

Índice

I. Unión Europea	2
1. Decisiones de la Comisión Europea	2
2. Jurisprudencia reciente	12
II. España	16
1. Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	16
2. Jurisprudencia reciente	18
III. Portugal	21
1. Las prácticas discriminatorias en el marco del nuevo régimen en materia de prácticas comerciales restrictivas individuales	21

I. Unión Europea

1. Decisiones de la Comisión Europea

1.1 *La Comisión Europea inicia una consulta pública del Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal*

Autor: Ana María Amador (Bruselas)

El pasado 17 de enero de 2014 la Comisión Europea ("Comisión") presentó el proyecto de comunicación relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("Proyecto de Comunicación"), el cual fue sometido a consulta hasta el 24 de marzo de 2014. De acuerdo con el calendario legislativo de la Comisión, el texto final se publicará durante el segundo semestre de 2014.

El Proyecto de Comunicación supone un importante desarrollo legislativo por dos razones principalmente: en primer lugar, al clarificar en qué casos una medida estatal debe ser notificada a la Comisión, incrementando así la seguridad jurídica de administraciones públicas, jueces nacionales y entidades privadas; en segundo lugar, ofrece de manera pionera una guía detallada en materia de ayudas fiscales hasta ahora inexistente.

El texto del Proyecto de Comunicación se centra en explicar los requisitos cumulativos que una medida estatal debe cumplir para que sea calificada como ayuda de Estado y que son:

- Existencia de una actividad económica;
- Imputabilidad de la medida al Estado;
- Financiación de la medida a través de recursos estatales;
- Existencia de una ventaja para el beneficiario de la medida;
- Selectividad; y
- Afectación del comercio y de la competencia.

Con el fin de ilustrar cada uno de estos criterios, el texto del Proyecto de Comunicación incluye toda una serie de referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"). En este sentido, no debe olvidarse que la noción de ayuda de estado es un concepto jurídico objetivo definido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que únicamente puede ser interpretado con carácter vinculante por el TJUE.

No obstante lo anterior, cabe subrayar que junto a las referencias a la jurisprudencia, la Comisión ha hecho también alusión en alguno de los casos su propia práctica decisoria, lo que de acuerdo con la doctrina versada en la materia, excedería las facultades de la Comisión.

Algunos de los comentarios presentados cuestionan las razones por las que la Comisión ha realizado una práctica selectiva de la jurisprudencia del TJUE. Dicha práctica resulta especialmente dudosa en los casos en los que existen pocos o ningún precedente judicial ya que entonces la Comisión estaría realizando una libre interpretación en contra de lo que apuntábamos en el párrafo anterior.

Un último punto que debe clarificarse es la validez jurídica de la futura comunicación en sí. No cabe duda de que, de acuerdo con el TJUE, se trata de un instrumento de *soft-law* que vincularía la actividad decisoria de la Comisión en los casos en los que ésta así lo estime¹. Si la Comisión desea apartarse de las disposiciones de la comunicación deberá justificar su decisión sobre la base de los principios de expectación legítima, seguridad jurídica e igualdad². Una clarificación sobre este aspecto en la versión final del texto, sería bien recibida por los especialistas en el sector.

1.2 La Comisión Europea adopta nuevas Directrices de aviación sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas

Autor: Ana Balcells Cartagena (Bruselas)

El pasado 20 de febrero de 2014 la Comisión Europea ("Comisión") aprobó las nuevas Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas ("Directrices") que entraron en vigor el 4 de abril de 2014³ y sustituyen a las Directrices de aviación de 1994 y de 2005. La adopción de estas Directrices se enmarca en el contexto de la modernización de las normas de control de ayudas de Estado que la Comisión está llevando a cabo a fin de alinearse con las prioridades de la Estrategia Europa 2020, entre las cuales se encuentra la eliminación de subvenciones injustificadas y el ejercicio de una competencia libre y sin falseamiento.

En sus publicaciones y notas de prensa, la Comisión subraya que, si bien la economía europea está mostrando síntomas de recuperación y se han invertido importantes esfuerzos en aumentar la rentabilidad de los aeropuertos, el 42% de los aeropuertos de la UE siguen incurriendo en pérdidas⁴. No obstante, la Comisión recuerda que esto no puede suponer una puerta de entrada a expandir la ayuda a aeropuertos y aerolíneas sino que la respuesta pasa por adaptar las reglas existentes a la situación actual para asegurar que los fondos públicos se emplean de la forma más eficiente y menos distorsionadora posible. Con este objetivo último, la Comisión ha adoptado un conjunto de normas más "*eficaz, simple y flexible*".

En particular, las nuevas Directrices incorporan cuatro reformas fundamentales:

- **Establecimiento de un periodo transitorio para las ayudas al funcionamiento de aeropuertos:** bajo las nuevas Directrices, las ayudas al funcionamiento de aeropuertos que cumplan una serie de condiciones enumeradas en dicho texto podrán ser consideradas compatibles con el mercado interior durante un periodo transitorio de diez (10) años tras el cual se espera que los aeropuertos sean capaces de hacer frente a sus propios costes. Así, el elemento clave para valorar la compatibilidad de la ayuda al funcionamiento de aeropuertos es la existencia *ex ante* de un plan de negocios que acredite que el aeropuerto podrá cubrir sus costes cuando finalice el periodo transitorio máximo. De este modo se pretende permitir que los aeropuertos no rentables puedan ajustarse gradualmente al mercado actual.

¹ Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 1993 en el asunto C-313/90, CIRF c. Comisión.

² Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005 en los asuntos acumulados C-189/02, C-202/02, C-205/02, C-208/02 y C-213/02, *Danks Rorindustri y otros c. Comisión*.

³ Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas (2014/C 99/03), de 20 de febrero de 2014.

⁴ Nota de prensa de la Comisión de 20 de febrero de 2014, "*State aid: Commission adopts new guidelines for state aid to airports and airlines*", IP/14/172, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-172_en.htm y publicación de la Dirección-General de Competencia de febrero de 2014, "*Competition policy brief: New State aid rules for a competitive aviation industry*".

- **Ayudas a la inversión mejor dirigidas:** las Directrices de aviación de 2005 no contenían reglas claras respecto a la sobredimensión y duplicidad de infraestructuras ni distinguían entre las distintas necesidades de financiación de los aeropuertos según su tamaño. Las nuevas Directrices, por el contrario, pretenden mejorar las normas de control de ayudas a la inversión asegurando que las ayudas se otorgan solo en casos en que existe una verdadera necesidad de transporte y en que existen claros efectos positivos (tales como mejoras en la accesibilidad de la zona, desarrollo regional y disminución de la congestión de tráfico aéreo en aeropuertos principales).
- **Normas de ayudas a la puesta en marcha de nuevas rutas aéreas más sencillas y mejor definidas:** las nuevas Directrices simplifican las normas de control de ayudas estatales a aerolíneas para la puesta en marcha de nuevas rutas aéreas. Así, esta norma pretende hacer más atractiva para las compañías aéreas la apertura de rutas a nuevos destinos y aeropuertos.
- **Acuerdos entre aeropuertos y aerolíneas:** dado que la mayor parte de aeropuertos son de titularidad pública, las nuevas Directrices subrayan que son de aplicación a todos los acuerdos entre aeropuertos y aerolíneas, incluyendo descuentos y otras posibles ventajas, con independencia de su modelo de negocio. En particular, las Directrices recogen el principio del inversor privado en una economía de mercado y señalan que se considerará que estos acuerdos no comportan ayuda de Estado cuando un operador privado hubiera aceptado las mismas condiciones.

Así, en líneas generales las nuevas Directrices endurecen las condiciones para otorgar ayudas de Estado al sector de la aviación. Como consecuencia de su entrada en vigor, la Comisión espera que los aeropuertos que actualmente incurren en pérdidas sean capaces de transformarse durante el periodo transitorio y que únicamente los aeropuertos más pequeños e ineficientes se vean obligados a cerrar por la falta de financiación.

Esta postura contrasta con la de la *European Regions Airline Association*, que asegura que más de 80 aeropuertos regionales cerrarán como consecuencia de las nuevas normas⁵. Se trata de una cuestión relevante puesto que cualquier cierre significativo de aeropuertos conllevaría un impacto importante desde la perspectiva socioeconómica y de integración europea.

En este momento es aun imposible prever qué consecuencias tendrá para la industria aérea y el transporte aéreo europeos la entrada en vigor de estas nuevas Directrices. No obstante, a pesar de su reciente entrada en vigor la Comisión ya ha adoptado una primera decisión⁶ aplicando las nuevas Directrices y planea adoptar al menos 28 antes de final de año⁷. Los próximos meses serán por tanto determinantes para el sector de la aviación en la UE. ¿Turbulencias a la vista?

⁵ Massetti, L. (sin fecha), "New EU Guidelines on State Aid to airports and airlines, ERA Perspective", European Regions Airline Association (ERAA).

⁶ Decisión de la Comisión de 9 de abril de 2014 en la Ayuda de Estado SA.24258, NN 43/2009 – *The Netherlands – Operating aid in favour of Groningen Airport Eelde NV*.

⁷ Memo de la Comisión de 20 febrero de 2014, "State aid: Commission adopts new guidelines on state aid to airports and airlines (Aviation Guidelines) – Frequently asked questions", MEMO/14/121, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-121_en.htm.

1.3 *La Comisión Europea impone multas por valor de 114 millones de euros a los productores de espuma para acolchado en un procedimiento de transacción*

Autor: Jaime Benlloch (Madrid)

La Comisión Europea ("Comisión") ha considerado acreditado que los cuatro principales productores de espuma de poliuretano flexible⁸ –*Vita, Carpenter, Recticel* y *EUROFOAM*⁹ – participaron en un cártel y ha impuesto multas por un total de 114.077.000 €.

El objetivo del cartel era trasladar los aumentos de precios de las materias primas de los productos químicos de gran consumo a los clientes y evitar la competencia agresiva de precios entre los cuatro productores. Con el fin de lograr este objetivo, los miembros del cartel organizaron reuniones para coordinar los precios a todos los niveles de dirección en Europa. Los participantes se reunieron paralelamente a las reuniones de asociaciones europeas y nacionales, y tuvieron numerosos contactos telefónicos y bilaterales. El cartel funcionó durante casi cinco años, desde octubre de 2005 hasta julio de 2010.

Estas conductas dieron lugar a las siguientes multas:

- *Carpenter*: 75.009.000 €.
- *EUROFOAM*: 14.819.000 €.
- *Greiner*: 24.183.000 € (por su participación en *EUROFOAM*).
- *Recticel*: 39.068.000 € (tanto por su propia participación como por la que tiene en *EUROFOAM*).

Vita recibió inmunidad total por haber revelado la existencia del cártel y de ese modo evitó una multa de € 61,7 millones por su participación en la infracción.

Recticel, EUROFOAM y *Greiner* se beneficiaron de reducciones de la multa del 50% (el máximo) por su cooperación en virtud de la Comunicación sobre clemencia de 2006. Las reducciones reflejan su cooperación desde la fase inicial y el grado en que las pruebas que presentaron ayudaron a la Comisión a probar la existencia del cártel. Por otra parte, bajo la Comunicación sobre los procedimientos de transacción de 2008, la Comisión redujo las multas impuestas a todas las empresas en un 10 %, ya que reconocieron su participación en el cártel y su responsabilidad a este respecto.

La decisión de la Comisión es la décima en procedimientos de transacción desde su introducción en junio de 2008. La Comisión declaró esta semana que cree que su procedimiento de transacción ha alcanzado la madurez, lo que permite que las negociaciones avancen más rápido. En total, este caso se dilató 2 años menos de lo que lo hubiera hecho si

⁸ La espuma de poliuretano flexible se utiliza principalmente en muebles para el hogar, tales como colchones o sofás. Por otro lado, las aplicaciones en el sector del automóvil -en particular para los asientos de seguridad- también representan alrededor de una cuarta parte del mercado total de espuma flexible de poliuretano.

⁹ *EUROFOAM* es una empresa conjunta entre *Greiner AG Holding* y *Recticel*. *EUROFOAM* se hace responsable de las ventas en cinco Estados miembros (Alemania, Austria, Hungría, Polonia y Rumanía), mientras que *Recticel* es directamente responsable de las ventas en los otros cinco Estados miembros (Francia, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido y Estonia) e indirectamente por el comportamiento de su filial.

se hubiera utilizado el procedimiento estándar, siendo la duración de las negociaciones de transacción de aproximadamente 10 meses¹⁰.

1.4 *La Comisión Europea hace vinculantes los compromisos ofrecidos por VISA Europa de reducir sus tasas interbancarias y de facilitar la competencia transfronteriza*

Autor: Miguel López Andrés (Barcelona)

El pasado 26 de febrero de 2014 la Comisión Europea ("Comisión") publicó un nuevo Memorando¹¹ y una Nota¹² de prensa en el marco del procedimiento¹³ incoado en 2008 a *Visa Europe Limited* ("Visa Europe") y a su matriz *Visa Inc.* ("Visa") en relación con el establecimiento de tasas multilaterales de intercambio (*multilateral interchange fees* o "MIF") interbancarias para transacciones con tarjetas de crédito en el Espacio Económico Europeo ("EEE"). La Comisión avanzó así el contenido de su próxima decisión –aún no publicada– que consistirá en la aprobación de los compromisos¹⁴ ofrecidos en 2013 por Visa Europe para lograr la terminación convencional del procedimiento.

El trasfondo de la nueva decisión anunciada por la Comisión tiene su origen en la investigación iniciada en 2008 frente a Visa Europe y Visa en respuesta a las reglas que el sistema de pagos electrónicos bajo control de sus socios (más de 5.000 entidades financieras) aplicaba para fijar las MIF de transacciones ligadas a tarjetas de débito y de crédito. Cada vez que el titular de una tarjeta asociada a Visa Europe paga en un establecimiento, el banco del comercio debe satisfacer una MIF al banco del titular de la tarjeta en concepto de gastos de transferencia. En muchas ocasiones, estas MIF las determina la propia Visa Europe.

Ya en 2009 y, mediante el pliego de cargos enviado a Visa y Visa Europe, la Comisión calificó de especialmente perjudicial para la competencia y para el desarrollo de una zona común de pagos en euros el modo de imponer comisiones (esto es, MIF) que Visa Europe aplicaba a transacciones transfronterizas (aquellas en las que los bancos del titular de la tarjeta y del comercio que acepta la tarjeta son de distintos países del EEE). En dichos supuestos, la MIF que Visa Europe venía imponiendo al banco del comercio era la vigente en el país donde el comercio tuviera su domicilio, independientemente de si el banco elegido por el comercio tenía su sede en su mismo país o en otro país del EEE. Este sistema segmentaba artificialmente el EEE y disminuía notablemente el incentivo para que los comerciantes utilizaran los servicios de aquellos bancos radicados en los países del EEE con menores niveles de MIF. Además, en los países en los que Visa Europe fijaba MIF domésticas¹⁵ en transacciones con tarjetas de débito, estos cargos eran artificialmente elevados en comparación con otros territorios.

¹⁰ Nota de prensa de la Comisión de 29 de enero de 2014, "Antitrust: Commission fines producers of foam for mattresses, sofas and car seats € 114 million in cartel settlement", IP/14/88, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-88_en.htm.

¹¹ Memo de la Comisión de 26 de febrero de 2014, "Antitrust: Commission makes Visa Europe's commitments binding – frequently asked questions", MEMO/14/138, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-138_en.htm.

¹² Nota de prensa de la Comisión de 26 de febrero de 2014, "Antitrust: Commission makes Visa Europe's commitments to cut inter-bank fees and to facilitate cross-border competition legally binding", IP/14/197, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-197_en.htm.

¹³ Expediente COMP/39.398 – Asunto *Visa MIF*.

¹⁴ Véase http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39398/39398_9023_5.pdf

¹⁵ De acuerdo con la información ofrecida por la Comisión en su Nota de prensa (*vid.* pie de página 12), Visa Europe fija las MIF de todas las transacciones transfronterizas en el EEE así como las MIF aplicables a transacciones domésticas de diez (10) países del EEE: Bélgica, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Suecia.

Derivado de lo anterior, en 2010 Visa Europe ofreció a la Comisión compromisos destinados a variar su procedimiento de establecimiento de MIF en transacciones ligadas a tarjetas de débito. No obstante, los compromisos no cubrían las transacciones efectuadas mediante tarjetas de crédito, por lo que en el mes de julio de 2012 la Comisión remitió un nuevo pliego de cargos a Visa Europe.

La compañía ofreció los siguientes compromisos suplementarios¹⁶ para lograr la terminación convencional de la investigación: (i) limitar cualquier MIF aplicable a transacciones transfronterizas con tarjeta de crédito a un máximo de 0,3% desde el 1 de enero de 2015 y (ii) limitar las MIF domésticas en los países en los que Visa Europe fijara dichos cargos a un máximo de 0,3%. Estos son, precisamente, los compromisos que el pasado 26 de febrero han sido definitivamente aprobados y declarados vinculantes para Visa Europe.

Este procedimiento se enmarca en el conjunto de medidas comunitarias puestas en marcha en el último lustro para intensificar el despliegue de una verdadera zona única de pagos en euros (*Single Euro Payment Area*, o "SEPA"). A ese respecto, pueden mencionarse los diversos expedientes incoados en materia de defensa de la competencia similares al de Visa Europe¹⁷, la implementación de diversas medidas para facilitar el uso transfronterizo de cuentas corrientes o el impulso de nuevas medidas legislativas para fomentar un verdadero mercado europeo de medios de pago¹⁸.

1.5 *La Comisión Europea aprueba con condiciones la adquisición de la empresa española fabricante de envases metálicos para productos alimentarios Mivisa por su rival Crown*

Autor: Enrique Colmenero (Madrid)

El pasado 14 de marzo de 2014 la Comisión Europea ("Comisión") autorizó finalmente la operación de concentración consistente en la adquisición por parte *Crown Holdings Inc.* ("Crown") de *Mivisa Envases, S.A.U.* ("Mivisa") por medio de una compraventa de acciones.¹⁹

Crown, multinacional norteamericana con sede en Philadelphia, Pennsylvania, produce en más de cien (100) fábricas alrededor del mundo productos de embalaje para todo tipo de productos de consumo (aerosoles, bebidas, productos alimenticios, etc.). Por su parte, Mivisa tiene su sede en Murcia (España) y plantas de producción en Hungría, Marruecos, los Países Bajos y Perú; centrándose su actividad en la fabricación de envases de hojalata para productos alimenticios, cierres metálicos y extremos de latas sueltos.

Notificada la operación de concentración el 24 de enero de 2014, la Comisión no detectó problemas de competencia derivados de la operación ni en Alemania ni en Hungría. Sin embargo, concluyó que la operación tal y como había sido notificada daba lugar a los siguientes problemas de competencia en España, Portugal, Francia y el Benelux:

¹⁶ *Supra*, pie de página 14.

¹⁷ Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2007 en los asuntos COMP/34.579, *Mastercard*, COMP/36.518, *EuroCommerce* y COMP/38.580, *Tarjetas comerciales*. Esta Decisión fue confirmada por el Tribunal General de la Unión Europea (Sentencia de 4 de mayo de 2012 en el asunto T-111/08, *Mastercard et al v Comisión*) y se halla recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁸ Cítese la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pagos en el mercado interior, de modificación de las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/EU y por la cual se deroga la Directiva 2007/64/CE ("Nueva Directiva de Pagos").

¹⁹ Asunto M.7104 – CROWN HOLDINGS / MIVISA. Para más información, consúltese http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_7104.

- (i) la entidad resultante de la concentración detentaría altas cuotas de mercado en dichas zonas;
- (ii) tan solo quedaría un único competidor relevante de la entidad resultante en las zonas indicadas (*Auxiliar* en España y *Ardagh* en los restantes países); y
- (iii) estos competidores relevantes apenas tendrían incentivos para competir con la entidad resultante.

Conforme al análisis de la Comisión, los anteriores problemas podrían haber dado lugar a eventuales subidas de precios, por lo que Crown formuló los siguientes compromisos para solventar estas preocupaciones:

- (i) vender sus fábricas de envases metálicos de Coruxo-Vigo (Pontevedra), La Rioja, Montmeló (Barcelona), Murcia, y Ugao-Miravalles (Vizcaya) para garantizar un grado de competencia suficiente en España;
- (ii) instalar en la planta de Coruxo-Vigo (Pontevedra) una nueva cadena de producción adicional para suministrar a Portugal, imponiendo sobre la entidad resultante de la operación presión competitiva en este mercado una vez se produzca la venta de dicha fábrica; y
- (iii) vender la fábrica de Mivisa de envases metálicos para productos alimentarios en Horst (Países Bajos), que junto con la venta de la planta de La Rioja garantizará la presión competitiva sobre la entidad resultante en Francia y el Benelux.

La Comisión consideró estos compromisos aptos y suficientes para eliminar las dudas que planteaban los problemas de competencia detectados. Por ello, –como se ha adelantado– la operación de concentración se autorizó finalmente el 14 de marzo de 2014.

1.6 *La Comisión Europea multa con 953 millones de euros a los productores de rodamientos para automóviles y camiones en un procedimiento de transacción*

Autor: Albert Nogués i Comas (Barcelona)

La Comisión Europea ("Comisión") ha publicado, mediante nota de prensa del pasado 19 de marzo de 2014²⁰, que ha impuesto multas que ascienden conjuntamente hasta la cifra de 953.306.000 € a seis grupos internacionales de empresas que operan en el mercado de rodamientos para automóviles, por constituir un cártel en dicho mercado entre 2004 y 2011, cuya afectación geográfica es el Espacio Económico Europeo.

Aunque todavía no se ha publicado la versión no confidencial de la Decisión de la Comisión, se puede avanzar que el presente caso requerirá un interesante análisis debido a su importancia. En primer lugar porque, hasta la fecha, representa la cuarta sanción más alta de la historia de la Comisión en casos de cártel²¹, y, en segundo lugar, porque las conductas investigadas constituyen un complejo mecanismo de colusión entre las empresas sancionadas para coordinar sus estrategias de precios.

²⁰ Nota de prensa de la Comisión de 19 de marzo de 2014, "Antitrust: Commission fines producers of car and truck bearings € 953 million in cartel settlement", IP/14/280, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-280_en.htm.

²¹ Estadísticas de cárteles publicadas en <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Actualizado a fecha de 2 de abril de 2014.

La investigación se inició mediante inspecciones sorpresas realizadas alrededor del 8 de noviembre de 2011²² después de que la Autoridad de Competencia de Japón iniciara una investigación paralela en su jurisdicción. Sin embargo, la investigación se aceleró gracias a la información aportada por un miembro del cártel, el grupo japonés *JTEKT Corporation*, que se acogió al programa de clemencia con resultados satisfactorios, ya que ha conseguido obtener una inmunidad total, sin imposición alguna de multa.

Sin embargo, otros cuatro grupos internacionales (*NSK* y *NFC* de Japón, *SFK* de Suecia y *Schaeffler* de Alemania) obtuvieron reducciones por cooperar en el marco del programa de clemencia. Concretamente *NSK* se benefició de un 40% de reducción de la multa, *NFC* de un 30% y *SFK* y *Schaeffler* de un 20% de reducción sobre el importe global impuesto por la Comisión.

La investigación acabó con un acuerdo entre las empresas y la Comisión dentro del marco del procedimiento de transacción en cárteles regulado por el Reglamento (CE) 622/2008²³ cuyo principal beneficio ha sido una reducción adicional de la multa en un 10% del que se han beneficiado todas las empresas. Este ha sido el duodécimo procedimiento sancionador que ha sido finalizado mediante un acuerdo, demostrando el beneficio de la nueva regulación para reducir los largos plazos de investigación para demostrar la existencia de un cártel.

De acuerdo con la información publicada, la coordinación de la estrategia en precios se desarrollaba en el marco de los concursos competitivos que organizaban sus clientes para designar sus proveedores de rodamientos para automóviles adaptados a sus necesidades. Dicho proceso, que se podían extender hasta un año, facilitaba la coordinación de los fabricantes de rodamientos en la medida que podían coordinar sus ofertas pactando entre ellos los descuentos anuales a aplicar a sus consumidores. Sin embargo, todavía no se ha publicado información alguna sobre la forma en que se coordinaban e intercambiaban información sensible.

Estas prácticas se enmarcan dentro una macro investigación de la Dirección de Competencia de la Comisión en el sector de componentes y partes de los automóviles en donde se han investigado más de 100 productos y más de 70 empresas diferentes. En esta investigación, la Comisión ha probado la existencia de 3 cárteles y siguen abiertos seis expedientes sancionadores adicionales.

Será interesante observar el desarrollo de las otras investigaciones en donde muy probablemente se volverán a imponer sanciones significativas para disuadir un sector en el cual se han acreditado muchas prácticas anticompetitivas.

1.7 *La Comisión Europea requiere información a Luxemburgo sobre ciertas prácticas fiscales en el marco de las investigaciones sobre la compatibilidad con las normas de competencia de los sistemas fiscales de varios Estados Miembros*

Autor: Alfonso Lamadrid (Bruselas)

La Comisión Europea ("Comisión") ha sido muy activa en los últimos años en la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a regímenes y disposiciones fiscales. En este contexto, la Comisión ha desarrollado últimamente un papel más activo y prominente en el recurso a las

²² Memo de la Comisión de 8 de noviembre de 2011, "Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the sector of bearings for automotive and industrial use", MEMO/11/766, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-766_en.htm.

²³ Reglamento (CE) nº 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel.

normas sobre ayudas estatales de las iniciativas públicas que, a su juicio, facilitan la planificación fiscal agresiva.

Ya en febrero, la Comisión celebró una mesa redonda sobre "La fiscalidad y la política de competencia" en el Foro de Competencia de este año, en el que se indagó sobre el papel de las investigaciones sobre ayudas estatales en la lucha contra la evasión fiscal, el fraude fiscal y la planificación fiscal agresiva²⁴.

En un contexto de falta de consenso político sobre qué hacer frente a la competencia fiscal perjudicial y frente a lo que se entiende como evasión fiscal, la Comisión está muy interesada en ser considerada como una autoridad activa en cuanto a éstos temas (no es la primera vez que se utiliza la política de Competencia para lograr resultados que no han podido ser alcanzados por los gobiernos de los Estados miembros y legisladores).

Como parte de este esfuerzo, la Comisión ha requerido información a diferentes Estados miembros con el fin de evaluar la conformidad con las normas sobre ayudas estatales de las resoluciones sobre prácticas impositivas (decisiones vinculantes en materia fiscal que puedan permitir un trato especial hacia algunas empresas) y los regímenes "Patent Box" (incentivos diseñados para animar a las empresas a obtener beneficios de sus patentes). El 24 de marzo de 2014, la Comisión Europea emitió un comunicado de prensa con el objetivo de poner en evidencia a Luxemburgo por no haber proporcionado la información requerida haciendo valer el secreto fiscal (en concreto, los nombres de las 100 empresas más grandes beneficiarias del régimen "Patent Box" en Luxemburgo)²⁵.

En mi opinión, este es un tema muy sensible en el que mensajes públicos (como la nota de prensa de ayer) pueden enviar una fuerte advertencia y causar preocupación en los gobiernos y las empresas, y en el que el revuelo mediático puede ser considerado útil en más de una ocasión. Esto forma parte de la dinámica del juego y no debería sorprender a nadie.

Pero si somos realistas, debemos darnos cuenta de que (mientras la política fiscal se mantenga en el ámbito de los Estados nacionales) hay un límite a lo que puede lograrse con las normas sobre ayudas de Estado, y que no queda claro que la presente investigación, centrada en los regímenes de "Patent Box" y en las resoluciones sobre prácticas fiscales, vaya a dar pie a resultados significativos:

- Los regímenes "Patent Box" han sido autorizados en varios Estados miembros, y la Comisión ha aceptado reiteradamente que no confieren una ventaja selectiva que permita calificarlos como una ayuda de Estado.
- En cuanto a las resoluciones sobre prácticas impositivas –y de las que no estoy al tanto de los detalles de la investigación- incluso aunque la Comisión las declare ayudas de Estado incompatibles, ello solo suprimiría el tratamiento fiscal divergente en el Estado miembro en cuestión (la Comisión sólo puede identificar como desviaciones de ayuda del "sistema de referencia" proporcionado por el régimen impositivo general del Estado). Por tanto, no se dirige en absoluto a la preocupación mayor, relacionada con el tratamiento divergente de ciertos Estados miembros.

²⁴ Están disponibles la grabación de vídeo de la reunión, así como las transcripciones de las posiciones de cada parte en http://ec.europa.eu/competition/forum/2014/index_en.html

²⁵ Comunicado de prensa de la Comisión de 14 de marzo de 2014, "Ayudas estatales: la Comisión requiere información de Luxemburgo sobre las prácticas fiscales", IP/14/309, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-309_en.htm

No obstante, será interesante seguir la evolución de este tema en cuestión. Las cantidades de dinero que podrían estar en juego para muchas empresas harían de cualquier multa antitrust algo insignificante.

1.8 *La Comisión Europea impone multas por valor de 302 millones de euros a varios productores de cables de alta tensión subterráneos y submarinos, así como al inversor financiero Goldman Sachs Capital Partners*

Autor: Carlos Bobillo Barbeito (Madrid)

El pasado 2 de abril la Comisión Europea ("Comisión") consideró que once productores de cables de alta tensión subterráneos y submarinos, entre los que se encuentran seis europeos, tres japoneses y dos coreanos, formaron un cartel y ha impuesto multas por un total de 301.639.000 euros²⁶.

De acuerdo con la información facilitada por la Comisión, la investigación reveló que desde 1999 hasta las inspecciones llevadas a cabo en enero de 2009 dichos productores se repartieron mercados y clientes entre sí a escala mundial para este tipo de cables, que son utilizados normalmente para conectar la capacidad de generación a la red eléctrica o para interconectar las redes eléctricas en diferentes países. Entre las áreas de reparto se encontraba el Espacio Económico Europeo, lo cual afectó a varios proyectos de gran importancia, entre los que se incluyen varios proyectos de infraestructuras y energía renovable, tales como varios parques eólicos marítimos. En efecto, la investigación desveló que estos productores firmaron acuerdos según los cuales los productores europeos y asiáticos se mantenían fuera de sus respectivos territorios nacionales -Espacio Económico Europeo, Japón y Corea del Sur- y el resto del mercado se repartiría entre ellos en función de la región geográfica o del cliente.

De esta forma, cuando los fabricantes japoneses y coreanos recibían demandas de clientes europeos, informaban a sus homólogos comunitarios y renunciaban a presentar ofertas y viceversa. Además, los miembros del cartel pactaban el nivel de precios e intercambiaban información sobre ofertas para garantizar que el adjudicatario ofreciera el precio más bajo.

Cabe señalar que la empresa *ABB* obtuvo inmunidad total por haber revelado la existencia del cartel a la Comisión, evitando así una multa de 33 millones de euros por su participación en la infracción. Asimismo, *J-Power Systems* y sus matrices *Hitachi Metals* y *Sumitomo Electric* se beneficiaron de una reducción del 45% de la multa al haber cooperado con la investigación, de conformidad con la Comunicación de clemencia de la Comisión. Además, estas tres últimas compañías obtuvieron inmunidad parcial para los dos primeros años de su participación cartel, ya que fueron las primeras en presentar pruebas de la existencia del cartel durante dicho período de tiempo.

Por otra parte, varias empresas que participaron en la infracción y que más tarde fusionaron sus actividades en empresas conjuntas también han sido consideradas responsables, así como las empresas matrices de los productores involucrados, al haber ejercido una influencia decisiva sobre los mismos. Esto incluye a la sociedad de inversión *Goldman Sachs*, que ha sido multada pese a no haber participado en el cartel, en su condición de antigua propietaria de *Prysmian* (que sí había participado en dicho cartel) y debido a que se ha considerado que había influido de forma decisiva en las decisiones de gestión de dicha empresa a través de sus derechos de representación y de voto en el consejo de administración de la misma.

²⁶ Nota de prensa de la Comisión de 2 de abril de 2014, "Antitrust: Commission fines producers of high voltage power cables € 302 million for operating a cartel", IP/14/358, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-358_en.htm.

En este sentido, cabe destacar que esta decisión marca un antes y un después en la aplicación del derecho de la competencia a los fondos de capital privado, pues supone el reconocimiento de la responsabilidad de los mismos por las conductas anticompetitivas de las empresas en las que tienen participaciones cuando tienen una influencia decisiva, equiparándose esta responsabilidad a la que tienen las matrices por la conducta de sus filiales.

2. *Jurisprudencia reciente*

2.1 *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea clarifica cuestiones relevantes respecto a las obligaciones de los jueces nacionales en el marco de recuperación de ayudas de Estado (valor de los actos de la Comisión Europea posteriores a la Decisión en que establece la existencia de un régimen de ayudas ilegal e incompatible y posibilidad de que el importe a recuperar sea igual a cero)*

Autor: José Manuel Panero (Bruselas)

El pasado 13 de febrero de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") dictó Sentencia en el asunto C-69/13 *Mediaset II*.²⁷ Mediante dicha Sentencia, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por los tribunales italianos en el marco de la ejecución por las autoridades italianas de las obligaciones de recuperación que les incumbían como consecuencia de la decisión de la Comisión Europea ("Comisión") en el asunto *Mediaset*²⁸ (confirmada por el Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE") y el TJUE en sendas Sentencias²⁹).

Se ha de recordar que en dicho proceso la Comisión apreció que las medidas concedidas por la República de Italia a consumidores para la adquisición o alquiler de aparatos receptores de la televisión digital terrestre constituían una ayuda de Estado de la cual eran beneficiarias indirectos ciertas empresas proveedoras de los servicios de televisión terrestre. La Comisión consideró que la medida constituía una ayuda de Estado ilegal (no notificada) e incompatible y ordenó su recuperación.

En su Decisión, la Comisión señaló como beneficiarias a esta categoría de empresas (proveedores de servicios de televisión terrestre), sin identificar individualmente a los mismos, dejando igualmente abierto (como sucede muchas veces) el importe exacto a recuperar de estas por el Estado italiano.

A la hora de ejecutar la decisión, las autoridades italianas comenzaron un diálogo con la Comisión en el cual se discutieron los importes a devolver por las empresas al Estado italiano. No obstante, *Mediaset*, la principal empresa afectada (respecto a otros potenciales beneficiarios, *TIMmedia* y *Fastweb*, las autoridades italianas, de acuerdo con la Comisión, determinaron que no habían recibido ventaja alguna), recurrió la orden de recuperación de las autoridades nacionales ante los jueces italianos, siendo en el marco de dicho proceso nacional en el que se plantean las dos cuestiones prejudiciales que el TJUE viene a resolver en la Sentencia comentada.

²⁷ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2013 en el asunto C-69/13, *Mediaset y Ministero dello Sviluppo economico*.

²⁸ Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2007 relativa a la ayuda estatal C 52/2005 (ex NN88/2005, ex CP 101/2004) ejecutada por la República italiana para la adquisición de decodificadores digitales.

²⁹ Sentencia del TGUE de 15 de junio de 2010 en el asunto T-177/07, *Mediaset c Comisión*; y Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2011 en el asunto C-403/10 P *Mediaset c Comisión*.

Entre otras cuestiones interesantes, en respuesta directa a las cuestiones planteadas por el juez nacional el TJUE viene a considerar lo siguiente:

- (a) Para garantizar la ejecución de una decisión de la Comisión que declara un régimen de ayudas ilegal incompatible con el mercado interior y ordena la recuperación de las ayudas de que se trata, sin identificar a los beneficiarios individuales de dichas ayudas ni determinar los importes precisos que deben restituirse, el juez nacional está vinculado por la citada decisión. Sin embargo, no lo está por el contrario, por las tomas de posición adoptadas por dicha institución en el marco de la ejecución de tal decisión.³⁰
- (b) El juez nacional, al determinar los importes exactos de las ayudas que deben recuperarse, y cuando la Comisión, en su decisión que declara un régimen de ayudas ilegal e incompatible con el mercado interior, no ha identificado a los beneficiarios individuales de las ayudas en cuestión ni ha determinado los importes precisos que deben restituirse, puede llegar a la conclusión, sin poner en entredicho la validez de la decisión de la Comisión ni la obligación de restitución de las ayudas de que se trata, de que el importe de la ayuda que debe restituirse es igual a cero cuando ello se desprende de los cálculos.

Aun cuando los principios sentados por el TJUE puedan parecer limitar el alcance de su Sentencia (se requiere que sea una Decisión sobre régimen de ayudas en que no se identifique a los beneficiarios ni los importes a recuperar) lo cierto es que, siendo esta la práctica general de la Comisión cuando se trata de regímenes de ayudas ilegales, la Sentencia es potencialmente interesante en términos prácticos. Está por ver si la misma llevará a la Comisión a realizar un mayor trabajo en la individualización de los posibles beneficiarios o en la cuantificación de los importes a recuperar y cómo ejercerán los jueces nacionales las facultades que les concede el TJUE.

2.2 *El Tribunal General reduce las multas impuestas a InnoLux y a LG Display por su participación en el cártel en el mercado de los paneles LCD*

Autor: Clara Marquet Sardà (Barcelona)

En fecha 27 de febrero de 2014, el Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE") dictó dos Sentencias resolviendo sendos recursos de anulación en los asuntos *InnoLux Corp. c. Comisión Europea*³¹ y *LG Display c. Comisión Europea*³², interpuestos contra la Decisión de la Comisión Europea ("Comisión") de 8 de diciembre de 2010³³ ("Decisión"). En esta Decisión, la Comisión declaró la existencia de un cártel entre seis grandes fabricantes internacionales de pantallas LCD en los siguientes dos mercados: (i) el mercado de las pantallas LCD para tecnologías de la información y (ii) el mercado de las pantallas LCD para televisores.

Según la Comisión, las conductas investigadas eran constitutivas de una infracción única y continuada del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por intercambio de información sensible, fijación de precios mínimos y coordinación de subidas de precios y de niveles de producción, a través de una serie de reuniones multilaterales desarrolladas entre 2001 y 2006.

³⁰ No obstante, el TJUE también señala que el juez nacional debe, en virtud de cooperación leal enunciado en artículo 4 TUE, apartado 3, tomar en consideración dichas tomas de posición como elemento de apreciación en el marco del litigio de que conoce.

³¹ Sentencia del TGUE de 27 de febrero de 2014 en el asunto T-91/11, *InnoLux Corp. c. Comisión*.

³² Sentencia del TGUE de 27 de febrero de 2014 en el asunto T-128/11, *LG Display. c. Comisión*.

³³ Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 2010 en el asunto COMP/39.309 – LCD.

Las Sentencias del TGUE de 27 de febrero de 2014 confirman en lo esencial la Decisión de la Comisión, si bien el Tribunal accede en ambos casos a una cierta reducción de las sanciones.

Como aspecto relevante, debe destacarse que el TGUE confirmó el concepto de "*ventas EEE directas a través de productos transformados*", utilizado por la Comisión para el cálculo de las sanciones. Según el Tribunal, las ventas relevantes en el caso tienen conexión con el mercado europeo, puesto que las sociedades transferían las pantallas LCD a sus filiales, establecidas en cualquier Estado, y éstas las integraban en los productos terminados que se vendían a terceros en el espacio económico europeo.

Asimismo, el TGUE ratifica la competencia territorial de la Comisión para aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión a un cártel de alcance mundial, proyectado por fabricantes fuera de la Unión Europea, toda vez que éste era ejecutado en el mercado interior, al comercializarse los productos en este mercado.

En relación con la sanción a *InnoLux Corp.*, el TGUE la redujo de 300 a 288 millones de euros, puesto que la propia Comisión reconoció que el cálculo de la sanción se había basado en datos erróneos proporcionados por la demandante. Concretamente, se incluyó en el cálculo ventas de productos distintos a las pantallas LCD.

En relación con *LG Display*, el TGUE rechazó que la información adicional proporcionada por la demandante obligara a la Comisión a garantizarle una reducción de la multa por inmunidad parcial. El Tribunal consideró que no procedía la aplicación del último párrafo del apartado 23.b) de la Comunicación sobre clemencia de 2002³⁴, que únicamente se aplica cuando: i) la empresa es la primera en probar hechos de los cuales la Comisión no tiene conocimiento previo, y ii) tales hechos permiten que la Comisión llegue a nuevas conclusiones sobre la infracción. No obstante, el TGUE redujo la multa impuesta a *LG Display* de 215 a 210 millones de euros, al haber incluido la Comisión en su cálculo las ventas de un período -enero de 2006- para el que *LG Display* tenía garantizada inmunidad.

Resulta interesante, por tanto, analizar cómo estas Sentencias confirman el criterio de la Comisión consistente en incluir dentro del valor de las ventas de los mercados afectados ventas que se realizaron fuera del espacio económico europeo pero que a través de una filial del mismo grupo o de un tercero se introducen en este mediante productos transformados.

2.3 *El Tribunal General confirma, en su conjunto, la legalidad de las solicitudes de información dirigidas por la Comisión a los productores de cemento*

Autor: Sandra Sáez (Madrid)

El pasado 14 de marzo del 2014 el Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE") desestimó los recursos de anulación de varias sociedades dedicadas a la producción del cemento contra los requerimientos de información que la Comisión Europea ("Comisión") les remitió en el marco de una investigación por presuntas prácticas anticompetitivas. En opinión del TGUE, y a diferencia de lo alegado por las recurrentes, las solicitudes de información se efectuaron conforme a Derecho, no siendo la carga de trabajo impuesta a las empresas investigadas desproporcionada.

³⁴ Comunicación de la Comisión sobre inmunidad y reducción de multas en casos de cárteles (2002/C 45/03).

El 6 de diciembre de 2010 la Comisión incoó un procedimiento contra varias empresas del sector del cemento en relación con supuestas infracciones consistentes en (i) restricciones del flujo comercial en el Espacio Económico Europeo ("EEE") así como en (ii) restricciones a las importaciones al EEE desde países fuera de dicho espacio, (iii) en el reparto de mercados, (iv) en la coordinación de precios y (v) en otras prácticas anticompetitivas conexas en el mercado del cemento y productos relacionados.

En el marco de dicha investigación, la Comisión adoptó el 30 de marzo de 2011 varias decisiones en las que requería a las empresas que respondiesen a un cuestionario relativo a dichas presuntas infracciones en un concreto formato obligatorio.

Estas decisiones fueron posteriormente impugnadas por las empresas investigadas debido a que las anteriores consideraban que la Comisión no había explicado suficientemente las presuntas infracciones por las que se las investigaba y puesto que se les había impuesto a todas ellas una carga de trabajo desproporcionada dado el volumen de información solicitada y el formato de respuesta.

El TGUE desestimó todos los recursos, a excepción del interpuesto por la sociedad *Schwenk Zement*, que ha sido admitido parcialmente³⁵. Considera el TGUE que la carga de trabajo impuesta no viola el principio de proporcionalidad pues no ha rebasado los límites de lo que resulta apropiado y necesario para conseguir los objetivos perseguidos por la normativa. El TGUE ha tenido en cuenta a la hora de adoptar su fallo las necesidades de la investigación, el marco en el que esta se inscribe (prácticas restrictivas), y el alcance de las presuntas infracciones.

No obstante, el TGUE considera que el plazo dado para responder a una serie de preguntas sí es insuficiente y que, por lo tanto, ha violado el principio de proporcionalidad, en la medida en que, a la luz de la información solicitada, no es posible facilitar en plazo una información completa, exacta y no engañosa.

Por otro lado, cabe mentar también que una de las sociedades recurrentes, *Cementos Portland Valderrivas*, alegó que la solicitud de información era arbitraria puesto que tenía como objetivo identificar eventuales indicios de una infracción; estando la Comisión obligada a contar con indicios suficientemente serios que le permitan sospechar una infracción de las normas de competencia para efectuar el requerimiento de información. El TGUE, para apreciar el carácter suficientemente serio de los indicios, tuvo en cuenta que la investigación se encontraba en fase preliminar y, entendió que, por lo tanto, la Comisión no estaba obligada a poseer elementos que demostrasen la existencia de una infracción siendo suficiente para solicitar información adicional que los indicios que la Comisión tuviese en aquel momento permitiesen sostener que existe una sospecha razonable respecto a la infracción.

³⁵ Sentencias del TGUE de 14 de marzo de 2014 en los asuntos T-306/11, *Schwenk Zement KG c. Comisión*; T-297/11, *Buzzi Unicem SpA c. Comisión*; T-296/11, *Cementos Portland Valderrivas c. Comisión*; T-292/11, *Cemex c. Comisión*; T-305/11, *Italmobiliare SpA c. Comisión*; T-302/11, *HeidelbergCement AG c. Comisión*; y T-293/11, *Holcim c. Comisión*.

II. España

1. Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

1.1 La CNMC multa con 3,1 millones de euros a AENA y a 11 empresas de servicios de alquiler de coches

Autor: Enrique Ferrer (Madrid)

El pasado 2 de enero, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") resolvió el expediente sancionador S/0404/12 – *Servicios Comerciales AENA*, imponiendo multas por un valor conjunto superior a los tres millones de euros a *Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea* ("AENA") y once empresas de alquiler de vehículos sin conductor.

La Resolución considera acreditada la existencia de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor concesionarias de los distintos aeropuertos públicos españoles, con la colaboración necesaria de AENA, desde el 19 de abril de 1999 hasta el 5 de septiembre de 2012.

En concreto, la conducta reprochada radica en la remisión con carácter mensual a las empresas de alquiler de vehículos sin conductor por AENA de informes que contenían datos de facturación y el número de contratos que concluían las empresas de servicios de alquiler de vehículos sin conductor que operaban en 31 aeropuertos de su red. De acuerdo con la Resolución, esto habría permitido a las empresas sancionadas tener un conocimiento preciso de las cuotas de mercado, del número de contratos desagregados y de la evolución de sus competidores, lo que, a juicio de la CNMC, eliminó la incertidumbre del mercado.

Cabe destacar que la Resolución reconoce expresamente que la conducta anteriormente descrita debió subsumirse en el expediente sancionador S/0380/11 – *Coches de Alquiler*, que fue resuelto por el Consejo de la entonces Comisión Nacional de la Competencia mediante Resolución dictada el 30 de julio de 2013, "*por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto.*"

Así, la Resolución indica que las empresas que ya fueron investigadas, sancionadas y multadas en aquel expediente sancionador, no pueden serlo también en este procedimiento por las mismas conductas y, por tanto, que deben quedar eximidas del pago de la multa.

Finalmente, y como ya se ha adelantado, la Resolución considera que AENA actuó como un cooperador necesario. A pesar de que esta figura no está recogida expresamente en la Ley de Defensa de la Competencia, no es la primera vez en la que la Autoridad recurre a ella para imputar a un operador la responsabilidad por una determinada conducta anticompetitiva.

1.2 La CNMC impone una multa de más de 8 millones de euros a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A (CORREOS) por abuso de posición de dominio

Autor: Ismael Gutiérrez (Barcelona)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") emitió Resolución de 21 de enero de 2014 por la que declaraba acreditado que la *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.* ("Correos") habría incurrido en abuso de posición de dominio, conducta anticompetitiva tipificada en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de junio, de Defensa de la Competencia. La sociedad sancionada habría impedido a "operadores alternativos" el competir en el segmento

de los grandes clientes de servicios postales. La infracción, calificada de muy grave por la autoridad estatal de competencia, ha significado una sanción para la infractora de 8.178.698 euros.

Los actos que han motivado la sanción se habrían producido en el marco del sector postal, sector que ha venido recibiendo un impulso liberalizador intenso a lo largo de los últimos años, en los que la legislación de la Unión ha promovido el cambio de modelo de mercado, del tradicional sistema de empresa pública en régimen de monopolio, a un mercado abierto de libre competencia. La normativa española viró definitivamente hacia la liberalización con la aprobación de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal ("LSP") que transponía la tercera Directiva postal³⁶, liberalizando definitivamente el sector postal³⁷.

A pesar de ello, la LSP atribuyó a Correos³⁸ la tarea de gestionar la red de servicio postal durante los 15 años posteriores a su entrada en vigor. Según la CNMC, esto convirtió a Correos, de facto, en una empresa verticalmente integrada con clara posición de dominio en los mercados declarados como relevantes para este expediente (ambos de ámbito estatal): (i) el mercado mayorista de acceso a la red postal para los denominados "*operadores alternativos*" ("mercado mayorista"), y (ii) el mercado minorista de prestación de servicios postales tradicionales a remitentes de envíos masivos de correo ("mercado minorista") – mercado en el que Correos compite con los "*operadores alternativos*", con una cuota de mercado de más del 50%–.

Pues bien, la CNMC ha considerado como probado que, entre los años 2010 y 2012, Correos habría generado un estrechamiento en los márgenes de sus competidores en el mercado minorista en la medida que en el mercado mayorista aplicaba a los "*operadores alternativos*" unos precios medios muy superiores comparados con los precios medios del mercado minorista favoreciendo la posición en el mercado minorista de Correos. En consecuencia, los competidores en el mercado minorista debían entrar en pérdidas para poder igualar o mejorar las ofertas de Correos en el mercado excluyendo de esta forma a los competidores existentes e introduciendo fuertes barreras de entrada en el mercado.

La administración ha entendido como probada, así, la existencia de la posición de dominio de Correos, y de la práctica unilateral abusiva de dicha sociedad (estrechamiento de márgenes), imponiéndole, por tanto, la mencionada sanción de más de 8 millones de euros.

Resulta éste un ejemplo más de la persistente vigilancia que las autoridades de competencia están ejerciendo en lo referente a la liberalización, en el marco de la Unión, de diversos sectores de actividad, otrora monopolísticos.

³⁶ Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios.

³⁷ La anterior Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, configuraba una "Área reservada", de competencia exclusiva para Correos, y una "Área no reservada" o liberalizada. Estas distinciones desaparecen en la LSP.

³⁸ Disposición adicional primera de la LSP.

2. *Jurisprudencia reciente*

2.1 *El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA) y confirma la existencia de actos desleales que dieron lugar al falseamiento de la competencia, sin orden de reanudación del expediente a la CNMC y sin imposición de sanción alguna*

Autor: Guillem Manso (Barcelona)

El pasado 4 de marzo, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó la sentencia 784/2014 por la que estimó parcialmente el recurso de casación 1995/2011 interpuesto por la *Asociación de Servicios de Prevención Ajenos* ("ASPA") y declaró la existencia de actos desleales que dieron lugar al falseamiento de la competencia.

El litigio traía causa de una denuncia que ASPA había presentado ante la ya extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") por presuntas prácticas anticompetitivas en las que habrían incurrido un elevado número de mutuas. De acuerdo con la denuncia de ASPA, habrían tenido lugar prácticas colusorias, abuso de posición de dominio colectiva y falseamiento de la competencia por actos desleales. Es decir, se invocaban las infracciones previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ("Ley 16/1989"), aplicable por razones temporales.

Tras la investigación pertinente, el Consejo de la CNC acordó sobreseer la denuncia, al entender que, si bien era cierto que algunas de las prácticas llevadas a cabo por las mutuas podían considerarse desleales, no cabía entender que se hubiera infringido la Ley 16/1989. Según había señalado previamente el Tribunal de Cuentas en 2005, la normativa aplicable estaba "*afectada de provisionalidad, complejidad y poca precisión contable y económica en sus criterios, [lo cual] ha podido producir situaciones no deseables que el regulador no ha eliminado hasta 2005*"³⁹. Además, durante el período estudiado, el mercado prosiguió su expansión, de modo que la CNC entendía que "*aunque pudiera atribuirse a la conducta de las denunciadas el calificativo de desleal, dicha conducta no sería susceptible de ser contemplada a la luz de la [Ley de Defensa de la Competencia]*".

En la instancia, la Audiencia Nacional inadmitió el Recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa. Entendía dicho tribunal que, mientras que la Ley 16/1989 admite un régimen de denuncia pública ante la CNC, el acceso a la vía contenciosa requiere de un interés legítimo particular que no se daba en este supuesto. El Tribunal Supremo rechaza esta definición restrictiva de interés legítimo y recuerda que se ha venido reconociendo consistentemente legitimación a los denunciantes cuando la CNC sobresee o archiva la denuncia presentada.

El Tribunal Supremo afirma que, efectivamente, si los denunciantes solamente hubiesen solicitado el cese de las actividades, habría sido posible desestimar el recurso, aunque sólo tras haberlo admitido y haber entrado a estudiar el fondo del asunto. Sin embargo, éste no era el caso, dado que los denunciantes afirmaban estar interesados en una resolución declarativa de la infracción a fin de poder acudir a la jurisdicción civil y reclamar los daños sufridos, requisito imprescindible según el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, aunque no recogido en la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 784/2014, de 4 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª.

Entrando en el fondo, el Tribunal Supremo estima que concurrió el tipo objetivo del artículo 7 de la Ley 16/1989, en tanto que las mutuas pudieron beneficiarse de su particular situación, en perjuicio de las entidades privadas presentes en el mercado de los servicios de prevención ajenos, representadas por ASPA, sin que la expansión del mercado durante el período investigado sirviera como prueba para descartar las distorsiones graves a la competencia acreditadas en el expediente. Sin embargo, el Tribunal Supremo confirma la improcedencia de sancionar dichas prácticas, puesto que el confuso marco legal aplicable impide apreciar culpabilidad en el comportamiento de las mutuas. Dado que esta declaración es suficiente para que ASPA pueda reclamar los daños sufridos –como era su pretensión–, en este supuesto excepcional el Tribunal Supremo no considera oportuno entrar a estudiar las demás infracciones alegadas por los recurrentes.

2.2 *La Audiencia Nacional anula una Resolución de la antigua CNC por infracción del principio non bis in ídem*

Autor: José Luis Azofra (Madrid)

El pasado 12 de febrero de 2014, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ("AN") ha estimado el recurso interpuesto por *Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España* ("AIE") contra la Resolución de la anterior Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") de 23 de febrero de 2011, por la que impuso a esta empresa una multa de 532.686 euros por abuso de posición de dominio.

De conformidad con la Resolución de la CNC de 2011, AIE había incurrido en conductas contrarias al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistentes en imponer a *Sogecable, Canal Satélite Digital y Distribuidora de Televisión Digital* el pago de unas tarifas generales inequitativas y discriminatorias por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales en que habían quedado fijadas las actuaciones de artistas, intérpretes o ejecutantes musicales, ocasionándoles una desventaja anticompeticitiva no justificada frente a otros operadores.

AIE alegó, como motivo esencial del recurso, que la Resolución impugnada infringía el principio *non bis in ídem* en la medida que sancionaba una infracción ya penada por otra Resolución de la CNC de 23 de julio de 2009 en el expediente 651/08 – *AIE/T5* por fijar frente a esta entidad unas tarifas inequitativas y discriminatorias para el derecho de simple remuneración previsto en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Atendiendo a la reiterada jurisprudencia constitucional, la sentencia recuerda que el principio *non bis in ídem* "impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta", puesto que "semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado". Asimismo, la resolución judicial trae a colación la jurisprudencia europea establecida, entre otras, en la sentencia Aalborg⁴⁰ según la cual la aplicación de este principio está supeditada a tres requisitos acumulativos: identidad de hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de enero de 2004 en el asunto C-204/00 P, *Aalborg Portland y otros/Comisión*.

Según la AN, concurre en el expediente analizado la triple identidad antes mencionada. En efecto, sostiene la sentencia que la infracción que se imputa a AIE no solo afectó en su momento a T5 (lo que dio lugar a la imposición de la primera sanción) sino que también afectó en idéntico trámite a otros operadores como *Sogecable*, *Canal Satélite Digital* y *Distribuidora de Televisión Digital*. Sin embargo, ello no legitima que puedan imponerse tantas sanciones como operadores se hayan visto afectados.

2.3 *La Audiencia Nacional anula una multa impuesta por la extinta CNC por el retraso en la entrega de unos datos de los que la empresa multada no disponía y que tuvo que adquirir a un tercero*

Autor: Josep Monrabà (Barcelona)

El pasado 26 de diciembre de 2013 la Sección Sexta de la Audiencia Nacional ("AN") resolvió el recurso promovido por *Oracle Corporation* y *Oracle Iberia, S.R.L.* (conjuntamente, "Oracle") contra la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") de 10 de julio de 2012⁴¹, mediante la que se había impuesto a Oracle una multa coercitiva de 26.400 € por no facilitar la información requerida por el órgano instructor.

La CNC había requerido a Oracle hasta en tres ocasiones la presentación de determinada información que la empresa alegaba no disponer. Por ello, la CNC decidió imponer una multa coercitiva diaria de inicialmente 1.200 euros, elevando el importe a 2.400 euros a los diez días de incumplimiento, hasta la entrega de la documentación requerida. Ante esta situación, Oracle tuvo que contratar a una empresa de consultoría para obtener parte de la información requerida entregándole dicha información a la autoridad cuando habían pasado 16 días hábiles desde el requerimiento inicial. Este hecho motivó la ulterior interposición del recurso contencioso-administrativo de referencia.

En la Sentencia, la AN, citando reiterada jurisprudencia europea⁴², señala que las facultades de investigación de las autoridades de la competencia dependen de que el investigado aporte la información que la propia autoridad estime necesaria para verificar posibles infracciones de competencia. En este sentido la Sala subraya la obligación del artículo 39.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") en cuanto al deber del investigado de colaborar con la CNC y proporcionar los datos e informaciones de que se disponga y que le sean solicitados.

Ahora bien, como la propia Resolución impugnada reconocía, los datos solicitados fueron obtenidos de terceros. Siendo así, la Sala considera que el hecho de haber tenido que recurrir a información en poder de un tercero mediante el pago de un precio demuestra que dicha información no se encontraba a disposición del recurrente. Además, la Sala indica que los datos referidos no eran datos objetivos, sino estimaciones adquiridas de terceros, por lo que la CNC debería haber llevado a cabo su propia evaluación de dicha información.

En la Sentencia se concluye que la información requerida "*no se encontraba en la esfera de disposición de la recurrente*", entendiendo la AN, en consecuencia que exigir aquella en semejantes condiciones iba más allá de la obligación contenida en el artículo 39.1 de la LDC. Se considera procedente, en consecuencia, anular la Resolución sancionadora.

⁴¹ Resolución de la CNC R/0101/12 – Oracle.

⁴² Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 1989 en el asunto, C-374/87, *Orkem* c. *Comisión*; de 7 de enero de 2004 en los asuntos acumulados C-204/00P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-212/00 P, C-217/00 y C-219/00 P, *Aalborg Portland* y otros c. *Comisión*; y de 29 de junio de 2006 en el asunto C-301/04 P, *Comisión* c. *SGL Carbon*.

En esta Sentencia, la AN ahonda en los límites de las facultades de investigación de la CNC y el deber de colaboración e información de los administrados. En el fallo se hace referencia a que la Administración debe siempre motivar las sanciones que imponga, lo que implicaba en este caso considerar oportunamente las justificaciones de no disponibilidad de la información que había aducido Oracle en vía administrativa.

El caso en cuestión se enmarca en la guerra abierta entre dos de las mayores empresas del sector informático a nivel mundial (*Hewlett Packard, Inc.* –“HP”– y Oracle). Concretamente, la multa coercitiva objeto del recurso contencioso-administrativo aquí analizado se ubica dentro del expediente incoado por denuncia de HP por las presuntas prácticas abusivas de posición de dominio de Oracle en el ámbito de las bases de datos relacionales, que fue finalmente archivado.

III. Portugal

1. *Las prácticas discriminatorias en el marco del nuevo régimen en materia de prácticas comerciales restrictivas individuales*

Autor: Ana Ferreira (Lisboa)

El Decreto-ley núm. 166/2013, de 27 de diciembre, que aprobó el nuevo régimen en materia de prácticas individuales comerciales restrictivas ("Decreto-Ley"), entró en vigor el pasado 25 de febrero de 2014.

La interpretación y la aplicación práctica de las novedades previstas en el Decreto en cuestión han generado controversia entre los agentes económicos (tanto entre los proveedores como entre los distribuidores), específicamente en lo que se refiere a las prácticas discriminatorias.

El antiguo régimen preveía la prohibición de que un agente económico aplicara (en relación a otro agente económico) precios discriminatorios o condiciones de venta para prestaciones equivalentes y, en particular, la prohibición de las diferentes modalidades de embalaje, envío, transporte y pago que no estuvieran justificadas por las diferencias de gastos de suministro o de servicio correspondientes.

El nuevo régimen mantiene la prohibición en cuestión pero incluye ahora una referencia a una justificación relativa a "las prácticas conformes con el Derecho de la Competencia".

La interpretación de dicha referencia no era clara, ya que las conductas discriminatorias solo estaban sancionadas por la Ley de la Competencia (es decir, el régimen previsto en la Ley núm. 19/2012, de 8 de mayo) en caso de que constituyeran un abuso de posición dominante.

Por otra parte, en el nuevo régimen, la competencia para la tramitación de procedimientos relativos a las prácticas comerciales restrictivas de forma individual fue transferida de la autoridad portuguesa de competencia («ACC») a la "Autoridade de Segurança Alimentar e Económica - ASAE" y ésta nueva disposición podría conllevar la evaluación por ASAE sobre lo que constituye una denuncia por una práctica con respecto a la Ley de Competencia.

El 14 de marzo de 2014, ASAE (la entidad ahora responsable de la supervisión tanto del Decreto-ley como del procedimiento de infracción) publicó algunas aclaraciones acerca de la interpretación del nuevo régimen en su página web, en particular en cuanto a la disposición relativa a las prácticas discriminatorias.

Según la interpretación de ASAE, una práctica conforme con la Ley de Competencia "no constituye una práctica discriminatoria injustificada". Por lo tanto, parece que con la aplicación de este nuevo régimen ASAE considera que las conductas que constituyen una práctica discriminatoria pero que se cumplan la Ley de Competencia se justifican y la prohibición no se aplica.

ASAE también aclaró que la evaluación sobre el cumplimiento de la Ley de Competencia es una competencia de la PCA y que ASAE coordinará su evaluación sobre las prácticas discriminatorias en la autoridad mencionada.

ASAE subrayó que las aclaraciones publicadas pueden adaptarse o completarse como consecuencia de la experiencia que se adquiera con la aplicación del nuevo Decreto, y la interpretación jurídica definitiva se llevará a cabo por la Corte en un análisis de cada caso.