

Notas de Competencia

noviembre 2015

N.º 13

Sección elaborada por

el Grupo de Competencia

de Gómez-Acebo & Pombo



Sumario

— Fusiones y adquisiciones y derecho de la competencia: qué permiten y qué no permiten las normas de competencia antes del cierre de una operación.	2
— MOSAICO	6
▶ Noticias	6
▶ Impugnación de actos y normas administrativas	6
▶ Informes sobre proyectos normativos	7
▶ Estudios sectoriales	10
▶ Prácticas prohibidas	10
▶ Control de concentraciones	15
— Breves por sectores (Unión Europea)	17
▶ Competencia	17
▶ Concentraciones	17
▶ Jurisprudencia	17

Fusiones y adquisiciones y derecho de la competencia: qué permiten y qué no permiten las normas de competencia antes del cierre de una operación

Íñigo Igartua Arregui

Socio del Área de Derecho de la Competencia y de la Unión Europea de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Hasta el momento del cierre (*closing*) de la operación de que se trate, las partes continuarán siendo consideradas empresas independientes (en su caso, competidores). Esto implica que sus actos están sujetos al derecho de la competencia y que deberán comportarse en el mercado de manera independiente.

En los supuestos de fusiones o adquisiciones de empresas existen dos grandes preocupaciones desde la óptica del derecho de la competencia: el intercambio de información sensible entre competidores y el *gun jumping*.

Por un lado, en los casos en que las partes de la operación son competidoras, el intercambio de información sensible antes del cierre (en especial, durante el proceso de *due diligence* y luego de la firma del contrato) puede ser problemático. Así, un intercambio de información que aumente de forma artificial la transparencia en el mercado podría restringir la competencia y constituir una infracción de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 1 de la Ley 15/2007.

Con relación al *gun jumping*, las normas comunitarias y nacionales aplicables establecen que, en los casos en que una operación esté sujeta a la autorización por parte de las autoridades de competencia correspondientes, aquélla no puede ejecutarse hasta tanto no se obtenga la mencionada autorización (obligación de suspensión de la ejecución de la concentración —*standstill obligation*—). Esto no sólo implica que el cierre de la operación no deba tener lugar antes de que ésta sea autorizada, sino, además, que ninguna medida —por parcial o limitada que sea— que suponga la ejecución de la operación puede llevarse a cabo antes de la autorización.

2. Intercambio de información sensible

Usualmente, en la etapa de negociación de una operación de fusión o adquisición, las partes intercambian información sobre el *target* de aquélla. Sin embargo, para el derecho de la competencia no es relevante cualquier tipo de intercambio de información, sino que el que interesa es el intercambio de información sensible.

El concepto de *información sensible* dependerá de las características del mercado y de la industria de que se trate y deberá ser definido en cada caso. Sin embargo, existen ciertas reglas orientadoras para evaluar un intercambio de información desde el punto de vista de la competencia.

Normalmente, la siguiente información *no* suele ser considerada información sensible: estados contables, cuenta de resultados, listas de productos, información referida a ingresos por ventas reales o estimadas, costes y beneficio —siempre y cuando se refieran a grandes categorías de productos o datos agregados—, listas de activos, información referida a sistemas de tecnologías de la información, inmuebles y arrendamientos, información relativa a riesgos ambientales, información sobre pleitos y reclamaciones pendientes e información pública o información accesible para terceros.

Por su parte, en general la siguiente información *sí* suele ser considerada información sensible: información detallada sobre precios actuales o futuros o estrategias en materia de precios, información detallada sobre los costes o sobre sus componentes, términos y condiciones de contratos con clientes, distribuidores o proveedores específicos, estrategias actuales o futuras de *marketing* (descuentos, términos y condiciones de venta u ofertas), información referida al lanzamiento o desarrollo de nuevos productos o actividades de investigación y desarrollo, márgenes de



beneficio de productos o familias de producto concretas, información detallada respecto de licitaciones u ofertas pendientes o futuras y cifras de ventas a clientes específicos, excepto que se trate de información histórica (de más de un año).

En principio, la información que no sea considerada sensible podría ser intercambiada sin riesgo. Con relación a la información sensible, un eventual intercambio puede tener lugar en los casos en que exista una justificación razonable y evidente que lo legitime (por ejemplo, si el acceso a dicha información fuese esencial para evaluar la conveniencia de la operación, su precio, las *representations and warranties*, etc.) y siempre que se efectúe respetando ciertas reglas, reglas que variarán en función del momento en que ocurra el intercambio.

Téngase presente que, dentro de una operación de fusión o adquisición, el intercambio de información podría tener lugar, o bien durante el proceso de *due diligence* y la negociación del contrato, o bien incluso desde la firma del acuerdo hasta el momento del cierre. De ahí que resulte conveniente exponer por separado las reglas aplicables al intercambio de información antes y después de la firma del acuerdo.

a) *Reglas aplicables al intercambio de información durante el proceso de due diligence y la negociación del acuerdo.*

Antes de iniciar la *due diligence* (no sólo nos referimos a la *due diligence* legal, sino también a la financiera, la comercial, etc.), es necesario preparar un listado de la información que se desea obtener con respecto al *target*. Resulta conveniente que tal listado comprenda la información mínima necesaria para el proceso y que la petición sea lo más clara y precisa posible.

En caso que se trate de información sensible cuyo intercambio pudiera resultar riesgoso, se podría intentar su «anonimización». Esto implica que la información podría «procesarse» para reducir e incluso eliminar su carácter de sensible (por ejemplo, generando datos agregados o eliminando detalles).

Adicionalmente, debe elaborarse un protocolo de las condiciones de acceso a la información sensible donde esencialmente conste lo siguiente:

- Composición del equipo: debe identificarse con claridad quién accede y a qué información. Sólo debe permitirse acceder a aquellos empleados que realmente necesiten conocer la información. Idealmente, no deben integrar el equipo

empleados o funcionarios de la empresa involucrados en las operaciones diarias de ésta y además habrían de cambiar de destino o funciones dentro de la empresa después del proceso.

- Obligación de confidencialidad: los miembros del equipo deben firmar un acuerdo de confidencialidad en el que se obliguen a mantener la reserva de la información recibida, a utilizarla exclusivamente para los fines que justificaron su revelación y a abstenerse de revelarla a otros empleados de la empresa que no formen parte del equipo y a terceros.

b) *Reglas aplicables al intercambio de información desde la firma del acuerdo hasta el cierre.*

A fin de intercambiar información, debe elaborarse un protocolo escrito para el periodo de transición (*transition period*), donde esencialmente conste:

- La composición de equipos y sus funciones: estos equipos deberán ser conjuntos, con integrantes del comprador y del *target*, con asignación de funciones específicas por equipo (ejemplo, conformación de un equipo de recursos humanos, financiero, etc.).
- La obligación de llevar actas de las reuniones de equipo, designándose un secretario a tal fin en cada uno de ellos.
- La obligación de llevar el registro de las informaciones que se intercambien dentro de cada equipo (mínimo indispensable).
- Las posibilidades de discusión de planes de negocio o nuevas iniciativas, aclarando que sólo podrán tener lugar si fueran indispensables para no paralizar el proyecto.
- Las posibilidades de intercambio de información adicional con respecto a la *due diligence*, intercambio que será excepcional si tal información es necesaria para, por ejemplo, la transferencia de contratos o la negociación con proveedores.
- La obligación de confidencialidad (en los mismos términos que los expuestos para la etapa de *due diligence*).
- La definición expresa de las labores de cada equipo, aclarando especialmente que se limitará a estrategias o trabajos «preparatorios» que no impliquen ejecución de la operación. Si

bien los equipos podrían adoptar decisiones, en esta etapa sólo podrán dejar constancia de ellas, ya que su implementación o ejecución sólo podrá tener lugar luego de ocurrido el cierre.

Hasta el momento, en la práctica no ha sido frecuente la aplicación de multas por intercambio de información sensible. Sin embargo, dado que aquéllas podrían alcanzar hasta el 10 % de la cifra de ventas anual de las empresas, la elaboración de los protocolos correspondientes para el intercambio de información se ha convertido en una demanda constante por parte de los *targets* y de los bancos de inversión o asesores que intervienen en los procesos de fusiones y adquisiciones.

Y ello no sólo porque es una medida de cumplimiento normativo (*compliance*) ineludible, sino porque además la aplicación de los protocolos redundaría en grandes ventajas para las partes intervinientes. Así, en la tarea de refinar la información para reducir su carácter de sensible se consigue el mejor nivel de información posible en el sentido de proporcionar a cada parte ni más ni menos que la información que necesita.

Sólo resta destacar el papel de los abogados o asesores legales durante todo este proceso. Su intervención es necesaria tanto en la elaboración de los protocolos, su aplicación, registro y, en su caso, archivo. Y ello porque resultan adecuados para esta tarea puesto que reciben constantemente información de ambas partes y pesan sobre ellos fuertes obligaciones de confidencialidad.

3. *Gun jumping*

Hasta que la operación sea aprobada por las autoridades de competencia correspondientes, las partes deberán actuar en el mercado de manera independiente evitando identificarse como una única entidad o como entidades relacionadas (*standstill obligation*)¹.

Por ello resulta clave el control de lo que sucede durante el periodo de transición —es decir, desde la firma del acuerdo hasta el cierre—, ya que en tal periodo podrían tener lugar ciertos cambios —estructurales

o de comportamiento— que podrían resultar en un incumplimiento de la *standstill obligation* antes mencionada.

En este sentido, cualquier acto adoptado por el adquirente que implique una toma de control sobre la empresa objeto de la operación provocará un cambio estructural que será considerado un acto ejecutorio de aquélla. Tales serían claramente los casos de transferencia de acciones o de activos al comprador. Sin embargo, también podrían ser considerados actos ejecutorios los casos de designación y toma de posesión de directores o gerentes del *target*, el ejercicio de influencia *de facto* sobre el órgano de administración del *target*, la implantación de planes de reorganización de plantilla, de producción, etc., o la transferencia o movilidad de empleados.

Asimismo, un cambio de comportamiento tal como actuar de forma coordinada luego de la firma del acuerdo y antes del cierre ciertamente podría considerarse una práctica concertada capaz de infringir las normas de competencia. Esto incluye, entre otros supuestos, los siguientes: coordinación de estrategias de *marketing*, coordinación en materia de ventas o compras, coordinación en materia de políticas de inversión, coordinación en materia de investigación y desarrollo, acuerdos de suministro o comercialización conjunta, designación de un único contacto para clientes en común o de dos contactos (uno de cada parte de la transacción) para clientes que no tengan en común, otorgamiento a la otra parte de la transacción de derechos que impliquen codecisión respecto de una oferta o contrato con un cliente o la presentación ante el mercado o clientes como una unidad.

Por todo lo anterior, resulta necesario establecer un protocolo de actuación para el periodo que va desde la firma del acuerdo hasta el cierre que incluya en esencia lo siguiente:

- La composición de los equipos de trabajo para la futura implantación de la operación y la definición de las labores de cada equipo, dejándose constancia de que éstos podrán realizar sólo actos o estudios preparatorios y previsiones de futuro, pero no ejecutarlos.

¹ Esta regla admite las siguientes excepciones: 1) los casos de otorgamiento expreso de dispensa de esta prohibición por parte de las autoridades, y 2) los casos de una oferta pública de adquisición o de una serie de transacciones de títulos admitidos a negociación en un mercado por las que el control sea adquirido a varios vendedores, siempre y cuando: a) la concentración sea notificada sin demora a la autoridad, y b) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la autoridad.

- El marco de actuación del equipo, aclarando que, si bien podrán adoptar decisiones, todas ellas y su ejecución estarán condicionadas al cierre.
- La obligación de mantener las conclusiones y decisiones de cada equipo de trabajo en secreto: sólo serán conocidas por los miembros de cada grupo y, en su caso, por los directivos que deban conocerlas de acuerdo con la línea jerárquica de que se trate.

Un punto adicional que es importante mencionar es que usualmente durante este periodo pesa sobre el *target* una obligación de no llevar a cabo actos fuera del llamado *ordinary course of business* como consecuencia de una previsión contractual expresa incluida por las partes en el acuerdo. Desde la inclusión de este tipo de cláusulas, tal obligación es válida e incluso lógica para mantener más o menos inalterado el patrimonio social adquirido por el comprador hasta el momento en que pueda tomar su control. Sin embargo, la realización de actos fuera del curso ordinario de los negocios podría encontrar justificación razonable en la necesidad de preservar el valor de la empresa o en la aparición de una oportunidad única de inversión en un nuevo negocio.

En cualquier caso, el problema surge cuando se prevé contractualmente la solicitud del llamado «visto bueno» del comprador para la adopción de decisiones fuera del curso ordinario de los negocios. Y ello porque su intervención equivaldría a un ejercicio efectivo de control sobre el *target* y, por ende, configuraría un supuesto de *gun jumping*. De ahí que sea necesario redactar este tipo de cláusulas con la mayor precisión posible, estableciendo claramente los parámetros y circunstancias bajo los cuales se podrían ejecutar actos fuera del curso ordinario de los negocios a fin de que no sea necesario en ningún caso requerir ni la más mínima intervención del comprador en la adopción de la decisión de que se trate.

Antes de concluir conviene señalar que, de acuerdo con la normativa vigente, las multas por *gun jumping* podrían ser de hasta un 5 % de la cifra de ventas del último año de las empresas.

En la práctica, es cierto que tanto a nivel europeo como español las multas más cuantiosas que se aplicaron con relación a este tema se dieron en contextos en los cuales existieron operaciones que no se notificaron

porque las partes entendían que no existía obligación de notificar² y no en supuestos en los cuales se notificó la operación, pero se ejecutó antes de obtener la autorización.

Sin embargo, en los Estados Unidos existen interesantes precedentes de multas impuestas por intercambio de información y actos de ejecución antes del cierre, aun en escenarios en que sí había sido notificada la operación en cuestión.

En el caso United States frente a Smithfield Foods, Inc. and Premium Standard Farms, LLC (n.º 1:10-cv-00120 - D. D. C. Jan. 21, 2010) se condenó solidariamente a ambas empresas al pago de una multa de 900 000 dólares por intercambiar información sobre condiciones de proveedores y actuar conjuntamente en compras. Ello teniendo en cuenta que durante el periodo de transición, Premium Standard Farms buscó el consentimiento de Smithfield para todos los contratos de compra que se presentaron, proporcionándole incluso los términos de dichos contratos (incluidos precio, cantidad y duración).

Por su parte, en el caso United States frente a QUALCOMM Incorporated and Flarion Technologies, Inc. (n.º 1:06-cv-00672 - D. D. C. April 19, 2006) el Department of Justice demandó a ambas empresas por incluir en el acuerdo de fusión ciertas cláusulas restrictivas de la capacidad del *target* para adoptar decisiones sobre su negocio.

En particular, se identificaron una serie de cláusulas que contenían acciones que el *target* no podía llevar a cabo sin requerir la aprobación previa de Qualcomm, tales como licenciar la propiedad intelectual a terceros, celebrar acuerdos que implicaran la asunción de obligaciones de pago o el derecho a recibir pagos por montos superiores a 75 000 dólares al año, celebrar acuerdos relacionados con la disposición o adquisición de derechos de propiedad intelectual, contratar empleados (excepto que fuera dentro del curso ordinario de los negocios) o presentar propuestas de negocios a clientes o nuevos clientes.

A juicio del Department of Justice estas cláusulas fueron utilizadas como medio para ejercer control por parte del comprador sobre el *target* antes de que ésta se aprobara. Fue por tal motivo por lo que demandó a Qualcomm y Flarion, que fueron condenadas solidariamente al pago de una multa de 1 800 000 dólares.

² Ver 1) CE «M. 6014 - GDF SUEZ/ELECTRABEL» multa de veinte millones de euros; y 2) CNMC ref. expte. N-245 ACS/Dragados, res. Min. de Economía de 4 de septiembre del 2002, confirmada por la STS, Sala de lo Contencioso, de 12 de julio del 2006, n.º rec. 905/2004.

MOSAICO

Noticias

Procedimiento especial para exigir la deuda tributaria en caso de recuperación de las ayudas de Estado

La Ley 34/2015 de modificación de la Ley General Tributaria ha establecido un procedimiento especial para determinar y exigir la correspondiente deuda tributaria en el caso de que proceda la recuperación de las ayudas públicas ilegales.

Entre los elementos singulares de este procedimiento destacan los siguientes: 1) el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar y exigir el pago de la deuda tributaria que resulte de la ejecución

de la decisión de recuperación se fija en diez años; 2) el hecho de que, aunque exista una resolución o liquidación previa firme practicada por la Administración tributaria relacionada con la obligación tributaria afectada por la decisión de recuperación de la ayuda pública, la ejecución de dicha decisión determinará la modificación de la resolución o liquidación; 3) la suspensión de las resoluciones o liquidaciones derivadas de la ejecución de la decisión de recuperación, en los casos en que se presenten recursos de reposición o contencioso-administrativos contra ellas, solamente será posible si se aporta como garantía el depósito de dinero en la Caja General de Depósitos; 4) la imposibilidad de aplazar o fraccionar las deudas tributarias de referencia.

Impugnación de actos y normas administrativas

La CNMC recurre una resolución del Servicio Territorial de Transportes de la Generalitat de Valencia

La Audiencia Nacional ha admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha interpuesto contra la Resolución del Servicio Territorial de Transportes de Valencia de 14 de noviembre del 2014, confirmada en alzada por resolución de la Dirección General de Transportes y Logística de la Generalitat Valenciana de 10 de marzo del 2015, que deniega una autorización de transporte de mercancías por carretera.

El recurso de la CNMC se basa en que la citada resolución puede resultar contraria a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, porque la exigencia de un número mínimo de tres vehículos (establecida en el artículo 19.1 de la Orden FOM/734/2007 para obtener una autorización de transporte) que sirve de fundamento a la citada resolución supone un obstáculo injustificado para el acceso y ejercicio de esta actividad.

Requerimiento de la CNMC a dos Ayuntamientos para que modifiquen las respectivas ordenanzas del taxi

La CNMC ha requerido a los Ayuntamientos de Málaga y Córdoba para que modifiquen diversos artículos de las ordenanzas del taxi relativos a la limitación de licencias y al uso obligatorio del taxímetro, por considerar que obstaculizan la existencia de una competencia efectiva.

Según la CNMC, el establecimiento de un número máximo de licencias de taxi para garantizar la suficiente rentabilidad del servicio ha de considerarse contrario a la libertad de prestación de servicios porque no hay ninguna razón de interés general que justifique la restricción. Asimismo considera que la imposición de turnos y horarios atenta contra la potestad de autoorganización de los operadores, que la exigencia de autorización administrativa para poner publicidad en los vehículos o crear radioemisoras es contraria a la libertad de empresa y que la prohibición de hacer descuentos sobre las tarifas oficiales resulta contraria a las normas de competencia.

De no atender este requerimiento, la CNMC podrá proceder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, a impugnar las ordenanzas municipales ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La CNMC requiere al Gobierno de Canarias para que suprima o modifique distintos artículos de su reglamento de viviendas vacacionales

La CNMC ha formulado un requerimiento previo al Gobierno de Canarias para que modifique el Decreto 113/2015 de viviendas vacacionales por considerar que contiene artículos que restringen la competencia efectiva en el sector de los servicios de alojamiento, perjudica a los usuarios, privilegia injustificadamente a las empresas ya instaladas al crear barreras a la entrada a los operadores y limita su capacidad de competir.



El citado decreto establece una nueva regulación de las viviendas vacacionales en la Comunidad Autónoma de Canarias, las cuales anteriormente venían conformando la denominada oferta de alojamiento no reglado y carecían de regulación específica.

El análisis de la norma por parte de la CNMC ha puesto de manifiesto numerosos obstáculos al desarrollo de una competencia efectiva en el mercado, entre los que destacan los siguientes: *a)* se excluyen del ámbito de aplicación aquellas viviendas situadas en suelos, zonas y urbanizaciones turísticas que, por su propia naturaleza, eran zona habitual de localización de las viviendas vacacionales ofertadas antes de la entrada en vigor de la normativa. De este modo se privilegia a los establecimientos turísticos instalados tradicionalmente, que tienden a concentrarse en esas zonas, amparándolos frente a la competencia en claro perjuicio de los usuarios; *b)* se exige innecesariamente al arrendador la habitualidad en la actividad y la finalidad vacacional al arrendatario; *c)* se prohíbe el alquiler por estancias o habitaciones, lo cual se considera contrario al derecho de autoorganización del empresario y al derecho de los ciudadanos a disponer libremente de sus bienes sin restricciones injustificadas; *d)* se establece un exhaustivo catálogo de requisitos en cuanto a las dimensiones y equipamiento de las viviendas, lo cual constituye una carga innecesaria para los operadores que incrementa los costes y limita su libertad de autoorganización; *e)* se somete el acceso a la actividad a un régimen de declaración responsable que tiene características más propias de

los regímenes de autorización administrativa, sin que se justifique en términos de necesidad y proporcionalidad tal intensidad de intervención administrativa; *f)* se exige la exhibición en el exterior de la vivienda de una placa distintiva de la actividad y, en el interior, de un cartel tanto en español como en inglés que recoja, por una parte, los teléfonos de asistencia en caso de emergencia y, por otra, las prohibiciones previstas en la norma; *g)* se obliga también a la suscripción de un contrato redactado en español y en inglés.

Todas estas medidas elevan injustificadamente los costes de entrada en el mercado y desalientan a algunos operadores que ya estaban participando en él con nuevos modelos de prestación de servicio y a otros potenciales oferentes, de modo que se reducen el número de competidores y los incentivos para que haya precios más eficaces y competitivos para los usuarios. Asimismo, la nueva normativa obstaculiza las posibilidades de innovación por parte de los operadores, impidiendo que los consumidores, con distintos gustos, preferencias y capacidad de gasto, se beneficien de ofertas también diversas, basadas en distintas combinaciones de calidad y precio. Además, la aprobación de esta normativa restrictiva se produce en un contexto mundial de innovación tecnológica en el sector del alojamiento con finalidad turística y no turística que afecta tanto a los operadores ya instalados como a los nuevos entrantes que prestan alojamiento a través de servicios *on line* y de economía colaborativa.

Informes sobre proyectos normativos

Informe sobre el Proyecto de Real Decreto de desindexación de la economía española

La CNMC ha publicado un informe sobre el Proyecto de Real Decreto de Desindexación de la Economía española, que desarrolla la Ley 2/2015, de Desindexación de la Economía. El informe se emite a solicitud del Ministerio de Economía y Competitividad en ejercicio de las competencias atribuidas a la CNMC por la Ley 3/2013.

La indexación consiste en vincular la evolución del valor monetario de una variable económica a la evolución de un índice de precios (como el de consumo o IPC). En economías desarrolladas como la española, con una inflación relativamente baja, estable y fácilmente predecible, existe un relativo consenso en que esta práctica presenta efectos económicos negativos. Más allá de otros perjuicios, la indexación automática de precios y rentas distorsiona la competencia efectiva al desvirtuar la información que deben transmitir los precios sobre la demanda y la oferta, lo que dificulta la toma de decisiones eficientes por parte de los agentes.

A tenor de estos efectos negativos se viene desarrollando en tiempos recientes una política de desindexación, plasmada en diversas iniciativas que culminaron con la Ley de Desindexación de la Economía Española, que ahora se desarrolla reglamentariamente.

Para la CNMC, el proyecto merece una valoración general positiva, si bien existen determinadas cuestiones susceptibles de mejora, como las que se relacionan a continuación: *a)* aunque se considera valiosa la inclusión de los principios de referenciación a costes y de eficiencia y buena gestión empresarial, así como la posibilidad de revisión a la baja de los precios, sin embargo, se recomienda una mayor concreción para superar las dificultades de aplicación de estos principios; *b)* debe justificarse de forma más detallada la razón que motiva las excepciones al principio general de no indexación en el ámbito energético y en la contratación pública, donde es posible una revisión periódica y predeterminada de los valores monetarios, y *c)* la utilización de fórmulas debe respetar ciertos criterios, como el empleo de índices disponibles para el público y la consideración (obligatoria y

no potestativa) de un factor que se module por el crecimiento de la productividad.

Informes sobre la regulación en materia de arrendamiento de vehículos con conductor

La CNMC ha elaborado sendos informes sobre los siguientes proyectos normativos de regulación de la actividad de alquiler de vehículos con conductor: el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y el Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden FOM/36/2008.

Estos proyectos tienen por objeto la regulación de la citada actividad ante la aparición del fenómeno de la economía colaborativa que comporta nuevas formas de prestación del servicio de transporte discrecional de viajeros en vehículos privados, las cuales pueden generar importantes beneficios a los consumidores en forma de mayor competencia, mayor eficiencia en la asignación de los recursos infrautilizados, menores costes de transacción y reducción de los problemas de información asimétrica. Ahora bien, para garantizar dichos beneficios es necesario que la regulación no introduzca distorsiones innecesarias en el funcionamiento del mercado.

A este respecto la CNMC ha detectado en ambas normas las siguientes restricciones de la competencia: a) la obligación de disponer de un número mínimo de vehículos; b) la obligación de adoptar una determinada forma jurídica para poder operar; c) la necesidad de que las autorizaciones se otorguen por vehículo y no por empresa; d) la obligación de que el arrendamiento sea completo, es decir, de todas las plazas del vehículo; e) la imposición de que los vehículos tengan carácter representativo; f) la facultad de denegación del otorgamiento de licencias si se considera que existe una situación de desequilibrio entre la oferta y la demanda; g) el establecimiento de una regla de proporcionalidad en la prestación del servicio en una comunidad autónoma; h) el otorgamiento de un trato de favor a los incumbentes, e i) las exigencias relativas a la base de operaciones.

Estas restricciones suponen un perjuicio directo para los operadores del mercado (potenciales o actuales), que verán aumentar sus costes de acceso a aquél, así como para los usuarios, que verán restringida su capacidad de elección respecto a la oferta disponible. Teniendo en cuenta el impacto negativo de tales restricciones, se considera procedente señalar la necesidad de su replanteamiento a la luz de la normativa indicada y de los principios de una regulación económica eficiente, tales como los de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción.

Finalmente, la CNMC llama la atención sobre la indebida asimilación de la regulación del alquiler de vehículos con

conductor con la regulación del sector del taxi y considera que no debería imponerse la existencia de restricciones en este sector por una pretendida analogía con las existentes en el sector del taxi.

Informe sobre la regulación del acceso a la profesión de entrenador de fútbol

La CNMC ha emitido, a solicitud del Consejo Superior de Deportes, un informe sobre los requisitos que la federación nacional de fútbol y las federaciones autonómicas tratan de imponer para el acceso y ejercicio de la profesión de entrenador de fútbol en las competiciones deportivas.

Partiendo de que las enseñanzas deportivas están reguladas mediante un régimen especial que comprende una titulación de grado medio y otra de grado superior y que la Ley del Deporte admite implícitamente que las federaciones deportivas puedan imponer condiciones de titulación para el desarrollo de la actividad de técnico deportivo, la Comisión considera que el sistema de cuotas que hay que pagar para que sea expedida la licencia de entrenador carece de proporcionalidad, es discriminatorio y distorsiona la competencia por suponer una barrera injustificada y regresiva que no favorece la competitividad del sector y desincentiva la atracción del talento.

Con respecto a las licencias UEFA, que son expedidas por delegación por la Real Federación Española de Fútbol, la CNMC estima que no existe justificación para discriminar a las personas que han obtenido una titulación oficial en centros públicos o privados legalmente reconocidos frente a aquellas otras que los obtuvieron en centros federativos.

Finalmente, a la vista de las consideraciones anteriores, la Comisión recomienda reformar en profundidad la normativa de referencia respetando los principios de libertad de acceso y de ejercicio de las profesiones reconocidos en el artículo 38 de la Constitución.

Informe sobre la prohibición de la propiedad de los derechos económicos futbolistas por parte de terceros

Se trata de un informe en el que la CNMC valora la prohibición de que terceras personas posean los derechos económicos de los jugadores de fútbol (*third party ownership* —TPO—) desde la óptica de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

Como antecedente hay que señalar que la propiedad de los derechos económicos de los jugadores de fútbol por parte de terceros, normalmente fondos de inversión, es una práctica que se había extendido en España, pero que había sido



prohibida tanto por la FIFA como por la Federación Española de Fútbol desde el 1 de mayo del 2015. Así pues, ni los clubes ni los jugadores pueden firmar un contrato con un tercero que otorgue a éste el derecho a participar (total o parcialmente) en el valor de un traspaso futuro. Los argumentos que se utilizan para justificar la prohibición se basan en los riesgos para la integridad deportiva de la competición (por posibles conflictos de intereses con terceros que dispongan de la propiedad de los derechos económicos de jugadores que compitan en clubes rivales), eventuales perjuicios para los clubes (que no se benefician del traspaso de jugadores valiosos) y la posible excesiva inestabilidad contractual de los profesionales.

A este respecto la Comisión considera: *a)* que la prohibición de la figura del TPO vulneraría el principio constitucional de la libertad de empresa y los principios comunitarios europeos de libre circulación de capitales y trabajadores; *b)* que la prohibición del TPO no lograría por sí misma acabar con los riesgos de manipulación de las competiciones deportivas, de modo que habría que considerar alternativas menos distorsionadoras, como establecer obligaciones de mayor transparencia o la aplicación de un régimen disciplinario más predecible en el caso de detectarse conductas inadecuadas; *c)* que la prohibición del TPO supondría además un perjuicio evidente para los clubes, pues se les privaría de la libertad de conducirse de una manera que hasta ahora consideraban adecuada para sus necesidades. Este daño será mayor para los clubes de pequeña y mediana entidad, los más necesitados de financiación y, en su caso, de asesoramiento para poder contratar a deportistas de talento a un coste asequible, y *d)* que la prohibición del TPO también perjudicará a los futbolistas, que verán truncado su desarrollo personal y profesional mediante la prohibición de una conducta que hasta ahora seguían de manera voluntaria en búsqueda de su propio beneficio. En definitiva, la prohibición del TPO es perjudicial para el sector del fútbol, tanto para la competición en sí como para sus clubes y profesionales. La menor remuneración y generación de talento supondrá menor competitividad y calidad del sector, lo que acabará perjudicando en última instancia al bienestar del consumidor. Por todo ello, se recomienda no efectuar el cambio del Reglamento general de la Real Federación Española de Fútbol que pretende prohibir la figura del TPO.

Informe sobre el Proyecto de Real Decreto sobre comunicaciones comerciales de las actividades de juego y de juego responsable

El proyecto de real decreto desarrolla la Ley 13/2011, de Regulación del Juego, en dos ámbitos, el de las

comunicaciones comerciales y el del juego responsable, con la finalidad de proteger la salud pública en el ejercicio de esta actividad y ofrecer seguridad jurídica a los operadores y participantes.

El proyecto de real decreto establece numerosas condiciones y limitaciones a los operadores que condicionan el acceso y el ejercicio del juego (prohibición de publicidad en canales, medios, programas, webs y eventos destinados al público menor de edad o limitaciones horarias en los diferentes canales de comunicación). Igualmente se regulan las condiciones sobre el contenido de la publicidad (limitaciones para la aparición de personajes famosos o de relevancia o notoriedad pública que tengan un atractivo para el público infantil o juvenil). Respecto al juego responsable, se obliga a disponer en sus páginas web de espacios dedicados a información sobre «juego responsable» y «juego seguro» con un contenido mínimo y a la habilitación de un teléfono gratuito de atención al cliente en el que se preste asistencia en materia de juego responsable.

El informe de la CNMC considera que la actividad del juego debe ser entendida como una actividad económica que debe ser ejercida de conformidad con el principio de libertad empresarial y, por ello, la introducción de restricciones debe justificarse estableciendo un análisis de necesidad y proporcionalidad en aras de alcanzar un correcto equilibrio entre la promoción del juego como actividad de ocio y entretenimiento y la necesaria protección de los consumidores frente a los riesgos de esa actividad. Además, debe garantizarse la no discriminación entre operadores. En este sentido, el proyecto merece una valoración general positiva, pero existen algunas cuestiones susceptibles de ser mejoradas, desde un punto de vista de una regulación eficiente: *a)* la determinación de los efectos derivados de la autorregulación y la corregulación en la valoración de las responsabilidades de los operadores en el marco de un procedimiento sancionador; *b)* la delimitación de las funciones de la CNMC como autoridad supervisora del mercado de la comunicación audiovisual y las que corresponderían a la autoridad reguladora del juego; *c)* la justificación de la calificación del Consejo de Protectorado de la ONCE como autoridad reguladora del juego, y *d)* la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos en la regulación de los contenidos, horarios y condiciones de las emisiones de las comunicaciones comerciales sobre el juego en los servicios de comunicación audiovisual televisivos y radiofónicos.

Estudios sectoriales

Estudio del mercado mayorista de carburantes en España

La CNMC ha publicado un estudio sobre el mercado mayorista de carburantes de automoción en España en el que destaca que aún persisten importantes barreras de entrada y expansión para los nuevos operadores que quieren operar en este mercado. La Comisión subraya en su informe que, pese a los últimos cambios normativos que se han producido en materia de estaciones de servicio, la competencia en el sector mayorista no puede calificarse de satisfactoria.

Según las conclusiones del informe, una de las principales causas que impiden la aparición y expansión de nuevos operadores petroleros es la propia estructura de los operadores tradicionales (Repsol, Cepsa y BP), presentes en toda la cadena de valor. Esta circunstancia favorece situaciones de concentración e integración vertical del mercado que les otorgan un gran poder de mercado y que no son replicables. Por otra parte, los operadores petrolíferos con refinerías en territorio español disfrutan de ventajas prácticamente irreproducibles para el resto de los operadores, fruto de su integración vertical en el refino, el transporte, el almacenamiento primario y secundario y la distribución. Adicionalmente, su influencia sobre la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES) y sobre las decisiones estratégicas de la Compañía Logística de Hidrocarburos (CLH) a través de su presencia en el accionariado y en el consejo de administración dificultan aún más la competencia.

El estudio analiza además el impacto que esta integración vertical ha tenido sobre las importaciones de carburantes en España y que ha dado como resultado que, debido al reciente incremento de la capacidad instalada y a la reducción de la demanda, las importaciones han dejado de generar una mínima tensión competitiva que pudiese producir, al menos parcialmente, una reducción de los precios actuales.

Asimismo, la Comisión considera que debería evitarse la influencia excesiva de los operadores con capacidad de refino en España sobre las decisiones estratégicas de CORES, la corporación de derecho público responsable de garantizar el mantenimiento de las reservas de los productos petrolíferos y el control de las existencias mínimas de seguridad para el suministro de los hidrocarburos en España. El hecho de que la mayor parte de los costes de mantenimiento de la corporación los sufragan, fundamentalmente, los operadores mayoristas que no están integrados reduce sus márgenes y su capacidad de expansión en el mercado español.

En consecuencia, la CNMC ha emitido las siguientes recomendaciones para fomentar la competencia en el mercado español: *a)* limitar al 4,99 % del capital social la participación directa o indirecta en el accionariado de CLH de cualquier persona física o jurídica que realice actividades en el mercado del refino en España y evitar la presencia de estos operadores en los órganos de decisión de CLH; *b)* hacer recaer la obligación de mantener las reservas mínimas de seguridad sobre los operadores con capacidad de refino y los importadores de carburantes de automoción, liberando a los operadores mayoristas de dicha obligación; *c)* constituir una entidad de gestión de las existencias mínimas de seguridad que sea independiente de los operadores de la industria petrolífera, o bien limitar sustancialmente el peso de éstos en la toma de decisiones de la corporación para limitar la influencia de los operadores con capacidad de refino en España, y *d)* separar la gestión de las operaciones mayoristas del resto de las actividades para limitar la influencia de las actividades de refino sobre las efectuadas en el tramo mayorista y minorista. Asimismo, se debería desarrollar un régimen de incompatibilidades efectivo para el personal directivo relacionado con la actividad mayorista de carburantes de automoción.

Prácticas prohibidas

Cárteles

Sanción a empresas fabricantes y distribuidoras de marcas de automóviles en España y a dos empresas consultoras por prácticas restrictivas de la competencia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado con un total de 171 millones de euros a veintiuna empresas presentes en los mercados de

distribución y comercialización de vehículos de motor y en el de la prestación de los servicios de postventa en todo el territorio español, así como a dos empresas consultoras, por prácticas de cártel (Resolución de 23 de julio del 2015).

Se trata de una infracción única y continuada consistente en el intercambio sistemático de información confidencial



y comercialmente sensible, tanto actual como futura, de forma desagregada, que cubría la práctica totalidad de las actividades llevadas a cabo por las empresas sancionadas mediante su red de distribución (venta de vehículos nuevos y usados) y postventa (prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambio). Asimismo, ha quedado acreditado que las empresas desarrollaron dichos intercambios de información con manifiesta ocultación y secretismo, valiéndose de mecanismos específicos que facilitaban dicho intercambio de información mediante la participación a tal efecto de dos empresas de consultoría.

Los intercambios de información se estructuraron en tres ámbitos: en el de la gestión empresarial, se intercambió información relativa a la distribución y comercialización de los vehículos distribuidos en España por las marcas participantes en el llamado «Club de Marcas», con la colaboración de la consultora Snap-on desde el 2009. Posteriormente, algunas de las empresas participantes en el citado club, junto con algunas nuevas, decidieron ampliar y completar la información intercambiada sobre sus servicios y actividades de postventa. Para ello crearon, con la colaboración de la consultora Urban Science, el «Programa de Intercambio de Información de Indicadores de Postventa» y se reunieron en los denominados «Foros de Directores de Postventa» para analizar la información intercambiada y las futuras políticas comerciales de las citadas marcas. Por último, y por lo que respecta al *marketing*, algunas de estas empresas intercambiaron información confidencial con ocasión de las reuniones de los responsables de *marketing* de postventa en las denominadas «Jornadas de Constructores». Esta conducta de intercambio de información sensible ha ocasionado efectos perniciosos sobre la competencia efectiva en el mercado al provocar una disminución artificial de la incertidumbre de las empresas en

relación con la política comercial de sus competidoras. La consiguiente disminución de la competencia durante el extenso periodo en el que se produjeron los intercambios de información se ha trasladado al consumidor final en forma de menores descuentos, políticas comerciales menos agresivas por parte de las marcas y un menor esfuerzo por distinguirse de las otras empresas con unos servicios de más calidad.

La cuota de mercado conjunta de las marcas participantes en las conductas analizadas en este expediente sancionador alcanza en torno al 91 % de la distribución de automóviles en España y comprende la casi totalidad de las marcas denominadas «generalistas» y alguna de las denominadas *premium*.

En consecuencia, se han impuesto multas por un importe total de 171 millones de euros a las siguientes empresas: Automóviles Citroën España, B&M Automóviles España, BMW Ibérica, Chevrolet España, Chrysler España, Fiat Spain, Ford España, General Motors España, Honda Motor Europe Limited sucursal en España, Hyundai Motor España, Kia Motor Iberia, Mazda Automóviles España, Mercedes Benz España, Nissan Iberia, Peugeot España, Renault España Comercial, Toyota España, Volvo Car España, y a las consultoras Snap-on Business Solutions y Urban Science España. Se han archivado las actuaciones seguidas contra Peugeot Citroën Automóviles España, Renault España y Orio Spain por no haber quedado acreditada su participación en la infracción. Por otra parte, se ha eximido del pago de la sanción a SEAT, S. A., y a las empresas de su grupo Volkswagen Audi España, S. A., y Porsche Ibérica, S. A., por su condición de solicitantes de clemencia. Para el cálculo de las multas, la CNMC ha utilizado unos tipos sancionadores que oscilan entre el 0,10 % y el 2 % del volumen de negocio total de las empresas en el 2014.

Acuerdos de fijación de precios

La CNMC multa a Repsol y a varias de sus empresas abanderadas por prácticas contrarias a la competencia

La CNMC ha impuesto multas de 22,8 millones de euros, a Repsol S. A. y a varias empresas que forman parte de su red de abanderadas por haber llevado a cabo las prácticas colusorias que más adelante se especifican.

El expediente tuvo su origen en una investigación iniciada en mayo del 2013 a raíz de los informes publicados por la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional de la Energía sobre el alineamiento de los precios de venta al público de combustibles en estaciones de servicio. Tras unas inspecciones en las sedes de varios operadores petrolíferos, se incoó el expediente contra

Repsol S. A.; Compañía Española de Petróleos S. A. U.; BP España S. A.; Lence Torres, S. L.; Complejo San Cristóbal, Cerro de la Cabaña, S. L. (Cerro de la Cabaña); Estación de Servicio Macar, S. A. (Macarsa), y Estación de Servicio Lorquí, S. L. (Lorquí), por coordinación en materia de precios entre cada uno de estos operadores de productos petrolíferos y los empresarios independientes que operan en sus respectivas redes de distribución de combustible de automoción.

La CNMC considera probado el acuerdo alcanzado en abril del 2013 entre Repsol S. A. y las empresas Lence Torres, S. L., y Complejo San Cristóbal, S. L., para coordinar los precios de venta al público en sus estaciones de servicio de Lugo y el acuerdo alcanzado en diciembre del 2012 entre Repsol y la Estación de Servicio

Lorquí, S. L. (Murcia), por el que Repsol se comprometió a no aplicar en la Estación de Servicio de Espinardo descuentos superiores a 3 céntimos/litro, a cambio de conseguir finalizar con éxito sus negociaciones con el Grupo Aranguren en Madrid. Por otra parte, Repsol y Cerro de la Cabaña (Madrid) intercambiaron información estratégica relativa a los precios de venta al público con el objeto de acabar con la incertidumbre de precios en dicha estación de servicio y permitir a Repsol terminar la guerra de precios comenzada el año anterior en dicho entorno eliminando progresivamente la rebaja que venía aplicando sobre sus precios.

La CNMC recuerda que estas conductas han tenido lugar en el mercado de distribución mayorista y minorista de carburantes de automoción en España y que Repsol es la empresa líder en el mercado nacional de distribución minorista de combustibles de automoción mediante estaciones de servicio, de modo que las prácticas acreditadas revisten una especial gravedad, ya que cualquier acuerdo o intercambio de información entre rivales para no competir a la baja en precios supone una grave restricción a la competencia particularmente nociva para el consumidor.

Recomendaciones colectivas

Sanción al Colegio de Abogados de Las Palmas

La CNMC ha multado con 19 400 euros al Ilustre Colegio de Abogados de las Palmas por haber adoptado una recomendación colectiva en materia de precios dirigida a todos los colegiados. Además, obliga al colegio a revisar sus estatutos y a difundir entre sus asociados el texto íntegro de la resolución por medio de la publicación en su página web (Resolución de 23 de julio del 2015).

El expediente se originó por una denuncia de una persona que, al discrepar de la minuta de honorarios profesionales presentada por su abogado, se encontró con que el Colegio de Abogados de Las Palmas falló a favor del abogado en aplicación de los «Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas a los efectos de informe a requerimiento judicial en las impugnaciones de tasación de costas y jura de cuentas de los abogados». Se da la circunstancia de que estos criterios fueron difundidos mediante circulares y la página web del colegio, de modo que aumentó la posibilidad de que se convirtieran en los baremos profesionales que emplean los colegiados a la hora de establecer sus precios.

Como es sabido, según la Ley de Colegios Profesionales y la denominada ley ómnibus de liberalización de la prestación de servicios, tanto las actuaciones de los profesionales colegiados como los acuerdos adoptados

Sanción a doce empresas de transportes frigoríficos de mercancías por carretera y a su asociación sectorial

La CNMC ha sancionado con un total de 8,85 millones de euros a doce empresas del mercado de transporte de frigoríficos por carretera y a la Asociación Española de Empresarios de Transporte bajo Temperatura Dirigida (ATFRIE) por haber llevado a cabo durante diez años diversas conductas que perseguían el objetivo de fijar los precios en el mercado de transportes frigoríficos de mercancías por carretera. Además, constituyeron una empresa franquiciadora con la finalidad de enmascarar la ilegalidad de las conductas y eludir una sanción por parte de las autoridades de competencia.

Hay que señalar que para el cálculo de las multas se han aplicado unos tipos sancionadores que oscilan entre el 1 % y el 3,95 % del volumen de negocio total de los infractores en el 2014.

por las corporaciones profesionales deben respetar la normativa vigente en materia de defensa de la competencia. Así pues, los honorarios profesionales de los abogados deben ser el resultado del libre pacto entre abogado y cliente, de modo que hay que presumir que están ajustados a derecho siempre que sean fruto del acuerdo entre las partes.

Multa al Colegio de Abogados de Guadalajara y al Consejo General de la Abogacía Española

La CNMC ha sancionado al Colegio de Abogados de Guadalajara y al Consejo General de la Abogacía Española; al primero, por establecer determinados requisitos restrictivos a la competencia para que los abogados presten servicios de asistencia jurídica gratuita en dicha provincia y al segundo, por adoptar una recomendación para todos los colegios de abogados consistente en fijar determinados requisitos para participar en la prestación de servicios asociados a la asistencia jurídica gratuita (Resolución de 1 de septiembre del 2015).

La Comisión considera que el artículo 2.1 del Reglamento del turno de oficio, asistencia al detenido o preso y derecho a la justicia gratuita del Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara, en su actual redacción, es contrario a la Ley de Defensa de la Competencia. La citada norma reglamentaria exige pertenecer al colegio para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita en su demarcación



territorial, unos requisitos de residencia y despacho profesional en la provincia y una experiencia profesional de tres años de ejercicio efectivo, aunque cuente con la formación técnica para ello. Estos requisitos constituyen una restricción de la competencia contraria al principio de colegiación única previsto en la Ley 2/1974, sobre Colegios Profesionales, compartimentan geográficamente el mercado y limitan la oferta de abogados a los colegiados en Guadalajara. Por otra parte, la exigencia de experiencia profesional supone una barrera injustificada de acceso al turno de oficio para los abogados recién colegiados.

Por lo que respecta al Consejo General de la Abogacía Española, la CNMC considera que las manifestaciones efectuadas en varias reuniones y en una respuesta oficial a la solicitud del Defensor del Pueblo en noviembre

del 2013 sobre los requisitos que deben cumplir los abogados que quieran acceder al turno de oficio en cualquier colegio, las cuales fueron puestas en conocimiento de los diferentes colegios territoriales que están presentes en sus órganos de gobierno, equivalen a una recomendación cuyo objeto es homogeneizar la conducta de los colegios y, por tanto, infringen el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En consecuencia, la Comisión ha impuesto una multa de 30 000 euros al Colegio de Abogados de Guadalajara y otra de 59 983 euros al Consejo General de la Abogacía Española. Además, les ordena que difundan entre sus asociados el texto íntegro de esta resolución en sus respectivas páginas web oficiales.

Otras prácticas colusorias

Sanción a Telefónica y Yoigo

La CNMC ha resuelto sancionar a Telefónica y a Yoigo por haber suscrito los siguientes acuerdos anticompetitivos:

- En el 2008, un acuerdo de *roaming* nacional por el cual Yoigo podía usar la red móvil de Telefónica con las tecnologías 2G, 3G y 4G, pero tenía prohibido revender a terceros la capacidad de red de Telefónica. Este pacto obstaculiza que Yoigo pueda prestar servicios mayoristas a operadores móviles virtuales y supone una restricción de la competencia que no tiene una justificación objetiva suficiente.
- En julio del 2013, un nuevo acuerdo de *roaming* nacional por el cual Telefónica podía acceder a la red 4G de Yoigo. El Consejo de la CNMC ha considerado que este acuerdo restringe la competencia ya que limita la independencia en cobertura y calidad entre las dos compañías y supone una disminución de la presión competitiva en relación con el uso de las redes 4G. La Comisión no aprecia razones objetivas que justifiquen este acuerdo entre competidores en zonas donde ambos operadores han desplegado o pueden desplegar sus propias redes.
- Asimismo, en julio del 2013 las dos empresas suscribieron un acuerdo por el cual Yoigo podía ofrecer a sus clientes productos minoristas de Telefónica. Este contrato permitió a Yoigo publicar de forma inmediata ofertas convergentes fijo-móvil y seguir ejerciendo una presión competitiva en el mercado. No obstante, la limitación impuesta a Yoigo de captar clientes preexistentes de Telefónica supone una restricción desproporcionada a la competencia y el hecho de que Telefónica se haya reservado el derecho de poner fin

al contrato cada seis meses podría ser usado como herramienta de presión frente a Yoigo, restringiendo su capacidad para planificar y consolidar su estrategia competitiva.

En consecuencia, la Comisión ha impuesto a Telefónica una multa de 6 millones de euros y a Yoigo una multa de 300 000 euros. La relación entre el importe de ambas multas es proporcional a la dimensión y capacidad económica de ambas empresas, así como con el nivel de reproche y responsabilidad en el que cada una de ellas incurre respecto de las conductas sancionadas. En ambos casos, la sanción es significativamente inferior al 1 % del volumen de negocio total de estas empresas en el 2014 (Resolución de 16 de julio del 2015).

Sanción a Telefónica y DTS por la comercialización de los derechos audiovisuales del fútbol

La CNMC ha resuelto sancionar a Telefónica y a DTS por la adopción de acuerdos y la actuación concertada en la adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales del fútbol desde la temporada 2012/2013 a la 2014/2015 (Resolución de 23 de julio del 2015).

La Comisión considera probado que, en el mes de agosto del 2012, Telefónica y DTS alcanzaron dos acuerdos para la comercialización de Canal+ Liga de Campeones y de Canal+ Liga. Ambos acuerdos se enmarcan dentro de una actuación concertada global entre DTS y Telefónica para actuar de forma coordinada en la adquisición, reventa y explotación minorista de derechos audiovisuales del fútbol y privilegiar a Telefónica en relación con el resto de los operadores de televisión de pago. En cuanto a Canal+ Liga de Campeones, Telefónica supo antes que el resto de los operadores la estrategia de DTS de poner

a la venta los derechos de la Liga de Campeones de manera exclusiva para un operador de telecomunicaciones; por tanto, Telefónica dispuso de más tiempo que el resto de los compradores potenciales para evaluar la información privilegiada sobre la adquisición de unos activos estratégicos muy costosos y para planificar su estrategia comercial, así como para estudiar las condiciones de rentabilidad y de riesgo de aquéllos. Además, DTS diseñó unas condiciones para la subasta de Canal+ Liga de Campeones que favorecieron a Telefónica y limitaron la competencia entre los operadores de televisión de pago a la hora de presentar ofertas. Por lo que respecta a Canal+ Liga, DTS diseñó su oferta mayorista a la medida de Telefónica y, al igual que con la Liga de Campeones, Telefónica conoció con anterioridad la estrategia y los precios de DTS, de modo que Telefónica obtuvo frente a los demás operadores una importante ventaja competitiva que le permitió diseñar una estrategia comercial de explotación y promoción con antelación al comienzo de la temporada. Así pues, DTS privilegió a Telefónica con respecto al resto de los operadores de televisión de

pago en la adquisición de los derechos audiovisuales del fútbol, lo que supuso también un refuerzo de su posición en el ámbito de las telecomunicaciones.

Las sanciones impuestas son de 10 millones de euros a Telefónica y de 5,5 millones a DTS. El importe de las multas guarda relación con la dimensión de los mercados afectados, el efecto que se ha producido sobre ellos, la duración y el alcance de la conducta sancionada y los beneficios obtenidos. En ambos casos, las sanciones son significativamente inferiores al 1 % del volumen de negocio total de estas empresas en el 2014.

Finalmente hay que señalar que, en abril del 2015, Telefónica adquirió el control exclusivo de DTS mediante la compra del 56 % del capital social que aún no controlaba. La CNMC aprobó esta concentración con compromisos, entre los que se encontraba la puesta a disposición de sus competidores del 100 % de sus canales Premium, como los de la Liga de Primera División de fútbol o la Liga de Campeones.

Terminación convencional

Terminación convencional del expediente sancionador contra la SGAE

La CNMC ha resuelto la terminación convencional del expediente sancionador incoado a la Sociedad General de Autores de España (SGAE) (Resolución de 9 de julio del 2015).

La terminación convencional es un instrumento legal que consiste en la «resolución de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas, cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público».

El expediente sancionador se abrió por denuncias de socios que imputaban a la Sociedad General de Autores diversos comportamientos de abuso de posición dominante, consistentes, de un lado, en el establecimiento de un sistema de descuentos y aplicación de tarifas de contenidos musicales para emisiones televisivas poco transparente y, de otro, en la imposición a los operadores de televisión Antena 3 y Telecinco de condiciones abusivas que distorsionan su capacidad para determinar sus contenidos musicales.

Los compromisos negociados son los siguientes: a) la aplicación de descuentos al otorgamiento de licencias de los

derechos de autor afectados por las conductas analizadas en el expediente, basados en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios; b) la aprobación y difusión pública de un contrato-tipo único para licenciar los citados derechos, así como de los anexos que recojan todas las condiciones especiales pactadas con usuarios y asociaciones representativas; c) la rescisión de los acuerdos celebrados con Antena 3 y Telecinco en relación con sus contenidos musicales, y d) el establecimiento de un mecanismo compensatorio que permita solventar los eventuales efectos que hayan podido tener los descuentos y condiciones especiales aplicados por la Sociedad General de Autores.

La CNMC ha considerado que los anteriores compromisos son adecuados para restablecer las condiciones de competencia efectiva en el mercado de la gestión de los derechos de reproducción y comunicación pública de contenidos musicales correspondientes a autores y editores que se emplean en la emisión de espacios televisivos en España. Por otra parte, la Comisión encomienda a la Dirección de Competencia la vigilancia de la resolución de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos alcanzados y de las obligaciones contraídas. El incumplimiento de cualquiera de los compromisos tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4c de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 39.7 de su reglamento.

Incumplimiento de resoluciones

Incumplimiento por parte de Halcón Viajes y Viajes Barceló del expediente sancionador a las agencias de viajes

La CNMC ha constatado, en un procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones de la autoridad de competencia, que Halcón Viajes y Viajes Barceló han incumplido lo dispuesto en el expediente sancionador a las agencias de viaje del 25 de octubre del 2000.

El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) impuso sanciones a cuatro agencias de viajes por presentar ofertas idénticas al concurso público de viajes del Imsero y acordar la ejecución conjunta de aquél cualquiera que fuera el resultado de la licitación a través de la Agrupación de Interés Económico Mundosocial, creada e integrada por las citadas cuatro agencias de viajes. La resolución del tribunal fue confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.

En su labor de vigilancia del cumplimiento de las resoluciones de la autoridad de competencia, la CNMC detectó que la conducta sancionada continuaba produciéndose, ya que en las campañas de 1995/1996 y 1997/1998 se presentaron al concurso de viajes del Imsero únicamente estas cuatro agencias de viajes con ofertas idénticas y, a partir de la temporada 1998/1999, las cuatro agencias constituyeron una unión temporal de empresas, ligada y asociada a Mundosocial, que fue la única que se presentó a la licitación. Tras la declaración de Viajes Marsans y Viajes Iberia en concurso de acreedores, sólo participan en la unión temporal de empresas Viajes Barceló y Halcón Viajes, que han sido adjudicatarias por medio de aquélla de todos los concursos convocados.

La declaración del presente incumplimiento permite la apertura de un nuevo procedimiento sancionador y, en su caso, la imposición de una nueva sanción.

Control de concentraciones

Durante este periodo se han notificado treinta y tres operaciones de concentración cuyo desglose por la modalidad de la operación es el siguiente: trece operaciones de control exclusivo, una de control conjunto y una de adquisición de rama de negocio. No se han publicado todavía las resoluciones correspondientes a las dieciocho operaciones restantes. Todas las operaciones de concentración, incluidas aquellas cuyas resoluciones no han sido publicadas, han sido autorizadas en primera fase, una de ellas con compromisos (Merlin-Autoridad Portuaria de Barcelona —APB—/Cilsa). El expediente de concentración 888/BWIN ha sido archivado. Hay que señalar también que, en otros dos casos (ADB/BVBA/Safegate y Nazca/Executive Airlines), se declara que la autorización de la concentración no cubre las restricciones accesorias contenidas en la solicitud.

Prorrogadas las condiciones de la fusión entre Antena 3 y La Sexta

La CNMC ha decidido prorrogar durante dos años más las condiciones a las que se sometió el acuerdo de fusión entre Antena 3 y La Sexta.

El Consejo de Ministros autorizó la operación de concentración con una serie de condiciones relacionadas con la publicidad televisiva, la adquisición de contenidos audiovisuales, la obligación de dar información periódicamente y la televisión en abierto que tendrían una duración inicial de tres años. Transcurrido dicho plazo, la Comisión

valoraría si se había producido una modificación relevante en los mercados afectados por la fusión que permitiera mantener, adecuar o suprimir las condiciones por un periodo adicional de dos años.

Transcurridos los primeros tres años, la CNMC considera que la situación competitiva del mercado español de publicidad en televisión no ha mejorado. Por el contrario, la extensión de la pauta única a los canales de La Sexta junto con las políticas comerciales de empaquetamiento de canales y fórmulas de negociación de precios publicitarios han empeorado la presión competitiva. Además, la reducción del número de canales emitidos por Atresmedia no ha influido en sus ratios de audiencia e inversión publicitaria. Tampoco han desaparecido los riesgos de efectos restrictivos sobre la competencia en los mercados de televisión en abierto y de adquisición de contenidos. Asimismo, la CNMC señala que, dadas las distintas ventanas adquiridas por las televisiones en abierto y de pago y el lento desarrollo de los operadores OTT (*over the top*), la presión competitiva que éstos ejercen como demandantes de contenidos audiovisuales sobre los operadores de televisión en abierto no es lo suficientemente fuerte como para disciplinar el comportamiento de esta modalidad de televisión.

En consecuencia, la CNMC considera que deben prorrogarse las condiciones durante dos años en los mismos términos en los que fueron aprobadas por el Consejo de Ministros. No obstante, la Comisión estima que se debe

llevar a cabo un seguimiento continuado de los mercados para analizar cómo puede afectarlos la futura finalización de las condiciones impuestas a Mediaset en la concentración Telecinco/Cuatro, a la luz del cual se valorarán, en su caso, las condiciones impuestas.

Sanción a Mediaset por incumplir los compromisos de la concentración Telecinco/Cuatro

La CNMC ha impuesto una sanción de 3 millones de euros a Mediaset por haber incumplido determinados compromisos a los que estaba obligada tras la concentración de los canales de televisión Telecinco y Cuatro (Resolución de 18 de septiembre del 2015).

Como consecuencia del procedimiento de vigilancia del cumplimiento de sus resoluciones, la CNMC ha constatado que Mediaset ha incumplido el compromiso de no desarrollar políticas comerciales ni de precios que supongan, formalmente o *de facto*, la venta vinculada de los espacios publicitarios de los canales Telecinco y Cuatro a los anunciantes.

La autoridad de competencia ya sancionó a Mediaset en febrero del 2013 por el incumplimiento de varias de las condiciones impuestas a la citada concentración entre las que se encontraba también la prohibición de vincular la contratación de publicidad en sus canales de mayor audiencia.



BREVES POR SECTORES (UNIÓN EUROPEA)

Competencia

Comercio electrónico

La Comisión Europea investiga a Amazon por sus acuerdos de distribución de libros electrónicos. La Comisión analizará si determinadas cláusulas incluidas en los contratos entre Amazon y las editoriales de libros electrónicos podrían estar restringiendo la competencia. Atendiendo a estas cláusulas, las editoriales deben informar a Amazon sobre condiciones más favorables o

alternativas ofrecidas a competidores de Amazon, proporcionándole condiciones similares. La Comisión teme que estas condiciones impuestas a las editoriales limiten la competencia entre los distribuidores de libros electrónicos y reduzcan la capacidad de elección de los consumidores. La investigación inicial se centrará en los mercados británico y alemán.

Alimentación

Multa de más de 115 millones de euros a fabricantes y distribuidores de bandejas de envasado para alimentos. La multa ha sido impuesta por la Comisión Europea a ocho fabricantes (Hutamäki, Nespak, Vitembal, Silver Plastics, Coopbox, Magic Pack, Sirpa-Gema y Linpac) y dos distribuidores (Ovarpack y Propack) de bandejas de envasado para alimentos destinados al segmento minorista. Según la Comisión, estas empresas habrían operado en cinco cárteles en los cuales se habrían fijado

precios y repartido los clientes compradores de espuma de poliestireno y de bandejas rígidas de polipropileno en el noroeste de Europa, el este de Europa central, la península ibérica, Italia y Francia. De entre los fabricantes sancionados, la británica Linpac se ha beneficiado de una exención del pago de la multa por haber revelado a la Comisión la existencia de estas conductas. La empresa italiana Sirap-Gema, activa en tres de los cinco cárteles, ha recibido la multa más alta (35,88 millones de euros).

Concentraciones

Energía

La Comisión Europea somete a condiciones la autorización de la adquisición de activos de producción y transporte de electricidad de Alstom por General Electric. La investigación de mercado llevada a cabo por la Comisión ha puesto de manifiesto que la propuesta de adquisición podría eliminar parte de la competencia en el sector de las turbinas de gas de gran potencia utilizadas en las centrales eléctricas. En concreto, y dado que la operación de concentración supone la compra del tercer productor mundial de estas turbinas por parte del productor número uno también

mundial, la Comisión ha entendido que la ejecución de la operación podría reducir opciones para los clientes y aumentar los precios, además de perjudicar la innovación. Por eso la autorización de la concentración ha quedado sujeta a la desinversión de los activos de Alstom para la producción de turbinas de gas de gran potencia más avanzados tecnológicamente y a su cesión a la empresa italiana Ansaldo. La operación de concentración también ha sido analizada por las autoridades de competencia de Brasil, Canadá, China, Estados Unidos, Israel y Sudáfrica.

Jurisprudencia

Patentes esenciales

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara aspectos del abuso de posición de dominio en el segmento de las patentes sobre estándares esenciales (Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio del 2015 en el asunto C-170/13). ZTE comercializa en Alemania

productos que funcionan sobre la base del estándar llamado «*Long Term Evolution*» (LTE). Huawei es titular de diversas patentes esenciales para estándares (SEP, por sus siglas en inglés) en relación con la LTE. Con el fin de obtener el estatus de SEP para sus patentes LTE, Huawei se comprometió

a otorgar a terceros licencias sobre dichas SEP en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias (FRAND, por sus siglas en inglés). ZTE y Huawei negociaron sin éxito la posibilidad de concluir un acuerdo de licencia en condiciones FRAND sobre las mencionadas SEP. Huawei presentó posteriormente una demanda en el 2011 ante un tribunal alemán en la que alegaba que ZTE explotaba sus SEP sin pagar un canon y sin rendir cuentas de los actos de utilización realizados. En este litigio, el tribunal alemán remitió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial en la que solicitaba que precisara las circunstancias en las que una empresa que tiene posición dominante (por disponer de SEP) abusa de esta posición al ejercer una reclamación ante los tribunales. El Tribunal de Justicia ha considerado que el titular de una SEP que se ha comprometido irrevocablemente ante un organismo de normalización a conceder a terceros una licencia en condiciones FRAND no abusa de su posición de dominio cuando ejerce una

acción por violación de patente para que tal violación cese o para que se retiren los productos para cuya fabricación se ha utilizado esa patente sin disponer de licencia siempre y cuando: 1) antes de acudir a la vía de la reclamación judicial haya transmitido al supuesto infractor, una vez que éste haya manifestado su voluntad de celebrar un contrato de licencia en condiciones FRAND, una oferta concreta y escrita de licencia en dichas condiciones, precisando el canon y sus modalidades de cálculo, y 2) el supuesto infractor no trate esta oferta con diligencia, conforme a los usos mercantiles reconocidos en la materia y de buena fe, lo que debe determinarse sobre la base de elementos objetivos e implica en concreto la inexistencia de cualquier táctica dilatoria. En cuanto a una posible acción de indemnización por daños y perjuicios, el Tribunal de Justicia ha considerado que, en circunstancias como las del asunto principal, la normativa aplicable no prohíbe a una empresa dominante y titular de SEP ejercer una acción en este sentido.

Tecnología

El Tribunal General de la Unión Europea reduce las multas impuestas a Panasonic y Toshiba por su participación en el cártel de los tubos de rayos catódicos. La Comisión Europea multó en el 2012 a siete empresas con 1470 millones de euros por operar en dos cárteles en el mercado de tubos de rayos catódicos, utilizados en televisores y en pantallas de ordenador. En el marco de los procedimientos de anulación contra la decisión de la Comisión, el Tribunal General ha reducido las multas impuestas a Panasonic y Toshiba por su participación en el cártel de tubos para televisores, aunque ha confirmado las multas impuestas a otras cuatro

compañías infractoras. Así, el tribunal ha considerado que la Comisión calculó de manera errónea la multa impuesta a Panasonic y MTPD (empresa conjunta de Panasonic y Toshiba) y no demostró suficientemente que Toshiba estuviera involucrada en el cártel de los tubos para televisores. En consecuencia, ha reducido la multa para Panasonic de 157,5 millones de euros a 128,9 millones; para Panasonic y MTPD, de 7,9 millones de euros a 7,5 millones y, conjuntamente para Panasonic, MTPD y Toshiba, de 86,7 millones de euros a 82,8 millones. La multa de 28 millones de euros impuesta individualmente a Toshiba ha sido anulada.

Derivados del petróleo

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reduce la multa impuesta a Total. En el 2008 la Comisión Europea impuso una multa de 128 millones de euros a la petrolera Total y a su filial Total France por haber participado, junto con otras empresas, en un cártel en el mercado de ceras de parafina que estuvo operativo entre los años 1992 y 2005. Tanto Total como Total France presentaron en el 2013 recursos de anulación ante el Tribunal General. En esta instancia se desestimó el recurso de Total y se estimó parcialmente el recurso de Total France, reduciendo el Tribunal General la multa a 125 millones de euros tras establecer que la Comisión había considerado un periodo de participación de Total France en la infracción demasiado largo. Ambas compañías recurrieron en casación ante el Tribunal de Justicia, el cual ha desestimado el recurso de Total France, pero ha estimado parcialmente el recurso de la matriz. En concreto, el tribunal ha considerado que la reducción de la multa aplicada por el

Tribunal General a Total France debería haberse concedido también a la matriz. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha recordado que, cuando la responsabilidad de una sociedad matriz se deriva del comportamiento de su filial (sin ningún otro factor que singularice la conducta de la matriz), la responsabilidad de la matriz no puede exceder la de la filial. En consecuencia, el tribunal ha reducido la multa impuesta a Total a 125 millones de euros. Asimismo, respecto del recurso de casación interpuesto por la filial Total France, el Tribunal de Justicia ha señalado que el Tribunal General cometió un error de derecho al considerar que el único medio de que dispone una sociedad para demostrar que ha dejado de participar en un cártel es el distanciamiento público. No obstante, no ha modificado el importe de la multa puesto que existen indicios objetivos de su participación ininterrumpida en el cártel y no se puede considerar que la filial manifestase indudablemente su voluntad de distanciarse.