjuntamente por las partes, a escala mundial.
2. Volumen de negocios, obtenido conjuntamente por las partes, a escala nacional.
3. Volumen de negocios, obtenido individualmente por cada una de las partes, a escala nacional.

Respecto al umbral basado en el volumen de negocios obtenido individualmente por cada una de las partes a escala nacional, en la mayoría de las ocasiones requiere que al menos dos de las empresas partícipes alcancen dicho volumen de negocios en el país de referencia, mientras que en otros países se requiere que sea únicamente la empresa "target" la que haya obtenido dicho volumen de negocios, como ocurre en Bulgaria, República Checa, Eslovenia y Reino Unido. Por lo general, el umbral basado en el volumen de negocios conjunto de las partes, tanto a escala mundial como a escala nacional, tiene por objetivo asegurar que únicamente se notifican operaciones relevantes y con un impacto potencial sobre el territorio de referencia, mientras que el umbral basado en el volumen de negocios obtenido individualmente por las partes a escala nacional, tiene como objetivo asegurar que no se notifican operaciones en las que grandes empresas nacionales compran empresas extranjeras con una actividad muy limitada en el territorio de referencia.

Analizando las distintas jurisdicciones, podemos obtener los siguientes datos en relación a los umbrales de notificación de los países de la Unión Europea:

- (i) El 32% de los Estados miembros cuenta con un umbral basado en el volumen de negocios conjunto obtenido a escala mundial (Alemania, Austria, Croacia, Finlandia, Grecia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Rumanía). No obstante, en cuatro jurisdicciones (Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, República Checa) existe un umbral basado en el volumen de negocios obtenido a escala mundial pero individualmente por las partes. De manera que en total son trece las jurisdicciones que incluyen algún tipo de umbral basado en el volumen de negocios obtenido a escala mundial, ya sea conjuntamente por las partes o de manera individual.
- (ii) El 64% de los Estados miembros cuenta con umbral basado en el volumen de negocios conjunto obtenido a escala nacional (Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, España, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Malta, República Checa, Polonia, Portugal, Suecia).
- (iii) El 93% de los Estados miembros cuenta con un umbral basado en el volumen de negocios individual obtenido a escala nacional (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Suecia), siendo los únicos dos países que no cuentan con dicho umbral Polonia y Luxemburgo.

Otra cuestión importante a la hora de diseñar un umbral basado en el volumen de negocios es determinar la cantidad exacta de volumen de negocios exigida. Cuanto mayor sea dicha cantidad, más "laxo" será el sistema y cuanto menor sea, más "estricto" será

el sistema de notificación de concentraciones del país en cuestión. Ambos modelos presentan una serie de desventajas; un sistema de notificación más estricto, con umbrales de volumen de negocio reducidos, puede dar lugar a que se deban notificar concentraciones que no suponen ningún riesgo potencial para el funcionamiento del mercado, incurriendo en un gasto innecesario de recursos, mientras que un sistema de notificación laxo, con umbrales de volumen de negocios elevados, puede dar lugar a que escapen del control de la autoridad concentraciones que pueden ser potencialmente perjudiciales para la competencia.

En la Tabla 3 se muestran las cantidades exactas de volumen de negocios exigidas por cada jurisdicción, donde se diferencia entre el volumen de negocios conjunto a escala mundial (*VNCM*), el volumen de negocios conjunto a escala nacional (*VNCN*) y el volumen de negocios individual a escala nacional (*VNIN*). Adicionalmente, incluye una columna que refleja el umbral de volumen de negocios obtenido individualmente por cada una de las partes pero a escala mundial (*VNIM*), que estaba presente en cuatro jurisdicciones (Chipre, Dinamarca, Eslovaquia y la República Checa). Para determinar qué países tienen un sistema de notificación de concentraciones más permisivo, podemos empezar haciendo un análisis en función del tipo de umbral:

- (i) Respecto al umbral de volumen de negocios conjunto obtenido a escala mundial, Polonia cuenta con el umbral más elevado de todos (1.000 millones de euros), muy por encima de Alemania (500 millones de euros) que es el siguiente país con el umbral más elevado.
- (ii) Respecto al umbral de volumen de negocios conjunto obtenido a escala nacional, Italia cuenta con el umbral más permisivo (492 millones de euros) seguido de España (240 millones de euros), ambos con umbrales muy superiores a los de los siguientes países que serían Dinamarca (121 millones de euros), Suecia (103,8 millones de euros), Bélgica (100 millones de euros) y Portugal (100 millones de euros).
- (iii) Respecto al umbral de volumen de negocios individual obtenido a escala nacional, Reino Unido cuenta con el umbral más laxo (79,9 millones de euros) seguido de España (60 millones de euros), Francia (50 millones de euros), Bélgica (40 millones de euros), Italia y Países Bajos (ambos de 30 millones de euros) y Alemania (25 millones de euros).

Teniendo en cuenta los distintos umbrales, los países más permisivos, con un umbral de volumen de negocios exigido conjuntamente a escala mundial o nacional superior a los 100 millones y un umbral de volumen de negocios exigido individualmente a escala nacional superior a los 20 millones de euros, son España, Italia, Reino Unido, Bélgica, Alemania, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia. Los países con un sistema de notificación de operaciones de concentración más estrictos, en los que el umbral de volumen de negocios exigido conjuntamente a escala mundial o nacional no supera los 50 millones y el umbral de volumen de negocios exigido individualmente a escala nacional no supera los 5 millones de euros, son Chipre, Estonia, Bulgaria, Rumania, Lituania, Letonia, Eslovenia, Hungría e Irlanda⁸.

⁸ Además de determinar si los sistemas de notificación de concentraciones de los distintos países europeos son más estrictos o más laxos, cabe destacar una serie de características adicionales de algunos de ellos:

- En Italia el umbral de volumen de negocios se revisa anualmente, ajustándolo a la inflación.
- Francia y Grecia tienen unos umbrales de notificación especiales para el sector del comercio minorista y el sector de las telecomunicaciones respectivamente.
- En Hungría y Suecia, la autoridad de competencia tiene discrecionalidad para revisar operaciones con notables riesgos para la competencia, aunque éstas no alcancen los umbrales de notificación.

En la segunda columna de la Tabla 3 se refleja el PIB per cápita de los distintos Estados miembros, lo cual nos permite determinar si existe alguna relación entre el PIB per cápita de un país y el umbral de volumen de negocios exigido por el mismo. Las principales conclusiones son las siguientes:

- La mayoría de los países con sistemas de notificación de concentraciones más estrictos están entre los países con menor PIB per cápita. Efectivamente, los ocho países con umbrales de notificación más reducidos (Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania y Rumania) tienen un PIB per cápita por debajo de la media europea (32.016 €). La única excepción es Irlanda, que es uno de los países con un sistema de notificación de concentraciones más exigente, pero con un PIB per cápita de los más elevados a nivel europeo.
- La mayoría de los países con sistemas de notificación de concentraciones más laxos están entre los países con mayor PIB per cápita: el país con mayor PIB per cápita es Luxemburgo (102.200 €), donde directamente no existe un sistema de notificación de concentraciones. El resto de países comunitarios con umbrales de notificación más elevados (Alemania, Bélgica, Finlandia, Francia, Países Bajos y Suecia) están entre los países con mayor PIB per cápita, por encima de la media europea. No obstante, existen dos excepciones destacables, Italia y España, ambos con un PIB per cápita inferior a la media europea, pero con unos umbrales de volumen de negocio muy superiores al del resto de países europeos.

Tabla 3

Umbral de volumen de negocios, en millones de euros, y PIB per cápita de los países europeos

Volumen de negocios (en millones de euros)					
Pais	PIB p.c.	VNCM	VNIM	VNCN	VNIN
Alemania	41.350 €	500	-	-	25
Austria	44.900 €	300	-	30	5
Bélgica	41.240 €	-	-	100	40
Bulgaria	8.680 €	-	-	12,8	1,5
Chipre	24.920 €		3,5	3,5	3,5
Croacia	13.330 €	134	-	-	13,4
Dinamarca	53.370 €	-	510.7	121	13,4
Eslovaquia	17.270 €	-	46	46	14
Eslovenia	22.980 €	-	-	35	1
España	26.440 €	-	-	240	60
Estonia	21.160 €	-	-	6	2
Finlandia	43.630 €	350	-	-	20
Francia	36.060 €	150	-	-	50
Grecia	17.500 €	150	-	-	15
Hungría	14.720 €	-	-	48	3,2
Irlanda	70.470 €	-	-	50	3
Italia	29.610 €	-	-	504	31
Letonia	15.930 €	-	-	30	1,5
Lituania	17.310 €	20	-	-	2
Luxemburgo	102.200 €	-	-	-	-
Malta	26.350 €	-	-	2.3	10% del volumen conjunto de las partes
Países Bajos	46.820 €	150	-	-	30
Polonia	13.730 €	1.000	-	50	-
Portugal	20.660 €	-	-	100	5
Reino Unido	37.760 €	-	-	-	79,9
Rumania	20.610 €	10	-	-	4
República Checa	11.500 €		57	57	9,5
Suecia	46.180 €	-	-	103,8	20,8

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados en las páginas web de las respectivas autoridades de competencia.

b. Umbral de cuota de mercado

A nivel europeo, solo dos países cuentan con un umbral de notificación de concentraciones basado en la cuota de mercado de las partes, España y Portugal, aunque antes del Brexit eran tres los países comunitarios que disponían de este umbral. En estos tres países, una concentración es notificable si como consecuencia de la misma se adquiere o incrementa la cuota en un 25% en el caso de Reino Unido, un 30% en el caso de España o un 50% en el caso de Portugal.

Tabla 4

Umbral de cuota de mercado en España, Portugal y Reino Unido

Cuotas de mercado		
País	Umbral principal	Umbral secundario
España	<i>Como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.</i>	<i>En el caso de que el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, dicha cuota deberá de ser del 50%.</i>
Portugal	<i>Como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 50% del mercado nacional.</i>	<i>En el caso de que al menos dos partes tengan un volumen de negocios en Portugal de 5 millones de euros, dicha cuota deberá estar entre el 30% y el 50%.</i>
Reino Unido	<i>Como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.</i>	

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados por las respectivas autoridades de competencia.

c. Umbral del valor de la transacción

Los cambios producidos en el mercado en los últimos años fruto de la transformación tecnológica, han puesto en cuestión la idoneidad de los umbrales de notificación basados en el volumen de negocios para revisar concentraciones entre empresas del sector digital. En efecto, la irrupción de las plataformas digitales y, en general, de las empresas cuyo modelo de negocio se basa en el valor de los datos, han dado lugar a que operaciones de gran calado no alcanzasen los umbrales de notificación europeos. Por este motivo, Alemania y Austria han decidido introducir un umbral de notificación adicional basado en el valor de la transacción, según el cual una operación de concentración será notificable si el valor total de la misma supera los 400 millones de euros en Alemania o los 200

millones de euros en Austria, y la empresa adquirida está "significativamente activa"⁹ en estos países.

Tabla 5

Umbral de volumen del valor de la transacción en Alemania y Austria

Valor de la transacción	
País	Umbral
Alemania	<i>El valor de la transacción supera los 400 millones de euros; y target está "significativamente activa" en Alemania</i>
Austria	<i>El valor de la transacción supera los 200 millones de euros; y la target está "significativamente activa" en Austria</i>

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados en las páginas web de las respectivas autoridades de competencia.

II.3. Valoración de los umbrales de notificación de concentraciones en España

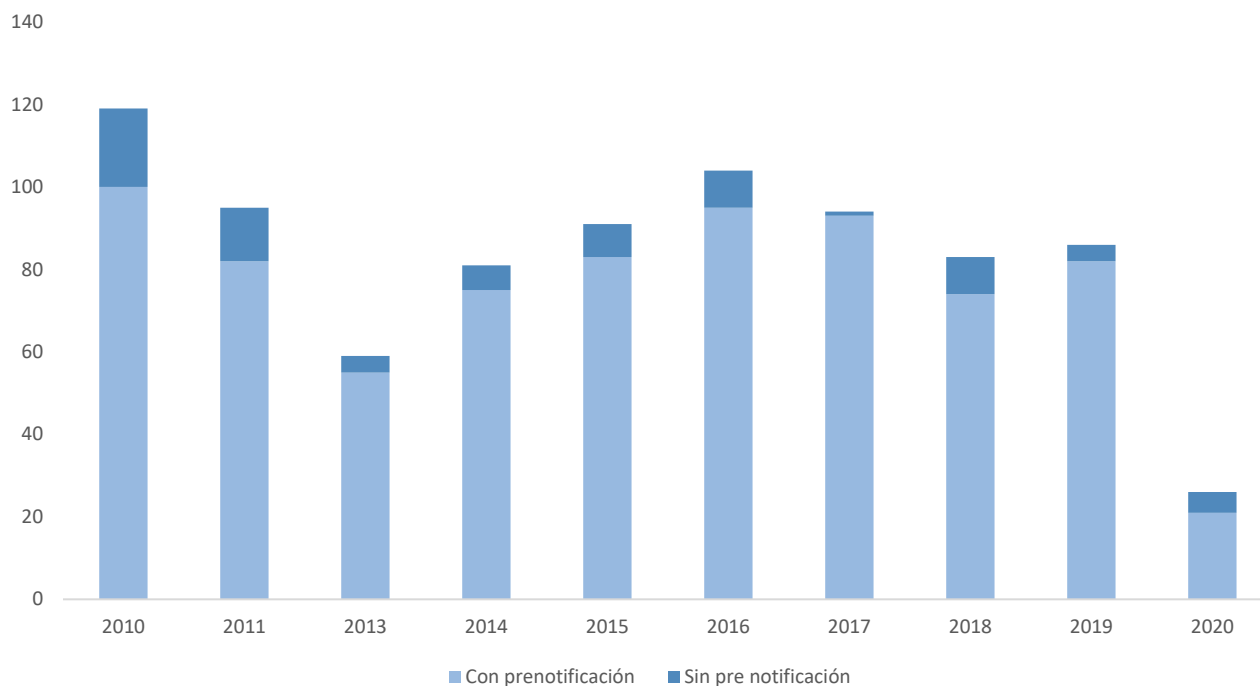
Del análisis anterior podemos sacar dos conclusiones contradictorias respecto al sistema de notificación de concentraciones en España. Por un lado, España es uno de los países europeos con umbrales de volumen de negocio más elevados, lo cual hace que su sistema de notificación de concentraciones sea más "laxo" respecto al del resto de Estados miembros. Por otro lado, España es uno de los pocos países que cuenta con un umbral adicional de cuota de mercado, lo cual hace que su sistema de notificación de concentraciones sea más "rígido" que el del resto de Estados miembros. El fin último de los umbrales de notificación debería ser aumentar el bienestar social y, por lo tanto, éstos deberían permitir captar todas aquellas operaciones con riesgos potenciales para la competencia, pero, a su vez, evitar que se notifiquen operaciones que no supongan ningún riesgo para la competencia, evitando así el uso ineficiente de los recursos públicos y privados. Para ver si el doble umbral de notificación de concentraciones en España es el adecuado para impulsar el bienestar social, es necesario analizar una serie de cuestiones adicionales.

Entre 2010 y 2020 se han notificado un total de 909 operaciones de concentración en España. El número de concentraciones notificadas anualmente no sigue ningún tipo de tendencia, ni ascendente ni descendente, durante ese periodo de tiempo y fluctúa entre las 26 concentraciones notificadas hasta la fecha actual de 2020 y las 119 notificadas en 2010. De las 909 concentraciones notificadas entre 2010 y 2020, el 90% fueron pre-notificadas, mientras que sólo un 10% no se pre-notificaron. En este caso, sí que observamos una tendencia ascendente en las pre-notificaciones, pasando el porcentaje total de operaciones no pre-notificadas del 20% en 2010 al 10% en la actualidad.

⁹ El umbral basado en el valor de la transacción, introducido por Alemania y Austria, requiere que la empresa "target" esté "significativamente presente" en el país con el objetivo de garantizar la existencia de un nexo local. Para medir si la "target" está significativamente presente o no en el país, la autoridad alemana analiza distintas variables como pueden ser los usuarios alemanes activos de la plataforma, los accesos a la web desde Alemania, etc.

Gráfico 1

Número de concentraciones notificadas entre 2010 y 2020 en España

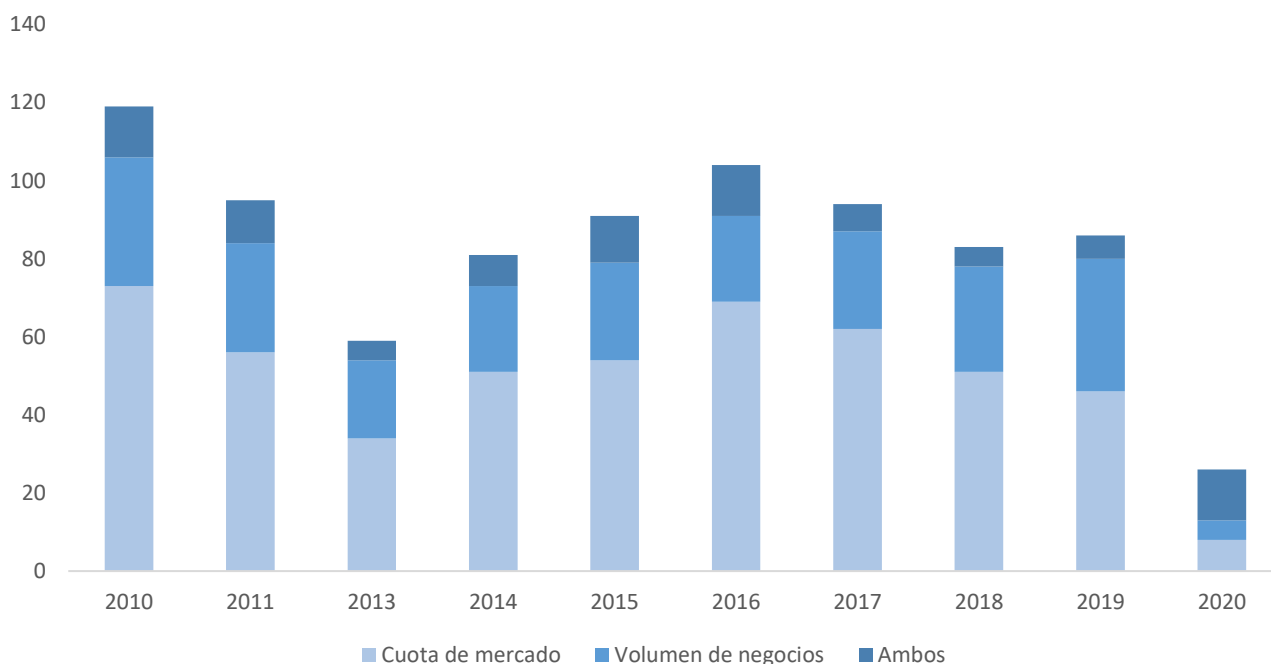


Fuente: elaboración propia en base a los datos internos de la CNMC

El 60% de las concentraciones notificadas entre 2010 y 2020, han sido notificadas por superar el umbral de cuota de mercado, el 29% por superar el umbral de volumen de negocios y el 11% restante por superar ambos umbrales. Estas cifras ponen en evidencia que más de la mitad de las concentraciones que se han notificado en España en los últimos diez años, no alcanzaban el volumen de negocios exigido y se han notificado exclusivamente al adquirir las partes una cuota de mercado relevante en el mercado de referencia. Esto puede tener como justificación el hecho de que el umbral de volumen de negocios en España es más elevado que el del resto de países europeos, dando lugar a que muchas de las concentraciones no alcancen el umbral de volumen de negocios establecido. Sin embargo, el umbral de cuota de mercado hace que el sistema de notificación español sea más exigente, y, por ello, muchas de las concentraciones se captan a través de este umbral.

Gráfico 2

Umbral de notificación de las concentraciones notificadas entre 2010 y 2020 en España



Fuente: elaboración propia en base a los datos internos de la CNMC

La cuestión clave es que el 60% de las operaciones de concentración notificadas en los últimos diez años en España no alcanzaban el umbral de volumen de negocios y, por lo tanto, debemos preguntarnos si el umbral de cuota de mercado, que está captando todas estas operaciones, está contribuyendo de manera positiva al control de concentraciones en España, permitiendo que no escapen de notificar concentraciones con riesgos potenciales para la competencia, o, de manera negativa, dando lugar a que se deban notificar un exceso de concentraciones que no suponen ningún riesgo potencial para la competencia.

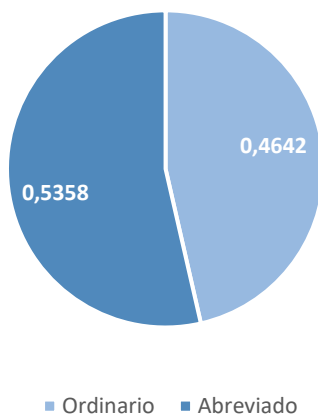
Del total de las operaciones notificadas entre 2010 y 2020, prácticamente la mitad siguieron un procedimiento ordinario (46%) y la otra mitad un procedimiento abreviado (54%). La notificación mediante un formulario abreviado se lleva a cabo en aquellas operaciones de concentración que cumplen los umbrales de notificación pero que, a priori, no afectan significativamente a la competencia efectiva (por la falta de solapamiento entre las partes, reducidas cuotas de mercado de la entidad resultante, etc.). De manera que podemos afirmar que más de la mitad de las operaciones notificadas en España no suponen, a priori, una amenaza para la competencia efectiva.

No obstante, la mayoría de las operaciones que han seguido un procedimiento ordinario, han sido notificadas por superar el umbral de cuota de mercado. Adicionalmente, la mayoría de concentraciones (en torno al 90%) aprobadas en primera fase con compromisos o en segunda fase, fueron notificadas por el umbral de cuota de mercado, lo que evidencia que este umbral permite captar operaciones con riesgos potenciales para la competencia en los mercados relevantes.

Gráfico 3

Procedimiento empleado en las concentraciones notificadas (2010-2020)

Tipo de procedimiento



Fuente: elaboración propia en base a los datos internos de la CNMC

La evidencia empírica nos permite comprobar cómo, de no haber sido por el umbral de cuota de mercado, el 60% de las concentraciones notificadas en los últimos años habría escapado del control de la CNMC y, entre ellas, concentraciones que planteaban riesgos potenciales para la competencia. No obstante, como mencionábamos anteriormente, el umbral de volumen de negocios en España es muy superior al umbral de volumen de negocios de otros países europeos y, tal vez, sea este el motivo por el cual la mayoría de las concentraciones notificadas no alcancen dicho umbral.

Para analizar este hecho resulta interesante hacer un análisis comparativo de las operaciones notificadas en otros países europeos que disponen únicamente de un umbral de notificación basado en el volumen de negocios. En este caso vamos a emplear para el análisis las operaciones notificadas en Alemania, Italia y Francia. En estos tres países existe un umbral de volumen de negocios individual exigido a escala nacional y un umbral de volumen de negocios conjunto exigido a escala nacional en Italia, al igual que en España, y a escala mundial en Alemania y Francia:

- El umbral de volumen de negocios individual a escala nacional de Alemania (25 millones de euros) es más bajo que el de España (60 millones de euros), lo cual podría explicar porque en Alemania se han captado muchas más operaciones de concentración a través de este umbral que en España. No obstante, la diferencia entre las concentraciones notificadas en Alemania (entre 987 y 1.383 notificaciones anuales entre 2010 y 2018) y las notificadas en España (entre 59 y 119 notificaciones anuales entre 2010 y 2019) es excesiva, lo cual puede venir justificado por el hecho de que el PIB de Alemania es casi tres veces superior al PIB de España.
- El umbral de volumen de negocios individual a escala nacional de Francia (50 millones de euros) es también más bajo que el umbral español y el PIB de Francia duplica al PIB español, lo que podría justificar por qué el número de concentraciones

notificadas en Francia (entre 177 y 285 notificaciones anuales entre 2010 y 2019) es superior al número de concentraciones notificadas en España¹⁰.

- El umbral de volumen de negocios individual a escala nacional de Italia (31 millones de euros) es más bajo que el umbral español. No obstante, el umbral de volumen de negocios conjunto a escala nacional de Italia (504 millones de euros) es muy superior al umbral español (240 millones de euros). En este caso, el número de operaciones notificadas anualmente en Italia a partir de 2013¹¹ (entre 46 y 84 notificaciones anuales entre 2013 y 2019) es muy similar al número de operaciones notificadas en España, lo cual puede deberse a que ambos países tienen un PIB similar. No obstante, el número de operaciones notificadas en España es ligeramente superior al de Italia, lo que puede estar justificado por el hecho de que en España existe un umbral adicional de cuota de mercado.

Tabla 6

Número de concentraciones notificadas entre 2010 y 2020

País	PIB ¹²	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Alemania	3.435.990	987	1108	1127	1091	1188	1211	1229	1303	1383	N/A	N/A
Francia	2.418.997	187	226	212	188	202	177	237	217	255	285	74
Italia	1.787.664	509	542	466	84	46	53	55	64	73	63	15
España	1.244.757	119	95	71	59	81	91	104	94	83	86	26

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados en las páginas web de las respectivas autoridades de competencia.

A modo de resumen podemos destacar que, a pesar de ser muchos los factores que pueden explicar por qué en un país se notifican más concentraciones que en otro (como pueden ser factores de tipo cultural), existen una serie de correlaciones:

- Existe una relación positiva entre el PIB de un país y el número de concentraciones notificadas en dicho país: cuanto mayor es el PIB de un país, más operaciones de concentración se notifican.
- Existe una relación inversa entre la cuantía exigida por los umbrales de notificación y el número de concentraciones notificadas: cuanto más reducidos son los umbrales de notificación, más operaciones de concentración cumplen con ellos y se notifican.
- El umbral de volumen de negocios conjunto obtenido a escala nacional, presente en Italia y España, introduce mayor rigidez en el sistema que el umbral de volumen de negocios conjunto obtenido a escala mundial, presente en Alemania y Francia: hay más posibilidades de que las partes obtengan una cuantía determinada de volumen de negocios a escala mundial a que la obtengan dentro de un territorio concreto y esto explicaría porque en Alemania y Francia se notifican muchas más operaciones que en España y Francia.

¹⁰ La diferencia entre el número de concentraciones notificadas en España en comparación con Francia es mucho menor que la diferencia con Alemania. Esto podría deberse a que el umbral francés de volumen de negocios individual a escala nacional es más laxo que el alemán y a que el PIB de Francia es inferior al PIB de Alemania.

¹¹ En 2013 se llevó a cabo una reforma legislativa de los umbrales de notificación, lo cual explica porque a partir de ese año el número de operaciones notificadas en Italia cae drásticamente.

¹² En millones de euros.

II.4. Conclusiones

España es uno de los pocos países comunitarios (junto con Portugal y Reino Unido¹³) que cuenta con un umbral basado en la cuota de mercado de las partes. El 60% de las concentraciones notificadas en España se han notificado por cumplir con el umbral de cuota de mercado, sin llegar éstas a alcanzar el umbral de volumen de negocios. De manera que una supresión de este umbral del sistema de control de concentraciones, provocaría una caída drástica del número de concentraciones notificadas, quedando fuera del control de la CNMC operaciones que pueden plantear riesgos potenciales para la competencia.

Una posible solución para evitar la caída drástica del número de notificaciones, vendría por reducir los niveles de volumen de negocio exigidos ya que, como hemos podido comprobar, el umbral de volumen de negocios en España está entre los más bajos de Europa. En efecto, en países como Alemania y Francia, que no disponen del umbral de cuota de mercado, el número de concentraciones notificadas es muy superior al número de concentraciones notificadas en España. Además del hecho de que el PIB de ambos países sea superior al PIB español, existen dos cuestiones adicionales a tener en cuenta: (i) el umbral de volumen de negocios individual a escala nacional de Alemania y Francia es inferior al umbral español; y (ii) Alemania y Francia cuentan con un umbral de volumen de negocios conjunto exigido a escala mundial, y no a escala nacional como es el caso de España. No obstante, disponer únicamente de un umbral de notificación de concentraciones basado en el volumen de negocios de las partes, podría dificultar enfrentarse a los retos que plantea la era digital para la política de competencia.

III. RETOS ACTUALES PARA LOS UMBRALES DE NOTIFICACIÓN

III.1. La aparición de las plataformas digitales

El análisis anterior y las recomendaciones internacionales en materia de umbrales de notificación de concentraciones, no tienen en cuenta las transformaciones producidas en el mercado con los avances tecnológicos. La era digital ha supuesto una intensa transformación del tipo de productos y servicios ofrecidos a los consumidores, dando lugar a la aparición de nuevos modelos de negocios en los que los datos han pasado a ser el input principal. En el epicentro de estos nuevos modelos de negocio están las plataformas digitales que, según la Comisión Europea¹⁴, presentan una serie de características peculiares:

- 1. Importancia de los datos.** Los datos han pasado a ocupar un papel principal en los nuevos modelos de negocio. La mayoría de las plataformas digitales ofrecen servicios de carácter gratuito a cambio de la recopilación de los datos de sus usuarios. Estos datos son utilizados por las plataformas digitales para ofrecer bienes y servicios acordes a los gustos de los consumidores y maximizar la logística de sus procesos de producción. Además, las plataformas digitales pueden monetizar estos datos a través de su venta a anunciantes al permitirles orientar mejor su publicidad. De manera que la recolección y el procesamiento de datos pueden dar lugar a barreras de entrada significativas y ser una fuente de poder de mercado.

¹³ Hasta su salida de la Unión Europea el 31 de enero de 2020.

¹⁴ La Comisión Europea, en su informe "*Competition Policy for the digital era*", ha analizado cómo la política de competencia debería evolucionar para continuar promocionando la innovación en la era digital: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

2. Economías de escala llevadas al extremo. Los costes de producción de las plataformas digitales aumentan en menor proporción que el número de clientes. Las economías de escala no son una novedad, pero en el sector digital se llevan al extremo y pueden suponer una ventaja competitiva significativa para las empresas instaladas.
3. Efectos de red. El valor para los usuarios de utilizar una plataforma digital aumenta cuanto mayor es el número de usuarios que la utilizan. De manera que no es suficiente para un nuevo competidor con ofrecer un servicio de mayor calidad y/o menor precio, sino que también tiene que convencer a los usuarios de la empresa instalada de pasarse a su plataforma.

Los efectos de red junto con las economías de escala y el papel de los datos impulsan la concentración en los mercados digitales y explican las elevadas barreras de entrada existentes en los mercados digitales al otorgar a las empresas ya instaladas una fuerte ventaja competitiva. Desde el punto de vista de la política de competencia, estas características plantean grandes retos ya que empresas digitales dominantes pueden tener fuertes incentivos en llevar a cabo comportamientos anti-competitivos, adquiriendo empresas que se encuentran en un momento inicial de su andadura pero con un gran potencial futuro, eliminando así a futuros competidores y dando lugar a un riesgo potencial de cierre anti-competitivo del mercado que podría resultar en perjuicio para los consumidores.

III.2. Impacto de las plataformas digitales sobre los umbrales de notificación europeos

Desde el inicio de la aplicación de la política de competencia en la Unión Europea, las leyes de competencia europeas han aportado una base sólida para proteger la competencia y han evolucionado para adaptarse y afrontar los retos y cambios del mercado. A día de hoy, el marco general de la política de competencia europea es el adecuado para afrontar los retos planteados por la transformación digital. No obstante, es necesario un ajuste de los instrumentos concretos empleados y, en concreto, es necesario un replanteamiento de los umbrales de notificación de concentraciones. La comisaria europea de la competencia, Margrethe Vestager, ha puesto sobre la mesa la necesidad de explorar cómo las leyes de competencia deben evolucionar para asegurar que la era digital continúa beneficiando a los consumidores. Según la comisaría, la verdadera garantía de un futuro innovador viene de mantener los mercados abiertos para que cualquiera, grande o pequeño, pueda competir para producir las mejores ideas.

Los umbrales de notificación europeos se basan únicamente en el volumen de negocios de las partes, siguiendo muy de cerca las recomendaciones internacionales en la materia. No obstante, concentraciones recientes entre empresas digitales han puesto en evidencia las imperfecciones de este tipo de umbrales al no haber sido capaces de captar concentraciones de gran calado. La mayoría de las plataformas digitales ofrecen servicios de carácter gratuito a cambio de la recopilación de los datos de sus usuarios, dando prioridad a un mayor número de usuarios sobre la obtención de beneficios a corto plazo. De manera que muchas de éstas plataformas obtienen unos beneficios muy reducidos o incluso pérdidas en su fase inicial de vida. Se produce, por lo tanto, una desconexión entre el volumen de negocios de las partes y la importancia potencial de ésta, dando lugar a que operaciones de concentración en las que la empresa adquirida es una empresa digital incipiente, no deban notificarse a la autoridad al no alcanzar éstas el umbral de volumen de negocios exigido.

Si analizamos las operaciones de concentración más relevantes en los mercados digitales de los últimos diez años, podemos observar como la mayoría no alcanzaban los umbrales de notificación europeos, a pesar de su importancia. En efecto, de los casos Facebook/Instagram, Google/Waze, Facebook/Whatsapp, Microsoft/LinkedIn y Apple/Shazam, únicamente la operación de Microsoft /LinkedIn alcanzaba el umbral de volumen de negocios europeo y pudo ser notificada a la Comisión Europea, pese a los elevados precios que se pagaron en todas estas operaciones.

Tabla 8

Concentraciones relevantes entre empresas tecnológicas en los últimos años

Año	Empresas	Umbral de volumen de negocios	Valor de la operación
2012	Facebook	NO	\$ 1.000.000.000
	Instagram		
2013	Google	NO	\$ 966.000.000
	Waze		
2014	Facebook	NO	\$ 22.000.000.000
	Whatsapp		
2016	Microsoft	SI	\$ 26.200.000.000
	LinkedIn		
2018	Apple	NO	\$ 343.000.000
	Shazam		

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados en la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (<https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/>)

Estos casos ponen en evidencia la incapacidad de los umbrales de notificación basados en el volumen de negocios de las partes para captar concentraciones de gran importancia entre empresas del sector digital.

III.3. Sistema de reenvíos y el umbral de cuota de mercado

Gracias a los umbrales de notificación alternativos de algunos Estados miembros y al sistema de reenvíos existente en la UE, muchas de estas concentraciones pudieron ser captadas y reenviadas a la Comisión Europea para su análisis. El sistema de reenvíos de concentraciones a la UE se articula a través del Artículo 4.5 y del Artículo 22.1 del Reglamento de control de concentraciones. A través del Artículo 4.5¹⁵ las partes de una transacción pueden solicitar el reenvío de la misma a la Comisión Europea y a través del

¹⁵ Según el Artículo 4.5 del Reglamento comunitario de concentraciones, "Por lo que se refiere a las concentraciones definidas en el artículo 3 que no tienen dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, y que son susceptibles de ser analizadas en virtud de la normativa nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros, las personas o empresas a las que se hace referencia en el apartado 2 podrán, con anterioridad a cualquier notificación a las autoridades competentes, informar a la Comisión por medio de un escrito motivado de que la concentración debería ser examinada por la Comisión. La Comisión transmitirá este escrito sin demora a todos los Estados miembros. Todo Estado miembro competente para examinar la concentración en virtud de su normativa nacional en materia de competencia podrá, en un plazo de 15 días laborables desde la recepción del escrito motivado, manifestar su desacuerdo con respecto a la solicitud de remitir el asunto...".

Artículo 22.1¹⁶ son los propios Estados miembros los que pueden solicitar la remisión de la operación a la Comisión Europea.

Volviendo a los ejemplos anteriores, observamos como todas estas concentraciones fueron capturadas por las autoridades de países en los que existe un umbral de cuota de mercado. Las concentraciones de Facebook/Whastapp y Apple/Shazam fueron capturadas por el umbral de cuota de mercado de España, al adquirir las partes tras la operación una cuota de mercado superior al 30% en el mercado definido dentro de España. El caso de Facebook/Whatsapp fue remitido a la Comisión por solicitud de las partes, a través del Artículo 4.5 del Reglamento, mientras que el caso de Apple/Shazam fue remitido a la Comisión por solicitud de los Estados miembros en los que se notificó la operación, a través del Artículo 22.1 del Reglamento¹⁷.

Los casos de Facebook/Instagram y Google/Waze fueron capturados por la autoridad de competencia de Reino Unido (OFT)¹⁸, al alcanzar el "share of supply test" según el cual una concentración es notificable si tras la operación las partes adquieren una cuota de suministro del 25% o más de esos bienes o servicios dentro de Reino Unido. No obstante, estas operaciones no pudieron ser remitidas a la Comisión ya que fueron notificadas en un único Estado miembro.

Tabla 9

Reenvío a la Comisión de las concentraciones relevantes entre empresas tecnológicas en los últimos años

Año	Empresas	Lugar de notificación	Artículo de reenvío
2012	Facebook	Reino Unido	N/A
	Instagram		
2013	Google	Reino Unido	N/A
	Waze		
2014	Facebook	Chipre, España y Reino Unido	Art. 4.5
	Whatsapp		
2016	Microsoft	Comisión Europea	N/A
	Linkedin		
2018	Apple	Austria, España, Francia, Islandia, Noruega y Suecia	Art. 22.1
	Shazam		

Fuente: elaboración propia en base a los datos publicados en la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/>)

¹⁶ Según el Artículo 22.1 del Reglamento comunitario de concentraciones, "Uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que se ajuste a la definición del artículo 3 y que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud. Esta solicitud deberá presentarse en un plazo máximo de 15 días laborables a partir de la fecha de notificación de la concentración o, si no se exige notificación, a partir de la fecha de su comunicación al Estado miembro en cuestión."

¹⁷ Las decisiones de la Comisión respecto a ambos casos son: Decisión Facebook/WhatsApp, Caso no COMP/M.7217, de 3 de octubre de 2014; Decisión Microsoft/LinkedIn, Caso no COMP/M.8124, de 6 de diciembre de 2016.

¹⁸ La decisión de la OFT respecto al caso de Facebook/Instagram (M/5525/12) se puede ver en el siguiente enlace <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555de2e5ed915d7ae200003b/facebook.pdf>, y el caso de Google/Waze (ME/6167/13) en el siguiente enlace https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402225142/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers_ea02/2013/motorola.pdf

A través de estos ejemplos observamos cómo, frente a las críticas que han recibido los umbrales de notificación basados en la cuota de mercado, éstos han resultado ser una de las pocas alternativas capaces de capturar operaciones de concentración entre empresas del sector digital.

Surge la pregunta de si la forma de adaptar el sistema de control de concentraciones europeo a la nueva realidad económica vendría por introducir un umbral adicional basado en la cuota de mercado. No obstante, esta solución no está libre de críticas. En primer lugar, porque las críticas de la ICN y la OCDE respecto a los umbrales de notificación subjetivos basados en la cuota de mercado de las partes siguen estando vigentes, la definición de un mercado de producto o servicio relevante sigue siendo una tarea difícil y ambigua que introduce incertidumbre en el proceso. En segundo lugar, porque con la transformación digital, aparecen nuevos retos a la hora de tener que definir un mercado relevante por varios motivos:

- Los mercados digitales suelen ser **mercados dinámicos**, es decir, mercados que cambian con facilidad, por lo que la definición que reciba hoy un mercado concreto deberá ser revisada a lo largo del tiempo.
- Los mercados digitales pueden ser **mercados multifacéticos**, es decir, existen varios "lados" dentro de un mismo mercado que están interrelacionados entre sí, por lo que aumentan los problemas al tener que definir un único mercado.

III.4. Soluciones alternativas

Ante la incapacidad de los umbrales de notificación basados en el volumen de negocios para captar las adquisiciones de empresas incipientes y las críticas que reciben los umbrales basados en la cuota de mercado, países como Alemania y Austria han optado por introducir un umbral de notificación alternativo basado en el valor de la transacción. En Alemania una operación de concentración es notificable si el valor de la transacción supera los 400 millones de euros y en Austria si supera los 200 millones de euros. Además, en ambas jurisdicciones el nuevo umbral de notificación requiere que la empresa *target* esté "suficientemente activa" dentro del propio país, lo cual permite garantizar la existencia de un cierto nexo local entre los efectos de una operación y la autoridad a cargo de su supervisión.

Este umbral de notificación permite reflejar la importancia que las partes otorgan a la propia operación y captar concentraciones entre empresas con bajos ingresos monetarios, pero con una importancia potencial, como es el caso de Apple/Shazam, que fue notificado a la autoridad de competencia austriaca a través de este umbral. Se trata de un umbral de carácter objetivo, por lo que evita todos los problemas relativos a una mayor incertidumbre que introducen los umbrales de cuota de mercado. No obstante, presenta una serie de problemas:

- El valor de la transacción es fijado por las partes de la operación y éstas, con el fin de evitar el control de la operación, pueden implementar estructuras complejas de pago que den lugar a un valor actual de la operación menor al que realmente tiene.
- El valor de la transacción no garantiza la existencia de un nexo local entre los efectos de una operación y la autoridad competente para su revisión, por ello es necesario incluir mecanismos adicionales como han hecho Alemania y Austria exigiendo que la empresa esté "significativamente presente" en el país.
- Determinar un valor exacto puede ser tarea difícil, ya que un umbral demasiado bajo puede dar lugar a que se notifiquen un exceso de operaciones que no plantean problemas en términos de competencia, mientras que un umbral demasiado alto

puede dejar fuera del control de la autoridad concentraciones con riesgos potenciales para la competencia.

- El valor de la transacción fijado por las partes puede variar durante la investigación al verse afectado por diferentes aspectos como es el tipo de cambio. De manera que una operación notificable en un momento determinado puede dejar de serlo a lo largo de la investigación si cómo consecuencia de una variación en el tipo de cambio, el valor de la transacción en la moneda local de la jurisdicción disminuye por debajo del umbral.
- El precio que se paga en la operación no siempre tiene por qué reflejar la importancia potencial de la empresa adquirida.

III.5. Conclusiones

No existe una solución única y perfecta a la hora de adaptar los instrumentos del derecho de la competencia a los retos que plantea la transformación digital. Los umbrales de notificación basados en el volumen de negocios de las partes se han mostrado insuficientes a la hora de captar operaciones de concentración de gran notoriedad en los mercados digitales. Esto se debe a las características propias de los modelos de negocio actuales, que en ocasiones operan con unos ingresos monetarios muy reducidos o incluso nulos durante las fases iniciales de su vida, no alcanzando los umbrales de notificación europeos. Es por ello que, frente a las críticas que han recibido los umbrales de notificación subjetivos basados en la cuota de mercado, éstos han resultado ser uno de los pocos mecanismos capaces de captar transacciones entre empresas del sector digital. No obstante, las críticas relativas a la definición de un mercado relevante siguen estando vigentes e incluso resulta más difícil dar con una definición de mercado adecuada dentro del sector digital, al enfrentarnos a mercados dinámicos y multifacéticos en los que no existe una única definición de mercado y, aunque la hubiese, puede variar en el tiempo. Por ello algunos países están optando por soluciones alternativas, en Alemania y Austria se ha introducido un umbral basado en el valor de la transacción y en Noruega se ha introducido la posibilidad de que la autoridad someta a revisión operaciones que no alcanzan los umbrales de notificación pero en las que existen motivos suficientes para pensar que pueden suponer riesgos importantes para la competencia.

Ninguna de estas soluciones está exenta de críticas y, por ello, en el informe europeo "*Competition policy for the digital era*", se llega a la conclusión de que todavía es demasiado pronto para introducir umbrales de notificación no basados en el volumen de negocios a nivel comunitario. Por el momento, los instrumentos europeos son lo suficientemente flexibles para hacer frente a las transacciones de la era digital y sólo en caso de que aumente sustancialmente la desconexión entre el volumen de negocios de las partes y la importancia potencial de las operaciones en términos de competencia, será necesaria una actualización de los mismos. Hasta entonces la Comisión va a seguir muy de cerca la aplicación en la práctica del umbral del valor de la transacción introducido por Alemania y Austria y garantizar el buen funcionamiento del sistema de reenvíos, lo cual pone en evidencia la importancia de la cooperación entre las autoridades de competencia.

La clave a la hora de diseñar los umbrales de notificación de la era digital, es que éstos sean capaces de captar las operaciones que planteen riesgos potenciales para la competencia. Es importante tener en cuenta que no todas las adquisiciones de empresas incipientes son problemáticas. En muchos casos la adquisición de una empresa incipiente por parte de una plataforma dominante es categorizada como *killer acquisition*, en la que la plataforma dominante tiene por objetivo eliminar a un competidor potencial, pero no siempre tiene por qué ser así ya que en muchos otros casos la empresa compradora tiene

como objetivo integrar a la adquirida dentro de su modelo de negocio y, por lo tanto, permitir el desarrollo de la empresa incipiente. Además, aunque nos encontremos ante casos de *killer acquisitions*, la adquisición de empresas incipientes también puede dar lugar a una serie de eficiencias:

- Permite el desarrollo de la empresa *target*, que de otro modo no lo lograría.
- Permite la introducción de las innovaciones de la empresa *target* en el mercado, beneficiando así a los consumidores.
- Generan incentivos a la innovación, ya que para muchos innovadores la única vía para ganar dinero es a través de la venta de la empresa creada.

La era digital no plantea solo problemas para los umbrales de notificación, sino también para los instrumentos de los que disponen las autoridades para evaluar las concentraciones en los mercados digitales. En efecto, los instrumentos del futuro deberán tener en cuenta este *trade-off* entre las eficiencias y los problemas para la competencia derivados de las concentraciones entre empresas del sector digital. Algunas jurisdicciones se están empezando a plantear cómo determinar si la compra de una empresa incipiente puede ser problemática o no. En Israel se está desarrollando un método en el que se analizan dos cuestiones para poder determinar si una concentración es problemática o no:

- **Las características del producto o servicio ofrecido:** los productos o servicios ofrecidos pueden operar de manera independiente en el mercado o no. Cuanta mayor capacidad tengan los productos o servicios de la empresa adquirida para operar de manera independiente, más preocupante es la concentración en términos de competencia.
- **La motivación de la transacción:** la compra de empresas incipientes suele venir motivada por tres factores, por querer hacerse con capital humano con habilidades tecnológicas, por querer adquirir una determinada tecnología o por querer tener acceso a los datos relativos a la información sobre usuarios, consumidores, etc. Las concentraciones en las que la empresa compradora tiene como objetivo único el tener acceso a los datos de la empresa adquirida son las que más problemas plantean en términos de competencia.

No obstante, esta cuestión final que planteamos es lo suficientemente compleja como para ser abordada como tema principal en una futura investigación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Agcm.it. n.d. Comunicazione Concentrazioni 5 Agosto 2013: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/operazioni-di-concentrazione/dettaglio?id=7b7c7130-94b7-4085-9b6f-8439db465ada&parent=Soglie%20di%20fatturato&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/operazioni-di-concentrazione/soglie-di-fatturato>.
- Autorité de la Concurrence. 2020. Liste Des Décisions De Contrôle Des Concentrations | Autorité De La Concurrence: https://www.autoritedelaco concurrence.fr/fr/liste-de-contrôle-des-concentrations?search_api_fulltext=&sort_by=created&created%5Bmin%5D=2010-01-01&created%5Bmax%5D=2020-12-31&field_operation_type%5B91%5D=91&field_operation_type%5B52%5D=52&field_operation_type%5B51%5D=51&field_provisions%5B61%5D=61.

- Autorité de la Concurrence; Bundeskartellamt, 2016. *Competition Law And Data*.
- Autoritat Catalana de la Competència, 2016. *La Economía De Los Datos. Retos Para La Competencia*.
- Bundeskartellamt.de. n.d. Bundeskartellamt - Fusionskontrolle: https://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/fusionskontrolle_node.html;jsessionid=C02D50CBEC966C06643AAD353DB7A5DB.2_cid362.
- Claici, A., 2018. *Big Data Y Política De La Competencia*. Análisis económico de la revolución digital. Papeles de economía española, nº157.
- Comisión Europea, 2019. *Competition Policy For The Digital Era*. [online] Available at: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>>.
- Comisión Europea Dirección General de Competencia, 2019. Retirada Del Reino Unido Y Derecho De La UE En Materia De Competencia.
- Comisión Europea, 2018. *CASE M.8788 - APPLE/SHAZAM*.
- Comisión Europea, 2016. *Case M.8124 - Microsoft/Linkedin*.
- Comisión Europea, 2014. *CASE M.7217 - Facebook/Whastapp*.
- Comisión Europea, 2014. Libro Blanco. Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE.
- Competition and Markets Authority (CMA), 2012. *OFT Decision M/5525/12 - Facebook/Instagram*.
- De Blas, J. and Armengol, O., 2017. Procedimiento Administrativo ante las autoridades nacionales de la Competencia. El procedimiento de control de concentraciones empresariales.
- *International Competition Network*, 2008. Setting Notification Thresholds for Merger Review. Report to the ICN Annual Conference. Kyoto, Japan.
- International Competition Network, 2017. ICN Recommended Practices Self-Assessment 2016. Report on 2016 Survey Results.
- Karagök, Y. y Ruiz, S., 2012. Towards Optimal Merger Notification Regimes. Evidence from Switzerland.
- Markets and Competition Authority (CMA), 2013. *OFT Decision M/6167/13 - Google/Waze*.
- Markets and Competition Authority (CMA), 2012. *OFT Decision M/5525/12 - Facebook/Instagram*.
- OECD, 2005. Recommendation of the OECD Council on Merger Review.
- Organization for Economic Co-operation and Development, 2016. Executive Summary of the Roundtable on Jurisdictional Nexus in Merger Control Regimes.
- Perez Molina, M. (2015). La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea. Universidad de Córdoba.
- Sede.cnmc.gob.es. n.d. Notificación De Concentraciones | CNMC: <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/notificacion-de-concentraciones>.
- Slaughter and May, 2018. The EU Merger Regulation. An overview of the European merger control rules.

MODELOS DE FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y APERTURA DE FACTO A LA COMPETENCIA: LA ASIGNATURA PENDIENTE EN ESPAÑA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO DE PASAJEROS

Financial models for Services of General Economic Interest in the European Union and real opening to competition: the pending subject in Spain of the passenger rail transport service

Javier PORRAS BELARRA

Doctor en Estudios Europeos. Profesor de Derecho de la Unión Europea y Derecho Internacional Público. Universidad CEU San Pablo

RESUMEN

Si bien la década entre 2010 y 2020 ha sido crucial para en el proceso de liberalización de los sectores reservados a servicios de interés económico general y el establecimiento de criterios a nivel comunitario para el control de modelos de financiación que no incurran en ayudas de Estado ilegales a los mismos, no hemos sido capaces en todos los Estados miembro de que la competencia de facto exista en algunos sectores. Uno de ellos es el del transporte ferroviario de pasajeros, con importantes diferencias operativas entre los Estados miembro y en el que España todavía no ha sido capaz de atraer a competidores frente a la tradicional empresa estatal.

ABSTRACT

Although the decade 2010-2020 has been crucial in the liberalization process of the sectors reserved for Services of General Economic Interest and the establishment of criteria at European level for the control of financing models that do not incur illegal state aid, we have not been able in all Member States to have a real competition in some sectors. One of them is the passenger rail transport service, with important operational differences between the Member States and in which Spain has not yet been able to attract competitors against the traditional state-owned company.

Palabras clave: Política de la Competencia, SIEG, Servicio Público, Financiación, Servicio ferroviario de transporte de pasajeros.

Keywords: Competition Policy, SGEI, Financing Public Services, Rail passenger transport service.

I. INTRODUCCIÓN

Bien es sabido, el punto de partida en el año 1951 en Europa era el de mercados monopolísticos en la provisión de ser servicios públicos cuyos operadores eran de titularidad estatal. Desde entonces, la Unión Europea ha sido el gran catalizador de un proceso de liberalización de diversos mercados. Ello ha conllevado a abandonar la idea "clásica" de servicio público en diversas materias, así como a revisar las consecuencias derivadas de la habilitación de nuevos operadores para la prestación de estos servicios.

Este proceso, iniciado con las primeras Comunidades y rápidamente consolidado, tiene su origen, principalmente, en los avances tecnológicos que han permitido variar sustancialmente las condiciones económicas en la prestación de los servicios afectados. Pero no ha de obviarse la importancia del viraje político e ideológico en lo referente a la asunción del libre mercado y la competencia, en dónde la entrada de operadores privados en régimen de libre competencia es aceptada y se considera que además puede garantizar igualmente un servicio de calidad y eficiente¹.

Ha sido ya extensamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia europea como la existencia de monopolios no sólo se califica de innecesaria, sino que además la Unión la considera contraproducente para el alcance de los objetivos del mercado único. Entre otras razones, para evitar el ya estudiado fenómeno de la "captura del regulador" por el operador, al existir relaciones necesariamente estrechas entre ambos y porque desincentiva la investigación y desarrollo de nuevas respuestas técnicas (que si bien son básicas para las nuevas empresas en tanto los avances que logren les facilitarán el acceso al mercado y las situarán en posición de ventaja competitiva no representan grandes alicientes para el operador monopolístico ya instalado, que no suele estar por ello dispuesto a asumir excesivos costes)².

Se considera que, una vez desplegada la red básica, el mantenimiento de las prerrogativas monopolísticas deja de tener sentido, y que la consecución de un mejor y más barato servicio pasa por la apertura del mercado a la competencia. Se trata de una opción política que se extiende desde la Unión Europea, una vez comprobado los resultados que las incursiones en esta vía estaban proporcionando en Estados Unidos o, en menor medida, en el Reino Unido. A su vez, la liberalización de ciertos servicios públicos impulsados por la Unión (como los servicios postales, la red eléctrica, los transportes o telecomunicaciones, entre otros) se ajusta necesariamente al marco normativo impuesto en los Tratados constitutivos y en sus sucesivas reformas. Llegado a este punto, y a modo introductorio, dos son los principales límites que nos encontramos en el año 2020 (si bien se remontan a 1956 con el TCEE):

1. El principio de neutralidad, recogido en el actual Art. 345 del TFUE. Según dicho artículo, la Unión "no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros". Consecuentemente, queda vetada cualquier política europea que interfiera en el régimen de titularidad que cada Estado miembro fija. Por ello, la empresa pública no debe recibir, sin control, ayuda de ningún tipo que distorsione la competencia.

¹ Ver ADAMS, William James. *La justification économique du service public*, en CHEVALIER, J. ; EKELAND, I. y FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?* Paris, P.U.F., 1999. Pp. 177-200.

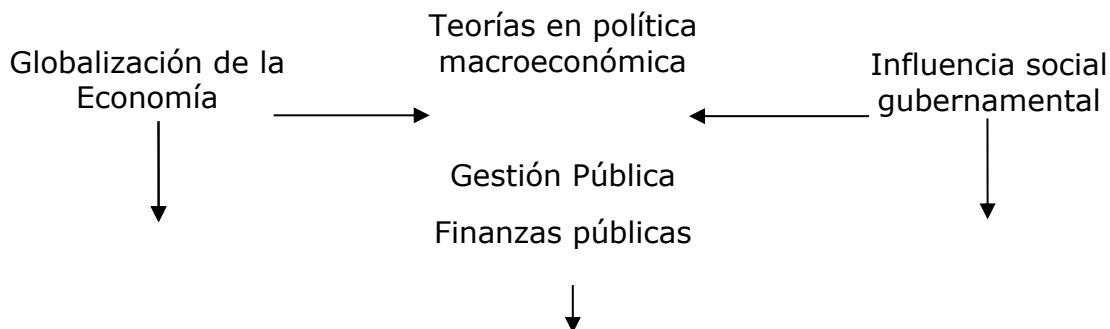
² En España, son notables los estudios realizados por Rafael Pampillón Olmedo. Fuera de nuestras fronteras, resultan igualmente interesantes los trabajos de Michael E. Levine, Daniel Carpenter y David Moss dentro de la doctrina anglosajona.

2. La excepción contenida en el apartado 2 del Art. 106 TFUE³.

A la luz de este precepto extraemos como, en los casos señalados, la prestación de ciertos servicios se puede llevar a cabo en un régimen que se sustraiga a los principios habituales de la libre competencia.

II. MODELOS DE FINANCIACIÓN

Dependiendo de las tradiciones históricas y sociales de cada Estado y de las características específicas de los servicios de que se trate, los Estados miembros aplican mecanismos diferentes para asegurar el equilibrio financiero de los proveedores de servicios de interés general. No podemos obviar que en nuestros días idea clásica de financiación pública se encuentra en entredicho por nuevas modalidades. Desde un punto de vista de la teoría económica, tampoco podemos obviar el impacto de la innovación tecnológica y de la liberalización de los servicios. Esquemáticamente, Pekka Valkama lo representa de la siguiente manera:



Incentivos y presiones para aumentar la innovación en el sector público

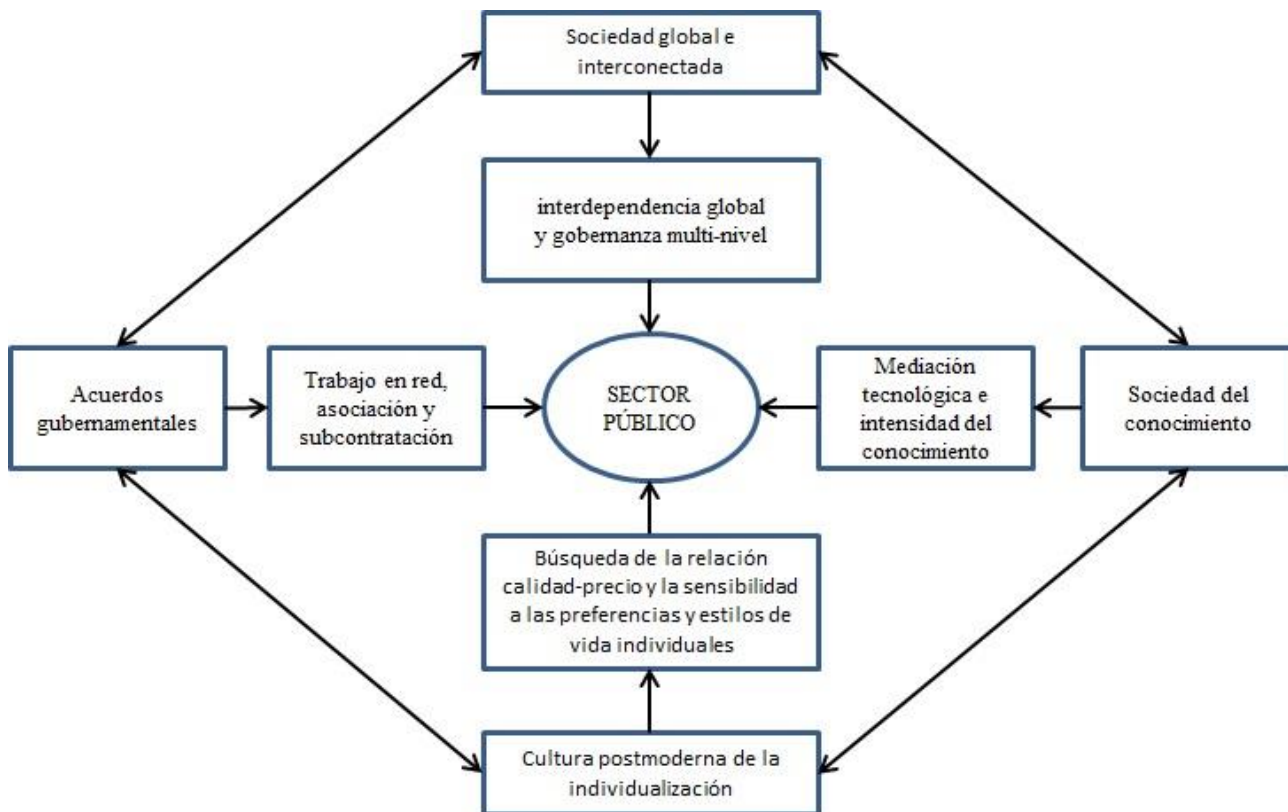
- a) Restricciones de la competencia global, los recortes presupuestarios y la escasez de recursos
- b) Necesidades urgentes para aumentar la eficiencia y la creación de valor para el dinero
- c) Nuevas posibilidades por la desregulación, la descentralización y la autonomía para reorganizar los servicios públicos y crear nuevas herramientas para la gestión financiera



Innovación en la financiación pública

³ "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión".

En un sistema multinivel como es la Unión europea, el esquema queda de la siguiente manera:



Fuente: Prof. Pekka Valkama⁴

Cualquiera que sea la evolución de la jurisprudencia sobre las compensaciones de servicio público, queda patente que las eventuales compensaciones excesivas pueden constituir ayudas estatales. Así pues, es importante precisar los métodos de cálculo de las compensaciones con el fin de evitar las compensaciones excesivas⁵.

Muchos servicios de interés general no pueden suministrarse viablemente recurriendo únicamente a los mecanismos de mercado, siendo necesarios mecanismos específicos para asegurar el equilibrio financiero del proveedor. Por ello, corresponde a los Estados miembros garantizar la financiación de los servicios de interés general y

⁴ BAILEY, Stephen J; VALKAMA, Pekka y ANTTIROIKO, Ari-Veikko. *Innovations in financing public services. Country case studies*. Reino Unido: palgrave macmillan, 2010. Pp. 5 y 6.

⁵ Como respuesta a la petición del Consejo Europeo de Niza de 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, la Comisión presentó al Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, un informe sobre los Servicios de interés general (COM (2001) 598 final). En este informe, la Comisión indica, en particular, que, con el fin de mejorar la seguridad jurídica en el ámbito de las compensaciones por servicio público, "la Comisión tiene intención de establecer, en el transcurso de 2002 y en estrecha consulta con los Estados miembros, un marco comunitario para las ayudas estatales concedidas a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Este marco permitirá mantener informados a los Estados miembros y a las empresas de las condiciones en las cuales la Comisión puede autorizar ayudas estatales a título de compensación por la realización de obligaciones de servicio público. En particular, podría precisar las condiciones para la autorización de los regímenes de ayudas estatales aplicados por la Comisión, lo que permitiría aligerar la obligación de notificación en relación con ayudas específicas. En una segunda fase, la Comisión evaluará la experiencia adquirida en la aplicación de este marco y, en la medida en que esté justificado, adoptará un Reglamento por el que se eximirá a ciertas ayudas en el ámbito de los servicios de interés económico general de la obligación de notificación previa."

calcular el coste adicional que entraña su suministro. En algunos casos, la Unión puede contribuir a la cofinanciación de proyectos específicos⁶.

Entre los modelos de financiación que pueden conllevar problemas con arreglo a la legislación comunitaria en materia de ayudas de Estado se encuentran:

- A) La ayuda financiera directa a cargo del presupuesto público, lo que se traduce en:
- Subvenciones: Gastos de transferencia de los entes públicos a favor de personas o entidades, siempre a fondo perdido o sin contrapartida.
 - Desgravaciones fiscales, que se materializan en porcentajes aplicados sobre la renta, dando lugar a cantidades que no se devengan por decisión de la autoridad pública.
- B) La concesión de derechos especiales o exclusivos: Se trata de restricciones en el número de los operadores autorizados a ejercer una determinada actividad económica; la utilización puede concederse a varios operadores (se habla entonces por lo general de derechos especiales) o a uno solo (se habla entonces de derecho exclusivo o de monopolio). Naturalmente, estos privilegios pueden concederse tanto a empresas privadas como a empresas públicas.
- C) Las contribuciones de los participantes en el mercado, como son los fondos de servicio universal, creados para financiar los costes en los que incurren los prestadores del servicio universal cuando suministran el servicio a determinados grupos de usuarios o áreas geográficas. El Fondo sólo es un instrumento de gestión para el regulador. Puede parecer ineficiente crear un fondo para administrar los recursos en lugar de transferir directamente los fondos de las fuentes a los destinatarios. No obstante, la intervención del órgano regulador da a todo el proceso unas garantías a los consumidores y empresas que difícilmente podría proporcionar el sector privado.

En el caso de estos modelos, ha sido la reiterada jurisprudencia del Tribunal la que ha definido qué es considerado por la UE como ayuda de Estado, así como las consecuencias de su concesión irregular. Aunque son varios los estudios al respecto, el más reciente y amplio es el realizado por Juan Jorge Piernas López⁷. Según el mismo, coincidimos en que nos encontramos en un periodo que se inició en la segunda mitad de la década de los noventa (para Piernas López el cuarto de la etapa europea).

Entre las opciones que no presuponen una incompatibilidad:

- D) La equiparación de tarifas, estableciendo una tarifa de ámbito nacional uniforme, aunque existan considerables diferencias en el coste del suministro del servicio
- E) La financiación solidaria, normalmente reflejada en las cotizaciones realizadas a la seguridad social. Por lo general, estas obligaciones, además, son absolutamente indisponibles, en el sentido que la ley establece la nulidad de todo pacto individual o colectivo por el que uno de los sujetos obligados a cotizar asuma el abono, total o parcial, de la cuota que corresponda pagar al otro.
- F) El copago: Esta modalidad, que si bien ya existía ha cobrado un nuevo protagonismo a raíz de la actual crisis económica, ha sido objeto de discusión entre operadores, usuarios y administraciones. Como señala Saz Carranza "el

⁶ Algunos ejemplos serían los Fondos Estructurales los programas de Redes Transeuropeas de Telecomunicaciones (TEN).

⁷ PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge. *The concept of State Aid under EU Law: From internal market to competition and beyond*. European University Institute: Tesis doctoral dirigida por Giorgio Monti, 2013.

actual debate sobre el copago en servicios públicos se basa principalmente en pasiones, más que en datos y características más o menos contrastados⁸. Esta controversia se genera por la innovación que se introduce en el balance entre la financiación pública y privada, aunque hay que matizar ambos conceptos, ya que los usuarios se ven involucrados en ambos, en mayor o menos proporción.

En palabras de Stephen J. Bailey, la diferencia entre un impuesto y una tasa es que el primero es un pago sin que este último esté condicionado a la recepción del servicio. En principio, asumiendo la capacidad de pagar, el balance de los copagos entre el Estado (a través de los impuestos) y el usuario del servicio (a través de "derechos de uso" o tasas) deben reflejar el equilibrio entre los beneficios más amplios a la sociedad y los beneficios personales al usuario⁹.

La disposición del ciudadano en general a pagar mayor número de servicios en base a una medida de "pay-as-you-use" (pagar en función del uso) depende de si el Estado cambia la naturaleza de su clásico estado de bienestar hacia un sistema "cradle-to-grave" (que lo lleve a la tumba) basado en un sistema de "take-it-or-leave-it" (lo tomas o lo dejas). El copago pretende terminar con el "paternalismo" del Estado, introduciendo la teoría de la responsabilidad mutua basada en combinaciones variables de financiación colectiva (impuestos y medidas estatales) e individual (tasas)¹⁰.

Para la doctrina a favor del copago¹¹, las ventajas son numerosas. La inclusión de tasas (co-pagos), por bajas que sean:

- a) Son educativas, mostrando al ciudadano que los servicios tienen un coste que ha de cubrirse en función de la calidad del servicio demandado.
- b) Son más "justas", ya que suponen una mayor carga económica en la financiación para los usuarios frente a los que no demandan el servicio.
- c) Sirven para conocer la demanda real del servicio, ya que marcan cuánto está el usuario dispuesto a pagar por obtenerlo.
- d) Reducen el gasto público de la administración.
- e) Limita la demanda de un servicio público, ya que la gratuidad de un servicio público puede llevar a un exceso de consumo no justificado. Ofertar un servicio público totalmente gratuito podría implicar una demanda infinita.

No obstante, para sus detractores¹², especialmente los defensores de la cohesión social de los territorios europeos, la desventaja principal del copago es su efecto sobre la desigualdad. Los países o regiones que lo han introducido, aun cuando ese copago es variable en función de la renta del usuario, aumentan las desigualdades de acceso al servicio entre los usuarios. Es decir, la oferta de servicios públicos gratuitos y universales tiene una función más redistributiva que los servicios con copagos.

Aunque siguen coexistiendo diversas formas de financiación, durante las últimas décadas se observa una tendencia clara: cada vez es más común que los Estados miembros retiren los derechos exclusivos para la prestación de servicios de interés general y abran los mercados a nuevos operadores, entre otros motivos, forzados por la

⁸ SAZ CARRANZA, Ángel. *Apuntes para el debate sobre el copago*. Artículo publicado por el Grupo Vocento el 19 de abril de 2012. Disponible en www.esade.edu

⁹ BAILEY, Stephen J; VALKAMA, Pekka y ANTTIROIKO, Ari-Veikko. *Innovations in financing public services. Country case studies*. Reino Unido: Macmillan, 2010. Pág. 203.

¹⁰ Ibidem. Pág. 204.

¹¹ Principalmente, la escuela liberal de economía.

¹² Las políticas de tendencia social-demócratas o demócrata-cristianas.

jurisprudencia del Tribunal. Esta tendencia ha hecho necesario recurrir a otras formas de ayuda financiera, tales como la creación de fondos específicos financiados por los operadores presentes en el mercado o la financiación pública directa con cargo al presupuesto, que es la fórmula que entraña menos distorsiones¹³. Gracias a estas formas de financiación, se ha reforzado la transparencia por lo que respecta al coste de la prestación de los servicios de interés general y a las opciones políticas subyacentes y se ha enriquecido el debate político en torno a estos servicios.

Por regla general, los Estados miembros pueden elegir el sistema que desean aplicar para financiar sus servicios de interés general. Sólo tienen que velar por que el mecanismo elegido no distorsione indebidamente el funcionamiento del mercado interior. En concreto, los Estados miembros pueden conceder compensaciones de servicio público, siempre que sean necesarias para el funcionamiento del servicio de interés económico general. Las normas en materia de ayudas estatales sólo prohíben las compensaciones excesivas. A fin de reforzar la seguridad jurídica y la transparencia en la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios de interés general, la Comisión anunció, en su Informe al Consejo Europeo de Laeken, su intención de establecer en primer lugar un marco comunitario para las ayudas estatales concedidas a los servicios de interés económico general y posteriormente, en la medida en que así lo justifique la experiencia adquirida en la aplicación de este marco, de adoptar un reglamento de exención por categorías en este ámbito. Posteriormente se pusieron en curso los trabajos relativos a las directrices relativas a la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios de interés económico general¹⁴.

En algunos casos, la legislación sectorial establece reglas específicas para la financiación de los costes adicionales que entrañan las obligaciones de servicio público. Así, en el sector de las *comunicaciones electrónicas*, la reglamentación sectorial exige a los Estados miembros que retiren todos los derechos especiales o exclusivos, pero prevé la posibilidad de crear un fondo para cubrir los costes adicionales que entrañan las obligaciones de servicio público, financiado mediante contribuciones de los participantes en el mercado¹⁵. Por lo que se refiere a los *servicios postales*, la Directiva postal permite mantener un monopolio postal definido y crear un fondo de servicio universal para financiar el servicio postal¹⁶. En el sector del *transporte aéreo*, los Estados miembros pueden conceder, con carácter temporal y sobre la base de una licitación pública, un permiso exclusivo para asegurar un servicio regular en ciertas rutas para las cuales el mercado no puede ofrecer un servicio adecuado¹⁷. En el sector de los *transportes públicos*, la Comunidad ha establecido normas relativas al cálculo de la compensación¹⁸.

Las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales tienen por objeto garantizar que cualquier ayuda financiera concedida a los proveedores de servicios

¹³ Véase *Liberalisation of Network Industries, Economic implications and main policy issues, European Economy* nº 4, 1999

¹⁴ Informe sobre el estado de los trabajos relativos a las directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general, 13.12.2002

¹⁵ Artículo 13 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva «Servicio universal»), DO L 108 de 24.4.2002, Pág. 51

¹⁶ Artículo 7 y apartado 4 del artículo 9 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, DO L 15 de 21.1.1998, Pág. 14, modificada por la Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 176 de 5.7.2002.

¹⁷ Artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, DO L 240 de 24.8.1992, Pág. 8

¹⁸ Reglamento (CEE) nº 1191/69, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, DO L 156 de 28.6.1969, Pág. 1, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CEE) nº 1893/91, DO L 169 de 29.6.1991, Pág. 1

de interés económico general no distorsione la competencia y el funcionamiento del mercado interior. De igual modo, la legislación sectorial en vigor sólo trata de garantizar que los mecanismos financieros puestos a punto por los Estados miembros sean menos distorsionadores de la competencia y faciliten la entrada en el mercado. Por consiguiente, la legislación comunitaria permite en especial una entrada selectiva en el mercado.

En definitiva, y de manera esquemática, podríamos resumir estas modalidades y su interacción con posibles problemas en la distorsión de la competencia y la existencia de posibles ineficiencias en la prestación de la siguiente manera:



*En ocasiones los problemas de eficiencia y de competencia se superponen. A esto cabe sumar que se debe de sumar el problema de la adecuación de las Ayudas de Estado conforme a la normativa europea.

III. EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO EN LA FINANCIACIÓN DE LOS SIEG EN LA ACTUALIDAD

Son varios los trabajos que ya han analizado las medidas introducidas por la Comisión tras el último paquete normativo hace casi diez años y, aunque las críticas han sido diversas por ciertos sectores académicos, tal y como nos recuerda T. Maxian Rusche, no están justificadas ya que el Tratado de Lisboa no modifica la competencia en exclusiva de la Comisión para autorizar una ayuda de Estado como compensación por la prestación de un SIEG¹⁹. Esto se traduce en dos cuestiones que continúan inamovibles:

- El control *a posteriori* de la Comisión sobre las ayudas otorgadas.
- La potestad del ahora Tribunal General y en su caso el TJUE para el control de las decisiones adoptadas por la Comisión.

¹⁹ REUCHE, T. Maxian. "The Almunia Package: Legal Constraints, Policy Procedures, and Political Choices", en "Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization". La Haya: Springer, 2013. Pág. 121.

Dicha continuidad ofrece sin ninguna duda, una serie de garantías jurídicas. Tal y cómo nos recuerda Leigh Hancher, la crisis financiera que asola a Europa desde 2008 ha venido a recordarnos cómo la Unión Europea es la única "organización económica internacional"²⁰ o cuasi federal organización o unión cuyos miembros se someten a un riguroso régimen de control. De este modo, los E.E.U.U., Australia o Canadá (por poner ejemplos occidentales relevantes), no imponen controles tan exhaustivos a sus provincias o regiones para la concesión de ayudas a la industria y los servicios²¹ (si bien es cierto que tanto la NAFTA como la OMC están a favor de un mínimo de controles). Ahora bien, tanto la concesión como la cuantificación de la ayuda y su adecuación a las normas europeas no están libres de controversia.

Una Comunicación de 2005 ya nos mencionaba como

"Al utilizar en mayor medida un enfoque económico reajustado, se asegura una evaluación correcta y más transparente de los falseamientos de la competencia y del comercio asociados con las medidas de ayuda estatal. Este planteamiento puede ayudar también a investigar por qué el mercado no alcanza por sí mismo los objetivos de interés común esperados y, en consecuencia, a evaluar los beneficios de las medidas de ayuda estatal de cara a alcanzar estos objetivos"²².

Para Roderick Meiklejohn, los gobiernos conceden ayudas y subsidios por diversas razones, que se mueven entre las económicas, las sociales, las políticas o las estratégicas²³. En cualquier caso, Phedon Nicolaidis afirma que los subsidios y ayudas públicas son prácticamente siempre la mejor alternativa para mejorar el funcionamiento de los mercados dado que introducen sus propias distorsiones y son explotados por grupos de interés concretos o especiales²⁴.

Ahora bien, como nos señala James Kavanagh, es indiscutible que la tras Lisboa y el nuevo paquete normativo, la Comisión emplea un test económico reforzado con el fin de asegurar que los prestadores de SIEG ganan sólo un beneficio razonable y tienen suficientes incentivos para asegurar la eficiencia y la innovación en el servicio²⁵.

El nuevo marco SIEG exige actualmente que las autoridades competentes realicen importantes esfuerzos para asegurar que la oferta de un SIEG se guía por el beneficio (rentabilidad) razonable, garantizándose una contabilidad transparente. Compartimos la opinión de los economistas como Kavanagh que defienden que, hasta cierto punto, la Comisión fomenta una forma de regulación económica en relación con la prestación de SIEG que necesita de la experiencia de los reguladores del sector.

De esta manera, tal y como afirma Nicolaidis, la regulación sectorial no es la misma que la definición de obligación de servicio público²⁶. Coincidimos con Nicolaidis en que las aclaraciones aportadas por el TJUE son importantes para ayudar a homogeneizar criterios sobre la naturaleza económica de una actividad. El Tribunal General nos dice que, si una empresa está dispuesta a suministrar un producto, la provisión de un producto similar por

²⁰ Las comillas son mías, dado que no comparto esta visión excesivamente simple sobre la naturaleza de la Unión Europea.

²¹ HANCHER, Leigh; OTTENVANGER, Tom y SLOT, Piet Jan. *EU State Aids*. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2012. Pág. 28.

²² Plan de acción de ayudas estatales - Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 - 2009 (COM/2005/0107 final). Párrafo 22.

²³ MEIKLEJOHN, Roderick. *The Economics of State Aids*. En *European Economy*, 1999, no. 3. Pp. 25-31.

²⁴ NICOLAIDES, Phedon. *The Economics of State Aids and the Balancing Test*. En HANCHER, Leigh; OTTENVANGER, Tom y SLOT, Piet Jan. Op. cit. Nota 174. Pág 30.

²⁵ KAVANAGH, Jame. Op. cit. Nota 20. Pág. 159.

²⁶ NICOLAIDES, Phedon. *Altmark, again!*, en <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4355>. Publicado el 14 de diciembre de 2015.

parte del Estado de forma gratuita no es suficiente para sacarlo de la esfera de las actividades económicas²⁷.

No obstante, también es indiferente que proveedores en el mercado estén dispuestos a ofrecer el servicio en condiciones diferentes. Si el TJUE no lo viera de esta manera, el Estado siempre podría ofrecer un producto de forma gratuita y luego afirmar que no existe un mercado para él porque ningún operador del mercado está dispuesto a suministrarlo de forma gratuita²⁸.

Coincidimos con Bauby en que la evolución durante los últimos treinta años (descrita en este capítulo) en cuanto a la europeización de los servicios dotados de una "función social" y "universal" se ha caracterizado por las tensiones e interacciones entre la apuesta por la unidad o la diversidad²⁹.

Quedan patentes la dificultad y los problemas en el seno de la Unión Europea para definir los conceptos de SIG, SSIG y SIEG de manera unánime. Como consecuencia de ello, crear un sistema normativo común no es tarea sencilla. Para ello, se ha articulado un marco normativo que bien podría calificarse "de mínimos", pues un consenso relativamente amplio entre los Estados miembros parece imposible (por cuestiones sociales, culturales o simplemente políticas). En palabras de Dagmar Schiek, en la actualidad, el peligro de que ciertos servicios de carácter social se vean mermados es contrarrestado al garantizarse los derechos de los ciudadanos (a nivel comunitario, pero sobre todo a nivel nacional), especialmente para aquellos servicios que no son económicamente activos, reduciendo así la relevancia de la UE para los servicios de mayor uso entre la población. En la medida en que los SSIG son también SIEG las nuevas competencias en el Tratado de Lisboa pueden ser utilizadas con este objetivo³⁰.

Tras todo lo analizado, parece ser que la determinación sobre la naturaleza económica de la actividad es fundamental. El Tribunal General nos reitera que, si una empresa está dispuesta a suministrar un producto, el que se pueda proveer un producto o servicio similar por parte del Estado de forma gratuita no es suficiente para sacarlo de la esfera de las actividades económicas. También es indiferente que el proveedor, dentro de un mercado, esté dispuesto a ofrecerlo en condiciones diferentes. El Estado siempre podría ofrecer un producto de forma "gratuita" y luego afirmar que no existe un mercado para él porque ningún otro operador del mercado está dispuesto a suministrarlo de esas condiciones. El problema, sin embargo, es que no sabemos cómo diferentes los términos de la oferta pueden ser antes de productos similares dejan de ser similar y lo que el estado ofrece algo más de lo que efectivamente puede haber ningún mercado.

Seguramente la manera correcta de enfocar estas cuestiones no es preguntándonos si un producto puede ser ofrecido exclusivamente por la ley de la oferta y la demanda en el mercado, sino examinar si en el mercado se ofrecería ese producto o servicio, independientemente de los costes y la demanda y la configuración de suministro. Por ejemplo, parece claro que ningún inversor privado ofrecería cobijo y cobertura a las personas sin hogar o sustento a los indigentes, o salvo excepciones, sería difícil encontrar un inversor privado para financiar la investigación en aras del conocimiento o la educación

²⁷ Casos que se han dado en España contra la Comisión.

²⁸ NICOLAIDES, Phedon. Op. cit. Nota 206.

²⁹ Idea trabajada en el estudio de BAUBY, Pierre y SIMILIE, Mihaela Maria. *Public services in the European Union & in the 27 member states: mapping of the public services*. Technical Report – CEEP. Ayo de 2010. Sin obviar lo señalado al comienzo de este capítulo, en la idea de que "For more than twenty years, the "sectors" of Public Services / Services of General Interest have faced tremendous changes due to Europeanisation of the definition and organisation framework, policies of liberalisation, opening up of the markets, new rules, enlargement of the European Union, etc. It is therefore important to "map" the situation of enterprises providing services at European level and in all the 27 Member States".

³⁰ SCHIEK, Dagmar. "Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance" en "Social Services of General Interest in the EU". La Haya: Springer, 2013. Pág. 92.

en aras de la mejora de la sociedad. Estos ejemplos tienen en común que los beneficiarios finales de estos servicios no están en disposición de cubrir ni siquiera una parte de los costes, aunque en estos casos los beneficiarios son aquellos que necesitan o merecen la ayuda. El mercado no funciona de acuerdo con la necesidad o la justicia sino de acuerdo con la capacidad de pago del servicio o del producto. Para Hans-Peter Schwintowski, los SIEG son aquellos servicios que el mercado no está dispuesto a ofrecer bajo la ley de la oferta y la demanda por no ser lo suficientemente lucrativos para el proveedor³¹.

No obstante, es muy oportuna la pregunta lanzada por Aleksander Maziarz: "Servicios de Interés Económico General: ¿hacia valores comunes?"³². Compartimos su visión respecto a que los SIEG tienen un carácter universal y que su "razón de ser" es cubrir las necesidades de comunidades o grupos de consumidores específicos. La discrepancia llega en cuanto al concepto de qué se entiende por servicio básico. Si el elemento de decisión va a ser la ley de oferta y demanda, nos encontraremos con que los servicios van variando con el tiempo de una consideración de simplemente económicos a tener un interés general, y viceversa.

Así pues, y aceptando el marco ideológico europeo de considerar nuestra economía como "social de mercado altamente competitiva", tal y como nos plantea Ross, lo que se plantea en la UE es si la solidaridad es ese principio general de importancia constitucional para incorporar elementos "sociales", ejerciendo presión sobre todos los niveles de toma de decisiones en la forma de una responsabilidad conjunta para asegurar y proteger los valores fundamentales³³.

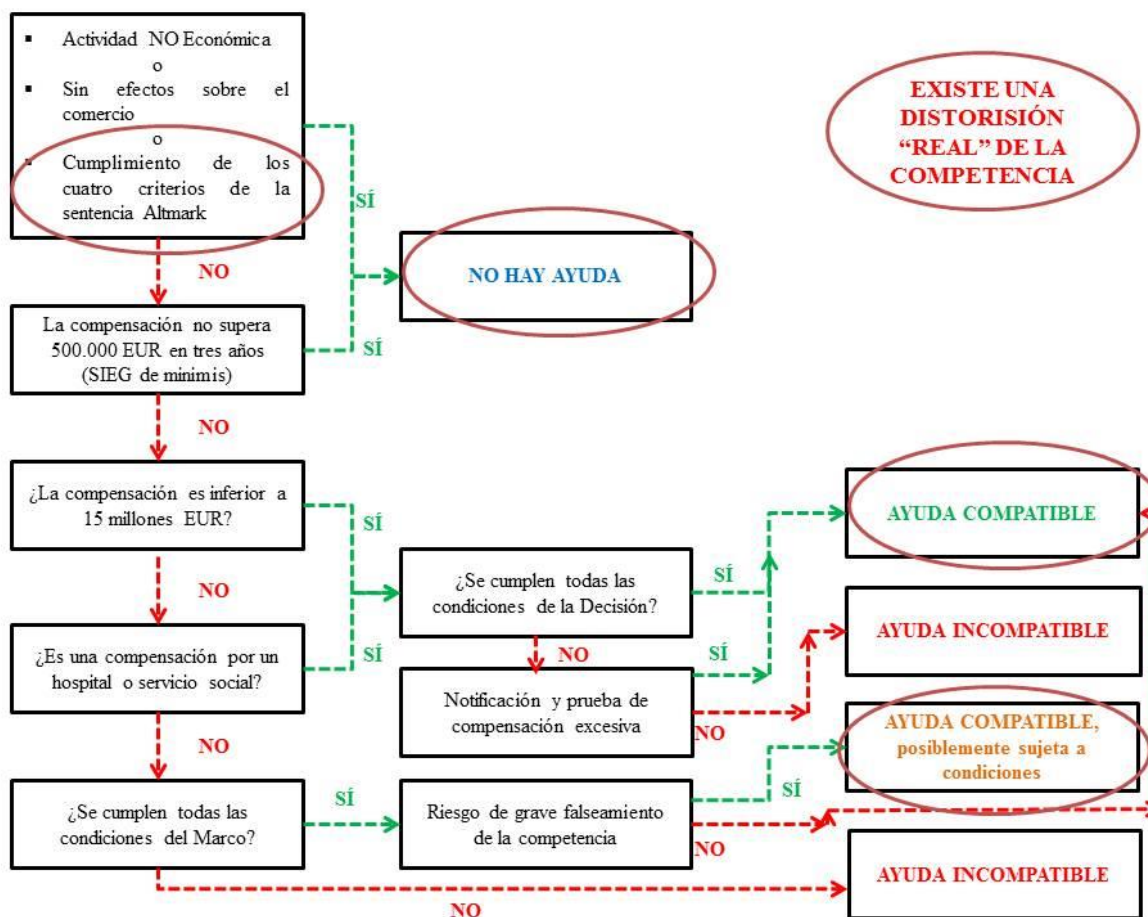
Pero con independencia de la "cuestión social" o la "solidaridad", la cual no discutimos que es un elemento fundamental de la sociedad europea, hay una realidad que nos plantea un dilema al que debemos de tratar de dar respuesta (a no ser que sea un paradigma): El hecho de que aceptemos que ciertas ayudas a los servicios calificados como SIEG no tengan tal consideración y por lo tanto dentro de los criterios Altmark no se consideren como "anticompetitivas" no suponen que de facto no se produzca una distorsión de la Competencia que impida a otros operadores participar en ese mercado.

³¹ SCHWINTOWSKI, Hans-Peter. *The Common Good, Public Subsistence and the Functions of Public Undertakings in the European Internal Market*. European Business Organization Law Review, Volume 4, Issue 3. Diciembre 2003. Pp. 353-382

³² MAZIARZ, Aleksander. *Services of General Economic Interest: Toward Common Values?* EStAL 1/2016. Pp. 16-30.

³³ ROSS, Martin. "SSGIs and solidarity: Constitutive Elements of the EU's Social Market Economy?" European Competition Law Review, Vol. 34, febrero de 2009. Pág. 115.

De manera gráfica:



Fuente: Elaboración propia³⁴.

De acuerdo con la doctrina de la "Acción del Estado"³⁵, muy bien explicada por Pier-Jan Slot, las acciones gubernamentales relacionadas con los SIEG normalmente se acogerán a lo dispuesto en el Art. 106 del TFUE. No obstante, dichas acciones gubernamentales podrían favorecer acciones privadas incompatibles con las normas de Competencia. Ese puede ser el caso cuando dichas normas establecen *cuasi* SIEG o en el

³⁴ Se ha tomado como base la *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*. Comisión Europea. Bruxelles, 29.4.2013 SWD (2013) 53 final/2. Pág. 28.

³⁵ Recogida por primera vez por el TJUE en el Asunto 13/77 *GB-Inno.BM contra ATAB*. ECR 2115: "En consecuencia, si bien es cierto que el artículo 86 está dirigido a empresas, sin embargo, es también verdad que el tratado obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar esta disposición de su eficacia. Así, el artículo 90 dispone que en el caso de empresas públicas y empresas a los que los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos, los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener ninguna medida contraria entre otras, las disposiciones previstas en los artículos 85 a 94. Igualmente, los estados miembros no pueden establecer medidas que permitan empresas privadas para escapar de las restricciones impuestas por los artículos 85 a 94 del Tratado". Párrafos 31 a 33 Ampliado en el Asunto 267/86 *Pascal van Eycke contra Societe Anonyme ASPA* ECR4796: "Procede recordar a este respecto, que, considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica". Párrafo 16.

caso de otras medidas relacionadas con los SIEG³⁶. Tales medidas pueden, en casos excepcionales, caer fuera la acción del Estado³⁷.

Compartimos con Slot que los gobiernos son y permanecen en el “asiento del conductor” a la hora de definir y mantener los SIEG. En primer lugar, como se desprende de la discusión del concepto de empresa, los gobiernos deciden qué actividades SIEG van a controlar por ellos mismos y los que van a dejar que se rijan por las reglas del mercado. En segundo lugar, también son, en virtud de las normas de libre circulación del Tratado, libres para asumir la propiedad o el control completo de empresas designadas como SIEG. La principal limitación es que no pueden “tener su pastel y comérselo también”³⁸. En tercer lugar, aun cuando se establecen las actividades SIEG como las operaciones de mercado, el artículo 106 TFUE, según la interpretación del TJUE, permite a los Estados miembros un margen considerable para confirmar los SIEG y conceder a las empresas encargadas derechos exclusivos o especiales para el funcionamiento de dichos servicios. La jurisprudencia en virtud del artículo 106.2 del TFUE también permite a los gobiernos un margen considerable para que establezcan los parámetros relevantes. Del mismo modo, el artículo 106.2 TFUE otorga a las empresas encargadas de los SIEG un amplio espacio para el cumplimiento de sus tareas especiales. En cuarto lugar, la doctrina sobre la acción del Estado no ha evolucionado hasta convertirse en una regla general que limite las acciones gubernamentales cada vez que tienen un efecto sobre la competencia. La ley, tal y como está, sólo prohíbe los casos graves de interferencia gubernamental a través de acciones de las empresas.

Analizando la jurisprudencia relativa al artículo 106 TFUE, se podría decir que la evolución de esta parte y la legislación europea han incrementado en gran medida las posibilidades de que los gobiernos ejecuten SSIG en forma de SIEG. Éste es también el resultado de una delimitación más clara de las competencias en el Tratado de Lisboa.

La cuestión de la convivencia de los SIEG y el Derecho de la Competencia es, por supuesto, muy delicado y de carácter político, ya que la Unión Europea como tal está muy limitada, siendo los Estados miembros los competentes para seleccionar la forma de proporcionar estos servicios importantes dentro de los servicios globales del Estado, tales como las telecomunicaciones, los transportes, el suministro energético o los servicios postales³⁹. Además, es bastante comprensible las reticencias a interferir en las opciones fundamentales de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia. Pero eso no cambia el hecho de que la jurisprudencia actual no basta para resolver los grandes retos que presenta la SIEG en el área del Derecho de la Competencia.

IV. LA IMPORTANCIA DEL TRANSPORTE FERROVIARIO DE PASAJEROS COMO SIEG

La primera idea a destacar, y que compartimos con Montero Pascual es que el transporte ferroviario de pasajeros (indistintamente el de mercancías que el de personas), ha sufrido varias décadas de estancamiento sin poder hacer frente a la competencia surgida en el transporte terrestre por carretera (quizá también debido al acceso a las

³⁶ SLOT, Pieter-Jan. *Public Distorsions of Competition*. Op. Cit Nota 269. Pág. 258.

³⁷ Ver Asunto C35/96 Comisión vs. Italia (CNSD), 1998. ECR I-3831.

³⁸ El artículo 345 TFUE les exime de la aplicación de las normas sobre libre circulación ni proporciona una base de justificación, además de la ya bien conocida exención por categoría.

³⁹ Un estudio muy interesante es el realizado por GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa. *Regulación de la provisión de servicios sociales de interés general de la Unión Europea y su traslación en los efectos de la directiva de servicios en España*, en RUIZ OJEDA, Alberto (Dir.) y ZAMORA ROSELLO, María Remedios (Coord.). *Regulación y Competencia en Servicios de Interés Económico General (SIEG): Análisis sectoriales y comparativos*. Universidad de Málaga/debates. Málaga, 2015. Pp. 113-126.

infraestructuras⁴⁰. Parejo Alfonso todavía es mucho más crítico, afirmando que, exceptuando el transporte urbano o el de cercanías, el transporte ferroviario se encuentra en sus horas más bajas debido a la mencionada competencia con la carretera⁴¹.

Pero dichas afirmaciones no son gratuitas, sino que coinciden con el resto de académicos europeos amparados por las palabras de la propia Comisión Europea:

“el transporte ferroviario presenta una imagen ambivalente, que compagina modernidad y arcaísmo. Por un lado, los buenos resultados de la red y de los trenes de alta velocidad, la acogida de los viajeros en estaciones modernas; por otro, el arcaísmo de los servicios de transporte de mercancías y la vetustez de algunas líneas saturadas, los habitantes de las ciudades dormitorio apretujados en trenes abarrotados y con retrasos crónicos, hacia estaciones a veces que se vienen abajo y son poco seguras⁴²”.

Las conclusiones de la Comisión a comienzos del S. XXI eran, sin lugar a dudas, demoledoras. Por lo tanto, las primeras preguntas eran obvias: ¿cómo se ha llegado a este punto?; y casi igual de importante: ¿ha sido ésta una situación constante y homogénea en todos los territorios de la Unión Europea? Ya adelantamos que la respuesta es negativa y que España es uno de los Estados en los que menos se ha avanzado.

IV.1 El Reglamento 1370/2007: tras su modificación por el “cuarto paquete ferroviario”.

El Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo, modificado por el Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 pretende completar el espacio ferroviario europeo único tras la liberalización del sector en 2001 (aunque habría que señalar que sólo *de iure* y no *de facto* como ocurre actualmente en España).

En línea con autores expertos en la materia (entre ellos Montero Pascual, Martínez Alifa, Ramos Melero o el grupo de investigación dirigido por Javier Vidal Olivares, por citar algunos de los principales autores en nuestro país)⁴³, son cinco los aspectos esenciales del Reglamento, centrándonos nosotros especialmente en la cuantificación de la compensación por servicio público.

- A) Objeto: El presente Reglamento define las condiciones en las que las autoridades competentes pueden intervenir en el ámbito del transporte público de viajeros (transporte ferroviario y por carretera) para garantizar la prestación de servicios de interés general⁴⁴. Como señala el Montero Pascual, esta norma sigue en gran medida las líneas definidas por la jurisprudencia Altamark,

⁴⁰ MONTERO PASCUAL, Juan José. *La financiación de las obligaciones de Servicio público en el transporte ferroviario*. en MONTERO PASCUAL, Juan José (Coord.). *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*. Valencia: Tirant monografías Nº 637, 2009 Pág. 231.

⁴¹ PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.); GÁMEZ MEJÍAS, Manuel; FORTES MARTÍN, Antonio y ENTRENA RUIZ, Daniel. *Estudio sobre la ordenación del sector ferroviario en la Unión Europea*. Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Madrid, 2004. Pág. 19.

⁴² Libro Blanco de la Comisión “La política europea de transporte de cara al 2010: la hora de la verdad”. De 19 de septiembre de 2001. [COM (2001) 370 final].

⁴³ En el ámbito comunitario, caben ser citados Tim Maxiam Rusche y Silvia Schmidt o la escuela de Tilburg (TILEC), cuyos máximos exponentes es el Dr. Wolf Sauter así como los trabajos desarrollados por el *European Institute of Public Administration* (EIPA) siendo el Dr. Nicolaidis uno de los principales contribuyentes.

⁴⁴ Art. 1 del Reglamento.

introduciendo un régimen más detallado y adaptado a la realidad del sector e incluso en algún punto menos estricto⁴⁵.

Por lo tanto, la autoridad competente, es decir, la autoridad o autoridades públicas con competencia para intervenir en el transporte público de pasajeros dentro de una zona geográfica determinada, está obligada a celebrar un contrato de servicio público con el operador al que conceda un derecho exclusivo u obligaciones de servicio público⁴⁶.

B) **Ámbito de aplicación:** El presente Reglamento se aplica al acceso regular y no discriminatorio, a los servicios nacionales e internacionales de transporte público de pasajeros por ferrocarril y otros modos por vía y por carretera⁴⁷.

C) **Definición de las obligaciones de servicio público:** La autoridad competente concede una compensación por el impacto financiero neto ocasionado por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público definidas contractualmente o las obligaciones de fijación de precios establecidas en las normas generales. Así, el Art. 2 letra e establece como obligación de servicio público: "exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución".

A ello debemos sumar lo establecido en el considerando 12, es decir, que una vez más desde el punto de vista del Derecho comunitario, "es irrelevante que los servicios públicos de transporte de viajeros sean explotados por empresas públicas o privadas". Por lo tanto, el Reglamento "se fundamenta en los principios de neutralidad en lo que respecta al régimen de la propiedad"⁴⁸, así como en la libertad de los Estados miembros para definir los SIEG⁴⁹.

Coincido con Montero Pascual al afirmar que la mayor novedad, en base a lo establecido en el Art. 4 letra a⁵⁰, es que "la definición de las obligaciones de servicio público no sólo es una competencia de los Estados miembros sino también una obligación (...) Se supera así una cierta tradición de indefinición del contenido de servicio público, en la que la mera presencia de la Administración garantizaba la satisfacción del interés general que nunca era concretado"⁵¹.

D) **Los contratos de servicio público:** El Art. 3 del Reglamento recoge cómo los contratos de servicio público y las normas generales definen:

- La obligación de servicio público que debe cumplir el operador en las zonas geográficas afectadas;

⁴⁵ Op. cit. Nota 40. Pág. 241.

⁴⁶ Las obligaciones que tienen por objeto establecer tarifas máximas para todas o determinadas categorías de pasajeros también pueden estar sujetas a las normas generales.

⁴⁷ Quedando por tanto excluido el transporte de mercancías, que tendrá un desarrollo normativo específico además de no tener la consideración de SIEG en la mayoría de los Estados miembros.

⁴⁸ En ese momento recogido en el Art. 295 del TUE.

⁴⁹ Recogido en el artículo 16 del TFUE y en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 del TUE. Bien es cierto que el considerando 17 del Reglamento nos recuerda que "de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las autoridades competentes son libres de establecer criterios sociales y cualitativos para mantener e incrementar las normas de calidad para las obligaciones de servicio público (...)".

⁵⁰ "En los contratos de servicio público y en las reglas generales se deberán: a) definir claramente las obligaciones de servicio público que el operador de servicio público debe ejecutar, y los territorios correspondientes".

⁵¹ Op. cit. Nota 40. Pág. 243.

- los parámetros sobre cuya base debe calcularse la compensación y la naturaleza y el alcance de todos los derechos exclusivos concedidos para evitar cualquier sobrecompensación;
- los medios de distribución de los costes ligados a la oferta de servicios (costes de personal, energía, infraestructura, mantenimiento, etc.); y
- los medios de distribución de los ingresos procedentes de la venta de los billetes de transporte entre el operador y la autoridad competente.

Respecto a la duración de los mismos, el Art. 4 apartado 3 establece que es limitada y no debe exceder de diez años para los servicios de autobuses y autobuses y de quince años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos por vía terrestre (si bien este período puede ampliarse hasta un 50% bajo ciertas condiciones).

Adentrándonos en los criterios Altmark, el Reglamento es especialmente sensible en lo referente a la adjudicación de contratos de servicio público. De esta manera, los contratos de servicios públicos se adjudican con arreglo a las normas establecidas en el propio Reglamento. Sin perjuicio de determinadas reservas detalladas en el artículo 5 del Reglamento⁵², las autoridades locales competentes podrán prestar servicios de transporte público o asignarlos a un operador interno sobre el que tengan control comparable al de sus propios servicios.

Además, toda autoridad competente que utilice un tercero distinto de un operador interno debe adjudicar contratos de servicio público mediante procedimientos competitivos transparentes y no discriminatorios que puedan ser objeto de negociación, si bien el Art. 5 recoge que la obligación de instaurar procedimientos competitivos no se aplica a:

- contratos de bajo nivel, cuyo valor anual medio se estima en menos de 1 millón de euros o que suministren menos de 300.000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros;
- cuando se tomen medidas de emergencia o se impongan contratos en respuesta a interrupciones de servicio reales o potenciales; y
- el transporte ferroviario.

Esto no eximía de una aplicación progresiva del artículo 5 del Reglamento, estableciendo un compromiso por parte de los Estados miembros para adaptarse paulatinamente al Reglamento en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos de servicio público, con el fin de evitar problemas estructurales, especialmente en términos de capacidad de transporte⁵³.

Avanzando hacia el tema de la compensación, los Estados miembros disponen de tres meses para proporcionar a la Comisión, previa solicitud, toda la información necesaria para determinar si la compensación asignada es compatible con el presente Reglamento, asumiendo cada autoridad competente la obligación de publicar un informe anual mundial sobre las obligaciones de

⁵² "Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, cualquier autoridad local competente (independientemente de que sea una autoridad individual o una agrupación de autoridades que presten servicios públicos integrados de transporte de viajeros) podrá optar por prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros o por adjudicar directamente contratos de servicio público a una entidad jurídicamente independiente sobre la que la autoridad local competente (o, en el caso de una agrupación de autoridades, al menos una autoridad local competente) ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios".

⁵³ Finalizando el periodo de transición para el 2 de diciembre de 2019.

servicio público pertinentes a su jurisdicción, los operadores de servicios públicos utilizados y la compensación resultante y los derechos exclusivos que reciban⁵⁴.

- E) La cuantificación de la compensación: He aquí el elemento clave del Reglamento. Como señala Montero Pascual, por primera vez se fija "la adecuación de la compensación prevista al coste efectivo de la prestación del servicio, de forma que la compensación no resulte excesiva, evitándose así la calificación de la compensación como una ayuda pública"⁵⁵.

Además, Montero señala que "hay que remarcar que el Reglamento recoge el principio de coste efectivamente soportado frente al principio jurisprudencial de coste de un operador medio eficiente, siendo el criterio del Reglamento menos estricto y que permite que los operadores mantengan ineficiencias"⁵⁶.

Sin ánimo de resultar caótico en la exposición, es oportuno resaltar como tuvimos que esperar siete años para que la Comisión nos aclarase este punto. Dicho documento es la Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) no 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera⁵⁷. Evidentemente, ya había entrado en vigor el Tratado de Lisboa y la jurisprudencia Altmark estaba más que consolidada (pero de ello hablaremos en el siguiente punto).

Finalmente, señalar que este Reglamento dio cabida a la creación de un Libro Blanco sobre la política de transportes adoptado en 2011 y cuyos objetivos se planteaban principalmente para el periodo 2016-2020⁵⁸.

IV.2 El contexto actual: La aplicación directa del Art. 93 del TFUE

A tenor de lo sucedido en la primera década del S. XXI, no es de extrañar que el Tratado de Lisboa continuara en la línea descrita, ratificando lo expuesto en el antiguo Art. 73 del TUE. De esta manera, el actual Art. 93 del TFUE (dentro del Título VI sobre transportes) recoge que: "Serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público".

Entre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el Reglamento 1370/2007 resultó de gran importancia la Comunicación de la Comisión sobre las directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias (2008/C 184/07).

El Considerando 14 es especialmente relevante, el cuál recoge que: "la concesión de ayudas puede autorizarse si contribuye a la realización de un mercado europeo integrado, abierto a la competencia e interoperable y a la movilidad sostenible comunitaria."

La Comunicación, además, establecía la permisibilidad de cuatro tipos de ayudas:

⁵⁴ Un año antes de cualquier procedimiento de concurso o adjudicación directa, la autoridad competente debe garantizar que se publique la siguiente información en el Diario Oficial de la Unión Europea: nombre y datos de contacto de la autoridad competente, tipo de asignación propuesta y servicios y territorios afectados.

⁵⁵ Op. cit. Nota 40 Pág. 245

⁵⁶ MONTERO PASCUAL, Juan José. *La transición a la competencia en el transporte ferroviario*. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD), 2009, nº 4. Pág. 131.

⁵⁷ Publicada en el DOUE 2014/C 92/01.

⁵⁸ Disponible en http://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2011_white_paper/white-paper-illustrated-brochure_es.pdf

1. Amortización de deudas históricas: Estas ayudas quedan bajo el marco del antiguo Art. 87 TCE, y por ello, han de ser notificadas a la Comisión a fin de que establezca si son compatibles con el Tratado.
2. Ayudas de reestructuración de las empresas ferroviarias de mercancías (no es el tema que nos atañe).
3. Financiación de infraestructuras, la cual no se considera una ayuda a las empresas de servicios de transporte ferroviario si la utilización de la infraestructura está abierta a todos los usuarios potenciales sin discriminación y sujeta al canon previsto en la normativa comunitaria.
4. Ayudas a la coordinación de los transportes, sujetas a su propio régimen especial del antiguo Art. 73 TCE (Actual Art. 93 del TFUE) y no al general del art. 87 TCE (actual Art. 107 del TFUE), como por ejemplo las ayudas de hasta el 50% a la interoperabilidad.

Ahora bien, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, en consonancia con lo expresado por Maxiam Rusche y Schmidt, el legislador comunitario tenía la sensación que la Comisión "debería ser liberada de la camisa de fuerza que le contiene"⁵⁹. Esto era debido a que, un lustro tras la aprobación de la Comunicación arriba mencionada y casi siete años tras la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007 la Comisión continuaba sin contar con un marco normativo o guía acerca de la aplicación del Art. 93 del TFUE en relación al reembolso para las cargas por las obligaciones contraídas por la prestación de servicio público⁶⁰. Este impulso, como mencionamos en el apartado anterior, vino en 2014 con la Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

La Comunicación fijaba que, en lo que respecta a los costes, pueden tenerse en cuenta todos los costes directamente relacionados con la prestación del servicio público (por ejemplo, salarios, gastos de mantenimiento, gastos generales, como el coste de gestión y administración). Cuando el prestador de servicios también lleve a cabo actividades que no entran en el ámbito de la administración pública, también puede tomarse una parte apropiada de los gastos compartidos entre el servicio público y otras actividades [por ejemplo, gastos de alquiler de oficinas, salarios de contadores o personal administrativo] Además de los costes directos necesarios para el desempeño del servicio público. Cuando la empresa posee varios contratos de servicio público, los costes comunes no sólo deben repartirse entre los contratos de servicio público y otras actividades, sino también entre los diferentes contratos de servicio público. Para determinar la proporción adecuada de costes comunes que deben tenerse en cuenta en los costes del servicio público, los precios de mercado para utilizar los recursos, si están disponibles, pueden tomarse como referencia. Si no se dispone de esos precios, pueden utilizarse otras metodologías cuando proceda⁶¹.

Los ingresos directos o indirectos relacionados con la prestación del servicio público, tales como los ingresos procedentes de la venta de billetes o de la venta de alimentos y bebidas, deberán deducirse de los gastos por los que se reclame la indemnización. También deben tenerse en cuenta otros beneficios del contrato de servicio público.

⁵⁹ MAXIAM RUSCHE, Tim y SCHMIDT, Silvia. *Transport*. En SCHIEK, Dagmar. "Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance" en "Social Services of General Interest in the EU". La Haya: Springer, 2013. Pág. 230.

⁶⁰ Siendo la única referencia el ya mencionado apartado 36 del Reglamento.

⁶¹ Es muy importante recordar que el Marco normativo sobre SIEG de 2012 no permite tal asignación de costes comunes. Sólo los costes incrementales del servicio público son elegibles para la compensación.

Como hemos mencionado, y aunque la Comunicación es de gran interés, este punto es el más controvertido, dedicando la Comisión la mayor extensión a esta cuestión. Así, el punto 2.4 de la misma nos señala que “Las reglas sobre compensación establecidas en el Reglamento (CE) no 1370/2007 previenen toda compensación excesiva y garantizan el cumplimiento de las disposiciones del Tratado. También abordan los conceptos de beneficio razonable y de incentivo de la eficiencia, las cuestiones relativas a la subvención cruzada de actividades comerciales con compensación pagada por obligaciones de servicio público y de compensación insuficiente, así como los procedimientos de investigación ex ante y ex post de la Comisión de las compensaciones de servicio público”.

Dado que la explicación de la Comisión es sumamente detallada, Nicolaides, en un gran ejercicio de síntesis⁶², resalta que, en primer lugar y de manera muy obvia, para no constituir una ayuda de Estado, la compensación pública debe respetar las cuatro condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Altmark.

En líneas generales, se trata:

- a) El Art. 1, apartado 1, y Art. 6, apartado 1, sobre la garantía de que las autoridades competentes paguen una compensación “apropiada” por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. En el paquete sobre SIEG de 2012 la Comisión dejó claro que la selección de los proveedores de servicios sobre la base de procedimientos de contratación pública se ajusta al cuarto criterio Altmark. No obstante, un procedimiento negociado o un mero diálogo no se ajustan a dicho criterio.

Los procedimientos de contratación pública deben diseñarse de tal manera que se creen las condiciones para una competencia efectiva. Un procedimiento puramente negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación se opone a los principios de transparencia y no discriminación. Del mismo modo, un procedimiento de licitación concebido de tal manera que restrinja indebidamente el número de licitadores potenciales no cumple dichos principios⁶³. Los criterios de selección, incluidos, por ejemplo, los criterios relacionados con la calidad, medioambientales o sociales, deben estar estrechamente relacionados con el objeto del servicio prestado. No se impide a la entidad adjudicadora establecer normas cualitativas que deben cumplir todos los operadores económicos ni tener en cuenta en su decisión de adjudicación los aspectos cualitativos relacionados con las distintas propuestas.

Aclarado este aspecto, podemos entrar en los temas de ausencia de sobrecompensación en el caso de los contratos de servicio público adjudicados directamente.

- Los pagos compensatorios no deben ser superiores al coste neto real de la prestación del servicio público durante el período de vigencia de un contrato.
- La compensación debe limitarse al efecto financiero neto de la obligación de servicio público. Esto se calcula como los costes menos los ingresos generados por las operaciones de servicio público, menos los ingresos potenciales inducidos por los efectos de red, más un beneficio razonable.

⁶² Ver NICOLAIDES; Phedon. *Guidance on the Application of Regulation 1370/2007 on Passenger Transport Services*. En <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/5> Publicado el 4 de marzo de 2014.

⁶³ Analizado por GIMENO FELIU, José María. *La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia*. Observatorio de Contratación Pública. En <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/relcategoria.121/relmenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f>

- b) El Art. 4, apartado 1, y anexo, acerca de la noción de “beneficio razonable”. Por “beneficio razonable” se entiende una tasa de rendimiento del capital normal para el sector en un Estado miembro determinado y que tenga en cuenta el riesgo o ausencia de riesgo incurrido por el operador de servicio público en virtud de la intervención de la autoridad pública⁶⁴. Una forma estándar de medir la rentabilidad del capital de un contrato de servicio público es considerar la tasa interna de rentabilidad (TIR) que la compañía hace sobre su capital invertido durante la vida del proyecto, es decir, la TIR con los flujos de efectivo del contrato. Sin embargo, también se pueden utilizar medidas contables, como la rentabilidad sobre el patrimonio, la rentabilidad del capital empleado u otros indicadores económicos generalmente aceptados para la rentabilidad del capital⁶⁵.
- c) el Art. 4, apartado 1, sobre el diseño de regímenes de compensación que promuevan la eficacia. La eficacia debe entenderse como la relación entre la calidad o el nivel de los servicios públicos y los recursos utilizados para prestar esos servicios. Por consiguiente, los incentivos a la eficacia deberían centrarse en reducir los costes y/o aumentar la calidad o el nivel de servicio.
- Sin embargo, los incentivos a la eficacia deberían ser proporcionados y mantenerse dentro de un nivel razonable, teniendo en cuenta la dificultad para alcanzar los objetivos. Esto puede garantizarse, por ejemplo, mediante un reparto equilibrado de las recompensas vinculadas a las ganancias de eficiencia entre el operador, las autoridades públicas y/o los usuarios. En cualquier caso, debe establecerse un sistema que garantice que la empresa no puede retener beneficios de eficacia desproporcionados.
- d) El Art. 4, apartados 1 y 2, y el anexo, acerca de impedir que la compensación percibida por una obligación de servicio público se utilice para la subvención cruzada de actividades comerciales. Cuando un prestador de servicios público también realiza actividades comerciales, es necesario garantizar que la compensación pública que recibe no se utilice para reforzar su posición competitiva en sus actividades comerciales. Los costes e ingresos relativos a la prestación de servicios en virtud de cada contrato de servicio público deben asignarse correctamente entre las actividades cubiertas por los contratos y otras actividades comerciales⁶⁶.
- e) El Art. 4, apartado 1, y el Art.5, apartado 3, sobre la ausencia de compensación excesiva en el caso de un contrato de servicio público adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación público y abierto más el Art. 6, sobre la ausencia de compensación excesiva en el caso de los contratos de servicio público adjudicados directamente.

⁶⁴ La Comunicación de la Comisión sobre SIEG ofrece algunas orientaciones sobre la determinación del nivel de beneficio razonable que puede servir de indicador para las autoridades públicas en la adjudicación de contratos de servicio público.

⁶⁵ Recordemos que, dependiendo de las circunstancias particulares de cada contrato de servicio público, es necesaria una evaluación caso por caso por parte de la autoridad pública para determinar el nivel adecuado de beneficios razonables. Entre otras cosas, debe tener en cuenta las características específicas de la empresa en cuestión, la remuneración normal del mercado por servicios similares y el nivel de riesgo que implica cada contrato de servicio público. Por ejemplo, un contrato de servicio público que incluya disposiciones específicas que protejan el nivel de indemnización en caso de costes imprevistos es menos arriesgado que un contrato de servicio público que no contiene tales garantías. En igualdad de condiciones, el beneficio razonable del contrato anterior debería ser inferior al del contrato anterior.

⁶⁶ La idoneidad de las medidas de reparto de costes y de circunscripción entre las obligaciones de servicio público y otras actividades comerciales es crucial a este respecto. Por ejemplo, cuando los medios de transporte (como el material rodante ferroviario o los autobuses) u otros activos o servicios necesarios para cumplir las obligaciones de servicio público (como oficinas, personal o estaciones) se comparten entre las actividades de servicio público y comerciales, los costes de cada uno Deben asignarse a los dos tipos de actividades en función de su peso relativo en el conjunto de los servicios de transporte prestados por la empresa de transporte.

Cuando exista una remuneración de mercado generalmente aceptada para un servicio determinado, esa remuneración del mercado constituye el mejor punto de referencia para la compensación en ausencia de una oferta. Estos puntos de referencia se encontrarían idealmente en los contratos del mismo sector de actividad, con características similares y en el mismo Estado miembro. Por lo tanto, el beneficio razonable debe estar en consonancia con las condiciones normales del mercado y no debe exceder de lo necesario para reflejar el nivel de riesgo del servicio prestado. Sin embargo, estos puntos de referencia del mercado no siempre existen. En ese caso, el nivel del beneficio razonable podría determinarse comparando el margen de beneficio exigido por una empresa típica bien gestionada que opera en el mismo sector para prestar el servicio en cuestión.

- f) el Art. 6, apartado 1, sobre las circunstancias en las que la Comisión investigará si un régimen de compensaciones cumple el Reglamento y las diferencias entre las investigaciones ex ante y ex post de los regímenes de compensación. La Comisión considera que, en principio, se necesitan controles periódicos durante el período de vigencia del contrato para detectar y evitar en un primer momento que se produzcan situaciones de compensación excesiva. Este es el caso, en particular, de los contratos a largo plazo.

Y frente a esta situación, ¿con qué nos encontramos? Pues que tras la aprobación del Reglamento (UE) 2016/238 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 se ha reformado todo aquello en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril (con efectos desde el 24 de diciembre de 2017).

Ni qué decir tiene que la Comisión apuesta por el transporte por ferrocarril, tal y como refleja en el primer considerando al afirmar que éste tiene potencial para crecer y "aumentar su cuota modal y para desempeñar una función importante en un sistema de transporte y movilidad sostenible, creando nuevas oportunidades de inversión y creación de empleo"⁶⁷.

La Comisión continúa reconociendo que el mercado de servicios de transporte internacional de viajeros por ferrocarril de la Unión no se abrió a la competencia hasta llegado el 2010. Se confirma también que gran parte de los Estados miembros han abierto a la competencia sus servicios nacionales de transporte de viajeros, bien mediante la introducción de derechos de libre acceso, bien mediante la licitación de contratos de servicio público o bien mediante ambas (aunque por desgracia, hay excepciones como es el caso español)⁶⁸.

Como objetivos principales para este SIEG, la Comisión se propone como objetivos:

1. La realización del espacio ferroviario europeo único, impulsando el desarrollo del transporte ferroviario como una alternativa creíble a otros modos de transporte, especialmente en los aspectos relativos a la calidad y el precio.
2. Mejorar la calidad, la transparencia, la eficiencia y el rendimiento de los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril.
3. Dotar a las autoridades nacionales de esa discrecionalidad para:

⁶⁷ Aunque a su vez, como se ha reflejado con datos en este capítulo, los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril no han crecido al mismo ritmo que otros medios de transporte.

⁶⁸ Además, en el Libro Blanco sobre el transporte de 28 de marzo de 2011, la Comisión anunció su intención de completar el mercado interior de los servicios ferroviarios, mediante la eliminación de los obstáculos técnicos, administrativos y jurídicos que impiden la entrada en el mercado ferroviario.

- a. aprobar servicios de transporte público que cubran las necesidades de transporte local y regional;
 - b. definir las especificaciones de las obligaciones de servicio público en el transporte público de viajeros⁶⁹;
 - c. Generar obligaciones de servicio público coherentes con la política de transporte público⁷⁰;
 - d. Adjudicar la contratación de servicios públicos (ya sea por una o por un grupo de autoridades públicas) mediante unas normas claras que fijen los cometidos respectivos de cada una de las autoridades públicas en el proceso de adjudicación.
 - e. Articular los mecanismos que garanticen que sus sistemas jurídicos prevean la posibilidad de que un organismo independiente evalúe, con un enfoque basado en criterios de rendimiento, las resoluciones de la autoridad competente para la adjudicación directa de contratos;
 - f. Se adopten medidas para aumentar la competencia entre empresas ferroviarias mediante la limitación del número de contratos que conceden a una empresa ferroviaria.
4. Generar efectos positivos de red en términos de mejora de la calidad de los servicios, de cohesión social y territorial o de eficiencia global del sistema de transporte público.
 5. Consultar en todos los procedimientos a las partes interesadas que corresponda de conformidad con la legislación nacional de cada estado miembro.
 6. Fomentar la licitación competitiva y sancionar los casos que no sigan los criterios ya conocidos (abierta, transparente, etc...)⁷¹. Ahora bien, como veremos a continuación, debe garantizarse la sostenibilidad financiera a largo plazo de los servicios de transporte público de viajeros de conformidad con los requisitos establecidos en la política de transporte público. En particular, "dicha compensación debe fomentar el mantenimiento o el desarrollo de una gestión eficaz por el operador de servicio público y la prestación de servicios de transporte de viajeros con un nivel suficiente de calidad".
 - a. El establecimiento de compensaciones para los contratos de servicio público que no se adjudiquen basándose en un procedimiento de licitación competitiva por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público por parte de los operadores.

Entre sus principales aportaciones, cabe señalar:

1. Que "con sujeción a la aprobación de las autoridades competentes de los Estados miembros en cuyo territorio se presten los servicios, las obligaciones de servicio público podrán referirse a los servicios de transporte público a escala

⁶⁹ Siempre coherentes con los objetivos políticos que figuran en los documentos de política de transporte público de los Estados miembros.

⁷⁰ Si bien esto no da derecho a las autoridades competentes a recibir una cantidad de financiación específica.

⁷¹ Recordemos que el procedimiento de licitación competitiva de un contrato de servicio público debe estar abierto a todos los operadores, ser equitativo y respetar los principios de transparencia y no discriminación.

- transfronteriza, incluidos aquellos que cubran necesidades de transporte local y regional⁷².
2. La incursión de un "Art. 2 bis" que establece la posibilidad de agrupar servicios que cubran costes con servicios que no los cubran⁷³.
 3. La aclaración de que "las especificaciones de las obligaciones de servicio público y la compensación correspondiente de la incidencia financiera neta de las obligaciones de servicio público deberá tener por objetivo:
 - a. la consecución de los objetivos de la política de transporte público de forma eficiente en cuanto a los costes, y
 - b. la sostenibilidad financiera de la prestación del transporte público de viajeros, de acuerdo con los requisitos establecidos en la política de transporte público a largo plazo⁷⁴."
 4. La modificación del Art. 4 y la incursión de un Art. 4 *bis* y 4 *ter* adaptando los criterios de contratación pública a Altmark y la Comunicación de 2008, especialmente incidente en el hecho de clarificar la compensación por servicio público por adelantado y de la manera más directa y transparente posible. Así mismo, una modificación en el Art. 6 establece que esta obligación persiste con independencia de las modalidades de adjudicación del contrato.

Pues bien, el resultado es que tras veinte años tras el comienzo de la liberalización y diez tras las últimas reformas (a excepción de esta última), los Estados miembros han tenido que compaginar sus políticas nacionales con este marco normativo, siendo el resultado un mosaico con resultados muy distintos como veremos en los casos analizados a continuación. Por eso, al mirar hacia atrás en estas dos décadas de reestructuración ferroviaria, no todos los estados miembros han reformado satisfactoriamente sus sistemas nacionales de transporte ferroviario de pasajeros (posiblemente debido a esas altas cuotas de discrecionalidad dentro del marco europeo).

Como bien afirma Nash, la política de la Comisión es introducir la competencia dentro del sector del ferrocarril (en un estado muy avanzado en prácticamente todos los Estados miembros para el transporte de mercancías). En el caso del transporte de pasajeros, hemos tenido que esperar a iniciar la apertura real a 2010. Aunque no hay actualmente requisito para abrir el mercado nacional de pasajero a la competencia, la Comisión está considerando las posibilidades para ello, y cierto número de países ya lo han llevado a cabo mediante mecanismos alternativos⁷⁵.

En primer lugar, en varios países, los nuevos operadores están legalmente autorizados a competir directamente en el mercado nacional con los operadores existentes, aunque siguen existiendo algunas barreras de entrada. Hasta hace poco, los niveles reales de entrada eran bajos y se limitaban principalmente a los trenes que influían en las opciones de los pasajeros⁷⁶.

⁷² Art. 1 apartado 1) del Reglamento.

⁷³ Si bien al establecer esas especificaciones y el ámbito de su aplicación, la autoridad competente debe respetar debidamente el principio de proporcionalidad, de conformidad con el Derecho de la Unión. Las especificaciones deben ser compatibles con los objetivos políticos que figuran en los documentos de política de transporte público de los Estados miembros.

⁷⁴ Art. 2.2 bis.

⁷⁵ NASH, Chris. 2009. *European Rail Reform and Passenger Services: the next steps*. International Conference on Competition and Ownership in Land Passenger Transport. Delft, Septiembre de 2009.

⁷⁶ NASH, Chris; Nilsson, Jan-Eric y, LINK, Heike. Comparing three models for introduction of competition into railways, en Working papers in Transport Economics. CTS - Centre for Transport Studies Stockholm (KTH and VTI) Nº 2011:19. Estocolmo, 2011. Pág. 1.

IV.3 Una tarea pendiente en España

Coincidimos con Campos Méndez en que el transporte por ferrocarril no sólo ha estado durante mucho tiempo ajeno a los movimientos liberalizadores que tenían lugar en otros sectores, sino que además el proceso de reformas que ha experimentado ha sido lento e incompleto⁷⁷. Ello no se debió, lamentablemente, a la obtención de resultados socialmente eficientes o a disfrutar de elevados niveles de uso que permitían posponer los cambios sino a todo lo contrario: el sector se reveló pronto como incapaz de hacer frente sin el apoyo público a la potencia competitiva de otros modos de transporte y, amparado por una errónea concepción de monopolio natural y en una protección más política que económica, a mediados de 1980 había entrado en un declive casi definitivo.

Por consiguiente, los precios y de acuerdo con datos del INE, desde 2014 como en los meses transcurridos de 2015 el ferrocarril de larga distancia superó al transporte aéreo en el transporte doméstico de viajeros, gracias al impulso del AVE (datos que se mantienen hasta comienzos de 2019)⁷⁸. No obstante, los niveles de servicio no han mejorado lo suficiente y el transporte ferroviario continúa sin ser atractivo para muchos usuarios según refleja el mismo informe. La pregunta clave que deberíamos formularnos en este momento es: ¿se ha elegido un modelo incorrecto o se ha implementado mal el modelo correcto? Como nos indica el Dr. Campos Méndez, la respuesta no es sencilla. En los países donde se optó por introducir competencia manteniendo la integración vertical los resultados tampoco han sido mucho mejores, y si bien es cierto que han aparecido menos problemas de coordinación, también se han detectado en ellos graves fallos de regulación, debido al poder del operador. Por ello, resulta razonable suponer que, cualquiera que sea el modelo o su estado de implementación, probablemente el sector necesite aún de nuevas reformas, las cuales deberán ser implementadas de forma más rápida para poder salvar el sector.

En España se ha seguido el modelo europeo y tanto la ley ferroviaria 2003 como la de 2015 han traspuesto la normativa comunitaria con el fin de cambiar definitivamente el modelo ferroviario y hacer que la competencia se asome a uno de los últimos monopolios públicos (no mencionamos la tardía transposición de la Directiva de 2016).

La apertura a la competencia del transporte de viajeros de 2015 nos deja con la situación a comienzos de 2020 de que el servicio sigue dominado por una empresa operadora que sólo permite una cuota de mercado testimonial a sus competidores privados, lo que ha producido que todavía los mismos no se hayan decidido a operar en nuestro territorio nacional.

De esta manera, los efectos beneficiosos de la competencia no se manifiestan. En línea con algunas de las recomendaciones de la CNMC (ver el citado IPN/DTSP/001/15), uno de tales cambios consiste posiblemente en acelerar la liberalización del transporte de viajeros, ampliando la apertura del mercado a nuevas rutas y corredores, no sólo el Madrid-Levante. Esto permitiría que los nuevos operadores se beneficiasen de una serie de ventajas derivadas de la extensión del territorio y del tamaño de la red, ya que la actividad ferroviaria requiere llevar a cabo importantes inversiones iniciales (en material rodante, pago de cánones, formación de trabajadores...) y presenta economías de escala y densidad. Cuanto mayor sea la red en la que puedan competir las nuevas empresas, mayores serán sus posibilidades de ser más eficientes en el ejercicio de su actividad, más atractivo les resultará la entrada y mayor será la rivalidad competitiva con el operador.

⁷⁷ CAMPOS MÉNDEZ, Javier. *La competencia en el ferrocarril: un análisis del nuevo marco institucional en Europa y en España*. Fedea Policy Papers - 2015/12. noviembre de 2015. Pág. 43.

⁷⁸ Se pueden consultar en http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176906&menu=ultiDatos&idp=1254735576820

Si se realiza correctamente y las distintas incertidumbres se despejan adecuadamente, la apertura del mercado del transporte de viajeros por ferrocarril a la competencia atraerá posiblemente a nuevos competidores privados hacia trayectos suficientemente rentables⁷⁹. Como se desprende de los estudios diversos mencionados, los resultados financieros más recientes de RENFE Operadora muestran que las líneas de ancho UIC de alta velocidad explotadas en la actualidad incluyen, en su conjunto, trayectos rentables (una vez construidos, esto es, no considerando el coste de la construcción), mientras que las líneas de larga distancia en ancho convencional son mayoritariamente no rentables. Si la liberalización no tiene en cuenta este hecho se podría producir un descreme de mercado, es decir, que los nuevos competidores sólo entrasen en los trayectos rentables y la empresa incumbente, RENFE Operadora, fuera el único operador que prestaría servicio en los no rentables.

Esta circunstancia afectaría de manera negativa a los ingresos de la empresa pública, agravando la situación actual de su cuenta de resultados. En el caso de que estos servicios no rentables conllevasen un impacto social irrenunciable e insustituible que requiriera su prestación obligatoria por un operador ferroviario, deberían buscarse mecanismos explícitos de financiación pública, transparentes y en consonancia con la normativa comunitaria, tales como la declaración de obligaciones de servicio público que permitiera recibir una compensación económica pública por su prestación. Alternativamente, si no fueran así declarados y los trayectos no tuvieran demanda suficiente para absorber la actividad de varios operadores, podría llevarse a cabo un proceso de licitación pública para la explotación de la línea bajo un enfoque de carácter intermodal que incluyera, por ejemplo, la utilización de servicios de autobuses, aunque es previsible que este tipo de medidas generasen un elevado nivel de contestación social. Si a pesar de las recomendaciones anteriores se considerase necesario llevar a cabo la adjudicación directa de alguna línea o conjunto de líneas de los servicios con obligaciones de servicio público, o incluso en el caso que la licitación pública resultara desierta, cualquier otra actuación o procedimiento debería enfocarse a través de un proceso transparente, abierto a la opinión pública, no discriminatorio y proporcional, con plazos delimitados y con revisiones periódicas ex post. En los casos de adjudicación directa, se debería reforzar significativamente el papel de supervisión del organismo competente, la CNMC, para evitar la aprobación de una compensación excesiva que pudiera constituir una ayuda de estado o la aparición de subsidios cruzados dentro de RENFE Operadora. Precisamente la existencia de asimetrías o ventajas competitivas con relación al operador parece ser otro de los elementos aún pendientes de resolver en este proceso se ha manifestado como uno de los factores que han impedido que la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril haya alcanzado resultados positivos⁸⁰.

La defensa de los intereses nacionales, de la viabilidad y el volumen de empleo proporcionado por RENFE Operadora no debería hacer olvidar que el objetivo último de la reforma es garantizar la propia supervivencia del sector ferroviario a medio plazo en la medida que éste contribuya al bienestar de la sociedad en el marco de las necesidades generales de transporte, aprovechando con fuerza los vientos favorables al mismo actualmente impulsados por las políticas comunitarias. En este sentido, y al igual que ha sucedido en otros sectores liberalizados en España que partían de posiciones de operador

⁷⁹ "Por otro lado, sin perjuicio de la cautela asociada a la decisión de liberalizar progresivamente el transporte de viajeros y de las indudables limitaciones impuestas por el ciclo electoral, nada impide al Ministerio de Fomento anunciar un calendario más concreto de los futuros planes de liberalización. Esto permitiría una mejor adaptación de los actuales y futuros agentes ferroviarios (incluyendo a empresas extranjeras) a las nuevas circunstancias del mercado. Evidentemente, la apertura paulatina debe evitar una excesiva prolongación en el tiempo, ya que esto debilitaría la credibilidad del proceso y reduciría la rivalidad competitiva en aquellos corredores aún no liberalizados, dificultando la consolidación de operadores alternativos". CAMPOS MÉNDEZ, Javier. Op. cit. supra. Pág. 45.

⁸⁰ Op. cit. Nota 77. Pág. 46.

público dominante no debería descartarse por principio la introducción total o parcial de capital privado en RENFE Operadora, siempre con las suficientes salvaguardas y regulaciones necesarias para mantener y defender el interés público. En sectores como la telefonía o el transporte aéreo este cambio no ha supuesto un menoscabo a la actividad económica, sino que, por el contrario, ha impulsado la competitividad de las empresas resultantes y su capacidad de internacionalización. Al mismo tiempo, y manteniendo en este caso la presencia pública, también parece finalmente razonable introducir un mayor grado de independencia institucional en ADIF, así como mejoras sustanciales en su financiación, factores ambos que resultan imprescindibles en un futuro mercado más liberalizado. Cuando coexistan efectivamente operadores públicos y privados, el acceso a la red y las inversiones relacionadas con mejoras en la capacidad o seguridad deben abordarse con una neutralidad exquisita, ya que de lo contrario podrían surgir distorsiones que afectaran a la competencia⁸¹.

Finalmente, la mejora de la financiación de las infraestructuras del ferrocarril en España no debería pasar solamente por un cambio en el diseño de los cánones (actualmente en discusión) sino por un replanteamiento global de las inversiones, haciendo que, de manera transparente, primen por fin criterios económicos y sociales frente a los aparentemente políticos.

Parece que, tras analizar el modelo español, la conclusión es obvia: el camino está aún incompleto y se necesita un esfuerzo mayor de cambio institucional.

V. CONCLUSIONES

La apertura a la competencia fue la respuesta ideada por las autoridades públicas para revertir la situación monopolística. Para ello, los diferentes países optaron por tres modelos de restructuración diferentes (desintegración vertical, privatización y desregulación) no siempre completamente estancos entre sí. En la Unión Europea se eligió separar las infraestructuras de los servicios e introducir, en lo posible, competencia en el mercado mediante el acceso de múltiples operadores (públicos o privados). Al reducir el tamaño de los antiguos monopolios públicos este modelo ha permitido disminuir la dependencia del sector del apoyo presupuestario de los gobiernos, pero no ha generado (por el momento) los niveles de competencia deseados.

El cuarto paquete ferroviario tiene por objeto eliminar los últimos obstáculos a la creación de un espacio ferroviario europeo único. La legislación propuesta reformará el sector del ferrocarril de la UE al fomentar la competencia y la innovación en los mercados interiores de pasajeros. Asimismo, ejecutará reformas estructurales y técnicas. Se obtendrán como resultado final unos niveles más altos de seguridad, interoperabilidad y fiabilidad de la red ferroviaria europea.

La Unión Europea aún no ha reconocido la urgencia de este desafío, aunque ha apostado explícitamente por fomentar el transporte por ferrocarril en el horizonte 2050. Para ello prepara actualmente nuevas propuestas que obligarán a los Estados miembros a afinar aún más el proceso de reforma en dos grandes líneas de trabajo: facilitando la competencia intermodal (a través de una mejor internalización de los costes sociales de la carretera) y promoviendo la internacionalización ferroviaria (con libre acceso a todos los mercados domésticos, al igual que ocurrió con el transporte aéreo). En la medida en que los Estados miembros dejen de proteger a sus ferrocarriles nacionales y adopten una perspectiva más paneuropea este proceso tendrá mayores posibilidades de éxito, sin

⁸¹ Estudio pormenorizado en BETANCOR, Ofelia, y LLOBET, Gerard. *Contabilidad Financiera y Social de la Alta Velocidad en España. Estudios sobre la economía española*. Fedea Policy Papers - 2015/08. Mayo de 2015. Pp. 47 a 49.

olvidar por supuesto la existencia de condicionantes geográficos y demográficos que impedirán al sector tener la misma relevancia en todos los lugares.

El cuarto paquete ferroviario incluye la propuesta de abrir los mercados nacionales de transporte de pasajeros a nuevos participantes y nuevos servicios a partir de diciembre de 2019. Las compañías podrán, bien ofrecer servicios competidores, como un nuevo servicio ferroviario en una ruta concreta, o bien licitar por contratos de servicio público ferroviario en concursos públicos. Las modificaciones propuestas harán obligatoria la licitación para los contratos de servicio público ferroviario en la UE.

Los pilares de la gobernanza y apertura de los mercados incluyen modificaciones a dos actos legislativos en vigor y la derogación de otro más:

- propuesta de modificación del Reglamento sobre la apertura del mercado de los servicios de transporte de pasajeros por ferrocarril - 2013/0028 (COD)
- propuesta de modificación de la Directiva por la que se establece un Espacio Ferroviario Europeo único - 2013/0029 (COD)
- propuesta de derogación del Reglamento sobre la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias - 2013/0013 (COD).

Las señales que dan los precios desempeñan un papel crucial en muchas decisiones que tienen consecuencias de larga duración en el sistema de transportes. Las tasas e impuestos del transporte tienen que ser reestructuradas en la dirección de una aplicación más general del principio y del cobro al usuario ("usuario pagador"). Deben respaldar el papel del transporte en el fomento de la competitividad y de los objetivos de cohesión de Europa, mientras que la carga global para el sector debe reflejar los costes totales del transporte, incluidos los costes de las infraestructuras y los costes externos.

Unos beneficios económicos más generales y las externalidades positivas justifican un cierto nivel de financiación pública, pero, en el futuro, es probable que los usuarios de los transportes paguen una parte de los costes mayor que en la actualidad. Es importante que los usuarios, operadores e inversores reciban incentivos monetarios correctos y consecuentes.

Finalmente, señalar que la internalización de externalidades, la eliminación de distorsiones fiscales y subvenciones injustificadas y el ejercicio de una competencia libre y sin distorsiones son, por lo tanto, parte del empeño por equilibrar las elecciones del mercado con las necesidades de la sostenibilidad (y de reflejar los costes económicos de la "no sostenibilidad"). También son necesarios para establecer unas condiciones de competencia equitativas entre modos de transporte que están en competencia directa.

PROBLEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. RECOMENDACIONES PARA FAVORECER LA COMPETENCIA

*Public procurement challenges in telecommunications services.
Recommendations to promote competition*

Jorge Eiriz Martínez¹

*Técnico de la Subdirección de ayudas públicas e informes de proyectos normativos
CNMC*

RESUMEN

El artículo pretende ofrecer una breve aproximación a la importancia de la contratación pública en las políticas de Estado y a los principales problemas de competencia que en la actualidad nos encontramos en la contratación pública de los servicios de telecomunicaciones por parte de la Administración General del Estado. Asimismo, se indican una serie de recomendaciones que podrían mejorar esta situación en el corto o medio plazo.

ABSTRACT

The paper aims to provide a brief overview of the importance of the public procurement in the State policies and the main competition challenges that we are currently face in the public procurement of telecommunications services by the General State Administration. Likewise, a series of recommendations are indicated that could improve this situation in the short or medium term.

Palabras clave: Contratación pública, Telecomunicaciones, Competencia.

Keywords: Public procurement, Telecommunications, Competition.

¹ Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, sin que en ningún caso puedan ser atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es uno de los elementos más importantes de las economías nacionales de todos los países de la Unión Europea. Las autoridades y los entes de derecho público gastan cada año aproximadamente una quinta parte del Producto Interior Bruto de la Unión Europea en la adquisición de bienes, obras y servicios. La política de la UE en materia de contratación pública constituye un instrumento fundamental con vistas a consolidar el mercado interior y a garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos. Así, la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 identificándola como uno de los instrumentos del mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.

Las sucesivas reformas de las Directivas europeas de los últimos años han pretendido potenciar la aplicación de principios como la no discriminación e igualdad de trato entre potenciales candidatos, la publicidad, la competencia efectiva, la transparencia en la contratación pública y la eficiencia en el gasto público². Así se ve reflejado también en la normativa nacional, en concreto, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en vigor desde marzo de 2018, transpone al derecho nacional las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

En España, la contratación pública tiene una relevancia indudable. Representa, según las estimaciones y los años, entre el 10% y el 20% del PIB español. Adicionalmente, el aprovisionamiento público juega un papel muy importante en la implementación de políticas públicas, sirve para impulsar la innovación, proporcionar servicios públicos de calidad, promover la integración social o incrementar la productividad del país. Afecta a todos los mercados y, como consecuencia, a los precios, la calidad, la productividad y el nivel de bienestar de los ciudadanos. Dada la elevada significación de la contratación pública y el carácter limitado de los fondos públicos, es necesaria una eficiente gestión de estos y, para ello, es de vital importancia disponer de una regulación y de unos procedimientos de contratación favorecedores de la competencia.

Sin embargo, el Single Market Scoreboard³ de la Comisión Europea, que mide el desempeño general de la contratación pública de los distintos Estados miembros, subraya la mejorable actuación de España. Según los últimos datos disponibles, relativos a 2017, España presenta resultados no satisfactorios en 10 de los 12 indicadores considerados, siendo uno de los países que peor resultados obtiene. En particular, España tiene un comportamiento deficiente en los indicadores relativos a competencia, acceso a los mercados de contratación y calidad de la información.

Además, en la contratación pública confluyen circunstancias que la convierten, inherentemente, en un área relativamente más proclive a la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia. Debido, por ejemplo, a i) las

² "La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia." Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, primer considerando.

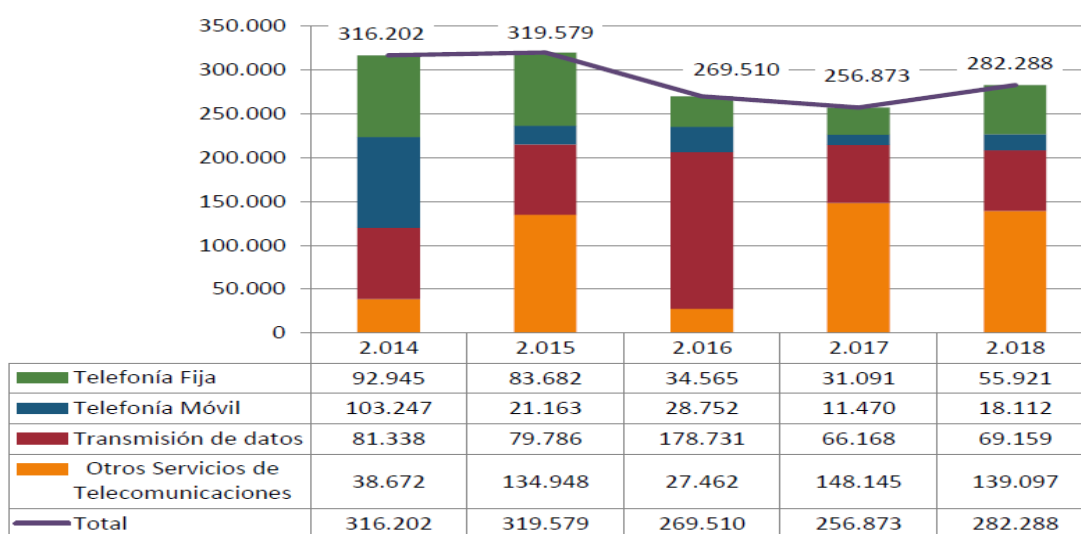
³ En el Single Market Scoreboard de contratación pública se valora el rendimiento del aprovisionamiento público de cada Estado Miembro en función de 12 indicadores: presencia de un único licitador, transparencia en el procedimiento, tasa de publicación, centralización de las compras, criterio de adjudicación del contrato, agilidad en la toma de decisión de la adjudicación, contratos asignados a PYMES, ofertas de PYMES, división en lotes, información insuficiente en las licitaciones, valores omitidos en el número de registro de las empresas adjudicatarias y valores omitidos en el número de registro de los órganos de contratación. https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/

elevadas barreras de entrada, como la exigencia de inversiones a realizar en concesiones públicas o los propios costes económicos, informacionales y jurídicos para participar en una licitación, ii) la multiplicidad de órganos de contratación con heterogeneidad de procedimientos y complejas curvas de aprendizaje para los licitadores y la propia administración responsable o iii) los problemas intrínsecos de información asimétrica y relaciones de agencia encadenadas, que perjudican, si no se corrigen correctamente, a la Administración Pública, a los potenciales competidores y, en último término, a los ciudadanos y contribuyentes.

Por todo ello, el sector público en España debe autoimponerse una contratación pública cada vez más transparente, procompetitiva y económicamente eficiente, en beneficio de los ciudadanos, de las empresas y de las propias Administraciones Públicas.

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Todos ya conocemos la relevancia que tienen las telecomunicaciones en cualquier entorno profesional. En la administración pública ocurre lo mismo, para un buen desarrollo profesional del personal a su cargo es necesario contar con unos servicios de telecomunicaciones potentes ya no solo para la conectividad entre sedes, por ejemplo, si no para otras formas de trabajar que se están abriendo paso poco a poco como el teletrabajo. En este contexto, en 2018 el gasto total por consumo de servicios de telecomunicaciones en la Administración General del Estado (AGE) fue de alrededor de 282 millones de euros, lo que supone unos 25 millones más que la cifra de 2017 (9,7% de incremento) según los datos del último informe Reina 2019⁴.



Fuente: Informe Reina 2019. Gastos en telecomunicaciones. Evolución. Miles de euros.

En el gráfico anterior podemos ver la evolución dispar de los diferentes servicios en los últimos años. Aunque el año 2018 rompe la tendencia a la baja, parece claro que si hay una predisposición a la contención del gasto por parte de las administraciones públicas.

Evidentemente, si añadiéramos los gastos totales del resto de administraciones, autonómicas y locales, la cifra sería más elevada. Sin embargo, la posibilidad de contar con todos esos datos actualizados a fecha de 2018 resulta bastante complicado con las

⁴ El informe REINA realizado por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública presenta los indicadores más representativos de la situación y uso de los sistemas y tecnologías de la Información y Comunicaciones en la Administración del Estado. La edición de 2019 corresponde a los datos de ejecución del año 2018.

herramientas que contamos actualmente. Por ello, tomaremos como ejemplo para su evaluación y establecimiento de posibles mejoras los datos incluidos en el Informe Reina ya mencionado y en el mayor contrato de la AGE en este sector, el actualmente denominado "Contrato de servicios consolidados de telecomunicaciones de la AGE y otras entidades públicas. Fase 2".

Este contrato ahora mencionado es un contrato centralizado. Según el artículo 229.1 de la LCSP, la contratación centralizada, instrumentalizada mediante un contrato, un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición, está diseñada para suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas previamente declarados como tales⁵ por los entes, entidades y organismos del sector público estatal a que alude el artículo 229.2⁶ de la LCSP.

Asimismo, conviene destacar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 228.3 de la LCSP, también podrán beneficiarse de las ventajas que ofrece el sistema estatal de contratación centralizada las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y las Entidades locales, así como los organismos y entidades dependientes de los anteriores, mediante la conclusión, con la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (DGRCC)⁷, del correspondiente acuerdo de adhesión voluntaria al sistema.

Pues bien, dado lo anterior, la primera vez que la AGE sacó de manera centralizada el contrato de servicios de telecomunicaciones fue en la licitación de 2015. Los pliegos de esa licitación denominada como de los Servicios consolidados de Telecomunicaciones de la Administración General del Estado Fase 1 ya fueron informados por la CNMC⁸(con una duración de 4 años prorrogable por 1 año adicional).

En enero de 2018 se publicó⁹ en la plataforma de contratación el nuevo anuncio de la licitación del nuevo contrato de servicios de telecomunicaciones (Servicios consolidados de Telecomunicaciones de la Administración General del Estado Fase 2) un año antes de la finalización del anterior contrato. Su objeto como en el anterior contrato era unificar los actuales contratos de servicios de telecomunicaciones de los diferentes departamentos ministeriales y organismos públicos, consolidando los servicios de voz y datos fijos, datos y voz móviles, acceso a internet y red internacional para ahorrar en costes de gestión y por tanto mayor eficiencia.

⁵ Como es el caso de los servicios de telecomunicaciones (Orden HAP/2027/2013, de 30 de octubre, que modifica la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril).

⁶ Los siguientes:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

⁷ De conformidad con lo establecido en el artículo 229.5 de la LCSP el órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada es la Junta de Contratación Centralizada, adscrita a la [Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación](#) del Ministerio, sin perjuicio de la competencia para contratar en el caso de contratos basados cuyos destinatarios sean entidades adheridas.

⁸ [INF/DP/0007/14](#): Pliegos del procedimiento abierto de contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado. La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación elaboró una [nota explicativa](#) sobre las observaciones efectuadas por la CNMC a esos pliegos. El Grupo Telefónica resultó adjudicatario de tres de los cuatro lotes que se sacaron a concurso (red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija; comunicaciones móviles; Internet) y BT resultó adjudicatario del último lote (red internacional).

⁹ Plataforma de contratación del sector público. [Expediente: 11/18](#)

La licitación se distribuía en cuatro lotes. El Lote 1, describía la red corporativa multiservicio y el servicio de telefonía fija necesaria, incluyendo la provisión y gestión de los servicios de voz y datos para todas las sedes de las entidades incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación, en el territorio español y en el exterior, así como la Red SARA¹⁰ que interconecta a todas las Administraciones Públicas españolas. En el Lote 2 se establecía la descripción de los servicios de comunicaciones móviles licitados (prestación de servicios de comunicaciones móviles de voz, datos y mensajería). El Lote 3 estaba dedicado a los servicios de Internet. Por último, el Lote 4, se dirigía a la red internacional, incluyendo los servicios de telecomunicaciones de las sedes de las entidades incluidas en su ámbito de aplicación ubicadas en el exterior.

El presupuesto de licitación con IVA anunciado ascendía a 393.250.000 euros. Asimismo, el valor estimado del contrato, 450.910.000 euros. Se detallaban, también, los Ministerios y organismos de la AGE incluidos.

Las principales características del contrato se resumen en las siguientes:

Duración del contrato: Los contratos se iniciarían el 1 de marzo de 2020 y concluirían el 10 de septiembre de 2023. La duración por tanto se establece en aproximadamente tres años y medio. Se prevé, asimismo, una prórroga de una duración máxima de un año y medio, siendo, por tanto, cinco años la posible duración total del contrato.

Ámbito subjetivo: Respecto a la licitación anterior se ampliaba mediante la incorporación de nuevos departamentos y entidades públicas (de 66 entidades a 101)¹¹.

Criterios de adjudicación del contrato: se establecían distintos baremos para la valoración diferenciados entre criterios evaluables mediante fórmulas (el más relevante, el precio que se pondera con un 51% de la puntuación de cada lote) y otros criterios no evaluables mediante fórmulas con un peso en la puntuación final de entre 21%-29% dependiendo del lote.

Pues bien, el 11 de septiembre de 2018 la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación remitió a la CNMC el borrador de pliegos del contrato para que esta emitiera su informe desde el punto de vista de la competencia. Así lo hizo la Sala de competencia del Consejo de la CNMC el 4 de octubre de 2018 la CNMC¹².

La valoración general que hacia la CNMC en ese informe de los pliegos remitidos era positiva. Era evidente, que lo que la AGE buscaba con el contrato centralizado era lograr una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos, entre las que se encuentra la agregación de la demanda como sucede en este tipo de contratos centralizados¹³. Sin embargo, la CNMC recordaba que tal búsqueda de eficiencia y ahorro presupuestario a corto plazo debe efectuarse sin menoscabo de los principios garantes de una competencia efectiva¹⁴, entre otros: facilitar la libertad de acceso a la licitación, evitar toda discriminación entre operadores, minimizar los riesgos dinámicos de reducción del número de operadores que podría reducir la tensión competitiva en futuras licitaciones y minimizar el riesgo de comportamientos de carácter colusorio.

Asimismo, también valoraba positivamente la aceptación en esos pliegos de algunas de las recomendaciones que se realizaron en el anterior informe de la CNMC (por ejemplo,

¹⁰ La [Red SARA](#) (Sistemas de Aplicaciones y Redes para las Administraciones) es un conjunto de infraestructuras de comunicaciones y servicios básicos que conecta las redes de las Administraciones Públicas Españolas e Instituciones Europeas facilitando el intercambio de información y el acceso a los servicios.

¹¹ Ámbito subjetivo del contrato y fecha de incorporación. [Anexo I del contrato](#).

¹² INF/CNMC/136/18: Contrato de servicios consolidados de telecomunicaciones de la AGE y otras entidades públicas fase II -EXP. Nº 11/18-. <https://www.cnmc.es/expedientes/infcmc13618>

¹³ No obstante, casi de forma coetánea a la tramitación de estos Pliegos, se aprobaron los relativos a la contratación de estos servicios en el ámbito de la defensa.

¹⁴ Recogidos en la [Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNMC](#).

eliminar la posibilidad de realizar ofertas integradoras) sobre este tipo de servicios, un claro ejemplo de la colaboración y coordinación entre administraciones tan demandada por la sociedad. Sin embargo, la CNMC recordaba que seguían existiendo aspectos que eran susceptibles de mejora desde la óptica de los principios de buena regulación y promoción de la competencia ya que limitan la existencia de una competencia efectiva, principalmente, en lo que se refiere al análisis efectivo del mercado, la división de los servicios de telecomunicaciones en únicamente cuatro lotes y los requisitos mínimos de solvencia económica y técnica. Desarrollaremos estos aspectos principales y algunos otros también relevantes en los párrafos siguientes para entender mejor su problemática.

1.- Refuerzo del análisis de mercado: Las Administraciones Públicas intervienen en el sector de las comunicaciones electrónicas de formas muy diversas, tanto en calidad de agentes explotadores de red o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, como en su función de demandantes de dichos servicios.

Como ya hemos indicado en la introducción de este artículo la contratación pública en el sector de las telecomunicaciones cobra especial relevancia por su volumen y sus efectos singulares en el mercado, ya que es uno de los sectores más relevantes y de mayor impacto en el mercado. Por operadores, el Grupo Telefónica ha acaparado cuotas de mercado sobre el 85% de los gastos de telecomunicaciones. Así, acaparó en 2016 ese porcentaje de los gastos, cifra igual a la alcanzada en 2015, mientras que BT España y otras operadoras difícilmente han superado algún año el 5% del total. El resto de los suministradores presentaron cuotas de participación que no superaron el 5%. Las cifras de 2018 del último informe Reina corroboran esta tendencia y marcan cifras muy similares a las de los años pasados como podemos observar en la siguiente tabla:

Operadores	Miles de euros	%V.
TELEFONICA (GRUPO)	239.334	85%
BT ESPAÑA	9.695	3%
VODAFONE	7.653	3%
Retevisión S.A.	5.616	2%
OTROS (1)	15.401	5%
Total	282.288	100%

(1) Otros contabiliza el conjunto de suministradores cuyo volumen, de forma individualizada, es inferior al 0,1% del total.

Fuente: Informe Reina. Año 2018 Miles de euros Gastos en servicios de telecomunicaciones. Suministradores.

En este mercado vemos que el grado de concentración existente para poder prestar servicios de telecomunicaciones en entidades con múltiples sedes como sucede en el contrato centralizado de telecomunicaciones de la AGE (precisamente por los efectos de red y los costes de cambio de proveedor) sitúa al sector en una situación especialmente vulnerable para nuevos entrantes y el mantenimiento de la competencia efectiva¹⁵.

¹⁵ Uno de los casos más relevante en este sentido fue una licitación de prestación de servicios de telecomunicaciones del Gobierno Vasco que implicó la apertura de un procedimiento sancionador a Telefónica por el incumplimiento de la Resolución de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba el análisis y definición de los mercados 4 y 5 y la Resolución de 13 de abril de 2013 por la que se aprueba el análisis y definición del mercado 6 (Resolución de 25 de abril de 2018SNC/D TSA/067/17). Básicamente Telefónica incumplió la obligación que como Operador con PSM tiene por la que los precios fijados para los servicios mayoristas regulados han de permitir a los operadores alternativos replicar las ofertas minoristas de Telefónica o de cualquier empresa de su grupo. En este caso se llegó a la conclusión que ningún operador alternativo podría replicar la oferta realizada por Telefónica por lo que se le impuso una sanción de 8.500.000 euros.

El análisis del mercado implica un estudio pormenorizado de oferta y demanda. Este ejercicio legitima la toma de decisiones, refuerza el rigor y propicia un mayor y mejor control por los diversos interesados. Es un requisito previo esencial para una satisfacción óptima de necesidades para el sector público y para mantener y fomentar la competencia entre los oferentes. Difícilmente pueden determinarse de forma racional las necesidades de contratación de la Administración si no se parte de tal estudio. Con las características comentadas del sector, es todavía más necesario reforzar la información estadística ofrecida para aumentar la eficiencia, la participación de licitadores y minimizar riesgos de colusión.

Los análisis de mercado deben realizarse para todo el mercado en su conjunto (ya sean los compradores del sector público o del sector privado) y de la forma más transparente y objetiva posible.

Debe realizarse un análisis de la oferta que implica, entre otros aspectos, la estructura del sector en cuanto a tamaño (facturación, empleados), indicadores económicos financieros, evolución de precios, grado de concentración, tensión competitiva y variables en las que compiten los operadores (por ejemplo, en precios o en diferenciación de productos), PYMES y nuevos entrantes, demografía empresarial (salida y entrada de empresas), segmentación y especialización de los operadores, intensidad de innovación tecnológica, o el marco regulatorio principal que lo condiciona, si procede, y entre otros aspectos. Todo ello referido a la situación actual, evolución en los últimos años y perspectivas futuras.

En el caso de este mercado, el análisis de la oferta puede comprender, entre otros factores, productos en el mercado en cuanto a sus principales prestaciones, diferenciación por marcas y fabricantes, vida útil, ritmo de evolución tecnológica y obsolescencia de los productos, entrada de nuevos productos con tecnología disruptiva, y -en buena medida relacionado con todo lo anterior- la evolución de los precios, entre otros muchos aspectos.

El análisis de la oferta derivada de la ejecución del contrato centralizado anterior debe incluir aspectos como, el número de licitadores y adjudicatarios en los contratos derivados en cada lote, en términos de número de contratos, proporción entre licitadores presentados y adjudicatarios, descuentos alcanzados o análisis de bajas alcanzadas respecto al precio máximo de licitación, la evolución del sector, desagregando para cada tipo de producto y segmentaciones de mercado.

Asimismo, debe realizarse un estudio de la demanda que exige analizar, al menos, la ejecución del pasado contrato de 2015 en todo su periodo de vigencia hasta la actualidad y estimar las necesidades futuras con una visión estratégica.

Este ejercicio puede articularse, además de con el análisis interno que realice el órgano contratante, a través de estudios de mercado o consultas a los operadores económicos, consultas preliminares de mercado en la terminología de la LCSP (art. 115¹⁶), debiendo evitarse todo riesgo de captura del órgano contratante y de erosionar los principios de igualdad de acceso, no discriminación y no falseamiento de la competencia.

Los riesgos de ineficiencias en la contratación e impacto en la competencia sin un mínimo de análisis previo son muy elevados, especialmente en este sector. De ahí la

¹⁶ Artículo 115.1 de la LCSP: "Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado." [...]

importancia de realizar un análisis de necesidades y un estudio de mercado riguroso, acompañado en su caso de un periodo de consulta pública con las debidas garantías.

En este sentido, tras consultar la Plataforma de Contratación del Sector Público y recabar datos de los últimos 5 años sobre contrataciones de servicios de telecomunicaciones por parte de la AGE, de CCAA y de entidades locales las conclusiones desde el punto de vista de la competencia no son positivas. La media de participantes en las licitaciones estudiadas es apenas de un 2,07. Este resultado es coincidente a lo sucedido en la anterior licitación de los servicios de telecomunicaciones por parte de la AGE (fase 1)¹⁷. Así, en la licitación de 2015 la cifra de empresas participantes en cada lote osciló entre 1 y 3, y únicamente 4 operadores presentaron alguna oferta por alguno de los lotes. En los pliegos de 2018 la media de participantes fue parecida, aunque hubo una pequeña mejora en la concurrencia competitiva solo fue de grandes operadores de telecomunicaciones. En cada lote solo hubo ofertas de Telefónica y uno o dos competidores más.

Si tomamos como referencia la contratación de estos servicios en el ámbito privado, las cuotas de mercado a nivel empresarial en clientes de mayor tamaño (con más de 10 sedes)¹⁸ muestran un escenario similar al descrito para la Administración Pública. Telefónica disponía de una cuota de mercado del 75,9% en 2014 y 4 operadores acumulan una cuota de más del 90%.¹⁹

Son cifras de cuota elevadas que podrían llevarnos a concluir que habría que cambiar la forma de licitar estos servicios con el objeto de añadir más competencia en la prestación de los mismos.

2.- Objeto del contrato y división en lotes: En principio, la decisión de segmentar la prestación de un bien servicio a la hora de licitarlo atiende a determinadas consideraciones, hasta cierto punto contrapuestas. Por un lado, perseguir la máxima eficiencia en la prestación del bien o servicio puede jugar a favor de lotes grandes o incluso únicos. De esta forma, se favorece una competencia más "agresiva" en la licitación y, en su caso, la generación de economías de escala en la prestación del servicio. Por otro lado, con la creación de lotes se puede reducir el impacto de una licitación única sobre la dinámica del mercado, en particular, en contextos en que existen muy pocos demandantes o incluso uno solo. Los lotes fomentan la participación (en particular, de empresas de menor tamaño, PYMEs, principalmente) y evitan asimetrías excesivas que pudiesen dificultar la expugnabilidad futura del adjudicatario de la concesión y coloquen en una situación de excesiva dependencia a la administración demandante, en particular, si los costes del cambio de proveedor son elevados.

Los beneficios buscados en los pliegos de la licitación a través de la agrupación y unificación de los servicios para obtener mayores dimensiones y economías de escala podrían verse en gran medida frustrados si el número de operadores que concurren al proceso de licitación es reducido, por ejemplo, debido al hecho de que los agentes económicos que tengan interés en presentar oferta no puedan cumplir con todas las condiciones fijadas en los lotes definidos en los pliegos.

¹⁷ En el lote 1 de la anterior licitación se presentaron únicamente 2 operadores (Telefónica y BT). En el lote 2 fueron presentadas ofertas por 3 operadores (Telefónica, Orange y Vodafone). En el lote 3 también hubo 3 operadores interesados (Telefónica, Vodafone y BT) y en el lote 4 solo se presentó una oferta por parte de BT.

¹⁸ Desde el punto de vista de los operadores interesados en presentar ofertas para esta licitación los requisitos técnicos que se establecen en estos Pliegos son similares a los de las ofertas que presentan para grandes empresas (por ejemplo, multinacionales).

¹⁹ Cifras extraídas de la Resolución por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso local al por mayor facilitado en una ubicación fija y los mercados de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (ANME/DTSA/2154/14/MERCADOS 3a 3b 4).

Por ello, para mejorar su eficiencia es muy relevante el diseño de los lotes con el objetivo de asegurar la presencia del mayor número posible de oferentes al procedimiento de licitación. De este modo, podría haber sido conveniente una mayor desagregación de los 4 lotes con el objetivo de conseguir un mayor número de oferentes y quizás un mejor precio de adjudicación. Dentro de este lote se incluyen varios grupos de servicios que, por sus características diferenciadas, podrían ser provistos por prestadores diferentes, obteniéndose así las correspondientes eficiencias tanto económicas como funcionales, al permitirse la entrada de adjudicatarios específicamente dedicados a cada uno de los servicios especificados. Por ejemplo, desagregar servicios como el del servicio de voz móvil del servicio de mensajería o, asimismo, separar la prestación del servicio de telefonía del de la venta de los terminales para dicho servicio. Así, se incrementaría la posibilidad de que se presentasen un mayor número de candidatos, cuya especialización sería justamente lo que les haría capaces de presentar ofertas en la licitación.

En este sentido, cabe señalar que el servicio de mensajería masiva detallado en los pliegos requiere de una operativa que ya no está asociada exclusivamente al operador móvil. En la actualidad, existen varios operadores prestadores del servicio de almacenamiento y reenvío de mensajes²⁰, entre los que se encuentran los propios operadores móviles (operadores de acceso) y otra serie de entidades que disponen de plataformas de almacenamiento y reenvío de SMS/MMS y están interconectados con los operadores móviles para enviar o recibir mensajes a los clientes de dichos operadores y permitir así a dichos usuarios el acceso a servicios de valor añadido.

Al separar la licitación de los servicios de mensajería masiva, con sus funcionalidades específicas se aseguraría la posibilidad de un mayor número de oferentes especializados en este tipo de negocio, con la posibilidad de proponer servicios de valor añadido, tales como una mejor integración con los sistemas y aplicaciones de la AGE.

3.- Criterios de adjudicación del contrato: Los criterios de adjudicación de este contrato centralizado se basaban por un lado en un sistema complejo de fórmulas y, por otro, de la aplicación de juicios de valor.

La CNMC en diversos informes ha recalcado repetidamente la importancia e idoneidad de que se seleccionen criterios objetivos y relacionados en todo caso con el objeto del contrato. En ese sentido, el criterio precio, como variable económica objetiva por excelencia, es en muchos casos el criterio que debe tener mayor peso relativo a la hora de evaluar las ofertas.

En ese sentido, a fin de hacer la valoración lo más objetivable posible, la introducción de criterios no sometidos a valoración mediante fórmulas, como en el presente supuesto, debe estar sólidamente fundada, lo cual siempre es complicado dado que siempre suele haber un componente de subjetividad en la valoración de estos criterios no evaluables mediante fórmulas, todo ello, en contra de un principio fundamental como es el de la transparencia.

En la valoración del precio del contrato se utilizaba una fórmula lineal que favorece la competencia al introducir la adecuada dispersión entre las ofertas más y menos ventajosas. En general, la CNMC en sus informes sobre contratación suele recomendar que el criterio del precio tenga una ponderación superior al 50% salvo justificación dado que es la variable objetiva que de forma más objetiva refleja la competencia entre empresas.

²⁰ Según consta en el Registro de Operadores, existen más de 200 operadores inscritos para la prestación de servicios de almacenamiento y reenvío de mensajes, así como más de 30 revendedores de dichos servicios.

Por otro lado, los pliegos del contrato centralizado de servicios de telecomunicaciones indicaban criterios evaluables mediante fórmulas distintos del precio donde se introducían umbrales de satisfacción (por debajo de los cuales no se obtiene puntuación) y de saciedad (por encima de los cuales no se obtiene nunca más de la máxima puntuación del criterio). Es importante que ambos umbrales sean los más bajos posible para evitar introducir distorsiones de la competencia. El umbral de saciedad debería no ser demasiado elevado para evitar que, en variables no fundamentales para la prestación del servicio, ciertos operadores ofrezcan condiciones sin una relación directa con el objeto del contrato aprovechando su posición de dominio.

Pongamos otro ejemplo de cómo con ciertos criterios establecidos en la licitación se puede eliminar la posibilidad de que posibles operadores del mercado finalmente no se vean capacitados para realizar una oferta. En relación con el lote 2 (comunicaciones móviles), los criterios de valoración técnica relativos a los requisitos de cobertura pudieron generar de facto una situación de desventaja competitiva para los Operadores Móviles Virtuales (OMV) Completos. A este respecto, dentro de los criterios de valoración técnica del lote 2 se solicitaba que el adjudicatario dispusiera de cobertura vertical (refuerzos de cobertura para el interior de edificios) 3G o superior, pudiendo solicitar la AGE la ampliación de cobertura para el cumplimiento mínimo de la cobertura en determinadas sedes con características especiales, así como refuerzo urgente de cobertura móvil en eventos especiales.

Resulta lógico incluir requisitos de cobertura como parámetro técnico a valorar a la hora de elegir el adjudicatario del lote que presta servicios de voz y datos móviles. Sin embargo, si se buscaba mayor competencia se podrían haber eliminado en la medida de lo posible cualquier requisito adicional relacionado con la disponibilidad de cobertura extra, tal y como se desprende de los pliegos, donde por ejemplo se solicita del adjudicatario la instalación de elementos adicionales (reemisores, microestaciones, estaciones base móviles...) para ampliar la cobertura en el interior de edificios, sótanos, aparcamientos, etc., o como refuerzo urgente en eventos especiales. Estos requisitos adicionales suponían una desventaja manifiesta para los OMV Completos.

La instalación de microestaciones y estaciones base móviles para incrementar la cobertura sería fácilmente ofrecida por cualquier Operador Móvil de Red (OMR). Sin embargo, los OMV necesitarían negociar esta funcionalidad con el operador OMR que le ofrece el acceso mayorista.

Para propiciar una mayor igualdad competitiva entre los OMR y los OMV, se recomendaba por parte de la CNMC incorporar una cláusula de neutralidad tecnológica, especificando que para ampliar la cobertura del servicio de voz y/o datos móviles, el adjudicatario podría implantar cualquier solución técnica que permita ampliar la cobertura del servicio móvil en determinadas sedes, sin especificar que sea forzosamente mediante la instalación de equipos de acceso móvil. En particular, podrían considerarse otras soluciones de acceso (por ejemplo, celdas WiFi) para solucionar los problemas de falta de cobertura, lo que permitiría a los OMV Completos competir en la prestación de tales servicios en igualdad de condiciones con los OMR.

No obstante, la condición de refuerzo urgente de cobertura móvil para eventos especiales será difícilmente satisfecha por cualquier licitante que no sea un OMR lo cual provocaba que, de facto, solo pudieran presentarse al lote 2 los grandes operadores de telecomunicaciones que todos conocemos.

4.- Presupuesto de licitación y valor estimado: En el borrador de pliegos que fue remitido a informe de la CNMC sobre este contrato el presupuesto de licitación indicado era de 355.190.379 euros con IVA. Asimismo, el valor estimado del contrato, incluida la

prórroga (hasta 5 años) y una posible modificación del 10% era de 466.759.530 euros. Cifras muy relevantes para los agentes del sector, evidentemente. En el siguiente cuadro podemos ver el precio de los diferentes lotes:

LOTE	2020	2021	2022	2023	TOTAL
1	33.173.082,88	65.846.455,54	67.063.513,47	52.180.925,55	218.263.977,44
2	6.337.979,33	14.413.181,02	14.702.308,85	11.439.604,71	46.893.073,91
3	4.714.467,86	7.380.655,56	7.384.858,73	5.746.027,07	25.226.009,22
4	13.582.621,92	18.438.870,07	18.438.870,07	14.346.956,44	64.807.318,50
Total	57.808.151,99	106.079.162,19	107.589.551,12	83.713.513,77	355.190.379,07

Fuente: DGRCC

Al ser un plazo tan prolongado, la AGE podría no acceder a los beneficios de la mayor presión competitiva que redundaría en una mayor calidad tecnológica a menor precio. Es aceptable pensar que el ajuste de precios y costes producido en los últimos años en el sector de las telecomunicaciones continúe en el sector en los próximos años²¹ (precios en telefonía móvil, roaming, etc.). El hecho de que las empresas compitan con el esquema de precios actual y mantengan el contrato hasta el año 2023 significará, muy probablemente, que tenga beneficios extraordinarios. Esto es negativo, no sólo desde un punto de vista presupuestario (ya que es la AGE la que sufraga esos beneficios renunciando a un eventual ahorro) sino también desde la óptica de competencia (porque estos beneficios facilitan al/los incumbente (s) perpetuarse en este acuerdo y/o ganar otros contratos privados pudiendo aplicar subsidios cruzados).

Por ello, siempre es recomendable como ya comentamos anteriormente realizar previamente un análisis del mercado con el objeto de fundamentar y justificar las estimaciones de gasto y aprovechar lo mejor posible las previsibles tendencias del mercado.

5.- Requisitos de solvencia: Respecto a los criterios de solvencia económica y financiera, se establecía que el "volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio de los tres últimos disponibles deberá ser igual o superior a los importes que se indican en la siguiente tabla, en función del lote al que se licite":

Lotes	Volumen anual de negocio (euros)
1. Red corporativa multiservicio de datos y servicio de telefonía fija.	49.993.019,83 €
2. Comunicaciones móviles	10.732.870,49 €
3. Internet	5.773.720,24 €
4. Red Internacional	14.833.076,58 €

Requisitos mínimos de solvencia económica y financiera. Fuente: DGRCC

Estos umbrales son significativamente superiores a los que en su momento se establecieron para la fase 1 (la licitación precedente de 2015) del expediente de contratación relativo al contrato de servicios consolidados de telecomunicaciones de la AGE y otras entidades públicas (600.000 euros para acreditar la solvencia económica y

²¹ Las posibles ofertas mayoristas afectadas por esta licitación muestran, en los últimos años una senda descendente en precios. Asimismo, la posible revisión de dichos precios con la actualización el año que viene de algunos mercados afectados no podrá ser aprovechada en este contrato dada la redacción actual de los Pliegos.

financiera; verificación de la solvencia técnica mediante la acreditación de que el licitador hubiese realizado al menos un contrato en los últimos tres años con el mismo objeto del lote al que se presentaba).

Las razones que impulsan la introducción de estos nuevos umbrales no fueron explicitadas suficientemente en la memoria justificativa del contrato, donde meramente se señalaba que los nuevos parámetros están en todo caso por debajo del límite máximo que marca la LCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Con estos umbrales existe el riesgo de que se reduzcan las posibilidades de que nuevos entrantes u operadores especializados en determinados nichos de mercado, puedan plantear sus ofertas pudiendo favorecer a las grandes empresas del sector respecto del resto de operadores presentes.

A estos efectos, y como recogía la CNMC en su informe de 27 de junio de 2018 relativo a determinados requisitos establecidos en la Orden ETU/531/2018²², de acuerdo con los últimos datos sectoriales disponibles, el promedio (teórico) de ingresos totales anuales de los operadores en España, una vez excluidos los tres principales agentes activos en el mercado²³, es de 39,5 millones de euros. Por todo ello, cabe concluir que la exigencia de una cifra de negocios tan elevada puede actuar como una barrera de entrada al requerir una fuerte experiencia y consolidación en el sector.

Respecto a los criterios de solvencia técnica, los umbrales son muy superiores a los que se establecieron para la fase 1 (haber realizado, al menos, un contrato en los últimos tres años con el mismo objeto del lote al que licita). En el pliego remitido por la DGRCC se especificaban estos nuevos requisitos:

Lotes	Importe anual de servicios (euros)
1. Red corporativa multiservicio de datos y servicio de telefonía fija.	34.995.113,88 €
2. Comunicaciones móviles	7.513.009,35 €
3. Internet	4.041.604,17 €
4. Red Internacional	10.383.153,61 €

Requisitos mínimos de solvencia técnica. Fuente: DGRCC

La barrera de entrada para operadores de tamaño pequeño o incluso mediano que de hecho operan o puedan entrar al mercado es insalvable para aquellos eventuales licitadores que, disponiendo de la capacidad necesaria para una correcta ejecución de los futuros contratos basados en el contrato en cuestión, tienen limitado el acceso al proceso de licitación por no alcanzar tales cifras requeridas.

Además, la CNMC ha venido recomendando que la solvencia técnica no incluya criterios económicos, porque de ese modo se produce un solapamiento entre ambos tipos de solvencia, falseando la forma de acreditar la capacidad de las empresas. Por ello, sería interesante que en algunos casos se pudiera valorar la opción de cumplir con este requisito por otros medios legalmente establecidos (art. 90 LCSP) como, por ejemplo, la

²² Orden ETU/531/2018, de 25 de mayo, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por subasta de concesiones de uso privativo de dominio público radioeléctrico en la banda de 3600-3800 MHz.

²³ Como recoge el citado Informe de la CNMC, esta exclusión resulta imprescindible para evitar un sesgo al alza en el resultado de los ingresos de un operador medio real, puesto que los tres operadores principales ya representan, por sí solos, el 81% de los ingresos totales del sector.

capacitación técnica para así favorecer la posible presentación de ofertas de diferentes agentes en el mercado.

6.- Derechos y obligaciones de las partes: Se contemplaba un periodo de implantación del contrato durante el cual el contratista debería realizar todas las actuaciones necesarias de cara a la puesta en funcionamiento del servicio. Con carácter general, dicho periodo era de, aproximadamente, 6-9 meses desde la formalización del contrato hasta la fecha de inicio efectivo en cada una de las entidades que se incluirán en el contrato de servicios consolidados de telecomunicaciones.

Como ya hemos indicado, el contrato aglutina las necesidades de servicios de comunicaciones electrónicas de un número muy elevado de organismos (101). Dada la significativa presencia de Telefónica en la contratación administrativa de la AGE (con una cuota del 85%), este agente se encuentre en la actualidad prestando la mayor parte de los servicios objeto de la licitación.

En este contexto, un plazo de implantación excesivamente corto podría configurarse como una barrera para la entrada de terceros operadores, que deberían asumir los altos costes derivados de la imposibilidad de hacer frente a un proceso de migración complejo en el plazo de tiempo inicialmente estipulado, a través del mantenimiento transitorio a su costa de los servicios que actualmente se están prestando. Por ello, tal periodo de implantación excesivamente corto sólo redundaría en beneficio del operador ya firmemente establecido en el ámbito de la contratación administrativa, en perjuicio del resto de agentes económicos y, en última instancia, del propio desarrollo del mercado. Este es particularmente el caso del lote 1 (recordemos, red corporativa multiservicio de datos y servicio de telefonía fija), dada su importancia en términos presupuestarios y la mayor complejidad técnica asociada a la prestación de los servicios en él contemplados.

Con el objetivo de garantizar que la concurrencia al proceso de licitación convocado se llevase a cabo en igualdad de condiciones, resulta esencial establecer un plazo de implantación suficientemente extenso para garantizar que la migración puede llevarse a cabo en la práctica también por parte de operadores terceros.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, para poder prestar los servicios contemplados en los pliegos, los operadores alternativos probablemente precisarán en gran medida del acceso a las ofertas mayoristas reguladas de Telefónica (tales como la oferta MARCo²⁴ para el tendido de cables). Los plazos necesarios para instrumentalizar el acceso a dichos inputs mayoristas inevitablemente serán más dilatados que en el caso de que el operador que ya viene prestando los servicios, lo que debería ser tomado en consideración a la hora de establecer el plazo de implantación.

7.- Duración del contrato: La duración se establecía en tres años y medio. Asimismo, se preveía la posibilidad de una prórroga que será como máximo de un año y medio, siendo por tanto cinco años la duración máxima del contrato.

Por último, se preveía la posibilidad de una prórroga adicional de un máximo de nueve meses, si al vencimiento del contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantizase la continuidad de la prestación del servicio, como consecuencia de

²⁴ La Oferta Mayorista de Acceso a Registros y Conductos (MARCo) recoge un conjunto de servicios, con sus respectivas condiciones técnicas y económicas, que Telefónica debe prestar al resto de operadores para facilitarles el acceso a sus infraestructuras de obra civil (conductos, registros, arquetas y postes) y permitirles el despliegue de sus propias redes de fibra óptica.

acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación durante el procedimiento de adjudicación (art. 29.4 LCSP).

En este contexto es necesario atender a las peculiaridades del contrato para valorar la idoneidad de su duración (que puede venir motivada por la necesidad de amortizar las inversiones) pero, con carácter general, se considera apropiado no agotar los plazos que se establecen en la LCSP.

La Memoria justificativa de los pliegos argumentaba la duración de los contratos, incluidas las prórrogas, en la naturaleza de las prestaciones, su extenso ámbito subjetivo con distintas fechas de incorporación para los distintos sujetos y en la necesidad de amortizar las distintas inversiones requeridas para la ejecución de los distintos lotes. Es evidente la gran complejidad del contrato, pero también es relevante conocer del sector al que va dirigido, el de las telecomunicaciones, un sector en constante cambio y evolución que se ve muy favorecido en entornos de competencia debe recalcar que un plazo tan largo podría impedir a la AGE acceder a los beneficios de la mayor presión competitiva que redundaría en una mayor calidad tecnológica, mayor innovación a menor precio.

Las mismas observaciones pueden realizarse para referirse a las prórrogas previstas. Se entiende oportuno reiterar la importancia de atender a la duración del contrato en el contexto en el que se desarrolla, así como a la conveniencia de no agotar las duraciones legales máximas previstas. La prórroga es un recurso excepcional y como tal debe usarse moderadamente y siempre avalada por motivos sólidos que la justifiquen.

Por lo que se refiere a la prórroga adicional prevista en la Ley de Contratos (artículo 29.4 in fine LCSP, plazo máximo de 9 meses), ante la falta de formalización en plazo de un nuevo contrato debido a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, podría tenderse excesiva que esta posibilidad se señale cuanto existe un margen de cinco años para efectuar la correcta planificación del futuro contrato.

8.- Presentación de las ofertas: A este respecto, se debe recordar que el art. 156 LCSP establece, para los procedimientos abiertos de adjudicación de contratos SARA, un plazo de presentación de solicitudes no inferior a 35 días desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la UE.²⁵

Las soluciones técnicas requeridas, así como el alto número de sedes afectadas, exigirán la realización por parte de los operadores de un minucioso análisis de los datos puestos a su disposición, para poder elaborar una oferta competitiva. Por tanto, resulta imprescindible asegurar que el plazo para la presentación de las ofertas de que dispondrán los potenciales licitadores resulte suficiente para analizar los costes asociados a la provisión de la solución demandada (incluyendo la reutilización de parte del equipamiento y la instalación de nuevos equipos cuando sea necesario). Por ello, sería recomendable en estos casos de contratos tan complejos evaluar, incluso plazos superiores para presentar las ofertas con el objeto de que operadores alternativos se planteen presentar sus propuestas.

Finalmente se echaba en falta en los pliegos una cláusula para minimizar comportamientos colusorios y contrarios a la competencia. Este tipo de cláusulas son muy recomendables. Al menos, incluir un inciso que mencione de manera somera la definición

²⁵ Por su parte, el plazo para valorar las ofertas se deduce de lo establecido en los arts. 157 y 158 LCSP, que no realizan ninguna previsión especial para los contratos SARA. El plazo, establecido como un plazo máximo, será de dos meses desde la apertura de las proposiciones, la cual deberá efectuarse en el plazo máximo de 20 días desde la finalización del plazo para la presentación de aquellas.

de qué se consideran prácticas anticompetitivas, la normativa de aplicación, así como las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento²⁶.

Cabe en este punto recordar que la sanción del falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas no solo se limita al ámbito administrativo de competencia, sino que puede constituir ilícito penal de acuerdo con el artículo 262 del Código Penal.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta el impulso que la nueva normativa de contratación pública otorga a la figura de la declaración responsable, se considera oportuna también la inclusión (al estilo propuesto por la OCDE²⁷) de un inciso en el que los licitadores hagan constar de manera expresa su compromiso de no participar ni haber participado en prácticas anticompetitivas en la licitación a la que optan, de nuevo remarcando las consecuencias atribuibles en caso de incumplimiento, en especial la relativa a la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.

Asimismo, en los últimos Acuerdos Marco remitidos por la DGRCC e informados por la CNMC se ha incluido una mención al artículo 132.3 LCSP, que prevé la notificación a la CNMC de cualquier indicio de acuerdo o práctica concertada que pueda falsear la competencia durante la contratación. El ejercicio de tal acción jurisdiccional sería posible a partir del artículo 12.3 de la LDC, que establece: "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".

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Pues bien, dado lo anterior, finalmente la publicación de la adjudicación del contrato se realizó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 31 de julio de 2019²⁸.

El pliego finalmente adoptado incorporó algunas de las recomendaciones recogidas en el informe de la CNMC. En concreto y principalmente, se redujo el precio de los lotes para aprovechar el descenso de precios en el sector de las telecomunicaciones de los últimos años. La bajada fue sustancial, cerca del 20% como podemos apreciar en las siguientes dos tablas. El presupuesto de licitación se redujo de 293.678.77 euros a 239.034.325 euros (y el valor estimado del contrato con prórrogas y modificaciones de 466 millones de euros aproximadamente a 378 millones de euros aproximadamente). Ello conllevó reducir proporcionalmente los umbrales de solvencia técnica y financiera (que se calculaban como un porcentaje del valor estimado).

²⁶ En línea con la propuesta de I.7 de "Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública de 17 de julio de 2012": "Incluir en la convocatoria de licitación un aviso sobre las sanciones que se aplican en la jurisdicción por prácticas de colusión en procesos de contratación pública, como por ejemplo multas, penas de prisión y otras sanciones en materia de derecho de competencia, suspensión de participación en licitaciones públicas durante un período de tiempo determinado, sanciones por firmar un certificado de determinación de oferta independiente falso, y responsabilidad por daños y perjuicios producidos a la autoridad adjudicadora. Las sanciones deberán garantizar una disuasión suficiente, teniendo en cuenta la política de clemencia del país, si procede". Así se viene recomendando por esta CNMC, por ejemplo, véase, [INF/CNMC/008/16 Informe sobre los pliegos que rigen la celebración del acuerdo marco para la contratación del suministro de material de oficina no inventariable. O en el IPN/CNMC/010/15 informe sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público](#)

²⁷ Recomendación I.6 del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública de 17 de julio de 2012: "Exigir a todos los licitantes la firma de un certificado de determinación de oferta independiente, o una declaración equivalente, que certifique que la oferta presentada es auténtica, que no ha habido practica de colusión y que se ha realizado con la intención de aceptar el contrato en caso de adjudicación".

²⁸ Anuncio de la [Publicación de la adjudicación](#).

Presupuesto de licitación informado por la CNMC

LOTE	OBJETO	PRESUPUESTO DE LICITACIÓN		
		PRESUPUESTO	IMPUESTOS	TOTAL
		(IMPUESTOS EXCLUIDOS)	(IVA E IPSI)	(IMPUESTOS INCLUIDOS)
1	Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija	180.516.462,43	37.747.515,01	218.263.977,44
2	Comunicaciones móviles	38.754.606,54	8.138.467,37	46.893.073,91
3	Internet	20.847.941,51	4.378.067,71	25.226.009,22
4	Red internacional	53.559.767,35	11.247.551,15	64.807.318,50
Total		293.678.777,83	61.511.601,24	355.190.379,07

Presupuesto de licitación licitado tras informe de la CNMC

LOTE	OBJETO	PRESUPUESTO DE LICITACIÓN		
		PRESUPUESTO	IMPUESTOS	TOTAL
		IMPUESTOS EXCLUIDOS	(IVA E IPSI)	(IMPUESTOS INCLUIDOS)
I	Red corporativa multiservicio de datos y servicio de telefonía fija	141.578.777,44	29.570.601,17	171.149.378,61
II	Comunicaciones móviles	25.888.999,46	5.436.689,88	31.325.689,34
III	Internet	19.291.361,56	4.051.185,93	23.342.547,49
IV	Red internacional	52.275.187,28	10.977.789,33	63.252.976,61
TOTAL		239.034.325,74	50.036.266,31	289.070.592,05

Asimismo, igualmente reseñable es que en la licitación de 2015 Telefónica había resultado adjudicatario de 3 de los 4 lotes (BT ganó el de comunicaciones internacionales). En cambio, en la licitación de 2019, Vodafone ganó uno de los lotes (comunicaciones móviles) y BT volvió a ganar el lote internacional. Telefónica se adjudicó los dos lotes restantes (telefonía fija e internet). Así lo podemos apreciar en la siguiente tabla que recoge el importe adjudicado y los ganadores de los lotes:

LOTE	OBJETO	Importe contrato de adjudicación (IVA incluido)	ganador 2019	ganador 2015
1	Red corporativa multiservicio y servicio de telefonía fija	148.829.983,95	TELEFÓNICA DE ESPAÑA	TELEFÓNICA DE ESPAÑA
2	Comunicaciones móviles	12.529.254,07	VODAFONE ESPAÑA	TELEFÓNICA DE ESPAÑA
3	Internet	13.515.699,63	TELEFÓNICA DE ESPAÑA	TELEFÓNICA DE ESPAÑA
4	Red internacional	40.564.712,57	BT España	BT España
Total		215.439.650,22		

No obstante, se siguen apreciando elementos susceptibles de mejora desde el punto de vista de regulación económica eficiente y promoción de la competencia. El pliego finalmente no siguió las recomendaciones del informe de la CNMC de incrementar el peso del criterio precio en los criterios de adjudicación y una mayor división de los lotes de cara a fomentar la participación. Como consecuencia de ello, ha habido una mejora de la concurrencia competitiva, pero solo de los grandes operadores de telecomunicaciones. En cada lote sólo hubo ofertas de Telefónica y uno o dos competidores más: Vodafone en el lote 1 (telefonía fija; ganador Telefónica, la oferta de Vodafone fue excluida al no superar el umbral mínimo del 50% de la puntuación total máxima de una serie criterios, de ahí que debamos repensar la idoneidad de los umbrales de suficiencia), Orange y Vodafone en el lote 2 (telefonía móvil; ganador Vodafone), Orange en el lote 3 (internet; ganador Telefónica, a Orange le sucedió lo mismo que a Vodafone en el lote 1) y BT en el lote 4 (internacional; ganador BT).

En suma, se han tomado medidas en que pueden ser consideradas como un buen avance, pero sigue habiendo todavía amplias posibilidades de mejora. No sabemos qué hubiera pasado con una reestructuración de lotes mayor que hubiera permitido participar, posiblemente, a un mayor número de operadores.

Debido a que el sector de las telecomunicaciones constituye uno de los sectores prioritarios en la contratación pública (además con un alto nivel de gasto) debemos ser muy cuidadosos con el diseño de este tipo de contratos por los posibles riesgos de afectación a la competencia que pueden producirse. Por ello, enunciaremos algunas recomendaciones que también podrían utilizarse para otros contratos públicos:

- Partir de un diagnóstico de situación del mercado y de necesidades propias, para así elaborar una verdadera estrategia de contratación y, en consecuencia, diseñar la licitación de forma eficiente.
- Replantear la división en lotes y el tamaño de cada lote, especialmente a la vista de las fuertes barreras que pueden imponer las reglas de solvencia. Un buen diseño de los favorece la presencia de un mayor número de licitadores.
- Elaborar criterios de adjudicación que favorezcan una mayor participación de agentes del mercado y, por tanto, la competencia entre ellos.
- Diseñar exigencias de solvencia económica y financiera que no supongan un umbral insalvable para cierto perfil de operadores.
- Fundamentar de forma efectiva la duración prevista de los contratos y justificar de forma razonada las prórrogas que excepcionalmente pudieran aplicarse.
- Incluir en los pliegos una cláusula que recoja las consecuencias sancionadoras y penales de incumplimientos de la normativa de competencia.

Finalmente hay que señalar que todas las Administraciones Públicas deben asumir como propio el objetivo de lograr una contratación pública más competitiva y eficiente en España. Es fundamental que las Administraciones realicen análisis rigurosos de la situación competitiva de los mercados antes de efectuar las contrataciones, y que realicen verdaderas evaluaciones de la eficiencia de los contratos tras su finalización.

RETOS DE COMPETENCIA EN EL DESPLIEGUE DEL 5G

Competitive challenges in the roll-out of 5G

Jorge EIRIZ MARTÍNEZ¹

Técnico de la Subdirección de ayudas públicas e informes de proyectos normativos de la CNMC

Joaquín TOMÁS VIDAL¹

Técnico de la Subdirección de regulación de comunicaciones electrónicas de la CNMC

RESUMEN

Las redes de alta capacidad serán estratégicas en Europa. En estas redes, la tecnología 5G se convertirá en un pilar de la transformación digital de la sociedad y la economía. Una transformación que será transversal y aportará valor y beneficios a distintas industrias, aplicaciones y actividades económicas. Sin embargo, no podemos obviar que estas ventajas llevarán también aparejados retos para la competencia en el ámbito del dominio público radioeléctrico, compartición de infraestructuras y otros aspectos inherentes a la naturaleza de la nueva tecnología 5G. En este artículo analizaremos estos retos y plantharemos recomendaciones.

ABSTRACT

High-capacity networks will be strategic in Europe. In these networks, 5G technology will become a cornerstone of the digital transformation of society and the economy. A transformation that will be transversal and will bring value and benefits to different industries, applications and economic activities. However, we cannot ignore the fact that these benefits will also bring with them challenges for competition in the field of public domain radio, infrastructure sharing and other aspects inherent in the nature of the new 5G technology. In this article we will analyse these challenges and make recommendations.

Palabras clave: 5G, espectro radioeléctrico, compartición infraestructuras, competencia, banda ancha, segmentación de la red, computación de borde, banda 700 MHz, comunicaciones móviles, licitaciones, subastas, cobertura, redes, despliegue.

Keywords: 5G, radio spectrum, infrastructure sharing, competition, broadband, network slicing, edge computing, 700 MHz band, mobile communications, tenders, auctions, coverage, networks, roll-out.

¹ Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, sin que en ningún caso puedan ser atribuidas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. INTRODUCCIÓN

En 2016 la Comunicación de la Comisión europea al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones y la Comunicación sobre conectividad para un mercado único digital y competitivo subrayó la importancia de las redes de muy alta capacidad, por ejemplo, las redes basadas en tecnología 5G, como un activo fundamental para que Europa² pueda competir en el mercado mundial.

En este sentido, cabe destacar que se estimaron que los ingresos mundiales procedentes del 5G podrían alcanzar el equivalente a 225.000 millones de euros en 2025 y que los beneficios obtenidos de la introducción del 5G en los grandes sectores industriales clave rondarían los 114.000 millones de euros al año.

En el sector de las telecomunicaciones la evolución tecnológica ha sido incesante ofreciendo mejores prestaciones y servicios a los abonados tanto en redes fijas como móviles. En el ámbito de las comunicaciones móviles terrestres este efecto es muy claro al surgir cada década una nueva generación³ que mejora y aporta nuevos servicios con respecto a la anterior siendo ahora la denominada como 5G. Hay que tener en cuenta que el impacto de este nuevo paradigma tecnológico no se limitará al ámbito del sector de las comunicaciones electrónicas, sino que facilitará la introducción de aplicaciones innovadoras en empresas, ciudadanos y Administraciones Públicas. En definitiva, la tecnología 5G pretende convertirse en un pilar de los procesos de transformación digital de la sociedad y la economía. Las principales soluciones habilitadoras para dicha transformación digital, el Internet de las cosas, el *big data*, la robótica, la realidad virtual o la ultra alta definición, se soportarán sobre la tecnología 5G.

De igual modo, existe un consenso generalizado sobre la importancia de la transformación digital para mejorar el bienestar de un país. Por ello, el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas⁴ ha intentado adecuar los nuevos retos en despliegues de infraestructuras de telecomunicaciones a la actualidad y, de este modo, contribuir al despliegue y la adopción de las redes 5G, en particular, en lo que se refiere a la asignación del espectro radioeléctrico, los incentivos a la inversión y unas condiciones marco más favorables. Con ello, se busca mandar un mensaje de apoyo al sector en busca de un consenso global y eficaz en lo que se refiere a la elección de las tecnologías, a las bandas espectrales y a las principales aplicaciones 5G, donde será necesario una coordinación y una planificación europea sobre una base transfronteriza.

En este contexto es evidente señalar que el espectro es un componente crítico y esencial para las redes de telecomunicaciones inalámbricas. El hecho de que sea un recurso escaso y que exista una gran demanda, no solamente para prestar servicios de comunicaciones electrónicas, sino también para cualquier tipo de dispositivo que requiera de una conexión inalámbrica o del uso de las ondas electromagnéticas (controles remotos, radares, radiobalizas, aplicaciones industriales, científicas y médicas etc.) provoca que el volumen de frecuencias disponibles para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sea muy limitado.

Por tanto, uno de los factores clave para el desarrollo de la tecnología 5G son los recursos de espectro radioeléctrico de los que dispondrán los operadores para desplegar sus redes. Las aplicaciones sobre redes 5G serán altamente exigentes en cuanto a ancho

² A nivel nacional el 1 de diciembre de 2017 se publicó el Plan Nacional 5G 2018-2020 para España con el objeto de ofrecer un escenario que garantizase la disponibilidad en plazo de las redes 5G y de esta forma aprovechar las oportunidades que ofrezca a empresas y ciudadanos. Asimismo, el Observatorio Nacional de 5G nació con el objetivo de identificar actores e iniciativas para impulsar la creación de un ecosistema 5G en España.

³ En estos momentos, el despliegue de las redes móviles terrestres con tecnología 4G cubre más del 99% de la población.

⁴ Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (Directiva 2018/1972).

de banda y, en consecuencia, serán necesarias más frecuencias. Para una cobertura ubicua de alta calidad es de primordial importancia que los operadores dispongan de la cantidad suficiente de frecuencias en diferentes bandas (bajas, medias y altas) y que las autoridades nacionales competentes lleven a cabo las actuaciones necesarias para la disponibilidad de las bandas identificadas para su uso por la tecnología 5G. Los primeros despliegues desarrollados por algunos operadores nacionales han permitido velocidades superiores a 100 Mbps en cada dispositivo, con picos de 1 Gbps, a medida que se incorporen nuevas bandas de frecuencia y se instalen estaciones base de muy reducido tamaño (Small Cells)⁵, los terminales alcanzarán conexiones por encima de 1 Gbps, con una velocidad total del sistema (velocidad normalmente publicitada por los operadores) de 20 Gbps en el enlace descendiente y los 10 Gbps en el enlace ascendiente tal como ha establecido la Unión Internacional de Telecomunicaciones⁶.

El despliegue de redes de ámbito nacional con tecnología 5G tiene el objetivo de ofrecer una cobertura lo más ubicua posible y las capacidades que proporciona requieren de elevadas inversiones por parte de los operadores. Esto hace que existan incentivos por su parte para alcanzar acuerdos de compartición de infraestructuras con otros operadores a distintos niveles para reducir sus inversiones. Sin embargo, en función del alcance de las condiciones contempladas en dichos acuerdos, los beneficios que supuestamente pretenden obtener podrían convertirse en desincentivos a seguir invirtiendo en los despliegues de red o bien, en limitar la capacidad de elección de los consumidores al contratar sus servicios de comunicaciones móviles.

Hay un consenso común en relación con que la implantación de la tecnología 5G facilitará la prestación de servicios que requieran gran ancho de banda en movilidad y dará un impulso a las aplicaciones del Internet de las Cosas, como el coche conectado, el transporte inteligente o la digitalización del entorno rural mediante el empleo de otras técnicas contempladas en los estándares del 5G. No sin ello plantear retos de competencia en el ámbito del dominio público radioeléctrico, compartición de infraestructuras y otros ámbitos por la naturaleza de la nueva tecnología 5G.

Sin duda en este marco y más en este año, tras los efectos provocados por la pandemia del COVID-19, habrá tensiones entre el fomento y el respeto de la competencia, los reclamos de los operadores y los deseos por parte de las diferentes Administraciones Públicas en el despliegue de redes con tecnología 5G.

II. DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO

Uno de los pilares fundamentales para el despliegue de redes móviles con tecnología 5G radica en la disponibilidad por parte del operador de tanto espectro radioeléctrico como le sea posible, sin embargo, por su naturaleza, éste es un bien escaso cuya demanda supera la oferta especialmente en aquellas bandas dirigidas a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha. Esta limitación en su disponibilidad es desde la perspectiva de competencia donde surgen distintos retos a la hora de licitar y gestionar el espectro radioeléctrico.

El artículo 60 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que espectro radioeléctrico es un bien de dominio público y la administración debe garantizar, en la medida de lo posible, su disponibilidad para el despliegue de redes y servicios. En caso contrario, si la administración genera limitaciones al acceso del espectro radioeléctrico,

⁵ Estas celdas (small cells) se caracterizan por ser puntos de acceso inalámbrico de alcance restringido y baja potencia, según los textos también se refieren a ellas como: como las femtoceldas, las picoceldas, las metroceldas y las microceldas.

⁶ <https://5gobservatory.eu/info-deployments/5g-performance/>

puede crear barreras a la entrada o dificultar la inversión, el despliegue de redes, la prestación de nuevos servicios o aplicaciones, la innovación y la competencia.

Para evitar lo anterior, los principios por los que se debe guiar la gestión del espectro radioeléctrico son:

- a) Garantizar un uso eficaz y eficiente de este recurso.
- b) Fomentar la neutralidad tecnológica y de los servicios, y el mercado secundario del espectro.
- c) Fomentar una mayor competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

Para ello se deben elaborar los planes de utilización del espectro radioeléctrico, que incluyen el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias⁷, los planes técnicos nacionales de radiodifusión y televisión, entre otros.

Esa adecuación de la utilización del espectro radioeléctrico ha conllevado que bandas que históricamente estaban atribuidas a determinados servicios, se hayan liberado y atribuido a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Los ejemplos más recientes fueron el primer dividendo digital⁸ que consistió en liberar la banda 800 MHz donde se prestaban servicios de comunicaciones audiovisuales televisivas (radiodifusión de televisión) para atribuirlo a servicios de comunicaciones electrónicas. En la actualidad estamos inmersos en el segundo dividendo digital⁹ por el que se está liberando la banda 700 MHz para prestar servicios de comunicaciones electrónicas también. Esta necesidad de atribuir más cantidad de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha se debe al elevado crecimiento de la demanda de estos servicios y a la relación que guardan la cantidad de espectro radioeléctrico y la velocidad de transmisión de datos resultante, asumiendo siempre que se comparen sistemas con la misma cantidad de antenas y se apliquen las técnicas que garantizan el aprovechamiento óptimo del espectro.

Para la explotación de redes móviles con tecnología 5G, la banda 700 MHz del dominio público radioeléctrico ha sido identificada como una de las más relevantes en Europa, junto con las bandas 3,5 GHz (3,4 a 3,8 GHz) y 26 GHz (24,25 a 27,50 GHz). No todas las bandas del espectro radioeléctrico tienen las mismas características físicas por lo que la forma de usarlas varía en función del objetivo que se persiga.

A modo de ejemplo, las bandas bajas (inferiores de 1 GHz) como la banda 700 MHz tienen mejores cualidades de propagación y penetración en interiores, lo que las hace más adecuadas para despliegues nacionales y zonas rurales, mientras que las bandas medias (comprendidas entre 1GHz y 6 GHz) como las banda 3,5 GHz y, las bandas altas (mayores de 6 GHz) como la banda de 26 GHz ofrecen anchos de banda muy superiores a la banda 700 MHz pero, por lo contrario, no tienen las mismas cualidades de propagación por lo que se consideran más apropiadas para un uso en entornos urbanos, estadios, estaciones de tren, interiores o para la prestación de servicios de acceso inalámbrico fijo. De hecho, son estos recintos como estadios, estaciones de tren, etc. donde las Small Cells están especialmente recomendadas debido a su baja cobertura y grandes velocidades de transmisión. Para obtener una referencia, en un estudio llevado por la *National*

⁷ Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF): contempla los usos y finalidades de las distintas bandas del dominio público radioeléctrico.

⁸ Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del dividendo digital.

⁹ Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital.

*Infrastructure Commission*¹⁰, se estima que serán necesarias hasta 42.000 Small Cells para proporcionar banda ancha ultrarrápida 5G en un área del tamaño de la ciudad de Londres. En comparación, actualmente alrededor de 40.000 puntos de acceso de radio dan servicio a todo el Reino Unido, y en España cerca de 50.000 emplazamientos¹¹.

La Decisión (UE) 2017/899 del Parlamento Europeo y del Consejo¹² establece que a más tardar el 30 de junio de 2020 los Estados miembros autorizarán el uso la banda 700 MHz. Aunque la mayoría de los Estados miembros trabajan para cumplir con esa fecha, la pandemia de COVID-19 ha retrasado varias licitaciones¹³.

Por su parte en julio de 2018, se completó, en España, la licitación de la banda 3,5 GHz con la concesión de aquellos bloques de la banda que todavía no habían sido otorgados. De hecho, esta banda ha sido considerada por el RSPG¹⁴ como la principal candidata para los primeros despliegues de 5G en Europa¹⁵, pudiendo llevarse a cabo incluso antes de 2020. Sin embargo, en la actualidad está pendiente una reorganización de la banda para que los operadores puedan disponer del espectro radioeléctrico de forma contigua y de esta forma poder sacar el máximo rendimiento a la tecnología 5G.

En cuanto a la banda de 26 GHz, de conformidad con el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, los Estados miembros deben permitir, el 31 de diciembre de 2020 a más tardar, el uso de al menos 1 GHz de la banda de frecuencias de 26 GHz para facilitar la implantación de la tecnología 5G, siempre que exista una clara demanda del mercado y no haya limitaciones importantes para la migración de los usuarios existentes.

En los procedimientos licitación del espectro radioeléctrico hay distintos aspectos a tener en cuenta con el objeto de alcanzar un compromiso entre el despliegue de nuevas redes con mejores prestaciones y fomentar la competencia entre los distintos operadores del mercado. Con carácter general los aspectos más relevantes suelen ser la duración por la que se otorgan los derechos de uso del espectro, acaparamiento de espectro radioeléctrico, obligaciones de acceso mayorista, negocios jurídicos para la compartición del espectro y compromisos de inversión o despliegue de red.

La duración por la que se otorgan derechos de uso a los operadores en una determinada banda es relevante porque una duración suficientemente larga debe aumentar la previsibilidad de las inversiones para contribuir a un despliegue más rápido de las redes y a mejores servicios, así como la estabilidad para apoyar el comercio y el alquiler del espectro radioeléctrico. Sin embargo, una duración más prolongada podría generar una acumulación inapropiada de espectro radioeléctrico por parte de un operador y reducir sus incentivos para ampliar cobertura o invertir en modernizar su red con nuevas tecnologías. El artículo 49 del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas contempla que cuando se otorguen derechos individuales de uso del espectro radioeléctrico el plazo debe ser apropiado para la amortización de las inversiones, para el caso de servicios de banda ancha inalámbrica se establece un período mínimo de veinte años.

¹⁰ Estudio Connected Future de la National Infrastructure Commission (NIC) proporciona al gobierno británico asesoramiento técnico sobre los principales proyectos de despliegue de infraestructura a largo plazo. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/577906/CONNECTED_FUTURE_ACCESSIBLE.pdf

¹¹ <http://data.cnmc.es>

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0899&from=es>

¹³ España aplaza la fecha final para completar el Segundo Dividendo Digital <https://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=691e2c9571c21710VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

¹⁴ RSPG: Radio Spectrum Policy Group es un organismo consultivo de alto nivel que asiste a la Comisión Europea para el desarrollo de las políticas del espectro radioeléctrico.

¹⁵ Strategic Roadmap towards 5G for Europe. RSPG Opinion on spectrum related aspects for next-generation wireless systems (5G), 9 de noviembre de 2016.

En la licitación de la banda 700 MHz por parte de Francia¹⁶, Dinamarca¹⁷ y Suecia¹⁸, se han otorgado derechos de uso por 20 años desde la disponibilidad del espectro, de forma que los derechos de uso van desde 2020 hasta 2040. Mientras que Italia¹⁹ optó por 15 años y medio, lo que sería hasta diciembre de 2037.

El acaparamiento de espectro radioeléctrico por parte de un operador es uno de los riesgos más relevantes en cuanto a sus efectos en la competencia del mercado. Si la licitación del espectro no establece límites de adquisición, un operador con mayor capacidad financiera podría excluir del mercado al resto de operadores, o bien, quedarse en una mejor posición competitiva. Otro aspecto es el hecho de que la acumulación del espectro se encuentre en manos de pocos operadores bloqueando o limitando la entrada en el mercado de otros agentes interesados en invertir y competir en el mercado.

Con el fin de evitar estos efectos, la CNMC ha propuesto²⁰ un límite de 2x15 MHz por operador en la banda de 700 MHz con una doble finalidad, por un lado evitar la acumulación de espectro por parte de un operador o grupo y, por otra parte, permitir que si un operador no dispone en la actualidad de frecuencias bajas pueda adquirir un volumen de espectro suficiente que le permita establecer una red similar a la que disponen los operadores que ya tienen otorgados derechos de uso en bandas bajas, de esta forma, se pretende potenciar la entrada de un cuarto operador de red móvil en el mercado que también disponga de espectro en bandas bajas. Esta propuesta está en línea con medidas fijadas en Francia e Italia. Ese límite se complementa con un segundo límite de 2x35 MHz en el conjunto de las bandas bajas (banda 900, 800 y 700 MHz) con el fin de que cualquier operador pueda tener suficiente espectro para explotar efectivamente la tecnología 5G con cobertura nacional.

No obstante, la CNMC concluye que ambos límites, aunque previenen la acumulación de espectro no garantizan que un cuarto operador en el mercado español pueda llegar a disponer de suficientes recursos radioeléctricos en el conjunto de las bandas bajas.

Dado que el acceso a las bandas bajas es fundamental para disponer de cobertura nacional, el acceso a dichos recursos debe garantizarse por medio de una obligación de acceso mayorista. En países de nuestro entorno²¹ han planteado compromisos de ofrecer un acceso mayorista vinculado a la concesión de los derechos de uso.

De hecho, desde la perspectiva de competencia, los principales riesgos que supone un acuerdo de itinerancia nacional son el socavamiento de los incentivos a la inversión, la reducción a la competencia basada en la infraestructura a largo plazo y la limitación a nuevos competidores si entre los operadores firmantes prohíben acuerdos con terceros. Un ejemplo que ilustra estos riesgos fue el acuerdo entre Telefónica y Yoigo de 2013. En ese acuerdo, ambos operadores establecieron el acceso recíproco a sus redes y a su espectro radioeléctrico, además se establecieron cláusulas que limitaban a Yoigo ofrecer servicios a terceros. La CNMC declaró que el acuerdo era anticompetitivo²² debido, en

¹⁶ <https://en.arcep.fr/news/press-releases/p/n/arcep-invites-all-parties-interested-in-bidding-on-700-mhz-band-frequencies-to-submit-their-application.html>

¹⁷ <https://5gobservatory.eu/denmark-completes-auction-of-the-700-mhz-band/>

¹⁸ <https://www.pts.se/globalassets/startpage/dokument/legala-dokument/beslut/2018/radio/700-ai-bb-engelska/2.-appendix-1---open-invitation.pdf>

¹⁹ <https://www.itu.int/en/ITU-D/Regulatory-Market/Documents/Events2019/SantoDomingo/5G-Workshop/TallerS4Expositor4.pdf>

²⁰ Informe de 4 de febrero de 2020 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC sobre el proyecto de orden por el que se modifica la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, por la que se aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias. Con referencia: IPN/CNMC/038/19/CNAF (en adelante, Informe de 4 de febrero de 2020).

²¹ Medida adoptada en Francia, Alemania o República Checa.

²² Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 16 de julio de 2015. Referencia S/0490/13. https://www.cnmc.es/sites/default/files/671207_11.pdf

particular, a los retrasos en el despliegue de las infraestructuras y las cláusulas que limitaban acuerdos con terceros por lo que multó a ambos operadores.

Por ese motivo, un acuerdo de acceso mayorista debe estar bien delimitado y tener claro que el objetivo perseguido debe ser procompetitivo. Una muestra de lo indicado es el acuerdo mayorista alcanzado²³ entre Yoigo/Masmovil y Orange, dicho acuerdo incluye un servicio de itinerancia nacional hasta 2028 para que Yoigo/Masmovil pueda acceder a la red de Orange en aquellas zonas donde no disponga de cobertura con red propia, de forma que accede a las bandas bajas de Orange y además no conlleva un desarrollo conjunto de red entre ambos operadores.

Al margen de una obligación o compromiso de acceso, el Reglamento del espectro²⁴ contempla la posibilidad de establecer distintos negocios jurídicos para la compartición del espectro radioeléctrico de que se disponga, como son la mutualización²⁵ o la cesión²⁶ (ambos negocios jurídicos pretenden fomentar la existencia de un mercado secundario que flexibilice el uso y la explotación del espectro). Estos acuerdos, en especial, la mutualización, permiten que los operadores puedan disponer de más espectro del que han obtenido como adjudicatarios tras una licitación. Por ese motivo, parece lógico que se pueda plantear el hecho de poner límites a la acumulación de espectro mediante esta vía; sin embargo, sin conocer el resto de compromisos de la licitación de una determinada banda, es complicado poder establecer un valor máximo, por lo que la CNMC en su Informe de 4 de febrero de 2020 planteó que en la actualidad se debe analizar caso a caso, dado que en caso de establecer un valor máximo podría desincentivar a los operadores a asumir más compromisos y/o restar flexibilidad en cuanto al volumen de espectro que mutualizar.

Otro elemento a tener en cuenta en una licitación son los compromisos de cobertura o despliegue que siempre se pueden combinar con otros aspectos de la licitación mencionados anteriormente (la flexibilización de los límites de volumen de espectro radioeléctrico, la prestación de acceso mayorista, etc.), o bien, objetivos de interés general como lograr una cobertura de banda ancha para la mayor parte del territorio o de la población con el objetivo de eliminar la brecha digital que puede darse entre zonas rurales y urbanas. En esta línea, la Agenda Digital para Europa: cobertura universal de banda ancha en 2013 estableció como objetivos tener una cobertura del 100% de la población de al menos 30 Mbps en 2020 y que al menos el 50% de los hogares estuvieran abonados a servicios de velocidades superiores a 100 Mbps en ese mismo año.

Entre otras medidas, una de ellas fue la licitación de la banda 800 MHz donde se estableció en el artículo 6.2 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, una obligación de cobertura para los operadores adjudicatarios de 10 MHz pareados²⁷ en la banda de 800 MHz por la que deben completar conjuntamente, antes del 1 de enero de 2020, las ofertas proporcionadas con otras tecnologías o en otras bandas de frecuencias, con el fin de alcanzar una cobertura que permita el acceso a una velocidad de 30 Mbps o superior, al menos, al 90 por ciento de los ciudadanos de unidades poblacionales de menos de 5.000

²³ https://www.grupomasmovil.com/wp-content/uploads/2019/10/011019_Grupo-MASMOVILalcanza-un-acuerdo-global-de-redes-con-Orange.pdf

²⁴ Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico.

²⁵ En la mutualización o puesta en común de derechos, dos o más titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o uno o más titulares de derechos de uso con uno o más operadores que no disponen de derechos de uso objeto de la mutualización, comparten en una determinada zona geográfica los derechos individuales de uso. Las frecuencias mutualizadas pasan a ser de utilización conjunta de los participantes en el acuerdo de mutualización, manteniendo los mutualistas la titularidad jurídica de sus derechos de uso objeto de la mutualización.

²⁶ En la cesión de derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico se transmite el derecho a utilizar determinadas frecuencias o bandas de frecuencias vinculadas al título.

²⁷ 10 MHz pareados también se conocen como 2x10 MHz, correspondientes a 10 MHz del enlace de subida y los 10 MHz para el enlace de bajada que usan las técnicas de duplexación por división de frecuencia (FDD).

habitantes. En esta misma línea, debería llevarse a cabo la licitación de la banda 700 MHz con unos objetivos claros de cobertura con vista a los siguientes años.

A modo de ejemplo, los adjudicatarios de la licitación de bandas para la prestación de servicios con tecnología 5G en Alemania²⁸ están sujetos a obligaciones de cobertura, en concreto, deben suministrar velocidades de 100 Mbps al 98% hogares de cada Estado Federal, además de autopistas, ferrocarriles y principales carreteras. Italia²⁹ ha establecido obligación de cobertura del 80% de la población con servicios 5G en tres años desde la disponibilidad del espectro radioeléctrico incluyendo los municipios de más de 30.000 habitantes y transcurridos 4 años y medio desde la disponibilidad del espectro la cobertura debe ser del 99,4% de la población. Francia ha establecido un calendario de coberturas de 5G por zonas del país. Esta tendencia se puso de manifiesto en el Informe de BERECS³⁰ en el que se recogen las obligaciones contempladas por los distintos reguladores para las licitaciones del 5G. En el citado informe, la medida predominante es una obligación de cobertura general, mientras que otros países contemplan obligaciones en zonas remotas, en carreteras, ferrocarriles y, en menor medida, obligaciones de cobertura en interiores.

Por lo relevante de la banda 700 MHz se detalla en el ámbito de la UE su situación actual por países y los usos contemplados en la citada banda. El uso de la banda 700 MHz ha sido armonizado por la Comisión Europea mediante su Decisión de ejecución³¹ 2016/687. Dicha armonización contempla tanto los usos de la banda como especificaciones técnicas para los distintos usos contemplado. La mayor parte de la banda se asigna al uso de servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha inalámbrica 2x30 MHz en bloques de 5 MHz.

En cuanto a las demás partes de la banda, la Decisión de ejecución prevé cuatro usos que quedan a decisión de cada Estado miembro:

- Hasta 20 MHz pueden ser adjudicados como enlace descendente suplementario (SDL) en bloques de 5 MHz (de 1 a 4 bloques en la subbanda 738-758 MHz).
- Los servicios de Protección Pública y Socorro en Casos de Desastre (PPDR) pueden utilizar 2x5 MHz justo por debajo de la banda destinada a servicios de banda ancha inalámbrica o 2x3 MHz justo arriba, o ambos.
- Las radiocomunicaciones máquina a máquina (M2M) pueden usar 2x3 MHz justo encima de los servicios de banda ancha inalámbrica.
- El equipo para la realización de programas y eventos especiales (PMSE) (como los micrófonos inalámbricos), que en la mayoría de los países utiliza la banda, se puede permitir que continúe utilizando partes de ella.

En la tabla siguiente, se puede observar cuál es el estado de la licitación de la banda 700 MHz y los usos que en cada Estado miembro pretende autorizar. Lógicamente, existe unanimidad en proporcionar servicios de banda ancha inalámbrica, aunque algunos países no planean licitar el 100% de los 2x30MHz disponibles. Sin embargo, no existe esa unanimidad en el resto de servicios contemplados en la armonización europea, donde cada país decide si aprovecharlos o no. En cuanto a la licitación es relevante señalar que 6 países ya han licitado la citada banda mientras que la gran mayoría de países esperaban

²⁸ <https://5gobservatory.eu/german-5g-auction-ends-with-6-55-billion-eur-in-total-bids/>

²⁹ <https://www.itu.int/en/ITU-D/Regulatory-Market/Documents/Events2019/SantoDomingo/5G-Workshop/TallerS4Expositor4.pdf>

³⁰ https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/8314-berec-report-on-practices-on-spectrum-authorization-and-award-procedures-and-on-coverage-obligations-with-a-view-to-considering-their-suitability-to-5g

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D0687&from=PL>

licitarla el primer semestre de 2020 para cumplir con la fecha del 30 de junio de 2020, sin embargo, la paralización por el COVID-19 ha conllevado el retraso de dichas licitaciones. Y algunos países tienen previsto acogerse a las excepciones de la Decisión para retrasar sus licitaciones.

Países de la UE ³²	Licitación de la banda 700 MHz ³³	Usos contemplados de la banda 700 MHz				
		Banda ancha inalámbrica	SDL	PPDR	M2M	PMSE
Alemania	Sí (jun-2015)	Sí	Propuesto	Propuesto	No ³⁴	No
Austria	Prevista para 2020. Pospuesta COVID19.	Sí	No	Propuesto	No	Sí
Bélgica	Prevista para 2020.	Sí	No	Sí	No	No
Bulgaria	Sin previsión.	Sí (2x20MHz)	No	Propuesto	No	No
Chequia	Prevista para 2020.	Sí	No	Propuesto	No	Sí
Chipre	Prevista para 2020. Pospuesta COVID19.	Sí	No	No	No	No
Croacia	Prevista 2020.	Sí	No	No	No	No
Dinamarca	Sí (mar-2019)	Sí	Sí (20 MHz)	No	No	No
Eslovaquia	Prevista 2020.	Sí	No	No	No	No
Eslovenia	Prevista 2020.	Sí	Propuesto	Propuesto	Propuesto	No
España	Prevista para 2020. Pospuesta COVID19.	Sí	Propuesto	Propuesto	No	Sí
Estonia	Prevista para 2020.	Sí	No	No	No	No
Finlandia	Sí (nov-2016)	Sí	No	No	No	No
Francia	Sí (nov-2015)	Sí	No	Sí	No	No
Grecia	Prevista 2020.	Sí	No	Sí	No	Sí
Hungría	Prevista 2020.	Sí (2x25MHz)	No	Propuesto	No	No
Irlanda	Prevista 2020.	Sí	No	No	No	No
Italia	Sí (oct-2018)	Sí	Sí (15 MHz)	No	No	No
Letonia	Prevista 2021.	Sí	Propuesto	No	Propuesto	No
Lituania	Prevista 2020.	Sí	Sí	Sí	No	No
Luxemburgo	Prevista 2020.	Sí	No	Sí	No	No
Malta	Prevista 2020.	Sí	Sí	Sí	Propuesto	No
Países Bajos	Prevista 2020.	Sí	No	Sí	No	Sí
Polonia	Sin previsión.	Sí	No	No	Sí	No
Portugal	Prevista para 2020. Pospuesta COVID19	Sí	No	No	No	No
Rumanía	Prevista 2020.	Sí	Sí	Sí	No	No
Suecia	Sí (diciembre 2018)	Sí (2X20MHz)	Sí	Propuesto	No	No

Al margen del sistema de licitación y de la modalidad de la subasta, el coste de la adquisición del espectro radioeléctrico por parte de los operadores puede tener un impacto relevante en la futura competencia y en los consumidores. De hecho, un excesivo precio del espectro radioeléctrico conlleva que se dejen de destinar inversiones al despliegue de redes lo que conlleva una reducción de la cobertura, velocidades inferiores, mayor retraso en adoptar nuevas tecnologías y además puede impactar mayores precios de los servicios para los consumidores.

³² <https://5gobservatory.eu/5g-spectrum/national-5g-spectrum-assignment/>

³³ Los Estados Miembros pueden retrasar este plazo hasta dos años por las razones que se indican en el anexo de la Decisión de ejecución 2016/687.

³⁴ "No" en esta tabla engloba tanto que no vaya a haber ese uso, o bien, que hasta ahora no hay pronunciamiento al respecto ni propuestas que planteen esos usos.

A modo de ejemplo, la licitación de la banda 700 MHz que se llevó a cabo en Italia³⁵ ingresó 2.040 millones mientras que en Francia³⁶, la misma banda se licitó por 2.800 millones de euros y, en Alemania³⁷, se obtuvieron 1.000 millones. Por su parte, Dinamarca³⁸ obtuvo, por la banda 700 MHz completa³⁹, 296 millones de euros y en Suecia⁴⁰ se ingresaron 274 millones euros por la licitación de solo 20 MHz pareados. La comparación de estos valores no es directa puesto que no todos los países licitaron la misma cantidad de espectro radioeléctrico ni son países con el mismo tamaño de mercado móvil. Es por eso que si se halla el precio del MHz por habitante obtenemos una unidad que nos permite comparar el coste de los operadores teniendo en cuenta el tamaño del mercado. Tal como se observa en la tabla, Alemania sería el país que habría licitado la banda a un menor coste, mientras que Francia por su lado se situaría como el más elevado seguido de cerca por Suecia y Dinamarca. Cabe señalar que la licitación de Alemania además aprovechó a licitar bloques de otras bandas, hecho que pudo hacer que los operadores repartieran su capacidad financiera en distintas frecuencias, mientras que en otros países la pudieron concentrar toda en una banda concreta. No obstante, y tal como se ha indicado anteriormente, un coste excesivamente elevado por el espectro puede tener sus efectos negativos en inversiones y precios de los servicios para los consumidores del mercado.

	Ingresos (millones €)	MHz licitados	Población (millones hab.)	€/MHz/hab. Eurostat 2019
Alemania	1.000	60	83,02	0,20
Dinamarca	296	80	5,806	0,64
Francia	2.800	60	66,99	0,70
Italia	2.040	75	60,36	0,45
Suecia	274	40	10,23	0,67

A los costes de adquisición, hay que añadir la tasa del espectro radioeléctrico que se aplica anualmente por el derecho de uso espectro radioeléctrico adjudicado y que hay que abonar hasta que finalice la concesión. Esta tasa puede actuar como herramienta para evitar una excesiva adquisición de espectro y que, posteriormente, no se emplee eficientemente o esté infrutilizada.

Finalmente, el último reto que hay en relación con el espectro radioeléctrico es su disponibilidad para empresas privadas⁴¹ (que no son operadores). En esta línea, Alemania⁴² ha reservado bloques en la banda alta de la banda 3,6 GHz para la industria, la automoción y la agricultura. A modo de ejemplo, se ha puesto de relieve la intención de los fabricantes de automóviles alemanes de desplegar sus propias redes de 5G para empezar a fabricar coches autónomos para el 2021. La implantación de su propia infraestructura permitiría a estas empresas ocuparse de la seguridad de sus datos y de la fiabilidad de la red.

Por su parte, el otorgamiento de derechos de uso del espectro a empresas privadas⁴³ para que establezcan y operen sus propias redes privadas supone algunos riesgos como

³⁵ <https://5gobservatory.eu/italian-5g-spectrum-auction-2/>

³⁶ <https://archives.arcep.fr/index.php?id=12899&L=1>

³⁷ [Mobile Broadband Project 2016 de Bnetza.](#)

³⁸ <https://5gobservatory.eu/denmark-completes-auction-of-the-700-mhz-band/>

³⁹ Esto es 2x30MHz más 20 MHz SDL.

⁴⁰ <https://5gobservatory.eu/700-mhz-auction-results-in-sweden/>

⁴¹ <https://5gobservatory.eu/5g-private-licences-spectrum-in-europe/>

⁴² <https://5gobservatory.eu/german-authorities-opened-process-for-private-5g-licences/>

⁴³ <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2020/05/Mobile-Networks-for-Industry-Verticals.pdf>

fragmentar el espectro, infrautilizarlo o reducir su disponibilidad, esto acaba por impactar en los precios del espectro y en la posible reducción de la cobertura o de las velocidades máximas de transmisión. Para evitar que la adjudicación de espectro a empresas privadas tenga efectos negativos en el desarrollo de los servicios de banda ancha inalámbrica de 5G se debe analizar qué bandas se destinan a este fin y valorar qué acuerdos de compartición de espectro son los más adecuados para que operadores e industrias sectoriales puedan colaborar en el establecimiento de las redes privadas.

III. COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURA ENTRE OPERADORES

Las inversiones para llevar a cabo el despliegue de la tecnología 5G supondrán la movilización de elevadas cantidades de recursos económicos por parte de los operadores para no quedarse atrás con respecto a sus competidores. Sin embargo, para que dichas inversiones sean lo más eficientes posibles y ofrezcan la mayor cobertura posible en el territorio (no hay que olvidar que por densidad de población hay zonas más rentables que otras) los operadores pueden recurrir a plantear distintas modalidades de compartición de infraestructuras, de uso del dominio público radioeléctrico (negocios jurídicos y acuerdos de acceso mencionados anteriormente) u otros elementos de red. Es aquí donde desde la perspectiva de competencia surgen distintos desafíos.

El artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que aquellas Administraciones Públicas que sean titulares de infraestructuras físicas susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas deberán facilitar el acceso a las mismas a los operadores de telecomunicaciones. Por ello, cualquier operador que tenga intención de desplegar redes de comunicaciones electrónicas en un determinado territorio, podrá solicitar a la Administración Pública competente acceso a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas que sean de su titularidad (por ejemplo, un conducto por el que pueda desplegar cables). La Administración Pública en cuestión y el operador con intenciones de despliegue, deberán llegar a un acuerdo para la utilización de las mencionadas infraestructuras. Uno de los principios de la Ley General de Telecomunicaciones es el de promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras incluyendo, cuando proceda, la competencia basada en infraestructuras, fomentando la innovación y teniendo debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras.

En este contexto, para conseguir esa eficiencia, se puede fomentar la coubicación o el uso compartido de elementos de redes públicas de comunicaciones electrónicas y recursos asociados⁴⁴.

Con el fin de promover la compartición de la propiedad tanto pública como privada, la Ley General de Telecomunicaciones propone a los operadores que realicen acuerdos voluntarios entre ellos o con la ayuda de las propias Administraciones Públicas afectadas por el despliegue.

Así, quizás el acuerdo más relevante sobre compartición de redes de banda ancha móvil fue el anunciado por Orange y Vodafone en 2019⁴⁵. Este acuerdo conllevaba la compartición de infraestructura en ciudades de hasta 175.000 habitantes. Se trataba de un acuerdo de compartición activa sobre las redes 2G, 3G y 4G de ambas compañías y con un alcance de hasta 14.800 emplazamientos. En ese momento, ya se anunció por

⁴⁴ Recursos asociados son principalmente todas las infraestructuras físicas relacionadas con una red de comunicaciones electrónicas que permitan el suministro de servicios, desde edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores.

⁴⁵ El nuevo acuerdo ampliaba el alcanzado entre ambas compañías en 2006 y renovado en 2016.

parte de ambos operadores que la compartición activa se extendería al futuro despliegue de la tecnología 5G. Según los operadores implicados, este acuerdo permitía a ambas compañías mantener sus propias estrategias de red en las grandes ciudades, donde las eficiencias de la compartición son limitadas. Sin embargo, quedaba fuera del acuerdo la utilización del espectro de cada compañía ya que cada operador gestiona independientemente su espectro y, por tanto, la optimización y calidad de su servicio de red. Asimismo, también se llegó a un acuerdo mayorista sobre la red de banda ancha fija por el que se facilitaban mutuamente el acceso a nuevas áreas geográficas mediante la compartición de infraestructuras y el acceso a los futuros despliegues de las redes de banda ancha fija ultrarrápida de la otra parte. Este último dato también es muy relevante dada la importancia que tiene la fibra óptica para proporcionar un ancho de banda adecuado a la red de acceso móvil bajo tecnología 5G y, de este modo, que la red pueda soportar todos los servicios que pretenden ofrecer por los operadores evitando cuellos de botella no deseados en la red.

En el ámbito de la Unión Europea, en 2019 fue muy relevante el caso sobre compartición de infraestructuras pretendido por los operadores checos de telefonía móvil O2 CZ y T-Mobile CZ, así como el proveedor checo de infraestructura de telecomunicaciones CETIN. La Comisión Europea entendió que el reparto de red pretendido restringía la competencia y, por tanto, violaba las normas antimonopolio de la UE. La Comisión Europea entendía que la compartición de infraestructuras puede beneficiar a los consumidores en términos de despliegue más rápido, ahorro de costos y cobertura en las zonas rurales. Sin embargo, en el caso checo preocupaba que el acuerdo de compartición de redes entre los dos principales operadores de Chequia reducía la competencia en las zonas más densamente pobladas del país y consideraba que en lugar de dar lugar a una mayor eficiencia y calidad del servicio, era probable que el acuerdo de uso compartido de la red eliminase los incentivos para mejorar las redes móviles y la prestación de servicios.

De ahí que tanto las autoridades nacionales europeas, nacionales y Comisión Europea estén valorando el escenario al que nos enfrentamos en el futuro próximo sabiendo las necesidades ingentes de dinero que provocaría que cada operador con cierto peso en sus mercados tuviera que desplegar su propia red de ámbito nacional. Por ello, el BEREC⁴⁶ en 2019 publicó un informe⁴⁷ tratando de recoger la posición en común europea sobre los temas más relevantes en la previsible compartición de infraestructuras. Se buscaba, principalmente, conocer cuáles serían los objetivos comunes que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deberían tener en cuenta al evaluar los acuerdos de compartición de infraestructura entre operadores (siempre que sea de su competencia hacerlo) aunque, evidentemente, la evaluación de dichos acuerdos requerirá un análisis basado en evidencia caso por caso sin olvidar los objetivos generales de (i) promover la competencia, (ii) contribuir al desarrollo del mercado interior y (iii) promover los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

Desde el punto de vista de este análisis/evaluación es relevante conocer cuáles serían las principales ventajas y desventajas teóricas de los acuerdos de compartición. Como ya hemos dicho anteriormente luego habrá que evaluar el acuerdo de compartición caso por caso.

El principal y más evidente beneficio para los operadores sería una importante reducción de costes en el despliegue de la red. La reducción de costes es un aliciente para que los operadores quieren efectuar este tipo de acuerdos. En este contexto, una cuestión

⁴⁶ Body of European Regulators for Electronic Communications (Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas),

⁴⁷ BoR (19) 110 – [BEREC Common Position on Mobile Infrastructure Sharing](#)

relevante es si esos ahorros para los operadores son finalmente transmitidos a los consumidores en forma de reducción de precios o mejora de la calidad. En este sentido, la Directiva 2014/61/UE sobre medidas para reducir el coste de implementación de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad tiene como objetivo reducir la carga administrativa y facilitar el acceso a la infraestructura física de otros operadores de red para reducir los costes de implementación.

Igualmente, se produce un beneficio al ser más eficiente el uso de espectro. Si se realiza también una "compartición" de los bloques de espectro de cada operador la eficiencia puede ser aún mayor. Si los operadores son más eficientes podrían repercutir esos ahorros a los consumidores. En el apartado del espectro radioeléctrico ya hemos comentado los tipos de negocios jurídicos entre operadores al compartir los recursos de espectro de que dispongan.

Finalmente, el último gran beneficio y no por ello menos importante sería el interés público, entendido como protección del medio ambiente, la salud pública al realizar un despliegue más eficiente e incluso una mayor cobertura desarrollada por los operadores. Así, existe la posibilidad de que la compartición permita a una empresa del sector operar o permanecer operando en áreas donde de otra manera hubiera sido demasiado oneroso e ineficiente para desplegar una red individualmente.

Sin embargo, los acuerdos de compartición también pueden provocar situaciones indeseadas desde el punto de vista de la competencia en el sector y, por tanto, del consumidor final. Trataremos de comentar brevemente los más relevantes.

Quizás el más relevante sería reducir drásticamente los incentivos para invertir en redes y por tanto tener mayor capacidad para competir y diferenciarte de tus competidores (ya sea mejorando la calidad del servicio o mejorando y extendiendo la cobertura de la red). Asimismo, la compartición podría afectar negativamente a los incentivos para que los participantes inviertan en su propia infraestructura, ya que cualquier ganancia en la oferta de servicios (relacionada, por ejemplo, con la cobertura, la calidad de la red, etc.) como resultado de una nueva inversión es probable que se comparta con otras partes involucradas.

Esta reducción en los incentivos y la capacidad de competir por aquellas partes involucradas en un acuerdo de uso compartido de la red significa que la elección del usuario final, tanto entre diferentes proveedores de infraestructura como entre diferentes ofertas de servicios, podría verse reducida.

Igualmente, este tipo de acuerdos requieren una mayor coordinación entre los participantes, que deben compartir información muy relevante para colaborar en la implementación de la red, fuera de este entorno de coordinación dicha información tiene consideración de secreto empresarial ya que desvela sus futuras acciones en el mercado. Esto presenta un riesgo obvio relacionado con la colusión tácita, lo que provocaría posibles infracciones de la normativa de competencia que deberían ser evaluadas y, en su caso, perseguidas por las autoridades de competencia competentes.

Finalmente, cabe señalar que las infraestructuras compartidas podrían reducir la capacidad general de las redes móviles en una ubicación geográfica determinada. Esto se debe a que menos redes móviles independientes reducirán la libertad de elección de los usuarios finales para cambiar de operador cuando su operador no disponga de cobertura.

En relación con lo indicado anteriormente sobre que los acuerdos de compartición pueden llevar aparejadas prácticas anticompetitivas cabe señalar que estos acuerdos pueden conducir al desarrollo o al fortalecimiento del poder de mercado de los operadores individuales, los socios de cooperación o todos los participantes del mercado (por ejemplo,

colusión) a corto, mediano o largo plazo y pueden impedir u obstaculizar la entrada al mercado o la expansión de los competidores (incluidos los OMV).

En este sentido, el artículo 101, apartado 1, del TFUE, indica que los acuerdos que restringen la competencia están prohibidos. Asimismo, el apartado 3⁴⁸ del mismo artículo indica establece una exención a la prohibición de los acuerdos restrictivos siempre que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate

Por lo tanto, para valorar si un acuerdo de compartición es acorde a la normativa aplicable en un primer momento debe evaluarse que cualquier acuerdo de compartición entre operadores tiene un objeto anticompetitivo o cualquier efecto restrictivo real o potencial sobre la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE. Si fuera así, entonces se debe realizar una segunda evaluación de los efectos restrictivos y procompetitivos en el marco del artículo 101, apartado 3, del TFUE. La carga de la prueba del cumplimiento de las condiciones del artículo 101, apartado 3, del TFUE recae en las empresas que invocan el beneficio de esta disposición. Hay que destacar que el artículo 101 TFUE se entiende sin perjuicio de la aplicación del artículo 102 TFUE que prohíbe el abuso de una posición dominante.

Las directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal proporcionan un marco de análisis que puede aplicarse a las diversas formas de compartición de redes móviles. Al evaluar si un acuerdo en comunicaciones móviles restringe la competencia, las directrices indican que se debe prestar especial atención a una serie de elementos. Esta lista no es exhaustiva y dependerá de las circunstancias nacionales y de mercado:

- a) Si los consumidores pueden beneficiarse de una elección adecuada después de un acuerdo de compartición.
- b) Si siguen existiendo incentivos para invertir y se mantiene la capacidad de tomar decisiones autónomas.

⁴⁸ Si la competencia para verificar el acuerdo de compartición fuera nacional (CNMC) la normativa nacional se manifiesta en términos similares. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Así el apartado 1 de su artículo 1 establece la prohibición de todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional 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; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. Sin embargo, no se aplicarán tales prohibiciones si contribuyen a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

- c) La ya comentada probabilidad de coordinación: el intercambio de información estratégica puede aumentar la probabilidad de coordinación con respecto a la competencia a corto plazo.

Por ello, cualquier acuerdo de compartición de infraestructura entre los operadores móviles debe examinarse para determinar si limita la posibilidad de que las partes compitan entre sí y si limita la toma de decisiones independiente de cada operador incluido en el acuerdo.

De conformidad con las Directrices si un acuerdo incluye una restricción de la competencia solo se aplicará la exención mencionada del artículo 101, apartado 3, del TFUE si el acuerdo cumple los siguientes cuatro criterios:

- a) que exista una mayor de eficiencia;
- b) un beneficio manifiesto para los consumidores;
- c) con las menores restricciones posibles y
- d) no elimine la competencia.

En virtud de las Directrices sobre la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE, un acuerdo que restrinja la competencia debe, para beneficiarse de la exención, generar beneficios para la producción o distribución de bienes o la promoción del progreso técnico o económico un carácter que compense las desventajas del acuerdo para la competencia. Todos los reclamos de eficiencia deben estar justificados para permitir la verificación de: a) la naturaleza de la probabilidad y magnitud reclamadas de cada eficiencia reclamada; b) el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias; c) la probabilidad y la magnitud de cada eficiencia reclamada; y (d) cómo y cuándo se lograría la eficiencia reclamada.

Llegado a este punto conviene recordar que la excepción del artículo 101, apartado 3, del TFUE solo se aplica si estas cuatro condiciones se cumplen de forma acumulativa.

Desde la órbita nacional hay varios acuerdos de compartición entre operadores, quizás el más relevante sea el ya comentado entre Orange y Vodafone al ser los 2 mayores operadores competidores del incumbente, Telefónica. Sin embargo, existe un acuerdo de compartición auspiciado por las Administraciones Públicas que podría hacernos pensar que desde estas instituciones se estaría viendo con buenos ojos la posibilidad de compartir infraestructuras y de esta manera se hayan escuchado a algunas corrientes dentro del sector de las telecomunicaciones que abogaban por este tipo de acuerdos.

El contexto es el siguiente. El artículo 6.1 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, establecía que las frecuencias de la banda de 800 MHz se asignarían mediante subasta económica pública. Dicha subasta fue convocada por la Orden ITC/1074/2011, de 28 de abril, y se resolvió por la Orden ITC/2508/2011, de 15 de septiembre, resultando adjudicatarios, en lo que se refiere a las frecuencias de la banda de 800 MHz, los operadores Vodafone España, S.A.U., Telefónica Móviles España, S.A.U., y France Telecom España, S.A.U.

Tal como se ha adelantado en la sección del espectro radioeléctrico, el artículo 6.2 del citado Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, establece que los operadores que resulten adjudicatarios y que dispongan de 10 MHz pareados en la banda de 800 MHz deberán completar conjuntamente, antes del 1 de enero de 2020, las ofertas proporcionadas con otras tecnologías o en otras bandas de frecuencias, con el fin de alcanzar una cobertura que permita el acceso a una velocidad de 30 megabits por segundo (Mbps) o superior, al menos, al 90 por ciento de los ciudadanos de unidades poblacionales de menos de 5.000 habitantes. Esta obligación reglamentaria tuvo su reflejo, con idéntico contenido, en la

cláusula 24 del pliego regulador de la subasta económica pública de las concesiones demaniales en la banda de frecuencias de 800 MHz aprobado por la citada Orden ITC/1074/2011, de 28 de abril.

A finales de 2018 y viendo que posiblemente no se cumplirían las obligaciones de cobertura establecidas para las unidades poblacionales de menos de 5000 habitantes el Gobierno aprobó la Orden ECE/1166/2018, de 29 de octubre, por la que se aprueba el Plan para proporcionar cobertura que permita el acceso a servicios de banda ancha a velocidad de 30 Mbps o superior, a ejecutar por los operadores titulares de concesiones demaniales en la banda de 800 MHz. En su apartado 5 se delimitaba la obligación de cobertura por operador ganador de la subasta de las frecuencias de 800 MHz y se permitía realizar por parte de los operadores una propuesta conjunta en la que se indicase por cada uno de los operadores obligados el número de ciudadanos a los que prevé proporcionar cobertura adicional en cada Comunidad y Ciudad Autónoma, de manera que con la suma de la población a la que se dote de cobertura por parte de los tres operadores garantizase el cumplimiento de los objetivos mínimos de cobertura establecidos en la Orden (al menos un 90%) antes del 1 de enero de 2020.

Asimismo, se indicaba que en el supuesto de no presentarse dicha propuesta conjunta o de la que la misma resulte inadecuada para dar cumplimiento a la obligación de cobertura sería el Ministerio competente, previa audiencia de los operadores obligados, el que determinará los objetivos de cobertura adicional a alcanzar por cada operador durante el período correspondiente en cada Comunidad y Ciudad Autónoma y en cada entidad singular de población de menos de 5.000 habitantes, de manera equitativa en cuanto a distribución territorial y población a cubrir.

La Orden indicaba también lo establecido en el artículo 32 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones como base legal para el acuerdo por la que los operadores facilitarán la celebración de acuerdos voluntarios, allí donde sea necesario, para la ubicación o el uso compartido de sus infraestructuras de manera que se facilite el cumplimiento de la obligación de cobertura, se posibilite una mayor oferta de servicios por distintos operadores a los ciudadanos o se permita a otros operadores competir efectivamente en la prestación del servicio de acceso de banda ancha, todo ello con plena sujeción a la normativa de defensa de la competencia. Asimismo, indicaba que la información que intercambiasen entre sí los operadores obligados debería limitarse al mínimo imprescindible para posibilitar los despliegues.

Finalmente hay que señalar que el acuerdo se produjo entre los 3 operadores obligados y consiguieron según los datos publicados en la web del Ministerio alcanzar la cobertura del 90% establecida en la normativa. Sin embargo, aunque a corto plazo la coordinación y cooperación entre los operadores implicados haya supuesto alcanzar un objetivo que por sí solos no hubieran cumplido habrá que estar atentos a la implantación de este tipo de acuerdos y su influencia en el devenir de un mercado tan dinámico con el de las telecomunicaciones y la posible afectación a la competencia que pudiera acarrear a medio o largo plazo.

De los distintos casos de compartición de infraestructuras que se han dado, se podría resumir que con carácter general la compartición de infraestructura pasiva como mástiles, conductos o suministro de energía eléctrica no suelen suponer restricciones a la competencia, aunque las autoridades deben revisar que no se excluyan a terceras partes de esos espacios. La compartición de elementos activos en la red de acceso suele preocupar que los acuerdos desincentiven a las partes para competir diferenciándose en el mercado y reduzcan sus inversiones para introducir nuevas tecnologías en la red, en este escenario es relevante si la compartición se lleva a cabo en zonas de baja densidad poblacional o no. Por su parte, los acuerdos de itinerancia nacional tienen efectos de

restringir la competencia, sin embargo, pueden ser útiles para permitir la entrada al mercado de un nuevo competidor de forma transitoria, o bien, permitir la existencia de un competidor que no ha podido adquirir frecuencias en bandas bajas para completar su despliegue de red móvil de ámbito nacional.

Según los datos publicados en 2020 por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales de las 61.778 entidades singulares de población existentes en España la cobertura con tecnología 4G alcanza a más del 99% de la población. Con este contexto, habrá que conocer los planes estatales para intentar replicar una cobertura igual o similar en la implantación de la nueva tecnología 5G sabiendo lo costosa que será, la situación de crisis económica que quedará tras la pandemia COVID 19 y los plazos que se manejan para implantar los servicios que soportan dicha tecnología. Por ello, será relevante saber qué papel tendrán los acuerdos de compartición, si lo tienen, para reducir esos costes y quizás agilizar su implantación teniendo en cuenta los problemas de competencia que pueden acarrear.

IV. TECNOLOGÍA 5G: OPORTUNIDADES Y RETOS PARA FOMENTAR COMPETENCIA

Además del acceso al dominio público radioeléctrico y la compartición de infraestructuras, las prestaciones del 5G permitirán ofrecer un gran abanico de casos de uso que tendrán su impacto en la competencia en distintos sectores.

La posibilidad de configurar varios parámetros de la red (como la latencia, los anchos de banda, la posibilidad de segmentar la red, etc.) particularizados para servicios específicos abre la puerta a la prestación de servicios de datos con calidades de servicio diferenciadas⁴⁹. Esa calidad se definirá de acuerdo con las necesidades del servicio, a modo de ejemplo, una conexión de datos para un coche autónomo con tiempos de respuesta muy bajos para responder ante un evento inesperado en su ruta, alterar su dirección o realizar cualquier acción cuya respuesta deba darse en apenas milisegundos tiene unos requisitos mucho más exigentes (en términos de latencia y jitter) que una red de sensores estáticos que transmiten un reducido volumen de datos y donde la latencia no es un factor relevante.

Esta diferenciación en la red se logra mediante la segmentación de la red (network slicing) que contempla las especificaciones técnicas del estándar del 5G y permite disponer de distintas calidades en la conectividad subyacente según el servicio que se preste. Esta particularización por servicios tiene su impacto en los sistemas de facturación de los operadores móviles ya que una misma unidad de tráfico puede tener distintos precios según su calidad y al mismo tiempo según los tipos de servicios no todos necesitarán una facturación por unidad de tráfico, de hecho, la facturación por terminal conectado, por capacidad, velocidad u otras nuevas están sobre la mesa. A diferencia de lo que ocurre actualmente donde todos los abonados particulares y empresariales usan la misma red móvil sólo se distinguen por precio o cantidad de tráfico consumido, sin entrar a distinguir otras prestaciones de la red.

Esta flexibilidad en la configuración de la red proporciona al sector de las comunicaciones máquina a máquina (M2M) o del Internet de las cosas (IoT) de un potencial de desarrollo enorme para adaptarse a cada una de las necesidades de las aplicaciones y servicios que se puedan diseñar impactando en múltiples sectores como

⁴⁹ No confundir conectividades de datos de distintas calidades en una red como servicios especializados o dedicados a discriminar y priorizar aplicaciones en la red de Internet, asunto que conlleva incumplimientos con la actual regulación del Internet Abierto (Net Neutrality) [Reglamento \(UE\) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta.](#)

los transportes, el automovilístico, el industrial, la salud, la construcción, la agricultura, los contadores inteligentes, las ciudades inteligentes, etc.

De hecho, el ejemplo de los vehículos autónomos, nos lleva a otro aspecto como la continuidad de los servicios cuando el terminal dispone de movilidad y su prestador de servicios desea seguir ofreciendo conectividad fuera del ámbito de cobertura de su red, en ese caso, se requiere que su operador disponga de los correspondientes acuerdos de itinerancia con otras redes. Los acuerdos más habituales son los de itinerancia internacional ya que tradicionalmente los operadores han sido de ámbito nacional y no disponen de espectro fuera de su país de origen.

Con la llegada del 5G y la segmentación de la red, para ofrecer una determinada calidad de servicio a un cliente más allá de la propia red se requiere que la red visitada también disponga de 5G y segmentación de la red y se haya establecido entre ambos operadores la calidad a prestar y cómo se facturará modificando así todos los acuerdos vigentes actualmente. En esta línea concluye el Informe de la Comisión Europea sobre desarrollos tecnológicos e itinerancia⁵⁰ de julio de 2019. Este informe señala que con el 5G y la segmentación de la red en itinerancia y para Internet de las cosas incentiva más competencia y puede generar desafíos potenciales en la competencia.

La posibilidad de segmentar la red también proporciona un mayor potencial para la entrada de nuevos competidores y agentes en el mercado de forma que hay un modelo mayorista diverso donde distintos OMV estén especializados en servicios muy concretos si necesidad de tener una integración vertical con la red móvil. Hasta la fecha los OMV se ha limitado a solicitar acceso y proveer a los consumidores los mismos servicios que sus anfitriones voz, SMS y datos. Sin embargo, la segmentación de la red con parámetros de calidad de servicio definidos tiene potencial para que los operadores móviles virtuales puedan dirigirse a nichos de mercado muy especializados que sus anfitriones no se hayan planteado, de forma que se amplía la oferta de servicios y se incrementa la cantidad de agentes en el mercado.

En el ámbito de servicios que requieren una alta disponibilidad de conectividad y, por consiguiente, puedan disponer de una cobertura lo más robusta posible se abre la puerta a la existencia de acuerdos de itinerancia nacional con el objetivo de que un terminal pueda conectarse a la red que mejor cobertura el ofrezca cuando este tenga que transmitir, este tipo de servicios suelen ser servicios de seguridad, alarmas, contadores de servicios esenciales, etc. Tradicionalmente, la aproximación de la itinerancia nacional tal como se ha señalado en el apartado del espectro radioeléctrico, ha sido una excepción para permitir que el cuarto operador que no dispone de una cobertura nacional por no disponer de bandas bajas pueda ofrecer servicios a sus abonados fuera de su red en el resto del país, esta excepcionalidad se debe a que acuerdos de itinerancia nacional pueden incentivar a los operadores a reducir sus inversiones, usar el espectro de que disponen de forma menos eficiente y llegar a repartirse geográficamente el territorio, todos ellos son efectos que impactan negativamente en la competencia y los consumidores. Ante esta situación parece oportuno plantear la posibilidad de acuerdos de itinerancia nacional limitados a la prestación de servicios muy concretos que por su naturaleza ofrezcan un valor añadido al poder conectarse a más de una red con el fin de ofrecer nuevos servicios en el mercado sin dejar de incentivar la inversión en las redes.

Una de las principales características que se destaca del 5G es la posibilidad de ofrecer mayores caudales de datos a los usuarios aumentando la velocidad de transmisión en la medida de que se dispone de más espectro radioeléctrico. Otra de las principales

⁵⁰ Tablas de la página 6 del informe: Technological Developments and Roaming: SMART 2018/0012: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/technological-developments-and-roaming-smart-20180012-0>

características del 5G es la baja latencia, es decir, el reducido tiempo que hay desde que la información se envía a la red, se procesa y se obtiene respuesta. Para lograr reducir estas respuestas al mínimo es necesario aplicar tecnologías de la computación de borde (edge computing)⁵¹. La computación distribuida en distintos centros de datos ubicados de forma que el usuario sea atendido por el más cercano a su ubicación permite reducir el tiempo de respuesta. Aunque no todas las aplicaciones requieren de latencias reducidas, hay casos de uso como el ya comentado coche autónomo o realidad aumentada y realidad virtual que requieren de tiempos de respuesta mínimos e imperceptibles, no solo para los humanos sino para la tarea que se esté desempeñando. De hecho, estas tecnologías tienen especial relevancia en sectores como los videojuegos, la cirugía remota, la automatización industrial, etc. La combinación de las redes de acceso 5G junto con la computación de borde ofrece a los proveedores de servicios la posibilidad de ofrecer nuevos servicios en el mercado.

Finalmente, otros de los retos del 5G es garantizar la seguridad y la privacidad de los usuarios. No hay que olvidar que, si los dispositivos que nos rodean están conectados a la red, pueden recabar muchísima información sobre nuestros hábitos, consumos, etc. Esta información es valiosa para empresas que quieran ofrecernos sus productos o bien, directamente para actividades delictivas con los datos que obtenga de nosotros. Aunque las especificaciones técnicas del 5G incorporan importantes mejoras con respecto a las generaciones anteriores, todavía las especificaciones dejan determinadas configuraciones en manos de los operadores, de forma que la seguridad en las redes 5G puede variar de un operador a otro. Además, el requisito de mantener la compatibilidad de protocolos con las generaciones anteriores al 5G hace que las vulnerabilidades presentes en los mismos se puedan extender en el tiempo. A esto hay que añadir, que la conectividad masiva en objetos incrementa la cantidad de elementos conectados a la red y están expuestos a amenazas que pueden alterar su funcionamiento o adquirir su información.

En relación con la privacidad, la Agencia Española de Protección de Datos⁵² (AEPD) ha identificado varios riesgos para la privacidad de los datos que, aunque no todos son nuevos, sí se espera que con la conectividad del 5G puedan verse exponencialmente incrementados si la implantación de 5G alcanza las expectativas de éxito previstas. Los principales riesgos que pone de manifiesto la AEPD son: geolocalización precisa del usuario, individualización precisa de las personas en virtud de automatización de decisiones y manejo de un elevado volumen de datos de los distintos dispositivos conectados del usuario, el tratamiento de datos puede extenderse al mismo tiempo a fabricantes, operadores de red y proveedores de servicios los cuales pueden tener distintos objetivos de privacidad según sus intereses, aumento exponencial de la superficie de exposición a ciberataques y posible pérdida de control del usuario sobre sus datos ya que el 5G usa un modelo de procesamiento distribuido y dinámico, donde está previsto que los datos y procesamientos se muevan en tiempo real a la ubicación física en el que sean más necesarios.

Ante los riesgos mencionados la AEPD recomienda que, entre otras medidas, las nuevas aplicaciones y servicios se diseñen teniendo en cuenta la normativa de protección de datos, aumentar la transparencia y trazabilidad para en los casos que se realice tratamiento distribuido de los datos, definir roles y responsabilidades de los agentes intervinientes en cuanto al tratamiento de datos, establecer medidas para garantizar compartimentación de los datos, garantizar las comunicaciones cifradas extremo a

⁵¹ <https://www.ericsson.com/en/reports-and-papers/white-papers/edge-computing-and-deployment-strategies-for-communication-service-providers>

⁵² <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/nota-tecnica-privacidad-5g.pdf>

extremo y protejan los datos en la computación de borde y actualizar la normativas conservación de datos relativos a los operadores para adaptarlas a las nuevas tecnologías.

V. RECOMENDACIONES

La tecnología 5G tendrá un gran impacto en la transformación digital, no sólo en los servicios de comunicaciones electrónicas sino también transversalmente en distintas industrias, aplicaciones y actividades económicas. Es relevante que sus beneficios lleguen a los consumidores, operadores y al conjunto de la economía, por ese motivo los pilares del 5G como son el espectro radioeléctrico, las elevadas inversiones en el despliegue de red y las nuevas ventajas que aporta la tecnología ligada al 5G deben superar los retos que se plantean desde la perspectiva de competencia.

En la siguiente enumeración, se plantean posibles medidas y regulaciones para que el despliegue del 5G sea lo más beneficioso para el consumidor y la economía:

- Contribuir a un marco regulatorio que tenga en cuenta las necesidades derivadas de la implantación de nuevas tecnologías y servicios 5G.
- Fomentar la compartición voluntaria de infraestructuras en el marco normativo vigente con especial respeto a las reglas de competencia.
- Monitorizar la necesidad de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de banda ancha inalámbrica, de modo que la gestión a medio y largo plazo de este recurso escaso siga garantizando la disponibilidad de nuevas bandas para el mercado.
- Valorar la entrada en el mercado de nuevos competidores con derechos de uso del espectro radioeléctrico o imponer obligaciones de acceso a terceros que no desincentiven las inversiones en el despliegue de redes.
- Determinar qué modelos de coordinación y funcionamiento pueden darse en el caso de reservar bloques del espectro radioeléctrico en adjudicaciones futuras, tanto en disponibilidad de espectro como de interoperabilidad con las redes de los operadores de comunicaciones electrónicas.
- Definir unos compromisos de cobertura vinculados al interés general para eliminar la brecha digital entre territorios, en los que se tenga en cuenta la duración de la concesión y los objetivos estatales perseguidos en el desarrollo y despliegue de la banda ancha inalámbrica a medio/largo plazo.
- Flexibilizar el mercado secundario del espectro radioeléctrico para fomentar negocios jurídicos de mutualización o cesión sin que se incumplan los compromisos/obligaciones adquiridos en la adjudicación de concesiones.
- Promover desde la regulación que los OMV puedan acceder al espectro mediante acuerdos comerciales con operadores de red y también a las tecnologías 5G como la segmentación de la red y la computación de borde, como medios para aumentar la oferta de servicios en el mercado y así aumentar la competencia en el mercado.
- Desarrollar un marco regulatorio sobre la seguridad y privacidad de los datos en un entorno totalmente conectado. Ese marco debe englobar a todos los agentes del mercado, como diseñadores de dispositivos, fabricantes, operadores, comercializadores y usuarios finales de forma que se garantice la seguridad de las comunicaciones y, por otro lado, sea compatible con el marco normativo de protección de datos existente.

EL PAPEL DE LA CNMC EN LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR FALSEAMIENTO DE COMPETENCIA

The role of the CNMC in applying the ground for exclusion of public procurement of infringers of competition law

Arturo Carrillo Parra

Técnico de la Asesoría Jurídica de la CNMC (). Universidad de Valladolid*

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre el régimen jurídico de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia a propósito de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha acordado por primera vez en 2019 remitir sus resoluciones sancionadoras a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) para que esta fije su duración y alcance. Se defiende que, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE, es importante primar su naturaleza preventiva sobre la sancionadora. Asimismo, se argumenta sobre la necesaria intervención de la CNMC en el procedimiento *ad hoc* frente a la JCCPE mediante la emisión de un informe que permita valorar la proporcionalidad de la prohibición de contratar con otros intereses públicos en juego y la concurrencia de los requisitos de exención de la prohibición de contratar previstos legalmente, en particular, la colaboración con la autoridad investigadora y las medidas correctoras de la infracción cometida.

ABSTRACT

This work reflects on the legal regime of the ground for exclusion of public procurement of infringers of competition law, since the Spanish Competition Authority (CNMC) has agreed to refer its resolutions to the Public Procurement Advisory Board (JCCPE) for the first time in 2019. It argues that, in light of the recent case law of the CJEU, the preventive nature prevails over its punitive nature. Likewise, the *ad hoc* procedure before the JCCPE requires the intervention of the CNMC by issuing a report that allows assessing the proportionality of the measure with other public interests at stake and the evaluation of the self-cleaning measures.

Palabras clave: Contratación pública, Política de competencia, Administraciones Públicas, Principio de proporcionalidad, Programas de cumplimiento.

Keywords: Public Procurement, exclusion grounds, competition policy, public administration, proportionality principle, self-cleaning.

* Las interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo corresponden a su autor y no representan necesariamente la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El artículo 71.1, apartado b), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**) establece que no podrán contratar con el sector público quienes hayan sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. El texto vigente entró en vigor el 22 de octubre de 2015, cuando la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (**LRJSP**) modificó los artículos 60 y 61 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (**TRLCSP**).

Sin embargo, no ha sido hasta marzo de 2019 cuando la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) ha resuelto sobre la procedencia de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia en el expediente S/DC/0598/16 *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias* (en adelante, expediente Electrificación) en el que se sancionaban tres infracciones constitutivas de cárteles con el objetivo de repartirse las licitaciones de infraestructura ferroviaria de ADIF¹.

La CNMC acordó remitir la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (**JCCPE**) para que esta fijara duración y alcance de la prohibición de contratar. Desde entonces, la misma remisión se ha acordado en tres expedientes más². No obstante, como consecuencia de los habituales recursos judiciales a las resoluciones de la CNMC, la apreciación por el organismo de su procedencia no ha implicado por el momento que las empresas dejen de contratar con las administraciones públicas, lo cual ha generado cierta sorpresa en la opinión pública³.

Conviene señalar desde el principio que se parte de que, con esta reciente práctica, la CNMC ha decidido no ser el órgano que fije la duración y alcance de la prohibición de contratar, sin perjuicio de que futuras reformas legales aclaren esta posibilidad.

Este punto de partida implica que se deba iniciar un procedimiento *ad hoc* al margen del expediente sancionador de la CNMC, previsto en los artículos 72.2, 72.3 y 72.5 de la LCSP, para que, mediante resolución de la Ministra de Hacienda, previa propuesta de la JCCPE, se fije la duración y alcance de la prohibición de contratar. Sería a partir de ese momento cuando los órganos de contratación podrían excluir a la empresa infractora de la normativa de competencia de una determinada licitación pública.

El objetivo perseguido es contribuir a interpretar el ambiguo régimen jurídico de la prohibición de contratar. Este trabajo elabora sobre las aportaciones realizadas por la doctrina española⁴ a la luz de las primeras resoluciones de la CNMC y la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**), con la pretensión de contribuir a aclarar algunos problemas ya clásicos que ha planteado la incardinación de esta figura en el Derecho de la competencia.

¹ Resolución de la CNMC, de 14 de marzo de 2019, en el expediente [S/DC/0598/16](#) *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*.

² Además del ya citado expediente Electrificación son: las Resoluciones de la CNMC, de 20 de junio de 2019, en el expediente [SAMUR/02/18](#) *Transporte Escolar Murcia*; de 1 de octubre de 2019, en el expediente [S/DC/0612/17](#) *Montaje y Mantenimiento Industrial* y de 13 de febrero de 2020, en el expediente [S/0626/18](#) *Radars Meteorológicos*.

³ Sirva como ejemplo el siguiente artículo del periódico eldiario.es: «*Las sanciones no impiden a la multinacional Indra llevarse otro contrato millonario con la Hacienda canaria*» disponible [aquí](#).

⁴ La más reciente: Alejandro Huergo Lora «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia» *Revista española de derecho administrativo*, Nº 182, 2017, págs. 223-259; Sergio Baches Opi, «La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia» *Revista de derecho mercantil*, Nº 309, 2018; Teresa Medina Arnáiz «*Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público*» *Revista de Estudios Locales*, nº 205, 2017, págs 156-173; Humberto Gosálbez Pequeño «Las prohibiciones para contratar» en Isabel Gallego Córcoles y Eduardo Gamer Casado (coord) «*Tratado de contratos del sector público*», 2018; Carlos Aymerich Cano «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017» *Revista aragonesa de administración pública*, nº53, 2019, págs 306 a 343.

Los preceptos 71 a 73 de la LCSP ofrecen múltiples dudas interpretativas a la luz de la jurisprudencia tanto nacional como del TJUE. Además, dicha interpretación se complica por la lógica falta de previsión normativa de esta medida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y se dificulta por la ausencia de desarrollo reglamentario de la LCSP.

Los artículos 71 a 73 de la LCSP son una transposición del artículo 57 de la vigente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, **la Directiva de contratación pública**). Por consiguiente, este trabajo analiza las cuestiones más polémicas fijándose en el marco legal y jurisprudencial de la UE. Con ello, se argumentará sobre la naturaleza de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, su ámbito de aplicación material y subjetivo, los problemas derivados del principio de irretroactividad y la firmeza exigible a la resolución de la CNMC. Por último, se argumenta sobre cuál puede ser el rol de la autoridad de competencia en el procedimiento *ad hoc* ante la JCCPE.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La doctrina española se ha referido a la naturaleza de la prohibición de contratar destacando los dos efectos fundamentales de su imposición⁵.

Las prohibiciones de contratar en la LCSP se conciben, en primer lugar, como una medida que garantice la fiabilidad del operador económico que proteja el interés público en la contratación pública de las administraciones. En este sentido, la prohibición de contratar tendría una naturaleza preventiva para evitar que la administración pública contrate con quien ha visto mermada su integridad.

Por otra parte, la prohibición de contratar tiene una naturaleza ablativa o restrictiva de derechos, cuasisancionadora para el operador económico, que se ve incapacitado para participar en los procedimientos de contratación pública.

También ha destacado la doctrina que la jurisprudencia española no es concluyente sobre la naturaleza de las prohibiciones de contratar, si bien parece decantarse por su naturaleza preventiva⁶.

Se ha planteado que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia se trate, por tanto, de una sanción administrativa que se impone además de la sanción pecuniaria a las empresas. Independientemente de ello, como medida restrictiva de derechos posee un carácter notoriamente disuasorio. Basado en su carácter disuasorio y sancionador, se ha llegado a interpretar que los artículos 71 a 73 de la LCSP permiten que la CNMC pueda declarar la prohibición de contratar y fijar su alcance y duración, sin necesidad de recurrir al procedimiento *ad hoc* ante la JCCPE⁷.

El Consejo de la CNMC, sin embargo, aunque reconoce la doble vertiente de la prohibición de contratar, se ha inclinado por destacar su condición como medida

⁵ *Idem*.

⁶ Huergo Lora y Aymerich Cano en nota al pie 4.

⁷ *Vid.* el voto particular de la Consejera de la CNMC, María Pilar Canedo Arrillaga, en el Expte. Electrificación, págs. 366 a 370. Al respecto, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha fijado su duración y alcance en el expediente 94/2018 *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña* amparada en el artículo 53.2.b) de la LDC por 18 meses y respecto a las licitaciones que tengan el mismo objeto que aquellas que constituyen la infracción sancionada y que sean convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña.

preventiva para una correcta contratación con el sector público, sin que ello conlleve negar la observancia de determinados aspectos o principios propios del régimen sancionador⁸.

Esta perspectiva se considera adecuada teniendo en cuenta la jurisprudencia de la UE sobre los motivos de exclusión de las directivas de contratación pública, incidiendo todavía más en este hecho en la reciente jurisprudencia sobre el artículo 57.6 de la Directiva de contratación, traspuesto en España mediante el artículo 72.5 de la LCSP, que prevén un mecanismo de exención de la prohibición de contratar para los operadores económicos.

El artículo 57.6 de la Directiva de contratación introduce precisamente un mecanismo de medidas correctoras (medidas de *self-cleaning*) que permite al operador económico evitar la exclusión del procedimiento de contratación. El TJUE ha destacado que dicho artículo “pone de relieve la importancia conferida a la fiabilidad del operador económico”⁹. Con ello, el TJUE ha fallado que el Derecho de la UE se oponía a la normativa italiana en virtud de la cual la entidad adjudicadora debía automáticamente excluir al operador económico que había presentado una oferta cuando se constataba que concurría un motivo de exclusión en alguno de los subcontratistas.

La introducción de este artículo en la Directiva de contratación pública es fundamental para que el TJUE incline la balanza del lado de la naturaleza preventiva de la medida, pues en la interpretación del artículo 45 de la derogada Directiva 2004/18 a veces reconocía la naturaleza sancionadora del motivo de exclusión¹⁰.

Desde entonces, su posición es clara. En el asunto *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, en el que se ponía en cuestión si la subcontratación por un operador económico de una parte de las obras en el marco de un contrato público anterior, decidida sin la autorización del poder adjudicador y que dio lugar a la resolución de dicho contrato, constituiría una *deficiencia significativa o persistente* que justificara la exclusión del operador en un procedimiento de contratación pública posterior, el TJUE señala que “el establecimiento de una relación de confianza entre un poder adjudicador y el adjudicatario supone que el poder adjudicador de que se trate no está automáticamente vinculado por la apreciación formulada por otro poder adjudicador en el marco de un contrato público anterior a fin de que, en particular, pueda prestar especial atención al principio de proporcionalidad al aplicar las causas facultativas de exclusión”¹¹.

Una de las declaraciones más evidentes de la importancia que el TJUE da a la evaluación de la fiabilidad del operador económico y, con ello, a la naturaleza preventiva de la prohibición de contratar, se observa en los asuntos *Meca Srl* e *Idi Srl*. En ellos, el TJUE señala expresamente que “fue voluntad del legislador de la Unión encomendar al poder adjudicador —y solamente a él— la tarea de apreciar, en la fase de selección de los licitadores, si un candidato o un licitador debe quedar excluido de un procedimiento de licitación.”¹²

EL TJUE concluye que el Derecho de la UE se opone a que la facultad de apreciación de esta fiabilidad por parte del poder adjudicador quede en suspenso por el mero hecho de que una resolución de un contrato público anterior se impugne judicialmente y no se encuentre, por tanto, confirmada. Señala además que si el poder adjudicador debiera

⁸ Vid el fundamento de derecho séptimo del expediente Electrificación, apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2015.

⁹ STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*, par 49.

¹⁰ STJUE, de 14 de diciembre de 2016, en el asunto C-171/15 *Connexion Taxi Services BV*. No obstante, téngase en cuenta que en este caso el TJUE considera compatible con el Derecho de la UE la normativa neerlandesa que permite al poder adjudicador valorar la proporcionalidad de la sanción en su concreto procedimiento de adjudicación.

¹¹ STJUE, de 3 de octubre de 2019, en el asunto C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, par 27.

¹² STJUE, de 19 de junio de 2019, en el asunto C-41/18 *Meca*, par 34 y STJUE, de 20 de noviembre de 2019, en el asunto C-552/18 *Indaco Service*.

quedar vinculado automáticamente por la apreciación formulada por un tercero, probablemente le resultaría difícil prestar especial atención al principio de proporcionalidad al aplicar las causas facultativas de exclusión de un licitador¹³.

Por último, en una también reciente cuestión prejudicial planteada por una cámara de contratos alemana en el asunto *Vossloh Laeis*, el TJUE, además de exponer su perspectiva de la protección de los intereses de la administración pública a través de la valoración de la fiabilidad por el poder adjudicador, distingue las funciones de la autoridad investigadora de la práctica de la que emana el motivo de exclusión (la autoridad de competencia) y las de los poderes adjudicadores¹⁴:

“en situaciones [...] en las que existe un procedimiento específico regulado por el Derecho de la Unión o por el Derecho nacional para perseguir determinadas infracciones y en las que organismos particulares están encargados de efectuar investigaciones al respecto, el poder adjudicador debe basarse, en principio, en el marco de la apreciación de las pruebas presentadas, en el resultado de tal procedimiento.

En este contexto, procede tener en cuenta las funciones respectivas, por una parte, de los poderes adjudicadores y, por otra, de las autoridades investigadoras. Mientras que estas últimas están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a Derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad.

[...] el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias por las autoridades investigadoras, en el sentido del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, no tiene la misma finalidad que la que se persigue con el examen de la fiabilidad del operador económico que ha adoptado medidas de las previstas en esa disposición y que debe facilitar al poder adjudicador los elementos de prueba que permitan demostrar que dichas medidas son suficientes para ser admitido en el procedimiento de contratación”

Aunque los motivos de exclusión elevados en algunos de los casos mencionados no están relacionados con la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, resulta indudable la posición del TJUE sobre la naturaleza de la prohibición de contratar desde la entrada en vigor del artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública. Aunque resulta difícil adaptar esta jurisprudencia a la regulación contenida en los artículos 71 a 73 de la LCSP, por estar prevista normalmente para un sistema descentralizado de apreciación del motivo de exclusión, hacer prevalecer la naturaleza preventiva o de medida de la fiabilidad del operador económico, de tal manera que un órgano especializado en contratación pública como la JCCPE sea quien la valore, parece un primer paso acertado.

Por otra parte, no se debe olvidar que la CNMC habitúa a aplicar directamente en sus expedientes sancionadores los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**), por lo que alinearse, en la medida de posible, con la concepción de esta institución sostenida en la jurisprudencia de la UE y de otros Estados miembros contribuye a una mayor homogeneidad de la política de competencia de la UE en su conjunto.

¹³ Ídem, par 32.

¹⁴ STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 25 a 27.

Esta concepción también resulta prudente teniendo en cuenta el principio *ne bis in idem*, ya que la prohibición de contratar se fijaría junto con una elevada sanción pecuniaria como las que se habitan a imponer por una infracción de la normativa de defensa de competencia.

La posibilidad de imponer una prohibición de contratar no se encuentra recogida en el régimen sancionador de la LDC y tampoco se incluye referencia alguna en el artículo 53 LDC que establece el contenido de las resoluciones de la CNMC, sin perjuicio de posibles reformas para su inclusión¹⁵. Es cierto que la LDC es una norma anterior a la LCSP y ese puede ser el motivo de la inexistencia de referencias a la prohibición de contratar, pero ello ofrece dudas sobre su aplicación simultánea junto a la sanción pecuniaria¹⁶.

Por tanto, se juzga prudente la postura de la CNMC, que permite a la Ministra de Hacienda a propuesta de la JCCPE, fijar duración y alcance de la prohibición de contratar, como órgano centralizado¹⁷ y representante de los intereses de los poderes adjudicadores en el sistema previsto en los artículos 71 a 73 de la LCSP, evaluando la proporcionalidad en relación con la fiabilidad de los operadores económicos infractores.

Sin embargo, la Audiencia Nacional en revisión de las resoluciones de la CNMC en las que se incluye la procedencia de la prohibición de contratar ha considerado suspender en trámite de medidas cautelares la remisión de la resolución sancionadora por la CNMC a la JCCPE al objeto de dar inicio al procedimiento *ad hoc*.

Con ello, la Audiencia Nacional ha reconocido ciertos efectos declarativos a la constatación de la procedencia de la prohibición de contratar por parte de la CNMC, sujetando el acto administrativo de remisión a otra autoridad administrativa, junto con el resto de la resolución sancionadora, a la revisión judicial, pese a que, de acuerdo con el artículo 73 de la LCSP, esta todavía no genera efectos. A la espera de una sentencia definitiva, más allá de los autos sobre las medidas cautelares, con ello, la Audiencia Nacional parece inclinarse por dar una mayor relevancia al elemento sancionador que al elemento preventivo.

Asimismo, teniendo en cuenta la ejecutividad de los actos administrativos derivada del artículo 103.1 de la Constitución y de la presunción de validez de los actos de la administración, cabe volver a mencionar que el TJUE en el reciente asunto *Meca*, antes citado, consideró contrario al Derecho de la UE que el poder adjudicador, es decir, una autoridad administrativa, tuviera que esperar a la confirmación de la resolución en tribunales para apreciar la fiabilidad del operador económico.

Cabe mencionar también que el TJUE, en el asunto *Impresa di Costruzioni Ing*, permite al poder adjudicador tomar en consideración sentencias que no han adquirido firmeza a los efectos de apreciar el motivo de exclusión¹⁸, algo que resulta sorprendente si no se concibe la prohibición de contratar como un mecanismo de protección del poder adjudicador frente a la merma en la integridad del operador económico.

¹⁵ En opinión del autor, el voto particular de la Consejera de la CNMC María Pilar Canedo Arrillaga en el expediente Electrificación, posteriormente tenido en cuenta por la ACCO para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, erróneamente atribuye al artículo 53.2, apartado b), concebido para los compromisos a imponer en los procedimientos de concentraciones (también sancionadores), una interpretación muy extensiva, teniendo en cuenta la naturaleza ablativa de derechos de la prohibición de contratar.

¹⁶ En este sentido, *vid*, Huergo Lora nota al pie 4.

¹⁷ Al respecto el considerando 102 de la Directiva de contratación pública permite a los Estados miembros decidir «si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado». Ver también STJUE, de 15 de julio de 2010, en el asunto C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction SA*, par 55 a 57.

¹⁸ STJUE, de 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and RTI Mantovani e Guerrato*.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA

El artículo 71.1, apartado b), señala que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la LCSP las "personas", sin distinguir si son físicas o jurídicas, que hayan sido sancionadas con "carácter firme" por infracción "grave" de falseamiento de la competencia.

La prohibición de contratar por falseamiento de la competencia se encuentra en el apartado b) del artículo 71.1 junto con otras prohibiciones. Algunas tienen relación con la regulación económica como la infracción grave de "disciplina de mercado" o la de "materia profesional que ponga en riesgo la integridad". Sin embargo, también se incluyen otras que nada tienen que ver con la regulación económica, como las infracciones por incumplimiento de la normativa de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o las infracciones de extranjería, que obedecen a una finalidad de carácter público-social.

Por tanto, en el apartado b) del artículo 71.1 se incluyen una serie de infracciones cuyo nexo común es su naturaleza administrativa, que se contraponen a los delitos, merecedores de reproche penal, contenidos en el apartado a) del mismo artículo.

El artículo 71.1, apartado b), de la LCSP, se refiere a las infracciones graves. Es una cuestión pacífica que las infracciones catalogadas como muy graves en el artículo 62 de la LDC, entre las que se incluyen los cárteles, también puedan originar la prohibición de contratar. Así lo ha entendido la CNMC desde el primer momento al entender aplicable la prohibición de contratar en el expediente Electrificación para una conducta calificada como muy grave en la LDC. Una interpretación estricta del principio de legalidad llevaría al sinsentido de que infracciones menos gravosas desde el punto de vista de la normativa de competencia se expusieran a una de las medidas restrictivas de derechos más gravosas, mientras que los ilícitos anticompetitivos más perjudiciales escapan a la prohibición de contratar¹⁹.

Para justificar dicha interpretación cabe recurrir a la jurisprudencia del TJUE sobre los motivos de exclusión²⁰. Asimismo, cabe recurrir a las prohibiciones de contratar que comparten apartado b) con la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Por ejemplo, para el caso de una prohibición de contratar por una infracción de extranjería, el artículo 71.1, apartado b), también prevé que sean graves. Sin embargo, entre las infracciones previstas en la ley de extranjería, se observa que algunas infracciones calificadas de muy graves son un tipo agravado de una infracción prevista a su vez como grave²¹.

Por deducción al absurdo, no resulta coherente plantearse que el legislador de la LCSP prefiera lo contrario al legislador de la normativa de extranjería. No hay, por analogía con el ámbito penal o con el ámbito administrativo sancionador, ninguna norma en el ordenamiento jurídico español que incentive la comisión de las infracciones más

¹⁹ Huergo Lora, *vid*, nota al pie 4, llega a la misma conclusión apoyándose en una interpretación histórica de la norma, pues las diferentes leyes reguladoras de la contratación pública en España hasta la LCAP de 1995 preveían las prohibiciones de contratar exclusivamente para las infracciones muy graves. De una interpretación histórica se puede considerar, por tanto, que la referencia expresa a las infracciones graves contenida en la actual LCSP pretende destacar como hizo la norma en 1995 que, a diferencia del régimen previo a 1995, se considera también para las graves. De esta manera la ley al referirse a las infracciones graves marca un corte hacia abajo y no hacia arriba.

²⁰ Por ejemplo, *vid*, el asunto *Vossloh Laeis*, en la nota al pie 15, en el que al derivar la prohibición de contratar de un cártel, habría sido calificado como infracción muy grave de acuerdo con la normativa española de defensa de la competencia.

²¹ Por ejemplo, el artículo 54.1 e) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social prevé un tipo agravado de la infracción grave consistente en la inscripción en el padrón municipal de un extranjero en una vivienda que no constituye su domicilio real, cuando esta se realiza con ánimo de lucro.

graves frente a las graves, pues ello supondría una vulneración flagrante del principio de proporcionalidad y pondría al legislador de contratación administrativa contra el propio objetivo de las normas de las que hace derivar la prohibición de contratar y que califican a unas infracciones como más graves que otras.

También se ha planteado que el hecho de que el artículo 57.4, apartado d), de la Directiva de contratación establezca como motivo de exclusión que “*el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*” limita el ámbito de aplicación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia a las conductas colusorias o infractoras del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE²². Sin embargo, no se debe obviar que en la interpretación que el TJUE ha hecho del motivo de exclusión referido a una falta profesional grave, previsto en la actualidad en el artículo 57.4, apartado c), de la Directiva de contratación se incluyen también las infracciones de la normativa de competencia.

A estos efectos, el considerando 101 de la Directiva de contratación se refiere a “*infracciones de las normas sobre competencia*”, sin referirse específicamente a los acuerdos colusorios. Asimismo, el TJUE en el asunto *Generali* señala que es motivo de exclusión cualquier “*infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa*”²³. En este asunto, la infracción de la que emanó el motivo de exclusión fueron unos acuerdos verticales anticompetitivos, que se conciben como infracciones graves de acuerdo con la LDC.

Por otra parte, el artículo 57.4, apartado d), de la Directiva de contratación no incluye una referencia a acuerdos colusorios en el sentido del artículo 101 del TFUE, sino a acuerdos que puedan falsear la competencia. Serían pocos los casos en los que una empresa, por ejemplo, infractora del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE no llegue a algún acuerdo con otros operadores para abusar de su poder de mercado, lo que pudiera permitir ser incluida en ese concepto tan restrictivo del motivo de exclusión.

Por lo tanto, no cabe considerar que exista una limitación al tipo de conducta anticompetitiva sobre la que pueda recaer una prohibición de contratar, siempre que esta sea calificada, al menos, como grave por la LDC.

Asimismo, la LCSP no se refiere en ningún momento a que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia exija que la conducta anticompetitiva tenga que estar relacionada con la contratación pública²⁴. Es la misma postura que ha adoptado la CNMC en el expediente S/DC/0612/17 *Montaje y Mantenimiento Industrial*, un caso de licitaciones privadas. En esta resolución, la CNMC también señala que para el resto de supuestos contenidos en el artículo 71.1, apartado b), de la LCSP, como, por ejemplo, sería el caso de las infracciones en materia laboral o social, no se exige ningún tipo de relación con la contratación pública.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también aconseja que la CNMC no conciba la prohibición de contratar de una manera indiscriminada. No hay que olvidar que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia contribuye a reducir, o incluso eliminar, la competencia en el mercado. La prohibición de contratar aplicada a un monopolista o a la mayoría de empresas de un sector podría inhabilitar a la Administración Pública para adquirir los bienes y servicios necesarios para su funcionamiento.

²² Nicolás González-Deleito Domínguez «Reflexiones en torno a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia: A propósito de las resoluciones de 14 de marzo de 2019 de la CNMC y de 10 de octubre de 2018 de la JJCP». *Actualidad Administrativa*, nº 6, junio 2019.

²³ STJUE, de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C-470/13 *Generali*, par 35.

²⁴ En este mismo sentido, Huerga Lora, *vid*, nota al pie 5.

Sin embargo, como se defenderá más adelante, no se considera que le corresponda a la CNMC, como autoridad investigadora de la infracción de la que deriva la prohibición de contratar, el hecho de motivar sobre la proporcionalidad de su aplicación en la resolución sancionadora. Esta tendrá reflejo en su duración y alcance, pues, en analogía con el derecho administrativo sancionador, la proporcionalidad es un elemento que se valora al tener en cuenta el elemento volitivo y al cuantificar la sanción²⁵.

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo, el artículo 71.3 LCSP prevé una cláusula antifraude que se refiere a la sucesión de empresas. El objetivo es que no se evite la aplicación de las prohibiciones de contratar a aquellas empresas de las que pueda presumirse que son continuación o que derivan de la empresa sujeta a la prohibición de contratar.

En el ámbito del Derecho de la competencia, a partir de la construcción jurisprudencial del concepto *empresa* y el principio de unidad económica, es habitual que en virtud del artículo 61.2 de la LDC se declare como responsables solidarios a las matrices de las empresas sancionadas²⁶. La jurisprudencia ha reconocido una presunción *iuris tantum* de influencia decisiva de la matriz cuando esta posee un porcentaje cercano al 100% del accionariado²⁷.

Sería relativamente sencillo para algunos grandes grupos empresariales esquivar la prohibición de contratar mediante la presentación de ofertas por parte de otra empresa nacional o extranjera dentro del mismo grupo.

La JCCPE se refirió a este asunto en el informe 25/09, de 1 de febrero de 2010, ante una consulta del Ayuntamiento de Albacete²⁸. En primer lugar, considera que las prohibiciones de contratar son personalísimas y se declaran respecto de la persona jurídica concreta, salvo que se presuma que la segunda sociedad cumple con los requisitos del artículo 71.3 de la LCSP, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

La JCCPE distingue dos situaciones. En primer lugar, cuando la segunda sociedad no incura en prohibición de contratar se hubiera constituido o incorporado al grupo *ex post*, se debe entender que esa persona jurídica es sucesora de la anterior. Al respecto, habría que valorar el objeto social de la segunda sociedad y los medios humanos y materiales de la sociedad incura en prohibición de contratar para no infringir el principio de libre competencia en los procedimientos de contratación pública.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el caso de aquellos grupos empresariales que disponen de otras personas jurídicas dedicadas a la misma actividad que la empresa sujeta a prohibición de contratar y que pudieran sustituirla en la licitación pública. Un ejemplo sería cuando se ha sancionado a la filial española, pero el grupo empresarial tiene una filial francesa equivalente.

En estos casos, se debe considerar que las personas que rigen la sociedad no sujeta a la prohibición de contratar no compartan miembros del órgano de administración con la otra sociedad, así como los accionistas directos e indirectos. Señala la JCCPE que:

"procederá valorar otras circunstancias tales como la fecha de incorporación al grupo de empresas al cual pertenece la empresa incura en prohibición de contratar. Si dicha fecha es posterior a la fecha de la resolución de la prohibición de contratar correspondiente, y si se dan otras circunstancias

²⁵ Sobre ello, las SSTS, de 1 de octubre de 2019, en relación con la cuestión de interés casacional relativa al artículo 63.2 de la LDC.

²⁶ Ídem.

²⁷ Sirvan como ejemplo la STJUE, de 29 de septiembre de 2011, en el asunto C-521/09-P *Elf Aquitaine* y SAN, de fecha 11 de febrero de 2013, *Veripack Embalajes*.

²⁸ En este sentido, *vid*, Baches Opi en nota al pie 4

tales como la identidad o similitud de objetos sociales o de medios humanos y materiales con la empresa incurso en prohibición de contratar, todo ello podría conducir a la conclusión de que la segunda sociedad es continuación o deriva de la primera”

Por este criterio, el carácter personalísimo de las prohibiciones de contratar implica que la única empresa afectada por la misma es la empresa infractora y sancionada por la CNMC. Las matrices, como responsables solidarias de su filial, no se verían afectadas por la misma, sin perjuicio de que el poder adjudicador pueda excluirlas, poniéndolo en conocimiento de la JCCPE, cuando considere que participan mediante una empresa del grupo que sea sucesión de la sujeta a prohibición de contratar. Su control, no obstante, parece difícil, salvo que los licitadores competidores lo pongan en conocimiento del órgano de contratación. Cabría plantearse si la conformidad de los licitadores con que no se excluyera de una determinada licitación a quien está sujeto a la prohibición de contratar sería un indicio de la presencia de acuerdos ilícitos de reparto de mercado.

III. CUESTIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

La CNMC ha reconocido la aplicación de algunos principios propios del régimen sancionador a la prohibición de contratar. Por ello, ha considerado que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no era aplicable para aquellas infracciones que habían finalizado con anterioridad al 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia²⁹. Sin embargo, se ha planteado en la doctrina la posible aplicación retroactiva de la misma, dado que no se trata de una sanción³⁰.

Partiendo de esta concepción, es de mayor interés para la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia el hecho de qué ocurre con aquellas conductas que han dado comienzo con anterioridad al 22 de octubre de 2015 y han finalizado con posterioridad. La calificación de las conductas anticompetitivas en los expedientes de competencia habitúan a ser únicas y continuadas, extendiéndose su duración durante un periodo de tiempo determinado³¹.

En opinión del autor, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta por la JCCPE al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la evaluación de la proporcionalidad a la que posteriormente se hará referencia.

A partir de la entrada en vigor es, por tanto, cuando cualquier empresa que inicie o continúe una infracción única y continuada de la normativa de defensa de la competencia asume la consecuencia jurídica que el ordenamiento jurídico prevé para su conducta típica y antijurídica. Es en ese momento, por tanto, cuando la empresa infractora es negligente, incluso dolosa, respecto al extremo concreto de la prohibición de contratar al continuar con su participación en la conducta anticompetitiva.

El elemento volitivo es el que conduce a concluir que a partir del 22 de octubre de 2015 una empresa es perfecta conocedora de que su infracción única y continuada puede conllevar una prohibición de contratar. Una interpretación del principio de irretroactividad más restrictiva chocaría frontalmente contra el principio de culpabilidad que debe regir la potestad sancionadora de la administración pública, así como el principio básico de

²⁹ Resoluciones de la CNMC, de 6 de septiembre de 2016, en el expediente [S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales y](#), de 3 de diciembre de 2015, en el expediente [S/0481/13 Construcciones Modulares](#).

³⁰ Baches Opi en nota al pie 4.

³¹ Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte «5 años en revisión: la infracción única y continuada en el Derecho español de la competencia.» *Anuario de la Competencia 2018*. Fundación ICO. Págs 201 a 224

cualquier ordenamiento jurídico (y recogido en el artículo 6 del Código Civil) de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento (*ignorantia iuris non excusat*).

Con el mismo razonamiento, aquellas empresas para las que no se haya acreditado su participación en la infracción más allá de la entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no debieran generar la imposición de la misma. La CNMC ha comenzado a distinguir en sus resoluciones sancionadoras, con el objeto de informar a la JCCPE, aquellas empresas para las que la infracción única y continuada sancionada se extiende más allá del 22 de octubre de 2015³².

Por último, cabe referirse a un supuesto menos polémico en relación con el principio de retroactividad. El artículo 61.5 que entró en vigor el 22 de octubre de 2015 con la LRSJP, que modificó el TRLCSP, presenta una diferencia con el artículo 72.5 de la vigente LCSP. El artículo 61.5 del TRLCSP no incluye los requisitos que debe cumplir la empresa para eximirse de la prohibición de contratar, entre los que se incluye el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

La aplicación retroactiva de esta disposición no debe plantear un problema, pues permite librarse de la imposición de una medida restrictiva de derechos. Es un principio básico del ordenamiento jurídico la retroactividad de la norma más favorable al sancionado, derivado del artículo 9.3 de la Constitución española y recogido expresamente en el vigente artículo 26.2 de la LRJSP. Por ello, pese a la no identidad exacta de las dos normas, se debe entender por el principio de retroactividad de la norma más favorable que la vigente redacción del artículo 72.5 es de aplicación para aquellas empresas que finalicen su conducta anticompetitiva entre el 22 de octubre de 2015 y el 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la LCSP.

IV. FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC

El artículo 71.1, apartado b), de la LCSP establece que la sanción tiene que tener carácter firme. La doctrina abogaba por considerar que la firmeza a la que se refiere el artículo 71.1, apartado b), es jurisdiccional³³. El razonamiento es que al no añadir en vía administrativa debe entenderse que debe recaer sentencia firme para poderse iniciar el procedimiento ante la JCCPE. También esta era la interpretación de la JCCPE en el acuerdo de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en el apartado d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, en el expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018, sobre la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar, la JCCPE ha cambiado su criterio en atención al principio de ejecutividad de los actos administrativos recogido en los artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**)³⁴.

Consecuentemente, los actos de la administración se presumen válidos desde que se dicten. Por ello, respecto a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, la resolución del Consejo de la CNMC ante la que no cabe recurso, salvo en

³² Esta distinción no constaba expresamente en el fundamento de derecho dedicado a la prohibición de contratar en el primero de los expedientes, el expediente Electrificación, pero sí en el expediente Montaje y Mantenimiento Industrial.

³³ Huerga Lora y Baches Opi en nota al pie 4.

³⁴ Disponible [aquí](#).

vía contencioso-administrativa, puede dar comienzo al procedimiento *ad hoc* para fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar ante la JCCPE.

Como se ha mencionado anteriormente, desde una perspectiva del poder adjudicador, esta parece ser también la posición de la jurisprudencia de la UE en los asuntos *Meca e Impresa di Costruzioni Ing*, antes citados³⁵.

No obstante, existe una excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos que se fundamenta en el acceso a la justicia cautelar como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución española. De esta manera, la suspensión por parte de la Audiencia Nacional de la remisión de la resolución sancionadora por parte de la CNMC a la JCCPE ha suspendido también el inicio del procedimiento *ad hoc*.

De lo anterior, también se deduce que en aquellos casos en los que la Audiencia Nacional no conceda la suspensión respecto a la prohibición de contratar o no sea solicitada por la empresa en su recurso contencioso-administrativo frente a la resolución sancionadora, la JCCPE deberá iniciar el procedimiento *ad hoc*. De lo contrario, al ser en este procedimiento en el que las empresas se pueden acoger a la exención de la prohibición de contratar prevista en el artículo 72.5 de la LCSP, se vulneraría la posibilidad de que la empresa elimine la incertidumbre sobre una hipotética exclusión de las licitaciones públicas, independientemente del resultado de su procedimiento contencioso-administrativo frente a la resolución sancionadora. Sin embargo, pese a las declaraciones públicas vertidas en diferentes foros sobre la constante comunicación entre la CNMC y la JCCPE a los efectos de informarse sobre la situación en los pleitos, no se conoce que la JCCPE haya dado inicio a ninguno de los procedimientos *ad hoc* hasta ahora.

V. LA CNMC Y EL PROCEDIMIENTO AD HOC

El primer párrafo del artículo 72.5 de la LCSP señala que, en los casos como el de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, en los que sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán "*siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*". Teniendo en cuenta que la disposición derogatoria de la LCSP derogó solo "*cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley*", el artículo 19 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, **Reglamento de Contratos Públicos**) se debe entender que continúa vigente, si bien con algunos matices³⁶.

El artículo 19 del Reglamento de Contratos Públicos establece el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, señalando que corresponde su incoación de oficio a la JCCPE³⁷. Consecuentemente, el procedimiento no se inicia con la remisión de testimonio o copia de la resolución por parte de la CNMC, debiendo la JCCPE incoar el procedimiento de oficio.

El artículo 19.1 del Reglamento de Contratos Públicos señala que para los supuestos entre los que procede encuadrar a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia se remitirán "*las actuaciones seguidas mediante la tramitación del*

³⁵ Vid, notas al pie 14 y 18.

³⁶ Vid, también Huerga Lora y Aymerich Cano, en nota al pie 4.

³⁷ El primer párrafo del artículo 19.1 señala que "*corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. En los restantes supuestos corresponde la iniciación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas*".

*correspondiente expediente, en el que se cumplirá el trámite de audiencia, acompañando informe sobre las circunstancias concurrentes”*³⁸. Se añade que el trámite de audiencia debe reiterarse por la JCCPE.

Es debatible si con la remisión de la resolución sancionadora por parte de la CNMC se da cumplimiento al artículo 19 del Reglamento de Contratos Públicos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vigente redacción del artículo 72.3 de la LCSP solo exige una remisión de testimonio o copia de la resolución sancionadora.

Además, con el envío de la resolución sancionadora, la CNMC traslada a la JCCPE que en el procedimiento administrativo ha existido un trámite de audiencia sobre la procedencia de la prohibición de contratar, así como las actuaciones seguidas mediante la tramitación del expediente. Por otra parte, la CNMC también se pronuncia en la resolución sancionadora sobre la procedencia de declarar la prohibición de contratar para cada una de las empresas, excluyendo a aquellas que se han acogido al programa de clemencia y distinguiendo a las empresas cuya infracción no se ha extendido más allá del 22 de octubre de 2015.

Sin embargo, como se defiende a continuación, se considera que la CNMC deberá intervenir mediante la emisión de un informe en el procedimiento *ad hoc* para que la JCCPE pueda realizar su propuesta de resolución.

Cabe comenzar señalando que, de acuerdo con el artículo 19.4 del Reglamento de Contratos, el alcance y duración de la prohibición de contratar se determinará atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Por tanto, en mi opinión, permitir a la JCCPE evaluar estas circunstancias debe considerarse el objetivo de la remisión a la que hace referencia el artículo 19.1.

Por ello, del artículo 19 del Reglamento de Contratos junto con que el artículo 72.3 de la LCSP se refiera exclusivamente a la remisión de testimonio o copia de la resolución, se puede concluir que la CNMC tiene que poner a disposición de la JCCPE los medios para realizar una primera aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el elemento de culpabilidad en la conducta y con la entidad del daño causado a los intereses públicos. Esta primera aplicación del principio de proporcionalidad se manifestaría a través de la duración y alcance.

Por otra parte, a mi parecer, la razón de ser de que el legislador español estableciera un procedimiento *ad hoc* para la declaración de la prohibición de contratar va más allá de aplicar el principio de proporcionalidad en relación con la culpabilidad en la conducta y con la entidad del daño causado a los intereses públicos, como indica el artículo 19.4 del Reglamento de Contratos. Teniendo en cuenta que en este caso el interés público dañado es la competencia en los mercados, esta proporcionalidad sería mejor valorada por la autoridad de competencia.

Por tanto, el motivo de la inclusión de este procedimiento *ad hoc* parece estar más relacionado con la ponderación de la merma en la integridad del operador económico, causada por ese daño a los intereses públicos, con las necesidades de suministro de la Administración Pública. Esta segunda aplicación del principio de proporcionalidad, para lo que es necesario concebir a la prohibición de contratar como una medida preventiva y de

³⁸ Sobre este artículo la JCCPE se pronunció en el Acuerdo de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la apartado d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Señala que debe existir un trámite de audiencia previo ante el órgano sancionador sobre la procedencia de la prohibición de contratar, así como un informe sobre las circunstancias concurrentes a los efectos de que la JCCPE aprecie el dolo o mala fe y la entidad del daño causado por la infractora.

protección de los intereses públicos que pueda ser eximida, corresponde a los órganos de contratación o, en un sistema centralizado como el español, a la JCCPE. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, son los poderes adjudicadores quienes finalmente deben decidir sobre si la fiabilidad del operador es suficiente para participar en la licitación³⁹.

Como ha señalado el TJUE, la consideración del mecanismo de exención es un reflejo de la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad⁴⁰. No cabe una presunción *iuris et de iure* de exclusión, como sucede en España con el carácter automático de la apreciación por los órganos de contratación, sin que los poderes adjudicadores puedan ponderar la conducta infractora con la fiabilidad individualizada del operador económico a través de la evaluación de los requisitos previstos para su exención⁴¹.

Esta segunda ponderación o aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la necesidad de suministro de la Administración Pública justifica precisamente la existencia del mecanismo de exención de la prohibición de contratar y, por tanto, es congruente con la inclusión del artículo 72.5 de la LCSP.

En primer lugar, en el artículo 72.5 de la LCSP, se menciona que, para acogerse al mecanismo de exención, las personas deben estar "*incurso(s) en la causa de prohibición*" y han tenido que ser "*declaradas responsables del pago de la misma [la multa] en la citada sentencia o resolución*". Estas referencias atestiguan que era voluntad del legislador trasladar el análisis de los requisitos para la exención a un momento posterior al de la resolución sancionadora, siendo, por ello, el procedimiento *ad hoc* el momento adecuado para su observancia.

Además, en estos casos "*no procederá [...] declarar*" la prohibición de contratar, por lo que el legislador no pretendió una situación en la que la prohibición de contratar fuera efectiva hasta que se acreditaran los requisitos de la exención. Teniendo en cuenta el carácter automático en la apreciación de la prohibición de contratar por parte de los órganos de contratación en España una vez esta se ha declarado, el procedimiento *ad hoc* parece el único instrumento procesal para que la exención prevista en el artículo 72.5 se aprecie con posterioridad a la resolución sancionadora y con anterioridad a su declaración y producción de efectos.

Consecuentemente, no se considera que el legislador haya pretendido que la JCCPE evalúe la proporcionalidad de la prohibición de contratar mediante la fijación de su duración y alcance y pondere la medida en relación con las necesidades de suministro de las administraciones públicas atendiendo exclusivamente al contenido de la resolución de la CNMC. Esto obliga a que la CNMC participe en el procedimiento *ad hoc* mediante informe que permita a la JCCPE elaborar su propuesta de resolución.

En mi opinión y atendiendo a las dos aplicaciones del principio de proporcionalidad a las que se han hecho referencia, el contenido del informe de la CNMC debe centrarse en dos apartados.

En primer lugar, la CNMC debe informar sobre si la empresa se ve afectada por la prohibición de contratar en atención a la extensión de su conducta más allá del 22 de octubre de 2015. Asimismo, deberá referirse al distinto, si es el caso, grado de responsabilidad y daño causado a los intereses públicos por la empresa infractora, a partir de lo consignado en su resolución sancionadora y del resultado de la revisión judicial. Con

³⁹ STJUE, de 19 de junio de 2019, en el asunto C-41/18 *Meca*, par 34 y STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 25 a 27 «*los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad.*»

⁴⁰ STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*, par 49.

⁴¹ STJUE, de 19 de junio de 2019, en el asunto C-41/18 *Meca*, par 32.

ello, la JCCPE podría fijar duración y alcance en función de los criterios previstos en el artículo 19.4 del Reglamento de Contratos.

En segundo lugar, la CNMC deberá pronunciarse sobre si la empresa cumple con los requisitos para la exención mediante el artículo 72.5 de la LCSP para que sean valorados por la JCCPE. Para ello, deberá reiterar aquellas empresas que se han acogido al programa de clemencia. Tampoco plantea mayor debate que confirme si la empresa ha pagado o se ha comprometido a pagar la multa impuesta.

Sin embargo, conviene señalar que en la transposición del artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública mediante el artículo 72.5 de la LCSP, el legislador español no transcribió literalmente la norma de la UE que incluye entre los requisitos para la exención que la empresa infractora deberá demostrar que *“ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras”*⁴².

La referencia del artículo 72.5 de la LCSP a acogerse al programa de clemencia, aunque se asimile a las medidas técnicas, organizativas y de personal sin ser ni técnica, ni organizativa, ni de personal, es un claro ejemplo en el que la empresa contribuye a aclarar los hechos y colaborar con la CNMC. El TJUE se ha pronunciado expresamente por considerar que el programa de clemencia es un ejemplo del elemento de colaboración con la autoridad investigadora que exige la Directiva de contratación en el artículo 57.6⁴³. Cabe preguntarse, sin embargo, si la CNMC puede informar a la JCCPE de otros tipos de colaboración que la empresa haya llevado a cabo durante el procedimiento administrativo y la revisión judicial, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos, aunque la empresa ponga en cuestión su calificación jurídica o la proporcionalidad de la multa impuesta.

Por otro lado, cabe plantearse si interpretar que la única colaboración con la autoridad investigadora merecedora de exención sea el programa de clemencia pueda ser contrario al artículo 57.6 de la Directiva de contratación o, por el contrario, entra dentro del margen de apreciación de los Estados miembros⁴⁴. Eximirse exclusivamente a través del programa de clemencia solo sería admisible para la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, haciendo el requisito de colaboración previsto en el artículo 57.6 de la Directiva de contratación inútil para el resto de prohibiciones de contratar previstas en la LCSP. Asimismo, nada impide una interpretación a la luz de la Directiva de contratación pública que abra la posibilidad de que otros grados de colaboración con la autoridad de competencia también permitan acogerse a la exención de la prohibición de contratar, si bien, por la literalidad del artículo 57.6 de la Directiva

⁴² La STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 20, incide en el hecho de que para demostrar su fiabilidad el operador económico deberá demostrar que ha aclarado totalmente los hechos y circunstancias, colaborando activamente con las autoridades investigadoras. Las conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona en este mismo asunto también defienden esta interpretación, incluso en términos más estrictos en el par 41: *« La fiabilidad a la que alude el precepto [el artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública] es una cualidad para cuya apreciación el poder adjudicador ha de seguir, forzosamente, las pautas que contiene el párrafo segundo del mismo apartado 6. Solo podrá darla por acreditada si el operador económico: a) ha pagado —o se ha comprometido a pagar— la indemnización adecuada al daño causado por la infracción que originó su exclusión; b) ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y las circunstancias; y c) ha adoptado medidas (técnicas, organizativas y de personal) concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones. »*

⁴³ La STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 31, se refiere claramente a que acogerse al programa de clemencia constata el cumplimiento del requisito de aclaración de los hechos y colaboración con la autoridad investigadora a los efectos del artículo 57.6 de la Directiva de contratación. Asimismo, señala que es solo una de las posibilidades: *« procede señalar que, en principio, la transmisión al poder adjudicador de la resolución en la que se constata la infracción de las normas sobre competencia cometida por el licitador, pero en la que se le aplica una norma de clemencia por haber cooperado con la Autoridad de Defensa de la Competencia, debe bastar para demostrar al poder adjudicador que dicho operador económico ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y circunstancias colaborando con dicha autoridad, lo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente »*.

⁴⁴ Véase el artículo 57.7 de la Directiva de contratación y la STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*, par 34 y jurisprudencia citada.

de Contratación parece deberán estar asociados a un reconocimiento del elemento fáctico de la infracción durante el procedimiento administrativo y su revisión judicial.

Asimismo, la CNMC también deberá valorar entre los requisitos del artículo 72.5 la adopción de “medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas”.

La Directiva de contratación pública señala en el considerando 102, respecto a estas medidas:

“podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. [...]se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos.”

La redacción del artículo 72.5 de la LCSP sitúa la idoneidad de esas medidas en relación con que se evite la comisión de futuras infracciones administrativas. Con ello, en opinión de este trabajo, el legislador español pretendía que dichas medidas correctoras eviten la comisión de infracciones como la que se ha cometido. Asimismo, el artículo 57.6 de la Directiva de contratación señala que “*las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción*”. Consecuentemente, en el caso de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, dichas medidas deberán ser apropiadas para evitar la comisión de infracciones de la normativa de defensa de la competencia, lo cual, sin duda, exige su evaluación por parte de la autoridad de defensa de la competencia.

No es objetivo de este trabajo elaborar los criterios de un buen programa de cumplimiento o *compliance*, que permitieran valerse del requisito previsto en el artículo 72.5 de la LCSP. No obstante, la CNMC recientemente ha lanzado a consulta pública un borrador de guía sobre programas de cumplimiento, que parece, entre otros, tener precisamente ese objetivo⁴⁵.

En conclusión, en el informe que debe permitir a la JCCPE aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad para la fijación de la duración y alcance de la prohibición de contratar y la ponderación de la medida en relación con las necesidades de suministro de la administración pública, la CNMC debe pronunciarse sobre las empresas a las que le será aplicable, su grado de responsabilidad en la conducta y el daño causado a los intereses públicos, así como los requisitos de exención previstos en el artículo 72.5, en particular, el grado de colaboración de la empresa con la autoridad investigadora y la idoneidad de las medidas correctoras aplicadas por la empresa para eliminar el riesgo de comisión de nuevas infracciones de la normativa de defensa de la competencia.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo, se ha defendido que, a la luz del Derecho de la UE y pese a la doble naturaleza que se predica de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, es importante primar su naturaleza preventiva, como medida que debe valorar la merma de integridad del operador económico atendiendo al principio de proporcionalidad en relación con los intereses públicos en juego. Por ello, se ha valorado

⁴⁵ El texto está disponible en [este enlace](#).

positivamente la remisión por parte de la CNMC a un procedimiento *ad hoc* frente a la JCCPE, que permita llevar a cabo la ponderación necesaria.

Asimismo, se ha defendido que el ámbito de aplicación de la prohibición de contratar es amplio, no estando limitado a las conductas anticompetitivas que infringen el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, ni a conductas que tengan que estar relacionadas con la contratación administrativa. No obstante, la infracción deberá ser calificada, al menos, como grave por parte de la LDC.

El amplio ámbito de aplicación se ve limitado por la aplicación de determinados principios propios del régimen sancionador, entre los que se encuentra el principio de irretroactividad. Sin embargo, se ha defendido la vigencia de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia para aquellas infracciones de carácter continuado que se han extendido más allá del 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la medida en su supuesto de "*falseamiento de la competencia*", en atención al principio de culpabilidad que debe regir la potestad sancionadora de la administración.

Por último, se ha defendido la necesaria intervención de la CNMC en el procedimiento *ad hoc* frente a la JCCPE mediante la emisión de un informe que permita valorar la proporcionalidad de la prohibición de contratar con otros intereses públicos en juego. El contenido de ese informe deberá pronunciarse sobre las empresas afectadas por la prohibición de contratar, sobre su grado de responsabilidad y entidad del daño causado a los intereses públicos y sobre la concurrencia de los requisitos de exención de la prohibición de contratar previstos en el artículo 72.5, en particular, sobre la colaboración con la autoridad investigadora y las medidas correctoras de la infracción cometida.

