

Sección elaborada por

el Grupo de Competencia
de Gómez-Acebo & Pombo

Notas de Competencia

– Competencia desleal y precios	18
– MOSAICO	24
› Noticias	24
› Prácticas prohibidas	25
› Terminación convencional	29
› Control de operaciones de concentración	29
– BREVES POR SECTORES (Unión Europea)	30

Competencia desleal y precios

Ricardo Alonso Soto

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

1. Los actos de competencia desleal relacionados directamente con los precios

La Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LDC) establece tres tipos de ilícitos concurrenciales directamente relacionados con los precios: discriminación, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida.

1.1. Discriminación

Los actos de discriminación se regulan en el artículo 16.1 en los siguientes términos: «... el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada».

La discriminación consiste en tratar de manera diferente a quienes se encuentran en igualdad de condiciones. La discriminación encierra en sí misma un elemento de injusticia que es el que determina su calificación como acto de competencia desleal, por lo que sorprende que la norma legal establezca que la discriminación sólo será desleal cuando no medie una causa que la justifique. Con esta redacción el legislador probablemente ha querido disipar cierta confusión existente en el mundo comercial que se traduce en considerar como discriminatoria la simple aplicación de precios diferentes, sin tener en cuenta que dicha calificación sólo podrá darse cuando los destinatarios de la conducta se encuentren en situaciones equivalentes (así, por ejemplo, no será discriminatorio aplicar distintos precios en función de los plazos de pago o del pago al contado y el pago con tarjeta de crédito).

Por otra parte, hay que señalar que la norma limita la ilicitud a las relaciones comerciales con los consumidores, lo que induce a pensar que, cuando los actos de discriminación se dirijan contra determinados empresarios u otro tipo de operadores económicos, deberán ser enjuiciados con arreglo a la cláusula general de la buena fe contenida en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal o a las normas de la Ley de Defensa de la Competencia. Alguna jurisprudencia, sin embargo, ha considerado aplicable esta norma a situaciones en las que los discriminados eran empresarios (la STS de 14 de marzo del 2007 se refiere a un distribuidor no exclusivo y la SAP de Gerona de 10 de febrero del 2005, a la contratación de servicios funerarios por una compañía aseguradora).

1.2. Explotación de la situación de dependencia económica

El citado artículo 16 tiene en cuenta también los actos de explotación de una situación de dependencia económica que, a diferencia de los anteriores, se refieren fundamentalmente a las relaciones comerciales entre pequeñas y grandes empresas. Supone, de un lado, la existencia de una situación de dependencia o subordinación de los clientes o de los proveedores de una empresa con respecto a ella, situación que se da cuando no tienen en ese mercado una alternativa equivalente hacia la que poder canalizar sus pedidos o sus suministros (citamos, como ejemplos ilustrativos de esta situación, el reparador de aparatos frente al proveedor de recambios o componentes, el distribuidor en régimen de exclusividad frente al fabricante o concedente de la exclusividad y el empresario que fabrica sus productos con marca blanca con respecto a la gran superficie o cadena de distribución titular de dicha marca), y exige, de otro, una explotación abusiva de esa situación, es decir, una actuación contraria a derecho como sucedería, por ejemplo, en el caso de la exigencia de una reducción de los precios pactados, el requerimiento de prestaciones gratuitas o la dilación excesiva de los plazos de pago (*vide* la STS de 27 de julio del 2003 y, entre otras, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 24 de julio del 2001, de 15 de septiembre del 2005 y de 14 de mayo del 2007; de Castellón de 1 de junio del 2006, y de Madrid de 22 de julio del 2007. Las STS de 30 de noviembre de 1999 y de 14 de marzo del 2007 consideran que esta norma no puede aplicarse a los contratos de distribución porque el distribuidor no es cliente ni proveedor).

La Ley 52/1999 ha añadido un tercer apartado a esta norma que viene a calificar de desleales otros dos tipos de comportamientos —el segundo de ellos con incidencia en los precios— que tienen la misma justificación que la figura de la explotación de la situación de dependencia económica y que deben considerarse relacionados con ella: la ruptura de una relación comercial sin preaviso escrito con una antelación de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o a fuerza mayor (art. 16.3a), y la obtención de ventajas económicas adicionales a las pactadas en las condiciones generales

de venta bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales (art. 16.3b), tal sería el caso de una empresa fabricante de automóviles que exigiera a su suministrador de piezas y componentes una reducción en los precios para seguir abasteciéndolo bajo la amenaza de desviar sus pedidos a otro proveedor que ofreciera precios equivalentes a los exigidos. La jurisprudencia, sin embargo, se encuentra dividida en este punto, ya que, mientras que algunas sentencias consideran necesario el requisito de la dependencia económica para la configuración del tipo de comportamiento desleal (SAP de Granada de 10 de noviembre del 2004, de Alicante de 30 de noviembre del 2005, de Madrid de 30 de marzo del 2006 y de 22 de febrero del 2007), otras no lo exigen al estimar que son tipos de comportamientos diferentes (SAP de Barcelona de 18 de mayo del 2005 y de Madrid de 23 de noviembre del 2005).

1.3. *Venta con pérdida*

Es la venta de mercancías o servicios llevada a cabo por un operador económico a un precio que se sitúa por debajo del coste de producción o de adquisición.

La venta con pérdida no siempre constituye un acto de competencia desleal. En efecto, la norma que regula esta modalidad de actos comienza con una declaración positiva que sanciona el principio de la libertad de precios: «Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre» (art. 17.1 LCD; una norma similar se contiene en el artículo 13 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, que además establece los supuestos excepcionales en los que el Gobierno puede fijar los precios y los márgenes comerciales o someterlos a autorización previa). Este texto debe ser interpretado, a nuestro juicio, como una aplicación o desarrollo práctico del derecho de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución Española, que, en principio, sólo estaría limitado por la existencia de regulaciones administrativas en materia de precios (precios intervenidos o controlados) y por el propio abuso de ese derecho consistente en utilizar esa libertad para menoscabar la competencia o los mecanismos del mercado. Fuera de estos límites existe una completa libertad para el establecimiento de los precios que se extiende más allá incluso de los criterios de la pura racionalidad económica.

Por otra parte, aunque no es lógico pensar que un empresario venda sistemáticamente con pérdida, en aplicación del derecho de libertad de empresa, tampoco se le puede privar, sin más, de su derecho a ser dador (si su intención es beneficiar a la humanidad o a los

consumidores) o a arruinarse (si ésta es su voluntad o desconoce las reglas más elementales de la profesión), siempre, claro está, que su comportamiento no perjudique a los demás operadores económicos o al propio mercado. En definitiva, la conclusión que se extrae de esta primera reflexión es que el sistema legal no debe penalizar, con carácter general, las políticas comerciales en materia de precios.

Hay que señalar, sin embargo a este respecto, que tradicionalmente la venta bajo coste o venta a pérdida ha venido siendo considerada como un acto típico de competencia desleal, contrario pues a los buenos usos mercantiles o a un comportamiento honesto en materia comercial o industrial. Esta concepción, sin embargo, no es compartida por la nueva Ley de Competencia Desleal, que claramente se separa de ella, por lo que no debe extrañarnos que la regulación actual de la venta con pérdida se presente como polémica. En efecto, en la Ley 3/1991 tan importantes como los actos que se prohíben son los comportamientos que se declaran lícitos desde un punto de vista competitivo, es decir, que no se consideran desleales ni se sancionan como tales. El legislador, con singular acierto, ha pretendido en este caso, como ha puesto de relieve la Exposición de motivos de la propia ley, evitar que determinadas prácticas comerciales que resultan incómodas para los competidores se califiquen exclusivamente por esa razón de desleales; sirvan de ejemplo a este respecto la comparación, la imitación, las importaciones paralelas o la propia venta con pérdida.

Así pues, la fijación de precios anormalmente bajos o la venta con pérdida es un comportamiento empresarial que únicamente será sancionable, como acto de competencia desleal, cuando induzca a error a los consumidores sobre el nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, cuando trate de deteriorar la imagen de calidad de un producto o de un establecimiento o cuando constituya una política comercial tendente a eliminar a los competidores o impedirles asentarse en un mercado (STS de 24 de noviembre del 2006 y SAP de Barcelona de 24 de diciembre de 1998, de 22 de noviembre del 2002 y 1 de diciembre del 2004 y de Madrid de 30 de septiembre del 2004). En estos casos la prohibición de la venta con pérdida se justifica además porque sólo transitoriamente puede considerarse ventajosa para los consumidores o la economía nacional (SAP de Cádiz de 12 de junio de 1993 y de Santander de 12 de mayo de 1993 y de Alicante de 26 de diciembre de 1996).

En estos términos se expresa el artículo 17 LCD que, como vemos, exige además la concurrencia de dos requisitos para que

estemos en presencia de un acto de competencia desleal: de un lado, la existencia de una venta a precio inferior al de coste o de adquisición; de otro, la presencia de una intencionalidad o bien la producción de un resultado anticompetitivo (STS de 21 de febrero del 2003, SAP de Asturias de 4 de octubre de 1995, de Barcelona de 14 de enero de 1998 y 1 de diciembre del 2004, de Baleares de 18 de noviembre del 2003, de Castellón de 15 de abril del 2004 y 15 de mayo del 2004, de La Coruña de 25 de mayo del 2004). El primero de los requisitos integrantes del tipo se establece con carácter general para todos los supuestos y opera como un presupuesto objetivo. El segundo de ellos, en cambio, es doble y se exige con carácter alternativo según los casos. Así en los supuestos de inducción al error en materia de precios o de descrédito del producto o del establecimiento del competidor no se tiene en cuenta la intencionalidad o el propósito directo de causar dichos efectos, sino el resultado lesivo para la competencia, mientras que en el supuesto de una política comercial de precios predatorios prevalece el elemento subjetivo o la intención de eliminar a los competidores del mercado.

En el primer supuesto la deslealtad deriva de la aptitud del acto para producir el resultado anticompetitivo previsto por el legislador. En este sentido, la norma considera acto de competencia desleal la venta a pérdida solamente cuando sea capaz o susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento. Con respecto a esta norma conviene hacer las siguientes precisiones: 1) No se trata de una norma cuyo único objetivo es la protección del consumidor, sino que persigue también la defensa del mercado. Su propósito es que el precio opere como mecanismo de selección en beneficio del consumidor y del propio mercado. 2) En ella no está presente el elemento subjetivo de la intencionalidad, quizá porque el legislador ha pensado que, cuando la práctica tiene como finalidad directa el inducir a error, puede ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 LCD (actos de engaño). 3) Tampoco se exige un resultado concreto comprobable de manera objetiva, esto es, que se haya producido una equivocación de los consumidores, sino que bastará con que el precio ofertado sea apto para producirla (SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993, de Barcelona de 14 de enero de 1998 y de 24 de diciembre de 1998 y de Alicante de 5 de noviembre del 2007). En definitiva, se vienen a sancionar también los actos potencialmente dañinos, lo que complica extraordinariamente la labor de los órganos llamados a enjuiciar este tipo de comportamientos.

El segundo supuesto se refiere a aquellas ventas a pérdida que producen el efecto de desacreditar la imagen de un producto o un establecimiento ajeno. Con respecto a este supuesto diremos lo siguiente: 1) Que no se trata de una norma dirigida exclusivamente a la tutela del consumidor. 2) Que, al igual que en el supuesto anterior, tampoco se exige la presencia de un elemento intencional que, de darse, permitiría que la conducta pudiera calificarse como un acto de denigración y ser sancionada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 LCD. Lo esencial para que un comportamiento de tal naturaleza pueda calificarse de desleal será el que se haya producido un determinado resultado: el descrédito del competidor. Así pues, la libertad de fijación de precios presenta como límite el hecho objetivo de que, al rebajarse por debajo del coste, se dañe la imagen de calidad o de marca de un producto que en el mercado se presenta aparentemente como de un precio muy superior (producto de lujo) o se produzca el descrédito o desvío de clientela de un establecimiento mercantil que falsamente va cobrando fama de vender a unos precios más elevados que los del competidor (SAP de Cantabria de 12 de mayo de 1993 y de Barcelona de 14 de enero de 1998 y de 24 de diciembre del 2008).

El tercer supuesto se refiere a la llamada política de precios predatorios y es, sin duda, el más polémico de los regulados en este precepto. Consiste en utilizar la técnica de la venta a pérdida para tratar de expulsar a los competidores del mercado o impedir que entren o se asienten en él. A diferencia de los anteriores, este supuesto exige una intencionalidad anticompetitiva específica y no precisa de la producción efectiva del resultado (STS de 30 de mayo del 2005 y de 11 de julio del 2006 y SAP de Alicante de 5 de noviembre del 2007, de Barcelona de 22 de noviembre del 2002, de 1 de diciembre del 2004 y de 10 de mayo del 2005, de Castellón de 4 de mayo del 2004, de 15 de abril del 2004 y de 15 de mayo del 2004 y de Orense de 10 de mayo del 2004). En este sentido se viene a reputar desleal la mera estrategia empresarial o política comercial de precios predatorios por sus efectos nocivos sobre el mercado aun cuando no llegue a producir el resultado de la eliminación de los competidores. Hay que señalar a este respecto, por otra parte, que en este tercer apartado del artículo 17.2 LCD se regula un comportamiento anticompetitivo típico de los prohibidos por la legislación de defensa de la competencia o derecho antitrust, que consiste fundamentalmente en utilizar la estrategia del precio predatorio para dominar un mercado y asegurarse unas futuras rentas de monopolio que le compensen crecidamente de las pérdidas sufridas durante la campaña. En este sentido no hay que

olvidarse tampoco de la figura del precio predatorio al alza que se utiliza para acaparar las existencias de un determinado producto o monopolizar un determinado servicio. Digamos, por último, que una política de esta naturaleza no es fácil de desarrollar en la práctica, pues requiere que concurren unas determinadas características en el mercado, que no siempre se dan, tales como un cierto grado de concentración empresarial, la existencia de determinadas barreras a la entrada en dicho mercado (por ejemplo, que el reiniciar la producción por parte de la empresa que la haya abandonado conlleve un alto coste o que haya dificultades para la importación de productos sustitutivos), la inexistencia de clientes o usuarios con poder de mercado y, por supuesto, que la empresa en cuestión esté dotada de poder económico y tenga grandes recursos financieros.

En conclusión, es muy complejo determinar cuándo estamos realmente frente a una política de precio predatorio que pueda calificarse de desleal o anticompetitiva y por tanto es prácticamente imposible establecer reglas ciertas para la valoración de este tipo de comportamientos. Por todo ello, quizá resulte conveniente dejar que sea la jurisprudencia la que tras un análisis del caso determine la naturaleza de la conducta enjuiciada. En este sentido, y no como reglas fijas o soluciones predeterminadas, sino más bien como parámetros orientativos que pueden servir de referencia al juzgador, citaremos dos muy distintos, tomados de las jurisprudencias americana y comunitaria, que se refieren a la existencia de un precio predatorio y al juego de las presunciones y consiguiente reparto de la carga probatoria: así, en el derecho comunitario europeo, el establecimiento de un precio que sea inferior al coste variable medio se considera predatorio *per se*; en cambio, la fijación de precios inferiores a los costes totales medios pero superiores a los variables medios sólo se calificará de predatoria si dicha conducta se enmarca en una estrategia tendente a eliminar a un competidor del mercado (Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 3 de julio de 1991, caso Akzo). En el derecho americano, si el precio es superior al coste marginal, se presume que está dentro de la legalidad, correspondiendo por tanto al denunciante la prueba de su carácter predatorio; por el contrario, si dicho precio resultara inferior, se presumirá su naturaleza predatoria y será entonces el denunciado quien deberá probar que no lo es (Sentencia del Tribunal Federal 2.C, 1982, caso Northern Telephone Co. v. A. T. T. Co.).

Finalmente señalaremos que la figura de la venta con pérdida no debe confundirse con los supuestos de venta por debajo del coste

de fabricación o del precio de adquisición que se dan en casos de lanzamiento de nuevos productos (promoción), liquidación por exceso de *stocks* o cierre del negocio (liquidación), ventas de mercancía defectuosa u obsoleta (saldos) o fuera de temporada (rebajas), en las que concurren circunstancias objetivas que las sustraen de la calificación de desleales (la mayoría de estos supuestos, así como también la venta con pérdida han sido regulados en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y en las leyes de ordenación del comercio de las distintas comunidades autónomas).

2. La venta con pérdida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista

La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) ha regulado también la venta con pérdida en los siguientes términos:

- 2.1. Se define la citada venta como aquella en la que el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura (deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en ella), al de reposición si éste fuese inferior a aquél, o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante (se trata de evitar, en este último supuesto, que el comerciante fije arbitrariamente los precios internos de transferencia desplazando de este modo la pérdida al precio de fabricación), incrementados en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación (art. 14.2 LOCM). Se trata de un concepto —que podríamos denominar matemático—, al que se llega partiendo de un precio base: el precio de adquisición según factura o el coste de producción si la mercancía ha sido fabricada por el comerciante. Excepcionalmente se tomará como precio base el precio de reposición si éste es inferior al de adquisición o al coste de producción. A este precio base se le restan los descuentos efectuados por el vendedor con respecto a la mercancía en cuestión, pero únicamente si figuran en la factura y siempre que no sean consecuencia de una retribución o compensación por determinados servicios prestados por el comerciante (art. 14.3 LOCM), y finalmente se le suman los impuestos indirectos que graven la compraventa. Pues bien, si el precio resultante de estas operaciones matemáticas es superior al de venta aplicado al producto, existirá venta a pérdida.
- 2.2. Se prohíbe esta modalidad de venta salvo en los siguientes casos: ventas de saldos, ventas en liquidación, ventas de artículos perecederos en las fechas próximas a su inutilización y ventas llevadas a cabo con la finalidad de alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a su negocio (art. 14.1 LOCM). Esta

última excepción, al introducir el elemento subjetivo de la intencionalidad en las ventas a pérdida y determinar, en consecuencia, que la prohibición no se aplica a aquellos casos en los que la actuación del comerciante no pretende alterar el mercado ni expulsar de él a los competidores, sino que se debe pura y simplemente a una pérdida de competitividad que le impide establecer un precio equivalente al de sus rivales, legítima la venta con pérdida como una estrategia competitiva más de las que dispone el empresario para hacer frente a sus competidores.

- 2.3. Se establece la prevalencia de la Ley de Competencia Desleal sobre la nueva regulación del comercio minorista (art. 14.1 *in fine* LOCM), lo cual no deja de resultar sorprendente ya que la única justificación que se ha dado a la reiteración de la regulación de la venta a pérdida en la nueva Ley de Ordenación del Comercio Minorista es precisamente la insuficiencia de la anterior legislación. Esta prevalencia significa, como ya se ha indicado, la licitud de la venta con pérdida salvo en los casos de precios predatorios.
- 2.4. Se prevé también, como cautela, que en ningún caso las ofertas conjuntas o los obsequios a los compradores podrán utilizarse para evitar la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo (art. 14.4 LOCM).
- 2.5. Por último, es necesario señalar que el ámbito de aplicación de esta ley se circunscribe exclusivamente, tal y como señala su artículo 1, al comercio minorista, entendido como la actividad profesional de ofrecer la venta de bienes a sus destinatarios finales se utilice o no un establecimiento, por lo que quedarán al margen de la prohibición de las ventas con pérdida los fabricantes (salvo que sean comerciantes revendedores de su propia producción) y los mayoristas.

3. Otras conductas desleales en materia de precios

La Ley de Competencia Desleal prevé una figura que puede incardinarse también bajo el epígrafe de actos de competencia desleal relacionados con los precios. Se trata de la figura de la violación de normas.

- 3.1. La *violación de normas* se regula en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal y consiste en la adquisición de ventajas competitivas por parte de un operador económico por medio de la infracción de normas de derecho público relevantes en el ámbito económico; sirva de ejemplo a este respecto la llamada economía sumergida (STS de 16 de junio del 2000, de 13 de marzo del 2000 y de 23 de mayo del 2003 y SAP de Albacete de 23 de marzo de 1993, de

Barcelona de 1 de septiembre de 1995 y de 26 de enero del 2000, de Baleares de 19 de julio del 2002, de Madrid de 18 de octubre del 2007 y de Zamora de 25 de octubre del 2007). La deslealtad en estos casos viene dada por la ruptura del principio de igualdad en las condiciones de acceso al mercado, que produce como consecuencia la posibilidad de que se generen importantes diferencias en la situación competitiva de las empresas concurrentes de las que podrá beneficiarse claramente el infractor.

- 3.2. La *infracción de normas reguladoras de la competencia*. El precepto citado se completa con una referencia a que la simple violación de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial tendrá también la consideración de desleal a los efectos de esta ley, lo que parece dar a entender que el legislador ha querido atribuir dicho carácter tanto a las infracciones de las normas sobre ordenación del comercio (como, por ejemplo, en cuanto a precios, horarios comerciales o rebajas; *vide* las STS de 13 de marzo del 2000 y de 16 de junio del 2000) o las que regulan sectores concretos de la actividad mercantil (banca, transporte, seguros, etc.; *vide*, sobre el precio de los libros, las STS de 31 de marzo de 1999, de 31 de marzo del 2000, de 30 de octubre del 2002 y de 6 de mayo del 2004), como a las específicas de defensa de la competencia.

De entre las normas a las que se hace referencia en el párrafo anterior, se podrían citar las siguientes: las que podríamos denominar de carácter general, tales como las reguladoras de los precios (medicamentos, transporte de viajeros, libros) o las normas penales relativas a la alteración de los precios en los concursos o subastas (art. 262 Código Penal) y a la maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 281 y 284 Código Penal). Las de tipo concurrencial, entendiendo por tales en este contexto todas las conductas de fijación de precios prohibidas por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: acuerdos horizontales (entre competidores) de fijación de precios, de prohibición de descuentos o de limitación de la producción o el mercado; acuerdos verticales (entre no competidores) por medio de los cuales el fabricante o proveedor establece de forma directa o indirecta el precio al que el distribuidor deberá vender al público los productos o servicios, y abusos de posición dominante mediante el establecimiento de precios abusivos, la discriminación, los descuentos de fidelidad con efectos de exclusión del mercado o los precios predatorios.

4. Apostilla final

En el derecho español, los actos de discriminación, explotación de la situación de dependencia económica y venta con pérdida pueden generar también un ilícito de tipo administrativo, tipificado en la Ley de Defensa de la Competencia como *falseamiento de la libre competencia por actos desleales*, que será perseguible por las autoridades nacionales

y autonómicas de defensa de la competencia cuando revistan determinada importancia y afecten al interés público (art. 3 LDC) y será sancionado, en su caso, con una intimación al cese de la conducta anti-competitiva y una multa que puede alcanzar hasta el 10 % del volumen anual de negocios de los autores, así como también una multa de hasta 60 000 € a los representantes legales y a los directivos de la empresa que hubieran intervenido en su adopción.

MOSAICO

Noticias

Memoria de la actividad de la CNC durante el periodo 2010-2011

La Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha publicado la memoria de la actividad desarrollada durante el citado periodo.

Tercer informe de la CNC sobre ayudas públicas

La CNC, de conformidad con las funciones de seguimiento de la actividad de las Administraciones Públicas españolas en materia de ayudas públicas, ha publicado su tercer Informe Anual sobre las Ayudas Públicas concedidas en España.

El informe ofrece una panorámica general tanto del contexto estadístico de las ayudas públicas en España con arreglo a los últimos datos disponibles, como de las principales novedades normativas o resolutorias impulsadas por las autoridades comunitarias, y menciona las principales actuaciones llevadas a cabo por la CNC en materia de ayudas públicas en el 2010.

En este tercer informe se ha efectuado además un análisis descriptivo y crítico de diversas medidas, instrumentadas mediante contratos o convenios de colaboración entre distintas entidades vinculadas a las Administraciones Públicas y compañías aéreas, cuyo objeto es promocionar determinados destinos turísticos. Los resultados del análisis reflejan el impacto de estas actuaciones tanto sobre las infraestructuras como sobre los operadores del sector del transporte aéreo y muestran cómo determinadas actuaciones de los entes públicos pueden generar distorsiones de la competencia.

Programa de política de competencia de la CE para el 2012

El vicepresidente de la CE y comisario responsable de la política de competencia ha presentado el programa de trabajo de su área para el 2012, cuyos principales hitos pasamos a señalar. En materia de prácticas anticompetitivas: consolidar la normativa que está dispersa en regulaciones, marcos estructurales, directrices y comunicaciones; regular el derecho de las víctimas a recibir una compensación por los daños causados por las infracciones de las normas de competencia, y aclarar las relaciones entre la aplicación pública y la privada de dichas normas, especialmente por lo que se refiere al conflicto de intereses entre el mantenimiento de la confidencialidad de la información suministrada por las empresas que se acogen a los programas de clemencia y el derecho de las víctimas a una indemnización por los daños causados por aquéllas. En materia de ayudas públicas: reforzar y racionalizar los mecanismos de control; publicar nuevas directrices en los ámbitos del transporte

marítimo y aéreo, capital riesgo, redes de banda ancha, ayudas regionales y ayudas a la I+D+i; ampliar el periodo de aplicación a la banca de las reglas especiales de ayudas de Estado en situaciones de crisis; adoptar un nuevo régimen de rescate y reestructuración tanto para las empresas en dificultades —que se aplicará en el 2012— como para las entidades financieras —que se aplicará tras la superación de la actual crisis.

Buenas prácticas en materia de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia de la Unión Europea en materia de control de concentraciones

Las autoridades nacionales de competencia han establecido un código de buenas prácticas que aplicarán, de conformidad con sus leyes nacionales, en los casos que tengan que examinar una misma operación transnacional de concentración de empresas. Dicho código va más allá de la mera obligación de remitir el formulario de notificación al resto de las autoridades nacionales de competencia y tiene como finalidad lograr una coordinación entre las autoridades que han de analizar y decidir sobre la citada operación de concentración.

Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario

La CNC ha hecho público un informe en el que analiza las relaciones entre fabricantes y distribuidores de productos alimentarios en función de su poder de negociación y los efectos que ello tiene sobre el funcionamiento del sector. Recomienda la eliminación de las restricciones legales a la competencia en la distribución minorista y la aplicación de medidas para minimizar el posible impacto negativo sobre la competencia de determinadas prácticas comerciales de los grandes distribuidores.

El informe enumera una serie de factores que aumentan el riesgo de que a largo plazo el mayor poder de negociación de los distribuidores tenga un efecto negativo para la competencia y el bienestar social: 1) Las prácticas ampliamente generalizadas de pagos comerciales del distribuidor al proveedor determinados unilateralmente por el distribuidor y desvinculados de la contraprestación efectiva que se ofrece al proveedor; las de falta de fijación por escrito de las condiciones contractuales que rigen la relación comercial entre fabricante y distribuidor; las de modificación imprevista de dichas condiciones, con frecuencia de forma retroactiva; las de exigencia a sus proveedores sobre los nuevos productos con excesiva antelación; las de imposición de cláusulas de cliente más favorecido, y las de requerimiento a los proveedores de información comercial sobre sus relaciones comerciales con terceros distribuidores. 2) La persistencia de una

serie de restricciones legales al establecimiento y al ejercicio de la actividad comercial en el marco normativo que regula el comercio minorista tales como las de autorización para la apertura de grandes superficies comerciales, las de apertura en días festivos y fuera de determinados horarios comerciales y la prohibición con carácter general de la venta a pérdida, las cuales dificultan la entrada de nuevos operadores con capacidad de incrementar la presión competitiva sobre los distribuidores ya establecidos y restringe la aparición de modelos de distribución alternativos.

Finalmente, la CNC formula las siguientes recomendaciones: En primer lugar insta a todas las Administraciones Públicas con competencias en regulación de la distribución minorista a eliminar las restricciones al establecimiento y al ejercicio de la actividad comercial que todavía persisten en el marco normativo, especialmente en lo que atañe a las licencias de apertura de establecimientos comerciales y a la libertad de horarios comerciales y los periodos de rebajas. En segundo lugar, considera necesario establecer los mecanismos adecuados para facilitar el conocimiento exacto de las características y el grado de incidencia de las prácticas comerciales en la distribución que pueden afectar negativamente a la competencia y al funcionamiento eficiente del mercado, y promover determinadas medidas encaminadas a limitar los efectos nocivos de las prácticas comerciales descritas anteriormente. Finalmente, advierte contra el riesgo de ruptura del mercado interior derivado de la proliferación de regulaciones y códigos de conducta diferentes

entre las comunidades autónomas para el tratamiento de determinadas prácticas comerciales, lo que puede reducir la intensidad de la competencia y restar eficiencia y competitividad al sector alimentario español.

Informe sobre la concesión de ayudas para el nacimiento y adopción de niños (cheque bebé)

La CNC ha hecho público su informe sobre un proyecto normativo del Gobierno del Principado de Asturias por el que se establecían las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el nacimiento y adopción de niños, el cual contenía el siguiente precepto: «Las ayudas deberán ser empleadas en la adquisición de productos adquiridos en cualquier comercio ubicado en el territorio del Principado de Asturias».

La CNC considera que este tipo de exigencias territoriales condicionan la elección del establecimiento de compra por parte del adquirente, distorsionando su decisión al centrarla en el conjunto de oferentes que le permiten el acceso a la ayuda, lo que contribuye a fragmentar el mercado (*vide* en este sentido las STSJ del País Vasco de 8 de marzo del 2011 y de Cantabria de 24 de junio del 2011) y concluye que se trata de una restricción a la competencia que no se encuentra justificada ni en su necesidad ni en su proporcionalidad.

El informe es una actuación que se enmarca en el convenio de colaboración de la CNC con el Principado de Asturias.

Prácticas prohibidas

Cártel de fijación de precios y reparto del mercado de las licitaciones de obras de rehabilitación de carreteras

El Consejo de la CNC ha resuelto imponer multas por valor de más de 47 millones de euros a 47 empresas del sector de la construcción por haber constituido un cártel para repartirse y fijar los precios de las licitaciones de obras de rehabilitación de carreteras (Resolución de 19 de octubre del 2011).

La colusión afectaba fundamentalmente a licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas por el procedimiento restringido, que consiste en que la Administración marca un presupuesto de referencia y las empresas seleccionadas por ella de acuerdo con criterios objetivos deben presentar sus ofertas indicando la baja que sobre ese presupuesto están dispuestas a realizar.

Por medio de la confesión de algunas empresas implicadas y de la documentación intervenida en los registros domiciliarios practicados en algunas de las empresas expedientadas se ha probado que las empresas seleccionadas en estos procedimientos mantenían contactos y se reunían para intercambiarse información sobre las bajas que tenían previstas y

para acordar seguidamente cuál sería el importe de la baja ganadora y del resto de las ofertas. De esta forma la empresa ganadora obtenía un mayor presupuesto para la obra y repartía la diferencia con el resto de los competidores partícipes del acuerdo. En total se han acreditado acuerdos para modificar las ofertas durante los años 2008 y 2009 en catorce licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional.

Colusión para la fijación de precios y reparto del mercado de asfaltos

La CNC ha impuesto multas por valor de más de 16 millones de euros a doce empresas por haber acordado un reparto del mercado de las mezclas bituminosas en caliente (MBC) y productos relacionados empleados fundamentalmente en la pavimentación de los firmes de carreteras, calzadas de vías urbanas, etc., que afecta a las provincias de León, Burgos y la Comunidad Autónoma del País Vasco (Resolución de 26 de octubre del 2011).

Los acuerdos de reparto del mercado se llevaban a efecto en las zonas analizadas mediante el

establecimiento de cupos —en toneladas de producción de MBC— entre los participantes en el cártel, el intercambio de información sensible sobre obras y clientes para su posterior reparto, el establecimiento de las tarifas base para los productos y los servicios necesarios para el asfaltado y el reparto de las obras atendiendo a los cupos de cada una de las empresas. Por otra parte, se trataba de un acuerdo estable, de forma que se respetaban las zonas sin que se produjeran movimientos de operadores de una zona a otra ni respuestas a peticiones de ofertas de demandantes de zonas limítrofes sin contar con el asentimiento y con los precios que imperaban en la zona del demandante.

En la imposición de la sanción a alguna de las empresas imputadas, el Consejo de la CNC ha tomado en consideración como circunstancia agravante el hecho de que hubieran sido sancionadas previamente por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia por actuaciones similares.

Fijación de precios de productos agrícolas

La CNC ha resuelto que la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores de Almería (ASAJA-Almería), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos de Almería (COAG-Almería) y la Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Alhóndigas) han incurrido en una práctica colusoria al acordar el establecimiento de precios mínimos para el pimiento, el calabacín, el pepino, la berenjena y el tomate y al constituir una mesa de trabajo para regular la variación de los precios (Resolución de 14 de diciembre del 2011).

En su resolución la CNC aclara que no se opone a que las organizaciones agrarias alcancen acuerdos de acción conjunta en defensa de los intereses de sus asociados, pero no puede aceptar que, bajo el título de acción sindical, se amparen conductas contrarias a las normas de competencia, como es el caso de los acuerdos de fijación de precios mínimos, que exceden de los límites de una acción sindical legítima. Además, recuerda que este tipo de acuerdos sobre precios mínimos no se han mostrado eficaces para resolver los problemas ni permite asegurar el objetivo buscado de una renta justa para los agricultores.

Cártel de fijación de precios y reparto de mercados en el sector de embalajes industriales

La CNC ha declarado la existencia de un cártel de precios y reparto de mercados —en la modalidad de asignación de clientes— en el que participaban diversas empresas españolas e italianas dedicadas a la fabricación y comercialización de envases de plástico destinados al envasado, protección y revalorización de productos hortofrutícolas (Resolución de 2 de diciembre del 2011).

El expediente se abrió por una solicitud de clemencia presentada por una de las empresas implicadas, que describió determinadas reuniones llevadas a cabo de

forma sistemática al comienzo de las campañas por algunas empresas fabricantes y distribuidoras de envases en las que se alcanzaron acuerdos de fijación de precios y de reparto de clientes. Asimismo se lograron acuerdos para la implementación, seguimiento y control de lo pactado mediante contactos bilaterales. La veracidad de la información aportada por la empresa denunciante fue corroborada por las investigaciones domiciliarias llevadas a cabo por la CNC en España y la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato en Italia.

El Consejo de la CNC declara acreditada la participación de las imputadas Infia, ILPA y Veripack en un cártel que ha operado en el mercado de los embalajes de plástico destinados al envasado y protección de productos hortofrutícolas desde 1999 hasta la campaña 2006/2007, con el objeto de limitar o falsear la competencia en este mercado y más concretamente en el de los envases monouso de polímeros de plástico para el envasado de frutas en la comarca de Huelva. En consecuencia, ha impuesto las siguientes multas: a Infia una multa de 8 371 740 €, de la que también resultaría responsable solidaria su matriz LINPAC por un importe de 7 709 070 €; a ILPA, una multa de 1 003 583 € y a Veripack, una multa de 2 850 790 €, de la que resultaría responsable de forma solidaria su matriz Grupo Guillin S. A. por un importe de 2 250 515 €. No obstante, como consecuencia de la aplicación del programa de clemencia, Infia y su matriz LINPAC quedan exentas del pago de la multa que les correspondería. Por otra parte, no se considera autora ni se sanciona a la empresa Agroenvas al considerar que actuaba en el cártel en nombre y representación de la filial de ILPA en España y formaba con ella una unidad económica en el mercado bajo el control de ésta.

Acuerdo de comercialización conjunta de publicidad

La Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto sanciones a los grupos editoriales Prisa y Zeta por incluir restricciones a la competencia en sus acuerdos de comercialización conjunta de espacios publicitarios.

Este expediente sancionador tiene su origen en el expediente de control de concentraciones que fue archivado por el Consejo de la CNC en el 2010 por considerar que la operación notificada, consistente en la creación de una empresa en participación controlada conjuntamente por los grupos editoriales Prisa y Zeta, cuyo objeto social era la comercialización de espacios publicitarios en prensa escrita e internet, no era una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1c de la LDC. No obstante, la Dirección de Investigación analizó la compatibilidad del acuerdo con la legislación de defensa de la competencia y apreció que había indicios racionales de que diversas empresas de los grupos Prisa y Zeta habían infringido el artículo 1 LDC al descubrir varios acuerdos entre competidores para comercializar conjuntamente los espacios publicitarios en prensa escrita que contenían cláusulas restrictivas de la competencia, como la fijación de tarifas y

descuentos, la obligación de comercialización conjunta de espacios publicitarios, el intercambio de los precios aplicados de forma individual por cada editor y el reparto de mercados.

En su Resolución de 24 de noviembre del 2011 el Consejo de la CNC considera que se trata de restricciones innecesarias para el desarrollo competitivo del acuerdo que pueden distorsionar las condiciones de competencia en el mercado. Además, los acuerdos incluyen la obligación para el cliente de insertar sus anuncios en ambas publicaciones, lo que restringe sus posibilidades de elección respecto a la situación previa al acuerdo y altera por tanto las condiciones competitivas del mercado. En consecuencia, la CNC resuelve instar a las empresas a que eliminen dichas cláusulas del acuerdo e imponer de forma solidaria a las empresas del Grupo Prisa una multa de 478 611 € y a las empresas del Grupo Zeta una multa de 75 931 €.

Fijación precios en transporte marítimo

Respecto al intercambio de billetes en la «operación paso del Estrecho», la Dirección de Investigación de la CNC tuvo acceso a una información de la que se podía deducir un acuerdo de fijación de precios en el servicio de transporte marítimo de pasajeros de la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras y procedió a acordar la apertura del oportuno expediente sancionador contra las empresas Balearia Eurolíneas Marítimas S. A., Buquebus España S. A. U., Euromaroc 2000 S. L. (Grupo Balearia), Europa Ferrys S. A., Compañía Trasmediterránea S. A. Grupo Acciona y Förde Reederei Seetouristik Iberia S. L.

Tras el desarrollo de diversos registros domiciliarios en las empresas implicadas, Euromaroc 2000 S. L. (y con posterioridad su matriz Balearia y su filial Buquebus), acogándose al programa de clemencia, aportó documentación e información sobre las conductas investigadas, que complementaron con declaraciones verbales de sus directivos.

La Resolución de 10 de noviembre del 2011 declara acreditada la participación de las empresas imputadas en un cártel para repartir el mercado, fijar los precios y las cuotas de mercado, coordinar los horarios, fijar las condiciones comerciales para las agencias, eliminar y coordinar las ofertas y los mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas, así como para establecer procedimientos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de estos acuerdos en el mercado del transporte marítimo de pasajeros y vehículos en régimen de pasaje en la línea que une Algeciras y Ceuta; y, en consecuencia, impone las siguientes multas: 12 102 969 € a Compañía Trasmediterránea S. A. y Europa Ferrys S. A.; 2 351 689 € a Balearia Eurolíneas Marítimas S. A. y a sus filiales Buquebus España S. A. U. y Euromaroc 2000 S. L., que se benefician de una reducción del 50 % en aplicación del programa de clemencia, y 1 884 600 € a Förde Reederei Seetouristik Iberia S. L.

Cártel de fijación de precios en el transporte de mercancías en el puerto de Bilbao

En el mes de diciembre del 2001, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) sancionó a SINTRABI, a la Asociación de Consignatarios y a un gran número de empresas de transporte por formar parte de un cártel para la fijación de las tarifas, los descuentos y otras condiciones comerciales en el ámbito del transporte de mercancías por carretera. La resolución del TDC fue confirmada tanto por la Audiencia Nacional en febrero del 2005 como por el Tribunal Supremo en marzo del 2008. En el 2005, el Gobierno vasco, ante el aparente mantenimiento del citado cártel en el puerto de Bilbao, instó las actuaciones de la fiscalía que condujeron a la obtención de determinada documentación a la vista de la cual la Audiencia Nacional ordenó, por medio de un auto, su traslado a la Comisión Nacional de la Competencia, por entender que los anteriormente condenados continuaban desarrollando las citadas prácticas restrictivas de la competencia.

El sistema consistía en un cierre de mercado en virtud del cual los transportistas debían portar números identificativos previamente distribuidos entre los participantes en el cártel que les servían para poder franquear el acceso al puerto. Los participantes en el cártel se repartían los clientes, fijaban los precios en función de las distancias y el tipo de carga y controlaban y vigilaban el cumplimiento de los acuerdos. Existía también un articulado mecanismo de presión y retorsión para hacer cumplir dichos acuerdos, que era ejecutado y financiado por los propios participantes del cártel mediante la creación de la figura de los «vigilantes».

La Resolución de la CNC de 26 de octubre del 2011 sanciona con multas de más de 7 millones de euros al Sindicato de Transportistas Autónomos de Bizkaia (SINTRABI), a Bidetrans S. L., a C. B. Bilbao S. L. y a Transmeta S. L. como responsables del cártel en el transporte de mercancías por carretera en el puerto de Bilbao; asimismo declara no acreditada la participación de la empresa Transportes Uribe S. A. y prescritas las infracciones en el caso de veinte de las empresas implicadas.

Colusión para la fijación de los precios de la uva y el mosto de Jerez

La Resolución del Consejo de la CNC de 6 de octubre del 2011 considera acreditado que, durante el periodo que va desde abril de 1991 hasta marzo del 2009, en el Marco de Jerez y en el ámbito de acuerdos sobre planes de reconversión sectorial o planes estratégicos para el marco, los precios de la uva y del mosto de cada campaña fueron objeto de negociación y acuerdo entre las asociaciones de los productores (sociedades cooperativas y organizaciones profesionales agrarias) y las asociaciones empresariales de los transformadores o bodegueros. Por esta razón sanciona con multas a la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), la Asociación de

Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN), AECOVI, la Asociación de Empresarios Viticultores de Cádiz (ASEVI-ASAJA), la Unión de Agricultores y Ganaderos de Cádiz (UAGA-COAG CÁDIZ) y al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez.

Además, declara que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía es también responsable de una infracción de la normativa de competencia por su participación en los acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez. La ausencia de pronunciamientos previos por parte del Consejo de la CNC en los que se reconociese la responsabilidad de una Administración Pública por una infracción de la normativa de defensa de la competencia supone un cambio de criterio que ha sido tomado en consideración a la hora de determinar la no imposición de una multa.

Abuso de posición dominante y pacto de no competencia en la actividad de televenta

La Resolución del Consejo de la CNC de 24 de octubre del 2011 declara que no ha quedado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio por parte de El Corte Inglés como tampoco de una infracción de la prohibición de conductas colusorias del artículo 1.1 de la LDC por parte de El Corte Inglés y los operadores de televisión Sogecable, Telecinco y Veo por la celebración de contratos de suministro en exclusiva de espacio televisivo para la emisión de mensajes y programas de televenta, todo ello en la medida en que los competidores de El Corte Inglés han contado con alternativas para la emisión de espacios televisivos de televenta, tanto a nivel nacional como autonómico y local.

No obstante, el Consejo de la CNC considera que el pacto de no competencia contenido en el contrato celebrado en el 2006 entre El Corte Inglés y Veo Televisión para la emisión de un canal 24 horas de televenta en TDT nacional en abierto es un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1.1 de la LDC por cuanto tiene por objeto impedir que los competidores de El Corte Inglés pudieran hacer uso de la capacidad de emisión de Veo de canales 24 horas de televenta en TDT nacional mientras durase el referido pacto de no competencia y, por ello, impone a El Corte Inglés S. A. una multa de 50 000 € por esta conducta prohibida.

Abuso de posición dominante por una entidad de gestión de derechos de autor

La CNC ha impuesto a AISGE (Artistas e Intérpretes Sociedad de Gestión) una multa de 627 855 € por haber abusado de su posición de dominio en el

mercado al imponer tarifas no equitativas a distintas salas de cine por la comunicación pública de grabaciones audiovisuales.

AISGE decidió, de forma unilateral, incrementar la tarifa general que aplica a los cines pasando de un 0,8 % a un 1,5 % de la recaudación de las salas. Además, mientras trataba de llegar a un acuerdo con la Federación de Cines de España (FECE), aplicó distintas tarifas a diferentes salas y diversas bonificaciones por el mismo servicio.

A la vista de estos hechos, el Consejo de la CNC considera que AISGE, al establecer unilateralmente unas tarifas no equitativas, ha incurrido en un abuso de posición de dominio en el mercado de gestión del derecho de remuneración por comunicación pública de las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes en la forma de proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, mercado en el que AISGE tendría una posición de dominio indiscutible dado que ejerce esta actividad en exclusiva desde el 2005.

Abuso de posición dominante en la distribución de electricidad

La Resolución de la CNC de 8 de noviembre del 2011 declara que la empresa E.On Distribución S. L. ha utilizado su posición de dominio en el mercado de la distribución en determinadas áreas geográficas para abusar en el mercado conexo de la instalación de redes eléctricas no reservadas al distribuidor de electricidad y le impone una multa de 607 728 €.

El mercado de instalaciones eléctricas comprende la ejecución de las obras necesarias (acometida, enganche, extensiones, etc.) para la conexión de la red de distribución con las instalaciones receptoras de los usuarios finales. La normativa distingue entre las actividades de instalación que están reservadas a los distribuidores y las que no. La ejecución de las instalaciones no reservadas al distribuidor puede llevarse a cabo en libre competencia por cualquier instalador autorizado. E.On se valía de la información sobre las solicitudes de suministro —a la que tenía acceso privilegiado por su condición de distribuidor— para ofertar la realización y el presupuesto de los trabajos de instalación de la parte no reservada, información a la que no tenía acceso ningún otro instalador. La oferta de E.On en los mercados en los que dispone de posición de dominio siempre era la primera que recibía el cliente, de modo que aprovechaba la remisión de una respuesta al cliente a la que estaba obligada por normativa para hacer ofertas comerciales que iban más allá de sus obligaciones como distribuidor. Esta conducta impedía al resto de los operadores presentes en el mercado de instalaciones competir con ella en situación de mínima igualdad de condiciones.

Terminación convencional

La CNC ha acordado la terminación convencional del expediente sancionador incoado contra Orona Sociedad Cooperativa y Omega Elevator S. A. por posibles prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la existencia de un pacto de no competencia limitativo de la distribución y de las ventas en el mercado de fabricación y venta mayorista de aparatos elevadores (Resolución de 22 de septiembre del 2011).

Dicha posible restricción tenía su origen en la firma el 14 de abril del 2010 de una adenda modificativa del Convenio Marco de 20 de febrero del 2009, que había dado lugar a la concentración entre Orona y Omega, autorizada con condiciones por la CNC el 2 de julio del 2009. En concreto, la adenda modificativa contenía algunas cláusulas que tenían por objeto incluir en los pactos de no competencia no sólo el mercado minorista de la venta e instalación de elevadores,

objeto de la operación de concentración, sino también el mercado de aprovisionamiento mayorista de elevadores que había quedado excluido de tal operación al continuar Omega como operador independiente en dicho mercado a través de su fábrica de Vitoria.

Omega y Orona han presentado una propuesta de compromisos que reducen el alcance del pacto de no competencia al segmento minorista de la venta e instalación de aparatos elevadores y permiten que Omega lleve a cabo acciones publicitarias dirigidas a los operadores del mercado mayorista tendentes a potenciar las ventas en este segmento. Dichos compromisos resultan adecuados para remover los citados posibles efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado afectado y satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 52 de la LDC para la terminación convencional del expediente sancionador.

Control de operaciones de concentración

Durante este periodo se han notificado veintiséis operaciones de concentración cuya naturaleza es la siguiente: dieciséis de toma de control exclusivo, tres de toma de control conjunto, tres de adquisición de rama de actividad, dos de adquisición de activos, una fusión de sociedades y una empresa en participación. Todas han sido autorizadas en primera fase, una de ellas con condiciones.

Autorizada con condiciones la concentración Verifone/Hypercom

Por Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre del 2011 se autoriza en primera fase la operación de concentración económica consistente en la adquisición por Verifone del control exclusivo de Hypercom Corporation (Hypercom), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Verifone.

Esta concentración fue notificada por Verifone a la CNC el 10 de noviembre del 2011, a requerimiento de la Dirección de Investigación, por haberse efectuado previamente prescindiendo de la preceptiva notificación y sometimiento al procedimiento de control.

En el análisis de la operación se ha constatado que ésta genera problemas para la competencia efectiva en los mercados relacionados con el diseño y la comercialización de terminales de pago electrónico, entre otras razones por dar lugar a una estructura duopolística de mercado tanto en España como a nivel europeo. Para remediar estos problemas Verifone ha

presentado unos compromisos que tratan de reforzar la posición competitiva de Klein Partners en los mercados afectados. Aunque Verifone e Hypercom habían transferido a Klein Partners los activos de Hypercom relacionados con la comercialización de terminales de pago electrónico en España y el Reino Unido, la CNC estimaba que esta desinversión y los contratos de licencia que la acompañaban no eran suficientes para que Klein Partners pudiese replicar la presión competitiva que Hypercom ejercía en el mercado español, pues los contratos limitaban *de facto* la actuación de Klein Partners a España y el Reino Unido; esto le dificultaría obtener las economías de escala y alcance suficientes como para permanecer en los mercados afectados en calidad de operador competitivo e independiente de Verifone. Mediante los citados compromisos, Verifone asume como vinculantes ante la CNC los contratos de licencia y asistencia técnica ya firmados con Klein Partners y se compromete a suscribir un contrato de licencia adicional que permitirá a Klein Partners comercializar los productos de Hypercom durante un plazo de cinco años en un ámbito geográfico más amplio que España y el Reino Unido. Asimismo, Verifone se compromete a suministrar periódicamente a la CNC información sobre la implementación de los contratos firmados con Klein Partners. De esta manera, los compromisos presentados, con la supervisión de la CNC, servirán para garantizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados de terminales de pago electrónico al permitir que Klein Partners, mediante su filial Spire Payments, pueda configurarse como un operador competitivo e independiente.

BREVES POR SECTORES (UNIÓN EUROPEA)

Cárteles

Tabaco

El Tribunal General de la UE anula parcialmente, y por lo que respecta a Romana Tabacchi, la decisión de la Comisión sobre el cártel en el mercado italiano de tabaco crudo. Según una decisión de la Comisión Europea del año 2005, las italianas Romana Tabacchi, Mindo y Transcat tabacchi participaron, entre 1995 y el 2002, en acuerdos anticompetitivos en el mercado del tabaco crudo con el objetivo de fijar los precios pagados a los productores de tabaco y a los intermediarios, así como el de repartirse clientes. En esta decisión, la Comisión multó a Romana Tabacchi con 2,05 millones de euros. El Tribunal General ha considerado, y así lo hace constar en su sentencia del

pasado 5 de octubre, que la Comisión erró al calcular el importe de la multa, en la medida en que el peso de las empresas que participaron en el cártel se determinó, en todos los casos, en función de sus cuotas de mercado en el 2001 (último año completo en que se desarrolló la infracción). Sin embargo, el 2001 no fue el último año completo en el que Romana Tabacchi participó en el cártel. Como consecuencia de tal error, la sociedad fue clasificada erróneamente en una categoría de empresas que no le correspondía y fue sancionada con una multa desproporcionada. Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal consideró que el importe de la multa debía ser reducido y fijado en 1 millón de euros.

Químico

El Tribunal General de la UE anula la multa impuesta por la Comisión Europea a Aragonesas por su participación en un cártel en el mercado del clorato de sodio. Mediante sentencia de 25 de octubre, el Tribunal General de la UE ha anulado parcialmente la Decisión de la Comisión de 11 de junio del 2008 por la que sancionaba a la española Aragonesas y a su matriz en ese momento, Uralita, con el pago de una multa de 9,9 millones de euros. Las empresas sancionadas participaron en un cártel en el mercado del clorato de sodio consistente en el reparto de volúmenes de venta, la fijación de precios y el intercambio de información comercialmente sensible. Aragonesas y Uralita interpusieron sendos recursos de anulación contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal General. Éste ha declarado en su sentencia que la Comisión únicamente probó la participación de la recurrente en el cártel durante el año 1998. Así, dado que el cálculo de la sanción se llevó a cabo considerando que la participación de Aragonesas en el cártel duró tres años en lugar de uno, el tribunal ha estimado que la Comisión incurrió en un error al calcular la sanción y, en consecuencia, ha anulado la multa de 9,9 millones de euros impuesta solidariamente a Aragonesas y a Uralita. Por otro lado, el tribunal ha desestimado los argumentos de Uralita tendentes a desvirtuar la presunción de responsabilidad de la matriz por actos de su filial.

El Tribunal de Justicia de la UE anula las multas impuestas a Solvay S. A. por su conducta anticompetitiva en el mercado de la ceniza de sosa. El Tribunal de Justicia de la UE ha anulado las sentencias del Tribunal de Primera Instancia que confirmaban las decisiones de la Comisión por las que se multó a Solvay S. A. con 23 millones de euros por abuso de posición dominante y supuesta participación en un cártel de fijación de precios en el mercado de la ceniza de sosa. El Tribunal de Justicia ha considerado que el hecho de que Solvay no tuviese acceso a todos los documentos del expediente en el curso de la investigación llevada a cabo por la Comisión constituye una violación de sus derechos de defensa, puesto que, de haber tenido acceso al expediente completo, cabe la posibilidad de que hubiese identificado información o documentación pertinente para su defensa. Por otro lado, el tribunal ha confirmado la argumentación de la Comisión conforme a la cual ésta no está obligada a celebrar una nueva audiencia cuando la decisión que vaya a adoptar tenga el mismo contenido y se base en las mismas objeciones que una anterior. Sin embargo ha señalado que en ese caso concreto la falta de audiencia está estrechamente conectada con el acceso irregular al expediente y que, en consecuencia, la Comisión debería haber celebrado dicha audiencia.

Metalúrgico

El Tribunal de Justicia de la UE confirma las sentencias del Tribunal General y las decisiones de la Comisión sobre el cártel de los tubos de cobre. La Comisión sancionó, mediante la Decisión de 16 de diciembre del 2003, a las empresas del grupo KME, entre otras, por su participación en dos cárteles, uno en el sector de los tubos de cobre industriales y otro en el de los tubos de cobre para fontanería. Las sancionadas recurrieron las

decisiones de la Comisión ante el Tribunal General de la UE, el cual desestimó los recursos. Por su parte, el grupo KME y Chalkor interpusieron sendos recursos de casación contra estas sentencias y las decisiones de la Comisión, en el entendimiento de que el Tribunal General no había ejercido un control suficiente de las decisiones impugnadas, vulnerando con ello el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH). Según las recurrentes, los

procedimientos en materia de competencia son penales a los efectos de la CEDH y, por tanto, el tribunal está obligado a efectuar un examen completo de hechos y de derecho. El Tribunal de Justicia ha declarado que debe ejercerse un control de los hechos y del derecho y ha reconocido la facultad del Tribunal General

para valorar las pruebas, anular las decisiones de la Comisión y modificar el importe de las multas. Así, ha considerado que tal control jurisdiccional no contradice el principio de tutela judicial efectiva y que, en el caso concreto, el Tribunal General ejerció el control pleno que está obligado a realizar.

Alimentación

Multa de 8,9 millones de euros para Pacific Fruit por su participación en el segundo cártel de los plátanos. Mediante la Decisión de 12 de octubre, la Comisión declaró culpables a los grupos Chiquita y Pacific Fruit de participación en un cártel de fijación de precios en los mercados de venta de plátanos en Italia, Grecia y Portugal los años 2004 y 2005. El

cártel consistió en la fijación semanal de precios, así como en el intercambio de información sensible. La Comisión ha multado a Pacific Fruit con 8,9 millones de euros, mientras que a Chiquita, sin embargo, le ha sido acordada la inmunidad para el pago de la multa por haber colaborado con la Comisión en el programa de clemencia.

Productos y servicios financieros

Inspecciones en el sector de productos financieros derivados como consecuencia de una presunta manipulación del euríbor. La Comisión Europea ha confirmado que, desde el 18 de octubre, sus funcionarios han llevado a cabo inspecciones por sorpresa en las sedes de varias empresas activas en

el sector de los productos financieros derivados en diversos Estados miembros. Según informó la Comisión, ante la existencia de indicios de infracciones de competencia en el proceso de fijación del euríbor, se comenzaron las inspecciones pertinentes para aclarar tales sospechas.

Vidrio

La Comisión adopta su cuarta decisión de transacción e impone una multa de más de 128 millones de euros a cuatro productores de vidrio para tubos de rayos catódicos por su participación en un cártel. En su Decisión de 19 de octubre del 2011, la Comisión multó con más de 128 millones de euros a las japonesas Asahi Glass y Nippon Electric Glass, así como a la alemana Schott AG, por su participación, entre febrero de 1999 y diciembre del 2004, en un cártel de fijación de precios en el mercado del vidrio para tubos de rayos catódicos. Tales tubos se

utilizan en la fabricación de televisores y pantallas de ordenadores. La decisión fue adoptada en el procedimiento de transacción; como las empresas afectadas colaboraron y reconocieron su participación en la infracción, el importe de todas las multas se ha reducido en un 10 %. Además Samsung Corning Precision Materials y Nippon Electric Glass se han beneficiado del programa de clemencia obteniendo sendas reducciones adicionales (del 100 % para la primera por haber sido la primera en informar a la Comisión sobre la existencia del cártel y del 50 % para la segunda).

Productos de consumo

La Comisión adopta su quinta decisión de transacción y multa con más de 161 millones de euros a cinco empresas productoras de compresores frigoríficos. La Comisión ha multado con 161,19 millones de euros a cinco fabricantes de compresores frigoríficos por su participación en un cártel en el mercado de compresores frigoríficos para uso doméstico y comercial en el Espacio Económico Europeo. ACC, Danfoss, Embraco, Panasonic y Tecumseh participaron en diversas reuniones en las que se discutieron

precios y se intercambiaron información sensible para coordinar sus políticas de precios en Europa y mantener las cuotas de mercado estables, recuperando así los incrementos de costes. Las multas calculadas por la Comisión se han visto reducidas como consecuencia de la cooperación de las empresas en el programa de clemencia y por efecto de la aplicación del procedimiento de transacción, en virtud del cual el reconocimiento de las empresas de su participación en la infracción es recompensado con una reducción de las sanciones.

Competencia

Venta por internet

El Tribunal de Justicia resuelve una cuestión prejudicial y declara que la prohibición a distribuidores de la venta por internet supone una restricción de la competencia por objeto. El 13 de octubre del 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió la cuestión prejudicial planteada por

el Tribunal de Apelación de París en el asunto que enfrenta a Pierre Fabre Demo-Cosmétique SAS (PFDC) con la autoridad francesa de la competencia. PFDC fabrica y comercializa productos cosméticos y de higiene corporal bajo distintas marcas. En los contratos de distribución de algunas de sus marcas se indica que

las ventas deben efectuarse en un establecimiento físico y en presencia de un licenciado en Farmacia, lo que según la autoridad francesa es contrario a las normas francesas y europeas de competencia. En su sentencia, el Tribunal de Justicia recuerda que, a la hora de determinar si las restricciones en cuestión suponen una infracción por objeto, debe analizarse si la cláusula que prohíbe cualquier forma de venta por internet está justificada por un objetivo legítimo e indica algunos criterios de interpretación. En primer lugar, este tribunal recuerda que, de acuerdo con la jurisprudencia anterior, en el caso de los medicamentos

no sujetos a prescripción médica y en el de las lentes de contacto no se entiende como justificación suficiente la necesidad de un asesoramiento personalizado y de protección ante un uso indebido; tampoco por la necesidad de preservar la imagen de prestigio de los productos. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha concluido que la prohibición de venta por internet no puede acogerse a una exención por categorías, en la medida en que con ello se restringen, como mínimo, las ventas pasivas a los usuarios de internet que no se encuentren en la zona física de influencia del distribuidor selectivo.

Telecomunicaciones

La Comisión Europea remite a Telefónica y a Portugal Telecom un pliego de cargos en relación con un pacto de no competencia. El pasado 25 de octubre, la Comisión envió un pliego de cargos a Telefónica y a Portugal Telecom en relación con un pacto de no competencia concluido en julio del 2010 que afectaba a los mercados de telecomunicaciones en la península ibérica. Dicho pacto se encuadró entre los acuerdos que dieron lugar a la adquisición por Telefónica del control exclusivo del operador brasileño de telefonía móvil Vivo,

controlado conjuntamente hasta entonces por la española y Portugal Telecom. La Comisión ha llegado a la conclusión preliminar de que dicho acuerdo infringe el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (prohibición de acuerdos anticompetitivos), dado que podría estar concebido para compartimentar los mercados. Aunque el acuerdo fue resuelto en febrero del 2011, ello no invalida su existencia. El pliego de cargos contiene una posición preliminar de la Comisión que no prejuzga el resultado del procedimiento.

Abuso de posición dominante

Productos y servicios financieros

La Comisión hace vinculantes los compromisos propuestos por Standard & Poor's de abolir las tasas por el uso de los códigos internacionales de identificación de valores americanos. La Comisión ha hecho vinculantes los compromisos presentados por Standard & Poor's (S&P) de abolir los derechos de licencia que los bancos satisfacían por el uso de los códigos internacionales de identificación de valores (ISIN) americanos dentro del Espacio Económico Europeo (EEE). Estos códigos, asignados y distribuidos por las agencias nacionales de codificación, sirven para la identificación de títulos y son esenciales para su gestión. S&P es la única de tales agencias que distribuye ISIN americanos a clientes directos (los proveedores de servicios de información

mayoritariamente) e indirectos y fue objeto de sospechas por parte de la Comisión, la cual consideró que podría haber cobrado precios demasiado altos por su uso y distribución en el Espacio Económico Europeo, infringiendo con ello la prohibición del abuso de posición de dominio en la Unión Europea. S&P se ha comprometido a abolir las tasas a cargo de los bancos por el uso de los ISIN americanos en Europa y a reducir significativamente su coste para los demás usuarios, así como a distribuirlos separados de otra información para los usuarios directos. La Comisión, tras la revisión de tales compromisos, ha entendido que con ellos se resolverán los problemas de competencia y se mejorará la eficiencia de los mercados financieros europeos.

Ayudas de Estado

Fiscalidad

El Tribunal de Justicia de la UE acoge el recurso interpuesto por España y la Comisión Europea y declara el proyecto de reforma fiscal de Gibraltar un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado interior. En agosto del 2002, el Gobierno de Gibraltar notificó el texto de la reforma fiscal prevista por la que se modificaba el régimen para el impuesto de sociedades. Tras analizarlo, la Comisión entendió que el régimen propuesto establecía normas selectivas tanto desde un punto de vista material como regional y declaró que aquél constituía una ayuda de Estado ilegal. La decisión

de la Comisión fue recurrida por el Gobierno de Gibraltar y el Reino Unido ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE. Éste resolvió mediante sentencia estimatoria, la cual fue a su vez recurrida por la Comisión y por España ante el Tribunal de Justicia, el cual resolvió el recurso el pasado 15 de noviembre anulando la sentencia del Tribunal de Primera Instancia por entender que éste había incurrido en un error de derecho al apreciar la «selectividad» del régimen sometido a examen. Así, el Tribunal de Justicia considera que la selectividad existe, aun tratándose de un régimen general, cuando los criterios de

imposición permiten identificar a las empresas beneficiarias como una categoría privilegiada de acuerdo con unas características específicas. En este caso concreto, el proyecto era materialmente selectivo en la medida en que la regulación del impuesto de sociedades que surgiría de la reforma —que hacía depender la imposición únicamente del número de trabajadores y del tamaño de los locales ocupados—

excluiría de cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, sin que tal falta de imposición fuese consecuencia aleatoria de la aplicación del régimen. En vista de todo ello, el Tribunal de Justicia ha considerado que el proyecto para el nuevo régimen fiscal sí constituye una ayuda de Estado ilegal y ha anulado la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, confirmando la decisión de la Comisión.

Banca

La Comisión Europea autoriza provisionalmente las ayudas de salvamento a favor de NCG Banco, Catalunya Banc y Unnim Banc. La Comisión ha aprobado de forma provisional y con arreglo a la normativa sobre ayudas de Estado las medidas de recapitalización a favor de NCG Banco, Catalunya Banc y Unnim Banc adoptadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). La autorización definitiva está supeditada a la presentación, por parte de las autoridades españolas, de un plan de reestructuración que garantice 1) la viabilidad a largo plazo de las entidades beneficiarias de la ayuda; 2) la asunción por parte de sus accionistas de la parte que les corresponda de las cargas de la reestructuración, y 3) la limitación del falseamiento de la competencia. La Comisión ha reconocido la necesidad de las medidas de recapitalización para aumentar el coeficiente de solvencia de las entidades hasta el 10 % del capital principal, porcentaje fijado en el régimen de solvencia adoptado en España en febrero del 2011, y mantener la confianza en los mercados financieros españoles.

La Comisión prorroga el régimen de ayudas a los bancos en la coyuntura de crisis. Tras el inicio de la crisis financiera, la Comisión publicó cuatro comunicaciones (bancaria, de reestructuración, de activos deteriorados y de recapitalización) en las que se contienen las reglas para la aplicación de la normativa de control de ayudas de Estado en la crisis. Este régimen extraordinario ha sido actualizado y su implementación prorrogada con la finalidad de facilitar la aplicación del «paquete bancario» acordado el pasado octubre por los jefes de Estado y de Gobierno y, en definitiva, permitir que los Estados miembros sigan respaldando el sistema bancario durante la crisis. Mediante estas normas se pretende garantizar una remuneración adecuada de los Estados cuando éstos recapitalicen a los bancos por medio de acciones ordinarias, cuya remuneración en forma de dividendos y plusvalías es, por definición, incierta. Las normas también presentan orientaciones para el cálculo de las comisiones que deben abonar los bancos por las garantías, las cuales deben reflejar el riesgo para las haciendas públicas, de forma que la ayuda se vea limitada al mínimo necesario.

Concentraciones

Farmacéutico

La Comisión autoriza la adquisición de parte de la israelí Teva por Procter & Gamble. La Comisión centró su investigación en los mercados de laxantes en Holanda y antitusivos en Austria, en los que, tras la compra, la entidad resultante alcanzaría

cuotas de mercado significativas. No obstante, la Comisión ha autorizado la concentración al constatar que en los mencionados mercados la entidad concentrada se encontrará con competidores de gran talla.

Informática

La Comisión Europea autoriza la adquisición de Skype por Microsoft. La investigación de la Comisión se ha centrado en los mercados de las comunicaciones para consumidores y para empresas y, en particular, en los posibles efectos de conglomerado posteriores a la transacción. La Comisión ha descartado cualquier efecto negativo en la competencia y ha concluido que la concentración no impedirá la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo.

La Comisión aprueba la adquisición del negocio de discos duros de Samsung por Seagate Technology. Para analizar la operación, la Comisión ha tenido que recurrir a las dos fases de investigación disponibles en el régimen de control de concentraciones y ello porque los mercados principalmente afectados por la operación (fabricación y venta de discos duros para ordenadores

de sobremesa y para portátiles) están altamente concentrados. No obstante, la Comisión ha confirmado que Samsung no es un operador fuerte en dichos mercados y que la empresa resultante de la transacción deberá competir con operadores de talla significativa, entre los cuales no es probable que se produzca una coordinación de actuaciones. Por otro lado, la adquisición no pondrá en peligro el negocio de TDK (suministrador de cabezales para discos duros), que continuará proveyendo a la entidad resultante de un importante volumen de componentes. Finalmente, no se prevén efectos negativos en el mercado europeo de discos duros externos dado que los operadores no integrados verticalmente mantendrán suficientes fuentes de suministro alternativas. En virtud de todo ello la Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo de control de concentraciones, la adquisición notificada.

Iluminación

Autorizada la propuesta de adquisición por Philips de la española Industrias Derivadas del Aluminio S. A. (INDAL). La Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo de control de concentraciones, la adquisición de INDAL por la holandesa Philips. Las actividades de ambas empresas se solapan en el mercado de la iluminación profesional, en el que la entidad resultante de la operación se convertirá en una de las principales proveedoras del mercado europeo y en la líder en una serie de Estados miembros. A pesar de ello, la Comisión entiende que la entidad seguirá haciendo

frente a competidores consolidados. Por otro lado, la Comisión ha analizado los efectos verticales de la transacción, dado que Philips es suministradora en el mercado de la fabricación de aparatos de iluminación profesionales, y ha concluido que la operación no supondrá un problema puesto que en los mercados ascendentes existen proveedores alternativos y las compras de INDAL a Philips representan un porcentaje marginal respecto del total de las ventas de la holandesa. En vista de lo anterior, la Comisión ha considerado que la transacción notificada no planteará problemas de competencia y la ha autorizado.

Banca

Se aprueba la adquisición de activos bancarios minoristas y comerciales del Royal Bank of Scotland (RBS) por el Banco de Santander. La operación, que fue ideada para compensar el falseamiento de la competencia derivado de la concesión de ayudas por importe de más de 45 000 millones de euros, ya fue notificada y autorizada anteriormente. Como consecuencia de una modificación en el perímetro de la transacción, que ahora incluye las tarjetas de crédito y de cargo de los clientes transferidos, la operación ha sido nuevamente notificada y autorizada por la Comisión.

Así, el pasado 30 de noviembre y tras el análisis de los mercados de cuentas corrientes personales, hipotecas, crédito al consumo mediante tarjeta y servicios de manipulación de efectivo, la Comisión concluyó que la operación no generará distorsiones de competencia en la medida que los solapamientos entre las actividades de las partes son muy limitados y las cuotas de mercado del Banco de Santander en el Reino Unido continuarían siendo bajas. En virtud de ello, la Comisión ha autorizado, con arreglo al Reglamento europeo de control de concentraciones, la transacción modificada.