

CAPÍTULO 1

**LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y  
COMPETENCIA COMO AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA**

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ  
*Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN GENERAL. II. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO ATRIBUCIÓN ADMINISTRATIVA. III. NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CRITERIOS DE RELACIÓN Y AUTORIDADES COMPETENTES PARA SU APLICACIÓN. IV. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS CON RELEVANCIA A NIVEL NACIONAL. V. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES. VI. AYUDAS PÚBLICAS. VII. ACTUACIONES PÚBLICAS ANTICOMPETITIVAS. VIII. «COMPETITION ADVOCACY». IX. FUNCIONES CONSULTIVAS. X. ARBITRAJE.

**I. CARACTERIZACIÓN GENERAL**

La Ley 3/2013, de 4.6, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), asigna a esta nueva entidad independiente las atribuciones estatales en materia de defensa de la competencia que hasta ahora asumía la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) (1). La singularidad de la reforma radica en que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) también asume funciones de autoridad sectorial en algunos de los llamados sectores regulados: comunicaciones electrónicas, audiovisual, sector eléctrico, gas natural, sector ferroviario, tarifas aeroportuarias y sector postal (art. 5.3 LCNMC) (2). Como cláusula de cierre, se prevé que la CNMC asuma otras funciones que puedan serle normativamente atribuidas [art. 5.1.i) LCNMC].

No es fácil saber hasta qué punto han pesado razones coyunturales

(1) EM de la Ley 3/2013.

(2) La unificación de las autoridades de la competencia se plantea en este momento en distintos países (FREEMAN, P., «The Competition and Markets Authority: can the whole be greater than the sum of its parts?», *Journal Antitrust Enforcement*, vol. 1(1), 2013, pp. 4 y ss.; BLUMENTHAL, W., «Models for mer-

ging the US antitrust authorities», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1(1), 2013, pp. 24 y ss.). Algunas autoridades sectoriales se han unificado también por razón de la materia (por ejemplo, *Oftcom* en el Reino Unido). Sin embargo, ninguna reforma tiene un alcance tan amplio como la española.

en la reforma de instituciones que son clave para el adecuado funcionamiento de sectores económicos esenciales. Como argumento de fondo, no puede negarse que la *regulación sectorial y las normas generales de defensa de la competencia son complementarias*(3). (i) En sentido amplio, ambas son regulación del mercado. Además, uno de los principales objetivos de la regulación sectorial es asegurar el funcionamiento competitivo de los mercados. La diferencia está en la amplitud de fines, la metodología y –en parte– también en las técnicas jurídicas aplicadas. De hecho, se había destacado la conveniencia de una colaboración más estrecha entre ambas autoridades(4). (ii) Por otra parte, la coincidencia parcial de objetivos explica que –en la práctica– haya conductas que pueden ser abordadas, tanto desde la regulación sectorial, como desde las normas horizontales de defensa de la competencia. En este contexto, no siempre es fácil la delimitación de las atribuciones de unas y otras autoridades. La jurisprudencia tuvo que aclarar que la declaración de las conductas anticompetitivas correspondía a la autoridad de defensa de la competencia, sin perjuicio de que las autoridades sectoriales podían hacer una valoración de dichos comportamientos, a efectos de ejercer sus propias atribuciones(5). La duda está en saber *si una reorganización administrativa tan ambiciosa conseguirá un funcionamiento eficiente de la institución*, que aproveche las sinergias de los distintos sectores de actividad o si, por el contrario, se perderán las ventajas de la especialización. En cualquier caso, la clave del funcionamiento de las Administraciones independientes(6) está menos en su diseño que en la creación de un sólida cultura de respeto institucional, que empieza por una impecable selección de su personal directivo. Si se avanza en esta dirección, el balance de la reforma acabará siendo positivo.

Al servicio de sus fines, la Ley prevé que la CNMC disponga de recursos financieros y humanos adecuados para el desarrollo de sus funciones (art. 5.5 LCNMC). No obstante, la CNMC debe buscar la colaboración interadministrativa en la recaudación de las multas, que corresponderá a la Administración General del Estado, en período voluntario, y a la Agen-

(3) LAGUNA DE PAZ, J. C., «Regulation and Competition Law», *ECLR*, Issue 2, 2012, 77-83.

(4) Existe el riesgo de que las autoridades sectoriales tiendan a perpetuar la intervención pública, no ya sólo por inercia, sino porque de ello depende su supervivencia institucional. A este respecto, puede resultar conveniente conferir a las autoridades de la competencia atribuciones en relación con determinados aspectos de la regulación sectorial, como la determinación de la existencia o no de poder de mercado. El regulador sectorial sólo podría intervenir en el caso de que las autoridades de la competencia hubieran previamente identificado una

situación de poder significativo de mercado. OECD, DAF/COMP/GF(2005)2, p. 7.

(5) STS de 20.6.2006 (RJ 2006, 3542), FJ 3º; STS de 1.2.2006 (RJ 2006, 466); STS de 6.10.2010, FJ 3º (RJ 2010, 6995). LAGUNA DE PAZ, J. C., «Autoridades de defensa de la competencia y reguladores sectoriales. A propósito de la STS de 6.10.2010», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 9, 2011, 151-158.

(6) SHAPIRO, «A comparison of US and European independent agencies», en ROSENACKERMAN, S., LINDSETH, P. L., *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, 295.

cia Estatal de Administración Tributaria, en período ejecutivo (art. 70.3 LDC)(7).

## II. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO ATRIBUCIÓN ADMINISTRATIVA

Las normas de defensa de la competencia tienen como objetivo la protección del proceso competitivo en el mercado. Sin embargo, su aplicación se articula siguiendo *dos modelos distintos*(8).

(i) En el sistema *estadounidense*, la aplicación se encomienda a *órganos judiciales*, a través de acciones penales y civiles. Las prácticas colusorias(9) y las conductas monopólicas(10) se califican como delitos (*felonies*), cuya represión contempla sanciones económicas y/o privativas de libertad. Se entiende que la respuesta penal despliega una cualificada función de prevención general (*punitive and deterrent functions*). Al mismo tiempo, la legislación favorece la reclamación de daños y perjuicios derivados de la infracción (*private enforcement*): se reconocen acciones colectivas (*class actions*); la indemnización sigue la regla del triple del daño causado (*treble damages*)(11); y la normativa faculta al demandante para obtener información del demandado (*discovery*), lo que facilita la prueba(12).

(ii) En el *modelo europeo*, la aplicación de las normas de defensa de la competencia, tradicionalmente, se ha confiado a las autoridades administrativas, sujetas a la posible revisión judicial de sus actos. No obstante, la reclamación de daños y perjuicios –que ha de ensayarse ante la jurisdicción civil– sigue siendo muy limitada.

(7) Añadido por la disposición final 7ª de la LCNMC.

(8) LAGUNA DE PAZ, J. C., «Aplicación administrativa del Derecho de la Competencia», en VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEBARRÍA SÁENZ, HERRERO SUÁREZ, C., GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, 735-747.

(9) «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court» (Sección 1ª de la *Sherman Act*, actualizada).

(10) «Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court» (Sección 2ª de la *Sherman Act*, actualizada).

(11) La Sección 4ª de la *Clayton Act* permite a los demandantes solicitar el triple de los daños sufridos por una violación de las normas *antitrust*.

(12) *Federal Rules of Civil Procedure*. Asimismo, debe tomarse en cuenta el Convenio de La Haya de 18.3.1970, sobre la obtención de pruebas en el extranjero, en asuntos civiles y mercantiles.

En la práctica, sin embargo, ambos modelos no se construyen como sistemas cerrados, sino que –en uno u otro grado– dan entrada a elementos que los complementan(13). (i) En el Derecho *estadounidense*, las autoridades administrativas despliegan una función importante en la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En materia de cárteles, no se reconocen facultades resolutorias a los órganos administrativos, pero sí de investigación y propuesta al juez. En concreto, la *División anti-trust del Departamento de Justicia* lleva a cabo actuaciones de investigación de conductas anticompetitivas, al tiempo que impulsa mecanismos para una más eficaz reacción pública (*leniency*). En materia de concentraciones empresariales, las empresas deben notificar previamente a la *Federal Trade Commission*, así como al *Assistant Attorney General* del Departamento de Justicia, las operaciones que excedan de ciertos umbrales (Sección 7.<sup>a</sup> de la *Clayton Act*). Su aprobación por parte de las autoridades administrativas puede ser impugnada ante los Tribunales por los Estados y los particulares. (ii) Por su parte, el *sistema administrativo europeo* ha sufrido una importante corrección con la reforma europea de 2003, que deja libertad a los Estados para decidir si encomiendan la aplicación descentralizada de las normas europeas (arts. 101-102 TFUE) a autoridades administrativas, judiciales o a ambas(14). En este marco, el legislador español ha configurado un modelo de competencias concurrentes, en el que el interesado puede optar por: (a) la denuncia ante las autoridades administrativas; (b) o acudir directamente a los Tribunales para intentar la reparación de los daños causados por determinadas conductas anticompetitivas (prácticas restrictivas y abuso de posición dominante).

Los modelos –*administrativo y judicial*– están bien asentados en sus respectivas tradiciones jurídicas. La atribución de la defensa de la competencia a unas u otras autoridades, en el fondo, refleja las profundas diferencias entre la Administración europea y la estadounidense. Desde esta perspectiva, no puede extrañar que –en nuestro sistema– la protección del orden público económico(15) se encomiende a la Administración, que es la organización mejor dotada para asumir esta tarea.

(13) En algunos casos, se ha producido una aproximación entre ambos sistemas (control de concentraciones). No obstante, las diferencias entre el régimen europeo y estadounidense siguen siendo apreciables en aspectos clave: DeQ, BRIGGS, J., «EU and U.S. «Competing» via their Competition Regimes», *European Affairs*, The European Institute, Fall/Winter, 2010, vol. 10, n.º 3 [<http://www.europeaninstitute.org/Fall/Winter-2009-Vol.-10-no.-3/eu-and-us-qcompetingq-via-their-competition-regimes.html>]; ABBOTT, A. F., «A brief comparison of European and American antitrust law», The University of Oxford Centre for Competition Law and Po-

licy, paper (L) 02/05, 2005, [<http://denning.law.ox.ac.uk/lawfile/users/ezrachia/CCLP%20L%202002-05.pdf>].

(14) *Vid. infra*.

(15) Esta comprensión se reflejaba ya en la EM de la Ley 110/1963, de 20.7, sobre Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, lo que sería después utilizado por la propia jurisprudencia [STS de 30.12.1993 (RJ 1993, 9902): «no ofrece dudas el carácter administrativo de la actividad del Estado dirigida al mantenimiento del orden público económico uno de cuyos instrumentos técnico-jurídicos es la Ley 110/1963, de 20 julio...» (FJ 3º)].

La acción privada puede contribuir a una mayor efectividad de las normas de defensa de la competencia, por lo que es favorecida desde instancias europeas. No obstante –en el modelo administrativo–, la *acción privada complementa, pero no sustituye la función propia de las autoridades de defensa de la competencia*. Los Juzgados Mercantiles pueden: (i) ordenar el cese de la conducta anticompetitiva (arts. 101-102 TFUE); (ii) anular los contratos privados que estén en la base de la infracción; (iii) y declarar los daños y perjuicios ocasionados. Ahora bien, la acción privada no da lugar indemnizaciones punitivas (*treble damages*), por lo que comporta un debilitado efecto de prevención general, que –en cambio– consigue la sanción administrativa.

La intervención de las autoridades administrativas de defensa de la competencia tiene algunas *ventajas adicionales*:

- Son órganos que cuentan con la *expertise*, así como con los medios necesarios para la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En cambio, los órganos judiciales no disponen del mismo grado de especialización, ni –con frecuencia– del apoyo necesario para abordar con garantía los asuntos que han de resolver.
- La aplicación de las normas de la competencia, en algunos casos, requiere una *ponderación de intereses*, que excede de lo que es propio de la función judicial (concentraciones empresariales, ayudas públicas). Se trata ésta de una función de gobierno, que no es propia de los órganos judiciales.
- Los procedimientos administrativos por infracción de las normas de defensa de la competencia se tramitan *de oficio, sin coste* alguno para el interesado. En cambio, los procesos civiles son costosos y siempre de resultado incierto. Además, con frecuencia, los *perjuicios* que resultan de actuaciones anticompetitivas son *difusos* e –individualmente considerados– no tienen la suficiente entidad que justifique la reclamación judicial de los afectados. En estos casos, sólo es factible la exigencia de responsabilidad patrimonial si existe algún mecanismo de acción colectiva («*If you don't have class action, you don't have private enforcement*»).
- La *prueba de las actuaciones anticompetitivas se ve facilitada por las potestades de investigación de la Administración*(16). En cambio, en los procesos judiciales, la carga de la prueba recae enteramente sobre el demandante. La vulneración de las normas de defensa de la competencia entraña una infracción de orden público que tiene

(16) ORTIZ BLANCO, L. (edit.), *EC Competition Procedure*, 2nd edition, Oxford University Press, 2006, p. 72; BROKELMANN, H., «Conflictos y soluciones en la aplicación paralela administrativa y judicial», en MARTÍNEZ

LAGE, S., PETITBÓ JUAN, A., *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 90-91.

que ser apreciada de oficio por el juez. No obstante, los jueces de lo mercantil se mueven en el ámbito del proceso privado, cuyo carácter dispositivo puede dificultar la investigación y prueba de las conductas anticompetitivas. Este proceso tampoco permite proteger eficazmente la información confidencial, lo que limita la colaboración con las autoridades de la competencia, especialmente, cuando apliquen programas de clemencia.

- Las autoridades administrativas pueden desarrollar un papel relevante en el *fomento de la competencia* (*competition advocacy*). Esta labor se concreta sobre todo en el análisis de la situación competitiva de sectores clave de la economía (*sector inquiries*), que realizan tanto las autoridades europeas como nacionales(17).
- Finalmente, no hay que olvidar que las resoluciones administrativas -tanto en el ámbito europeo como español- se sujetan al *control pleno* de los órganos judiciales, que representan la garantía última del sistema.

### III. NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CRITERIOS DE RELACIÓN Y AUTORIDADES COMPETENTES PARA SU APLICACIÓN

En la preservación de la libre competencia *convergen la normativa nacional y europea*(18). Existe un elevado grado de coincidencia entre ambas, ya que la mayor parte de las legislaciones nacionales han sido aprobadas siguiendo el modelo europeo. Algunos países exigen incluso que la normativa nacional sea interpretada conforme a las normas europeas. Además, la jurisprudencia europea ejerce una influencia evidente sobre autoridades de defensa de la competencia y tribunales nacionales. Esto explica que, en muchos casos, el resultado pueda ser sustancialmente idéntico, cualquiera que sea la norma aplicada(19). No obstante, en otros casos, la solución puede diferir. De ahí la necesidad de clarificar la normativa aplicable. A estos efectos, la relación entre las normas europeas y nacionales se basa en las siguientes reglas:

(17) Esta función fue ejercida por el TDC español desde principios de los noventa, con la aprobación de informes que tuvieron una extraordinaria influencia política y social: *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* (1992); *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* (1993).

(18) BERCOVITZ, A., «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.

D., MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho comunitario europeo*, tomo II, Civitas, Madrid, 1986, 345 y ss.; BAÑO LEÓN, J. M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, 42 y ss.; SORIANO GARCÍA, J. E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, 464 y ss.

(19) WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, 7ª edic., Oxford University Press, 2012, 75.

- i) De acuerdo con el principio de subsidiariedad(20), el Derecho comunitario sólo se aplica en la medida en que se vea *afectado (de manera apreciable) el comercio entre los Estados miembros* (arts. 101, 102 y 107 TFUE)(21).
- ii) Principio de *primacía* del Derecho comunitario: las normas europeas se aplican con preferencia al Derecho interno(22). En defecto de aplicación de las normas comunitarias, entra en juego el Derecho nacional.
- iii) Las normas de defensa de la competencia (arts. 101, 102, 106 y 107 TFUE) tienen *efecto directo*, por lo que los particulares pueden exigir su aplicación frente a los Estados miembros (efecto directo vertical), así como frente a otros particulares (efecto directo horizontal).

Siempre que resulte aplicable, la normativa comunitaria desplaza, pues, a la normativa estatal. No obstante, la jurisprudencia europea ha aceptado la posibilidad de que los *Estados apliquen simultáneamente ambas normas* («teoría de la doble barrera»), siempre que resulte compatible con la normativa europea(23). La aplicación conjunta de ambas normas se reconoce en el art. 3 R. 1/2003, que establece una serie de reglas al respecto:

- Las autoridades estatales *deben aplicar los arts. 101-102 TFUE, siempre que la actuación pueda afectar al comercio entre Estados miembros* (art. 3.1 R. 1/2003). *El Derecho nacional no puede, pues, autorizar prácticas prohibidas por el Derecho comunitario.*
- Los Estados no podrán aplicar en sus respectivos territorios normas nacionales más estrictas que las contempladas en el art. 101 TFUE(24). En este sentido, el Derecho nacional no podrá prohibir actuaciones permitidas por el art. 101.1 TFUE, que reúnan las condiciones del art. 101.3 TFUE o que estén cubiertas por un reglamento de exención (art. 3.2 R. 1/2003).
- En cambio, los Estados podrán aplicar legislaciones nacionales más estrictas que el art. 102 TFUE, que prohíban determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral

(20) FURSE, M., *Competition Law of the EC and UK*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2004, 35-36.

(21) Comunicación de la Comisión por la que se establecen las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 101 y 102 TFUE, DO C n° 101, de 27.4.2004, 81 y ss.

(22) Asunto 6/64 [1964], *Costa v. ENEL*; asunto 14/68 [1969], *Wilhelm v. Bundeskartellamt*.

(23) Desde su sentencia de 13.2.1969,

asunto 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt*, el TJCE considera admisible la aplicación simultánea del Derecho comunitario y del Derecho nacional, siempre que la conducta cumpla las condiciones de sujeción de ambos y -hay que entender- siempre que entre ellos exista compatibilidad y no se entorpezcan. CASES PALLARÉS, L., *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 60 y ss., en especial, 64 y ss.

(24) FURSE, M., *cit.*, 47-48.

(art. 3.2, *in fine*, R. 1/2003). En este sentido, por ejemplo, el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17.7, de Defensa de la Competencia, prohibía los abusos de una situación de dependencia económica. En la actualidad, el art. 16.2 de la Ley 3/1991, de 10.1, de Competencia desleal, considera tal «la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares».

- En materia de *concentraciones* empresariales, se aplicarán los principios y normas del Derecho comunitario (art. 3.3 R. 1/2003). No obstante, los Estados podrán proteger intereses legítimos distintos de los específicamente considerados en el control de dichas operaciones, siempre que sean compatibles con los principios y normas europeas (art. 21.4, párrafo 1º, R. 139/2004). Se considerarán tales la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales (art. 21.4, párrafo 2º, R. 139/2004). Cualquier otro interés público deberá ser comunicado a la Comisión, a fin de que ésta –de manera preventiva– pueda evaluar su compatibilidad (art. 21.4, párrafo 3º, R. 139/2004). La Comisión notificará su decisión al Estado miembro, en el plazo de 25 días laborables.
- Los Estados podrán aplicar normas nacionales que persigan objetivos distintos de los previstos en los arts. 101-102 TFUE, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario (art. 3.3, *in fine*, R. 1/2003). Este precepto abre la puerta a que la legislación sectorial nacional (y europea), por ejemplo, garantice la cobertura universal de servicios esenciales, a través de la imposición de obligaciones de servicio público.

La segunda cuestión es: *¿qué autoridad es responsable de la aplicación de las normas europeas y nacionales de defensa de la competencia?*

(i) Como es natural, dentro de las atribuciones estatales, la CNMC es responsable de la aplicación de la *normativa española de defensa de la competencia*. (ii) La CNMC asume también la *aplicación en España de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado* [art. 5.1.f) LCNMC]. La reforma de 2003 da entrada a la aplicación descentralizada de las normas europeas. En la aplicación de los arts. 101-102 TFUE, se diseña un sistema de competencias concurrentes, que comparten la Comisión Europea y las autoridades nacionales, bien que reconociendo prioridad a aquélla (art. 5 R. 1/2003). Los afectados podrán presentar sus denuncias tanto ante la Comisión, como ante las auto-

ridades nacionales, incluidos los casos en que se vea afectado el comercio entre Estados miembros (art. 3.1 R. 1/2003). En cambio, la Comisión retiene las competencias de control en relación con las concentraciones empresariales de dimensión comunitaria, así como con las ayudas que afecten a los intercambios entre Estados miembros.

Un régimen de competencias concurrentes requiere un buen *sistema de reparto de asuntos*, así como excelentes *mecanismos de cooperación*. En el Derecho español, estas atribuciones se encomiendan a la CNMC [art. 5.1.g) LCNMC]. Los criterios más detallados se encuentran en la Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, que establece orientaciones sobre el reparto de asuntos entre la Comisión y las autoridades estatales(25).

Primero, se puede considerar que *una autoridad nacional está bien situada* para tramitar un asunto, si se cumplen las tres siguientes condiciones: (i) que exista un vínculo material entre la infracción y su territorio: el acuerdo o práctica ha de tener efectos –reales o previsibles– directos y sustanciales sobre la competencia en su territorio, ejecutarse o proceder de éste; (ii) que la autoridad pueda poner fin a la infracción de manera efectiva, es decir, pueda ordenar su cese y –en su caso– sancionarla adecuadamente; (iii) que pueda reunir –en su caso, con ayuda de otras autoridades– las pruebas necesarias. La acción de una única autoridad nacional podría también ser apropiada, cuando –aunque más de una autoridad pueda estar bien situada– la acción de una sola sea suficiente para poner fin a la totalidad de la infracción.

Segundo, la *acción concurrente de dos o tres autoridades* puede ser apropiada, cuando se den las dos siguientes condiciones: (i) que la acción de una sola autoridad no sea suficiente, por tener el acuerdo o práctica efectos sustanciales sobre la competencia en sus territorios respectivos; (ii) que sea necesaria la actuación de ambas para poner fin a la infracción o sancionarla adecuadamente. Las autoridades que tramiten un asunto de forma concurrente tratarán de coordinar su actuación. A tal fin, una de ellas puede asumir la coordinación –por ejemplo, de las investigaciones–, si bien cada autoridad será responsable del desarrollo de su propio procedimiento.

Tercero, se considera que *la Comisión Europea está en buenas condiciones* para asumir el asunto, cuando: (i) los acuerdos o prácticas tengan efectos en más de tres Estados miembros; (ii) el asunto esté estrechamente ligado a otras disposiciones comunitarias cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva, o cuya aplicación por la Comisión sea más eficaz; (iii) se plantee una cuestión nueva, que aconseje la intervención de la Comisión.

En todo caso, la *Comisión Europea ejerce un papel directivo* en la defini-

(25) DO C 101, de 27.4.2004, 43 y ss.



ción y aplicación del Derecho de la Competencia, que se concreta en las siguientes funciones:

- Supervisión de la aplicación de las normas de defensa de la competencia por parte de las autoridades nacionales.
- Aplicación directa de las normas, cuando sea la autoridad mejor situada para resolver(26). Como hemos visto, la Comisión –de oficio o a instancia de parte–, mediante Decisión, puede ordenar a las empresas que pongan fin a la infracción de los arts. 101-102 TFUE (art. 7.1 R. 1/2003). La Comisión –de oficio– puede aplicar los arts. 101-102 TFUE, siempre que el interés público requiera su intervención (art. 10 R. 1/2003). Este puede ser el caso cuando convenga «aclarar el Derecho aplicable y garantizar su aplicación coherente en el conjunto de la Comunidad, en particular tratándose de nuevos tipos de acuerdos o prácticas que carezcan de precedentes en la jurisprudencia o en la práctica administrativa»(27).
- La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las autoridades nacionales de su competencia para aplicar los arts. 101-102 TFUE (art. 11.6 R. 1/2003). Ahora bien –si una autoridad nacional hubiera iniciado ya sus actuaciones–, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultarla. Cuando la Comisión incoe su propio procedimiento, la autoridad instructora nacional deberá retirar su demanda, poniendo así fin al procedimiento nacional ante la autoridad judicial (art. 35.4 R. 1/2003).
- Cuando las autoridades nacionales –jurisdiccionales o administrativas– se pronuncien sobre actuaciones que ya hayan sido objeto de una Decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con ésta (art. 16 R. 1/2003). Tampoco adoptarán resoluciones que puedan entrar en conflicto con Decisiones que vaya a adoptar la Comisión, en procedimientos que ésta ya haya iniciado. Los órganos jurisdiccionales nacionales decidirán si procede suspender el procedimiento.
- La Comisión podrá adoptar reglamentos de exención por categorías (art. 101.3 TFUE), así como denegar la exención en casos concretos.
- Impulso de los cambios normativos que la política de la competencia pueda requerir.

En materia de *concentraciones empresariales*, la Comisión Europea tiene el control de las operaciones de *dimensión comunitaria*, que son aquellas en las que –acumulativamente– se den las dos siguientes condiciones

(26) R. 1/2003, cdo. 3; Comunicación sobre la tramitación de denuncias (2004) marg. 11.

(27) EM, nº 14, R. 1/2003.

(art. 1 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20.1.2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas): (i) a nivel mundial, el volumen total de negocios(28) del conjunto de empresas afectadas supera los 5.000 millones de €; (ii) y, a escala europea, al menos dos de las empresas afectadas han de tener un volumen de negocios superior a 250 millones de €(29). Además –pese a no alcanzar dichos umbrales–, se considera que tienen dimensión comunitaria las concentraciones que reúnan los requisitos previstos en el art. 1.3 R. 139/2004.

La normativa europea también se aplica a las concentraciones que –pese a no tener dimensión comunitaria– sean *susceptibles de ser analizadas, al menos, en tres Estados miembros* (art. 4.5, párrafo 1º, R. 139/2004). A estos efectos, los interesados podrán dirigir un escrito motivado a la Comisión (art. 4.5, párrafo 1º, R. 139/2004R), que –a su vez– lo transmitirá a todos los Estados miembros (art. 4.5, párrafo 2º, R. 139/2004). Los Estados interesados podrán oponerse a la remisión, en el plazo de 15 días laborables (art. 4.5, párrafo 3º, R. 139/2004). Basta con que un Estado competente se oponga a la remisión para que ésta no pueda producirse (art. 4.5, párrafo 4º, R. 139/2004). En cambio, cuando ningún Estado miembro manifieste su desacuerdo, se considerará que la concentración tiene dimensión comunitaria y será notificada a la Comisión, siguiendo el procedimiento ordinario. En este caso, ningún Estado miembro aplicará su normativa nacional en materia de competencia a la concentración.

En cambio –pese a tener dimensión comunitaria–, la normativa europea no se aplica cuando *cada una de las empresas objeto de concentración realice en un mismo Estado más de dos terceras partes de su volumen de negocios comunitario* (art. 1.2, *in fine*, R. 139/2004)(30).

Por otra parte, la Comisión podrá *remitir* –total o parcialmente– a un Estado miembro el control de una concentración, cuando ésta *pueda afectar de manera significativa a la competencia en su territorio* (arts. 4.4 y 9 R. 139/2004). La remisión significa la *aplicación de la normativa nacional* a la operación [arts. 4.4 y 9.3.b) R. 139/2004]. Las autoridades nacionales podrán pronunciarse sobre la concentración que les ha sido remitida aplicando las normas nacionales, bien que respetando el Derecho comunitario. Los razonamientos contenidos en el acto de remisión no restringen el margen de apreciación que tienen las autoridades nacionales(31).

(28) Los parámetros para el cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas se contienen después en el art. 5 R. 139/2004. *Vid.* la Comunicación de la Comisión Europea relativa al cálculo del volumen de negocios (DOCE nº C 385, de 31.12.1994, pp. 21 y ss.).

(29) El art. 1.4 y 5 R. 139/2004 prevé la actualización de los umbrales.

(30) DE LA CRUZ, A., «El control de concentraciones en el Mercado Común y en España», RGD (1991) 6283 y ss.; DUQUE DOMÍN-

GUEZ, J. «El régimen de las concentraciones de empresas en el ordenamiento de la Unión europea», en VEGA MOCOROA, I., *La integración económica europea: curso básico*, Lex Nova, Valladolid, 1996, 511 y ss.

(31) STS de 7.11.2005 (RJ 2005, 7427): «cuando se examinen las condiciones para la remisión a la luz del artículo 92 (2) (a), la Comisión no puede llevar a cabo una valoración de la compatibilidad de la operación de concentración de un modo tal que vincule a las autoridades nacionales de la

#### IV. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS CON RELEVANCIA A NIVEL NACIONAL

Se encomienda a la CNMC la aplicación de la LDC a las conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de: (i) las atribuciones que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo (ii) y de las que son propias de la jurisdicción competente [art. 5.1.c) LCNMC]. La delimitación de las competencias de la CNMC debe, pues, intentarse, tanto desde un enfoque positivo (atribuciones propias), como negativo (atribuciones que corresponden a los órganos autonómicos y a la jurisdicción ordinaria).

En primer lugar, la CNMC es responsable de la preservación de la competencia a nivel nacional. La «materia «defensa de la competencia», como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución» (32). Con todo –por vía interpretativa–, el Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido que corresponde al Estado no sólo la legislación, sino también las principales atribuciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia, incluidos los mecanismos de coordinación que garanticen su uniformidad en todo el territorio nacional (33) (art. 149.1.13ª CE (34), art. 149.1.1ª CE (35), art. 149.1.6ª CE) (36).

Así –por razón de los efectos–, corresponden al Estado las competencias ejecutivas en relación con las prácticas restrictivas, abuso de posición dominante y actos de competencia desleal, siempre que dichas conductas alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de dichas competencias deba de realizarse en el territorio de una CA (art. 1.1 de la Ley 1/2002, de 21.2, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia) (37). Se presume que se produce dicha afectación en los siguientes casos (art. 1.2 L. 1/2002):

i) Cuando una conducta altere, o pueda alterar, la libre competencia en un ámbito supraautonómico, o en el conjunto del mercado nacional, o pueda afectar a la unidad de mercado nacional, entre otras causas, por la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, la modalidad y alcance de la restricción de la competen-

competencia en relación con sus consideraciones materiales, sino que simplemente debe establecer, prima facie, con base en las pruebas de las que disponía en el momento en el que valora la razones de la solicitud de remisión, si la concentración objeto de dicha solicitud amenaza con crear o reforzar una posición de dominio en los mercados relevantes» (FJ 2º). Asunto T-119/2002, Philips/Comisión.

(32) STC 208/1999, de 11.11, FJ 5º.

(33) STC 208/1999, de 11.11, FJ 6º.

(34) STC 96/1984, FJ 3º; STC 64/1990, FJ 10º; STC 118/1996, FJ 8º; STC 208/1999, FJ 6º.

(35) STC 64/1990, de 5.4, FJ 3º.

(36) STC 37/1981, FJ 3º; STC 88/1986, FJ 5º.

(37) STC 208/1999, de 11.11, FJ 6º y 7º.

cia, o sus efectos sobre los competidores, efectivos o potenciales, y sobre los consumidores y usuarios.

ii) Cuando una conducta pueda:

- atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español;
- implicar medidas que –directa o indirectamente– obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional;
- suponer la compartimentación de los mercados;
- o menoscabar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en los derechos y deberes constitucionales.

Por razón de la materia, corresponden al Estado –de forma exclusiva o compartida– las siguientes competencias ejecutivas (art. 1.5 L. 1/2002):

- Control [pleno y exclusivo] de las concentraciones económicas [art. 1.5.a) L. 1/2002].
- Control de las ayudas públicas [art. 1.5.a) L. 1/2002], bien que con el limitado alcance que prevé el art. 11 LDC.
- Aprobación de reglamentos de exención de la prohibición del art. 1.1 respecto de determinadas categorías de conductas (art. 1.5 LDC).
- Declaraciones de inaplicabilidad de las prohibiciones de los arts. 1 y 2 LDC (art. 6 LDC).
- Representación en materia de defensa de la competencia ante otras autoridades nacionales, foros y organismos internacionales [art. 1.5.c) L. 1/2002].
- Aplicación en España de los arts. 101-102 TFUE y de su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente [art. 1.5.d) L. 1/2002] (38).
- Adopción de las medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de la competencia de otros Estados miembros.
- Remisión a la Comisión Europea de la notificación previa de los

(38) Es doctrina constitucional que la ejecución en España de las normas comunitarias corresponde a quien, materialmente, detente la competencia específica afectada (STC 236/1991, FJ 9º; STC 79/1992, FJ 1º; STC 208/1999, de 11.11, FJ 5º). Lo que ocurre es que los criterios que determinan la

aplicación de la normativa europea –relevancia comunitaria o afectación al comercio entre Estados miembros–, en sí mismos, trasvasan los límites de las atribuciones autonómicas. De ahí que la aplicación descentralizada del Derecho comunitario se encomienda al Estado.

proyectos dirigidos al establecimiento o modificación de los regímenes de ayudas existentes, incluidas las otorgadas por cualquiera de los Poderes públicos internos [art. 5.1.e) LCNMC].

- Coordinación de la CNMC con los órganos de las CC.AA., así como con los reguladores sectoriales [arts. 15 LDC].
- Cooperación con los órganos jurisdiccionales (arts. 15.2 y 16 LDC), la Comisión Europea y las autoridades de defensa de la competencia de otros Estados miembros (art. 18 LDC).
- Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos [art. 5.1.b), párrafo 1º, LCNMC].
- Competencias consultivas (art. 5.2 CNMC).
- *Competition advocacy* [art. 5.1.h) LCNMC].

En este sentido –en cuanto autoridad de defensa de la competencia–, la CNMC es el organismo encargado de perseguir y sancionar los *acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas*, que tengan por objeto, produzcan o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional (art. 1.1 LDC).

La prohibición puede *excepcionarse* cuando la actuación lleve consigo efectos positivos que superen el daño derivado de las restricciones anti-competitivas (arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC). Antes de la reforma europea de 2003, estos acuerdos y prácticas debían ser previamente autorizados. Sin embargo, en la actualidad, se ha implantado un sistema de excepción legal directamente aplicable. De ahí que las empresas deberán valorar por sí mismas si los acuerdos reúnen o no los requisitos legales. A este respecto, existe un debate sobre si deben tomarse exclusivamente en cuenta las eficiencias económicas derivadas del acuerdo o si, por el contrario, pueden valorarse otros objetivos de interés general (política industrial, protección del medio ambiente, empleo, etc.) (39). De hecho, mientras mantuvieron el monopolio en la aplicación de la excepción las autoridades comunitarias tomaron en consideración criterios no económicos en la aplicación del art. 101.3 TFUE(40). No obstante, la cuestión adquiere una nueva dimensión, tras la aprobación del R. 1/2003, que permite que la excepción sea también aplicada por las autoridades nacionales de defensa de la competencia y los tribunales nacionales. Los Estados podrían favorecer una amplia aplicación de la excepción, de manera que se redujera el riesgo de que sus políticas sectoriales (medio ambiente, reestructuración financiera) pudieran ser consideradas anticompetitivas. El resultado podría ser una dispar aplicación de la normativa en el ámbito

(39) WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, 7ª edic., Oxford University Press, 2012, 156. (40) WHISH, R., BAILEY, D., *op. cit.*, 157-158.

europeo. Con todo, no puede dejar de advertirse que el riesgo de que la aplicación de las normas de defensa de la competencia se vea condicionada por objetivos distintos de la eficiencia económica(41) no se limita al art. 101.3 TFUE, ya que –si éste fuera interpretado en sentido estricto– éstos podrían renacer en la propia interpretación del alcance de la prohibición (art. 101.1 TFUE) o en el régimen de los servicios de interés económico general (art. 106.2 TFUE)(42). Finalmente, a ello hay que añadir que la aplicación del art. 101.3 TFUE presupone complejas valoraciones económicas, sujetas a un control judicial más limitado(43).

La normativa también prohíbe el *abuso de posición de dominio* en el mercado (art. 102 TFUE y art. 2.1 LDC). Este precepto –a diferencia del régimen de las prácticas restrictivas– no prevé ningún tipo de excepciones que puedan amparar situaciones de abuso de posición dominante.

En segundo lugar, las CC.AA. son responsables de la aplicación de la legislación estatal de defensa de la competencia en relación con conductas que no tengan relevancia nacional(44). A nivel autonómico, el TC tuvo que vincular esta atribución a la materia de comercio interior(45), ya que los Estatutos de Autonomía no reconocían de manera explícita la defensa de la competencia(46). Sin embargo, la reforma de los EEAA que se puso en marcha a partir de 2006 reconoció a las CC.AA. competencias en esta materia. De ahí que las CC.AA. asuman competencias ejecutivas respecto de aquellas prácticas anticompetitivas que se desarrollen íntegramente en su territorio y no afecten al mercado supraautonómico.

La distribución de competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia exige la previsión de mecanismos de resolución de conflictos, coordinación y cooperación. La *coordinación* de la CNMC con los órganos competentes de las CC.AA. se llevará a cabo según lo dispuesto en la L. 1/2002 (art. 15.1 LDC). La normativa prevé una variada paleta de *mecanismos* que tratan de evitar que se produzcan conflictos y, cuando sea necesario, de su resolución (art. 2 L. 1/2002).

En tercer lugar, las competencias de la CNMC se delimitan negativa-

(41) LAGUNA DE PAZ, J. C., «Protecting the Environment without Distorting Competition», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 3, nº 3, 2012, 248-257.

(42) WHISH, R., BAILEY, D., *op. cit.*, 159.

(43) LAGUNA DE PAZ, J. C., «Understanding the limits of judicial review in European competition law», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, nº 1, 2014, 203-224.

(44) LAGUNA DE PAZ, J. C., «La defensa de la competencia como atribución autonómica», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 21, 2010, 217-244.

(45) STG 208/1999, de 11.11, FJ 5º y 6º (con voto discrepante).

(46) MARTÍNEZ LAGE, S., «La aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 218, 2002, 3 y ss.; SORIANO GARCÍA, J. E., «Comentario de urgencia a la Ley 1/2002», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 218, 2002, 10 y ss.; YANES YANES, P., «Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, nº 221, 2002, 45 y ss.



mente por las competencias propias de la «jurisdicción competente» [art. 5.1.f) LCNMC]. A este respecto, hay que tener en cuenta que la regulación europea de 2003 deja libertad a los Estados para optar por el modelo –administrativo, judicial o mixto–, tanto para la aplicación descentralizada de las normas europeas de la competencia, como de su propia legislación nacional (art. 35 del Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 16.12.2002 –relativo a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE) (47).

En este marco, *el Derecho español ha pasado de un modelo administrativo puro a un sistema mixto en la aplicación de las normas de defensa de la competencia*. En el sistema de la LDC 1989, las autoridades administrativas eran las únicas competentes para declarar las infracciones al Derecho de la Competencia (48). Los perjudicados debían intentar primero la declaración de la infracción en vía administrativa, lo que –en su caso– también suponía agotar los correspondientes recursos administrativos y contencioso-administrativos (13.2 LDC 1989) (49). Una vez firme la decisión administrativa, podían acudir a la vía judicial civil para la anulación de los contratos, así como la reparación de daños y perjuicios. En aplicación de este precepto, la jurisprudencia negó que los Tribunales civiles pudieran conocer directamente demandas por violación de las normas de la competencia (50).

En la actualidad, la normativa: (i) mantiene el control administrativo de determinadas conductas: concentraciones empresariales (art. 9 LDC) (51) y ayudas públicas (art. 11 LDC); (ii) pero deja libertad a los interesados para optar por la vía administrativa o judicial (civil) en relación con otras: prácticas restrictivas y abuso de posición dominante [art. 86 ter.2.f) LOPJ; y Disposición adicional 1ª LDC] (52).

El ordenamiento jurídico debe dejar abierta la *acción privada* por dos

(47) DO L 1/2003, de 4.1. Deroga el Reglamento nº 17, del Consejo, de 6.2.1962.

(48) BROKELMANN, H., «Conflictos y soluciones en la aplicación paralela administrativa y judicial», en MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBO, A., *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid, 2005, 95 y ss.

(49) «La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos previstos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

(50) STS de 30.12.1993 (RJ 1993,

9902), FJ 3º; STS de 4.11.1999 (RJ 1999, 8001); STS de 30.12.2003 (*Camps*) y de 2.6.2000 (*Disa*).

(51) La normativa comunitaria no juzga la competencia estatal –administrativa o judicial– para conocer de las concentraciones de alcance nacional. El R. 1/2003 no se aplica al control de concentraciones empresariales por parte de las autoridades administrativas y judiciales nacionales (art. 3.3).

(52) «De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley».

razones. Primero, las autoridades de defensa de la competencia no siempre intervienen frente a actuaciones ilegales, lo que –a su vez– puede deberse a dos causas: (i) la apertura de la vía judicial –como alternativa siempre posible para los perjudicados– permite a las autoridades administrativas ser selectivas con los procedimientos que incoan; (ii) las autoridades administrativas no persiguen las restricciones *de minimis*. Segundo, la sanción administrativa de las conductas ilícitas no siempre es bastante para remediar sus consecuencias dañosas. En concreto, la Administración no puede: (i) declarar la nulidad de las relaciones contractuales privadas, que sean causa o consecuencia de la infracción; (ii) determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados de la comisión de una conducta anticompetitiva (53).

## V. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

La normativa comunitaria, ni agota (sólo se aplica a las operaciones de dimensión comunitaria), ni excluye la intervención pública nacional (que puede legítimamente perseguir objetivos distintos de la preservación de la libre competencia). En este sentido, la CNMC asume las funciones previstas en la LDC en materia de control de *concentraciones económicas* [art. 5.1.d) LCNMC]. A este respecto, es preciso: (i) definir qué se entiende por concentración empresarial; (ii) precisar las operaciones que se sujetan al control administrativo; (iii) verificar los criterios que permiten autorizar la operación; (iv) y apuntar el procedimiento de control.

En primer lugar, se considera *concentración* la mutación permanente de la estructura –patrimonial, organizativa o de gestión– de empresas hasta ese momento independientes, que quedan sometidas a una dirección económica única (54). En este sentido, el art. 7.1 LDC considera que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un *cambio estable del control* –de la totalidad o parte, de una o varias empresas– como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes; b) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; o c) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. El control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que –a la vista de las circunstancias de hecho y de derecho– confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa (art. 7.2 LDC) (55) y, en parti-

(53) Asunto C-453/99, *Courage/Bernhard Crehan*, marg. 26 y 27.

(54) DE LA CRUZ, A., «El control de concentraciones en el Mercado común...», *op. cit.*, pp. 6271 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, La Ley, Madrid, 1994, 54-55 y 220 y ss.

(55) La LDC 1989 fue desarrollada por el Real Decreto 1443/2001, de 21.12, relativo al control de concentraciones empresariales (cuya vigencia mantiene, la Disposición derogatoria.2 LDC).

cular, mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa; b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa. En todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En cambio, *no se considera concentración* empresarial la mera redistribución de valores o activos entre las sociedades de un mismo grupo por cuanto no existe modificación de la estructura de control. Tampoco se consideran concentración las empresas en común en las que predominen fines cooperativos, que se tratan como acuerdos entre empresas.

En segundo lugar, *se sujetan al procedimiento de control* las concentraciones económicas en las que, al menos, concurra una de las dos circunstancias siguientes (art. 8.1 LDC): (i) que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una *cuota* igual o superior al 30% del mercado relevante en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo(56); (ii) que el *volumen de negocios* global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones €, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros(57). También se sujetan al control de las autoridades españolas las operaciones que hayan sido objeto de remisión por la Comisión Europea (art. 8.2 LDC).

En tercer lugar, las concentraciones económicas se valorarán atendiendo a la posible *obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva* en todo o en parte del mercado nacional (art. 10.1, párrafo 1º, LDC). En concreto, la CNMC adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos (art. 10.1, párrafo 2º, LDC):

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,

(56) La mayor parte de las notificaciones se realiza sobre la base de la cuota de mercado. La aplicación de este criterio plantea algunos problemas: dificultades de la definición del mercado relevante; gravamen que representa la necesidad de examinar muchas concentraciones que no plantean problemas de competencia. Sin embargo, la cuota de mercado es mejor indicador del poder de mercado de las empresas que su volumen de ventas. Por otra parte -si se eliminase este parámetro-, se produciría

una importante reducción del número de concentraciones notificadas, por lo que sería necesario una reducción del umbral de volumen de negocios exigido en la actualidad. Ministerio de Economía y Hacienda, Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia (2005) 68-69 y 73.

(57) El cálculo del volumen de ventas se hará de acuerdo con las reglas previstas en el art. 3 RD 1443/2001.

- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

Por otra parte, el art. 10.4 LDC -a efectos de lo previsto en el art. 60 LDC- permite al Consejo de Ministros valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia. En particular, se entenderá como tales los siguientes:

- a) defensa y seguridad nacional,
- b) protección de la seguridad o salud públicas,
- c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- d) protección del medio ambiente,
- e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
- f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

Este precepto merece una opinión severa, dado que permite la introducción de criterios extraconcurrentiales en el control de las operaciones de concentración. La única duda es si nos encontramos ante una «imperfección útil». Así, por ejemplo, no deja de ser paradójico que las empresas que han sido privatizadas puedan ser adquiridas por empresas públicas de otros Estados miembros, las cuales -por definición- son un instrumento para la salvaguarda de los intereses nacionales. Se produce con ello una asimetría difícil de justificar.

El control de las empresas en participación se valorará de acuerdo con los mismos criterios (art. 10.3 y 4 LDC).

En cuarto lugar, la normativa española prevé un *procedimiento de con-*

rol que descansa sobre el *deber de notificar* las operaciones de relevancia interna (art. 9.1 LDC). La concentración no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización(58), expresa o tácita, de la Administración (art. 9.2 LDC). Esto no impedirá realizar una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una bolsa de valores autorizada por la CNMV (art. 9.3 LDC). En el caso de que una concentración sujeta a control no hubiese sido notificada, la CNMC —de oficio— requerirá a las partes para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días a contar desde la recepción del requerimiento (art. 9.5, párrafo 1º, LDC). No se beneficiarán del silencio positivo las concentraciones notificadas a requerimiento de la CNMC (art. 9.5, párrafo 2º, LDC). Transcurrido el plazo sin que se haya producido la notificación, se podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas correspondientes (art. 9.5, párrafo 3º, LDC). Asimismo, el Consejo de la CNMC podrá acordar el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración (art. 9.6, párrafo 1º, LDC), previa ponderación de los intereses implicados (art. 9.6, párrafo 2º, LDC). El levantamiento de la suspensión de la ejecución podrá estar subordinado al cumplimiento de condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte (art. 9.6, párrafo 3º, LDC).

Corresponde a la CNMC adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros, conforme al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20.1.2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo [art. 5.1.g) LCNMC].

## VI. AYUDAS PÚBLICAS

La CNMC es el órgano encargado de ejercer las funciones de control de las ayudas previstas en la normativa de defensa de la competencia [art. 5.1.e) LCNMC]. Es, pues, preciso: (i) delimitar las ayudas públicas; (ii) y definir su régimen jurídico, a nivel estatal y europeo.

El art. 107.1 TFUE no define las ayudas públicas(59). Su *delimitación*

(58) ATS de 28.4.2006: «La intervención del Consejo de Ministros en las operaciones de concentración... [es] una autorización administrativa inserta en el procedimiento mercantil que se desarrolla en el mercado bursátil y cuya denegación determina que ese procedimiento no pueda seguir adelante» (FJ 7º).

(59) La bibliografía existente es muy abundante. Entre otros, pueden consultarse los siguientes trabajos: EVERLING, V. *et alii*, *Die*

*Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Franz Vahlen GmbH, Berlin – Frankfurt a.M., 1960, 273 y 274; WÄELBROECK, M., en MEGRET, J. *et alii*, *Le droit de la communauté économique européenne*, vol. IV, *Concurrence*, 2 tirage, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles (1972), 380; SCHEUING, D.H., *Les aides financières publiques*, Berger-Lavault, Paris (1974) 265 y ss.; BLECKMANN, *Subventionsrecht*, W. KOHLHAMMER, Stuttgart, 1978, 155; ZULIEG, M., «Nationales Subventionsrecht als Wirkungsfeld

se debe a la práctica comunitaria, que ha hecho una interpretación finalista de dicho concepto, con el objetivo de evitar la distorsión de la competencia(60). Las ayudas públicas son ventajas económicas otorgadas por los poderes públicos a favor de empresas o sectores determinados, con la finalidad de facilitar la realización de tareas de interés general. En definitiva, se trata de tomar en consideración la esencial diferencia que existe entre las aportaciones públicas y las privadas a las empresas, al objeto de proteger la libre competencia de las distorsiones que siempre entrañan las primeras(61).

En el ordenamiento jurídico español, el art. 19.2 LDC 1989 contenía una delimitación de las ayudas(62), que no ha encontrado su continuidad en la normativa vigente. El art. 11 LDC establece algunas reglas relativas a las ayudas públicas, pero no las define. La legislación solo contiene la delimitación de una de sus modalidades, como son las subvenciones [art. 2 de la Ley 38/2003, de 17.11, General de Subvenciones (LGS)](63). Así las cosas —si se trata de proteger la competencia frente a las intervenciones estatales—, debe trasladarse al Derecho español el concepto finalista de ayudas del Derecho comunitario.

En cuanto a su régimen jurídico, la normativa europea descansa sobre el *principio general de prohibición de las ayudas estatales* que falseen o amenacen falsear la libre competencia, afectando con ello a los intercambios entre los Estados miembros (art. 107.1 TFUE). Esta prohibición se *excepciona*, al permitir el otorgamiento de ayudas para la consecución de una serie de objetivos de interés general (art. 107.2 y 3 TFUE).

und Wirkungsfaktor des europäischen Subventionsrechts», en Hrsg. BÖRNER, B., BULLINGER, M., *Subventionen in Gemeinsamen Markt*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1978, 9 y ss.; GIDE, LOYRETTE, NOUËL (Xavier de Roux, Dominique Voillemot), *Le droit de la concurrence de la CEE*, Jurisdictionnaires Joly, 4 edic., París, 1982, 328; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, 725 y «El control de las ayudas financieras nacionales», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario europeo*, vol. II, Civitas, Madrid (1986) 622 y ss.; GOLDMAN, B., LYON CAEN, A., *Droit Commercial Européen*, Dalloz, 4ª edición (1983) 1056; ORLANDI, M., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, 125 y ss.

(60) Asunto T-358/94, *Compagnie nationale Air France v. Comisión* [Rec. 1996], p. II-2109.

(61) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «Ayudas públicas», en VELASCO SAN PEDRO, L. A.,

*Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, 485-579.

(62) Se consideran ayudas públicas «las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia» (redacción de la Ley 52/1999).

(63) Real Decreto 887/2006, de 21.7, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17.11, General de Subvenciones.

A nuestros efectos, importa destacar que las ayudas estatales se sujetan al *control de la Comisión Europea*, que –junto con los *Estados miembros*– debe llevar a cabo un examen permanente de las ayudas existentes (art. 108.1 TFUE), con el fin de proponer las medidas apropiadas.

Además, el art. 108.3 TFUE impone a los Estados el deber de *notificar* a la Comisión Europea los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas, con la finalidad de que controle su conformidad con la normativa europea(64). Las ayudas no podrán otorgarse antes de que la Comisión adopte –expresa o presuntamente– una decisión al respecto [art. 108.3 TFUE y art. 3 del Reglamento (CE) n° 659/1999]. No obstante, no están sujetas al deber de notificación previa las ayudas: (i) de menor importancia (*de minimis*); (ii) cubiertas por reglamentos de exención por categorías; (iii) otorgadas en base a un mecanismo autorizado por la Comisión. El incumplimiento de la obligación de comunicación previa determina la ilegalidad de la ayuda [art. 1.f) R. 659/1999]. En este caso, los órganos jurisdiccionales nacionales, conforme a su propio Derecho, pueden deducir todas las consecuencias de la infracción del art. 108.3 TFUE, tanto en lo que atañe a la validez de los actos que implican la ejecución de las medidas de ayuda, como a su devolución(65).

La defensa de la competencia frente a las ayudas públicas es también un imperativo en el *Derecho español*. Las ayudas son ventajas económicas selectivas, que alteran las condiciones del mercado e inciden en la libertad de empresa (art. 38 CE), tanto del beneficiario, como de los competidores. El respeto a la libre concurrencia se impone también a la Administración como una proyección más del principio de igualdad. Los poderes públicos no pueden dispensar a los agentes económicos un tratamiento diferenciado, salvo que existan razones proporcionadas que lo justifiquen(66). Por otra parte, las ayudas comportan también el riesgo de ruptura del principio de unidad de mercado, sin el que no puede mantenerse la unidad del orden económico nacional(67). Las entidades territoriales no pueden, pues, atraer inversiones mediante ayudas que distorsionen la competencia a nivel nacional(68). Esto no significa la prohibición de las ayudas, pero sí la exigencia de una adecuada relación de proporcionalidad entre la finalidad perseguida y la restricción causada(69).

(64) FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «El establecimiento de subvenciones», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, 281 y ss.

(65) Asunto C-275/10, margs. 27 y 29; asunto C-71/04, *Xunta de Galicia* [Rec. p. I-7419], marg. 49; asunto C-1/09, *CELF y Ministre de la Culture et de la Communication*, marg. 41.

(66) «En sentido jurídico, libre competencia significa igualdad de los competidores ante el derecho» (SÁINZ MORENO, F., «Orden público económico y restricciones de

la competencia», *RAP*, n° 84, 1977, 607). Por su parte, el art. 9.2 CE «constitucionaliza implícitamente la libre competencia económica» (FONT GALÁN, J. I., «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *RDM*, n° 152, 1979, 217).

(67) STC 96/2002, de 25.4, FJ 11°.

(68) STC 64/1990, de 5.4, FJ 4°.

(69) STC 37/1981: no toda medida que incida sobre la circulación de bienes y personas por el territorio nacional es necesariamente contraria al art. 139.2 CE, sino que lo será cuanto persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre cir-

Como es natural, incumbe al Estado la responsabilidad de controlar que las ayudas otorgadas por los distintos poderes públicos internos no perjudican la unidad del mercado nacional(70). Este mandato se refleja en el art. 1.5.a) Ley 1/2002, que atribuye en todo caso al Estado la competencia para aplicar las normas de defensa de la competencia referidas a las ayudas públicas.

No obstante, el ordenamiento español sigue careciendo de un eficaz y comprensivo sistema de control de las ayudas públicas, que en sustancia debería seguir el patrón comunitario europeo(71). La LGS hace hincapié en los principios de transparencia y distorsión mínima del mercado: cuando «los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores» (art. 8.2 LGS). Sin embargo, la LDC se mantiene en una línea de continuidad respecto de la regulación anterior (art. 19 LDC 1989), que resultaba claramente insuficiente. Así, se reconoce a la autoridad de defensa de la competencia la facultad de analizar –de oficio o a instancia de parte– los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia (art. 11.1 LDC). Con todo, se trata ésta de una facultad limitada, por las siguientes razones:

- i) El ordenamiento jurídico español *carece de un mecanismo de control previo de las ayudas*, que pueden ser directamente otorgadas por las autoridades nacionales. De ahí la conveniencia de establecer un sistema de control nacional de las ayudas, que imponga a los Poderes públicos el deber de notificación previa de los proyectos de otorgamiento(72).
- ii) Por lo mismo, la autoridad de la competencia *carece de mecanismos eficaces para recabar información de las ayudas que se conceden en España*. La CNMC tiene que recabar esta información por

culación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (FJ 2°). STC 88/1986: «la compatibilidad entre la unidad económica de la nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que (...) admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los

existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ellas previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles» (FJ 6°).

(70) STC 208/1999, de 11.11, FJ 6°.

(71) SORIANO GARCÍA, J. E., SÁNCHEZ GU- TIÉRREZ, M. M., «El control de las ayudas públicas en España: un contexto a cambiar», en MARTÍNEZ LAGE, S., PETITBÓ, A., *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 318-319.

(72) SORIANO GARCÍA, J. E., SÁNCHEZ GU- TIÉRREZ, M. M., *op. cit.*, 325.

vías indirectas. Así, se impone al órgano encargado de notificar a la Comisión las ayudas españolas el deber de trasladar a la CNMC la información correspondiente (art. 11.3 LDC) (73). No obstante, las ayudas sin relevancia comunitaria –de alcance puramente local– escapan del control comunitario. A ello se une el propósito de la Comisión de ampliar las ayudas exentas del deber de notificación previa. En estos casos, se faculta a la CNMC para requerir de las Administraciones públicas cualquier información en relación con las ayudas, proyectadas u otorgadas (art. 11.4 LDC). Con todo, como puede verse, no resulta este un sistema operativo. De ahí la conveniencia de establecer un sistema de control nacional de las ayudas, que imponga a los Poderes públicos el deber de notificación previa de los proyectos de otorgamiento (74).

- iii) Las facultades de la CNMC no son decisorias. Su limita a «analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas», con el fin de emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales», así como de dirigir a las Administraciones públicas «propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia» (art. 11.1 LDC). En este contexto, la CNMC debe elaborar un informe anual sobre las ayudas concedidas en España (art. 11.2 LDC). También podrá realizar informes concretos sobre el impacto de las ayudas públicas en la competencia en los mercados. La CNMC hará públicos los informes que elabore. Por su parte, los órganos de defensa de las CC.AA. podrán elaborar también informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales incluidas en su ámbito territorial, pudiendo también dirigir propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia (art. 11.5 LDC).

## VII. ACTUACIONES PÚBLICAS ANTICOMPETITIVAS

La actuación de las Administraciones públicas también puede tener efectos anticompetitivos. La cuestión es: ¿qué atribuciones tiene la CNMC en relación con estas actuaciones?

El presupuesto para la aplicación de las normas de defensa de la competencia es: (i) la existencia de una *empresa*; (ii) que ponga en práctica *actuaciones económicas* (anticompetitivas: prácticas restrictivas y abuso de

(73) El Ministro tiene un acceso indirecto a estos datos, dada la obligación que impone el Real Decreto 1755/1987, de 23.12, a todas las Administraciones públicas de comunicar a la Comisión Interministerial para Asuntos Económicos relacionados

con las Comunidades Europeas los proyectos de implantación o modificación de ayudas internas a efectos de su remisión a la Comisión.

(74) SORIANO GARCÍA, J. E., SÁNCHEZ GU- TIÉRREZ, M. M., *op. cit.*, 325.

posición dominante); (iii) siempre que lo haga de manera autónoma. Cuando la actuación pública cumple estos requisitos, se sujeta también a la legislación de defensa de la competencia. A este respecto, hay que tener en cuenta que la calificación jurídica nacional no incide en la aplicabilidad de las normas comunitarias en materia de competencia (75).

(i) En primer lugar, es precisa la actuación de una «*empresa*», que la normativa europea define en sentido material: cualquier entidad que ejerza una actividad económica. A efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia, el concepto de empresa es, pues, independiente del estatuto jurídico –público o privado– de la entidad, así como de su modo de financiación (76). Se incluyen, pues, también el propio Estado, las empresas y organismos públicos (77), o incluso, las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos (art. 106.1 y 2 TFUE) (78).

(ii) En segundo lugar, la «*empresa*» ha de realizar una *actividad económica*, que la normativa define también en sentido amplio. Se entiende por tal la oferta de bienes o servicios en un determinado mercado (79). En cambio, no se consideran actividades económicas las que: (a) no están animadas por el principio de eficiencia económica, sino por el de solidaridad (80); (b) se vinculan al ejercicio de prerrogativas (81) del poder público (82).

(75) Asunto 123/83, *Clair* [Rec. p. 391], marg. 17; asunto C-35/96, *Comisión/Italia* [Rec. p. I-3851], marg. 40.

(76) Asunto C-41/90, *Höfner y Elser* [Rec. p. I-1979], marg. 21; asuntos C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre* [Rec. p. I-637], marg. 17; asunto C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* [Rec. p. I-4013], marg. 14; asunto C-67/96, *Albany* [Rec. p. I-5751], marg. 77; asuntos C-115/97 a C-117/97, *Brentjens'* [Rec. p. I-6025], marg. 77; asunto C-219/97, *Drijvende Bokken* [Rec. p. I-6121], marg. 67; asuntos C-180/98 a C-184/98, *Pavlov* [Rec. p. I-6451], marg. 74; asunto C-309/99, *Wouters*, marg. 59.

(77) Asunto 41/83, *Italia/Comisión* [Rec. p. 873], marg. 16 a 20; asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, marg. 35.

(78) STS de 5.12.2003 (RJ 2003, 8474) (Ar. 8474): la RFEF es una empresa a efectos del art. 6.2 LDC 1989, ya que tiene el poder de autorizar las retransmisiones para el ámbito geográfico español de partidos de fútbol celebrados en el extranjero entre equipos extranjeros pertenecientes a la UEFA (FJ 3º). A ello se añade que –directa o indirectamente (a través de la Liga Nacional de Fútbol Profesional)– es titular de los más preciados derechos de retransmisión de partidos de fútbol celebrados en España.

(79) Asunto 118/85, *Comisión v. Italia*, [Rec. p. 2599], marg. 7; asunto C-35/96, *Comisión v. Italia*, [Rec. p. I-3851], marg. 36; Asuntos C-180/98 a C-184/98, *Pavlov* [Rec. p. I-6451], marg. 75.

(80) Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre* [Rec. p. I-637], marg. 18 y 19; gestión del servicio público de la seguridad social.

(81) Asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft* [Rec. p. I-43], marg. 30; control y la policía del espacio aéreo; asunto C-343/95, *Diego Cali & Figli* [Rec. p. I-1547], marg. 22 y 23; vigilancia anticontaminación del medio marino.

(82) Asunto C-138/11: una autoridad pública no desarrolla una actividad empresarial al recopilar en una base de datos (Registro Mercantil) datos facilitados por las empresas en cumplimiento de una obligación legal de información. Tampoco desarrolla una actividad empresarial cuando presta un servicio de consulta y elaboración de impresiones en papel, prohibiendo por lo demás cualquier acto de explotación, bien sea por invocación del derecho sui generis de propiedad intelectual como fabricante de la base de datos o por otros motivos.



En este sentido, las normas europeas de defensa de la competencia se aplican a las *actuaciones de las entidades públicas de carácter económico que no estén vinculadas al ejercicio de prerrogativas públicas*. En la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede dissociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, actúa como una empresa(83). En cambio, si dicha actividad económica es indisociable del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo quedan vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas. No hay inconveniente en que la sujeción a las normas de defensa de la competencia se produzca solo respecto de las actividades de los poderes públicos que tengan carácter económico(84).

Como puede intuirse, la aplicación de estos criterios a las entidades públicas ha resultado problemática, especialmente, en la zona fronteriza de las corporaciones públicas sectoriales. En este sentido, la jurisprudencia europea ha aclarado que las corporaciones de Derecho público (colegios profesionales) no están exentas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, ni siquiera cuando ejerzan funciones de «ordenación» de la profesión(85). Así, un colegio profesional se comporta como una asociación de empresas (los profesionales se consideran empresas)(86), en el sentido del art. 101.1 TFUE, cuando adopta un código deontológico obligatorio para sus miembros(87), que establezca como criterios para la fijación de los honorarios profesionales, además de la calidad y la magnitud de la prestación del servicio, la dignidad de la profesión, que puede limitar el juego de la competencia en el mercado interior(88). A estos efectos, se toma en cuenta que el colegio no ejerce una función social basada en el principio de solidaridad, ni prerrogativas típicas del poder público(89). En cambio, las normas adoptadas por una corporación sectorial tendrían carácter público y, por tanto, no estarían sujetas a las normas del Tratado aplicables a las empresas, cuando el Estado haya definido sus objetivos y principios esenciales de actuación y, además, se reserve facultades decisorias en último término(90).

(iii) En tercer lugar, la aplicación de las normas de defensa de la competencia exige que la actuación anticompetitiva sea *autónomamente decidida por la empresa*. Los arts. 101-102 TFUE no se aplican cuando es la propia normativa la que impone a las empresas una actuación contraria a la competencia, o crea un marco jurídico que —por sí mismo— excluye cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte(91). En estos ca-

(83) Asunto C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati/Comisión* [Rec. p. I-2207], marg. 72 y ss.; asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, marg. 35.

(84) *Aéroports de Paris/Comisión*, marg. 74, y *MOTOE*, marg. 25.

(85) Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, marg. 86.

(86) Asunto C-309/99, *Wouters*, margs. 47-49.

(87) Asunto C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi.*, marg. 44-45.

(88) Asunto C-136/12.

(89) Asunto C-309/99, marg. 58.

(90) Asunto C-309/99, marg. 68.

(91) Asuntos C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbroke Racing* [Rec. p. I-6265], marg. 33 y la jurisprudencia citada; asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, marg. 85.

sos, la conducta no puede imputarse a las empresas implicadas, sino al propio Estado, cuya actuación podrá ser considerada contraria a Derecho. Ahora bien, la inaplicación de los arts. 101-102 TFUE sólo se acepta cuando la normativa nacional imponga la actuación a la empresa o elimine «cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte»(92) y los «efectos restrictivos de la competencia tengan su origen solamente en la Ley nacional»(93). En cambio, los arts. 101-102 TFUE se aplican a la actuación empresarial cuando «la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas»(94). Por tanto, «si una ley nacional se limita a fomentar o a facilitar comportamientos autónomos de las empresas contrarios a la competencia, éstas siguen sometidas a los artículos 81 CE y 82 CE [arts. 101-102 TFUE]»(95).

En este sentido, en el Derecho español las conductas anticompetitivas que resulten de la *aplicación de una ley* no están prohibidas por la legislación española de defensa de la competencia (art. 4.1 LDC)(96). Si se entendieran contrarias a los principios constitucionales, debería plantearse el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. Por otra parte, como hemos visto, las normas europeas sobre competencia (arts. 101 y 102 TFUE) prohíben los comportamientos anticompetitivos adoptados de manera autónoma por los operadores económicos. No resultan, pues, aplicables a las leyes estatales, ni a los comportamientos directamente amparados por éstas. No obstante —si éstas se entendieran contrarias al Tratado—, las autoridades europeas podrían exigir al Estado su modificación y, en último término, podrían plantear un recurso por incumplimiento ante los tribunales de la UE. En este sentido, a partir de los años ochenta, han sido frecuentes las disputas entre las autoridades nacionales y europeas a propósito del régimen jurídico de los servicios de interés económico general (art. 106 TFUE)(97). En la mayor parte de los casos,

(92) Asuntos 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landuyck y otros v. Comisión* [Rec. p. 3125], marg. 130 a 134; asunto 41/83, *Italia v. Comisión* [Rec. p. 873], marg. 19; asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenundustrie y otros v. Comisión* [Rec. p. 3831], marg. 27 a 29; asunto C-198/01, *GIF* [Rec. p. I-8055], marg. 67; asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, marg. 86.

(93) Asunto T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comisión* [Rec. p. II-1807], marg. 61; asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, marg. 87.

(94) Asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, marg. 88; asuntos 209/78 a 215/78 y 218/78, *van Landuyck y otros v. Comisión* [Rec. p. 3125], marg. 126 y 130-134; asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, *Stichting Sigarettenundustrie*

y otros v. Comisión [Rec. p. 3831], marg. 12-37; asunto C-219/95 P, *Ferriere Nord v. Comisión* [Rec. p. I-4411], marg. 23-25; asuntos C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia v. Ladbroke Racing* [Rec. p. I-6265], marg. 34.

(95) Asunto T-271/03, *Deutsche Telekom*, marg. 89. En este mismo sentido, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, *Suiker Unie y otros v. Comisión* [Rec. p. 1663], marg. 36-73; asunto C-198/01, *GIF* [Rec. p. I-8055], marg. 56; asunto T-387/94, *Asia Motor France y otros v. Comisión* [Rec. p. II-961], marg. 60.

(96) STS de 19.3.2013 (RJ 2013, 4007) FJ 8º.

(97) LAGUNA DE PAZ, J. C., *Servicios de Interés Económico General*, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

la discusión se ha centrado en si estaba o no justificado el mantenimiento de un régimen de derechos exclusivos para asegurar la realización de la tarea de interés general que tuvieran encomendada (art. 106.2 TFUE).

En cambio, las prohibiciones de la LDC (prácticas anticompetitivas y abuso de posición dominante) se aplican a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de *otras potestades administrativas* (no legislativas) o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas *sin amparo legal* (art. 4.2 LDC). No obstante, en estos casos, la CNMC no puede anular reglamentos(98) o actos administrativos emanados de otros poderes públicos nacionales. Esto explica que la Ley legitime a la CNMC para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (art. 5.4 LCNMC).

Por último, es preciso aún despejar la incógnita de si —en aplicación de la LDC— la CNMC puede imponer sanciones a otra Administración pública por actuaciones anticompetitivas. La jurisprudencia admite la posibilidad de las sanciones interadministrativas, ya que nuestro ordenamiento jurídico no excluye la potestad sancionadora de las relaciones entre Administraciones públicas(99). Más discutible resulta el ejercicio de la potestad sancionadora respecto a organizaciones insertas en la misma persona jurídica, lo que carecería de finalidad aflictiva, ya que el erario público ingresaría los mismos fondos que pierde. No obstante, la CNMC tiene personalidad jurídica distinta del Estado. Además, resultaría discriminatorio que la autoridad de la competencia pudiera sancionar a otras Administraciones públicas, pero no a los órganos de la Administración General del Estado.

### VIII. «COMPETITION ADVOCACY»

Las autoridades administrativas pueden desarrollar un papel rele-

(98) BAÑO LEÓN, J. M., *op. cit.*, 93.

(99) STS de 7.11.2007 (rec. 9852/2003) (RJ 2008, 1420): «en caso de incumplimiento, si la conducta municipal constituye una infracción administrativa no existe obstáculo constitucional alguno para el ejercicio de la potestad sancionadora por el órgano estatal o autonómico que la tenga atribuida, sin que el principio de autonomía local pueda impedir la tramitación del procedimiento sancionador en el que se resuelva sobre el incumplimiento imputado (...) los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento sancionador (artículos 127 y siguientes de la LRJPA), no experimentan

ninguna variación por el hecho de que el presunto responsable sea una Administración, ni ello determina que los principios que rigen las relaciones interadministrativas para garantizar la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas (artículos 4 de la LRJPA y 55 y siguientes de la LBRL), deban ser observados en el procedimiento sancionador, por ir referidos a una relación distinta (...) cuando su actuación implique la comisión de una infracción administrativa, aun cuando el ente local actúe en ejercicio de una competencia propia que le atribuye el artículo 25 de la LBRL, la Administración competente debe ejercer la potestad sancionadora, sin que la posición

vante en la detección de normas o prácticas que —sin constituir una infracción a las normas de defensa de la competencia— entorpecen el funcionamiento de los mercados (*competition advocacy*). En particular, esta función se traduce en el análisis de la situación competitiva de sectores económicos (*sector inquiries*), que realizan tanto las autoridades europeas como nacionales(100). Se trata de persuadir a los distintos niveles de gobierno de las ventajas de desarrollar políticas que favorezcan la competencia y la capacidad de elección del consumidor(101). Esto explica que la CNMC asuma la función de promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos [art. 5.1.h) LCNMC].

Este es también el sentido que parece tener la genérica atribución a la CNMC de la función de «Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos» [art. 5.1.a) LCNMC]. No parece que pueda interpretarse esta genérica cláusula atributiva de competencias como una habilitación para intervenir en los distintos sectores económicos. A este respecto, hay que tener en cuenta que la Ley especifica las competencias que asume la CNMC en los ámbitos en los que asume atribuciones efectivas (arts. 6, 7, 8, 9, 10 y 11 LCNMC). De ahí que, como decimos, esta mención genérica parece estar en la línea de la *competition advocacy*.

### IX. FUNCIONES CONSULTIVAS

La CNMC actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos (art. 5.2 CNMC). En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, CC.AA., Corporaciones locales, Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio y organizaciones empresariales y de consumidores y usuarios. Se trata de aprovechar la experiencia y conocimientos de este órgano en beneficio de otras funciones del Estado. En concreto, la CNMC informará:

a) En el proceso de elaboración de normas relativas a los sectores sometidos a su supervisión, así como a la normativa de defensa de la competencia.

b) Sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones por conductas anticompetitivas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.

que en el procedimiento tiene el responsable varíe por el hecho de ser un Ayuntamiento» (RJ 3º).

(100) Esta función fue ejercida por el TDC español desde principios de los noventa, con la aprobación de informes que tuvieron una extraordinaria influencia política y social: *Informe sobre el libre ejercicio de las*

*profesiones* (1992); *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios* (1993).

(101) COOPER, J. C., PAUTLER, P. A., ZYWICKI, T. J., «Theory and practice of competition advocacy at FTC», *Antitrust Law Journal* 72, 2005, 1091.

c) Sobre todas las cuestiones relativas a la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales (art. 16 LDC y R. 1/2003).

d) Sobre cualesquiera otras cuestiones, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

## X. ARBITRAJE

La CNMC asume las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad: (i) que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23.12, de Arbitraje; (ii) así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las CC.AA. en sus ámbitos respectivos [art. 5.1.b), párrafo 1º, LCNMC]. El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público [art. 5.1.b), párrafo 2º, LCNMC], por lo que cabe deducir que se somete a la jurisdicción civil(102). El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad [art. 5.1.b), *in fine*, LCNMC].

Esta función no debe confundirse con la atribución que asumen los reguladores sectoriales de cara a la resolución de conflictos entre operadores, en relaciones presididas por la regulación sectorial (art. 12.1 LCNMC). La doctrina se ha referido a esta competencia como «actividad arbitral» de la Administración (PARADA). En este último caso, no estamos ante funciones arbitrales en sentido estricto, sino ante el ejercicio de potestades públicas, sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, a las que no se someten voluntariamente los operadores(103). La Comisión resolverá acerca de cualquier denuncia y adoptará, a petición de cualquiera de las partes, una resolución vinculante (art. 12.2 LCNMC).

## III.-LA REORDENACIÓN DE LAS FUNCIONES DE REGULACIÓN SECTORIAL

(102) GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2011, 130.

(103) La STS de 16.1.2008 (RJ 2008, 899) FJ 6º establece la diferencia entre la función arbitral «privada» que pueden de-

sarrollar las Administraciones públicas y el ejercicio de potestades públicas de resolución de conflictos entre operadores, sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA  
LUIS DíEZ-PICAZO  
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ  
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ  
AURELIO MENÉNDEZ  
ALFREDO MONTOYA MELGAR  
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

MATILDE CARLÓN RUIZ

Directora

# LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Estudio adaptado a las Leyes 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y al Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia

Autores

MATILDE CARLÓN RUIZ  
TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO  
OSWALD JANSEN  
LUIS POMED SÁNCHEZ  
JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ  
MARIANO BACIGALUPO SAGGESE  
JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL  
ELISENDA MALARET GARCÍA  
MARTA TIMÓN

MARCOS GÓMEZ PUENTE  
OLGA HERRÁIZ SERRANO  
JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA  
MANUEL REBOLLO PUIG  
JOAQUÍN TORNOS MAS  
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ  
ENRIQUE ORTIZ CALLE  
MARÍA ASTRID MUÑOZ GUIJOSA  
JORGE FERNÁNDEZ-MIRANDA

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, noviembre 2014



THOMSON REUTERS PROVUEW® eBOOKS  
Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2014 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Matilde Carlón Ruiz (dir.) y otros]  
Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)  
ISBN: 978-84-470-4987-5  
Depósito Legal: NA 1541/2014  
*Printed in Spain. Impreso en España*  
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA  
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 - Pamplona

## SUMARIO

|                   |    |
|-------------------|----|
| ABREVIATURAS..... | 27 |
| PREFACIO.....     | 31 |

### PRIMERA PARTE

#### ESTUDIOS GENERALES. APROXIMACIÓN AL MODELO INTEGRADO Y MULTISECTORIAL DE LA NUEVA CNMC

##### CAPÍTULO 1

|   |           |
|---|-----------|
| <b>CLAVES DE LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA; UNA OPCIÓN INTEGRADORA Y MULTISECTORIAL DE REGULACIÓN «EX ANTE» Y «EX POST» DE LOS MERCADOS. SU PAPEL SOBREVENIDO COMO GARANTE DE LA UNIDAD DE MERCADO.....</b> | <b>37</b> |
| por <i>Matilde Carlón Ruiz</i>  |           |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. Planteamiento.....</b>   | <b>37</b> |
| <b>II. La opción integradora y multisectorial que inspira la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: las razones del legislador.....</b>   | <b>38</b> |
| <b>III. Una apuesta arriesgada: las dificultades de convivencia entre defensa de la competencia y regulación.....</b>  | <b>45</b> |
| 1. <i>Regulación versus Derecho de la competencia: las dos caras de Jano.</i>  | 45        |
| 2. <i>Coordenadas en el entrecruzamiento entre Derecho de la Competencia y regulación.....</i>   | 49        |
| A. De cómo el Derecho de la competencia inspira la regulación sin que ello suponga su suplantación.....  | 49        |
| B. Las zonas fronterizas –de doble dirección– entre Derecho de la competencia y regulación: la «advocacy» de la primera frente a las funciones de «salvaguarda» de la segunda.....   | 53        |
| C. La convivencia entre regulación y competencia a la luz de las Sentencias del Tribunal General de 29 de marzo de 2012: la doctrina del «margen de maniobra» y su confirmación por el Tribunal de Justicia en sentencia de 10 de julio de 2014..... | 57        |
| 3. <i>Los riesgos de la apuesta integradora en el seno de la nueva CNMC</i>  | 63        |