G A _ P
Gómez-Acebo & Pombo

N.º 21 | 2018

Notas de Competencia

Grupo de Competencia de GA_P

Sumario

Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel. 4

Mosaico 12

- Noticias 12

— Jornada anual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 12

— La CNMC publica el «Informe anual sobre ayudas públicas» del 2017 13

— Recursos contencioso-administrativos en materia de apartamentos y viviendas turísticas 14

- Informes sobre proyectos normativos 15

— Informe sobre el Proyecto de Real Decreto que modifica la normativa que afecta a la Base de Datos Nacional de Subvenciones 15

— Informe sobre el proyecto de Reglamento de los alojamientos hoteleros de Aragón 15

— Informe sobre la reforma de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sobre protección contra los incumplimientos en materia de viajes combinados y viajes vinculados 16

— Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor 17

— Informe sobre la compensación al transporte de mercancías marítimo y aéreo en las islas Canarias 18

— Informe sobre el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres (ROTT) y otras normas 19

— Informe sobre el anteproyecto que modifica la «ley antitabaco» y amplía la regulación del cigarrillo electrónico 20

— Informe sobre el Proyecto de Resolución que permite un mercado más global en el póquer ***online*** 21

— Informes sobre la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y sobre el Código de Conducta 22

Prácticas prohibidas 23

— Desmantelamiento de varios cárteles que operaban en el sector de cables eléctricos 23

— Sanción a Funemadrid por abuso de posición dominante 24

— Sanción a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Espa-ñola (ANCCE) por abusar de su posición de dominio 25

Control de concentraciones 27

Breves por sectores (Unión Europea) 27

▸ Competencia 27

— Deporte 27

— Tecnología. 28

— Productos alimenticios 28

— Daños por ilícitos anticompetenciales 29

▸ Jurisprudencia 29

Productos de lujo 29

Concentraciones 30

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2018. Todos los derechos reservados.

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

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Diseño y maquetación: José Á. Rodríguez y Ángela Brea • Edición y corrección: Cristina Sierra de Grado

Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel

Ángel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

1. Solidaridad

Se dispone en el Real Decreto Ley 9/2017 la responsabilidad solidaria de las empresas que «hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia» (art. 73.1 LDC), con las excepciones previstas para las pymes en los apartados 2 y 3 de este precepto. Aunque la ley española no lo dice —porque se sobreentiende que es un término que se corresponde con el del Derecho común de las obligaciones—, *responder solidariamente* significa que «cada una de las empresas estará obligada a indemnizar plenamente por el perjuicio causado y la parte perjudicada tendrá derecho a exigir el pleno resarcimiento de cualquiera de ellas hasta que haya sido plenamente indemnizada» (art. 11.1 Directiva 2014/104). Las infracciones competenciales ya producidas antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 9/2017 no estarán sujetas al régimen de solidaridad propio de la nueva ley (disp. trans. 1.ª.1 RDL).

(1)

2. Infracción conjunta

«Infringir de forma conjunta» es un supuesto comprensible en el Derecho de cárteles, porque se requiere al menos la práctica concertada de las empresas infractoras. Pero, en una situación de abuso de posición de dominio, la infracción conjunta sólo es imaginable en el ejercicio conjunto de una posición de dominio concertada o situación similar. En otro caso, si existen diversos dañantes contractuales o extracontractuales que no actúen «conjuntamente», la responsabilidad solidaria tendrá que sustentarse en el Derecho común de daños y no se aplicará la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), porque no basta en el artículo 73 «concurrir» al daño, sino actuar «conjuntamente» en la producción de la infracción. La solidaridad no proviene —como

(2)

(2) en otros supuestos de pluralidad en el daño— de la indeterminación de la fuente del daño, sino del hecho mismo de que todo cártel constituye una conducta concertada para la producción de un ilícito.

(3) «De forma conjunta» no equivale a exigir que la contribución de cada infractor al daño sea indeterminada o que no se pueda aislar el sujeto al que se imputa el daño. Por definición, esta indeterminación no existe en un cártel, ya que cada comprador sabe a quién compró con sobrecoste y sabe que ese daño no se lo causó el coinfractor fabricante de un producto que él no compró. Si el actor compró a AA, es seguro que el daño no se lo causó el coinfractor BB. Es cierto que la infracción la cometieron todos, pero no el daño, que, siendo de naturaleza contractual, sólo puede haber sido causado por el proveedor que empieza la cadena de comercialización del producto.

3. *Follow on/stand alone claims*

(4) La responsabilidad solidaria de los diversos integrantes del cártel no está condicionada a que todos los demandados hayan sido condenados previamente por una autoridad de la competencia *(follow on claims)* o que ninguno de ellos lo haya sido aún *(stand alone claims).* Se puede postular una responsabilidad solidaria entre infractores ya condenados por una autoridad de competencia (*cfr*. art. 75) y sujetos cuya responsabilidad en la infracción conjunta tendrá que determinarse en el propio proceso en el que se reclama la responsabilidad solidaria porque no han sido destinatarios de la resolución administrativa sancionadora. Si se demanda a varios infractores (declarados ya o presuntos), la acumulación procesal estará bien hecha; otra cosa es, por supuesto, que el actor tendrá que probar en este caso último «sin red» la comisión de la infracción más la causación de daño más la cuantificación de éste por parte de quien no ha sido condenado administrativamente, mientras que en una *follow on* sólo tendrá que probarse —y con las restricciones del artículo 76.2— la cuantificación del daño, dadas las reglas probatorias favorables al actor que se contienen en los artículos 75 y 76.3 de la ley. Digo que en estas acciones *follow on* tendrá que probarse la cuantificación del daño porque es muy probable que la decisión administrativa nacional o comunitaria sancionatoria del cártel se abstenga de afirmar (por falta de pruebas) que ha existido daño o, más frecuente, que no haya practicado la cuantificación del daño producido a compradores o proveedores del cártel.

(5) Puede uno preguntarse qué interés puede tener un sujeto en demandar a empresas que no hayan sido destinatarias de la decisión administrativa condenatoria del cártel. Y, en verdad, aquel sujeto puede tener mucho interés en hacerlo, por ejemplo, para atraer la competencia al foro de su domicilio o del domicilio del pretendido coinfractor y arrastrar a ella a quienes están domiciliados fuera de la jurisdicción del actor [art. 8 (1) Reglamento UE Bruselas I; *cfr*. STJUE C-352/13, 2015, *Peroxide,* nn. 15-33], o para conseguir que se aplique a todos los demandados la ley material del foro (domicilio del actor y del demandado «nacional», *cfr*. *Peroxide,* nn. 52-56) en las condiciones del artículo 6.3*b* del Reglamento UE Roma II, un interesante *forum* & *legem shopping* si el actor busca, por ejemplo, la legislación más benevolente en lo relativo a los plazos de prescripción.

4. Solidaridad impropia

La *solidaridad* establecida por el artículo 73.1 de la ley sigue siendo una solidaridad *impropia*. Históricamente se ha venido llamado tal en la jurisprudencia a aquella forma de solidaridad que no nacía de «ley o de contrato», sino que era directamente fundada en la sentencia de condena a la solidaridad, por ejemplo, porque en la responsabilidad extracontractual o en la responsabilidad por ruina no había podido individualizarse el agente causante del daño (*cfr.* STS de 14 de marzo del 2003). La cuestión cambió de perspectiva cuando el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) creó una especie de responsabilidad
(6) legal solidaria (si bien sujeta a un presupuesto fáctico de incertidumbre causal). En buena teoría, y dado su fundamento legal, esta responsabilidad ya no podría seguir llamándose *impropia*. Sin embargo, y con acierto, la jurisprudencia sigue denominándola de este modo (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio del 2017), a pesar de la existencia de base legal, así como también viene denominando *impropia* la responsabilidad solidaria entre asegurado y asegurador de responsabilidad civil, que en este caso necesariamente precisa de un contrato (STS de 15 de septiembre del 2017).

La responsabilidad por daños competenciales conjuntos es también una responsabilidad *impropia*. Y lo es toda aquella que no haya sido fundada entre las partes dañantes por un instrumento contractual previo a la producción de la infracción o daño relevante. No importa que la ley sea la que establece la solidaridad si para que así resulte finalmente declarada es preciso un doble
(7) pronunciamiento de autoridad: primero, que el conjunto de los sujetos constituyan un cártel (*ellos* no habían pactado con antelación que su responsabilidad, caso de ser descubierta, sería solidaria) y, segundo, que hayan infringido de forma «conjunta». La solidaridad es impropia, pues, cuando nace directamente de la sentencia de condena (SSTS de 17 de junio del 2002, de 21 de octubre del 2002 y de 16 de enero del 2006).

La cuestión de la *impropiedad* de la solidaridad sólo tiene importancia práctica en un extremo, aunque bien relevante, a saber, la jurisprudencia sostiene que el artículo 1974 del Código Civil (CC) no se aplica en casos de solidaridad impropia cuando la prescripción de la acción se interrumpió frente a uno(s), pero no frente a otro(s), deudores solidarios. En otras palabras, la reclamación extrajudicial hecha a un miembro (o pretendido miembro) de un cártel no
(8) interrumpirá la prescripción quinquenal a efectos del artículo 74 de la ley frente a otros sujetos no reclamados, *al menos mientras no quepa presumir que eran sabedores de aquella interrupción* (test éste que en la praxis no suele llevar a resultados favorables al actor: SSTS de 16 de enero del 2015, de 20 de mayo del 2015, de 17 de septiembre del 2015 —tres sentencias— y SAP Granada de 6 de febrero del 2015).

Por esta razón, lo dispuesto en el artículo 74.4 no es excepcional. Según la norma, el inicio de un proceso de mediación contra uno de los legitimados pasivos sólo interrumpirá la prescripción
(9) «en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución judicial de la controversia». Pero esto es así en cualquier clase de interrupción de la prescripción, incluso en la reclamación judicial. No cabe una interpretación *contrario sensu* del artículo 74.4.

5. Beneficiario de exención de multa en programa de clemencia

Según el artículo 73.4, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de multa en el marco de un programa de clemencia sólo serán responsables solidarios (*a*) ante sus compradores o proveedores directos o indirectos (*v. gr.*, compradores en el primero o sucesivos niveles de la
(10) cadena de distribución) y (*b*) ante «otras partes perjudicadas» sólo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción competencial. El sentido de la norma no es claro (tampoco el considerando 38 de la directiva), como pasamos a probar.

Un sujeto sólo responde *solidariamente* con otro si responde del daño causado *por ese otro* o por *no se sabe quién*. Quien responde de los daños competenciales que ha causado *a su propio comprador* o a otro comprador de la cadena —la ley da por supuesto que en este segundo caso se mantiene la relación de causalidad de la conducta infractora (arts. 78 y 79)— no está respondiendo «solidariamente» porque responde por el daño que él mismo ha causado; serán en su caso los otros fabricantes los que respondan solidariamente con él de esta clase de
(11) daños. Por tanto, el supuesto de la letra *a* del artículo 73.4 no puede existir porque, si sólo responde ante sus propios compradores (directos o indirectos), no está por este concepto respondiendo «solidariamente». Sólo cabría hablar de solidaridad si el beneficiado por la exención también respondiese del daño causado a quien compró a *otro* integrante del cártel, cosa que la letra *a* niega que pueda ocurrir. La norma vendría a decir con malas palabras una cosa que, por demás, es importante decir: que la exención en el programa de clemencia no exonera de los daños causados por el beneficiado.

Lo que importa, pues, es la regla *b*: sólo responde «ante otras partes perjudicadas» cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas. Estas otras partes son, parece, los compradores y subcompradores y los proveedores de *otro* fabricante incurso en el cártel o incluso el comprador o subcomprador de otro fabricante *no incurso en el cártel,* pero que se beneficie igualmente de la subida de precios causada por el cártel (el llamado *umbrella effect*[1]). Pero no sólo en estos casos; el beneficiado sólo responde «solidariamente», aunque con
(12) subsidiaridad («sólo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las empresas que estuvieron implicadas en la misma infracción competencial»), también frente a otros sujetos afectados por el cártel en otra cadena de producción, pero que *ni son compradores, subcompradores ni proveedores*. Ejemplo de la letra *b*: el fabricante AA que responde «solidariamente» de los daños sufridos por cargadores de transporte que tuvieron que pagar más caro por alquilar camiones de la flota vendida a un transportista que los adquirió del fabricante BB: este cargador no es comprador ni proveedor del cártel.

[1] En relación con el *umbrela effect* interpretan el artículo 11 (4) *b* de la directiva Llianos, Davis y Nebbia en: *Damages Claims for the Infringement of the EU Competition Law,* 2015, pág. 49.

(13) Parece que nos queda una laguna por rellenar. Es el caso del fabricante AA, incurso en el cártel, y los daños causados al cargador de transporte o al viajero de autobús que tuvieron que pagar más caros los servicios al transportista que compró el vehículo con sobrecoste a AA; aquéllos no son, obsérvese, compradores ni proveedores. Desde luego, el fabricante AA no responderá ante estos cargadores o viajeros «solidariamente» porque el daño que éstos sufren sería daño causado personalmente por AA. Otra cosa distinta es si respecto de estas «restantes partes» puede predicarse una relación de causalidad suficiente respecto de AA. Esto no está resuelto ni en la directiva ni en la ley española, por más amplia que parezca la fórmula del artículo 72.1 («Cualquier persona que haya sufrido un perjuicio»), porque en estos casos todavía habrá que discutir si estos daños laterales son objetivamente imputables al fabricante AA. Sobre este tema no me pronunciaré ahora.

(14) Repárese en la singularidad de la «responsabilidad solidaria pero subsidiaria» del artículo 73.4*b*.

6. Acción de regreso

(15) Según el artículo 73.5, el infractor que paga la deuda solidaria tiene acción de regreso contra el resto de los infractores en una cuantía resultante de su «responsabilidad relativa por el perjuicio causado». Una vez más, la expresión es incorrecta. El «perjuicio» sufrido a consecuencia de un cártel de precio por un comprador aguas abajo (casi) siempre ha sido producido identificadamente por un miembro del cártel, al menos mientras nos mantengamos en los dominios del daño contractual (compradores, proveedores y sus causahabientes). Vamos a tomar como ejemplo base el del «cártel de los camiones», resuelto por la Decisión de la Comisión de la Unión Europea el 19 de julio del 2016. El perjuicio producido a quien compró al fabricante AA lo ha causado enteramente este fabricante, sin concurrencia alguna del fabricante BB. En consecuencia, el reparto proporcional se hará en función del grado de responsabilidad *en la infracción administrativa*, que puede ser inferior o superior al daño real que este infractor haya causado efectivamente[2]. Ello equivale a sostener que no existirá posibilidad real de vía de regreso cuando la responsabilidad solidaria de varios haya nacido de un proceso *stand alone* y la sentencia no haya «distribuido» la parte imputable en la infracción competencial.

(16) La norma no soluciona la cuestión (no era tampoco su cometido) de si el infractor que pagó puede subrogarse contra los coinfractores en los derechos que contra ellos correspondían al actor, dañado por el ilícito competencial. Y es claro que no se subroga, pues de otra forma el dañante pagador podría a su vez regresar solidariamente contra el resto de los coinfractores.

[2] Los criterios ejemplificativos utilizados en el considerando 37 de la directiva no pueden ser determinantes de la concurrencia al perjuicio (civil), sino, a lo sumo, a la infracción y a su sanción.

(17) Obsérvese que el regreso no se puede condicionar a que el pagador haya satisfecho *toda la deuda* resultante del cártel porque la cifra de responsabilidad es tan indeterminada *a priori* como el número de posibles sujetos afectados por el sobrecoste del cártel y de potenciales demandantes.

(18) El párrafo segundo del artículo 73.5 es un galimatías. El supuesto es el siguiente. Un miembro del cártel ha pagado y ejerce el regreso contra uno que es beneficiario de exención de multa en el marco de un programa de clemencia. En estas condiciones, este último sujeto sólo responde en vía de regreso hasta la cifra del daño causado *(por él)* a sus propios compradores o proveedores directos e indirectos. La norma debería aplicarse con independencia de si son los compradores o proveedores del beneficiario de la clemencia los que han demandado y obtenido satisfacción del miembro del cártel que ejerce la vía de regreso. Es decir, aunque los compradores de la cadena AA hayan sido indemnizados por el fabricante BB y el fabricante AA sea el beneficiario del programa de clemencia, cabría la acción de regreso con este límite. Pero, a poco que se piense, la hipótesis es imposible: si los compradores o proveedores de la cadena AA (beneficiaria de la exención) no han sido indemnizados por el fabricante de la cadena BB, no se podrá saber ordinariamente cuáles son los daños sufridos por los compradores o proveedores de la cadena AA, que es la cifra máxima de reembolso contra el fabricante AA en vía de regreso.

(19) Pero la norma sigue: «cuando el perjuicio se cause a una persona o empresa distinta de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores [infractores distintos, parece, del beneficiario de la exención], el importe de cualquier contribución del beneficiario anteriormente citado a otros infractores se determinará en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio». La norma es impenetrable porque podría referirse a los compradores directos del infractor demandado BB, que no lo son del infractor AA que a su vez es beneficiario de la exención; pero también es probable que la cosa se refiera al daño causado por BB en la cadena BB a sujetos (*v. gr.*, cargadores de transporte, viajeros transportados en autobús, etc.) distintos de los proveedores y compradores de BB, es decir, cuando el fabricante BB haya tenido que indemnizar a cualquiera que no sea proveedor o comprador suyo. En estos casos, la responsabilidad en vía de regreso se limita por la «responsabilidad relativa por dicho perjuicio». Y retorna con ello la incertidumbre porque AA no tiene parte alguna en el perjuicio causado a sujetos dañados en la cadena de comercialización BB; podrá tener parte en la responsabilidad en la comisión de la infracción competencial, cosa que sólo podrá saberse si la resolución administrativa lo ha declarado antes de eximirle de la multa correspondiente.

7. Transacciones individuales

(20) Según el artículo 77.1 de la ley, el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor con quien hubiera alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que le ocasionó la infracción del Derecho de la competencia. Como se trata de codeudores

solidarios, cabían en rigor cuatro soluciones: o bien la transacción comporta una excepción extintiva general de la deuda originaria de todos los coinfractores (art. 1146 CC, *cfr*. STS de 18 de junio del 2017), teniendo el infractor que transige vía de regreso contra los demás por la «parte» correspondiente a éstos en la suma pagada (o por la parte en el «perjuicio», mayor o menor que aquélla); o bien la transacción con uno de los infractores produce excepción personal de éste, que los otros podrán utilizar para reducir la deuda global (frente al actor) «en la parte en que (el codeudor que transige) fuese responsable» (art. 1148 CC); o bien la transacción produce los efectos del pago parcial y los coinfractores podrán deducir de su deuda indemnizatoria lo que ya haya pagado el deudor que transigió; o bien, finalmente, podría establecerse que ningún coinfractor puede alegar en todo o en parte la transacción ajena, pero que tiene

(20) un derecho incondicional de regreso proporcional. La segunda es la solución por la que opta el artículo 77.1, y obsérvese que la transacción no disminuye la deuda global en la *cantidad transigida y pagada* por el codeudor solidario (que es lo que postula la solución virtual tercera que hemos expuesto), sino en la proporción (mayor o menor que el precio pagado por el arreglo) que este codeudor tuviera en la infracción, que se tendrá que determinar por su proporción en la multa global —¡lo que no se podrá saber acaso si se beneficia de la exención de multa en un programa de clemencia!—. Tampoco puede ser, contra lo que quiere la norma, «la parte proporcional en el perjuicio», sino más bien la parte «en la infracción», porque —como se ha explicado ya— el perjuicio sufrido por un agente de mercado siempre ha sido producido por un sobrecoste atribuible *enteramente* al miembro del cártel con el que contrató él o su vendedor.

Según el artículo 77.2, los infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial no podrán exigir del infractor que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante; se trata de los otros infractores, que han tenido que pagar al actor (transigente con un infractor) el resto de la deuda, descontada la indemnización ya recibida por vía de transacción. La norma no tiene claro sentido porque, si la transacción fue comuni-

(21) cada al resto de los infractores, éstos la pudieron oponer *pro parte* conforme al artículo 1148 del Código Civil, sin regreso. Y, si no fue notificada a los otros y uno de ellos paga «todo», es justo que tenga regreso contra el infractor que transigió, como la tendría de no haber existido transacción (art. 1146 CC). Mas, efectivamente, eso es lo que ocurre porque la transacción no ha tenido de hecho ninguna influencia en la vía de regreso, pues se regresa siempre por «la parte proporcional» que el deudor que transige hubiera tenido en el «perjuicio», haya o no transacción.

El artículo 77.2 tiene también otro alcance: si uno de los infractores beneficiados regresa

(22) contra los otros, y otro de los codeudores es insolvente, el codeudor que transigió no tendría que acudir a la cobertura proporcional de la insolvencia, como es lo propio en la responsabilidad solidaria.

A tenor de lo dispuesto en el apartado 77.3, *no obstante lo dispuesto en el apartado an-*

(23) *terior* (?), cuando los coinfractores que no hubiesen alcanzado un acuerdo extrajudicial no

pudieran pagar la indemnización restante, la persona perjudicada podrá reclamársela a aquel con quien celebró el acuerdo, salvo pacto en contrario. Se trata de una norma excepcional
(23) dentro del régimen de la solidaridad, pues lo justo es que el codeudor que transigió y pagó pudiera alegar esta excepción por el todo de la deuda cuando vuelve a ser reclamado. Con todo, la posibilidad de pactar en contrario reduce mucho la singularidad de esta norma.

Finalmente, según el artículo 77.4, «al determinar el importe de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los tribunales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo». Pero ¿quién es el «coinfractor respectivo»? Este coinfractor que soporta la vía de regreso no debería ser el coinfractor que
(24) llegó a un acuerdo transaccional, porque este caso ya está previsto en el artículo 77.2, sino un tercer infractor que tampoco transigió. Pero tampoco se explica así bien la norma porque el infractor que no transigió y pagó, o pudo alegar la transacción hecha por otro deudor, o no pudo por desconocerlo. Si pudo y no la opuso, el tercer coinfractor, que soporta el regreso, puede oponer esa misma excepción en vía de regreso al coinfractor que pagó; si no pudo oponerla por no conocerla, no se afecta de ninguna manera su regreso contra el coinfractor que transigió ni contra otros terceros coinfractores.

Mosaico

Noticias

Jornada anual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha celebrado la Jornada Anual de Competencia 2017: 10 años de Aplicación de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, en pleno debate sobre la modificación de esta ley, para dotar a la sociedad española de una norma más eficaz y que permita a la Comisión realizar un mejor trabajo.

Actualmente, la Comisión está inmersa en un proceso de reflexión y autocrítica sobre cómo enfocar los retos externos e internos a los que se enfrenta para garantizar la mayor eficacia de sus actuaciones. A este respecto considera, en primer lugar, que la independencia del poder político y económico es esencial para su buen funcionamiento. En cuanto a los temas objeto de estudio, hay que mencionar los siguientes:

1) El establecimiento de mecanismos para reforzar la solidez jurídica y económica de sus resoluciones a efectos de su posible revisión judicial, así como la intención de que funcionarios del organismo participen como peritos en las vistas orales y la conveniencia de interposición de recursos de casación cuando sea necesario.

2) La creación de una unidad de inteligencia económica, al estilo de las existentes en otras autoridades de competencia europeas, para fomentar la investigación de oficio mediante técnicas econométricas, que incluyen la detección de conductas a través del análisis de los datos, especialmente en el ámbito de la contratación pública *(screening y data mining)*.

3) La publicación de directrices que deberán seguir las empresas a la hora de presentar sus informes.

4) El reforzamiento de la asesoría jurídica y los departamentos de instrucción.

5) La publicación de unas indicaciones provisionales sobre el cálculo de multas para que las empresas dispongan de una mayor seguridad jurídica cuando afrontan un expediente sancionador.

6) La inclusión de la cuantificación de la multa en la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia, lo que permitirá a la empresa imputada formular alegaciones sobre la multa ante el propio Consejo y evitará que el debate se plantee por primera vez ante la Audiencia Nacional cuando se recurra un expediente.

7) La celebración de vistas orales con cierta regularidad en aquellos asuntos que lo merezcan, contribuyendo así a reforzar la transparencia y rendición de cuentas de las actuaciones de la institución.

8) La elaboración por el Departamento de Control Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de un modelo de mapa de riesgos en la contratación pública a fin de conseguir más eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

La CNMC publica el «Informe anual sobre ayudas públicas» del 2017

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado su «Informe anual sobre ayudas públicas» del 2017 —el cuarto elaborado desde su creación— que ha sido remitido a las Cortes Generales.

La concesión de ayudas públicas constituye una forma de intervención pública en la economía que, si se utiliza de forma innecesaria o desproporcionada, puede alterar el funcionamiento de los mercados, introducir distorsiones y perjudicar la libre competencia y el bienestar económico general. La Comisión efectúa el seguimiento y la evaluación del impacto de las ayudas públicas concedidas para salvaguardar el correcto funcionamiento de los mercados.

En primer lugar, lleva a cabo un análisis estadístico y económico de las ayudas concedidas en España en el ejercicio 2015, último año para el cual están disponibles los datos publicados por la Comisión Europea. Del análisis de estos datos se desprenden dos conclusiones fundamentales: *a*) Las ayudas regulares (las no dirigidas al sector ferroviario ni al sector financiero) representaron el 0,24 % del producto interior bruto (PIB) nacional en el 2015 (el 0,33 % del PIB en el 2014), lo que indica que se ha producido un descenso y se aproximan a las cifras del 2013 (el 0,28 % del PIB). España es el Estado miembro de la Unión Europea de los Veintiocho con menos ayudas públicas en porcentaje del producto interior bruto (donde la media es del 0,67 % del PIB). *b*) Al sector financiero no se le han otorgado nuevas ayudas, que siguen reduciendo su peso tanto en su conjunto como en relación con el producto interior bruto en comparación con el 2014 y, más aún, con el 2013, año en que alcanzaron su nivel máximo.

En segundo lugar, se recogen las principales novedades normativas y resoluciones administrativas y judiciales impulsadas por las autoridades de la Unión Europea en el 2016 en esta materia. En este contexto destaca la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal; pretende contribuir a una aplicación del concepto más sencilla, transparente y coherente, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aclara elementos como los que siguen: 1) empresa y actividad económica; 2) imputabilidad de la ayuda al Estado; 3) financiación mediante fondos estatales; 4) concesión de una ventaja; 5) selectividad de la ayuda y su efecto sobre la competencia, y 6) intercambios comerciales entre Estados miembros. Además, también ofrece aclaraciones con respecto a la financiación pública de infraestructuras. Son relevantes

también la Revisión del Reglamento núm. 651/2014,General de exención por categorías para las ayudas estatales por el que se amplía su ámbito de aplicación a puertos y aeropuertos, y, en cuanto a las decisiones o resoluciones administrativas, las relativas a las telecomunicaciones y a los asuntos fiscales.

En tercer lugar, se resumen las principales actuaciones llevadas a cabo por la Comisión en el 2016 con el fin de difundir el conocimiento de este instrumento de política pública. Entre ellas se encuentra la publicación del Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, que describe las ventajas e inconvenientes derivados de la concesión de ayudas y analiza el impacto que éstas tienen sobre la competencia efectiva, la eficiencia y las finanzas públicas.

Recursos contencioso-administrativos en materia de apartamentos y viviendas turísticas

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 12/2007 de la Comunidad Autónoma de Galicia y el Decreto 3/2017 de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que regulan los apartamentos y viviendas turísticas. El motivo ha sido que la legislación aprobada en dichas autonomías es contraria a la competencia y a los principios de regulación económica eficiente.

La Comisión había objetado en el caso de la norma gallega la obligatoriedad de ceder la vivienda en su totalidad, la limitación del alquiler a tres meses, la exigencia de un catálogo de requisitos técnicos y servicios mínimos para el alquiler de apartamentos y viviendas turísticas, así como la habilitación a los ayuntamientos para limitar el número de viviendas, prohibir la cesión de habitaciones e imponer cargas y requisitos y servicios mínimos a las viviendas de uso turístico. Y, en el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la inclusión de los precios en catálogos, directorios, guías o sistemas informáticos, la facultad de la Administración para emitir recomendaciones de precios que actúen como precios de referencia, la imposición de requisitos técnicos y servicios mínimos, la obligación de poner un distintivo en el inmueble y de prestar asistencia telefónica veinticuatro horas, la prohibición de cesión por habitaciones y la fijación de criterios temporales para limitar la estancia.

Previamente a la interposición del recurso judicial, se formuló a los Gobiernos de las comunidades autónomas citadas un requerimiento para que modificaran las normas cuestionadas, el cual no fue atendido.

Informes sobre proyectos normativos

Informe sobre el Proyecto de Real Decreto que modifica la normativa que afecta a la Base de Datos Nacional de Subvenciones

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado su «Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se reforma el Reglamento de la Ley General de Subvenciones en relación con la Base de Datos Nacional de Subvenciones».

En dicho documento, la Comisión considera que la reforma propuesta es positiva, ya que incluye una mayor transparencia, tal como han propiciado la normativa europea y la nacional. Además, facilita la supervisión y el control de las ayudas públicas y, en consecuencia, que los recursos públicos se gestionen de forma más eficiente. Sin embargo, la Comisión estima que se debería aprovechar la reforma para llevar a cabo una transformación más profunda de la Base de Datos Nacional de Subvenciones y del Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones en el siguiente sentido: deberían registrarse en la Base de Datos Nacional de Subvenciones y publicarse en el marco del Sistema Nacional de Publicidad de Subvenciones los datos relativos a todas las ayudas de Estado, incluidas las ayudas exentas de notificación, las ayudas sujetas a notificación previa y las ayudas *de minimis*. Igualmente, deberían registrarse las incidencias sobre la declaración de incompatibilidad o presunta ilegalidad de las ayudas, así como las relativas a los expedientes de recuperación. Sería aconsejable también una mayor coordinación de las fuentes que manejan información sobre ayudas y subvenciones para evitar duplicidades, ineficiencias e inconsistencias innecesarias; por ejemplo, se deberían vincular el Registro de Ayudas de Estado de la Comisión Europea, la base de datos de ayudas de Estado de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Base de Datos Nacional de Subvenciones. Finalmente, a pesar de que la página centralizada de convocatorias es de gran ayuda para particulares y empresas, la Base de Datos Nacional debería ir más allá y permitir el tratamiento estadístico de la información, de gran utilidad, por ejemplo, para la evaluación de las ayudas públicas.

Informe sobre el proyecto de Reglamento de los alojamientos hoteleros de Aragón

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud del Gobierno de Aragón, ha emitido el Informe sobre el proyecto de Reglamento de los alojamientos hoteleros de Aragón, en el que analiza las implicaciones que tiene para la competencia efectiva y la regulación económica eficiente.

El proyecto de reglamento contiene nuevos requerimientos arquitectónicos, como la altura de los techos, la anchura de los pasillos, la dimensión de las ventanas y el mobiliario mínimo de las habitaciones, así como los relativos a la accesibilidad, para adaptarlos al estándar europeo de *HotelStars Union*.

La Comisión recuerda que estas exigencias aumentan los costes de acceso al mercado y pueden desvirtuar la competencia entre los distintos agentes y, en consecuencia, formula las siguientes recomendaciones:

a) La necesidad de identificar las razones de interés público por las que se fijan unos requisitos tan exhaustivos para cada tipo de alojamiento y su carácter obligatorio. Estas exigencias pueden llegar a restringir la oferta y limitar la competencia y pueden considerarse innecesarias por la existencia de mecanismos de reputación alternativos, como las plataformas de valoración de los usuarios u otros sistemas de clasificación en estrellas organizados por los propios operadores.

b) Evitar mencionar explícitamente en una norma jurídica una alternativa voluntaria de clasificación hotelera (por ejemplo, *HotelStars Union*) para no reducir la tensión competitiva entre los sistemas de clasificación voluntarios.

c) Impedir que el régimen transitorio del reglamento otorgue una ventaja competitiva a los operadores que ya están en el mercado, ya que éstos pueden conservar su categoría sin tener que adaptar sus establecimientos a la nueva regulación que impone más requisitos.

d) Eliminar la condición de que los distintos alojamientos hoteleros que coexistan en un mismo inmueble tengan que ser del mismo propietario. Se trata de una restricción a la libertad empresarial que no se justifica con ninguna razón imperiosa de interés general, ni siquiera con el objetivo perseguido de calidad.

e) Suprimir la remisión efectuada al Decreto 193/1994, de 20 de septiembre, que ampara la posibilidad de recoger en guías oficiales o catálogos los precios de los alojamientos a título orientativo, con el fin de evitar la posible concertación de precios entre operadores.

f) Replantear la regulación de la declaración responsable e inscripción en el Registro administrativo correspondiente para el inicio de la actividad, al asemejarse a un régimen de autorización.

Informe sobre la reforma de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sobre protección contra los incumplimientos en materia de viajes combinados y viajes vinculados

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ha emitido un informe sobre la reforma de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios derivada de la transposición de la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre del 2015, que tiene como finalidad aumentar la protección a los consumidores contratantes de servicios de viaje combinados o

vinculados estableciendo para ello, por una parte, la obligación de ofrecer más información precontractual y, por otra, mecanismos de defensa ante posibles incumplimientos.

El informe contiene fundamentalmente las siguientes observaciones: *a*) convendría, por un lado, justificar la cuantificación del umbral del 25 % del total de los servicios que integran el viaje combinado o vinculado exigido para que un servicio de viaje del tipo de reserva de hotel, billete de transporte o alquiler de un vehículo pueda calificarse de «viaje combinado» o de «viaje vinculado», así como también, por otro lado, mejorar la información a los consumidores en los casos en que dicho umbral no se alcance por una mínima diferencia; *b*) habría que advertir a las comunidades autónomas de que, si exigen diferentes tipos de garantías a los empresarios que ofrezcan esta modalidad de viajes, puede producirse una distorsión de la competencia, y *c*) resulta necesario aclarar que el concepto de 'insolvencia' de los operadores turísticos que se utiliza en la norma es diferente del utilizado en la Ley Concursal.

Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha emitido el «Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor».

El proyecto de real decreto contiene dos normas que afectan a los vehículos de turismo con conductor (VTC). Una de ellas impide a los titulares de licencias de estos vehículos que puedan revenderlas hasta pasados dos años desde su primera expedición. La otra establece que las comunidades autónomas podrán «exigir que los titulares de dichas autorizaciones [...] les comuniquen, antes de su inicio, la prestación de cualquier servicio que haya de desarrollarse íntegramente dentro de su territorio».

En su informe, la Comisión considera que los nuevos requisitos que la norma impone a las empresas y particulares que prestan servicios alternativos al taxi para el transporte de viajeros en vehículos de turismo restringen la competencia en el sector y no están justificadas por los principios de necesidad ni de proporcionalidad.

En efecto**,** la prohibición de revender licencias hasta pasados dos años desincentiva que nuevas empresas entren en el mercado, ya que limita su capacidad de abandonarlo en ese tiempo. Esta situación resta liquidez al mercado secundario de licencias, cuya función es facilitar que haya más empresas que ofrezcan el servicio. De esta forma, en última instancia, se perjudica a los pasajeros que utilizan los servicios de vehículos de turismo con conductor. Por otra parte, las obligaciones

de comunicación pueden suponer una carga administrativa muy elevada para quienes ofrecen estos servicios alternativos de transporte, ya que con esta medida tendrán que comunicar cada uno de los servicios que efectúen, antes de su inicio. Esto conlleva también el riesgo de afectar a su movilidad geográfica.

La Comisión ya ha manifestado en el pasado su preocupación por la regulación en el sector de los servicios de vehículos de turismo con conductor; en abril del 2016, impugnó ante la Audiencia Nacional dos normas que afectaban a la regulación de este sector: el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, y la Orden FOM 2799/2015, de 18 de diciembre, aún pendientes de resolución.

Informe sobre la compensación al transporte de mercancías marítimo y aéreo en las islas Canarias

A solicitud del Ministerio de Fomento, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha emitido un informe sobre los proyectos de órdenes ministeriales que actualizan los costes tipo utilizados para el cálculo de las ayudas destinadas a compensar los sobrecostes que experimenta el tráfico de mercancías con origen o destino en las islas Canarias. Estas compensaciones se consideran ayudas de Estado declaradas compatibles por la Comisión Europea, ya que son necesarias para el desarrollo regional de las Canarias, que han sido calificadas de territorio ultraperiférico.

La Comisión reitera que es clave que el diseño de estas ayudas respete los principios de regulación económica eficiente (entre otros, los principios de necesidad y proporcionalidad, eficiencia en el gasto y no discriminación) y de mínima restricción competitiva.

En el caso del régimen de compensaciones al tráfico de mercancías de Canarias, la Comisión recomienda su replanteamiento en los siguientes aspectos:

a) Necesidad de evaluación

Dado el carácter continuado y permanente de las ayudas, puede ser un momento propicio para estimar cuáles han sido sus efectos y para plantearse la introducción de mejoras. Para ello, se recomienda acometer una evaluación *ex ante* sobre su motivación y racionalidad y una evaluación *ex post* del impacto producido que contenga su adecuación al objetivo planteado y la posible generación de efectos indirectos indeseados sobre la eficiencia y la competencia.

b) Consideración del efecto incentivador y valoración de medidas alternativas

Podría además comprobarse en qué medida los consumidores y clientes directos de las compañías que reciben esas ayudas se benefician, mediante los precios, de la reducción de los costes

propiciada por la ayuda. También se podrían considerar cambios en estas ayudas, como incluir ayudas extras para empresas que no estén presentes en el mercado. Esto estimularía la entrada de operadores e incrementaría el efecto incentivador de las ayudas.

c) Revisión de la metodología empleada

Dado que el diseño de las ayudas requiere una correcta estimación de los costes adicionales que supone el transporte con origen o destino en las islas Canarias para evitar situaciones de infra- o sobrecompensación, se deberían utilizar como referencia los costes de una empresa gestionada de manera eficiente en lugar del coste medio ponderado de los operadores. Se sugiere también que los ajustes en los costes tipo que se vayan a subvencionar han de adaptarse a la evolución real del mercado sea cual sea su variación. Por último, se recomienda utilizar procedimientos competitivos para asignar la realización de los estudios de estos costes en vez de recurrir a las encomiendas de gestión con el INECO (Ingeniería y Economía del Transporte).

Informe sobre el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres (ROTT) y otras normas

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha emitido, a petición del Ministerio de Fomento, el «Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifican diversas normas reglamentarias para adaptarlas a la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y a los cambios introducidos en la reglamentación de la Unión Europea». Este proyecto modifica varias normas que afectan al transporte por carretera de pasajeros y de mercancías, es decir, a autobuses, camiones, ambulancias y servicios alternativos al taxi (VTC).

La Comisión ha señalado en numerosas ocasiones la conveniencia de replantear la normativa que regula estos servicios porque están sometidos a una regulación muy intensa que restringe la competencia en el sector y repercute negativamente en los consumidores y usuarios.

En el informe recién publicado sobre el Reglamento de ordenación de los transportes terrestres , la Comisión analiza el impacto de esta normativa sobre la competencia y su ajuste a los principios de regulación económica eficiente. En este sentido, ha detectado que la regulación planteada restringe la competencia de forma injustificada y, por ello, recomienda eliminar los siguientes aspectos:

a) Las exigencias que constituyen barreras de acceso para todos los operadores de transporte terrestre que quieran participar en el mercado, tales como tener una forma jurídica concreta, ausencia de ánimo de lucro, o domiciliar las licencias en territorios concretos, lo que contribuye a compartimentar geográficamente el mercado nacional. En el caso de camiones y autobuses, se imponen, además, trabas a la transmisión de autorizaciones para operar.

b) La imposición de cargas innecesarias y desproporcionadas —que además no se justifican—, como que las licencias de transporte tengan que estar vinculadas a vehículos concretos, que todos los vehículos deban estar matriculados en España, que cada operador deba disponer de una flota mínima de vehículos o que el operador sólo pueda trabajar con personal de su plantilla. En el caso particular de los camiones se imponen requisitos como que la flota de vehículos tenga muy poca antigüedad.

c) La prohibición de constituir nuevos servicios de transporte de viajeros por iniciativa privada (la decisión sobre el establecimiento de nuevos servicios compete a la Administración Pública y se adopta, además, con un elevado grado de discrecionalidad) y se establece la explotación de esos servicios en régimen de monopolio (son objeto de adjudicación a un único operador, sin evaluar si existe margen para la competencia en el mercado).

d) El control administrativo de las reducciones de tarifas.

e) El otorgamiento de un papel importante a las asociaciones de transportistas como colaboradores de la Administración. Dicho papel no sólo es peligroso para la competencia —ya que puede facilitar la colusión y reducir los incentivos para competir—, sino que también es discriminatorio respecto a las asociaciones de usuarios, a quienes no se les reconoce una similar condición.

Informe sobre el anteproyecto que modifica la «ley antitabaco» y amplía la regulación del cigarrillo electrónico

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado su «Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco». El anteproyecto introduce, como novedad, restricciones a la publicidad y venta de los cigarrillos electrónicos, aunque con una intensidad mucho menor que las que se aplican al tabaco.

La Comisión, sin poner en ningún momento en duda el objetivo de protección de la salud y la prevención del tabaquismo, cuestiona algunos de los instrumentos que se plantean en la norma al considerar que no son los más adecuados por generar distorsiones de la competencia. En este sentido, considera, en primer lugar, que el anteproyecto se centra en aspectos no previstos en el proyecto de norma, sino en otras regulaciones existentes del sector del tabaco que no son adecuadas para proteger la salud y distorsionan la competencia. Así, la Comisión reitera recomendaciones ya formuladas con anterioridad, como suprimir el monopolio de la venta minorista de tabaco a través de la red de estancos o al menos reconfigurarlo de forma más competitiva. Además, recomienda revisar las siguientes restricciones: *a*) la prohibición de venta a distancia de los cigarrillos electrónicos y su sustitución por mecanismos que garanticen la verificación de la edad o refuercen la aplicación del régimen sancionador; *b*) la exclusividad de los estancos y

establecimientos especializados para la distribución de cigarrillos electrónicos, y *c*) la prohibición de venta de productos distintos a los cigarrillos electrónicos en los establecimientos especializados, ya que no se aporta ninguna fundamentación de la medida. Asimismo, recomienda que no se difunda y publique información comercial sensible que pudiera traducirse en conductas potencialmente anticompetitivas.

Finalmente, la Comisión reclama un análisis amplio del sector y de cada una de las herramientas de intervención disponibles para elegir aquellas que sean más eficaces para los fines, al tiempo que menos distorsionadoras de la competencia. En este sentido, plantea que se consideren otros instrumentos de política pública, como la imposición indirecta, por su eficacia y menor distorsión de la competencia, ya que reduce el consumo —especialmente de los jóvenes—, se beneficia de la imagen negativa del producto en términos de salud pública, nutre de recursos a la Hacienda Pública y asimila el tratamiento fiscal al del tabaco.

Informe sobre el Proyecto de Resolución que permite un mercado más global en el póquer *online*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado su «Informe en relación con el Proyecto de Resolución por la que se autoriza la modalidad de liquidez internacional en la actividad del juego de póquer *online*». La liquidez compartida internacional introduce la posibilidad de que en el juego del póquer *online* los usuarios españoles puedan jugar con otros usuarios situados en otros países.

En julio del 2017, las autoridades de España, Francia, Italia y Portugal firmaron un acuerdo que permite autorizar de forma expresa la liquidez compartida con las jurisdicciones de estos países, en un contexto de apertura internacional al ámbito del póquer (lo que facilitará, además, el hacerlo extensivo a otras modalidades de juego en el futuro), esto es, abrir la posibilidad de que los jugadores españoles jueguen también con otros localizados en aquellos países. Así pues, la puesta en práctica efectiva de esa unificación implica una reforma técnica que asegure la supervisión de las partidas (trazabilidad y seguridad en sus diversos aspectos) y que efectúe un tratamiento correcto de los datos de carácter personal de los usuarios.

La Comisión considera que hay que tener en cuenta la irrupción de los nuevos servicios de comunicaciones electrónicas y la utilización de los servicios de juego interactivos por internet, que han cambiado de forma sustancial la concepción tradicional del juego, por un lado, y el tratamiento y las interacciones generadas por los usuarios, por otro. Las posibilidades de prestación deslocalizada e incluso transfronteriza que se abren con los nuevos medios facilitan el surgimiento de nuevas oportunidades de negocio, así como de nuevos riesgos desde el punto de vista del control de la actividad.

Desde el punto de vista de la competencia en los mercados y la regulación económica eficiente, la Comisión plantea las siguientes recomendaciones: *a*) siendo el juego una actividad muy

regulada por las implicaciones sobre el interés general (riesgos sobre la salud, fraude fiscal), debe valorarse que las restricciones (y la prohibición de la liquidez lo es) sean necesarias y estrictamente proporcionadas a los objetivos perseguidos; para ello, parece procedente que, si se levanta dicha restricción, se aporte fundamentación acerca tanto de los efectos de la medida sobre los bienes jurídicos protegidos (salud pública y lucha contra el fraude fiscal) y sobre los efectos sobre el mercado; y *b*) deberían instrumentarse mecanismos dentro de la Unión Europea para conseguir una mayor armonización de la regulación del mercado tanto desde la oferta como desde la demanda.

Informes sobre la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y sobre el Código de Conducta

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a solicitud del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, ha emitido sus informes sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual y sobre el borrador del Código de Conducta para titulares de derechos de propiedad intelectual, operadores de acceso a internet y servicios de publicidad.

En los informes se valoran ambas propuestas porque mejoran la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. No obstante, se recomienda revisar algunos aspectos en ambos proyectos.

Por lo que respecta al anteproyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, la Comisión considera positivo que impulse que la actuación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual sea más transparente y que regule las licencias multiterritoriales para fomentar la competitividad del repertorio musical español y facilitar el acceso a los contenidos musicales españoles en las plataformas digitales legales que operan en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, llama la atención sobre el hecho de que, en materia de derechos de propiedad intelectual, hay poca competencia, ya que las entidades que gestionan tales derechos actúan en un mercado cuasi monopolístico en el que es muy complicado que intervengan nuevas entidades. Las principales recomendaciones de la Comisión en su informe son las siguientes:

a) Reducir las barreras para que se creen entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual de forma que se sustituya la exigencia de autorización administrativa por una declaración responsable y se elimine la obligación de que las entidades de gestión carezcan de ánimo de lucro.

b) Dar mayor libertad a los titulares de los derechos para que determinen el alcance de sus contratos con las entidades de gestión.

c) Facilitar que los titulares de derechos puedan cambiar de entidad de gestión, al contar con un periodo máximo de permanencia de un año frente a los tres que se exigen actualmente.

También se propone modificar el plazo de preaviso para que los titulares puedan revocar sus contratos de gestión.

d) Evitar posibles abusos de las entidades de gestión a la hora de cumplir los plazos máximos de reparto de los derechos de propiedad intelectual a sus titulares.

e) Mejorar la tipificación de las infracciones, introduciendo entre las graves el incumplimiento de aspectos tan relevantes como el reparto de determinados derechos multiterritoriales o las obligaciones de información a los titulares de derechos.

f) Estudiar la posibilidad excepcional de que las infracciones de la normativa de competencia, en los casos más graves, puedan suponer que las entidades de gestión pierdan su autorización.

g) Reforzar las capacidades y medios de la Comisión de Propiedad Intelectual.

En cuanto al Código de Conducta que establece mecanismos de cooperación entre titulares de los derechos, operadores de acceso a internet y servicios de publicidad para luchar contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en internet, la Comisión considera que su instauración puede resultar positiva en ciertas circunstancias al agilizar la resolución de conflictos. Sin embargo, estos códigos también pueden favorecer prácticas anticompetitivas, de modo que se recomienda que las decisiones de especial gravedad para los presuntos vulneradores sean respaldadas por la Comisión de Propiedad Intelectual y, en su caso, por los tribunales.

Prácticas prohibidas

Desmantelamiento de varios cárteles que operaban en el sector de cables eléctricos

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha desmantelado cinco cárteles de los que son responsables once empresas y una asociación empresarial que fabricaban y distribuían cables eléctricos de baja y media tensión para la construcción de edificios, uso doméstico, obras de empresas energéticas, telefónicas, ferroviarias, navales y grandes proyectos internacionales (Resolución de 21 de noviembre del 2017).

El primer cártel lo crearon las siete principales empresas fabricantes de cables de baja y media tensión en colaboración con la asociación FACEL, al acordar de manera sistemática y continua las tarifas y descuentos del suministro de cables, la fecha de aplicación de las tarifas acordadas en cada momento y la de su anuncio a los clientes, los plazos de pago, las condiciones de

suministro e incluso la línea argumental que debían seguir todos ellos para justificar los cambios de tarifa ante los clientes. Pero, además, se ha acreditado que se repartieron 332 proyectos de suministro de cables a grandes clientes y existen evidencias de que llegaron a acordar el boicot a algunos clientes. El cártel operó entre los años 2002 y 2015. Este cártel ha sido sancionado con una multa de 31,6 millones de euros para las empresas, a los que hay que sumar los 80 000 euros de FACEL.

Los siguientes tres cárteles, de naturaleza similar, consistentes en diversos acuerdos de reparto de mercados, los integraban una empresa distribuidora y cuatro fabricantes. Su objeto era repartirse los grandes clientes y los proyectos de gran envergadura y operaban del modo siguiente: cuando un gran cliente solicitaba una oferta de suministro de cables a distribuidoras y fabricantes, las empresas acordaban previamente el precio que se iba a ofertar al cliente en la licitación, de modo que los fabricantes ofrecían un precio superior al del distribuidor para asegurarse de que este último resultara adjudicatario. Una vez adjudicado el proyecto a la distribuidora, ésta compensaba a los fabricantes implicados encargándoles la fabricación de los cables en ese u otro proyecto. Todo ello suponía, en la práctica, un incremento de los precios fijados para el suministro de dichos cables al cliente final, pues los acuerdos de cobertura con los fabricantes permitían a las distribuidoras fijar al alza el precio de sus ofertas, ya que conocían los precios, también incrementados, que ofertarían dichos fabricantes. En consecuencia, se ha sancionado a tres distintas combinaciones de esta modalidad de cártel: PEISA y los fabricantes General Cable y Top Cable han sido multados con 3,572 millones de euros; Nixa y los fabricantes General Cable, Negocios Industriales y Comerciales Prysmian Cables Spain y Top Cable han sido multados con 6,521 millones de euros; Amara y los fabricantes Amara, General Cable y Prysmian Cables Spain han sido multados con 3,481 millones de euros.

Finalmente, el quinto cártel lo habían constituido dos empresas distribuidoras (Comaple y Negocios Industriales y Comerciales) para repartirse diversos proyectos de suministro de cables para grandes clientes.

En aplicación del programa de clemencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha eximido del pago de la multa de 12,669 millones de euros a General Cable y a su matriz, General Cable Holdings.

Sanción a Funemadrid por abuso de posición dominante

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a la empresa Funemadrid, S. L., perteneciente al grupo Mémora, con una multa de 141 884 euros por haber llevado a cabo una conducta de abuso de posición dominante consistente en no permitir a la empresa Parcesa utilizar los servicios del tanatorio de Coslada (Resolución de 12 de septiembre del 2017).

La resolución completa el expediente sancionador que inició la Dirección de Competencia de la Comunidad de Madrid por denuncia de la empresa Parcesa y que culminó en la Resolución condenatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de octubre del 2013.

Recurrida la citada resolución, fue anulada parcialmente por la Audiencia Nacional por considerar que el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había procedido a un cambio de calificación de la conducta de Funemadrid sin dar a esta empresa la posibilidad de formular alegaciones y, en consecuencia, acordó retrotraer las actuaciones al momento anterior a la toma de decisión por la autoridad de competencia.

Por un Acuerdo del Consejo de la Comisión de 27 de julio del 2017 se reanuda la tramitación del expediente, se subsana la deficiencia constatada por la Audiencia Nacional y, a la vista de los hechos probados y teniendo en cuenta que los servicios de tanatorio tienen la consideración de instalaciones esenciales cuya utilización no puede negarse a las empresas competidoras, concluye, al igual que en la resolución anterior, que Funemadrid ha abusado de su posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios funerarios de tanatorio.

Sanción a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE) por abusar de su posición de dominio

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española (ANCCE) con 187 677 euros por abusar de su posición de dominio en los mercados de reglamentación de competiciones y gestión del linaje de los caballos de «pura raza española» (Resolución de 21 de noviembre del 2017).

Dicha asociación tiene encomendada, desde enero del 2007, la gestión del Libro Genealógico del Caballo de Pura Raza Española. Asimismo, se ocupa de la organización y reglamentación de las competiciones de caballos de la citada raza equina, denominadas habitualmente «concursos morfológicos». Además, la asociación también está presente en los mercados de promoción del caballo de pura raza española, siendo titular de diversos sitios web, en los cuales se puede consultar información relativa a las competiciones y acceder a imágenes de éstas.

El inicio de este expediente tuvo lugar tras la denuncia presentada por la empresa Melpi, especializada en actividades informáticas, comerciales y de promoción del caballo de pura raza española. Melpi consideraba que la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española impedía que los organizadores de concursos morfológicos contrataran sus servicios como secretaría técnica y dificultaba su actuación en el mercado de la promoción de los mencionados caballos.

Se da la circunstancia de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por resolución de 17 de julio del 2014, sancionó a dicha asociación por una práctica de abuso de posición dominante. Recurrida la citada resolución, fue anulada por la Audiencia Nacional por estimar que el procedimiento administrativo sancionador había caducado. En el mes de abril del 2016 la Dirección de Competencia acordó incoar nuevo expediente sancionador contra la asociación por conductas prohibidas en los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al considerar que los hechos constitutivos del abuso anteriormente sancionados en el marco del expediente sancionador S/345/11 no habían prescrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La investigación desarrollada por la Comisión acreditó que, a partir del 2011, la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española llevó a cabo una reforma de los Reglamentos de Concursos Morfológicos del Caballo de Pura Raza Española para limitar la competencia en los servicios de secretaría técnica para estas competiciones y reforzar su posición en el mercado de promoción del caballo de pura raza española, accediendo con mayor facilidad a datos e imágenes de los concursos. Así, hasta enero del 2011, las secretarías técnicas encargadas de organizar los concursos de caballos de pura raza utilizaron una amplia variedad de herramientas informáticas para la gestión de los datos, desde las más sofisticadas —como el programa de Melpi—, hasta otros sistemas más básicos —como documentos de Word y hojas de Excel—. Sin embargo, la antedicha asociación, a pesar de haber permitido el uso de esos programas en el pasado, no consideró que estuvieran homologadas. Así, desde el 2011, la única herramienta informática que consideró válida para la actividad de secretaría técnica en los concursos de caballos fue la desarrollada por la propia Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española, sin homologar ningún otro programa informático. Con estas prácticas, esta entidad limitó la libertad de los organizadores de concursos morfológicos para contratar secretarías técnicas durante el 2011 y el 2012, prohibió a aquéllos contratar a Melpi hasta que tuviera implantado el programa informático exigido por la asociación e introdujo nuevos requisitos para actuar como secretaría técnica en los concursos morfológicos.

A partir del 2013, la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española eliminó los requisitos exigidos a partir del 2011 para actuar como secretaría técnica, pero estableció nuevas obligaciones para los organizadores de concursos morfológicos —como publicar los resultados de las competiciones en la web de la asociaciónen tiempo real y ceder las imágenes de los concursos a dicha web— que favorecían su actividad en el mercado de promoción del caballo de pura raza española. Finalmente, en el 2016, la asociación introdujo en el reglamento de los concursos morfológicos la contratación por ella misma de determinados servicios hasta entonces encomendados a las secretarías técnicas de los concursos, en particular la gestión informática de los resultados y la realización de fotos y vídeos.

Todas estas actuaciones llevan a determinar que la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española ha abusado de su posición de dominio en los mercados de gestión

del Libro Genealógico del Caballo de Pura Raza Española y de reglamentación y ordenación de los concursos morfológicos, al aprobar una serie de disposiciones arbitrarias, discriminatorias y no objetivas en los reglamentos de concursos morfológicos entre el 2011 y el 2016 para reforzar su posición en el mercado de promoción del caballo de pura raza española y limitar la competencia en el mercado de los servicios de las secretarías técnicas de los concursos.

Control de concentraciones

Durante este cuatrimestre se han notificado treinta y una operaciones de concentración, de las cuales veintisiete eran de adquisición de control exclusivo; una, de toma de control conjunto; una, de toma de control mixto exclusivo y conjunto; una, de adquisición de rama de actividad y una, de creación de una empresa en participación. Todas las operaciones fueron autorizadas en la primera fase.

La operación de concentración DISA/GESA fue autorizada con los siguientes compromisos presentados por la empresa notificante: *a*) la terminación anticipada de cuatro contratos de gestión de estaciones de servicio; *b*) la terminación anticipada de veinticinco contratos de abanderamiento con Repsol y Cepsa, y *c*) el establecimiento durante el periodo transitorio derivado de los compromisos anteriores de una administración comercial separada al frente de la cual se situará a un responsable independiente.

Breves por sectores (Unión Europea)

Competencia

Deporte

La Comisión Europea concluye que el reglamento de la Unión Internacional de Patinaje (ISU) es contrario al Derecho de Competencia de la Unión Europea. Las reglas en cuestión prevén importantes penalizaciones para los atletas que decidan participar en competiciones de patinaje no autorizadas por la Unión Internacional de Patinaje, incluso prohibiciones de por vida de participar en los principales certámenes del sector. De acuerdo con la Comisión, estas normas restringen la competencia e implican que los intereses comerciales de dicho organismo prevalezcan sobre los intereses de los atletas y organizadores de eventos. Por un lado, esta normativa reduce la libertad

de los atletas y tiene un impacto negativo en sus ingresos. Por otro, limita la capacidad de los organizadores independientes para atraer a atletas de élite a sus eventos y supone un obstáculo al desarrollo de competiciones de patinaje alternativas e independientes. La Unión Internacional de Patinaje debe poner fin a estas infracciones en un plazo de noventa días derogando o modificando las reglas existentes para garantizar que las penas previstas sean proporcionadas a los objetivos perseguidos por aquéllas. Si no cumple con lo exigido por la Comisión, podría imponérsele una multa equivalente a un 5 % de su volumen de negocios medio diario.

Tecnología

La Comisión Europea multa a Qualcomm con 997 millones de euros por abuso de posición de dominio. La normativa de la Unión Europea en materia de competencia prohíbe a las empresas con posición dominante imponer condiciones de exclusividad a sus clientes a cambio de pagos y descuentos. De acuerdo con la Comisión Europea, Qualcomm —empresa dominante entre los años 2011 y 2016 en el mercado mundial de chips para teléfonos inteligentes— incumplió esta normativa al concluir un acuerdo exclusivo con Apple con el objetivo de excluir a otros fabricantes de chips del mercado de los teléfonos móviles. Dicho acuerdo se firmó en el 2011 creando una obligación para Qualcomm de pagar a Apple cuantiosas cantidades a condición de que éste utilizase exclusivamente los chips de aquél para sus iPhones y iPads. En el 2013 se acordó prolongar la vigencia del acuerdo hasta el 2016. La Comisión también concluyó que, en un momento determinado, Apple consideró utilizar chips de Intel, pero descartó la posibilidad por los pagos recibidos de Qualcomm.

Productos alimenticios

La Comisión Europea envía un pliego de cargos a AB InBev por un supuesto abuso de su posición de dominio en el mercado belga de la cerveza. En el pliego de cargos, la Comisión explica que AB InBev ocupa una posición dominante en el mercado belga de la cerveza. Esta empresa habría abusado de su posición al prohibir a supermercados y mayoristas comprar las cervezas en lata de las marcas Jupiler y Leffe en Francia y Holanda a precios más bajos con el objetivo de impedir la importación de dichas cervezas en Bélgica. La preocupación de la Comisión concierne a un número de prácticas que llevan en marcha desde el 2009. Por un lado, el embalaje de las latas de Jupiler y Leffe destinadas al mercado francés y holandés se ha modificado para dificultar su introducción en el mercado belga. Por otro, AB InBev ha limitado el acceso de los minoristas holandeses a productos y promociones clave para evitar la entrada de cervezas más baratas en Bélgica. Según la Comisión, estas conductas infringirían el artículo 102 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que prohíbe abusar de la posición de dominio. Las conclusiones incluidas en el pliego de cargos no prejuzgan la decisión final de la Comisión sobre la investigación.

Daños por ilícitos anticompetenciales

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recibe la primera cuestión prejudicial sobre la Directiva 2014/104 de daños por infracciones de Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. La cuestión prejudicial ha sido referida por un tribunal portugués con el objetivo de aclarar la aplicación de la directiva a procedimientos por daños comenzados antes de la expiración del plazo de transposición de la norma en relación con ilícitos ocurridos con anterioridad a la publicación de dicha directiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá que determinar si es posible excluir la aplicación de la normativa nacional contraria a la Directiva 2014/104 en relación con acciones ejercidas antes de la expiración del plazo de transposición con respecto a hechos ocurridos antes de su publicación. En caso de respuesta positiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá que aclarar si las normas nacionales en cuestión pueden ser interpretadas de forma conforme a la directiva. El tribunal portugués también ha preguntado si, de ser así, el demandante podría invocar el artículo 22 de la directiva en el marco de un procedimiento incoado ante un tribunal nacional. En virtud de este artículo, (1) se prohíbe la aplicación retroactiva de las normas sustantivas adoptadas por los Estados miembros en transposición de la directiva y (2) se establece que las reglas procesales nacionales adoptadas como medidas de transposición de la directiva no pueden aplicarse a acciones interpuestas antes del 26 de diciembre del 2014 (fecha de publicación de la directiva).

Jurisprudencia

Productos de lujo

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que los proveedores de bienes de lujo pueden prohibir que sus distribuidores autorizados vendan sus productos a través de plataformas electrónicas de terceros. El litigio de origen enfrentó al fabricante de cosméticos Coty Germany (Coty) con uno de sus distribuidores autorizados —Parfümerie Akzente—, debido a la prohibición a este último de efectuar ventas de los productos de Coty por medio de Amazon. de. El tribunal alemán que conoce del asunto planteó una cuestión prejudicial que dio lugar al asunto C-230/16. En su sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado que la distribución selectiva para bienes de lujo, a fin de preservar su imagen y calidad, no infringe la prohibición contra acuerdos, decisiones y prácticas concertadas recogida en el artículo 101.1 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) siempre que (*a*) la selección de los distribuidores se base en criterios objetivos de calidad, fijados de manera uniforme para todos ellos y que se apliquen de manera no discriminatoria, y que (*b*) dichos criterios no vayan más allá de lo necesario. Además, el tribunal ha matizado que la calidad de los productos de lujo no resulta exclusivamente de sus características materiales, sino que también depende de su atractivo y de su prestigio, lo que les concede un aura de lujo. Esta aura o aspecto es esencial para este tipo de bienes, ya que permite que los consumidores los distingan de otro tipo de productos. En este contexto, el tribunal ha concluido que el mencionado artículo 101.1 no prohíbe cláusulas contractuales

por las que se impida a los distribuidores autorizados pertenecientes a una red de distribución selectiva utilizar de manera discernible plataformas electrónicas de terceros para vender dichos productos por internet a condición de que (1) la cláusula tenga como objetivo preservar la imagen lujosa de los productos en cuestión, (2) se incluya de manera uniforme y se aplique sin discriminación y (3) sea proporcionada con respecto al objetivo que persigue.

Concentraciones

El Tribunal General de la Unión Europea anula la Decisión de la Comisión Europea por la que ésta aprobó la adquisición de Ziggo por parte de Liberty Global en el 2014. La decisión fue recurrida por el competidor de Ziggo, KPN, en el 2015. Según éste, los compromisos impuestos en la decisión no eran suficientes para evitar la distorsión de la competencia, especialmente en el mercado de la retransmisión de acontecimientos deportivos. Según el recurrente, (*a*) la Comisión no habría analizado correctamente las consecuencias de la operación en el mercado de la televisión deportiva de pago y (*b*) tampoco habría revisado la participación del presidente de Liberty en Eurosport. Además, de acuerdo con KPN, la televisión deportiva de pago y la televisión de películas de pago constituían dos mercados de producto separados. En Holanda, concretamente, sólo existen dos cadenas deportivas de pago: Liberty's Sport (actualmente Ziggo Sport Totaal) y Fox Sports. La operación, según KPN, concedería a Liberty la posibilidad de denegar el acceso a contenido o de forzar a sus competidores a aumentar precios. El Tribunal General, en su sentencia sobre el asunto T-394/15, ha concluido que la Comisión erró al no examinar los potenciales efectos de la operación en el posible mercado de la distribución mayorista y adquisición de televisión deportiva *premium*. La Comisión sólo puede decidir no analizar un mercado concreto si está probado clara e inequívocamente que la transacción no dará lugar a problemas de competencia en el citado mercado.

El Tribunal General de la Unión Europea confirma la multa de 20 millones de euros impuesta a Marina Harvest por incumplir su obligación de notificar a la Comisión Europea la adquisición del productor de salmón Morpol. El 12 de diciembre del 2012, Marine Harvest adquirió el 48,5 % de Morpol, y la transacción se cerró por completo unos días más tarde. Dando cumplimiento a la legislación noruega, se lanzó una oferta pública por el resto del capital de Morpol, que concluyó en marzo del 2013. A pesar de que Marine Harvest había establecido contactos con la Comisión Europea en diciembre del 2012, la notificación sólo se hizo efectiva en agosto del 2013. La Comisión decidió entonces aprobar la operación a condición de que se procediese a una desinversión y multó a Marine Harvest por no haber notificado la primera parte de la transacción antes de ejecutarla. La multa se calculó basándose en dos infracciones: 1) el incumplimiento de la obligación de notificar con carácter previo a la ejecución de la operación y 2) la ejecución de la operación antes de obtener la aprobación de la Comisión. Esta decisión fue recurrida por Marine Harvest ante el Tribunal General de la Unión, que desestimó su recurso y confirmó la decisión de la Comisión y la multa correspondiente en su sentencia referente al asunto T-704/14. Concretamente, el tribunal concluyó que el momento decisivo en el que se desencadena la obligación de notificar

es el de la adquisición de control en sentido formal y no el del ejercicio de dicho control. Además, el tribunal reconoció que el marco legal actual es inusual por prever multas por incumplimiento de dos preceptos cuando la infracción del primero requiere necesariamente la infracción del segundo. Sin embargo, a pesar de la singularidad de estas normas, éstas constituyen el marco legal en el que debe actuar la Comisión en el ejercicio de sus funciones. Concluir lo contrario beneficiaría a las empresas infractoras de los dos preceptos frente a aquellas que sólo infrinjan uno de ellos.