

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2016

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

SUMARIO

	Pág.
Presentación	9
 PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Artículo del Presidente de la CNMC con motivo del XX aniversario del Anuario ICO (José María MARÍN QUEMADA)	13
La aplicación del Derecho de la competencia en la regulación y en la gestión del uso del suelo (Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS)	21
Actividad administrativa, libre competencia y unidad de mercado (Luis BERENGUER FUSTER y Sergio BACHES OPI).....	53
Prácticas desleales en las cadenas de suministro de productos de consumo diario (Javier HUERTA y GONZALO SOLANA)	81
Las multas ¿son realmente disuasorias? (Amadeo PETITBÒ)	103
Inspecciones de las autoridades de competencia (Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ).....	125
Fundamentos económicos de la economía colaborativa (Antonio MAUDES GUTIÉRREZ, María SOBRINO RUIZ y Pedro HINOJO GONZÁLEZ).....	167
Análisis de la regulación sobre justicia gratuita. La visión desde la defensa de la competencia y la unidad de mercado (Alfonso LÓPEZ-ESCOBAR ANGUIANO).....	187
La gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia. Novedades y retos (Alberto HERRERA PARA y Helena VIEDMA ORTIZ-CAÑAVATE).....	215
La nueva metodología para la determinación de las tarifas de propiedad intelectual (Adriana NIETO ACOSTAMADIEDO y Almudena LUNA DE TOLEDO FERNÁNDEZ)	243
Experiencias recientes en legitimación activa para la eliminación de barreras a la competencia efectiva en los mercados (Gea GÓMEZ-PABLOS PINTO y Amalia CORDERO MARTÍNEZ).....	263

	Pág.
El contexto regulatorio en el control de concentraciones. Casos recientes en los mercados minoristas energéticos en España (María Jesús MARTÍN MARTÍNEZ).....	287
Estimación del daño ocasionado por las regulaciones anticompetitivas: aspectos metodológicos y experiencia en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Mateo SILOS RIBAS, Pilar VEGA VICENTE y Laura ROMERO VALERO)	307
Valoración económica de las sanciones de la autoridad española de competencia (2011-2015) (Javier GARCÍA-VERDUGO, Carlos MERINO TRONCOSO y Lorena GÓMEZ CRUZ).....	345
Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC): ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas? (Francisco MARCOS).....	381
La persecución institucional del <i>Bid Rigging</i> en España: actuaciones recientes de la autoridad de competencia (Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE y Sergio SINOVAS CABALLERO).....	415
La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ).....	441

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea	479
2. Europa no comunitaria.....	481
3. América.....	481
4. Asia y Australia.....	482
5. África.....	483
6. Organizaciones internacionales.....	483
7. Otras direcciones de interés	484

PRESENTACIÓN

Un año más la Fundación ICO presenta el Anuario de la Competencia, edición con la que lleva colaborando desde su inicio en 1996, habiéndose consolidado como uno de los proyectos más relevantes dentro de sus sucesivos planes de actuación.

En estos más de veinte años, el Anuario se ha convertido en una obra de referencia, conocida y reconocida por todas aquellas personas interesadas en materias relacionadas con la economía y el Derecho de la competencia. La obra cumple esencialmente dos objetivos: promover el debate y la reflexión, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia, como fuente de información periódica y actualizada. El Anuario de la Competencia constituye una fuente de información dinámica, en la que los especialistas que colaboran año tras año constituyen por sí mismos una garantía de rigor y seriedad de su contenido y por ende, contribuyen a mantener la calidad y prestigio de esta publicación, dando cuenta de las principales novedades aparecidas y con apartados muy prácticos como el de direcciones de internet, tan útiles para el lector que desea complementar o profundizar sobre los temas tratados en esta publicación.

En esta nueva edición podemos destacar el análisis de cuestiones tan interesantes y variadas como el contexto regulatorio en el control de concentraciones; la estimación del daño ocasionado por las regulaciones anticompetitivas; las prohibiciones de prácticas anticompetitivas o el estudio monográfico de la gestión de los derechos de propiedad intelectual en España en relación con el Derecho de la competencia, entre otras. Asimismo, se analizan las experiencias recientes en legitimación activa para la eliminación de las barreras a la competencia efectiva en los mercados, que permiten a las autoridades de Competencia, tanto nacional como autonómicas, impugnar ante la jurisdicción competente aquellos actos de las Administraciones Públicas de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Este último aspecto entronca directamente con la actividad que desarrolla el ICO. El Instituto, en estos años, ha contribuido a dar respuesta a las necesidades de los sectores productivos españoles, con estricta observancia de las normas de competencia, en línea con la actividad que desarrollan los bancos de fomento en la Unión Europea.

La lógica económica fundamental de estas entidades públicas debe residir en su capacidad para facilitar financiación en los ámbitos donde las deficiencias del mercado den lugar a una oferta insuficiente de financiación privada, o donde los operadores privados no intervienen. Las normas sobre ayudas estatales de la UE se basan en el mismo principio y están concebidas para garantizar que las intervenciones de aquellas estén correctamente orientadas para subsanar las deficiencias del mercado y, de este modo, contribuir al desarrollo económico y financiero, y ello sin perturbar los mercados, excluir a los operadores privados o mantener en actividad empresas que de otro modo habrían salido del mercado.

La Comisión Europea estima que las deficiencias de mercado pueden dar lugar a una reducción de las inversiones y, por tanto, a un crecimiento futuro más lento del que sería económicamente eficiente. En este sentido, la justificación económica y principal razón de ser de los bancos de fomento es que, como entidades públicas, están en mejores condiciones que los operadores privados para superar estas deficiencias del mercado.

Pero además, según la propia Comisión Europea, una estrecha colaboración entre las entidades públicas y privadas puede contribuir a mantener unas condiciones de competencia equitativas en los mercados financieros, especialmente cuando los bancos de fomento distribuyen sus productos indirectamente a través del sector bancario comercial. Esta estrecha interacción con el sector privado permite que la entidad pública no solo adapte su gama de productos en función de las deficiencias del mercado, sino que además dé una señal positiva sobre las posibilidades de financiación bancaria de determinados tipos de proyectos que quedan al margen de la política de inversión tradicional de los bancos, y atraiga fondos privados a sus ámbitos de actividad, sin impedir la actividad del sector privado, postulado que este Instituto suscribe en su integridad.

A la vista de la «doctrina» de la Comisión Europea sobre las funciones de los bancos de fomento, parece claro el papel de estas entidades públicas, que desempeñan una función esencial en el mercado, con su participación efectiva y con una estricta observancia de las normas de competencia. Estas entidades contribuyen a mejorar el impacto en la inversión, el crecimiento y el empleo, colaborando y cumplimentando la actividad del sector privado, todo ello en beneficio del conjunto de la sociedad.

No podemos terminar sin agradecer un año más, a la Universidad Autónoma de Barcelona y en especial a todos los profesionales que han participado en la elaboración de esta obra, sus análisis exhaustivos y certeros de cada una de las cuestiones abordadas contribuyendo al prestigio de esta publicación, auténtica referencia en el ámbito de la economía y el Derecho de la competencia en España.

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

ARTÍCULO DEL PRESIDENTE DE LA CNMC CON MOTIVO DEL XX ANIVERSARIO DEL ANUARIO ICO

José María MARÍN QUEMADA

Se cumplen veinte años de la publicación del primer Anuario ICO de Competencia, veinte años en los que los sistemas español y comunitario de defensa de la competencia han experimentado una profunda transformación. Atrás quedaron las primeras leyes nacionales y reglamentos que se sustituyeron por un marco más moderno, ágil y eficaz para la defensa de la competencia. El Reglamento Comunitario 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del Tratado, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, fueron los elementos fundamentales de esta modernización. En el marco de estas normas, las autoridades de competencia comunitarias, nacionales y autonómicas han logrado llevar a cabo de manera muy eficiente las tareas que les han sido encomendadas. La seguridad jurídica, la eficacia, la transparencia y responsabilidad frente a la sociedad o la promoción de una regulación económica eficiente son algunos de los grandes éxitos de esta transformación.

En estos años, el diseño institucional ha jugado también un papel esencial en la nueva arquitectura para la defensa de la competencia en España. Se ha producido, por una parte, una clara evolución hacia una mayor independencia de las autoridades de competencia respecto al poder político. Por otra, a través de la creación más reciente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se ha avanzado hacia un enfoque integrado de regulación y competencia que promueve una mayor coherencia en la aplicación de las políticas sectoriales y de defensa de la competencia en mercados regulados, aunque por motivos obvios en este artículo me centraré más en la vertiente de competencia del mandato legal recibido por la CNMC.

La CNMC es una institución muy joven que, en sus poco más de tres años de vida, ha conseguido no solo mantener el nivel de actividad de las

preexistentes comisiones que se fusionaron para su creación, sino intensificar su labor. Cabe destacar una actividad muy potente en áreas como la lucha contra los cárteles, la promoción de la competencia y la consecución de una regulación eficiente y proporcionada. Al mismo tiempo, se han asumido responsabilidades adicionales impuestas por nuevos desarrollos normativos, como es el caso de la Ley de Garantías de Unidad de Mercado. En su aplicación la CNMC juega un papel muy relevante, velando por el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en todo el territorio nacional.

La Dirección de Competencia de la CNMC sigue teniendo como prioridad la persecución de las prácticas que restringen la competencia, sobre todo los cárteles. En una estimación reciente realizada por la CNMC, utilizando una metodología elaborada a partir de ejercicios similares de otras autoridades internacionales, los cárteles desmantelados entre 2011 y 2015 han supuesto un ahorro para los consumidores de 620 millones de euros anuales, ahorro que procede de las mejores condiciones de acceso a bienes y servicios al desaparecer los cárteles. A estos beneficios para los consumidores se unen los efectos de las sanciones a las entidades infractoras, que en 2015 alcanzaron la cuantía más elevada de la historia en España, más de 550 millones de euros. No obstante, la actividad de la institución no puede valorarse simplemente por la cuantía de las multas impuestas.

En efecto, la cuantía de las multas cuenta solo parte de la historia y conviene detenerse en analizar si el impacto de las sanciones sobre las empresas es suficientemente disuasorio. En mi opinión, todavía no se han alcanzado los niveles de disuasión que serían deseables. Es indudable que el Consejo de la CNMC es responsable en buena medida de que las multas sean disuasorias, pero no puede olvidarse que los tribunales comparten esta responsabilidad para alcanzar los objetivos del Derecho de la competencia. En este sentido, a raíz de la nueva jurisprudencia iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de enero de 2015, la CNMC ha desarrollado un nuevo método de determinación de sanciones que permite cumplir con la legalidad a la vez que se aseguran la disuasión y proporcionalidad de las sanciones.

Adicionalmente, para aumentar el nivel de disuasión, en 2016 la CNMC ha comenzado a imponer sanciones a directivos responsables de las infracciones contra la competencia, aunque el arco sancionador previsto con este fin en la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 se ha quedado muy corto y actualmente los costes reputacionales exceden en gran medida la sanción pecuniaria.

Con la vista puesta en el futuro, en este artículo me referiré a tres grandes desafíos que destacan de manera especial en la actualidad: las implicaciones de la economía digital, la posible reforma de la Ley española de defensa de la competencia y el debate sobre el diseño institucional de las autoridades de regulación y competencia.

La digitalización de la economía se ha convertido sin duda en tema común de debate en muchos de los foros nacionales e internacionales de

la comunidad *antitrust*. Y no es para menos si se tiene en cuenta la veloz transformación que están experimentando muchos sectores. La aparición de empresas cuyo negocio se basa en nuevas tecnologías y plataformas digitales ha abierto el debate sobre la adecuación de los marcos normativos y analíticos vigentes para abarcar las implicaciones de estos nuevos modelos de negocio sobre la dinámica competitiva de los mercados.

Los puntos abiertos a discusión son muchos y muy variados: desde la definición de mercados de producto sobre la base de la sustituibilidad de la oferta y de mercados geográficos, que han sido superados por las ventas *online*, pasando por la consideración del valor y volumen de las transacciones en lugar del volumen de ventas como mejor reflejo del valor económico, o las dudas surgidas en torno a la cuota de mercado como *proxy* del poder de mercado. No en vano muchas autoridades de competencia han iniciado procesos de reflexión sobre la capacidad de sus marcos normativos para avalar el análisis de competencia que exigen estos nuevos mercados. La Comisión Europea ha puesto en marcha recientemente una consulta pública para evaluar la suficiencia del actual Reglamento comunitario de control de concentraciones en lo que respecta, entre otras, a esta cuestión.

En definitiva, se trata de una revolución que trasciende lo tecnológico y altera los comportamientos de los agentes, sus incentivos y la esencia del funcionamiento de los mercados. Todo ello exige un análisis en profundidad de sus implicaciones y podría requerir la adaptación de la normativa y de los instrumentos vigentes a la creciente complejidad y sofisticación que requiere su análisis. La política de defensa de la competencia debe ser capaz de responder a los retos derivados de las nuevas estrategias empresariales en mercados más digitalizados y en un mundo cada vez más globalizado.

En todo caso, parece que en nuestro país la revisión del marco normativo y de los instrumentos del sistema de defensa de la competencia en su conjunto resulta oportuna trascurridos ya diez años desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC). Nadie pone en duda el buen funcionamiento de la LDC ni la necesidad de preservar los elementos más positivos que introdujo, como la creación de un órgano especializado independiente del Gobierno en materia de defensa de la competencia que opera bajo el principio de separación entre instrucción y resolución, o la introducción del programa de clemencia para facilitar la detección de cárteles, por citar dos ejemplos muy evidentes.

La experiencia acumulada en estos años aconseja la introducción de algunas mejoras y aclaraciones en el articulado que contribuyan a reforzar la seguridad jurídica en la instrucción y resolución de expedientes, así como la plena adaptación a las novedades del marco normativo e institucional acaecidas en el transcurso de estos años. Me refiero lógicamente al cambio en el diseño institucional que trajo consigo la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, pero también a otras normas posteriores con efectos relevantes sobre las funciones y el procedimiento de las autoridades de competencia. En el ámbito nacional conviene destacar la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de mercado, el nuevo Texto Refundido de la Ley de Contra-

tos del Sector Público —que abre la posibilidad a que la CNMC imponga la prohibición de contratar a las empresas sancionadas por competencia bajo determinados supuestos—, la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (antes Ley 30/92), y la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, que son de aplicación supletoria a la LDC. En el ámbito comunitario destacan también novedades legislativas de relevancia para las autoridades de competencia, como la Directiva 2014/104 de Acciones por Daños, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública (actualmente en fase de tramitación parlamentaria en el Congreso), sin olvidar las recomendaciones de la Comisión Europea para la aplicación de la normativa comunitaria de competencia recogidas en las Directrices sobre aplicación del art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de 2009 y en las Directrices horizontales sobre aplicación del art. 101 del TFUE de 2011.

La revisión de la LDC debe venir precedida de una profunda reflexión sobre la conveniencia de introducir también novedades que pudieran aumentar la eficacia de la actuación de la CNMC, especialmente en materia sancionadora. Algunos instrumentos que otras autoridades de competencia ya están aplicando con efectividad podrían incorporarse a nuestro ordenamiento. Me refiero, entre otros, a los acuerdos transaccionales (*settlements*), y también a los programas de cumplimiento (*compliance*). La CNMC está decidida a impulsar el desarrollo de estos programas en el seno de las empresas, como ya hacen muchas otras autoridades, y a reconocer que un programa de cumplimiento efectivo debe tenerse en consideración a la hora de valorar la responsabilidad de las empresas y a la hora de determinar la sanción. La CNMC está contribuyendo ya en la actualidad al debate público en torno a este tema, sobre el que ha organizado y participado en distintos foros.

Esta revisión podría facilitar también un mejor encaje dentro de la LDC de la mencionada posibilidad de prohibir a las empresas sancionadas su participación en licitaciones públicas de modo que no menoscabe el programa de clemencia, cuyas exenciones deberán ampliarse para recoger expresamente este nuevo supuesto. Igualmente deviene necesario revisar y definir el régimen de cuantificación de multas a la vista de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo en esta materia, con el fin de mejorar la seguridad jurídica y potenciar la disuasión.

El proceso de reforma iniciado en 2005 que culminó con la aprobación de la Ley 15/2007 ya puso de manifiesto la importancia de contar con la contribución de los expertos en la materia y de los agentes afectados por su aplicación (empresas, asociaciones de consumidores y otras Administraciones, entre otros). Este proceso de consulta pública contribuyó a que la norma contara con un amplio respaldo parlamentario a los principios inspiradores de la reforma, así como a su conveniencia y oportunidad. Después de diez años de aplicación práctica de la LDC conviene volver a abrir este debate, para mejorar su eficacia construyendo sobre lo que ya está consolidado. Este proceso debería culminar con un apoyo mayoritario en

su tramitación parlamentaria que legitime las mejoras planteadas y asegure la estabilidad normativa.

En cuanto al debate sobre el diseño institucional de las autoridades de competencia, una vez asentada la necesidad de independencia de estas instituciones, plenamente aceptada, cobra fuerza la reflexión sobre el modelo integrado de regulación y competencia, ya sea en relación con los llamados sectores de red sujetos a regulación y supervisión, o en materias relacionadas como la protección de los consumidores.

En cuanto al primer aspecto, parece cada vez más evidente que la defensa de la competencia y la supervisión regulatoria deben reconocerse como dos caras de la misma moneda, como ha afirmado recientemente la Comisión Europea¹. No hay que olvidar nunca que la competencia es el valor «por defecto» en una economía de libre mercado como la española. Los sectores regulados deben ser siempre una excepción a la regla general, cuando no sea posible la competencia (monopolios naturales), esté distorsionada por otros fallos de mercado o existan razones de interés general (como el servicio universal).

Además, cuando se preserva la competencia y se cumplen las reglas del juego en las distintas áreas de la economía, se consigue una mayor productividad en esos sectores, lo que se traduce en un mayor crecimiento de la economía y en una mayor creación de empleo. Un entorno competitivo tiende a favorecer un empleo de mayor calidad, puesto que el principal activo de las empresas suele ser el capital humano, que es muy determinante de la capacidad de las empresas para competir en el mercado. El impulso de la competencia es especialmente necesario cuando, como en el caso español, no existe una política monetaria independiente y el margen de maniobra de la política fiscal es muy reducido. Por otro lado, un mayor nivel de competencia efectiva también se traduce en una menor desigualdad social. Esto se entiende bien al recordar que los grandes perjudicados de los acuerdos anticompetitivos son siempre los ciudadanos con menor renta disponible, especialmente cuando esas conductas ilícitas afectan a bienes y servicios esenciales como la luz, el agua, los alimentos o los productos sanitarios.

En segundo lugar, son cada vez más las autoridades de competencia que han asumido, entre sus funciones, las de protección al consumidor en sentido estricto. En el modelo español y bajo la vigente distribución de competencias, la mayoría de estas funciones han sido cedidas a las Comunidades Autónomas, que cuentan con Consejerías o Institutos de Consumo que resuelven las quejas de consumidores en ámbitos de muy distinta naturaleza. La variedad y tipicidad de posibles ilícitos de consumo es amplísima y, como tal, exige un personal formado y con dedicación plena a esta materia que además suele estar asociada a avalanchas de denuncias de particulares insatisfechos con la provisión de algún bien o servicio contratado.

¹ *Report From the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Report on Competition Policy 2014, COM(2015)247 final, [SWD(2015) 113 final], de 4 de junio de 2015.*