

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Notas de Competencia



Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo

2023 N.º 36

Contenido

Directrices de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los convenios colectivos de los trabajadores autónomos 5

Mosaico 7

• Noticias 7

- La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publica la composición de sus Salas para el año 2023 7

- Nombramiento de directora de Energía 7

- *Informe anual sobre ayudas públicas* 7

- *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible* 8

- La CNMC analiza las propuestas de la Real Federación Española de Fútbol para comercializar los derechos audiovisuales de la Copa y la Supercopa relativos a casas de apuestas 9

- La CNMC solicita que la Liga limite la discrecionalidad en la comercialización de ciertos derechos audiovisuales de Primera y Segunda División 10

- La CNMC recomienda cambios en la comercialización de los derechos audiovisuales del fútbol sala que garanticen la competencia entre operadores de televisión 10

- Las autoridades de competencia solicitan a las comunidades autónomas que eviten imponer requisitos innecesarios y desproporcionados en la regulación del sector del taxi y de los vehículos de transporte con conductor (VTC) 10

- La CNMC sugiere revisar las metodologías que sirven para calcular las ayudas al transporte de mercancías a Canarias 11

- La CNMC y la Autoridad de Competencia portuguesa investigan a varias empresas suministradoras de astillas de madera 12

• Prácticas prohibidas 12

- Sanción a la empresa farmacéutica Merck Sharp and Dohme por abuso de posición dominante en el mercado de los anillos anticonceptivos vaginales 12

- Sanción al laboratorio Leadiant por vender a un precio excesivo su medicamento, único en España para el tratamiento de una enfermedad rara 13

- Sanción al Grupo Audax por captar clientes de luz y gas de otras compañías mediante prácticas fraudulentas 15

- Terminación convencional del expediente sancionador contra Isdin, S. A. 16

- La CNMC adopta unas medidas cautelares para garantizar la publicidad y transparencia en las próximas subastas de residuos plásticos PET y PEAD organizadas por Ecoembes 17

- **Control de concentraciones.....17**

- Sanción a Xfera Móviles, filial de Más Móvil, por ejecutar una compra antes de notificarla 18
- Multa a Telefónica por incumplir parte de las obligaciones de información a las que se comprometió al adquirir DTS..... 18

- **Jurisprudencia19**

- Tribunal Supremo..... 19

- Autos de 13 y 27 de octubre y de 3 de noviembre del 2022 sobre delimitación del *mercado relevante*..... 19
- Sentencia de 14 de septiembre del 2022: ejecutividad de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas 19
- Sentencia de 22 de noviembre del 2022: concepto de *grupo de empresas* a efectos de las licitaciones públicas..... 20
- Sentencia de 19 de diciembre del 2022 sobre criterios orientativos establecidos por los colegios de abogados para fijar honorarios y tasar costas 20
- Sentencia de 20 de diciembre del 2022: delimitación de la autoridad competente para enjuiciar y resolver el expediente..... 21

- Audiencia Nacional 22

- Autos de 30 de septiembre y 25 de octubre del 2022: medidas cautelares de suspensión de multa y ejecución de la prohibición de contratar con la Administración 22

- Auto de 24 de octubre del 2022: medida cautelar de suspensión de la multa..... 22

- Breves por sectores 22**

- Digital 22

- Entra en vigor el Reglamento de Mercados Digitales 22

- La Comisión Europea ha publicado el proyecto de Reglamento de Ejecución del Reglamento de Mercados Digitales 23

- Ayudas de Estado 23

- La Comisión Europea adopta un marco revisado sobre ayudas estatales de investigación, desarrollo e innovación 23

- La Comisión Europea proroga y modifica el Marco Temporal de Crisis 24

- La Comisión Europea adopta la nueva Comunicación revisada sobre las ayudas estatales a las redes de banda ancha 24

- La Comisión Europea consulta sobre la propuesta de revisión del Reglamento *de minimis*..... 24

- Orientaciones informales..... 25

- La Comisión Europea adopta una comunicación más flexible sobre orientaciones informales en materia de defensa de la competencia 25



— Definición de <i>mercado</i>	25	— Tecnología	26
• La Comisión presenta un proyecto de Comunicación revisada sobre la definición de <i>mercado relevante</i>	25	• La Comisión Europea abre una consulta pública sobre el reglamento de exención por categorías de la transferencia de tecnología	26
— Subvenciones extranjeras	26	— Agricultura, silvicultura, pesca y acuicultura	27
• Entra en vigor el nuevo Reglamento sobre subvenciones extranjeras	26	• La Comisión adopta nuevas normas aplicables a los sectores de la agricultura, la silvicultura, la pesca y la acuicultura	27

Directrices de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los convenios colectivos de los trabajadores autónomos

Ricardo Alonso Soto

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. El artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prohíbe los acuerdos entre empresas que restrinjan la competencia. Si bien los convenios colectivos entre empleadores y asalariados no están sujetos a las normas de competencia de la Unión Europea, los trabajadores por cuenta propia se consideran «empresas» y, por tanto, corren el riesgo de infringir las normas de competencia si negocian colectivamente sus honorarios u otras condiciones comerciales.

Para evitar esta situación, la Comisión Europea adoptó el 29 de septiembre del 2022 una comunicación que contiene las Directrices sobre la aplicación del Derecho comunitario europeo de la competencia a los acuerdos colectivos que tienen por objeto establecer las condiciones laborales de los trabajadores por cuenta propia (autónomos).

Las condiciones laborales de los trabajadores autónomos comprenden cuestiones como las retribuciones, gratificaciones o pluses, los horarios y modalidades de trabajo, las vacaciones, días festivos, espacios físicos de trabajo, condiciones de salud y seguridad en el trabajo, seguros y previsión social, condiciones en las que los trabajadores pueden interrumpir el servicio y en las que el empleador tiene derecho a cesar de utilizar sus servicios.

2. Se equiparan de este modo los trabajadores autónomos con los trabajadores por cuenta ajena a los efectos de la negociación de convenios colectivos laborales, de forma que este tipo de acuerdos no se considerará contrario a las normas de defensa de la competencia, en particular en cuanto a las prácticas colusorias prohibidas por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este contexto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que una persona es un falso autónomo a) si actúa bajo la dirección de su empleador en lo que se refiere, en particular, a su libertad de elegir el horario, el lugar de trabajo y su contenido; b) si no participa en los riesgos comerciales del empresario, y c) si está integrada en la empresa durante el periodo de la relación laboral. Tales criterios se aplican con independencia de que dicha persona sea calificada de trabajador por cuenta propia con arreglo a la legislación nacional por razones fiscales, administrativas u organizativas y requieren una evaluación caso por caso a la luz de los hechos del caso concreto (Sentencia de 4 de diciembre del 2014, as. *Kunsten Informatie v. Staat der Nederlanden*).

3. Para poder acogerse a esta exención se requiere lo siguiente:

- a) Ser persona que trabaja por cuenta propia (autónomo) sin trabajadores a su cargo.
- b) Ser autónomo económicamente dependiente, lo que significa trabajar exclusiva o fundamentalmente para una sola empresa.
- c) Trabajar junto con los trabajadores por cuenta ajena (asalariados).
- d) Que el trabajador autónomo se encuentre en una posición negociadora débil frente a una contraparte que posea un cierto nivel de fortaleza económica. A estos efectos hay desequilibrio en el poder de negociación 1) cuando la contraparte tenga un volumen de negocios de más de dos millones de euros o cuyo número de empleados sea igual o superior a diez personas; 2) cuando negocie con

varias contrapartes que rebasen conjuntamente uno de los umbrales anteriores.

La excepción se aplica también a los trabajadores autónomos que prestan servicios en una plataforma digital de trabajo o a través de ella.

4. Las presentes directrices se aplicarán, sin perjuicio de la facultad discrecional de los Estados miembros a la hora de determinar los cauces de representación colectiva de los trabajadores autónomos, a todas las formas de negociación colectiva llevadas a cabo de conformidad con la práctica y la legislación nacionales, desde las negociaciones mediante los interlocutores sociales u otras asociaciones hasta las negociaciones directas de un grupo de trabajadores autónomos individuales o de sus representantes con su contraparte o sus contrapartes o con asociaciones de dichas contrapartes. Dichas directrices también cubren los casos en que los trabajadores autónomos, individualmente o en grupo, desean adherirse a un convenio colectivo existente celebrado entre la contraparte para la que trabajan y un grupo de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia.

La Comisión Europea supervisará cómo se integran estas directrices a nivel nacional por medio de la Red Europea de Competencia y de reuniones específicas con los interlocutores sociales europeos. La Comisión revisará sus directrices a más tardar en el 2030.

5. Finalmente, hay que recordar que las directrices no son textos legales, sino orientaciones de carácter indicativo sobre la posición de la Comisión Europea en la materia sobre la que versan que ayudan y ofrecen seguridad sobre la interpretación de las normas a las que se refieren.

Mosaico

Noticias

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publica la composición de sus Salas para el año 2023

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha acordado la rotación de la consejera doña María Pilar Canedo Arrillaga a la Sala de Supervisión Regulatoria y del consejero don Bernardo Lorenzo Almendros a la Sala de Competencia. Este acuerdo se ha adoptado con el voto particular de tres consejeros.

La Sala de Competencia estará compuesta por los consejeros don Carlos Aguilar Paredes, don Josep María Salas Prat, doña María Jesús Martín Martínez y don Bernardo Lorenzo Almendros, bajo la presidencia de doña Cani Fernández Vicién.

La Sala de Supervisión Regulatoria estará compuesta por los consejeros don Xabier Ormaetxea Garai, doña Pilar Sánchez Núñez, doña María Ortiz Aguilar y doña María Pilar Canedo Arrillaga, bajo la presidencia de don Ángel Torres Torres.

Nombramiento de directora de Energía

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha nombrado, mediante concurso público, a doña Rocío Prieto González directora de Energía.

Informe anual sobre ayudas públicas

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha remitido a las Cortes Generales el *Informe anual de ayudas públicas* del 2022.

El informe comprende el análisis de las ayudas concedidas por España en el año 2020, último ejercicio del que ofrece datos el marcador de ayudas de Estado de la Unión Europea (UE).

Los principales resultados de este análisis son los siguientes:

- 1) Las ayudas concedidas en España se duplicaron respecto al 2019 (el 1,46 % del PIB en el 2020 frente al 0,65 % del PIB en el 2019). El 34,7 % de las ayudas (el 0,51 % del PIB) se destinaron a paliar los efectos de la pandemia del COVID-19. En la Unión Europea y el Reino Unido, este porcentaje se elevó al 59,3 % (el 1,44 % del PIB).
- 2) El 93 % de las ayudas COVID-19 se canalizaron mediante garantías y España fue el país con menor porcentaje de subvenciones directas concedidas (el 2 %). España ocupó el vigésimo puesto de la Unión Europea (incluido el Reino Unido) en términos de gasto de ayudas sobre el PIB (un 1,46 % del PIB español frente al 2,43 % del PIB de la Unión Europea y el Reino Unido).
- 3) El desarrollo regional fue uno de los principales objetivos de las ayudas (el 63 %), incluidas las concedidas a consumidores individuales, frente al resto de la Unión Europea y el Reino Unido (un 13 %).
- 4) El peso de las ayudas dedicadas al medio ambiente y a la eficiencia energética fue reducido (el 7 %) frente al resto de la Unión Europea y el Reino Unido (un 55 %).
- 5) Desde el 2014 no se han otorgado nuevas ayudas al sector financiero en España.

Además, el documento recoge información sobre otras cuestiones, entre las que destacan las siguientes: a) las novedades en el 2021 en materia de ayudas de Estado, la legislación temporal de la Comisión Europea sobre la concesión de ayudas del «Marco temporal para medidas de ayudas públicas para apoyar la economía en el actual brote de COVID-19»; b) la tramitación del reglamento para el control de subsidios extranjeros distorsionadores del mercado interior; c) la Comunicación de la Comunidad Europea relativa a las Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía; d) diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), entre los que destaca el relativo a las ayudas al desarrollo de la televisión digital terrestre (TDT) en algunas zonas remotas, que declaró que España incumplió la obligación de recuperar una ayuda ilegal concedida a Telecom Castilla-La Mancha, y e) un estudio de las ayudas para la extensión de la banda ancha concedidas entre los años 2013 y 2020 en las poblaciones españolas.

Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, ha emitido el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible*.

El anteproyecto pretende reorientar la movilidad de los ciudadanos hacia modos de transporte que reduzcan la contaminación y potencien la cohesión social y territorial, fortalecer los mecanismos de coordinación y rendición de cuentas en el diseño y gestión de las infraestructuras, potenciar la intermodalidad y el uso de medios de transporte más sostenibles, imponer mayor racionalidad en el mapa concesional de líneas regulares de transporte de viajeros por carretera y favorecer la innovación a través de los «bancos de

pruebas» o *sandboxes* regulatorios. Esta iniciativa normativa forma parte de los compromisos adquiridos por España frente a la Comisión Europea en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El anteproyecto constituye una oportunidad para revisar la regulación vigente y reducir obstáculos innecesarios o desproporcionados al acceso y ejercicio de las actividades de transporte. Además, tiene un carácter programático y abierto en muchas de sus disposiciones, por lo que, en cumplimiento de sus funciones consultivas, la Comisión Nacional realiza las siguientes recomendaciones sobre la política de movilidad:

- Deberá orientarse según los principios de competencia efectiva y de neutralidad competitiva y tecnológica.
- Se incluirá el principio de necesidad entre los principios orientadores del establecimiento de las obligaciones de servicio público (OSP) y de los contratos de servicio público (CSP); se fijará un orden de prelación de las primeras sobre los segundos y se hará imperativa la eliminación de las obligaciones de servicio público y de los contratos de servicio público en el momento en que dejen de estar justificados.
- Se habrán de diseñar adecuadamente las políticas de acceso a los datos para impulsar la competencia sin distorsionar los incentivos de los operadores. Se pueden reconocer situaciones especiales para reforzar las obligaciones de información de ciertos operadores, como los sujetos a obligaciones de servicio público o los participantes en un *sandbox*. No se pospondrá la obligación de procurar datos estáticos y se regulará la provisión de datos dinámicos al punto de acceso nacional regulado en la normativa de la Unión Europea. Se preverá la participación de la Comisión

Nacional de los Mercados y la Competencia en la supervisión y resolución de conflictos sobre el acceso a los datos y se regulará como infracción grave el incumplimiento de las obligaciones de neutralidad, no discriminación y transparencia.

- Se reforzará la coordinación para determinar el contenido y obligaciones de los planes de movilidad y evitar duplicidades. Se adoptarán medidas para que la separación contable, funcional y jurídica entre la gestión de la infraestructura y la operación del servicio pueda ser efectiva.
- No se reservarán únicamente a las Administraciones Públicas y a los operadores ferroviarios los servicios de conexión con el ferrocarril. Las condiciones para establecer estos servicios cuando coincidan con rutas de autobús gozarán de más flexibilidad.
- Se revisará el sistema concesional en el transporte de viajeros por carretera, salvo en los casos donde la iniciativa privada no proporcione las condiciones deseables. Habrán de especificarse los requisitos que debe cumplir una ruta para ser susceptible de liberalización y definirse las obligaciones que se podrían imponer a los operadores en el supuesto de que ésta se lleve a cabo. Se adoptarán medidas para evitar que el *statu quo* vigente del sistema concesional permanezca inalterado durante el plazo de transición establecido de varios años más.
- Se aclarará el papel que desempeña la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la planificación de las infraestructuras teniendo en cuenta sus competencias en lo que se refiere al *Documento de regulación aeroportuaria*. Se homogeneizará su intervención en los sectores aeroportuario y ferroviario.
- Se mantendrá la independencia del regulador respecto del promotor del proyecto en lo relativo a los bancos controlados de pruebas; el primero tendrá la opción de no regular si no es necesario.
- Se incentivará el autoconsumo en la red ferroviaria introduciendo medidas similares a las previstas en los sectores portuario y aeroportuario. Se incorporarán incentivos que favorezcan un comportamiento eficiente de ADIF en la contratación del suministro de energía.

La CNMC analiza las propuestas de la Real Federación Española de Fútbol para comercializar los derechos audiovisuales de la Copa y la Supercopa relativos a casas de apuestas

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aprobado un informe en el que analiza las condiciones propuestas por la Real Federación Española de Fútbol para comercializar los derechos audiovisuales para la emisión en casas de apuestas de la Copa de Su Majestad el Rey y la Supercopa.

La Comisión considera que las bases de comercialización propuestas no se adaptan a las condiciones que exige el Real Decreto Ley 5/2015. En particular, recomienda a la mencionada federación un procedimiento de licitación que respete los principios de competencia, transparencia y no discriminación con la introducción de estos cambios: aclarando si los derechos se licitan en tres lotes (España, Estados Unidos y Canadá, y el resto del mundo) o en un único lote; otorgando plazos suficientes para la preparación y presentación de ofertas y la solicitud de aclaraciones; utilizando requisitos de acceso a la licitación que respeten los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación; eliminando las

formulaciones que generan incertidumbre para los candidatos y otorgan excesiva discrecionalidad a la federación en la adjudicación de los derechos y limitando el plazo de licitación a tres temporadas.

La CNMC solicita que la Liga limite la discrecionalidad en la comercialización de ciertos derechos audiovisuales de Primera y Segunda División

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia señala en su informe una serie de mejoras que afectan a las condiciones propuestas por la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) para comercializar determinados derechos audiovisuales. Concretamente, se trata de los partidos de Primera y Segunda División y de los *play-offs* de ascenso, aparte de resúmenes y otros programas, en ciertos territorios ubicados fuera del Espacio Económico Europeo (concretamente África, Caribe, Asia, subcontinente indio, Medio Oriente y Norte de África, Israel y Gibraltar).

Entre otras recomendaciones, la Comisión señala que la Liga debería garantizar un procedimiento de adjudicación de acuerdo con los principios de publicidad y transparencia, en particular, fijando los criterios para la valoración de los requisitos para la adjudicación de los lotes, aumentando la certidumbre para los operadores y limitando la discrecionalidad de la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Asimismo, no debería incluir facultades, reservas o titularidad de derechos no atribuidos por el Real Decreto Ley 5/2015; habría de aclarar las condiciones en cuanto a la emisión lineal o no lineal, y no debería discriminar entre operadores. Tendría que revisar el papel de Mediaproducción S. L. U. como encargada de la comercialización y considerar una duración de los contratos adecuada a las normas de competencia.

La CNMC recomienda cambios en la comercialización de los derechos audiovisuales del fútbol sala que garanticen la competencia entre operadores de televisión

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aprobado un informe en el que analiza las condiciones propuestas por la Real Federación Española de Fútbol para comercializar los derechos audiovisuales para la emisión de la Primera y Segunda Federación de Fútbol Sala para las temporadas 2023/2024, 2024/2025 y 2025/2026.

La Comisión considera que las bases de comercialización propuestas no se adaptan a las condiciones que exige el Real Decreto Ley 5/2015. En particular, recomienda a la federación un procedimiento de licitación que respete los principios de competencia, transparencia y no discriminación introduciendo estos cambios: aclarando si los derechos se licitan por cinco temporadas, considerando preferiblemente un plazo máximo de tres temporadas; otorgando plazos suficientes para la preparación y presentación de ofertas y la solicitud de aclaraciones; adecuando los derechos ofertados a lo considerado en el real decreto ley; definiendo con precisión el contenido de los lotes; reformando las discriminaciones entre operadores de televisión de pago y en abierto, garantizando una libre competencia entre ambos en todos los lotes; limitando las restricciones a las decisiones de publicidad de los adjudicatarios y eliminando las formulaciones que generan incertidumbre para los candidatos y otorgan excesiva discrecionalidad a la mencionada federación en la adjudicación de los derechos.

Las autoridades de competencia solicitan a las comunidades autónomas que eviten imponer requisitos innecesarios

y desproporcionados en la regulación del sector del taxi y de los vehículos de transporte con conductor (VTC)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las autoridades de competencia de Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Extremadura y el País Vasco han acordado una declaración conjunta sobre el sector de los vehículos de transporte con conductor (VTC) durante la celebración de las XIV Jornadas de Defensa de la Competencia.

En el documento solicitan a las comunidades autónomas que la regulación que adopten para este sector no perjudique a los consumidores ni suponga una reducción de la competencia en el mercado global de los taxis y los VTC.

El Real Decreto Ley 13/2018 modificó la regulación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y estableció que, a partir de octubre del 2022, con las autorizaciones nacionales sólo se podrían efectuar servicios interurbanos. Asimismo, el real decreto ley permitió que las comunidades autónomas pudieran regular los servicios de carácter urbano en sus respectivos territorios. Algunas comunidades autónomas han regulado los servicios VTC urbanos, pero han impuesto unas condiciones de difícil cumplimiento, que reducen el atractivo de estos servicios para los consumidores y lastran su competitividad frente al taxi. Otras comunidades autónomas no han llegado a regular el sector después del Real Decreto Ley 13/2018. En estos territorios, los operadores VTC se exponen a no poder prestar servicios urbanos.

Ante esta situación, el Grupo de Trabajo de Consejos de las Autoridades de Competencia hace un llamamiento a las autoridades competentes de las comunidades autónomas para que regulen

efectivamente la prestación del servicio urbano de VTC en sus territorios y para que las regulaciones no introduzcan requisitos innecesarios o desproporcionados desde el punto de vista del interés general. Asimismo, recuerdan que la adopción en la regulación de la actividad de cualquier limitación o restricción que altere el funcionamiento del mercado debe respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Finalmente, recuerdan la conveniencia de que toda medida regulatoria o administrativa que pueda restringir o limitar el acceso a un mercado o la capacidad de las empresas para competir en él se someta a consulta previa de las autoridades de competencia.

La CNMC sugiere revisar las metodologías que sirven para calcular las ayudas al transporte de mercancías a Canarias

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, ha emitido un informe conjunto sobre los proyectos de órdenes ministeriales por las que se determinan los costes tipo aplicables a los costes subvencionables en el transporte aéreo y marítimo de mercancías con origen o destino en las islas Canarias para el año 2021. Estos costes se encuentran regulados en los reales decretos 552/2020 (mercancías incluidas en el anexo I del TFUE) y 147/2019 (mercancías no incluidas en el anexo I del TFUE) y ahora son desarrollados mediante órdenes ministeriales. El mecanismo de ayudas sirve para compensar al transporte aéreo y marítimo de mercancías con origen o destino en las islas Canarias debido a su lejanía con respecto al mercado continental. La Comisión ha evaluado en el pasado otras órdenes de establecimiento de los costes tipo para años anteriores.

Como en ocasiones precedentes, la Comisión reitera las deficiencias sobre la metodología de

cálculo de los costes tipo. En este sentido, recomienda que las subvenciones se determinen teniendo en cuenta los costes de una empresa gestionada eficientemente, una mayor justificación de las variaciones propuestas de los costes tipo respecto a años anteriores y un reforzamiento de las medidas de evaluación *ex post* de la eficacia de las ayudas.

Adicionalmente, la Comisión recomienda lo siguiente: en cuanto a la determinación de los costes tipo, más allá de los datos que se piden a los operadores y aun siendo conscientes de que estos costes no derivan de obligaciones de servicio público, deberían servir de orientación los que una empresa media del mismo sector, bien gestionada y dotada de medios materiales, habría soportado para ejecutar estas potenciales obligaciones, si fuera el caso; respecto a la metodología para la determinación de los costes tipo, se recuerda la necesidad de elaborar un método alternativo y más ajustado de costes vinculados incluyendo nuevos elementos (por ejemplo, una mayor precisión de los costes por tipología de mercancía); además, respecto al transporte aéreo, se sugiere introducir nuevos elementos en el estudio de los costes como la distancia, el tiempo, el tipo de flota y la ocupación media de la ruta.

La CNMC y la Autoridad de Competencia portuguesa investigan a varias empresas suministradoras de astillas de madera

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia investiga posibles prácticas anticompetitivas que afectarían al suministro de astillas de madera en España y Portugal. Concretamente, se analiza el posible intercambio de información comercialmente sensible y un reparto geográfico de mercado entre empresas que son competidoras entre sí. Dichas prácticas podrían vulnerar el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La Comisión llevó a cabo una inspección entre el 19 y el 21 de octubre del 2022 en colaboración con la Autoridad de Competencia portuguesa. En ella participaron funcionarios de ambas autoridades de acuerdo con lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el Reglamento comunitario 1/2003. Las inspecciones suponen un paso preliminar en el proceso de investigación de las supuestas conductas anticompetitivas y no prejuzgan el resultado de la investigación ni la culpabilidad de las empresas inspeccionadas. Si como resultado de la inspección se encontrasen indicios de prácticas prohibidas, se procederá a la incoación formal de expediente sancionador.

Prácticas prohibidas

Sanción a la empresa farmacéutica Merck Sharp and Dohme por abuso de posición dominante en el mercado de los anillos anticonceptivos vaginales

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha multado con 38 934 000 euros a la empresa farmacéutica Merck Sharp and Dohme (MSD) por abuso de posición dominante en el mercado de los anillos vaginales anticonceptivos (Resolución de 21 de octubre del 2022).

Dicha farmacéutica disfrutó de un monopolio desde el 2002 hasta el 2018 en relación con el primer anillo vaginal comercializado en España, ya que era titular de la patente que protegía el anticonceptivo Nuvaring¹. La empresa competidora Insud Pharma había desarrollado un anillo vaginal alternativo al protegido por la patente de Merck Sharp and Dohme que se empezó a comercializar en junio del 2017 bajo la denominación *Ornibel*.

Merck Sharp and Dohme, invocando su derecho de patente y alegando razones de urgencia, solicitó al Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona la práctica de una diligencia de comprobación de hechos y, posteriormente, una medida cautelar *inaudita parte*, es decir, sin audiencia de Insud Pharma, para paralizar la fabricación y venta del anillo Ornibel en España.

La Comisión considera acreditado que, al solicitar tanto la diligencia de comprobación de hechos como las posteriores medidas cautelares, Merck Sharp and Dohme había desplegado una estrategia de engaño al órgano judicial ocultándole información fáctica y técnica relevante. La falta de transparencia en la información aportada durante este proceso fue un elemento determinante para obtener la medida cautelar solicitada que paralizó la comercialización y venta del Ornibel entre septiembre y diciembre del 2017. Insud Pharma no pudo restablecer la producción del Ornibel hasta que en diciembre del 2017 las medidas cautelares fueron levantadas mediante auto judicial dictado a raíz de su oposición a éstas.

Por ello se considera acreditado que el objetivo de las actuaciones judiciales emprendidas no era hacer valer sus derechos de patente, sino que se ejercieron en el marco de un plan cuyo fin era suprimir la competencia del nuevo entrante durante el máximo tiempo posible.

Al estar la única fábrica que producía sus anillos situada en España, la paralización de la fabricación afectó a la distribución y venta en todos los países donde se había empezado a comercializar, por lo que la conducta afectó también a la competencia en diversos países de la Unión. Esta paralización de la producción supuso la extensión de la posición de dominio de Merck Sharp and Dohme y la alteración de la evolución del mercado de anillos vaginales que se hubiera producido de haberse mantenido la normal dinámica competitiva.

La Comisión considera que la falta de transparencia con la que actuó Merck Sharp and Dohme es contraria a una competencia basada en los méritos, ya que toda empresa dominante tiene una «responsabilidad especial» consistente en «no impedir, con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común». En consecuencia, la Comisión ha impuesto a Merck Sharp and Dohme una multa de 38 934 000 euros por cometer una infracción muy grave constitutiva de abuso de posición de dominio y tipificada en los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Además, ha declarado responsable solidaria a su sociedad matriz MSD Human Health Holding a los efectos del pago de la multa.

Sanción al laboratorio Leadiant por vender a un precio excesivo su medicamento, único en España para el tratamiento de una enfermedad rara

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha multado con 10 250 000 euros a la empresa farmacéutica Leadiant por haber abusado de su posición de dominio en el mercado de la fabricación y suministro de medicamentos que emplean el ácido quenodesoxicólico (CDCA) para el tratamiento de una enfermedad rara denominada xantomatosis cerebrotendinosa (XCT) (Resolución de 10 de noviembre del 2022).

La xantomatosis cerebrotendinosa es una enfermedad metabólica hereditaria ultrarrara que resulta de un defecto en una de las enzimas que conduce a la síntesis del ácido biliar CDCA y que se manifiesta con síntomas tanto sistémicos (diarrea crónica en niños, cataratas juveniles y xantomas de tendones) como neurológicos (deterioro de la capacidad cognitiva). Existen alrededor de doscientos a doscientos cincuenta pacientes diagnosticados de esta enfermedad en

Europa, de los que cerca de cincuenta se encontrarían en España. Desde hace décadas esta enfermedad se ha tratado con medicamentos que emplean dicho ácido como principio activo. Se ha demostrado su eficacia para impedir la progresión de la enfermedad e incluso para revertir parcialmente sus síntomas si se administra de forma crónica y temprana. Leadiant ha sido el único proveedor de medicamentos basados en ácido quenodesoxicólico para el tratamiento de la citada enfermedad en España desde el año 2010, primero con el denominado *Xenbilox*[®] y, desde junio del 2017, con CDCA-Leadiant[®].

La investigación tuvo su origen en un oficio del Ministerio de Sanidad junto con una denuncia de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) por un posible abuso de posición de dominio por parte de Leadiant al haber incrementado significativamente el precio de su medicamento con ácido quenodesoxicólico en junio del 2017. Ambos denunciantes señalaron que el precio del CDCA-Leadiant[®] era más de mil veces superior al de los fármacos con dicho ácido empleados hasta el 2008 para el tratamiento de la xantomatosis cerebrotendinosa.

Las autoridades de competencia holandesa e italiana ya habían iniciado procedimientos contra Leadiant por la aplicación de un precio excesivo al medicamento con ácido quenodesoxicólico en sus respectivos mercados nacionales. La Comisión ha mantenido una colaboración permanente con dichas autoridades que ha incluido el compartir documentos recabados durante inspecciones domiciliarias realizadas a sociedades del grupo Leadiant situadas en Italia, Alemania y el Reino Unido.

De las investigaciones se ha podido demostrar que Leadiant había puesto en marcha desde el 2007 una estrategia consistente en hacerse con la exclusividad de los medicamentos basados en ácido quenodesoxicólico, retirar del

mercado español el fármaco con ese ácido que estaba comercializando desde el 2010 (*Xenbilox*[®]) y reformularlo para luego poder lanzarlo al mercado como un medicamento huérfano con distinta marca (CDCA-Leadiant[®]) a un precio catorce veces superior. El único fármaco disponible en España para el tratamiento de la xantomatosis cerebrotendinosa pasó así de costar 984 euros por envase en septiembre del 2010 a 14 618 euros por envase en junio del 2017.

Para lograr la exclusividad en el mercado, Leadiant llevó a cabo una serie de actuaciones en que combinaba comportamientos lícitos —como la obtención de la designación de medicamento huérfano con la correspondiente autorización de comercialización— con prácticas anticompetitivas. Entre estas últimas destaca que mantuvo una cláusula de exclusividad con el único proveedor del principio activo habilitado para suministrar ácido quenodesoxicólico en cantidades y calidad suficientes. Ello impidió la aparición de medicamentos alternativos tanto industriales como en forma de fórmulas magistrales. En cuanto al incremento de los precios de venta del medicamento en España a partir del año 2017, la Comisión concluye que tienen una naturaleza abusiva atendiendo a su carácter desproporcionado e inequitativo, requisitos para que el precio aplicado por un operador dominante se considere contrario a la normativa de competencia. El análisis de la Comisión permite establecer, en primer lugar, una desproporción excesiva entre los riesgos y los costes efectivamente soportados por Leadiant para el desarrollo y comercialización del CDCA-Leadiant[®] y el precio efectivamente exigido en España. En segundo lugar, tal análisis permite establecer que dicho precio no resulta equitativo en sí mismo atendiendo a su valor económico. Leadiant ha negado durante el procedimiento que el precio del CDCA-Leadiant[®] en España resulte excesivo y asegura que se justificaría en las ventajas significativas que aportaría este medicamento sobre su anterior fármaco

con ácido quenodesoxicólico, Xenbilox[®]. En concreto, Leadiant mantiene que no sólo se habría mejorado la calidad del principio activo, sino que también se habría obtenido una indicación específica para el tratamiento de la xantomatosis cerebrotendinosa, implicando todo ello beneficios para los pacientes con XCT, en términos de calidad, eficacia y seguridad respecto del uso de Xenbilox[®] en esta enfermedad. La realidad, sin embargo, es que desde un punto de vista clínico ambos medicamentos son equivalentes y el CDCA-Leadiant[®] no presenta un valor añadido sustancial respecto del anterior. Además, el ácido se empleaba fuera de indicación para el tratamiento de la xantomatosis cerebrotendinosa desde mediados de los años setenta, de modo que su eficacia y seguridad ya había sido avalada por una práctica clínica consolidada y una extensa literatura científica. Por ello Leadiant pudo lograr la indicación específica para su nuevo medicamento reformulado sobre la base del anterior con una inversión prácticamente nula en I + D y en investigación clínica. En ningún caso se justifica, por tanto, que Leadiant se prevaliera de su posición de dominio para multiplicar por catorce el precio de su tratamiento para la xantomatosis cerebrotendinosa con ácido quenodesoxicólico elevando indebidamente el gasto asumido por el Sistema Nacional de Salud.

La Comisión considera que Leadiant es autora de unas prácticas abusivas prohibidas por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistentes en excluir a los competidores del mercado y en imponer precios excesivos significativamente superiores a los que habrían existido en ausencia de su posición de dominio. En consecuencia, la Comisión ha impuesto a Leadiant una sanción de 10 250 000 euros por cometer una infracción muy grave constitutiva de abuso de posición de dominio y tipificada en los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea. Adicionalmente, la Comisión ha impuesto a Leadiant el cumplimiento de una serie de obligaciones con el objetivo de eliminar la exclusividad del control del principio activo en España y de comercializar el ácido quenodesoxicólico en España al precio negociado con el Ministerio de Sanidad.

Sanción al Grupo Audax por captar clientes de luz y gas de otras compañías mediante prácticas fraudulentas

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha impuesto una multa de 9,2 millones de euros a varias comercializadoras del Grupo Audax por conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales prohibidas por el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (Resolución de 5 de octubre del 2022).

Las comercializadoras del Grupo Audax llevaron a cabo actos de engaño y confusión para propiciar que clientes que tenían sus contratos con comercializadoras rivales pasaran a formar parte de su cartera de clientes domésticos de electricidad y gas desde enero del 2018 hasta octubre del 2021. En abril del 2021, a la vista de la información recabada gracias a diversas denuncias presentadas ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la información aportada por la Organización de Consumidores y Usuarios, la Comisión inició un expediente sancionador por posibles prácticas anticompetitivas.

La Comisión ha acreditado que las comercializadoras sancionadas del Grupo Audax han llevado a cabo actos de engaño y confusión para la captación de clientes de otras comercializadoras de luz y gas mediante las siguientes estrategias:

- a) el intento de captación de clientes haciéndose pasar por su compañía habitual;

- b) la comunicación a los consumidores de una supuesta actualización o renovación de la tarifa, haciéndose pasar por su compañía habitual;
- c) el ofrecimiento a los consumidores de supuestos descuentos en la tarifa asegurando que seguirían vinculados a su compañía habitual;
- d) la comunicación de un supuesto cambio obligatorio de comercializadora debido a una supuesta desaparición o cambio de denominación de su compañía habitual;
- e) la comunicación de un supuesto cambio de facturación o de distribuidora.

Asimismo, ha quedado acreditado que estas conductas desleales fueron llevadas a cabo de forma generalizada y que afectaron a miles de clientes, incluidos consumidores vulnerables, provocando así un cambio efectivo y significativo del comportamiento de la demanda en los mercados de servicios esenciales de comercialización de luz y gas a clientes domésticos.

Por lo anterior, la Comisión ha resuelto imponer a varias comercializadoras del Grupo Audax (Audax Renovables, S. A.; Ads Energy 8.0, S. L. U.; Ahorreluz Servicios Online, S. L.; BY Energyc Energía Eficiente, S. L.; Iris Energía Eficiente, S. A., y Masqluz 2020, S. L.) una multa total de 9 258 270 euros por la comisión de una infracción grave del artículo 62.3a de la Ley 15/2007.

Terminación convencional del expediente sancionador contra Isdin, S. A.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha resuelto la terminación convencional del expediente sancionador incoado a Isdin, S. A. por llevar a cabo una posible conducta

anticompetitiva (Nota de prensa de 30 de noviembre del 2022).

La Comisión inició el expediente sancionador contra Isdin tras recibir la denuncia de un operador dedicado a la distribución y comercialización de productos de parafarmacia y de cuidados corporales y de salud. En particular, se investigaba una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la fijación de los precios de reventa, a través del canal *on line* de la empresa, de determinados productos para el cuidado de la piel.

Isdin solicitó la terminación convencional del procedimiento y para ello presentó una serie de compromisos orientados a resolver los problemas de competencia detectados, en particular, mediante la implementación de una serie de medidas dirigidas a evitar la eventual fijación de precios de reventa, además de resarcir el daño particular generado con su conducta. Estos compromisos suponen la implantación de un sistema objetivo, transparente y no discriminatorio de descuentos que evitará la eventual vinculación de los descuentos al seguimiento de una determinada política de precios por parte de sus distribuidores minoristas. Además, Isdin se compromete a mejorar su política de comunicación de precios recomendados a sus distribuidores y a fomentar su cultura interna de cumplimiento de la normativa de competencia. Para ello establecerá un sistema de alerta temprana ante posibles infracciones y acciones formativas en materia de competencia destinadas a su personal. Por último, Isdin garantizará que el personal de su departamento comercial no tenga acceso a determinada información relacionada con precios de venta de las farmacias. En concreto, implementará acciones con el objetivo de evitar que las herramientas de *business intelligence* puedan ser empleadas para el monitoreo de precios de reventa. Los citados compromisos tendrán un plazo de vigencia de tres años.

La Comisión considera que estos compromisos solucionan de forma adecuada los problemas de competencia detectados y vigilará su cumplimiento durante el citado periodo. El incumplimiento de éstos tendrá la consideración de infracción muy grave.

La CNMC adopta unas medidas cautelares para garantizar la publicidad y transparencia en las próximas subastas de residuos plásticos PET y PEAD organizadas por Ecoembes

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha adoptado unas medidas cautelares destinadas a garantizar la publicidad y transparencia en la tramitación de las subastas de envases ligeros y residuos sólidos urbanos de material PET y PEAD para descartar su manipulación (Resolución de 29 de diciembre del 2022).

Estas medidas se adoptan en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Defensa de la Competencia que prevé que el Consejo de la Comisión pueda adoptar de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Competencia, las medidas cautelares necesarias que aseguren asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte en los expedientes sancionadores ya incoados.

En octubre del 2022, la Comisión inició un expediente sancionador contra Ecoembes por un posible abuso de su posición de dominio en el mercado en su condición de gestor único del sistema de integrado de gestión de residuos de envases plásticos en España. La investigación de la Comisión se centra en el procedimiento de subastas utilizado por la empresa, al menos desde el 2004, en su condición de gestor del único sistema integrado de gestión de residuos de envases plásticos (PET y PEAD) ejecutado sin garantías de transparencia y publicidad, dificultando la entrada de empresas

recicladoras en el mercado de recogida, selección y tratamiento de dichos residuos.

En el ámbito de la instrucción del citado expediente sancionador, la Dirección de Competencia elevó recientemente al Consejo una propuesta de medidas cautelares para garantizar la transparencia y publicidad de las subastas de residuos de Ecoembes. El Consejo, tras oír a los interesados, adoptó las medidas propuestas, que prevén la participación de un fedatario público durante el procedimiento de subasta y la publicación en la página web de Ecoembes, en un formato de acceso público, tanto de las bases de la convocatoria como del acta notarial con todas las ofertas presentadas y el resultado de la adjudicación y la limitación de la cantidad que se puede adjudicar a una sola empresa recicladora en las subastas de envases ligeros y de residuos sólidos urbanos de material PET. Ecoembes manifestó la adopción voluntaria de las medidas propuestas.

Dichas medidas cautelares estarán en vigor hasta la finalización del expediente sancionador de referencia o, en caso de producirse con anterioridad a dicha finalización, hasta la adopción por parte de Ecoembes de un sistema de subasta electrónica según lo previsto en el artículo 22, apartado primero, letra d, del Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de Envases y Residuos de Envases.

Control de concentraciones

Durante este periodo se han autorizado treinta y seis operaciones de concentración, treinta y cinco en primera fase —cuatro de ellas con compromisos— y una en segunda fase con compromisos (Grimaldi/Terminal Ferry Barcelona). Su tipología es la siguiente: veintisiete de toma de

control exclusivo, tres de toma de control conjunto, tres de compras de empresas, una operación de fusión, una de creación de una empresa en participación y una de adquisición de cartera de clientes.

Sanción a Xfera Móviles, filial de Más Móvil, por ejecutar una compra antes de notificarla

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha multado con 1,5 millones de euros a Xfera Móviles, S. A. U., por no haber notificado la compra de Alma Telecom, S. L., que contaba con numeración geográfica propia para prestar el servicio de terminación de llamadas fijas (Resolución de 21 de diciembre del 2022).

Incumplir la obligación de notificar previamente este tipo de adquisiciones se conoce como *gun jumping* y constituye una infracción grave según el artículo 62.3b de la Ley de Defensa de la Competencia. La Comisión considera que Xfera Móviles actuó en este caso de forma negligente y señala que la empresa podría haber acudido a los mecanismos voluntarios previos en caso de tener dudas sobre si la operación debía notificarse.

La Comisión requirió de oficio la notificación de la compra el 29 de marzo del 2022 y autorizó la operación en primera fase sin compromisos.

Multa a Telefónica por incumplir parte de las obligaciones de información a las que se comprometió al adquirir DTS

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a Telefónica con 5 millones de euros por incumplir varias de las obligaciones asumidas en los compromisos que la operadora presentó y aceptó voluntariamente y que llevaron a la Comisión a autorizar la compra de DTS por Telefónica mediante la

Resolución de 22 de abril del 2015. Posteriormente, en julio del 2020, la Comisión prorrogó por un periodo de tres años los compromisos adquiridos por Telefónica con el objetivo de seguir preservando la competencia en los mercados afectados por la citada adquisición, entre otros, el mercado de la televisión de pago y el de las comunicaciones electrónicas.

Entre las obligaciones infringidas se encuentran las relacionadas con la información que Telefónica tiene que remitir para que sea posible analizar la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas que incluyen canales propios *premium* en su oferta mayorista de televisión de pago. En los compromisos, Telefónica se obligó a poner a disposición de los operadores una oferta de canales *premium* a precios que permitieran que sus competidores pudieran replicar sus ofertas y ser competitivos. Para garantizar la efectividad de esta obligación y que estas ofertas no incurran en estrechamiento de márgenes, Telefónica también se comprometió a remitir periódicamente a la Comisión información sobre las ofertas que lanzara al mercado.

La incoación del expediente sancionador se produjo porque el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su Resolución de 28 de julio del 2021, declaró la existencia de indicios de incumplimiento de su obligación de remisión de información, en este caso fundamental para verificar el cumplimiento del compromiso 2.9j. Éste garantiza que la oferta mayorista por la que Telefónica pone a disposición canales *premium* a terceros tiene unas condiciones que permiten la replicabilidad efectiva por parte de terceros en sus ofertas minoristas que incluyen dichos canales. Sin embargo, la Comisión ha verificado que, entre mayo del 2015 y, al menos, junio del 2020, Telefónica no aportó de forma puntual, correcta y completa la información debida.

Como consecuencia de la conducta, Telefónica ha entorpecido la labor de vigilancia de los compromisos y la detección temprana de eventuales incumplimientos relativos a la replicabilidad de las ofertas comerciales de terceros operadores. El incumplimiento de lo establecido en los compromisos de una operación de concentración en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) supone una infracción muy grave en virtud del artículo 62.4c de dicha ley. Por todo ello, la Comisión ha impuesto a Telefónica una multa de 5 millones.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

Autos de 13 y 27 de octubre y de 3 de noviembre del 2022 sobre delimitación del *mercado relevante*

Los autos de 13 de octubre (tres), 27 de octubre (dos) y 3 de noviembre del 2022 admiten a trámite los recursos de casación planteados en el asunto «transporte escolar en Baleares» por considerar de interés casacional la cuestión de si la delimitación exacta del *mercado relevante* y, más concretamente, del mercado geográfico es o no un elemento del tipo de la infracción regulada en los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para valorar la antijuridicidad de la conducta infractora tomando en consideración la actividad de que se trata y la insularidad de los territorios en que se desarrolla, todo ello en relación con la condición de competidor.

Sentencia de 14 de septiembre del 2022: ejecutividad de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas

La sentencia establece que la regla general en Derecho es la ejecutividad de los actos administrativos que deriva de los principios de eficacia de la actuación administrativa y de presunción de validez de los actos de la Administración. Sin embargo, como excepción a esos principios, se admite la posibilidad de suspensión por vía cautelar como exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva cuando aquella ejecutividad inmediata puede hacer perder su finalidad legítima al recurso o cuando con ella se generen perjuicios de imposible o muy difícil reparación.

Frente a la cuestión de si la prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora de la autoridad de competencia ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, la sentencia estima que debe afirmarse que la prohibición de contratar acordada por la autoridad de competencia es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias.

En consecuencia, los efectos de la prohibición de contratar sólo se producen y la limitación sólo es ejecutiva desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora, bien a través del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y, en este último caso, una vez inscrita en el Registro. Pero ello no impide que el órgano judicial que conoce del recurso, por vía cautelar, pueda suspender la remisión a la citada junta consultiva cuando, entre otros supuestos, haya considerado necesario suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada.

En el presente caso, la empresa recurrente argumenta que la pérdida de la posibilidad de competir por la adjudicación de contratos con el sector público derivada de una eventual prohibición de contratar es ya un perjuicio de imposible o muy difícil reparación. Tomando en cuenta esta consideración, la sentencia acuerda suspender la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 72 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público instada en la resolución de la autoridad de competencia.

Sentencia de 22 de noviembre del 2022: concepto de grupo de empresas a efectos de las licitaciones públicas

La sentencia desestima el recurso de casación formulado por la empresa Extraco, S. A., contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de marzo del 2019, que interpreta el concepto de *grupo de sociedades* del artículo 42.1 del Código de Comercio en cuanto a la participación de otra empresa relacionada con ella en una licitación pública convocada por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

Frente a la alegación del recurrente de que, con arreglo a dicha norma, no pueden considerarse grupos los de tipo horizontal por coordinación porque el texto legal sólo se refiere a las situaciones de control (siendo, por tanto, necesario que exista una sociedad que ejerza el control sobre otra), la sentencia de la Audiencia estima que en los procedimientos de contratación pública hay que considerar que pertenecen al mismo grupo aquellas sociedades que, aunque no ejercen un control directo sobre otras, tienen los mismos accionistas, la misma participación en el capital social e idénticos órganos de administración. Se trata en este caso de tres hermanos que poseen conjuntamente el 100 % del capital de una sociedad y la mayoría de los derechos de voto en

la otra, de modo que cumplen los requisitos del citado artículo 42.1 del Código de Comercio.

La relevancia de esta interpretación en el caso que nos ocupa deriva de la remisión que se hace a él en el artículo 86 del Real Decreto 1098/2001 a los efectos de la aplicación del artículo 83 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que se regula la apreciación de las bajas temerarias cuando concurren a la licitación individualmente sociedades pertenecientes al mismo grupo.

El Tribunal Supremo, siguiendo su doctrina sentada en las sentencias de 4 de marzo y 13 de diciembre del 2017 y de 2 y 15 de marzo del 2021, considera que el concepto de *grupo* se extiende más allá del hecho del control directo o indirecto de una sociedad y comprende también la situación en la que una o varias personas físicas pueden considerarse grupo si existe una unidad de actuación o de dirección entre las sociedades que individualmente controlan. De este modo, a los efectos de la aplicación del artículo 86 del Real Decreto 1098/2001, el concepto de *grupo* es compatible con el hecho de que el control de las sociedades lo ostente un grupo familiar integrado por varias personas que actúen concertadamente.

Sentencia de 19 de diciembre del 2022 sobre criterios orientativos establecidos por los colegios de abogados para fijar honorarios y tasar costas

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre del 2022 que resuelve un recurso presentado por el Colegio de Abogados de las Palmas de Gran Canaria contra la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó en parte el recurso interpuesto por el citado colegio contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio del 2015

interpreta la normativa de la Ley sobre Colegios Profesionales relativa a la fijación de criterios orientativos para establecer los honorarios profesionales. Esta ley determina, por una parte, que «los colegios profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz norma o regla sobre honorarios profesionales» (art. 14) y, por otra, admite, como excepción a la prohibición anterior, que «los colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y la jura de cuentas de los abogados» (disp. adic. cuarta). Dicha sentencia del Tribunal Supremo aclara la cuestión de si los colegios profesionales deben limitarse a establecer criterios meramente orientativos conformados por la relación de un conjunto de elementos que valorar y no deben establecer nunca un baremo o listado de tarifas que den lugar a un resultado cuantitativo concreto y detallado de la valoración económica.

En este sentido, considera que los colegios de abogados no pueden establecer reglas específicas y pormenorizadas referidas a actuaciones profesionales concretas y que conduzcan directamente a una cuantificación de los honorarios por ser contrarias a la Ley sobre Colegios Profesionales y a la Ley de Defensa de la Competencia. La existencia de baremos o listados de precios para cada actuación de los abogados opera como un elemento disuasorio de la libre competencia en el marco de los servicios profesionales prestados por los abogados en cuanto tiende a homogeneizar los honorarios a la hora de tasar las costas, lo que opera en contra de la libertad y dispersión en la fijación de precios. Lo único que la ley permite, como excepción que debe interpretarse, por tanto, restrictivamente, es que se establezcan criterios orientativos, esto es, la formulación de pautas o directrices con algún grado de generalidad, lo que excluye el establecimiento de reglas específicas y pormenorizadas referidas a

actuaciones profesionales concretas que impliquen una cuantificación de los honorarios del abogado.

Sentencia de 20 de diciembre del 2022: delimitación de la autoridad competente para enjuiciar y resolver el expediente

La sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio del 2021 que anuló la resolución de aquella de 8 de marzo del 2018 que sancionó a nueve colegios de abogados por haber llevado a cabo una recomendación de precios en relación con la tasación de costas judiciales.

La cuestión planteada en el recurso se centraba en la determinación de la autoridad de competencia (nacional o autonómica) competente para el enjuiciamiento del caso.

La sentencia de la Audiencia Nacional había considerado que el *mercado relevante* no era el nacional o supraautonómico, sino el correspondiente al ámbito territorial de cada colegio implicado, ya que las prácticas sancionadas son de los colegios y no de los abogados pertenecientes a ellos, por lo que la competencia territorial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no puede fundamentarse en la posible coordinación de los abogados de los distintos colegios a la hora de minutar los honorarios. Según la Ley 1/2002, la competencia de las autoridades autonómicas de competencia se halla limitada a las actuaciones que se realicen en el territorio de cada comunidad autónoma, mientras que la de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se extiende a las que desbordan dicho ámbito territorial o afectan al mercado nacional, lo que en este caso no se produce.

El Tribunal Supremo, sin embargo, considera lo contrario y, en consecuencia, estima el recurso de casación y casa y anula la sentencia de la Audiencia Nacional al considerar que la actividad analizada en este caso no versa sobre la conducta aislada de cada colegio en su ámbito territorial, sino que afecta a la conducta desplegada por los nueve colegios ubicados en otras tantas comunidades autónomas que adoptaron, durante periodos de tiempo cercanos o coincidentes, acuerdos similares que tuvieron una difusión general entre todos los profesionales y se publicaron en las páginas web de los propios colegios, de modo que alcanzaron una proyección que excedía de su propio ámbito territorial cobrando una dimensión supraautonómica. Por otra parte, el principio de colegiación única unido a la existencia de un fenómeno de litigiosidad en masa a nivel nacional que motivó la denuncia origen de este expediente (asunto de las condenas en costas por el caso Bankia) dota a estas decisiones de los colegios de abogados de una proyección que excede del ámbito territorial del colegio respectivo.

En el mismo sentido y sobre un asunto similar se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre del 2022.

Audiencia Nacional

Autos de 30 de septiembre y 25 de octubre del 2022: medidas cautelares de suspensión de multa

Breves por sectores

Digital

Entra en vigor el Reglamento de Mercados Digitales

y ejecución de la prohibición de contratar con la Administración

Los citados autos acuerdan, a solicitud de los reclamantes, como medidas cautelares, en primer lugar, la suspensión de la multa impuesta, por entender que origina un perjuicio irreparable a la empresa sancionada condicionada a que se aporte garantía en forma de aval bancario u otra admisible en Derecho, y, en segundo lugar, la suspensión de la remisión a la Junta Consultiva de Contratos del Sector Público, puesto que la ejecutividad de la prohibición de contratar solamente se produce cuando se ha resuelto el procedimiento correspondiente ante la citada junta y se inscribe en el Registro establecido al efecto. Argumentan que la suspensión de la prohibición procede cuando se haya considerado conforme a Derecho suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada.

Auto de 24 de octubre del 2022: medida cautelar de suspensión de la multa

La Audiencia Nacional acuerda la suspensión cautelar de la multa impuesta al concesionario de la empresa Land Rover si se aporta garantía suficiente de pago en el término de dos meses a contar de la firmeza de su auto de 24 de octubre del 2022 al respecto.

La suspensión se fundamenta en el perjuicio irreparable que se produciría al solicitante, que habría sufrido pérdidas en los dos últimos ejercicios por valor de más de dos millones de euros.

El pasado 1 de noviembre del 2022 entró en vigor el nuevo Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre, sobre mercados disputables y equitativos

en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales o DMA por sus siglas en inglés —*Digital Markets Act*—). En él se establecen una serie de obligaciones para las empresas que actúan como *guardianes de acceso* (*gatekeepers*) en las plataformas en línea con el objetivo de poner fin a las prácticas desleales de las empresas y garantizar el carácter abierto de importantes servicios digitales. En este sentido, en este reglamento se entienden como *guardianes de acceso* todas aquellas empresas que exploten uno o varios «servicios básicos de plataforma» (como las tiendas de aplicación, los servicios de redes sociales, etc.) si cumplen los siguientes criterios cumulativos: a) tener un tamaño que incida en el mercado interior; b) ejercer el control de una pasarela importante entre los empresarios y los consumidores finales y c) ocupar una posición arraigada y duradera.

El Reglamento de Mercados Digitales empezará a aplicarse el próximo 2 de mayo, seis meses después de su entrada en vigor. Desde ese momento, los guardianes de acceso tendrán un plazo de dos meses (a más tardar, el 3 de julio del 2023) para notificar a la Comisión Europea (también, la «Comisión») sus servicios básicos de plataforma si alcanzan los umbrales fijados por el reglamento. Tras la notificación, la Comisión dispondrá de un plazo de cuarenta y cinco días hábiles para evaluar si la empresa alcanza dichos umbrales para designarla guardián de acceso (a más tardar, el próximo 6 de septiembre del 2023). Todas las empresas que sean designadas guardianes de acceso tendrán seis meses para cumplir los requisitos del reglamento (a más tardar, el 6 de marzo del 2024).

La Comisión Europea ha publicado el proyecto de Reglamento de Ejecución del Reglamento de Mercados Digitales

La Comisión invitó a las partes interesadas a que presentaran sus puntos de vista entre el 9 de diciembre del 2022 y el 9 de enero del 2023 sobre el proyecto de Reglamento de Ejecución del Reglamento de Mercados Digitales sobre aspectos procedimentales relacionados con determinadas disposiciones prácticas previstas en el artículo 46 de dicho reglamento. Su objetivo es proporcionar seguridad jurídica sobre los derechos y obligaciones procesales a las empresas afectadas. El artículo 46 del Reglamento de Mercados Digitales prevé que la Comisión pueda adoptar actos de ejecución por los que se establezcan normas de desarrollo del propio reglamento. En este sentido, el proyecto de Reglamento de Ejecución del Reglamento de Mercados Digitales pretende ofrecer, entre otras, disposiciones detalladas sobre la forma, el contenido y otros pormenores de la notificación ante la Comisión que deberán presentar las empresas que cumplan los criterios para ser calificadas de guardianes de acceso.

Ayudas de Estado

La Comisión Europea adopta un marco revisado sobre ayudas estatales de investigación, desarrollo e innovación

La Comisión adoptó el pasado 19 de octubre la Comunicación revisada sobre las normas sobre ayudas estatales de investigación, desarrollo e innovación (2022/C 414/01) («Nuevo Marco de I+D+i»). En ella se establecen las normas con arreglo a las cuales los Estados miembros pueden conceder ayudas estatales a empresas para actividades de I+D+i garantizando la competencia efectiva en el mercado. Entre las modificaciones propuestas, destacamos las más relevantes: a) mejoran y actualizan las definiciones existentes de actividades de investigación e innovación; b) autorizan las ayudas públicas a las

infraestructuras de ensayo y experimentación necesarias para desarrollar, ensayar y ampliar las tecnologías, y c) simplifican determinadas normas para facilitar la aplicación práctica del Nuevo Marco de I+D+i.

La Comisión Europea prorroga y modifica el Marco Temporal de Crisis

La Comisión adoptó el pasado 28 de octubre una segunda modificación del Marco Temporal de Crisis y Transición relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía tras la agresión contra Ucrania por parte de Rusia (Marco Temporal de Crisis). Con esta segunda modificación, los Estados miembros pueden seguir haciendo uso de la flexibilidad prevista en las normas sobre ayudas estatales para dar apoyo a la economía en el contexto de la invasión de Rusia en Ucrania.

Entre las modificaciones encontramos las siguientes: 1) prórroga de todas las medidas establecidas en el Marco Temporal de Crisis hasta el 31 de diciembre del 2023; 2) aumento de los límites máximos establecidos para importes limitados de ayuda; 3) introducción de flexibilidad adicional en lo que respecta al apoyo a la liquidez de las instalaciones de energía; 4) incremento de la flexibilidad y las posibilidades de apoyo para empresas afectadas por el aumento de los costes de la energía; 5) introducción de nuevas medidas orientadas a apoyar la reducción de la demanda de electricidad, y 6) aclaración de los criterios para la evaluación de las medidas de apoyo a la recapitalización.

La Comisión Europea adopta la nueva Comunicación revisada sobre las ayudas estatales a las redes de banda ancha

El 12 de diciembre del 2022 la Comisión adoptó la Comunicación revisada sobre las ayudas estatales a las redes de banda ancha 2023/C 36/01 («Comunicación revisada sobre banda ancha»), que fue publicada el pasado 31 de enero en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

La presente comunicación pretende establecer un conjunto de normas mediante las cuales la Comisión evaluará las medidas de ayuda estatal notificadas por los Estados miembros para apoyar el despliegue y la adopción de redes de banda ancha en la Unión Europea; contribuirá así al objetivo estratégico de garantizar la conectividad gigabit para todos y la cobertura 5G en todas las partes de la Unión para finales de la década.

En particular, la comunicación 1) alinea el umbral de apoyo público a las redes fijas con los últimos avances tecnológicos y de mercado; 2) introduce un nuevo marco de evaluación para el despliegue de redes móviles (incluida la 5G); 3) explica cómo pueden utilizarse las ayudas públicas para incentivar la adopción de servicios de banda ancha; 4) simplifica ciertas normas; 5) esclarece y orienta mejor algunos conceptos clave, y 6) actualiza los criterios utilizados para sopesar el impacto positivo de la ayuda frente a sus efectos negativos sobre la competencia y el comercio.

La Comisión Europea consulta sobre la propuesta de revisión del Reglamento de *minimis*

La Comisión abrió una consulta pública entre el 15 de noviembre del 2022 y el 10 de enero del 2023 sobre el proyecto de revisión del Reglamento (UE) 1407/2013, relativo a las ayudas de *minimis* (Reglamento de *minimis*), que expirará el próximo 31 de diciembre del 2023. Las ayudas estatales que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea deben notificarse

ante la Comisión previamente a su concesión. Sin embargo, el Reglamento *de minimis* establece que todas las ayudas estatales de importe inferior a 200 000 euros en un periodo de tres ejercicios fiscales están exentas del deber de notificación previa ante la Comisión.

El proyecto de revisión del Reglamento *de minimis* propone, entre otros, 1) aumentar el límite máximo de las ayudas *de minimis* que una única empresa puede recibir de un Estado miembro a lo largo de un periodo de tres años hasta los 275 000 euros; 2) en cuanto a los préstamos que estén garantizados por una garantía real de, como mínimo, el 50 % del préstamo y que no superen, ya sea 1 375 000 de euros para una duración de cinco años, ya sea 687 000 euros para una duración de diez años, que se considere que no exceden el límite máximo *de minimis*; 3) que las ayudas en forma de garantías se consideren *de minimis* si no exceden el 80 % del préstamo subyacente, si el importe garantizado no supera los 1 031 250 euros y si la duración de la garantía no supera los diez años, y 4) que se introduzca un registro obligatorio de beneficiarios.

Orientaciones informales

La Comisión Europea adopta una comunicación más flexible sobre orientaciones informales en materia de defensa de la competencia

El 3 de octubre del 2022, la Comisión adoptó una comunicación actualizada que permite a las empresas solicitar informalmente orientaciones a dicha institución (que las emitirá en forma de «cartas de orientación») sobre cuestiones nuevas o no resueltas sobre la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Con la co-

municación, la Comisión pretende aumentar la seguridad jurídica para todas las empresas que deseen recibir orientaciones, si bien la solicitud de éstas no le otorga a un solicitante el derecho a recibirlas.

Definición de mercado

La Comisión presenta un proyecto de Comunicación revisada sobre la definición de mercado relevante

La Comisión abrió el pasado 8 de noviembre del 2022 (hasta el 13 de enero del 2023) una consulta pública en la que invitaba a todas las partes interesadas a formular observaciones acerca del proyecto de Comunicación revisada sobre la definición de *mercado relevante*.

Nunca antes se había revisado esta comunicación desde que fue adoptada por primera vez en 1997; el objetivo es el de tener en cuenta los importantes avances producidos en este tiempo. Los nuevos cambios incluyen varios aspectos de la definición: 1) explicaciones sobre los principios de definición de *mercado relevante*; 2) mayor énfasis en los elementos no relacionados con el precio; 3) aclaraciones relativas a la aplicación prospectiva de la definición de *mercado relevante*, especialmente en los mercados de los que se espera que experimenten transiciones estructurales; 4) nuevas orientaciones en relación con la definición de *mercado relevante* en los mercados digitales; 5) nuevos principios sobre los mercados intensivos en innovación; 6) más orientaciones sobre la definición del *mercado geográfico relevante*; 7) aclaraciones relativas a las técnicas cuantitativas, y 8) una orientación ampliada sobre posibles fuentes de pruebas y su valor probatorio.

Se espera que la Comunicación revisada sobre la definición de *mercado relevante* se adopte definitivamente hacia el tercer trimestre del 2023.

Subvenciones extranjeras

Entra en vigor el nuevo Reglamento sobre subvenciones extranjeras

El pasado 12 de enero entró en vigor el Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (RSE); fue adoptado el 10 de noviembre del 2022 por el Parlamento y el 28 de noviembre de ese año por el Consejo. Las nuevas normas ponen fin al vacío legal existente en torno a las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en la Unión Europea, que hasta ahora no estaban sometidas al control de la Comisión (en el sentido del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). De este modo, la Unión permanece abierta al comercio y a la inversión, pero garantizando unas condiciones de competencia equitativas para todas las empresas que ejercen actividades económicas en el mercado interior.

El reglamento consta de tres herramientas con las que va a trabajar la Comisión:

- a) la obligación de que las empresas notifiquen a la Comisión las concentraciones en que exista una contribución financiera del Gobierno de un país tercero cuando se superen determinados umbrales cuantitativos;
- b) la obligación de que las empresas notifiquen a la Comisión, para su aprobación, su participación en procedimientos de contratación pública cuando se superen determinados umbrales cuantitativos;
- c) en el caso de todas las demás situaciones del mercado, la Comisión podrá iniciar investigaciones de oficio si sospecha que puede haber subvenciones extranjeras distorsionadoras, incluida la posibilidad de solicitar notificaciones *ad hoc* para los procedimientos de contratación pública y las concentraciones de menor cuantía.

El Reglamento sobre subvenciones extranjeras empezará a aplicarse seis meses después de su entrada en vigor, es decir, a partir del 12 de julio del 2023, donde las empresas afectadas tendrán que empezar a cumplir las nuevas obligaciones previstas en él.

Tecnología

La Comisión Europea abre una consulta pública sobre el reglamento de exención por categorías de la transferencia de tecnología

La Comisión abrió del 25 de noviembre del 2022 al 23 de diciembre del 2022 una consulta pública para recabar opiniones sobre el Reglamento (UE) 316/2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (RECATT), que expirará el próximo 30 de abril del 2026. El objetivo de la Comisión con esta consulta es tanto evaluar el funcionamiento en la práctica de dicho reglamento y las directrices correspondientes como decidir si prorroga el actual reglamento, lo revisa o deja que expire.

El apartado 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe todos aquellos acuerdos que restrinjan la competencia, salvo si son acordes con lo dispuesto en el

apartado 3 de dicho artículo y generan beneficios económicos objetivos que compensan los efectos negativos de la restricción de la competencia. Los acuerdos de transferencia de tecnología son aquéllos mediante los cuales una parte autoriza a otra a utilizar ciertos derechos de tecnología (por ejemplo, patentes o derechos de autor) para producir bienes o servicios. En la mayoría de los casos estos acuerdos no restringen la competencia, pero, incluso cuando contienen ciertas restricciones, suelen crear eficiencias y cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 101.

Se prevé que se abra una consulta pública durante doce meses en el segundo trimestre del 2023 y que se celebre un taller con las partes interesadas en el cuarto trimestre del 2023 que se centrará en cuestiones de especial interés para la revisión del mencionado reglamento.

Agricultura, silvicultura, pesca y acuicultura

La Comisión adopta nuevas normas aplicables a los sectores de la agricultura, la silvicultura, la pesca y la acuicultura

La Comisión adoptó el 14 de diciembre del 2022 nuevas normas revisadas sobre las ayudas estatales a los sectores de la agricultura, la silvicultura, la pesca y la acuicultura; son aplicables desde el pasado 1 de enero y su fin es el de ajustar las ayudas estatales a la política agrícola común (PAC), a la política pesquera común (PPC) y al Pacto Verde Europeo.

Estas nuevas normas sobre ayudas estatales introducen cambios en el Reglamento de exención por categorías en el sector agrícola y en el Reglamento de exención por categorías en el sector pesquero y son aplicables desde el pasado 1 de enero; incluyen, entre otras novedades, una importante ampliación del ámbito de aplicación de las medidas de exención por categorías. Asimismo, se han producido cambios en las Directrices sobre ayudas estatales a los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales, donde se ha introducido, por ejemplo, un nuevo procedimiento simplificado de autorización de las ayudas estatales en el caso de las medidas cofinanciadas con cargo a la política agrícola común. Por último, se han modificado también las Directrices sobre ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura, donde, entre otras cosas, se han introducido nuevas categorías de ayuda.