GÓMEZ-ACEBO & POMBO

# Notas de Competencia

noviembre 2014 N.º 9

Sección elaborada por

**el Grupo de Competencia**

de Gómez-Acebo & Pombo

## Sumario

— Cultura de competencia, límites sociales e institucionales y promoción de la competencia en España . . . 2

— MOSAICO . . . 6

- Noticias . . . 6
- Prácticas prohibidas . . . 8
- Control de concentraciones . . . 10

— Breves por sectores (Unión Europea) . . . 13

- Competencia . . . 11
- Concentraciones . . . 11
- Jurisprudencia . . . 12

fundéu CERTIFICADO DE CALIDAD LINGÜÍSTICA

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2014. Todos los derechos reservados

Diseño y maquetación: José Ángel Rodríguez León • Edición y corrección: Cristina Sierra de Grado

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

# Cultura de competencia, límites sociales e institucionales y promoción de la competencia en España

Ricardo Alonso Soto
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

## 1. Introducción

**1.1.** Muchos países han descubierto o redescubierto el derecho de la competencia en épocas bastante recientes. En efecto, hasta la última década del siglo pasado eran muy pocos los países europeos que tenían una legislación antitrust.

En España, en cambio, existe un sistema de defensa de la competencia desde el año 1963 (el pasado mes de julio se celebró el cincuentenario de la ley de prácticas restrictivas de la competencia). La implantación de este sistema fue debida, por una parte, a la apertura de la economía española como consecuencia del Plan de Desarrollo Económico y Social y, por otra, a la presión de los Estados Unidos de América para que España se dotara de un marco normativo que permitiera la entrada de sus empresas multinacionales en nuestro mercado.

Sin embargo, hasta 1986 el sistema no fue muy eficaz por la existencia de lo que podrí-amos denominar un sistema institucional antimercado. Existía: 1) una gran intervención del Estado en la economía (dirigismo económico); 2) corporativismo institucional (sindicatos verticales integrados por los trabajadores, los empresarios y la Administración Pública); 3) políticas proteccionistas de la industria y el comercio nacional; 4) abundancia de monopolios y concesiones exclusivas, y 5) falta de una cultura de competencia.

**1.2.** La situación cambia en los años ochenta tras la aprobación de la Constitución española (1978), que establece como sistema económico el de la libertad de empresa dentro de una economía de mercado, y el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea (1986).

Diversas circunstancias tales como la desregulación económica, la privatización de importantes empresas públicas, la eliminación de los subsidios estatales a las empresas, la recepción de una fuerte inversión extranjera, la liberalización del comercio exterior y la apuesta firme del Gobierno socialista por las políticas de competencia motivaron la promulgación de una nueva Ley de Defensa de la Competencia en 1989 que serviría para revitalizar el sistema.

Contribuyeron a este cambio el reforzamiento de la independencia y las facultades de la autoridad nacional de competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia —TDC—) y la creación de las autoridades autonómicas de competencia.

**1.3.** La historia de la defensa de la competencia concluye, por ahora, de un lado, con la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia en el 2007, la cual viene a actualizar la normativa adaptándola al paquete de la reforma de las normas comunitarias de la competencia, a mejorar la estructura institucional desvinculándola completamente del Gobierno y a dotar a la Comisión Nacional de la Competencia de los nuevos instrumentos necesarios para el desarrollo de su función (como, por ejemplo, los mecanismos de clemencia *(leniency)*; la facultad de impugnar judicialmente decisiones, actos y normas de las Administraciones Públicas que limiten la competencia en el mercado, y la posibilidad de aplicar remedios estructurales como la sanción por prácticas anticompetitivas); y, de otro, con la transformación de la Comisión Nacional de la Competencia en un macroorganismo —denominado Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia— que engloba la Comisión Nacional de la Competencia y las principales agencias reguladoras independientes existentes en sectores como el de las telecomunicaciones, la energía, el postal, el audiovisual, el ferroviario y el aeroportuario. Tal organismo comenzó a operar en el mes de octubre del 2013 y su creación ha recibido una fuerte crítica de la academia, los expertos (abogados y economistas), todos los partidos políticos de la oposición y la Comisión Europea.

## 2. Necesidad de crear una cultura de competencia

**2.1.** De lo expuesto se deduce que no es sólo necesario crear un sistema de defensa de la competencia,

sino que es preciso también crear una cultura de competencia. Que la sociedad crea en la competencia, comprenda su utilidad para lograr la eficiencia económica y el bienestar de los ciudadanos, respalde las políticas de competencia y apoye a las autoridades de competencia.

**2.2**. Esta tarea no es fácil y está llena de obstáculos de diversa índole como los que se exponen a continuación:

*a*) Obstáculos derivados de la presencia de valores sociales y comportamientos comerciales.

El derecho antitrust fue creado en los Estados Unidos de América, una nación con un sistema de valores sociales basados en los principios de la ética de la religión protestante, que prioriza su implantación (la competencia es el medio natural por el cual se alcanza el éxito requerido por la creencia en la predeterminación de los calvinistas). En los países latinos, por el contrario, se han desarrollado otros valores fundamentales como la familia, la amistad o la solidaridad (de modo que el éxito individual no es percibido por la sociedad como algo positivo, sino como algo que genera desconfianza sobre el medio usado para alcanzar tal éxito). Un buen ejemplo de esto son las diferencias de planteamiento en ambos mundos de las políticas de clemencia.

*b*) Tradición de las concepciones antimercado.

*c*) Existencia de otros planteamientos y prioridades políticas (intervención del Estado en la economía, políticas proteccionistas, impulso de campeones nacionales, beneficios a largo plazo frente a costes a corto plazo).

*d*) Mentalidad de la Administración Pública contraria a la intervención y a la pérdida de poder (dirigismo económico).

*e*) Pueden existir también límites de tipo económico, como los relativos a la dimensión de los mercados y al grado de concentración existente en ellos. Sin olvidar los límites institucionales, como los derivados del marco jurídico general (normas sobre derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, normas de procedimiento administrativo sancionador o el control judicial de las decisiones de las autoridades de competencia) o las relativas a la estructura e independencia o a las facultades y poderes de la autoridad de competencia.

**2.3. *¿Cómo se puede conseguir?***

Logrando que la autoridad de competencia tenga credibilidad y sea apreciada y respetada por la sociedad o, lo que es lo mismo, que los ciudadanos confíen en ella.

Para ello será necesario que exista:

— transparencia y publicidad de sus decisiones;

— sanciones disuasorias (por ejemplo, la confiscación de los beneficios ilícitos conseguidos);

— atención especial y actuaciones en casos importantes que representen un beneficio social explícito para los consumidores y usuarios y para la economía en general (en España el TDC consiguió un gran respaldo social por algunos casos como la ruptura del monopolio de la retransmisión de partidos de fútbol por la televisión pública; el incremento de los precios del pollo, el pan y las llamadas telefónicas; el comportamiento de la industria láctea frente a los ganaderos o las prácticas monopólicas y desleales de las empresas de gas y electricidad);

— divulgación de los beneficios económicos y sociales de la competencia para las empresas y los consumidores.

## 3. Promoción de la competencia

La actividad de promoción de la competencia trata de fomentar la implantación de un entorno competitivo en el funcionamiento de la economía en general y de los sectores económicos en particular.

Esta labor se desarrolla mediante actuaciones de divulgación, formación y análisis o estudios de sectores y comportamientos empresariales y no sólo se dirige a los empresarios y consumidores, sino también a las Administraciones Públicas.

Entre los instrumentos utilizados destacan, por una parte, las acciones formativas (organización de cursos, congresos y conferencias y presencia en los organizados por otras instituciones) y, por otra, la elaboración y publicación de *a*) estudios sectoriales; *b*) informes y recomendaciones dirigidos a la Administración Pública sobre proyectos normativos, actuaciones o políticas económicas, y *c*) guías didácticas dirigidas tanto a los

operadores económicos como a las Administraciones Públicas:

***a) Estudios sectoriales***

La autoridad nacional de competencia ha publicado estudios sobre los siguientes temas: mercados centrales mayoristas de productos alimentarios perecederos (2013); distribución minorista de carburantes para automoción (2012); colegios profesionales tras la liberalización de los servicios (2012); relaciones entre productores y distribuidores en el sector de alimentación (2011); mantenimiento de ascensores (2011); el marco regulador del sector postal (2011); mercado de la certificación de calidad y estándares de seguridad (2010); competencia en el sector agroalimentario (2010); concesiones de transporte interurbano de pasajeros en autobús (2010); gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual (2010); competencia en el sector de los carburantes de automoción (2009); servicios profesionales y asociaciones profesionales (2008); competencia en transporte interurbano de viajeros en autobús (2008); fijación de tarifas mínimas para el transporte de mercancías por carretera (2008); competencia en mercados de adquisición y explotación de derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol (2008); barreras de entrada en el sector del cemento (2006); canales de comercialización de frutas y verduras (2004); competencia en el sector de la inspección técnica de vehículos de motor (2004); competencia en el sector de la distribución minorista (2003); fijación del precio de los libros (1997); *La competencia en España. Balance y nuevas propuestas*, sobre sectores de banca minorista, puertos, distribución de combustibles y carburantes, cine y farmacias (1995); libre ejercicio de las profesiones (1992).

De especial relevancia fue el estudio titulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, publicado en 1993, que abrió el camino de la liberalización en España. En este informe se establecían, como criterios para diseñar políticas de liberalización, los siguientes: *a*) mostrar las ventajas de la competencia y estimular el debate; *b*) no descuidar los objetivos sociales, en especial el servicio universal; *c*) liberalizar primero y posteriormente privatizar (el monopolio privado suele ser más perverso que el público); *d*) cambiar solamente lo imprescindible; *e*) no ser los últimos ni tampoco los primeros al desarrollar este tipo de políticas (aprovechar las experiencias existentes); *f*) cuidar los periodos de transición, y *g*) crear un marco normativo e institucional que favorezca la competencia.

***b) Guías didácticas***

Entre las publicadas por la autoridad nacional de competencia citaremos las siguientes:

1) *Guía práctica para las empresas.* Su contenido es el siguiente: ¿qué está prohibido?, ¿cómo debe comportarse una empresa en el mercado?, ¿qué hacer si participa en un cártel?, ¿qué hacer si conoce o sufre una práctica restrictiva de la competencia?, ¿cuándo y cómo se notifica una operación de concentración?, ¿qué pactos están prohibidos en los contratos de suministro y distribución?

2) *Guía para las asociaciones de empresas*. Aborda las siguientes cuestiones: recomendaciones de precios y condiciones comerciales; boicot; intercambios de información entre asociados; publicidad, estandarización y contratos tipo.

3) *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos.* Indica que al elaborar una norma hay que analizar *a*) si limita el número o la variedad de los operadores; *b*) si limita la capacidad de competir en el mercado, y *c*) si reduce los incentivos para competir. Y, dependiendo de las respuestas, aboga por buscar alternativas menos restrictivas de la competencia.

4) *Guía para la realización de una auditoría de competencia.* Su contenido responde a las siguientes preguntas: ¿qué es?, ¿por qué debe hacerse?, ¿cuándo debe hacerse?, ¿quién debe hacerla?, ¿cómo se elabora?, ¿qué beneficios pueden obtenerse?

5) *Guía sobre contratación pública y competencia.* Plantea el siguiente contenido: acceso a la licitación, criterios de adjudicación, duración de los contratos, modificaciones sobrevenidas y colusión entre licitadores.

6) *Guía sobre acuerdos marco en la contratación pública.* Trata de sus ventajas (racionalización y centralización) e inconvenientes (cierre de mercado, adjudicaciones discriminatorias, colusión en contratación derivada).

7) *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia.* En

ella se aborda la mejora de la regulación, las experiencias internacionales, los principios de una regulación eficiente, las recomendaciones para una regulación eficiente y ejemplos de regulaciones ineficientes desde la óptica del derecho de la competencia.

Para completar este relato hay que referirse a una última actuación de la Comisión Nacional de la Competencia: la convocatoria de un concurso para premiar a las Administraciones Públicas más favorecedoras de la competencia.

# Mosaico

## Noticias

**Creación de oficinas de registro en la CNMC**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha establecido las siguientes oficinas de registro: la **Oficina de Registro General**, situada en Madrid, en la calle del Barquillo, 5, C. P. 28004; la **Oficina de Registro Auxiliar**, sita en Barcelona, en la calle de Bolivia, 56, C. P. 08018, y la **Oficina del Registro Electrónico**, que será la encargada de registrar los documentos que se reciban o se comuniquen por medio de la Sede Electrónica de la CNMC (Resolución de Presidencia de 29 de septiembre del 2014).

**Foro Ibérico de la Competencia. Acuerdo entre autoridades de competencia de España y Portugal**

La CNMC y la Autoridade da Concorrência de Portugal (AdC) han celebrado en Madrid el VI Foro Ibérico de la Competencia. Se trata de una reunión de coordinación entre las autoridades de competencia española y portuguesa que se celebra desde el 2004 con el propósito de favorecer el contacto entre ambas autoridades.

Durante el encuentro se han abordado los cambios institucionales derivados de la creación de la CNMC y la nueva legislación portuguesa en materia de competencia. Además, se han celebrado encuentros bilaterales entre los responsables de ambas instituciones dirigidos a mejorar la cooperación prioritariamente en la investigación de cárteles, en las inspecciones para eliminar las prácticas restrictivas de la competencia, y en materia de concentraciones. Por último, se ha puesto en común la estrategia en la promoción de la competencia mediante la elaboración de estudios e informes de proyectos normativos.

Las dos autoridades han acordado estrechar su cooperación por medio de un programa de intercambio de personal, así como con reuniones temáticas regulares sobre las actividades de cada autoridad para identificar áreas de interés común.

**Informes y estudios de la CNMC**

Durante este trimestre la CNMC ha publicado los preceptivos informes sobre los siguientes proyectos normativos: el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (12.8.2014), la orden ministerial que establece el régimen de los costes subvencionables en el transporte marítimo y aéreo de mercancías con origen o destino en las islas Canarias (13.8.2014), el real decreto sobre la mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria (15.7.2014) y el real decreto por el que se modifica el reglamento para la infraestructura de la calidad y la seguridad industrial (18.8.2014). También ha publicado informes sobre la contratación centralizada por la Administración General del Estado de los siguientes servicios: postales (21.8.2014), de limpieza (25.8.2014), de suministro de mobiliario (22.8.2014), de telecomunicaciones (20.8.2014) y de seguridad (14.8.2014).

Asimismo, el 7 de julio del 2014 ha publicado el *Estudio sobre el mercado de servicios de inspección técnica de vehículos* (ITV).

Finalmente hay que señalar la adopción del acuerdo de instar a la Real Federación Española de Fútbol para que respete los principios de transparencia, objetividad y no discriminación en la licitación de los derechos de retransmisión de la final de la Copa del Rey y de la Supercopa.

**Publicación de las cuentas de la CNMC del ejercicio 2013**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.3 de la Ley 47/2003, se hacen públicas las cuentas anuales de la extinta Comisión Nacional de la Competencia correspondiente al ejercicio 2013 y el informe de auditoría de las cuentas (Resolución de 28 de agosto del 2014). Las cuentas anuales completas están disponibles en la página web de la CNMC (www.cnmc.es).

**Actividad de la CNMC en relación con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado**

La CNMC ha publicado el balance de las veintidós actuaciones llevadas a cabo en relación con la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

La ley atribuye a la CNMC la condición de punto de contacto (art. 26.4*b*) entre los operadores y la Administración. De esta manera, la CNMC podrá emitir informes y remitirlos a la autoridad competente según el procedimiento previsto en el artículo 26, así como con el mecanismo del artículo 28. Asimismo, la CNMC está legitimada para interponer recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional frente a actuaciones y disposiciones administrativas que se consideren contrarias a la libertad de establecimiento o de circulación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 27 de la ley.

El balance ofrece los siguientes datos: el 73 % de los informes emitidos por la CNMC lo han sido en procedimientos no contenciosos de consulta (art. 28), mientras que el 27 % restante lo ha sido por la vía de impugnación alternativa (art. 26); no ha habido, en cambio, ninguna interposición de recurso contencioso-administrativo (art. 27). Por otra parte, un 50 % de los actos y disposiciones analizados tienen un origen autonómico, un 32 % proceden de corporaciones locales y un 18 % proviene de la Administración General del Estado. Finalmente, el sector con mayor número de reclamantes es el terciario o de servicios, con un 73 % del total, seguido del secundario o industrial, con un 18 %, mientras que el sector primario únicamente representa el 9 % del total de los informes emitidos. El predominio del sector servicios puede explicarse por la existencia previa de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la mayor experiencia liberalizadora del citado sector.

Los principales principios vulnerados son los de necesidad y proporcionalidad de la intervención administrativa en la actividad económica (50 %), la eficacia nacional de las actuaciones administrativas (23 %) y la simplificación de cargas (14 %).

**Informe anual sobre competencia de la Comisión Europea**

El vicepresidente de la Comisión Europea (CE) y comisario responsable de la política de competencia ha presentado al Parlamento Europeo el *Informe anual sobre la política de competencia* en la Unión Europea correspondiente al año 2013.

En él se destaca la importancia de la política de competencia como instrumento para fomentar la competitividad al permitir a las empresas y economías europeas mejorar la eficiencia, incrementar la productividad y favorecer la innovación. Asimismo refleja como la aplicación de las normas de competencia a los cárteles y las medidas antitrust, al eliminar las barreras a la entrada de nuevas empresas y los acuerdos anticompetitivos entre las empresas, contribuyen a la reducción de los precios y el incremento de la calidad de los servicios tanto para la industria como para los consumidores. Por otra parte, se pone de manifiesto que el control de concentraciones mantiene los mercados abiertos, competitivos y eficientes. Finalmente, la política de control de las ayudas de Estado permite dirigir los recursos públicos hacia el objetivo del aumento del crecimiento económico.

Como actuaciones más relevantes en esta materia hay que señalar: *a*) en cuanto a las tareas legislativas, en primer lugar, la aprobación de la Directiva sobre reclamación de los daños causados por los cárteles y, en segundo lugar, la modernización de las normas sobre ayudas de Estado; *b*) por lo que se refiere a las prácticas anticompetitivas, los asuntos referidos a las tasas de las tarjetas de crédito, a los precios aplicados por las empresas de telecomunicaciones, a los pactos entre las empresas fabricantes de teléfonos inteligentes, a los medicamentos genéricos y a los comportamientos de la empresa Google, y *c*) por lo que se refiere a las ayudas públicas, las concedidas a los bancos en crisis y a la operatividad de los aeropuertos regionales.

**Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de importancia menor**

La Comisión Europea ha publicado la *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101.1 del TFUE* (también denominada «Comunicación *de minimis*»).

Se trata de una revisión de la anterior comunicación cuya finalidad es ayudar a determinar cuándo los acuerdos entre empresas tienen poca importancia y, por tanto, no les resulta aplicable la prohibición de las prácticas colusorias anticompetitivas contenida en las normas comunitarias europeas de la competencia. Esta regla permite al mismo tiempo que la Comisión destine sus recursos personales y materiales a la persecución de los acuerdos entre empresas que puedan distorsionar gravemente la competencia en el mercado interior (2014/C291/01, *DOUE* del 30 de agosto del 2014).

La nueva comunicación, siguiendo a la anterior, establece que la Comisión Europea va a considerar que un acuerdo no produce una restricción importante o apreciable de la competencia cuando la cuota de mercado conjunta de las empresas partícipes no sobrepase el 10 % del mercado relevante si se trata de acuerdos entre empresas competidoras (acuerdos horizontales) o el 15 % del mercado si se trata de empresas no competidoras (acuerdos verticales).

La principal novedad de esta nueva comunicación consiste en determinar que aquellos acuerdos cuya finalidad es restringir la competencia (las denominadas restricciones por objeto) no pueden ser considerados de menor importancia y van a constituir una grave e importante restricción de la competencia, sea cual sea la cuota de mercado de los partícipes.

La comunicación se completa con unas directrices sobre las restricciones de la competencia por objeto con la finalidad de definir qué tipo de acuerdos pueden beneficiarse de la comunicación sobre acuerdos de menor importancia.

# Prácticas prohibidas

## Cártel de fabricantes de equipos contra incendios

La CNCM ha impuesto una multa de 2,13 millones de euros a seis empresas que operan en el mercado de los equipos contra incendios por establecer acuerdos de fijación de precios y de reparto del mercado entre los años 2010 y 2012 (Resolución de 26 de junio del 2014).

El comienzo de la investigación tuvo su origen en una **solicitud de clemencia** presentada por una de las empresas del cártel en la que se ponía de manifiesto la existencia de posibles prácticas anticompetitivas en este mercado. A raíz de la información se abrió una investigación en la cual se efectuaron inspecciones simultáneas en las sedes de varias empresas relacionadas con esta posible infracción. Las pruebas obtenidas motivaron la incoación de un expediente sancionador contra las empresas implicadas.

La resolución considera probado que el cártel lo empezaron tres de las empresas, que además ejercieron de líderes y presionaron a las restantes para que se incorporaran a él mediante la amenaza cierta de expulsarlas del mercado. La resolución considera este comportamiento un agravante para el cálculo de la multa impuesta. Asimismo, estima que este cártel ha tenido un carácter especialmente dañino, tanto por su extensión geográfica (todo el territorio nacional) como por su alcance económico (debido a la elevada cuota del mercado conjunto de las empresas infractoras), y sanciona a las empresas partícipes con una multa total de 2 136 975 euros.

La CNMC, sin embargo, exime del pago de la multa a la empresa solicitante de clemencia, ya que fue la primera en aportar elementos de prueba que permitieron la apertura de la investigación, y rechaza en cambio la solicitud de reducción de multa de otra empresa porque no ha facilitado elementos de prueba que aportaran un valor añadido a los que ya poseía.

## Recomendación de precios y condiciones comerciales

La CNMC ha sancionado a Astraco, asociación provincial de autopatronos y empresarios de transporte de contenedores por carretera de la provincia de Alicante, con una multa de 200 000 euros por una infracción única y continuada consistente en recomendar a sus asociados precios y condiciones comerciales y limitar y controlar el servicio de transporte terrestre de contenedores por carretera con origen, escala o destino en el puerto de Alicante (Resolución de 10 de julio del 2014).

La sanción también obliga a Astraco a difundir la resolución entre los asociados.

## Abuso de posición dominante

**Sanción a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española por limitar la contratación y por obstaculización**

La CNMC ha impuesto a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española una multa de 152 833,32 euros por las siguientes prácticas anticompetitivas de abuso de posición dominante: por modificar en el 2011 los requisitos exigidos por el Reglamento de concursos morfológico-funcionales de caballos de pura raza española para actuar como secretaría técnica; por imponer a las secretarías técnicas de los concursos morfológicos la publicación *on line* de los resultados de dichos concursos en la web de la asociación, y por imponer a los comités organizadores de los concursos la cesión a la asociación del material gráfico y sus derechos de publicación (Resolución de 17 de julio del 2014).

La resolución considera como mercados relevantes afectados: el mercado de gestión de los libros genealógicos de caballos de pura raza española, que, aunque son registros públicos del Ministerio de Agricultura, su gestión corresponde a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española; el mercado de reglamentación y ordenación de los concursos morfológico-funcionales; el mercado de secretarías técnicas de los concursos, y el mercado de los programas informáticos homologados.

En los citados mercados, la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española ocupa una posición dominante al ser la única entidad reconocida en España para la gestión del mencionado libro registro y para la regulación de los concursos morfológico-funcionales.

Durante la tramitación del expediente, el Consejo de la CNMC acordó, como medida cautelar, la suspensión de la modificación reglamentaria.

La resolución cuenta con dos votos particulares. El primero de ellos considera que la denuncia debería haberse

archivado y no haberse incoado el expediente sancionador por cuanto la conducta de la asociación tenía amparo legal. El segundo estima también que el expediente debería haberse archivado y que, de no hacerlo, la multa impuesta a la asociación debería ser de 63 403 euros, fundamentalmente por dos razones: porque, si se aplican los criterios de la comunicación de la CNC, las multas resultan ser muy superiores a las que de manera estricta establece la Ley 15/2007 y porque, al computar el importe del límite máximo de la sanción, ha de tomarse como base el volumen de negocios alcanzado por la empresa infractora en el mercado afectado por la práctica en cuestión.

**Sanción a Endesa por cobro indebido**

La CNMC ha impuesto una multa de 1,18 millones de euros a Endesa Distribución por abusar de su posición de dominio en el mercado de las instalaciones eléctricas reservadas al distribuidor entre los años 2009 y 2012 (Resolución de 10 de julio del 2014).

La conducta abusiva consistía en el cobro indebido por ejecutar instalaciones de nueva extensión de red en casos en los que correspondería a la empresa distribuidora asumir la ejecución de tales instalaciones cobrando únicamente los derechos de extensión vigentes. Endesa Distribución se benefició así injustamente de su posición de dominio en el mercado de las instalaciones eléctricas reservadas en las zonas de distribución que gestiona. La resolución considera probado que Endesa Distribución no sólo no cumplió con los deberes de especial atención y cuidado que le correspondían como distribuidor monopolista, sino que aprovechó precisamente dicha posición privilegiada que ocupaba en el ámbito de sus redes de distribución para aplicar la norma sectorial de forma arbitraria en función de sus propios intereses.

En la determinación de la sanción se ha aplicado a Endesa Distribución el agravante de reiteración, en una cuantía del 10 %, porque ya había sido sancionada en dos ocasiones anteriores (expedientes 606/05 y S/0211/09) por infracciones de abuso de posición dominante en el mercado de las instalaciones eléctricas.

**Archivo de actuaciones**

La CNMC ha archivado los expedientes sancionadores incoados a Iberdrola Generación, Gas Natural SDG y E. ON Generación por presunta manipulación del precio de la energía eléctrica entre el 1 de enero del 2011 y el 31 de diciembre del 2012 (art. 60*a*.15 Ley 54/1997).

Se trataba de prácticas derivadas de la aparente autoexclusión del mercado diario de las centrales de carbón de importación Guardo 1 (Iberdrola Generación), Meirama (Gas Natural SDG) y Puertollano (E.ON Generación). El Consejo de la CNMC ha estimado, sin embargo, que pese a la existencia de indicios de que existió una manipulación fraudulenta del mercado, la finalidad de alterar el precio por parte de las tres compañías no resulta demostrada con claridad, de modo que procede el sobreseimiento de las actuaciones.

## Incumplimiento de resoluciones de la autoridad de competencia

**Sanción a la empresa Cercasa**

La CNMC ha sancionado con una multa de 50 000 euros a la Compañía Cervecera de Canarias, S. A. (Cercasa), por el incumplimiento de la obligación de modificar una cláusula de sus contratos de distribución que le había sido impuesta por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo del 2007, confirma da por las sentencias de la Audiencia Nacional de 8 de octubre del 2010 y del Tribunal Supremo de 12 de septiembre del 2013.

La cláusula en cuestión imponía a los distribuidores un volumen de compras mínimas que les impedía abastecimientos alternativos. Aunque Cercasa presentó con posterioridad a la resolución diferentes redacciones alternativas a la cláusula considerada anticompetitiva, éstas no fueron aceptadas hasta la propuesta presentada el 7 de enero del 2014, que modificaba la obligación de compra mínima por la de adquirir a Cercasa un 80 % del máximo de sus compras.

Por otra parte, la CNMC, frente a la alegación de Cercasa de que para la imposición de una sanción se precisa que el infractor haya actuado con dolo o negligencia, considera que Cercasa tenía un conocimiento privilegiado sobre qué tipo de cláusulas no subsanaban los problemas de competencia detectados y, por tanto, no cumplían de modo satisfactorio las exigencias derivadas de la Resolución del TDC del 2007 y concluye que ha incumplido de forma intencionada la obligación impuesta por la resolución del TDC desde el 3 de septiembre del 2017 hasta el 7 de enero del 2014.

**Incoación de expediente sancionador a Repsol, Cepsa y BP**

La CNMC ha incoado expedientes sancionadores contra Repsol, Cepsa y BP por incumplimiento de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio del 2009, que declaró acreditada la existencia de una práctica colusoria de las citadas empresas consistente en la fijación indirecta del precio

de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo así la competencia entre las estaciones de servicio de su red y el resto de las estaciones de servicio.

Estos expedientes serán tramitados según el procedimiento previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## Control de concentraciones

Durante este periodo se han notificado quince operaciones de concentración cuyo desglose por la modalidad de la operación sería el siguiente: diez operaciones de control exclusivo; dos operaciones de adquisición de activos y una de adquisición de rama de actividad; una operación de control conjunto y una operación de fusión de sociedades. De estas operaciones, doce han sido aprobadas en primera fase; una (J. Delclaux/Cemusa), en segunda fase y dos han sido objeto de archivo.

**Cumplimiento de compromisos**

La CNMC ha autorizado la propuesta de cumplimiento de determinados compromisos a los que quedó subordinada la aprobación de la compra de Petrocat por Repsol. Estos compromisos obligaban a Repsol a que, a resultas de la operación, no viese incrementada su cuota de mercado por puntos de venta en determinadas provincias, teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley 11/2013. Para ello Repsol debía realizar ciertas transacciones a fin de que su red no se incrementara en un número concreto de estaciones de servicio por provincia (diecisiete en la de Barcelona, cuatro en la de Tarragona, una en la de Lérida y una en la de Madrid). Adicionalmente, Repsol permutaría la estación de servicio Font Freda (en Tagamanent, Barcelona) con un tercero o, como alternativa, con una estación de servicio de su red próxima a ella.

Analizada la propuesta de Repsol, el director de Competencia acordó aceptar y autorizar todas las transacciones pendientes excepto una de ellas, con respecto a la cual Repsol deberá presentar una nueva propuesta.

Queda pendiente la autorización del cumplimento del resto de los compromisos incluidos en la Resolución de 3 de abril del 2014 y, en concreto, el relativo a garantizar que, del aprovisionamiento que efectúe Petrocat, un mínimo provenga de terceros operadores distintos de Repsol o de sociedades del grupo Repsol.

**Sanción por ejecutar una operación de concentración antes de ser notificada**

La CNMC ha sancionado a la sociedad Essilor con una multa de 5065 euros (el 0,0001 % de su facturación a nivel mundial) por haber notificado formalmente el 10 de febrero del 2014 la operación de adquisición del 50 % del capital de la empresa Polycore, que había sido ya ejecutada el 8 de julio de dicho año. Se da la circunstancia de que Essilor había informado por escrito a la CNMC el 26 de noviembre del 2013 sobre la adquisición y había indicado que estaba preparando un borrador de notificación.

La operación de concentración fue, sin embargo, autorizada en primera fase por la Resolución de 6 de marzo del 2014.

# Breves por sectores (Unión Europea)

## Competencia

### Productos farmacéuticos

**Multa de más de 427 millones de euros a Servier y a cinco fabricantes de genéricos.** La Comisión Europea ha impuesto una multa de 427,7 millones de euros a la farmacéutica francesa Servier y a cinco fabricantes de genéricos —Niche/Unichem, Matrix (ahora parte de Mylan), Teva, Krka y Lupin— por concluir una serie de acuerdos con el objetivo de proteger el medicamento perindopril de la competencia ejercida por productos genéricos rivales. Aunque la patente para la molécula del perindopril —fármaco contra la hipertensión líder de ventas— expiró en el 2003, la actividad de los competidores se vio restringida por patentes secundarias. Servier consiguió retrasar hasta el 2007 la comercialización de genéricos de perindopril tanto con la compra de tecnología como mediante transacciones acordadas entre los años 2005 y 2007 en litigios sobre patentes iniciados por los fabricantes de genéricos. En virtud de dichas transacciones, estos últimos se abstenían de competir a cambio de un porcentaje de los ingresos de Servier.

### Nuevas tecnologías

**La Comisión Europea multa con más de 318 millones de euros a varios fabricantes de chips para tarjetas.** La sanción se impone a Philips, Samsung e Infineon por coordinar precios entre el 2003 y el 2005 en el sector de la fabricación de chips para tarjetas inteligentes (tales como las tarjetas bancarias, las de identidad o las SIM de los teléfonos móviles). La cuarta empresa participante en el cártel, la japonesa Renesas (antigua empresa conjunta de Hitachi y Mitsubishi) ha sido eximida del pago de la multa por haber revelado la existencia del cártel a la Comisión. La alemana Infineon ha recibido la multa más elevada —casi 83 millones de euros— frente a los 20 millones impuestos a la holandesa Philips y a los 35 millones a la surcoreana Samsung, que se ha beneficiado de una reducción del 30 % por colaborar durante la investigación. La Comisión Europea ha concluido que estas empresas mantuvieron contactos bilaterales para coordinar las respuestas que les debían dar a los clientes que reclamaban bajadas de precios. Además, según la Comisión, las empresas investigadas intercambiaron datos sobre su estrategia comercial, su capacidad de producción y sobre la situación del mercado.

## Concentraciones

### Telecomunicaciones

**La Comisión Europea somete a condiciones la autorización de la adquisición de E-Plus por Telefónica Deutschland.** La Comisión ha autorizado con condiciones la compra de E-Plus —filial alemana del operador holandés KPN— por parte de Telefónica. La operación, que da lugar a la unión del tercer y cuarto operadores más importantes de Alemania, suscitó preocupaciones, tal y como se notificó en principio a la Comisión, por el posible aumento de precios y debilitamiento de la posición de los operadores móviles virtuales (OMV), todo ello en detrimento del consumidor. En consideración de lo anterior, la Comisión ha supeditado su autorización a tres condiciones, a saber: *a*) que Telefónica venda el 30 % de la capacidad de red de la entidad resultante a uno o varios operadores para garantizar la competencia en el mercado alemán de telefonía móvil; *b*) que Telefónica desinvierta en frecuencias radioeléctricas y ciertos activos a favor, ya sea de un nuevo operador que entre en el mercado, ya sea de operadores que hayan obtenido capacidad de red tal y como se prevé en la primera condición, y *c*) que Telefónica extienda los acuerdos de venta mayorista que tiene tanto con sus socios como con los de E-Plus y ofrezca servicios de 4G a todos los actores interesados en el futuro.

**La Comisión Europea autoriza la adquisición de ONO por Vodafone.** La Comisión ha aprobado la adquisición de la española ONO por parte de la operadora británica Vodafone. El resultado de la investigación llevada a cabo por la Comisión confirma que las actividades de las dos empresas son en gran medida complementarias, ya que ONO opera principalmente en el sector de las telecomunicaciones fijas, mientras que Vodafone lo hace fundamentalmente en el de las móviles. En cuanto a los solapamientos que existen entre las actividades de las partes, la Comisión ha concluido que éstos son limitados y que la entidad resultante continuará enfrentándose a

competidores importantes como Telefónica, Orange y Jazztel. Asimismo, si bien la operación da lugar a ciertas relaciones verticales y de conglomerado en los mercados de las telecomunicaciones fijas y móviles en España —en particular en relación con la prestación de servicios múltiples incorporados—, la investigación ha revelado que no se producirá una exclusión de operadores en los mercados de servicios múltiples debido a la disponibilidad de operadores alternativos y a las obligaciones reglamentarias de acceso al por mayor a servicios móviles y fijos.

### Materiales de construcción

**La Comisión Europea aprueba la adquisición de Holcim por Cemex.** La Comisión ha autorizado la adquisición de las operaciones españolas de la empresa suiza de materiales de construcción Holcim (fábricas y canteras dedicadas a la producción y el suministro de cemento, agregados, hormigón preamasado y mortero en España) por parte de su competidor mejicano Cemex. La aprobación se produce tras una investigación exhaustiva empezada en abril del 2014 debido a las dudas sobre la posible reducción de la competencia en el mercado del cemento gris como consecuencia de la transacción. Dicha investigación ha demostrado que la entidad resultante continuará enfrentándose a varios competidores en los diferentes mercados relacionados con las instalaciones de producción de cemento gris en el este de España.

## Jurisprudencia

### Pagos electrónicos

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma la prohibición de las tasas multilaterales de intercambio aplicadas por MasterCard.** La Comisión Europea declaró en el 2007 que las tasas multilaterales de intercambio (TMI) aplicadas en el sistema de pago con tarjetas de MasterCard eran incompatibles con el derecho de la competencia de la Unión Europea y ordenó el cese de su utilización. Dichas tasas representan una fracción del precio de una transacción con tarjeta que retiene el banco emisor de ésta y suponen un importe mínimo de los gastos facturados a los comerciantes. MasterCard presentó un recurso de anulación contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal General de la Unión Europea, que en el 2012 confirmó las conclusiones de la Comisión. MasterCard recurrió dicha sentencia en casación ante el Tribunal de Justicia que, una vez más, ha desestimado sus pretensiones. La sentencia establece que el Tribunal General declaró acertadamente que las tasas controvertidas tenían efectos restrictivos sobre la competencia y no resultaban necesarias para el funcionamiento del sistema MasterCard. El Tribunal de Justicia también ha confirmado que el Tribunal General no estaba obligado a examinar qué ventajas podrían ofrecer las TMI a los titulares de las tarjetas porque dichas ventajas no compensan, por sí mismas, las restricciones derivadas de las TMI.

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara el concepto de restricción «por objeto».** El Tribunal de Justicia ha anulado la sentencia del Tribunal General en el asunto T-491/07, Groupement des Cartes Bancaires (CB) contra la Comisión. El Tribunal de Justicia entiende que el Tribunal General había estimado sin suficiente fundamento que las medidas tarifarias aprobadas por la asociación bancaria francesa CB tenían por objeto restringir la competencia. Dichas medidas consistieron en 1) un derecho que debían pagar los miembros cuando su actividad de emisión de tarjetas superara un determinado umbral; 2) una modificación del derecho de adhesión que debían abonar los nuevos miembros, que incluía un derecho fijo y un derecho complementario de adhesión aplicable a los miembros cuyo número de tarjetas CB emitidas superara cierto umbral en un momento dado, y 3) un derecho por cada tarjeta emitida, que debían pagar los miembros poco activos antes de la fecha de entrada en vigor de las medidas. El Tribunal de Justicia ha considerado que el Tribunal General —que había confirmado la decisión de prohibir dichas medidas dictada por la Comisión en el 2007— había expuesto los motivos por los que las medidas podían restringir la competencia atendiendo a su formulación, pero no había justificado en absoluto que esa restricción de la competencia tuviera un grado de nocividad suficiente como para poder ser calificada de restricción por objeto. Así, el Tribunal de Justicia ha señalado que el concepto de restricción de la competencia por objeto sólo puede aplicarse a ciertos tipos de restricciones que revelen *per se* un grado tal de nocividad para la competencia que permita a la autoridad prescindir del análisis de sus posibles efectos anticompetitivos. Asimismo, este tribunal ha recordado que para apreciar si un acuerdo tiene dicho grado de nocividad debe atenderse a la naturaleza de los productos o servicios afectados, así como a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados afectados.