



Notas de Competencia



Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo

2021 N.º 32

Contenido

Los pactos de no competencia en el derecho de sociedades 4

Mosaico 13

- Noticias 13
 - Nombramientos en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) 13
 - La CNMC publica las líneas estratégicas que marcarán su actividad en los próximos años 13
 - *Guía sobre la cuantificación de daños por infracciones de la competencia* 14
 - Investigación conjunta de la CNMC y la Autoridad de Competencia portuguesa 14
- Prácticas prohibidas 15
 - Cártel de transportes de viajeros en Cantabria y recomendación de precios 15
 - Cártel de empresas consultoras 16
 - Cártel de empresas de servicios de conservación de carreteras 18
- Control de concentraciones 20
- Jurisprudencia 20
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo del 2021. Cooperación necesaria en un cártel de intercambio de información entre competidores 20

- Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de mayo del 2021, de 17 de mayo y de 7 de junio del 2021. Intercambios de información como infracciones por objeto de las normas de competencia 22

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de mayo del 2021. Reparto de mercado mediante una unión temporal de empresas (UTE) ... 22

Breves por sectores (Unión Europea) 24

- Propuestas legislativas 24
 - Digital 24
 - Las autoridades nacionales de competencia instan a la Comisión Europea a compartir la propuesta de la Ley de Mercados Digitales 24
 - El Parlamento Europeo publica un proyecto de informe sobre la Ley de Mercados Digitales ... 24
 - Revisión de legislación 25
 - La Comisión publica un proyecto de Reglamento sobre los acuerdos verticales y unas directrices sobre las restricciones verticales 25
 - La Comisión amplía el ámbito de aplicación del Reglamento General de exención por categorías 25
 - La Comisión adopta una nueva Comunicación sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales 26

<ul style="list-style-type: none"> • La Comisión propone un nuevo reglamento para abordar las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado interior 26 	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisprudencia 28 <ul style="list-style-type: none"> — Competencia..... 28 <ul style="list-style-type: none"> • El Tribunal de Justicia aclara los órganos jurisdiccionales competentes en materia de acciones por daños y perjuicios..... 28
<ul style="list-style-type: none"> • Competencia..... 27 <ul style="list-style-type: none"> — La Comisión Europea multa a los fabricantes de automóviles con 875 millones de euros por restringir la competencia en la limpieza de emisiones de los turismos..... 27 — La Comisión Europea publica el informe de competencia 2020 27 	<ul style="list-style-type: none"> • Ayudas de Estado 29 <ul style="list-style-type: none"> — El Tribunal General anula la decisión de la Comisión sobre los impuestos impagados de Amazon en Luxemburgo y confirma la decisión de la Comisión respecto de Engie 29

Los pactos de no competencia en el derecho de sociedades

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Los pactos de no competencia son unos acuerdos entre partes por los cuales una de ellas se compromete a no desarrollar una actividad que compita con la otra. Este tipo de pactos generan una obligación de tipo negativo que consiste en que la parte deudora debe abstenerse de hacer competencia a la contraparte acreedora. Esta obligación de no competencia puede referirse tanto al periodo de tiempo en el que las partes llevan a cabo una determinada actividad (obligación contractual de no competencia) como al periodo de tiempo posterior al cese de la citada actividad (obligación postcontractual de no competencia); asimismo, la obligación puede venir impuesta por una norma legal o derivar de un pacto de naturaleza contractual o estatutaria en el caso de las sociedades mercantiles.

2. Pactos de no competencia y derecho de la competencia

- 2.1. Desde la óptica del derecho de la competencia, los pactos de no competencia son evidentemente anticompetitivos y, en principio, están prohibidos si realmente impiden, restringen o falsean la competencia y producen efectos en todo el mercado español o en parte de él (art. 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia o LDC) o sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros de la Unión Europea (art. 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE) y, en consecuencia, son nulos de pleno derecho y, por tanto, carecen de validez. Recordemos a estos efectos, que tanto la norma comunitaria europea como la española prohíben, junto con los acuerdos entre operadores económicos, las

decisiones colectivas, esto es, las adoptadas por los órganos de las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, cuando generan un efecto anticompetitivo.

- 2.2. Esta prohibición no es, sin embargo, absoluta. Dado que los acuerdos anticompetitivos son heterogéneos y persiguen finalidades muy diversas y a veces, pese a la restricción de la competencia que comportan, resultan eficientes por producir un impacto positivo sobre la economía o el bienestar de los consumidores, tanto en el derecho comunitario europeo como en el derecho español se ha establecido un sistema que flexibiliza la norma prohibitiva de los artículos 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y la declara inaplicable a los acuerdos entre operadores económicos que contribuyen a mejorar la producción de bienes o servicios o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que las restricciones sean razonables, beneficien a los consumidores o usuarios y no eliminen totalmente la competencia en el mercado (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC).

Por otra parte, en el derecho español se establece también una exención de la prohibición para las conductas colusorias que resulten de la aplicación de una ley (art. 4.1 LDC). Se trata de una exención legal que cubre solamente las conductas anticompetitivas que tienen un amparo efectivo en una ley formal, de modo que quedarán al margen de ella las conductas restrictivas de la competencia que deriven del ejercicio de potestades administrativas o

sean causadas por actuaciones de los poderes públicos que no tengan amparo expreso en una ley (art. 4.2 LDC).

- 2.3. En el ámbito del derecho de sociedades, los pactos de no competencia pueden darse tanto en lo que podríamos denominar la esfera interna de la propia sociedad, esto es, en las relaciones entre la sociedad y sus socios o entre la sociedad y sus administradores y directivos, como en la esfera externa de las relaciones de la sociedad con terceros, especialmente personas o sociedades competidoras.

En este trabajo analizaremos solamente los pactos de no competencia que afectan a la esfera interna de la sociedad, esto es, a los socios o a los administradores y directivos de una sociedad.

3. Los pactos de no competencia entre la sociedad y sus administradores o directivos

Como anteriormente se ha indicado, este tipo de pactos pueden darse mientras subsiste la relación societaria o contractual entre la sociedad y sus administradores o directivos empresariales (pactos contractuales de no competencia) o una vez finalizada dicha relación (pactos post-contractuales de no competencia).

3.1. *Pactos contractuales de no competencia*

El establecimiento de un pacto expreso de no competencia de tipo contractual no resulta necesario, en principio, en las sociedades mercantiles con respecto a los administradores porque el deber de lealtad, consistente en defender el interés social por encima de los intereses

personales, les impide desarrollar una actividad competitiva con la sociedad. Esta regla resulta de aplicación generalizada a las sociedades personalistas, porque, aunque el Código de Comercio no contiene ninguna norma que expresamente lo establezca, sin embargo, el reconocimiento generalizado por la doctrina y la jurisprudencia de la existencia de dicho deber de lealtad, de un lado, y la interpretación sistemática y teleológica de los preceptos de dicho código que regulan las sociedades colectivas y comanditarias, de otro, llevan a esa misma conclusión. En efecto, nuestro Código de Comercio establece, por una parte, que, en las sociedades colectivas, «todos [los socios] tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad» (art. 129) y algo similar sucede en las sociedades comanditarias cuando se prescribe que «los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía» (art. 148), esto es, intervenir en la gestión que queda reservada a los socios colectivos, lo que puede interpretarse como que los socios colectivos son los administradores de este tipo de sociedades; por otra parte establece, que, «[e]n las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrán sus individuos hacer operaciones por cuenta propia, sin que preceda consentimiento de la sociedad» (art. 136), pero, «[s]i la compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en el que haya de ocuparse, los socios podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode,

con tal que no pertenezca a la especie de negocios a la que se dedique la compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario» (art. 137). La lectura e interpretación de estos artículos del Código de Comercio, permiten concluir que los administradores de las sociedades personalistas están sujetos a una obligación legal de no competencia con respecto a las sociedades que gestionan, la cual, sin embargo, admite dispensa mediante autorización de la propia sociedad o pacto especial en contrario. Las sanciones previstas para el caso en que se vulnere esta obligación de no competencia serán la exclusión del socio administrador (art. 218.5), la aportación a la sociedad de las ganancias obtenidas en estas operaciones y la imputación de las pérdidas, si las hubiere, al administrador (art. 136.2) y la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 144).

En las sociedades de capital nos encontramos, en cambio, con una situación diferente, porque la obligación contractual de no competencia de los administradores con la sociedad se establece expresamente en la norma reguladora. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 (LSC), establece con carácter general, en el contexto del deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de intereses, una prohibición de competencia en los siguientes términos: «[d]esarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la

sociedad» (art. 229f LSC) y, en el contexto del régimen del carácter imperativo de la norma y la posibilidad de dispensa, en primer lugar, que el deber de lealtad es imperativo y no son válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias a él (art. 230.1 LSC) y, en segundo lugar, que «[l]a obligación de no competencia con la sociedad sólo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general» (art. 230.3 LSC). En este caso, se trata de una obligación que, por su carácter accesorio e instrumental, puede ser objeto de dispensa, pero siempre caso por caso y nunca con carácter general. Los efectos de la transgresión de esta prohibición serán, de un lado, la responsabilidad del administrador por los daños y perjuicios causados a la sociedad y a los socios (art. 236 LSC) y, de otro, el cese del administrador por la junta general, a instancia de cualquier socio, cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante (art. 230 LSC).

En las sociedades cooperativas existe un régimen jurídico similar con respecto a la obligación de los administradores de no hacer competencia a la sociedad, aunque se formula legalmente de manera distinta, puesto que se enmarca en las normas sobre incompatibilidades y prohibiciones para ser administrador. La Ley 27/1999, de Cooperativas, establece que «no podrán ser consejeros» (son los miembros del consejo rector, que es el órgano de administración de

las sociedades cooperativas) «[q]uienes desempeñen o ejerzan por cuenta propia o ajena actividades competitivas o complementarias a las de la cooperativa, salvo que medie autorización expresa de la asamblea» (art. 41.1b).

La misma regla se aplica también a los directivos de la sociedad porque la obligación de no competencia existe de pleno derecho o deriva de su propio estatuto laboral (Real Decreto 1382/1985, que regula su relación laboral de carácter especial).

En conclusión, los pactos contractuales de no competencia no son, en principio, necesarios, por existir una obligación legal que prohíbe a los administradores y directivos hacer competencia a la sociedad en la que desarrollan sus funciones. No obstante, si se establecieran, consideramos que quedarían amparados por la exención legal del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia por el hecho de incorporar o desarrollar una restricción de competencia que viene impuesta por una disposición legal.

3.2. *Pactos postcontractuales de no competencia*

A diferencia de lo expuesto en el apartado anterior, no existe una norma legal de carácter general que ampare los pactos postcontractuales de no competencia establecidos entre la sociedad y sus administradores y directivos, de modo que hay que plantearse la cuestión de su licitud desde el punto de vista del derecho de la competencia. En efecto, cesado el administrador, se extingue también la prohibición de hacer

competencia a la sociedad que deriva de su posición orgánica en el seno de la sociedad porque ya no hay conflicto de intereses y el principio constitucional de la libertad de empresa ampara la realización de actividades económicas por parte de cualquier persona siempre que se respeten las normas de competencia, tanto en su faceta antitrust como desde la óptica de la competencia desleal (sirvan de ejemplo las conductas de mantenimiento de una exclusividad o reserva de actividad por parte de la sociedad, de divulgación o utilización de secretos empresariales, de captación de empleados o clientela de la sociedad, de obstaculización de su actividad, de aprovechamiento de oportunidades de negocio o de la reputación ajena, así como cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe).

Existen, sin embargo, supuestos puntuales en los que dichos pactos postcontractuales están legalmente regulados: tal es el caso, en primer lugar, de las sociedades anónimas cotizadas en las que, en materia de remuneraciones por funciones ejecutivas, se prevén «indemnizaciones [...] por terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia postcontractual y permanencia o fidelización» (art. 529 *octodecies* LSC), pactos que se presumen lícitos siempre que cumplan los requisitos exigidos para su validez; estos pactos normalmente figurarán en el contrato que se celebre entre la sociedad y el consejero delegado o los consejeros con funciones ejecutivas. Y lo mismo sucede con la regulación laboral

especial de los directivos empresariales que expresamente se refiere a la posibilidad de establecer tales pactos, a su alcance y contenido y a su carácter retribuido (Real Decreto 1382/1985). El artículo 8 de la citada norma establece lo siguiente:

Uno. El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario.

Dos. Cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la empresa durante un periodo de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquel abandona el trabajo antes del término fijado.

Tres. El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello. b) Que satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.

Estos supuestos, al igual que sucedía con los pactos de naturaleza contractual desarrollados en el apartado anterior, quedarían amparados por la exención legal establecida en el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia siempre que cumplieran los requisitos para su validez que más adelante veremos.

Fuera de estos casos, los pactos postcontractuales de no competencia constituyen, sin lugar a dudas, auténticos acuerdos anticompetitivos, puesto que reúnen todos los elementos del tipo de las prácticas colusorias, prohibidas por los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia: se trata de un intercambio o coordinación de voluntades llevado a cabo por personas u operadores económicos para restringir la competencia en el mercado. Ahora bien, hay que señalar a este respecto que, como anteriormente se ha indicado, tanto en el derecho comunitario europeo como en el derecho español no se establece una prohibición absoluta de los acuerdos que restringen, falsean o eliminan la competencia, sino una prohibición flexible que permite someter los acuerdos a un balance concurrencial, que dará como resultado la no aplicación de la prohibición a aquellos acuerdos anticompetitivos que reúnan los siguientes requisitos: a) que generen ventajas de tipo económico (eficiencias); b) que beneficien a los consumidores; c) que no eliminen totalmente la competencia, y d) que incorporen únicamente restricciones de competencia que estén justificadas y sean proporcionales con los objetivos del pacto (arts. 101. 3 TFUE y 1.3 LDC).

A la vista de lo expuesto, es posible concluir con carácter general que los pactos postcontractuales de no competencia entre la sociedad y sus administradores y directivos son eficientes tanto desde un punto de vista económico como jurídico. En efecto, teniendo en cuenta la posición que los

administradores y directivos ocupan en el seno de la sociedad y la información que manejan sobre la operativa y las estrategias empresariales y siendo conscientes de que el conocimiento de dichos factores (*know how* específico) pertenece a la sociedad, así como también de que dichos factores son esenciales para ella por razones empresariales, comerciales y competitivas, hay que concluir que su preservación es esencial para que exista competencia efectiva en el mercado, de modo que es preciso articular un sistema que no permita que sea utilizado por aquellos una vez que han dejado de desempeñar sus funciones en la sociedad ni llegue a conocimiento o pueda ser utilizado por los competidores. Desde este punto de vista, si la finalidad del pacto contractual o postcontractual de no competencia es garantizar que el traslado de ese conocimiento a un competidor puede perjudicar a la sociedad que anteriormente los administradores y directivos administraban o dirigían, el tratamiento jurídico que se debe otorgar a los pactos de no competencia debe ser idéntico al que se otorga en los casos de existencia de relaciones laborales (contratos de trabajo) o mercantiles (venta de empresas, contratos de suministro, distribución, transferencia de tecnología, etc.) por las mismas razones y con el mismo fundamento. En conclusión, los pactos postcontractuales de no competencia entre la sociedad y sus administradores y directivos, una vez producido el cese de sus funciones y liberados de sus obligaciones societarias o laborales, no deben considerarse prohibidos, sino exentos de la prohibición de las prácticas colusorias, siempre que

cumplan los requisitos que amparan la citada exención (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC) y los exigidos para su validez que serán objeto de estudio en el apartado 5 de este trabajo.

4. Pactos de no competencia entre la sociedad y sus socios

En el ámbito del derecho de sociedades se pueden establecer también pactos que prohíben la competencia entre la sociedad y sus socios. El fundamento de esta prohibición no se encuentra tanto en el deber de lealtad —que no se aplica con carácter general a los socios, salvo en algunos casos específicos y excepcionales, tales como los supuestos del socio de las sociedades profesionales, el socio industrial o el socio de control—, sino en el interés de la sociedad de preservar sus secretos industriales o comerciales y sus estrategias empresariales y evitar que sean conocidos o utilizados por los socios que desarrollan o pueden desarrollar una actividad similar a la de la sociedad.

Al igual que sucedía en el supuesto anterior de los pactos de competencia entre la sociedad y sus administradores o directivos, estos pactos pueden ser de tipo contractual o estatutario (por ejemplo, el socio industrial se obliga a no competir con la sociedad o se impone al socio como prestación accesorio; véase la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio del 2015) o de tipo postcontractual (por ejemplo, el vendedor de las acciones o participaciones se obliga a no iniciar una actividad que compita con la de la sociedad). Asimismo, desde el punto de vista del derecho de la competencia, la obligación de no competencia entre la sociedad y los socios puede venir impuesta por

una norma legal, como sucede en el caso de las sociedades personalistas, cooperativas y profesionales, o por un pacto de naturaleza contractual o estatutaria. En el primero de los supuestos se aplicará la exención legal con respecto a la prohibición de las prácticas colusorias (art. 4 LDC), mientras que en el resto de los casos, tales pactos serán considerados en principio restrictivos de la competencia y, por tanto, sometidos a las prescripciones de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (STJCE de 17 de noviembre de 1987, as. Bat/Reynolds).

Como se acaba de indicar, el Código de Comercio prohíbe que los socios de las sociedades personalistas lleven a cabo por su cuenta actividades mercantiles si dicha conducta no ha sido consentida por la sociedad (art. 136), pero, si la sociedad ha determinado claramente en la escritura de constitución su objeto social, los socios podrán desarrollar todo tipo de actividades siempre que no pertenezcan a las propias del objeto social o compitan con ellas, de no existir pacto especial en contrario (art. 137). La sanción prevista para el caso de que se vulnere esta obligación de no competencia será la imputación de las ganancias obtenidas a la sociedad y de las pérdidas al socio (art. 136.2), así como la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 144). Asimismo, la Ley 27/1999, de Cooperativas, establece que el socio no puede competir con la sociedad, salvo autorización expresa del consejo rector (art. 15f). Y una regla similar se contiene en la Ley 2/2007 para los socios de las sociedades profesionales, aunque por la vía de la incompatibilidad derivada de la normativa deontológica de la profesión (art. 9). En estas dos últimas leyes, el incumplimiento de la prohibición

de no competencia se sanciona con la exclusión del socio. En el resto de los casos, tanto si se trata de pactos de no competencia contractuales —como los establecidos en los estatutos sociales o en los pactos parasociales— como de pactos postcontractuales de no competencia, habrá que analizar si se cumplen los requisitos legales que se establecen en los artículos 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, a los que nos hemos referido anteriormente, para que no se les aplique la prohibición de las prácticas colusorias por la vía de la exención individual, así como los requisitos generales de validez que se exponen en el apartado siguiente de esta publicación.

El pacto postcontractual de no competencia entre la sociedad y sus socios suele darse particularmente cuando se trata de socios de control, socios industriales o financieros o socios que han desarrollado una importante labor empresarial en el seno de la sociedad y la abandonan o transmiten sus acciones o participaciones. Se trata de situaciones que generan la misma problemática y han de recibir el mismo tratamiento que el enunciado anteriormente al analizar los pactos de no competencia entre la sociedad y sus administradores y directivos con posterioridad al cese de sus funciones.

5. Requisitos generales para la validez de los pactos de no competencia

Los pactos de no competencia presentan las siguientes características de tipo general:

a) Tener un carácter personal e individual, es decir, se establecen con un

determinado socio, administrador o directivo y no se extienden ni aplican a la generalidad de éstos.

- b) Referirse a una actividad idéntica, análoga o complementaria de la que constituye el objeto social o la actividad llevada a cabo normalmente por la sociedad.
- c) Comprender el ejercicio de una actividad competitiva con la de la sociedad desarrollada por el socio, administrador o directivo, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena o persona interpuesta.
- d) Tener un alcance limitado en virtud del principio constitucional de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 de la Constitución).

Desde la óptica del derecho de la competencia, estos pactos se considerarán anti-competitivos e ilegales si son generales e ilimitados, pero serán considerados válidos si cumplen los siguientes requisitos:

- a) carácter indispensable del pacto y existencia de un interés legítimo en el beneficiario;
- b) dimensión estricta ajustada a su función o inexistencia de una incidencia excesiva sobre la libertad económica individual del deudor;
- c) importancia de sus efectos sobre el mercado.

Con respecto al primer requisito, hay que señalar que se exige la necesidad del pacto, no la mera utilidad; la tutela del interés

social o la protección de los secretos empresariales o del valor de la clientela cumplirían este requisito.

Con respecto al segundo requisito, se exige que no se impida o elimine completamente la posibilidad de ejercer una actividad económica por parte del socio, administrador o directivo (prohibición absoluta). Por lo demás, la jurisprudencia (especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo del 2012) viene exigiendo que el pacto de no competencia debe tener limitado el objeto (actividad desarrollada efectivamente por la sociedad), el territorio (espacio geográfico en el que la sociedad lleva a cabo su actividad) y la duración (tiempo razonable durante el cual la actividad del socio, administrador o directivo puede incidir negativamente en la actividad económica de la sociedad).

En cuanto al tercero de los requisitos, la restricción de la competencia ha de ser importante o sensible porque, en otro caso, se aplicará la regla *de minimis* contenida en el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia, de modo que el pacto de no competencia quedaría excluido de la prohibición de las prácticas colusorias.

Por último, en cuanto a la compensación económica, hay que tener en cuenta que se trata de una cuestión de equidad enmarcable en el contexto del equilibrio de las obligaciones bilaterales. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

1) que ni la compensación económica ni la duración pueden quedar al arbitrio

de la sociedad (STS de 24 de septiembre de 1990);

- 2) que la compensación económica ha de ser pactada de antemano (STSJ de Madrid de 20 de febrero del 2009) y ha de ser proporcional al interés de la empresa y al sacrificio del deudor (STSJ de Cataluña de 14 de mayo del 2007);
- 3) que una duración razonable del pacto no debe exceder de tres años (SAP de Barcelona de 9 de mayo del 2008 y SAP de Madrid de 4 de diciembre del 2015);
- 4) que no cabe un desistimiento unilateral del pacto por parte de la sociedad (STS de 29 de octubre de 1990)

Finalmente hay que señalar que el desarrollo por el socio, el administrador o el directivo de una actividad competitiva con la de la sociedad puede ser considerado un acto de competencia desleal si constituye un comportamiento llevado a cabo en el mercado que además resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, lo que sucederá siempre que no se compita por eficiencia o por méritos. En relación con esta cuestión, los supuestos más frecuentes en la práctica son crear de forma directa o indirecta una sociedad competidora; asumir la administración de una sociedad competidora; divulgar y explotar los secretos comerciales o empresariales; inducir a trabajadores, clientes o proveedores a la ruptura de los contratos existentes y al posterior cambio de contraparte, y aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad.

Mosaico

Noticias

Nombramientos en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha procedido a los siguientes nombramientos: doña Marisa Tierno Centella como directora general de Competencia; doña Patricia Cordovilla González como directora de Transportes y Postal; don Miguel Bordiu García-Ovies como secretario del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, también, la «Comisión» o la «CNMC») y don Álvaro Echenique Conde como director de Control Interno; asimismo ha nombrado como subdirectores de la Dirección de Competencia a doña María José Samaniego para la Subdirección de Energía Eléctrica y a don Pedro Hinojo Martín para la Subdirección de Sociedad de la Información.

La CNMC publica las líneas estratégicas que marcarán su actividad en los próximos años

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado la propuesta definitiva con las líneas estratégicas que marcarán su actividad para los próximos seis años (Plan Estratégico 2021-2026) y las actuaciones previstas en este año y el próximo para su desarrollo (Plan de Actuaciones 2021-2022). Tras el trámite de consulta pública, se han incluido algunas de las observaciones recibidas, así como las aportadas por los diputados de la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Congreso de los Diputados.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas y la promoción de los principios de competencia y buena regulación seguirá siendo una de las prioridades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dados los beneficios que generan para la sociedad. Para ello serán claves la incorporación de la Directiva ECN+ y sus instrumentos en política de competencia.

— Sectores afectados

Además, la Comisión mantendrá una estrecha vigilancia en todos los sectores productivos, con especial atención en el digital y en otros afectados por la crisis del COVID-19 (farmacéutico, asegurador, funerario y financiero). Asimismo, se centrará en la detección de posibles prácticas fraudulentas que afecten a la contratación pública y reforzará la actividad de promoción de la competencia por medio de una colaboración decidida con la sociedad civil y las Administraciones Públicas. En los mercados energéticos favorecerá el papel activo del consumidor de forma que tenga acceso a fuentes de energía seguras, sostenibles y pueda tener cada vez más control sobre sus consumos. Además, promoverá la innovación en las redes, la operación del sistema y los mercados minoristas y fomentará las inversiones eficientes en redes eléctricas y gasistas para integrar las energías renovables. En el ámbito de las telecomunicaciones y el sector audiovisual, la Comisión también pondrá el foco en el consumidor y prestará especial atención a la conectividad y el respeto a los derechos de los usuarios. Todo ello en un entorno lleno de nuevos actores y plataformas digitales que ofrecen distintos y novedosos hábitos

de consumo. La transición ecológica se verá también reflejada en la liberalización del sector ferroviario en España, que culminará en los próximos meses. La Comisión supervisará este mercado clave y vigilará que su buen funcionamiento garantice fórmulas de transporte menos contaminantes y que faciliten la movilidad de los ciudadanos. También los consumidores serán el centro en la supervisión del sector postal.

— Medios y líneas de acción

La Comisión cimentará las actuaciones de su plan estratégico en varias líneas de acción internas y externas. Para ello aprovechará al máximo las sinergias de la institución, gracias a la existencia de sus equipos multidisciplinares; garantizará un nivel de interlocución adecuado con todos los actores relevantes en su actuación y potenciará su presencia internacional, tendiendo los puentes necesarios para afianzar la figura de España en el desarrollo económico y social, particularmente en Europa, Latinoamérica y en el área mediterránea.

Guía sobre la cuantificación de daños por infracciones de la competencia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está elaborando la *Guía sobre cuantificación de daños por infracciones de la competencia*, en el marco del Plan de Actuación 2021-2022, para facilitar a los jueces y tribunales la comprensión de las metodologías, los criterios y los aspectos que validar en la revisión de las cuantificaciones de dichos daños. El objetivo es ayudarlos a determinar qué métodos resultan más fiables y adecuados para determinar el importe de los daños en cada caso concreto. Con la elaboración de esta guía, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

también pretende divulgar buenas prácticas que resulten útiles para otras partes del proceso y sus peritos de forma que puedan aumentar el rigor técnico de los informes periciales.

Actualmente existen otras guías o materiales que intentan asistir a los jueces y tribunales en la estimación de daños, como son la *Guía práctica de la Comisión Europea* (2013) o el manual elaborado por la consultora Oxera en el 2009 a solicitud de la propia Comisión Europea. El borrador de guía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia parte de los manuales mencionados; pretende simplificar el lenguaje para hacerlo más accesible e incorporar información sobre la doctrina académica reciente y sobre las sentencias dictadas en los últimos años sobre esta materia a las que la Comisión ha tenido acceso.

Investigación conjunta de la CNMC y la Autoridad de Competencia portuguesa

La Comisión investiga posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos o prácticas concertadas de reparto de clientes y fijación de precios de venta o de los descuentos aplicables a suscripciones a productos de información empresarial. Esta investigación la están llevando a cabo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Autoridad de Competencia de Portugal (AdC) de forma paralela, respectivamente en España y Portugal, cooperando ambas autoridades en el marco de la Red de Autoridades Europeas de Competencia (European Competition Network, ECN), junto con la Comisión Europea. En el ámbito de esta cooperación, las dos han efectuado de forma simultánea inspecciones en las sedes de empresas de dicho sector en sus respectivos territorios.

Prácticas prohibidas

Cártel de transportes de viajeros en Cantabria y recomendación de precios

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado dos cárteles formados por empresas de transporte de viajeros en la comunidad autónoma de Cantabria, por medio de los cuales las empresas participantes adoptaban acuerdos de reparto de mercado y de no competencia. En la misma resolución también se sanciona a una asociación por haber realizado una recomendación colectiva de precios prohibida por las normas de defensa de la competencia.

El expediente se inició tras la denuncia de la Federación Cántabra del Taxi y la información recabada durante las inspecciones realizadas en febrero del 2019 en las sedes de varias empresas de transporte. Si bien las actuaciones se incoaron en un principio respecto de veinticinco empresas y dos asociaciones, finalmente la Comisión ha considerado sólo acreditadas las infracciones de cinco de las empresas y una de las asociaciones.

Las prácticas sancionadas son las siguientes:

1) *Cártel en el mercado de transporte escolar de viajeros*

El transporte escolar constituye un servicio público prestado a centros educativos para garantizar el desplazamiento de los alumnos de enseñanzas obligatorias. Estos servicios de transporte escolar para alumnos de centros educativos públicos están sujetos a licitación pública. A este respecto se ha constatado que varias empresas que prestan servicios de transporte escolar de viajeros en esta comunidad adoptaron

acuerdos para repartirse una gran cantidad de rutas de transporte escolar entre los cursos escolares 2011/2012 y 2018/2019. Las empresas sancionadas adoptaban varias estrategias con el único objeto de eliminar la competencia en las licitaciones de muchas rutas de transporte escolar. La Comisión ha acreditado acuerdos de no competencia entre las empresas para no concurrir a las mismas licitaciones y preservar las rutas a favor de las empresas que las venían prestando. Estas mismas empresas también llegaron a acuerdos para presentar ofertas de coberturas en procedimientos negociados sin publicidad para asegurar la adjudicación de la licitación a la empresa que solicitaba la cobertura. Además, se ha acreditado cómo varias empresas han hecho un uso ilícito de la figura de la unión temporal de empresas para concurrir conjuntamente a un gran número de licitaciones, evitando así tener que competir entre ellas.

La Comisión considera que estas conductas constituyen una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de Competencia (LDC), constitutiva de cártel, cometida por las siguientes empresas —a las que se les imponen las multas que se indican—: Anfersa Adaptado, S. L., 25 913 euros; Autobuses Benito, S. L., 36 296 euros; Autocares Mariano, S. L., 20 000 euros; Transportes Terrestres Cántabros, S. A., y solidariamente a su matriz General Técnica Industrial, S. L., 615 391 euros, y Zorrilla e Hijo, S. L.: 10 465 euros.

2) *Cártel en el mercado de transporte discrecional de viajeros*

A diferencia del transporte escolar, que es de tipo regular, el transporte público

discrecional se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecidos y cubre desplazamientos puntuales de distinto tipo, como visitas o excursiones turísticas, asistencia a eventos deportivos o culturales, etc. En estos casos, dada la cuantía de los servicios, la mayoría de los contratos suelen tramitarse bajo la modalidad de procedimientos negociados sin publicidad o contratos menores.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha acreditado que en este mercado las empresas Benito y Turytrans establecieron acuerdos anticompetitivos a fin de repartirse servicios de transporte discrecional de viajeros con origen en la comunidad autónoma de Cantabria. Estos acuerdos falsearon una gran cantidad de procedimientos de licitación que afectaron al menos a quince contratos entre los años 2013 y 2019. La Comisión ha decidido imponer, por esta segunda infracción, las siguientes multas: a Transportes Terrestres Cántabros, S. A., y solidariamente a su matriz General Técnica Industrial, S. L., 263 739 euros; y a Autobuses Benito, S. L., 13 960 euros.

3) *Recomendación de precios*

Además de los dos cárteles, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha acreditado que, en el año 2018, la Unión Patronal de Autotransporte de Viajeros de la Provincia de Cantabria (UPAVISAN) hizo una recomendación colectiva de precios. Esta conducta es contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y la Comisión le ha impuesto una multa de 5000 euros.

Estas sanciones de la Comisión llevan asociada, para las empresas sancionadas, la prohibición de contratar. Su alcance y duración

deberán ser impuestos mediante procedimiento tramitado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Cártel de empresas consultoras

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha impuesto multas por un total de 5,87 millones de euros a veintidós empresas de servicios de consultoría —entre las que se encuentran algunas de las principales firmas que operan en España— por una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y del 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), constitutiva de cártel. La Comisión también ha sancionado a varios directivos de las consultoras con un total de 439 000 euros por estar involucrados en los cárteles y ha activado el presupuesto legal para que algunas de estas empresas no puedan participar en próximos concursos organizados por las Administraciones Públicas.

Este expediente tiene su origen en una investigación preliminar que llevó a cabo la Autoridad Vasca de Competencia (AVC), que, tras realizar una serie de inspecciones, decidió remitir el asunto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al superar los hechos encontrados el ámbito autonómico del País Vasco.

En consecuencia, en octubre del 2018, la Comisión llevó a cabo diversas inspecciones en las sedes de varias consultoras ante posibles acuerdos para el reparto de contratos e intercambios de información. En febrero del 2019, inició un expediente sancionador contra veinticinco de estas empresas y ocho de sus directivos que, en agosto del 2019, amplió a once nuevas empresas y a dos de sus responsables (por su posible participación en la manipulación y en el reparto de licitaciones públicas). Durante la instrucción del caso, la Comisión ha acreditado que, entre los años 2008 y 2018, las firmas se organizaron

en dos redes de colaboración (norte y nacional). Mediante éstas, constituyeron dos cárteles diferenciados. Las empresas intercambiaron información comercial sensible y se sirvieron de estrategias comunes para no competir cuando participaban en las licitaciones para ofrecer servicios de consultoría solicitados por distintas Administraciones Públicas.

En total, la Comisión ha analizado doscientos contratos públicos celebrados en los años en que se acredita la conducta. En el caso del cártel de la red de colaboración norte se vieron afectadas al menos ciento una licitaciones de, entre otros, los Ayuntamientos de Bilbao, Santander, Sestao, Barakaldo y Vitoria; diversos departamentos del Gobierno Vasco y del Gobierno de Cantabria; la Junta de Castilla y León; el Puerto de Bilbao o la Diputación Foral de Vizcaya. Por su parte, en el cártel de la red nacional, la manipulación afectó a setenta y dos licitaciones, convocadas, entre otros, por el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Economía, la Comunidad de Madrid, la Generalitat Valenciana, las Diputaciones de Cádiz y Sevilla, la Juntas de Extremadura y Andalucía, la Generalitat de Cataluña, el Gobierno de Canarias y el Gobierno de las Islas Baleares. El *modus operandi* era el siguiente: mediante las relaciones personales y profesionales de algunos de los directivos (en ocasiones antiguos compañeros de trabajo), se mantuvieron contactos para conocer las empresas que participarían y se solicitaba a éstas que no se presentaran al concurso o que realizaran «ofertas de cobertura» u ofertas perdedoras.

En ocasiones, incluso, la propia consultora que pedía la cobertura elaboraba las ofertas de sus supuestos competidores o preparaba la carta de renuncia a la invitación. Mediante este sistema, de forma continuada, se elevaron los

precios que pagaba la Administración por los servicios de consultoría, se limitó el incentivo a la mejora en la calidad de los servicios y se impidió la participación de competidores ajenos a los cárteles en los procesos de licitación. Estas conductas impactaron de lleno en el erario público al ser contratos que se sufragaban vía presupuestos.

En consecuencia, la Comisión ha acreditado la existencia de dos infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, constitutivas de cártel; declara responsable de ellas a las siguientes empresas y les impone las siguientes multas:

- a) En cuanto a la red de colaboración norte: a Altia Consultores S. A., 30 000 euros; a Bmasi Strategy, S.L., 153 529 euros; a Competitividad, Desarrollo e Innovación, S. L. U., 14 823 euros; a Deloitte Consulting, S. L. U., 3 990 000 euros; a Gestiona XXI Consulting, S. L. U., 3218 euros; a Idom Consulting, Engineering Architecture, S. A. U., 640 000 euros; a Indra Business Consulting, S. L. U., 27 000 euros (reducción de multa); a KPMG Asesores, S. L., 50 000 euros; a PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S. L., 670 000 euros; a Red2Red Consultores, S. L., 30 000 euros; a Uliker-3, S. L., 11 040 euros, y a 97 S&F, S. L., 69 667 euros.
- b) En cuanto a la red de colaboración nacional: a Abay Analistas Económicos, S. L., 12 499 euros; a Factor Ideas Integral Services, S. L., 20 000 euros; a Gaps Política i Societat, S. L., 15 000 euros; a Hidria, Ciencia, Ambiente y Desarrollo, S. L., 11 979 euros; a Red2Red Consultores, S. L., 25 000 euros; a Regio Plus Consulting, S. L., 33 744 euros, y a 97 S&F, S. L., 61 926 euros. En el caso de la empresa

Indra, se ha aplicado una reducción de la multa del 10 % como consecuencia de las actuaciones adoptadas dentro de sus programas de cumplimiento normativo, mientras que, en el caso de PA Consulting Ltd, Sucursal en España, y de uno de sus directivos, se ha aplicado una reducción del 40 % en el importe de la multa debido a su solicitud de clemencia.

Además, impone las siguientes multas a los directivos de las empresas anteriormente citadas:

- a) En la red norte: a doña Marta Álvarez Ochoa, responsable del Departamento de Consultoría y del Área de Competitividad e Innovación de Idom Consulting, Engineering Architecture, S. A. U., 12 000 euros; a doña Ana Andueza Amann, apoderada de Deloitte Consulting, S. L. U., 55 000 euros; a don Leandro Ardanza Marqués, apoderado de 97 S&F, S. L., 55 000 euros; a don Sabin Azua Mendia, administrador único de Bmasi Strategy, S. L., 35 000 euros; a don Joseba Egia Ribero, administrador y socio único de Innovisions 21, S. L. U., y al *project manager* & responsable técnico de 97 S&F, S. L., 35 000 euros; a doña Maryam Luzárraga Monasterio, socia de PricewaterhouseCoopers Asesores de Negocios, S. L., 30 000 euros; a don Xabier Manterola, director de PA Consulting Services Limited Sucursal en España, 30 000 euros (se reduce a 18 000 euros); a don Íñigo San Emeterio Mendibelzua, director corporativo y responsable del Área de Consultoría de Idom Consulting, Engineering Architecture, S. A. U., 24 000 euros.
- b) En la red nacional: a don Pablo Conejo Torres, director de fondos europeos de Red2Red Consultores, S. L., 15 000 euros; a

doña Rocío Cortés Fuentes, administradora solidaria de Regio Plus Consulting, S. L., 55 000 euros; a don Jaume Garau Taberner, administrador solidario de Regio Plus Consulting, S. L., y de Consultores de Políticas Comunitarias, S. L., 35 000 euros; a doña María Isabel Martínez, administradora única de Abay Analistas Económicos, S. L., 30 000 euros, y a doña Marta Zamazona, coordinadora de proyectos europeos de 97 S&F, S. L., 28 000 euros.

Por otra parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia declara no acreditada la participación de las empresas Oesía Networks, S. L., y su matriz Heisenberg 2014, S. L., en la infracción declarada en este expediente.

La Comisión remite la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos de la aplicación de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.

Cártel de empresas de servicios de conservación de carreteras

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado con un total de 61,28 millones de euros a doce empresas por una infracción constitutiva de cártel consistente en la alteración de las licitaciones de servicios de conservación y explotación de carreteras convocadas por el Ministerio de Fomento (actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) desde el 2014 al 2018.

La investigación comenzó en el año 2017 por una información anónima que alertó de la posible existencia de un cártel que afectaba al mercado de prestación de servicios de conservación y explotación de carreteras. Tras las inspecciones realizadas en varias sedes de

las empresas que formaron parte del cártel en el 2018, en julio del 2019 se incoó un expediente sancionador contra trece empresas y en diciembre del 2020 se incluyó a Ferrovial Servicios en el mismo expediente sancionador, que finalmente no fue sancionada en concepto de autora, sino como responsable solidaria por la conducta de su filial Ferrosfer.

El funcionamiento del cártel se desarrollaba a través de reuniones «para tomar café», donde las empresas que formaban parte de él establecían periódicamente los criterios de coordinación de las ofertas económicas que se fueran a presentar en las licitaciones del Ministerio de Fomento para los servicios de conservación de carreteras de la red de carreteras del Estado. El cártel agrupaba las diferentes licitaciones en grupos para los que se acordaban unos criterios comunes de presentación de ofertas económicas. El cártel asignaba una «bolsa» de puntos para cada grupo de licitaciones que iban consumiendo las empresas en función del nivel de descuentos sobre el presupuesto de contratación. Cuanto mayores fueran las bajas que presentasen en sus respectivas ofertas económicas, más puntos se gastaban, aplicándose una fórmula específicamente diseñada por el cártel para cada grupo de contratos. De este modo, se limitaba el número de contratos en los que las empresas presentaban descuentos altos en cada grupo de licitaciones, ya que el número de puntos de la bolsa nunca era suficiente como para tratar de conseguir todos los contratos de cada grupo. Este sistema incentivaba a cada empresa del cártel a concentrar sus posibilidades de adjudicación en un número limitado de licitaciones, presentando en las restantes ofertas con escasas o nulas posibilidades de adjudicación, que se convertían así en ofertas de cobertura. Las empresas acordaban también el umbral de descuentos para esas ofertas de cobertura y se comprometían a presentar ofertas en todas las licitaciones de cada grupo. De este modo se conseguía alterar

el umbral de anomalía (calculado sobre la base de las ofertas presentadas en cada licitación) y podían conseguir que ofertas de empresas ajenas al cártel realmente competitivas fueran excluidas del proceso de contratación.

El sofisticado sistema diseñado por las empresas se fue adaptando a los sucesivos cambios en los pliegos de contratación introducidos por la Administración. La mecánica empleada por el cártel resultaba particularmente compleja, facilitando la monitorización de su cumplimiento a la vez que se dificultaba enormemente su detección.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha podido acreditar que el cártel operó entre febrero del 2014 y diciembre del 2018, aunque se han detectado conversaciones desde el 2009. Las empresas participantes se adjudicaron setenta y una licitaciones de un total de ciento una convocadas por el Ministerio de Fomento y relacionadas con la prestación de servicios de conservación y explotación de la Red de Carreteras del Estado. El importe total de las adjudicaciones a empresas del cártel superó los 530 millones de euros, lo cual supone el 63 % del importe total adjudicado por dicho ministerio para los servicios de conservación de la red de carreteras del Estado, lo que da idea del impacto y alcance de este cártel.

A la hora de establecer las sanciones, la Comisión ha considerado como agravantes la especial complejidad y nocividad del cártel para el interés general y, en consecuencia, ha impuesto a las empresas las siguientes multas: a Acciona Mantenimiento, 2 339 737 euros; a Aceinsa, 3 211 296 euros; a Alvac, 5 863 720 euros; a API, 11 781 900 euros; a Audeca, 2 638 824 euros; a Copasa, 5 600 000 euros; a Elsamex, 4 043 814 euros; a Elsan, 3 022 293 euros; a Ferrosfer 5 712 350 euros; a Innovia, 3 350 371 euros; a Matinsa, 8 541 202 euros,

y a Sacyr Conservación, 5 172 460 euros. La empresa Aceinsa se ha beneficiado de una reducción del 50 % sobre el total de la multa impuesta al haber aportado elementos de prueba que han permitido a la Comisión detectar y acreditar la existencia del cártel. Además, no se ha aplicado a esta empresa la circunstancia agravante ni la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, dado que se ha considerado que su valiosa colaboración por medio del programa de clemencia hace que no pueda considerarse que ha establecido mecanismos de garantía de la ejecución de la conducta. Por lo tanto, la multa impuesta a Aceinsa ha sido de 1 605 648 euros.

Respecto a la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, dado que las conductas anticompetitivas sancionadas se han prolongado más allá de la fecha de entrada en vigor de la prohibición de contratar (el 22 de octubre del 2015), se les aplica dicha prohibición. En este sentido, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha decidido remitir a la Junta de Contratación del Estado la notificación de esta resolución a fin de que se inicie el procedimiento de determinación de la duración y alcance a las empresas sancionadas en la medida en que puedan seguir siendo licitantes en procedimientos de contratación pública.

La Comisión insta a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución y analice la posible responsabilidad de los directivos implicados en la infracción declarada en la resolución.

Control de concentraciones

Durante este periodo se han notificado cuarenta y tres operaciones de concentración

económica que atienden a las siguientes modalidades: treinta y una de toma de control exclusivo, ocho de toma de control conjunto, dos de creación de empresas en participación, dos de adquisición de activos empresariales y una fusión de sociedades. La mayoría fueron autorizadas en primera fase sin condiciones. Cuatro (Elysius/Juanals; Boyaca/SGEL; Mémora/Irache, y Mooring & Port Services, S. L./Cemesa Amarres de Barcelona) fueron llevadas a segunda fase.

La operación de fusión Unicaja/Liberbank fue autorizada en primera fase con condiciones. La creación de una empresa en participación por Mooring & Port Services, S. L./Cemesa Amarres de Barcelona fue autorizada en segunda fase con compromisos.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha acordado analizar conjuntamente en segunda fase las operaciones de concentración Elysius/Funeraria Juanals y Santa Lucía/Funespaña en razón de que Elysius está controlada conjuntamente por Albia, Gestión de Servicios, S. L. U. (filial de Santa Lucía), y el Grupo VFV, S. L.

Por otra parte, hay que señalar que la Comisión ha sancionado a la empresa Albia, Gestión de Servicios (filial de Santa Lucía), por no notificar la adquisición de la empresa Tanatorios Móstoles, S. L., y a la empresa Funespaña por no notificar la compra de Funeraria Alianza Canaria, en este caso, porque, aunque la cifra de negocios de la adquirida no superaba los diez millones de euros, la cuota de mercado conjunta superaba el 50 % en uno de los mercados afectados.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo del 2021.

Cooperación necesaria en un cártel de intercambio de información entre competidores

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa Urban Science España, S. L. U., contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre del 2021 que confirmó la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio del 2015 que sancionó a la recurrente por haber participado como colaborador necesario en un intercambio de información estratégica que desembocó en un resultado colusorio constitutivo de una restricción de competencia por objeto por cuyas características debe ser considerada un cártel.

El interés de la sentencia se centra fundamentalmente en el análisis de dos cuestiones: la primera se refiere a los requisitos que debe reunir un intercambio de información para ser considerado una restricción de competencia por objeto; la segunda, a las características que debe reunir un operador económico para poder ser considerado cooperador necesario en una infracción del derecho de la competencia.

En cuanto a la primera, la sentencia establece que todo operador económico debe determinar autónomamente la política comercial que pretende seguir en el mercado común, si bien esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores. Pero lo que no se puede hacer es tomar contacto directo o indirecto con otros operadores para influir en el comportamiento que ha de seguir un competidor en el mercado o desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que pretende adoptar si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a

condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de empresas que actúan en él y el volumen del citado mercado (SSTJUE de 19 de marzo del 2015, as. Dole Food/Comisión, y de 27 de octubre de 1984, as. Fiatagri y New Holland Ford/Comisión). Las características que debe reunir la información para que su intercambio pueda ser considerado una práctica restrictiva de la competencia son las siguientes:

- a) La información debe ser estratégica, en este caso, datos sobre vehículos vendidos, ingresos y márgenes comerciales.
- b) La información debe ser actual con consecuencias para una política comercial futura.
- c) La información debe ser desagregada, esto es, que permita identificar a las empresas de las que procede.
- d) El intercambio de información debe ser frecuente.
- e) La información no debe ser pública o, lo que es lo mismo, se trata de una información a la que no tengan acceso fácilmente los competidores.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, la sentencia establece que una empresa asesora puede considerarse responsable de una infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando dicha empresa contribuye activamente y con total conocimiento de causa a la puesta en marcha o al mantenimiento de un cártel entre operadores económicos que desarrollan

su actividad en un mercado distinto del que aquélla opera (STJUE de 22 de octubre del 2014, as. AC Treuhand).

En este caso ha quedado probado que la empresa Urban organizó los intercambios de información en el Foro Postventa, convocaba las reuniones de las empresas y transmitía a cada empresa las informaciones facilitadas por las demás. También ideó y gestionó una web para el reporte del intercambio de indicadores de postventa para facilitar la recopilación, comparación y suministro de los datos proporcionados por las empresas participantes en los intercambios de información y llevó a cabo análisis adicionales de los citados datos.

En consecuencia, no se puede concluir que el intercambio de información de referencia fuera un lícito *benchmarking*, sino un instrumento para tratar de evitar las pérdidas o el cierre de los concesionarios que se encargaban de comercializar los vehículos y de prestar el servicio postventa de las marcas en el contexto de la crisis económica que afectó de manera especial al sector del automóvil.

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de mayo del 2021, de 17 de mayo y de 7 de junio del 2021. Intercambios de información como infracciones por objeto de las normas de competencia

Las sentencias, siguiendo la doctrina de otras anteriores (Sentencia de 20 de abril del 2021), consideran, en primer lugar, que los intercambios de información entre empresas competidoras pueden ser considerados cártel, aunque no se refieran directamente a los precios

finales, siempre que hagan referencia a elementos que condicionen o afecten de manera relevante a los precios, como puede ser, en este caso, la información sobre los márgenes comerciales aplicados.

En segundo lugar, estiman que la determinación de efectos anticompetitivos exige tomar en consideración las circunstancias concretas en las que se producen las prácticas, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento de los mercados afectados (en este caso, la comercialización y el servicio postventa de automóviles). Sin embargo, no resulta necesario analizar la incidencia que la conducta de las empresas tuvo sobre el mercado cuando del análisis de la propia conducta resulta acreditado un grado suficiente de nocividad para la competencia sin que haya una explicación alternativa a la búsqueda de una restricción de la competencia, tal es el caso de los cárteles (STJUE de 4 de junio del 2009, as. T-Mobile Netherlands). En estos supuestos se trata de infracciones por objeto en relación con las cuales no es necesario analizar los efectos que la conducta produjo o pudo producir sobre el mercado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de mayo del 2021. Reparto de mercado mediante una unión temporal de empresas (UTE)

La sentencia desestima el recurso interpuesto por la Autoridad Catalana de la Competencia contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de octubre del 2019 que anuló la resolución de la citada autoridad de competencia de 9 de febrero del 2016 que sancionó a varias empresas de fisioterapia por haber llevado a cabo una práctica concertada consistente en un reparto

del mercado en el ámbito de un proceso de contratación pública, mediante licitación, para prestación de servicios de fisioterapia para el Servicio Catalán de Salud.

La resolución impugnada reconocía que, si bien el pliego de cláusulas administrativas admitía la concurrencia al concurso mediante una unión temporal de empresas y los criterios de valoración de las ofertas favorecían esta posibilidad, sin embargo consideró que en este caso la creación de la unión temporal de empresas respondía a la voluntad de éstas de concursar conjuntamente para repartirse el mercado y eliminar cualquier riesgo derivado de la competencia entre ellas. La conclusión de la existencia de una práctica anticompetitiva de reparto del mercado se basaba en los siguientes hechos indiciarios:

- a) Las empresas podían haber concurrido por separado, dada su dimensión y cumplimiento individual de los requisitos exigidos.
- b) En el concurso anterior, similar a éste, concurrieron por separado o en uniones temporales de sólo dos empresas.
- c) La necesidad de disponer de un local en cada uno de los ámbitos territoriales no implicaba la propiedad de éste.
- e) La conveniencia de mejorar la oferta por encima de los mínimos exigidos por las bases del concurso, la búsqueda de sinergias o el objetivo de aumentar el número

de lotes a los que se concursaba no justificaban el acuerdo anticompetitivo.

Frente a esta argumentación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó que los elementos referidos eran meramente indiciarios, sin que existiera ninguna prueba de una motivación adicional que explicara claramente la relación de imputabilidad y no se basara en una exposición de hechos indiciarios y el resultado que se extrae de ellos, de forma que no haya una alternativa que pueda justificar la conducta imputada, como sería el caso de que la conducta indiciaria obedeciera a circunstancias del mercado. Así pues, la controversia central del recurso de casación se centra en determinar si la constitución de la unión temporal de empresas fue una práctica concertada de reparto del mercado entre las empresas partícipes o se trató de una conducta legítima en tanto en cuanto justificada por las circunstancias concurrentes en el mercado en el momento en que se llevó a cabo, dado que los indicios en los que se basa la resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia no son suficientemente concluyentes.

A la vista de lo expuesto, la sentencia del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que no existen cuestiones jurídicas que dilucidar y que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación, de modo que la valoración de la prueba realizada por la Sala de Instancia no es revisable en casación, falla la desestimación del recurso y confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Breves por sectores (Unión Europea)

Propuestas legislativas

Digital

Las autoridades nacionales de competencia instan a la Comisión Europea a compartir la propuesta de la Ley de Mercados Digitales

La Red Europea de Competencia ha publicado un documento conjunto de los responsables de las autoridades nacionales de competencia de la Unión Europea sobre la propuesta de la Ley de Mercados Digitales (LMD). El documento acoge con satisfacción tal propuesta de ley como una poderosa herramienta adicional que ayudará a abordar *ex ante* algunos de los comportamientos más perjudiciales de los guardianes de acceso en el mercado digital. También señala que la Ley de Mercados Digitales se basa en las pruebas aportadas por los casos de derecho de la competencia de diversas autoridades europeas de la competencia. Para garantizar la aplicación efectiva de esta ley desde el principio, el documento subraya que es esencial aprovechar al máximo los conocimientos y recursos de las agencias nacionales de competencia. También señala que el camino para garantizar una aplicación efectiva de la Ley de Mercados Digitales debería incluir la posibilidad complementaria de que la apliquen las autoridades nacionales de competencia y el establecimiento de un mecanismo de estrecha coordinación y cooperación entre estas agencias, así como con los tribunales nacionales que apliquen tanto la

Ley de Mercados Digitales como la legislación de competencia nacional y de la Unión Europea.

El Parlamento Europeo publica un proyecto de informe sobre la Ley de Mercados Digitales

El eurodiputado responsable de la propuesta de la Ley de Mercados Digitales, Andreas Schwab, ha publicado un proyecto de informe con enmiendas a la iniciativa de la Comisión Europea (la «Comisión»). Según el informe, esta ley debe dirigirse únicamente a las plataformas que desempeñan un papel incuestionable como guardianes de acceso (*gatekeepers*) por su tamaño y su impacto en el mercado interior. Por ello, propone a) aumentar los umbrales cuantitativos necesarios para que un guardián de acceso sea calificado como tal (10 000 millones de facturación en lugar de 6500 millones; y 100 000 millones de capitalización bursátil en lugar de 6500 millones); b) que los guardianes de acceso operen al menos dos servicios básicos de plataforma en lugar de sólo uno; c) que se acelere la notificación a los guardianes de acceso (en un mes, en lugar de en tres), así como que se reduzca el plazo para cumplir con las obligaciones (cuatro meses en lugar de seis). Por último, el informe propone una mayor implicación de las autoridades nacionales de competencia que deben ser informadas de las fusiones que los guardianes de acceso realicen en el sector digital, así como eliminar la opción de que los guardianes de acceso propongan compromisos.

Revisión de legislación

La Comisión publica un proyecto de Reglamento sobre los acuerdos verticales y unas directrices sobre las restricciones verticales

La Comisión Europea ha publicado su propuesta de reglamento de exención por categorías para los acuerdos verticales (REC), así como las directrices sobre restricciones verticales. Entre las sugerencias más relevantes, la Comisión propone limitar el alcance de la excepción de la doble distribución (situaciones en las que un proveedor no sólo vende sus bienes o servicios a través de distribuidores independientes, sino que también los vende directamente a los clientes finales) a los casos en los que considera que no hay problemas horizontales.

En cuanto a las cláusulas de nación más favorecida, que son cláusulas que permiten, por ejemplo, que una plataforma exija a los proveedores que no ofrezcan precios más bajos o mejores condiciones en otras plataformas (cláusulas amplias) o en sus propios sitios web (cláusulas estrechas), la propuesta del mencionado reglamento excluye algunas de las cláusulas amplias de su exención. Además, ya no califica la doble fijación de precios (la práctica por la que un fabricante cobra un precio diferente por la venta del mismo producto, dependiendo de si el distribuidor lo venderá en línea o fuera de línea) como una restricción especialmente grave.

La propuesta también establece una «exclusividad compartida», que permite a un proveedor designar a más de un distribuidor exclusivo en un territorio determinado o para un grupo de clientes determinado y detalla las restricciones que los proveedores que realizan una distribución selectiva pueden imponer a sus distribuidores autorizados.

Además, la Comisión considerará a partir de ahora que los criterios impuestos por los proveedores a sus distribuidores en relación con las ventas en línea ya no tienen que ser equivalentes a los requisitos impuestos a las tiendas físicas, dado que ambos canales son de naturaleza intrínsecamente diferente.

La Comisión amplía el ámbito de aplicación del Reglamento General de exención por categorías

El Reglamento General de exención por categorías (RGEC) declara compatibles con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea determinadas categorías de ayudas estatales si cumplen ciertas condiciones, y las exime del requisito de notificación previa a la Comisión Europea.

La Comisión amplió el ámbito de aplicación del mencionado reglamento incluyendo las siguientes categorías de ayudas: 1) las operaciones de financiación e inversión apoyadas por el Fondo InvestEU; 2) la investigación, el desarrollo y la innovación; 3) los proyectos de cooperación territorial europea; 4) la Asociación Europea de Innovación en materia de Productividad y Sostenibilidad Agrícolas, y 5) los proyectos de desarrollo local participativo.

Además, la Comisión ha revisado las normas en los siguientes sectores: 1) ayudas a proyectos de eficiencia energética en edificios; 2) ayudas a infraestructuras de recarga eléctrica y repostaje de hidrógeno accesibles al público para vehículos de carretera, y 3) ayudas a redes de banda ancha fija, redes móviles 4G y 5G, determinados proyectos de infraestructura de conectividad digital transeuropea y determinados bonos.

Estas medidas tienen como objetivo acompañar el nuevo marco financiero plurianual, apoyar la transición a una economía verde y digital y recuperar los efectos económicos del brote de COVID-19.

La Comisión adopta una nueva Comunicación sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales

La Comisión Europea ha adoptado una nueva «Comunicación sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales» que sustituye a la del 2009. Su objetivo es ofrecer orientación a los tribunales nacionales cuando apliquen las normas sobre ayudas estatales y fomentar la cooperación con la Comisión. Entre otras, la nueva comunicación tiene en cuenta la jurisprudencia más reciente sobre los principios de equivalencia y eficacia aplicados a los procedimientos nacionales, los cuales implican que la legislación nacional aplicable no debe ser menos favorable a la hora de aplicar el artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que la que rige situaciones nacionales similares (principio de equivalencia) y no debe estar formulada de manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión Europea (principio de eficacia). También detalla que los terceros están legitimados en los casos relativos a las ayudas estatales concedidas a través de medidas fiscales sólo cuando el impuesto o la tasa a la que estén sujetos forme parte de la financiación de la ayuda estatal ilegal, es decir, su legitimación no depende de la existencia de una

relación de competencia con el beneficiario de la ayuda.

La Comisión propone un nuevo reglamento para abordar las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado interior

La Comisión Europea ha publicado una propuesta de reglamento para abordar los posibles efectos distorsionadores de las subvenciones extranjeras en el mercado interior. Según la propuesta, la Comisión analizará en primer lugar si existe una subvención extranjera y, a continuación, si falsea la competencia en el mercado interior.

La propuesta prevé tres instrumentos para el control de las subvenciones extranjeras: un instrumento general, no sujeto a notificación previa (control *a posteriori*), y dos instrumentos específicos de control *a priori* (fusiones y licitaciones públicas). En cuanto al instrumento general, la propuesta permite a la Comisión investigar las subvenciones superiores a 5 millones de euros concedidas en los últimos tres años. Por lo que se refiere al control de las fusiones, tendrán que ser notificadas a la Comisión a) las concentraciones en las que el volumen de negocios en la Unión de la empresa que vaya a ser adquirida supere los 500 millones de euros y b) las empresas afectadas que hayan recibido una subvención extranjera de al menos 50 millones de euros. Por último, en lo que respecta al control de las subvenciones extranjeras en el contexto de las licitaciones públicas de la Unión Europea, las empresas licitadoras deberán notificar al poder adjudicador todas las subvenciones extranjeras recibidas en los últimos

tres años cuando el valor de los contratos en licitación sea igual o superior a 250 millones de euros.

Competencia

La Comisión Europea multa a los fabricantes de automóviles con 875 millones de euros por restringir la competencia en la limpieza de emisiones de los turismos

La Comisión Europea ha concluido que Daimler, BMW y el Grupo Volkswagen infringieron las normas de competencia de la Unión al coludir en el desarrollo técnico en el ámbito de la limpieza de óxidos de nitrógeno. Las empresas mantuvieron durante más de cinco años reuniones técnicas periódicas en las que discutieron el desarrollo de la tecnología de reducción catalítica selectiva que elimina las emisiones nocivas de óxido de nitrógeno de los turismos diésel mediante la inyección de urea en el flujo de gases de escape. En su decisión, la Comisión determina que las empresas mencionadas llegaron a un acuerdo sobre los tamaños y rangos de los tanques de urea y a un entendimiento común sobre el consumo medio de urea, intercambiando al mismo tiempo información confidencial sobre estos elementos. La Comisión considera que este comportamiento constituye una infracción de la competencia por objeto en forma de limitación del desarrollo técnico. La Comisión ha impuesto a BMW y al Grupo Volkswagen una multa de 875 millones de euros.

La Comisión Europea publica el informe de competencia 2020

La Comisión Europea ha publicado su último informe sobre política de competencia, en el

que ofrece información detallada sobre los casos e iniciativas legislativas más importantes que tuvieron lugar en el 2020.

En primer lugar, destaca que las empresas y los Estados miembros utilizaron la legislación de la Unión Europea en materia de competencia para paliar el impacto de la pandemia de COVID-19 gracias al Marco Temporal COVID-19 previsto por la Comisión para declarar una ayuda compatible con el artículo 107.3b del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En el 2020, la Comisión adoptó 598 decisiones de ayuda estatal relacionadas con el COVID-19; la ayuda estatal autorizada puede estimarse en 3,08 billones de euros (la ayuda notificada por España representó el 4,8 % del importe total de la ayuda estatal aprobada).

En segundo lugar, también explica que adoptó en abril del 2020 un reglamento en el que se establecían los principales criterios que utiliza a la hora de evaluar los proyectos de cooperación destinados a hacer frente a la escasez de suministro de productos y servicios esenciales durante la pandemia, como los medicamentos y los equipos médicos. Además, la Red Europea de Competencia emitió una declaración conjunta en la que sus miembros expresaban *a)* que no intervendrían activamente contra las medidas necesarias y temporales puestas en marcha por los competidores para evitar la escasez de suministro y *b)* que no dudarían en tomar medidas contra las empresas que se aprovecharan de la pandemia coludiendo o abusando de su posición dominante.

En tercer lugar, en lo que respecta al control de las fusiones en la Unión Europea, la Comisión señala que, a pesar del brote de COVID-19, ha recibido 361 notificaciones en el 2020. La mayoría de ellas (352) se tramitaron rápidamente,

ya que no planteaban problemas de competencia; trece fusiones se autorizaron con compromisos en la primera fase; tres se autorizaron con soluciones tras una investigación en la segunda fase y una fusión se autorizó incondicionalmente en la segunda fase. El procedimiento simplificado se utilizó en el 76 % de todas las transacciones notificadas.

En cuarto lugar, por lo que respecta a las nuevas iniciativas políticas, la Comisión destaca su propuesta de Ley de Mercados Digitales, cuyo objetivo es abordar los problemas estructurales de los mercados digitales, en particular, de las grandes plataformas digitales. También ha presentado una propuesta de Ley de Servicios Digitales. Estas dos iniciativas se debatirán en el Parlamento Europeo y en el Consejo durante el 2021.

Jurisprudencia

Competencia

El Tribunal de Justicia aclara los órganos jurisdiccionales competentes en materia de acciones por daños y perjuicios

El Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid tenía dudas sobre la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I refundido (Bruselas I) y decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como consecuencia de una demanda contra cuatro entidades del grupo Volvo, tres de ellas domiciliadas en distintos Estados miembros.

Bruselas I establece, como regla general, que los tribunales del domicilio del demandado son los competentes. No obstante, su

artículo 7.2 contiene algunas excepciones a la regla anterior al permitir que el demandante pueda demandar al demandado en el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. El tribunal español consideró que el artículo 7.2 podía aplicarse al caso en cuestión. No obstante, solicitó que se aclarara si dicho artículo es una norma puramente relacionada con la jurisdicción internacional o si es una norma combinada que también determina la jurisdicción territorial local.

En su Sentencia de 15 de julio del 2021 (as. C-30/20), el Tribunal de Justicia recuerda que el artículo 7.2 de Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el lugar del hecho generador del daño como el lugar en que éste se ha producido, y señala que es el tribunal remitente el encargado de identificar el lugar donde se produjo el daño. Acto seguido, el Tribunal de Justicia confirma primero que el daño abarcaba todo el mercado del Espacio Económico Europeo, del que España forma parte, y, segundo, que del artículo 7.2 se desprende que se confiere de forma directa e inmediata la competencia internacional y territorial a los órganos jurisdiccionales del lugar donde se ha producido el daño. Por tanto, la delimitación de la competencia del tribunal del lugar donde se produjo el daño es una cuestión de competencia organizativa del Estado miembro al que pertenece dicho tribunal. El Tribunal de Justicia afirma, en este sentido, que los Estados miembros pueden decidir atribuir un tipo de litigio a un único tribunal, que tendrá competencia exclusiva con independencia del lugar en el que se haya producido el daño dentro de ese Estado miembro. Aclara que, a falta de tal órgano jurisdiccional, la determinación del órgano jurisdiccional competente dentro del Estado miembro de que se trate debe respetar los objetivos de proximidad, de previsibilidad de las normas de competencia y de buena administración de justicia establecidos

en Bruselas I. El Tribunal de Justicia añade que esta solución se aplica con independencia de que los bienes en cuestión hayan sido adquiridos directa o indirectamente a los demandados y de que la transmisión de la propiedad haya tenido lugar inmediatamente o al término del contrato de arrendamiento financiero.

Ayudas de Estado

El Tribunal General anula la decisión de la Comisión sobre los impuestos impagados de Amazon en Luxemburgo y confirma la decisión de la Comisión respecto de Engie

El Tribunal General ha anulado la decisión de la Comisión Europea que ordenaba a Luxemburgo recuperar los impuestos impagados de Amazon, al tiempo que ha confirmado otra decisión de la Comisión por la que ordenaba al Gran Ducado recuperar los impuestos impagados de la empresa eléctrica francesa Engie.

El caso de Amazon es consecuencia de una decisión de la Comisión de octubre del 2017 en la que se constataba que una resolución fiscal emitida por Luxemburgo en el 2003 permitía a Amazon pagar impuestos reducidos sin una justificación válida y en la que se ordenaba al Gran Ducado recuperar aproximadamente 250 millones de euros del minorista *on line*. Tanto el Gobierno del país como Amazon recurrieron esta decisión ante el Tribunal General. Tras la vista oral, los jueces consideraron que la Comisión no había demostrado con el nivel jurídico necesario que existiera una reducción indebida de la carga fiscal de una filial europea

del grupo Amazon. El Tribunal General aceptó que este tipo de estructuras pueden constituir una ayuda de Estado, pero para ello es necesario probar adecuadamente que la tributación resultante es inferior a la que se habría producido en una transacción entre partes no vinculadas. En concreto, el Tribunal consideró que, en el caso de Amazon, la Comisión cometió errores metodológicos, ya que centró su análisis únicamente en la rentabilidad esperada por la empresa propietaria de los intangibles sin tener en cuenta las funciones y los riesgos realmente asumidos por la entidad operadora, lo que le impidió demostrar que el canon pagado por la entidad operadora estaba sobrevalorado.

Por otra parte, en el 2018 la Comisión adoptó una decisión en la que declaraba que Luxemburgo había permitido a dos empresas de Engie eludir el pago de impuestos sobre casi todos sus beneficios durante aproximadamente una década y en la que ordenaba a dicho país devolver unos 120 millones de euros. Tanto Luxemburgo como Engie recurrieron la decisión y, tras la vista oral, el Tribunal General ratificó la decisión de la Comisión de que el trato dado por Luxemburgo a Engie constituía una excepción a las normas fiscales aplicables a otros contribuyentes en la misma situación. En este caso, la sentencia no se refería a la aplicación de las normas sobre precios de transferencia, sino a la validación de una compleja estructura de planificación fiscal que permitía la exención de los beneficios económicamente asociados a la generación de gastos deducibles. El tribunal consideró que la Comisión había acertado al identificar la ventaja selectiva sobre la base de la realidad económica de la transacción y concluyó que Luxemburgo había favorecido a Engie al eximirlo de la aplicación correcta de las normas de exención de dividendos y de plusvalías.

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2021. Todos los derechos reservados.