



**Módulo Jean Monnet
"Spreading solutions for new challenges
of EU Competition Law"**

**Coordinado por la Prof^a Vanessa Martí
Moya . Universidad de Valencia**

**APUNTES COMPILATORIOS DEL MÓDULO JEAN MONNET
"Spreading Solutions for new Challenges of European Competition Law"**

Los siguientes apuntes constituyen el punto de partida de las actividades formativas llevadas a cabo durante el Módulo Jean Monnet "*Spreading Solutions for new Challenges of European Competition Law*" y no pretenden ser una guía exhaustiva de la materia, sino proporcionar las bases para una reflexión.

ÍNDICE: I. La prohibición de las conductas colusorias: en especial las restricciones accesorias y las conductas de minimis. II. Mercado único digital y restricciones a la competencia. III. El procedimiento sancionador de las conductas colusorias. IV. Las prácticas de *Bid Rigging*. V. La represión pública de la competencia desleal. VI. Competencia desleal protección del consumidor. VII. Aplicación privada del Derecho de la competencia. VIII. *Interim measures* en Derecho de la competencia español y europeo. IX. Propiedad industrial y Derecho de la competencia: aspectos de confluencia y de conflicto. X. Competencia y sector agroalimentario

LA PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS COLUSORIAS: EN ESPECIAL LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS Y LAS CONDUCTAS DE MINIMIS

Luis M^a MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

Punto de partida: El problema de las relaciones entre el Derecho de defensa de la competencia (o *antitrust*) y el Derecho de la competencia desleal

- **Derecho de defensa de la competencia (LDC 2007, arts. 101 y 102 TFUE y Regl. 2004) = defensa cuantitativa de la competencia = cantidad de competencia (ilícito antitrust es un ilícito eminentemente político)**
- **Derecho de la competencia desleal (LCD de 1991) = defensa cualitativa de la competencia = calidad de la competencia (ilícito desleal es un ilícito jurídico)**
- **La LCD de 1991 se erige en la norma general del Derecho de la competencia = todo ilícito *antitrust* es, por tanto, un ilícito desleal (afirmación que no es válida en sentido contrario)**

- Las relaciones entre ambas normas se pueden expresar a través de dos círculos concéntricos = principio “ley especial deroga a general” =

Aclarado lo anterior, pasamos al tema que es el objeto principal de mi intervención en esta sesión:

La cláusula general prohibitiva de las conductas colusorias [art. 101.1 TFUE] =

“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

El análisis de esta norma nos lleva a formularnos 2 grandes cuestiones = 1ª/ ¿Qué tipo de conductas abarca la prohibición?; 2ª/ ¿Qué requisitos han de concurrir en dichas conductas para que caigan bajo el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE. Veamos:

1º/ En cuanto a lo primero (tipos de conductas prohibidas) se trata de =

- **ACUERDOS ENTRE EMPRESAS**

Término “acuerdo” es mucho más amplio que el término “contrato” o “negocio jurídico”

Es indiferente la forma que adopte el acuerdo (escrita - en documento privado o público- o verbal)

Es también irrelevante si tiene lugar entre empresas competidoras (acuerdos horizontales) o entre no competidoras (acuerdos verticales)

- **DECISIONES DE ASOCIACIONES DE EMPRESAS**

Declaración de voluntad emanada de una asociación de empresas integrada por operadores económicos que gocen de independencia en el mercado

Abarca también la simple recomendación colectiva (desprovista de efectos vinculantes para los asociados)

- **PRACTICAS CONCERTADAS**

Categoría residual o de cierre = a fin de que no escapen del art. 101.1 comportamientos que no puede probarse que son fruto de la colusión pero que no tienen otra explicación en términos económicos que la existencia de una cierta cooperación entre quienes los llevan a cabo

2º/ En cuanto a lo segundo (requisitos que han de concurrir en estas conductas para que se active el art. 101.1) =

QUE TENGAN POR OBJETO O COMO EFECTO RESTRINGIR LA COMPETENCIA

- Interpretación amplia = toda limitación de la libertad de comportamiento de un operador económico estaría prohibida
- Interpretación más estricta = no toda limitación de la libertad de comportamiento está prohibida pues quedan al margen de la prohibición las restricciones accesorias (*ancillary restraints*) y las conductas de minimis (esto es, de conformidad con el art. 101 cabe hablar de restricciones *razonables* y *no razonables* de la competencia)

LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS

1/ Origen = experiencia antitrust norteamericana = caso United States v. Addyston Pipe (1898)

"Ninguna restricción de la competencia debe ser admitida, a menos que la cláusula que la contiene sea simplemente accesoria en relación con el objetivo principal de un contrato que es en sí mismo lícito y que sea necesaria para garantizar al acreedor de la obligación el goce de los frutos legítimos del contrato".

Relanzamiento en los años 50 por obra de los trabajos de Robert Bork y cierta modulación por obra de la elaboración del método de la rule of reason

Exigencias que ha de cumplir una restricción para ser accesoria =

- **Tarea previa** = Constatar que la restricción se inserta dentro de un negocio o acto jurídico principal con causa lícita

- **Doble enjuiciamiento posterior** (uno relativo a la restricción, el otro a la operación principal) =

1º Que la restricción está subordinada al cumplimiento del objetivo del negocio o acto jurídico principal y es necesaria para que éste tenga lugar, y, por otra, que ha sido estipulada en términos de razonabilidad

2º Confirmar el carácter beneficioso para la competencia (esto es, procompetitivo) de la operación principal en la que se inserta, como una cláusula más, la restricción enjuiciada

2/ Recepción en la Unión Europea = Asuntos Nutricia/Remia, Mecaniver y STJUE Remia c. Comisión= Comunicación sobre restricciones accesorias a operaciones de concentración de 2005

- **Aborda el asunto de forma parcial** = quedan fuera las restricciones accesorias insertas en otras operaciones principales distintas de las ventas de empresas = p. ej., en contratos de franquicia y otros contratos de distribución o en los estatutos de constitución de cooperativas u otras sociedades

EXIGENCIAS QUE HAN DE CUMPLIRSE PARA QUE LA RESTRICCIÓN SEA ACCESORIA =

1º/ Entre la restricción y la operación principal exista una vinculación sustancial = esto es, que su fin último consista en hacer posible la realización de la operación principal

2º/ Que la restricción sea necesaria para la realización de la operación principal = es decir, sin ella no se podría llevar a cabo o se llevaría a cabo en un mayor tiempo o con un coste superior

En la doctrina hay dos formas diversas de interpretar la exigencia del carácter necesario de la restricción =

1ª/ Interpretación más rigorista (*conditio sine qua nom*)

2ª/ Interpretación más flexible (equivalente a utilidad)

3º/ Que la restricción sea razonable = esto es, lo menos restrictiva posible para que la operación principal se celebre y cumpla sus fines

Por ej., para los pactos de no competencia:

Límite temporal = no superior a tres años (si se transmite la clientela ligada al fondo de comercio y los conocimientos técnicos) o a dos años (si solo se transmite el fondo de comercio)

Límite geográfico o territorial = habrá de limitarse al territorio en el que el vendedor ejercía su actividad empresarial o a aquellos en los que tenía proyectado realizarla siempre que hubiere hecho al respecto alguna inversión

Límite material = habrá de limitarse a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa cedida

FUNDAMENTO DE LA DOCTRINA DE LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS

Idea de orden o armonía entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho contractual

P. ej., el negocio de venta de empresa (negocio admitido por el Derecho = valor de uso y valor de cambio = pero para que se lleve a efecto es necesario pactar la prohibición de competencia) = el Derecho antitrust no puede prohibir lo expresamente admitido por el Derecho contractual

En suma, responde a la idea de unidad de sistema jurídico

LAS CONDUCTAS DE MINIMIS

Estas conductas generan una doble problemática:

1ª/ Si son ilícitas pero no perseguibles en atención a su menor importancia (*de minimis non curat praetor*) o si son lícitas y, por ende, no prohibidas (*de minimis non curat lex*).

2ª/ La concreción de lo que ha de entenderse por conducta *de minimis* (criterios delimitadores de la menor importancia)

1ª/ El primer problema ha sido siempre resuelto en la UE a favor de considerar que son conductas lícitas = Decisión Convenios Caleros de 1969 = STJUE Volk/Vervaecke de 1969 = Comunicaciones de 1970, 1977, 1986, 1994, 1997, 2001 y 2014 = principio *de minimis non curat lex*

2ª/ El segundo problema, analizado de forma retrospectiva, lleva a distinguir dos etapas =

Primera etapa = desde 1969 hasta 1997 = el concepto de conducta de menor importancia derivaba de criterios puramente cuantitativos (cuota de mercado y volumen de ventas de las empresas)

Segunda etapa = desde 1997 hasta la actualidad = el concepto de conducta de menor importancia se construye con criterios mixtos, en parte cuantitativos y en parte cualitativos

Comunicación de minimis de 2001

Criterios cuantitativos = son *de minimis* los acuerdos entre empresas que no superan una determinada cuota de mercado =

- empresas competidoras (horizontales) cuando la cuota de mercado conjunta de la empresas no es superior al 10% de los mercados afectados por el acuerdo
- empresas no competidoras (verticales) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes no exceda del 15% en ninguno de los mercados afectados por el acuerdo
- el umbral se fija en un 10% para los casos en que sea difícil determinar si el acuerdo es horizontal o vertical

Criterios cualitativos = lista negra de restricciones consideradas siempre de mayor importancia (aunque las empresas que las adopten no reúnan las cuotas de mercado antes aludidas) =

- Acuerdos entre competidores (horizontales) que tengan por objeto la fijación de precios de venta de los productos, la limitación de la producción o las ventas y el reparto de mercados o clientes.
- Acuerdos entre no competidores (verticales) que:

1º) limitan la facultad del comprador de determinar el precio de venta (sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta)

2º) restringen el territorio en el que el comprador puede vender los bienes o servicios, o los clientes a los que puede vendérselos (excepto en una serie de supuestos que fija la Comunicación); etc.

3º) restringen los suministros cruzados entre distribuidores pertenecientes a un sistema de distribución selectiva,

Y algunos más

¿Qué principales novedades introduce la Comunicación de minimis vigente de 30 de agosto de 2014?

- El **antecedente inmediato** de la Comunicación hay que buscarlo en la Sentencia del TJUE (sala 2ª) de 13 de diciembre de 2012 = **Caso Expedia** = donde el Tribunal sentó la idea de que las restricciones de la competencia por el objeto son siempre de mayor importancia
- **Criterios cuantitativos** = reproduce prácticamente los mismos criterios que la Comunicación de 2011 = cuotas de mercado del 10% (acuerdos horizontales), 15% (acuerdos verticales), 10% (acuerdos de dudosa calificación) y 5 % (existencia de otros muchos acuerdos de esa misma naturaleza)
- **Criterios cualitativos** = se suprime la lista negra de restricciones de mayor importancia por las dos consideraciones siguientes:

- No podrán nunca considerarse de menor importancia los acuerdos que tengan por objeto restringir la competencia
- Ejemplos de estos acuerdos = los acuerdos horizontales de fijación de precios, limitación de la producción y reparto de los mercados, así como las restricciones de la competencia que se consideren especialmente graves en cualquier Reglamento de exención en bloque o por categorías actual o futuro

Crítica a la nueva regulación de las conductas de minimis en Europa y conclusión final

MERCADO ÚNICO DIGITAL Y RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

Prof. Dra. Vanessa Martí Moya
Profesora Titular de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

Seguro que la mayoría de los presentes hoy aquí realiza, realizamos, a menudo transacciones económicas online, es decir, a través de internet. Si pensamos, ahora, en cuántas de esas transacciones se realizan con proveedores de productos o servicios radicados en otro Estado Miembro distinto al nuestro seguramente la respuesta será, pocas.

El resultado que probablemente ha arrojado esta pequeña encuesta entre los aquí presentes se reproduce a nivel europeo, tal y como demuestra un Estudio sectorial publicado por la Comisión Europea sobre el comercio electrónico. Aunque el dato es referido al 2014, los datos muestran que a pesar de que el porcentaje de población europea que adquirió bienes o servicios online fue del 50%,

sólo un 15% lo hizo a un comerciante establecido en otro EM. Lo que evidencia el escaso desarrollo de un mercado único digital real.

Por otro lado, ese 15% es un valor medio no homogéneo en todos los EM, por cuanto existen notables diferencias entre ellos, siendo un caso excepcional el de Luxemburgo donde más del 68% de sus residentes realizan transacciones electrónicas transnacionales. Por supuesto, los Estados miembros muestran cifras muy diferentes en cuanto al volumen total de transacciones online (nacionales o intracomunitarias), concentrando Alemania, Francia y Reino Unido el 65% del volumen total.

Este hecho, parece contradecir la propia naturaleza abierta de internet, un medio que no conoce fronteras y que ha servido para aproximar realidades geográficamente muy distantes. Por tanto, es necesario conocer las razones que impulsan a los compradores europeos a no solicitar bienes o servicios a comerciantes de otros Estados o a estos últimos a no procurárselos. Se revela necesario, por tanto, estudiar los obstáculos existentes tanto en el lado de la demanda como en el de la oferta. Dejando de lado el mercado online de servicios, por las implicaciones que adquiere el principio de territorialidad de los derechos de autor, nos centraremos en la oferta online de bienes.

Las ineficiencias del mercado único digital desde la perspectiva del consumidor, en las que no nos detendremos, pueden venir motivadas, entre otras, por razones lingüísticas, técnicas, de desconfianza en operadores más desconocidos, y también por la falta de medios eficaces, rápidos y económicos de resolución de conflictos transnacionales. Darles solución requiere, sin embargo, de intervenciones legislativas en las que la Comisión ya trabaja.

Los problemas del lado de la oferta presentan una naturaleza poliédrica mucho más compleja. Esto es así porque, en principio, el ejercicio de la libertad de empresa implica que el empresario puede decidir en qué mercados estar presente, si desea o no dar el salto más allá de sus fronteras naturales es una decisión que debe de tomar, en principio, de forma autónoma. De hecho, no es extraño observar cómo gigantes de la distribución en un Estado miembro determinado son inexistentes en mercados nacionales distintos (casos de DM, Rossmann, o nuestro más cercano Mercadona).

Detrás de estas decisiones pueden subyacer problemas de inseguridad jurídica derivados de las diferencias jurídico-contractuales o de solución de conflictos, judiciales o extrajudiciales, todavía existentes entre los diferentes Estados, y cuya solución pasa por seguir trabajando por la armonización o la unificación, según el caso, o más simplemente de la diversidad de preferencias y hábitos de consumo de los europeos.

Sin embargo, junto a estas políticas empresariales del todo legítimas, pueden existir prohibiciones o restricciones al comercio online transnacional introducidas a través de los contratos de distribución. La Comisión ha intentado cuantificar la magnitud de estos obstáculos artificiales que estarían impidiendo la completa realización del ansiado mercado único digital en su Informe preliminar sobre el sector del comercio electrónico de bienes y servicios publicado el 15 de septiembre de 2016 (SWD(2016) 321 final), y, en efecto, ha constatado la existencia generalizada de estos tipos de cláusulas en prácticamente todos productos analizados. Son éstos los obstáculos que realmente importan al Derecho de la competencia.

El objetivo que se traza la Comisión Europea a la hora de abordar dicho estudio sectorial es múltiple, no obstante. Por un lado, se desea conocer mejor el funcionamiento y los parámetros en los que está basada la competencia online, tales como la transparencia (fundamentalmente de precio), la reducción de los costes de comparación para el consumidor, pero también determinar el alcance y consecuencias del parasitismo (*free-riding*) entre el comercio físico o tradicional y el comercio online, entre otros. Por otro, el informe intenta sistematizar las prácticas restrictivas que buscarían limitar precisamente los mencionados efectos netamente procompetitivos que proporciona la propia naturaleza de la red. Y es que el comercio electrónico, a la vez que ha abierto nuevos cauces que facilitan, potencialmente, la

comercialización transfronteriza, ha creado nuevos instrumentos y formas de restringir la competencia que no habían sido abordados en profundidad por la Comisión hasta este momento.

En efecto, no hay mención alguna relativa a la economía digital en el Reglamento de exención de restricciones verticales 330/2010, pues la Comisión, quizás acertadamente, optó por introducir una categorización de las restricciones verticales lo más genérica y sintética posible. Aunque, posteriormente, las Directrices relativas a las restricciones verticales sí contienen varias reflexiones al respecto (par. 52 y siguientes). Estas reflexiones, si bien son escuetas, ya hacen referencia a dos de los problemas que se abordan de forma más profunda en el Informe preliminar, esto es, la restricción de las ventas online por parte de los distribuidores y el *geoblocking* o limitación de las ventas online transfronterizas, sobre los que volveremos.

En principio, en lo que respecta a las relaciones verticales, es sabido que ha de partirse de una amplia libertad del productor de decidir cómo distribuir sus productos de la forma más eficiente, pues en el ámbito de la competencia intramarca es sobradamente conocido que los efectos de las restricciones concurrenciales son menos nocivos para el mercado. Las Directrices muestran a la Comisión alineada con este posicionamiento al reconocer que “*en la mayoría de restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intramarca es insuficiente*” porque, bien el productor, bien el distribuidor, o ambos, gozan de cierto grado de poder de mercado (par. 6).

Uno de los mayores límites, no obstante a este principio de libertad, se ubica, sin duda, en el riesgo de compartimentalización del mercado único, pues no es admisible que se intente re-erigir contractualmente las barreras al comercio que a las instituciones europeas tanto esfuerzo ha costado dismantelar. En efecto, una de las principales preocupaciones de la Comisión al abordar las restricciones verticales, y claro Leitmotiv del Informe preliminar, es evitar la creación de obstáculos a la integración del mercado único, que incluyen, fundamentalmente, las limitaciones a la libertad del consumidor de adquirir el bien o servicio en cualquier Estado Miembro de su elección¹.

En este sentido, sobresalen por su importancia, la prohibición o restricción de las ventas online (como la prohibición de venta a través de *marketplaces*), y las restricciones territoriales absolutas a través del *geoblocking*.

La restricción de las ventas online

No es éste un problema nuevo tras la archiconocida sentencia del TJUE en el caso Pierre Fabre, 2011 (y aún antes la decisión de la Comisión en el asunto Yamaha, 2003).

En esta conocida sentencia se discutía, la prohibición total de ventas online que un fabricante de productos cosméticos imponía a sus distribuidores (farmacias). La prohibición era indirecta, pues lo que se exigía era que la venta se realizase en presencia de un farmacéutico, condición imposible de cumplir por las propias características del mercado online, al menos en el estadio de desarrollo actual de la realidad virtual.

El fabricante alegaba en su recurso que el asesoramiento del profesional era necesario para permitir el trato personalizado, lo que llama la “cosmeto vigilancia”. En realidad, quien adquiere por internet es consciente de que falta dicho asesoramiento, pero aun así, desea utilizar este canal, bien porque adquiere un producto conocido, bien porque asume el riesgo de no adquirir el producto que le es más apropiado, además de existir otros métodos virtuales sustitutivos tales como tests. El hecho de no ser medicamentos, hace decaer, evidentemente la necesidad legal de la presencia del profesional.

¹ Par. 103. iv. Directrices relativas a las restricciones verticales (SEC(2010) 411 final)

Por otro lado, el riesgo de parasitismo en este caso no existiría, o se vería mermado, pues el fabricante es libre de suministrar únicamente a farmacias con sede física, y por tanto que soportan el coste de tener el personal profesional competente. Si, además de hacerlo de forma presencial, desean realizar su actividad de forma online, y obtiene respuesta positiva del consumidor, ello no reduce los costes fijos del personal y reduce, por tanto, el riesgo de parasitismo (pues no cabrían operadores únicamente virtuales dentro de la red). La única consecuencia real es que esta opción le permitiría penetrar en mercados asignados a otros distribuidores, es decir, competir con distribuidores geográficamente lejanos y, seguramente, ejercer una presión a la baja en precios. Legítimo sería, por el contrario, bien exigir que la distribución online se realice a través de webs o plataformas, propias o de terceros, que cumplan una serie de requisitos cualitativos razonables, o bien prohibir la venta a través de plataformas de terceros y sólo permitir las ventas online directas. Sobre ello volveremos infra.

A sobre si dicha restricción podía beneficiarse de la exención por categoría del Reg. 2790/1999, dado que la cuota del mercado de fabricante no superaba el 30%, el TJUE da una respuesta negativa. Y ello porque no pueden beneficiarse los acuerdos que tienen efectos graves contra la competencia, es decir, que contienen alguna de las restricciones especialmente graves del art. 4.c, tales como, en los sistemas de distribución selectiva, la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales.

Y el TJUE en este punto entiende no aplicable la excepción de restringir a un miembro operar desde fuera del establecimiento autorizado, porque entiende que se refiere a los lugares donde se realizan ventas directas (quizás debería haber añadido lugar físico y no virtual), sin aceptar una interpretación amplia que incluyese ambos.

Ésta es la interpretación que, más tarde, quedó incorporada en las Directrices sobre restricciones verticales de 2010, que considera una restricción especialmente grave de las ventas pasivas impedir la realización de ventas online cuando el comprador las realiza desde fuera del territorio (exclusivo) del vendedor, obligar a redireccionar al comprador a la web de otro distribuidor o del fabricante, limitar de forma absoluta el volumen de las ventas online u obligar a pagar precios más altos por los productos destinados a la venta online.

Sobre si dicha restricción puede ser justificada al amparo del art. 101.3 TFUE, y aunque el TJUE deja la valoración al juez nacional, sí menciona que no se han admitido, con respecto de la libertad de circulación de medicamentos que no están sujetos a prescripción médica y de lentes de contacto, las alegaciones relativas a la necesidad de proporcionar un asesoramiento personalizado al cliente y de asegurar su protección ante un uso indebido de los productos para justificar una prohibición de ventas por internet. Con ello, deja entrever que tampoco aceptaría alegaciones similares para justificar que una restricción de la competencia sea objeto de una exención individual.

El *rationale* que subyace a toda la sentencia es la clara intención de la Sala de no permitir la compartimentalización del mercado, más allá de lo estrictamente necesario. Por ello, deja abierta la puerta de utilizar el art. 101.3 TFUE para obtener una dispensa individual, por ejemplo, tal y como apunta el Abogado General Mázak, cuando la venta de determinados bienes a través de internet pueda menoscabar su imagen y, por tanto la calidad de dichos bienes. La Comisión, en su Informe preliminar, demuestra estar completamente en sintonía con esta interpretación.

En nuestra opinión, no obstante, esta última posibilidad está condenada a devenir más teórica que práctica a la vista del progresivo desarrollo del mercado online. Y ello porque hemos asistido en los últimos años a una generalización del comercio electrónico, en prácticamente todos los sectores, incluso en aquéllos más reticentes en un primer momento: los productos asociados a una imagen de lujo o productos tecnológicamente complejos. A medida que el diseño y la calidad de las páginas web o plataformas se perfeccionan y ofrecen mayor y mejor información sobre los productos que ofrece, las posibilidades de alegar el menoscabo a la imagen se verán paulatinamente cercenadas, en general. Ésta es una tendencia prospectiva que no escapa a la Comisión, y que se manifiesta, sobre todo, en los sistemas de distribución selectiva.

En efecto, actualmente asistimos a la venta online de todo tipo de bienes de lujo, desde prendas de vestir a perfumes, y por todo tipo de operador, ya sea meramente virtual como mixto (operador físico y virtual), y por todo tipo de canal, web propias o plataformas, por lo que los argumentos de este tipo son cada vez más difíciles de sostener. En nuestra opinión, es, precisamente, el hecho de que la mayoría de distribuidores físicos de productos de esta naturaleza hayan aceptado el canal online, uno de los mejores argumentos a favor de esta interpretación. En definitiva, es previsible que las justificaciones basadas en cuestiones de imagen, o valor de la marca, vayan a ser paulatinamente desterradas del panorama judicial, a medida que vayan mejorando las fórmulas de comercialización online

Sí cabría, tal y como ha dejado entrever el caso Bang&Olufsen resuelto por la Autoridad francesa de la competencia, una discriminación entre productos a la hora de restringir su venta online entre aquéllos tecnológicamente complejos y de elevado valor y aquéllos que por sus dimensiones y características no requieren de demostración *in situ*, ni implican grandes costes de almacenamiento (ni de aseguramiento dado su reducido valor). Dados los efectos más perniciosos, en estos casos, del parasitismo una restricción podría salvaguardar la simetría financiera entre distribuidores.

Prohibición de ventas a través de *marketplaces*

En el momento de redacción de estas líneas, se está a la espera de la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por el OLG de Frankfurt am Main, precisamente, sobre la posibilidad de prohibir a los distribuidores las ventas online a través de los llamados *marketplaces* (Caso C-230/16, Coty). Por otro lado, también tiene pendiente el TJUE decidir sobre una cuestión prejudicial planteada por la Cour de Cassation francesa, al hilo de un litigio entre Concurrence Sàrl v Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl. Esta última cuestión prejudicial, que en lo principal versa sobre cuestiones de Derecho internacional privado, muestra en su litigio de fondo cuestiones relativas a la prohibición de ventas a través de plataformas. En este último supuesto, el Tribunal francés deberá resolver la reclamación del distribuidor selectivo francés, al que prohíben la venta a través de su propia página web cuando, sin embargo, los productos del fabricante sí se encuentran disponibles a través de otros *marketplaces* como Amazon, tanto en Francia como en otros Estados².

A la vista de la coyuntura judicial actual, uno de los puntos que más interés despierta del Informe preliminar es, precisamente, el relativo a las restricciones de ventas online a través de los llamados *marketplaces*. Sería el equivalente de un centro comercial online que, puede estar especializado en una categoría de productos determinada, u ofrecer una amplia gama de categorías heterogéneas.

Entre los datos que aporta la consulta realizada por la Comisión, destaca la constatación de que los *marketplaces* son utilizados como canal de ventas online mayoritariamente por distribuidores de pequeño o mediano tamaño, mientras que los más grandes suelen vender online a través de sus propios sitios web. Asimismo, son menos utilizados en sistemas de distribución selectiva.

Así, mientras que, siguiendo la doctrina Pierre Fabre, la Comisión considera que una prohibición, contractual o de facto, de las ventas online, tiene por objeto la restricción de las ventas pasivas y, por tanto, debe ser considerada una restricción por objeto del art. 101.1 TFUE y una restricción especialmente grave, según el art. 4.c del Reglamento 330/2010, la posición de la Comisión ante la prohibición de venta a través de un sub-canal online específico, como son los *marketplaces*, resulta mucho menos tajante y mucho más ligada al caso concreto.

² Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 10 novembre 2015, 14-16.737. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000031481394&fastReqId=2009356360&fastPos=1>

En efecto, la investigación pone de manifiesto que la restricción por parte del fabricante de las ventas a través de marketplaces es una práctica no insignificante. Estas restricciones pueden estar contenidas en forma de prohibición formal en los contratos de distribución, o puede derivarse, por ejemplo, de la exigencia de que cualquier venta online cumpla criterios cualitativos que, *de facto*, ningún marketplace cumpliría, o de la necesidad de una autorización específica del fabricante.

Y para justificarlas, se esgrimen una serie de razones como la protección de la imagen y el posicionamiento de la marca, evitar riesgos de falsificación, asegurar un servicio pre y post-venta suficiente, proteger los canales tradicionales de distribución (los llamados *brick and mortar shops*) del *freeriding*, así como la preocupación por el poder de mercado de que gozan algunos marketplaces y de la falta de relación directa con el consumidor. En respuesta a estos argumentos la Comisión advierte de que algunos de ellos son fácilmente subsanables mediante, por ejemplo, un mayor compromiso de actuación contra la venta ilegal o no autorizada por parte de las plataformas o una mejora de la calidad de los entornos virtuales, con apoyo e información al consumidor suficientes. Por otra parte, en estas restricciones pueden subyacer intenciones que chocarían con el Derecho de la competencia, ya que evitando el número de vendedores online se podría evitar el incremento de transparencia de precios y de la competencia en precios.

Como decíamos, está pendiente la primera resolución del TJUE sobre esta materia³, que aborda la prohibición, contenida en un contrato de distribución selectiva de productos de lujo, de la venta de los productos del fabricante a través de terceros. El litigio afecta, precisamente, a uno de los más conocidos marketplaces del mundo, la estadounidense Amazon, a través de cuyo sitio web uno de los mayoristas vendía los cosméticos del fabricante. El mayorista los vendía también a través de su propia página web, pero dicha venta no contravenía el contenido contractual, pues sólo prohibía la venta a través de terceros sin especificar por qué canal, si físico o virtual.

Con posterioridad, el fabricante procede a modificar el contenido del contrato para introducir la prohibición de ventas online organizadas por tercero, pero el distribuidor no acepta el nuevo tenor literal e impugna el contrato ante la Autoridad judicial y el juez del OLG de Frankfurt am Main decide interponer una cuestión prejudicial ante el TJUE⁴.

Tal y como establece el TJUE en su sentencia de 6 de diciembre de 2017, no acepta la pretendida equivalencia entre una prohibición absoluta de ventas online, y la prohibición de vender por un cauce telemático determinado (a través de terceros), y que no impide la venta online desde el seno del sistema, realizada desde las propias páginas web de sus miembros.

Recordemos que la sentencia Pierre Fabre resolvía una prohibición absoluta de venta online de productos cosméticos que, si bien no requieren de prescripción médica, la política del fabricante pretendía que su venta se realice, únicamente, a través de farmacias y en presencia de un farmacéutico. En ella, el TJUE declaró que una prohibición de venta online reduce considerablemente

³ C-230/16.

⁴ La cuestión prejudicial tiene el tenor siguiente:

- Does it constitute an aspect of competition that is compatible with Article 101(1) TFEU if the members of a selective distribution system operating at the retail level of trade are prohibited generally from engaging third-party undertakings discernible to the public to handle internet sales, irrespective of whether the manufacturer's legitimate quality standards are contravened in the specific case?
- 3. Is Article 4(b) of Regulation (EU) No 330/2010 (1) to be interpreted as meaning that a prohibition of engaging third-party undertakings discernible to the public to handle internet sales that is imposed on the members of a selective distribution system operating at the retail level of trade constitutes a restriction of the retailer's customer group 'by object'?
- 4. Is Article 4(c) of Regulation (EU) No 330/2010 to be interpreted as meaning that a prohibition of engaging third-party undertakings discernible to the public to handle internet sales that is imposed on the members of a selective distribution system operating at the retail level of trade constitutes a restriction of passive sales to end users 'by object'?

la posibilidad de que un distribuidor autorizado venda los productos contractuales a clientes situados fuera de su territorio contractual o zona de actividad y, por tanto, constituye una restricción por objeto. El TJUE ha delimitado la categoría de las restricciones por objeto a lo largo de una extensa jurisprudencia. Recientemente, este tribunal ha manifestado que: “*according to settled case-law, in order to assess the anti-competitive nature of an agreement, regard must be had inter alia to the content of its provisions, the objectives it seeks to attain and the economic and legal context of which it forms a part (...)*” (GlaxoSmithKline).

En este caso, no puede afirmarse que la restricción lo sea por objeto, sino que habrá que considerar, a la vista de las circunstancias concretas, si tiene por efecto producir una restricción de las ventas. Entre otros, habría que considerar si, junto a la obligación de vender online a través de los propios canales, a los distribuidores se les exige, asimismo, incorporar mecanismos de geolocalización a fin de restringir las ventas pasivas a consumidores ubicados fuera de su área de influencia territorial, o si la prohibición es total con independencia de las características cualitativas de la plataforma. Es cierto que, en combinación con otros factores, la prohibición de ventas a través de marketplaces, puede implicar efectos restrictivos, pero por sí misma no puede considerarse, en nuestra opinión, una restricción por objeto⁵.

En nuestra opinión la Sentencia Pierre Fabre ha de leerse desde la óptica del loable proceso de conseguir un auténtico mercado único digital, en el que llevan inmersas las instituciones los últimos años. Como muy bien expone el Informe preliminar, la promoción de la competencia en el mercado digital es una parte esencial de la estrategia enmarcada en la consecución del Mercado único digital, siendo la transparencia de precios y la facilidad para las transacciones transnacionales sus mayores ventajas que ofrece la red desde el punto de vista de la competencia. En palabras de la propia Comisión; uno de los pilares básicos de la estrategia del Mercado único digital se orienta a asegurar un mejor acceso para consumidores y empresas de bienes y servicios via comercio electrónico a lo largo y ancho de la UE⁶.

A la hora de enjuiciar futuras prácticas restrictivas de la competencia online, ha de jugar un papel importante el intento de dificultar que los operadores puedan crear obstáculos al mercado online por temor a la transparencia y posibilidad de comparar del consumidor, o bien con intención de mantener más cerrados los mercados nacionales. En efecto, como decíamos, la propia Comisión esgrime, como razón fundamental para iniciar la investigación sectorial de la que el Informe trae causa, precisamente la constatación de que, a pesar de que la UE es el mayor mercado de comercio electrónico del mundo y está en continuo crecimiento, el porcentaje de transacciones realizadas entre Estados Miembros es muy bajo⁷.

En cualquier caso, la respuesta del TJUE en el caso Coty se ubica en la idea, ya adelantada por la Comisión en su Informe preliminar, de que, aunque las restricciones absolutas (aquéllas que no están

⁵ Sin entrar en la relevante y tradicional discusión sobre la distinción entre restricción por objeto y por efecto, especialmente complicada cuando se trata de analizarla en el seno de relaciones verticales, se remite a, entre otros, IBÁÑEZ COLOMO, P., “The divide between restrictions by object and effect: why we discuss it and why it matters”, *Competition Law Review*, vol. 11-2 (2016), DNES, S., “Object and effect: What role for structured evidence rules?” *Competition Law Review*, vol 11-2 (2016).

⁶ Informe Preliminar sobre e-commerce, cit., p. 12.

⁷ Así, según datos de Eurostat, por ejemplo, la proporción de individuos de entre 16 a 74 años en la UE que adquirieron productos o servicios online para uso privado en 2014 fue del 50%, mientras que, en el mismo año, el porcentaje de personas que adquirieron productos o servicios online de un proveedor establecido en otro Estado Miembro fue sólo del 15%.

De forma paralela, siempre según Eurostat, en 2014, el 85,4% de las ventas online de las empresas que actúan en el entorno virtual fueron domésticas, mientras que sólo el 10,3% fueron transacciones transnacionales. Como excepción, y caso paradigmático, se sitúa Luxemburgo, donde más del 68% de sus residentes realizan transacciones electrónicas transnacionales. Informe Preliminar, cit., p. 15-17.

ligadas a parámetros cualitativos) de las ventas a través de marketplaces pueden suscitar problemas desde el punto de vista de la competencia, éstas no pueden considerarse restricciones *hardcore*. Esto es, estas prohibiciones afectan, en principio, únicamente al modo en que el distribuidor puede vender los productos en internet y no tienen por objeto restringir dónde o a quién vender dichos productos.

Por ello, en principio, estas restricciones contractuales quedarían amparadas por el Reglamento de exención, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en él. A saber, que las partes no excedan de la cuota de mercado establecida ni introduzcan en el contrato cláusulas *hardcore*. Asimismo, estas prohibiciones podrían considerarse contrarias al Derecho de la competencia si, a pesar de lo anterior, el estudio del caso concreto demuestra que dichas restricciones son incompatibles con el art. 101.3 TFUE. En ese caso, la Comisión, en virtud del art. 29 del Reg. 1/2003, podría anular los efectos de la exención.

Al efecto del análisis concreto de los efectos de dicha prohibición, la Comisión considera de extrema relevancia los siguientes parámetros: la importancia cuantitativa de los marketplaces en los concretos mercados relevantes de producto y geográfico, la existencia de motivos cualitativos fundados en la protección de la imagen de marca, y la necesidad de prestar servicios físicos de atención pre y post venta.

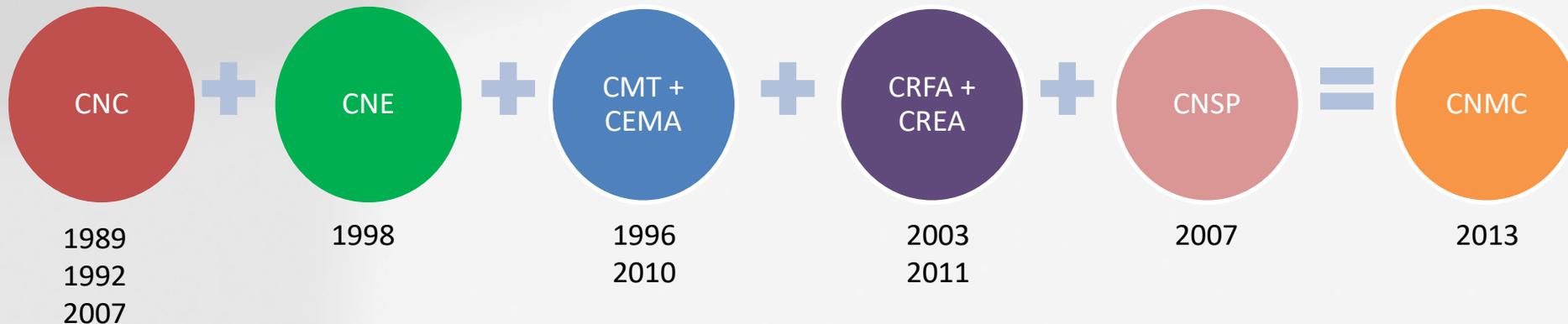
La prohibición de venta a través de plataformas ajenas al distribuidor es también una de las materias de interés abordadas por el citado proyecto de reforma de la Ley alemana, que considera que el alcance de la competencia intramarca existente entre fabricantes, así como los factores de eficiencia relacionados con la protección de la imagen de marca, son dos elementos de particular relieve en el análisis casuístico de la problemática.

Quizás debido al ánimo de los fabricantes de controlar todos los riesgos o factores apuntados, el Informe de la Comisión constata un aumento de los canales online propios de los grandes productores y distribuidores. Por otro lado, en la distribución selectiva suele supeditarse la posibilidad de venta online en canal propio a la titularidad de un negocio físico para evitar el parasitismo. De esta forma, la gestión propia del canal online les permite aprovechar el potencial que internet tiene para la expansión de ventas, sin que ello suponga la entrada de nuevos competidores y/o intermediarios que no realizan grandes inversiones en beneficio de la marca. Por el contrario, el recurso a canales online ajenos (intermediarios) se advierte en mayor medida en los fabricantes o distribuidores de pequeño o mediano tamaño, dado que éstos tienden a carecer tanto de medios técnicos como económicos, así como de visibilidad en la red. Y quizás, todo ello no debería encontrar reproche desde el punto de vista de la competencia.

***EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR POR INFRACCIÓN DE
LA LDC***

*Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte
Subdirectora de Vigilancia. CNMC*

- La CNMC fue creada con la Ley 3/2013, de 4 de junio, y entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013.
- La nueva Autoridad ha incorporado la antigua autoridad de competencia y varios reguladores sectoriales: telecomunicaciones y productos audiovisuales, energía, ferrocarriles y aeropuertos, servicios postales



POLÍTICA DE COMPETENCIA



Garantizar la existencia de una competencia efectiva y defenderla de las prácticas que reducen el bienestar del consumidor

ITALIANER (2015): *We introduce competition, because it makes markets work better, for the benefit of consumers. A company on an open market has to tempt customers with lower prices, better services, or innovative products. Once you let the genie of competition out of the bottle, a great many wishes can come true: growth, jobs, choice, innovation* (“Market Opening: Regulation vs Competition?”).

VESTAGER (2018): **Competition rules are about making life better for consumers.** So that when they spend their hard-earned money, they get a fair deal (“Making decisions that count for consumers”).

<http://ec.europa.eu/competition/speeches>

- **A los consumidores**, disponer de una oferta más variada de artículos y servicios, de mejor calidad y a menores precios.
- **A los empresarios** les asegura que el éxito en sus negocios dependerá de su capacidad y esfuerzo, y que otras empresas con poder de mercado no podrán obstaculizarles de manera injusta.
- **A los ciudadanos** les garantiza que la producción nacional será competitiva dentro y fuera del propio país
- Todo eso se traduce en un **mayor bienestar** de la sociedad, que es el criterio por excelencia de la política de competencia.
- Instrumento eficaz para **luchar contra la desigualdad** al mejorar el acceso a servicios básicos.

Herramientas de la Política de Competencia

Prevención de
comportamientos
Anticompetitivos futuros

**CONTROL DE
CONCENTRACIONES**
(ex ante)



Restaurar la competencia,
remover efectos de
prácticas pasadas, disuadir

**PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR**
(ex post)



Promover la competencia
en todos los mercados y
en la regulación pública

**PROMOCIÓN DE LA
COMPETENCIA**
(ex ante y ex post)

VIGILANCIA (ex post)

Competencia

Las sanciones de la CNMC hasta abril alcanzan ya el 80% del volumen de todo 2018

El regulador ha impuesto multas a empresas por 178 millones en lo que va de año

Llegaron a 221 millones en 2018

RICARDO SORRINO
MADRID

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acelera en la persecución de conductas empresariales que dañan la libre competencia y entre enero y abril de este año ya ha impuesto siete sanciones que en conjunto suman 178 millones de euros, lo que supone el 80% del volumen de las multas en todo el año pasado. La más importante de ellas, se ha debido a la formación de cárteles para repartir concursos públicos de infraestructura ferroviaria de Adif. La multa asciende a 118 millones para las 15 empresas que formaron los cárteles y 660.000 euros para los directivos responsables.

Ya el año pasado, el organismo supervisor había aumentado un 43% el volumen de las sanciones impuestas respecto a 2017. En total, 2018 se saldó con 24 sanciones que en su con-



El presidente de la CNMC, José María Marín Quemada. FARELO MONGE

Programa de clemencia

► 32 casos de cárteles desmantelados. Las solicitudes de clemencia han dado lugar al desmantelamiento directo de un total de 27 cárteles desde enero de 2010, que es la fecha en la que se resolvió el primer expediente sancionador en aplicación de este programa.

adjudicaciones de contratos de publicidad institucional. El segundo involucró a compañías de mensajería y paquetería empresarial porque habían acordado no contratar servicios con los clientes de sus socios comerciales para repartirse los clientes entre sí. El tercero implicó a empresas dedicadas a comprar baterías usadas de coches que intercambiaban información para coordinar los precios de compra de estos componentes. El último, involucró a varias empresas que se repartieron clientes y pactaron precios y condi-

impuestos por la CNMC, algunas de las multas no corresponden exclusivamente a conductas que violan la Ley de Defensa de la Competencia, ya que, según explican fuentes del organismo, "la CNMC también impone multas en aplicación de la ley de telecomunicaciones, de la ley de energía y de la ley del servicio postal". Además, algunas de las sanciones que corresponden a colegios profesionales o pertenecen a un ámbito regional y local, "son impuestas desde la CNMC, pero la instrucción se lleva a cabo desde la autoridad



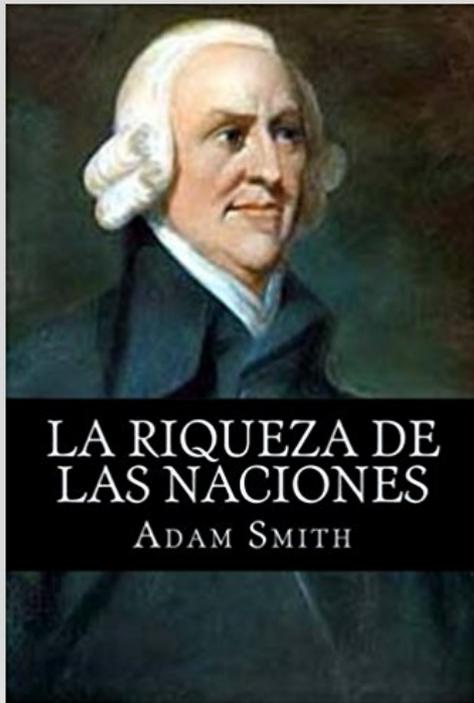
PROHIBICIONES

Artículo 1 (101): Prácticas colusorias

Artículo 2 (102): Abuso de posición dominante

Artículo 3: Actos de competencia desleal que afecten al interés público LDC

¿Por qué es importante la competencia?



"People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices."

"La gente del mismo gremio raramente se reúne, incluso si es por motivo de fiestas o diversión, sin que la conversación acabe en una conspiración contra el público o en alguna clase de acuerdo para subir los precios."

(1776)

¿Cómo persigue la CNMC estas prácticas?



BASE LEGAL

NORMATIVA NACIONAL

- LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ARTS. 36 A 53
- REAL DECRETO 261/2008, DE 22 DE FEBRERO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ARTS. 11 A 53
- SUPLETORIEDAD DE LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ART. 45 LDC

NORMATIVA COMUNITARIA

- ARTS. 101 y 102 TFUE
- REGLAMENTO 1/2003

PROCEDIMIENTO BIFÁSICO

- SEPARACIÓN DE FUNCIONES DE INSTRUCCIÓN (DC) Y RESOLUCIÓN (CONSEJO): ARTS. 50 Y 51 LDC
- PRINCIPIOS DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD

➤ **PLAZO: 18 MESES (ART. 36 LDC)**

- INSTRUCCIÓN 12 MESES
- RESOLUCIÓN 6 MESES

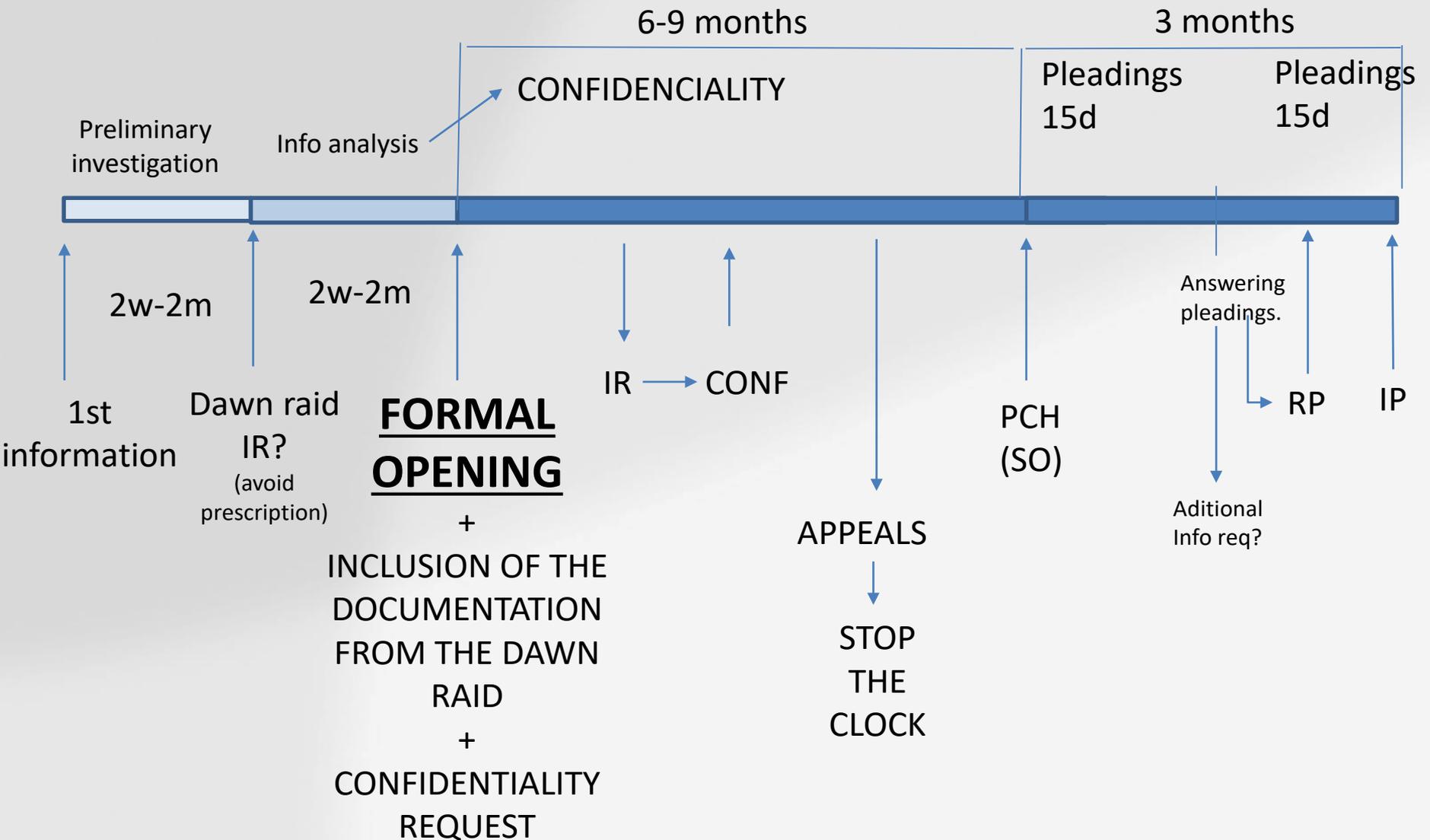
➤ **ÓRGANOS DE APLICACIÓN**

- **ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS**

- NACIONAL: **CNMC**

- CCAA: **ANDALUCÍA, VALENCIA, GALICIA, EXTREMADURA, CATALUÑA, PAÍS VASCO, ARAGÓN, MADRID, MURCIA, CANARIAS Y NAVARRA.**

- **ÓRGANOS JURISDICCIONALES: JUECES DE LO MERCANTIL**



➤ **SE INICIA SIEMPRE DE OFICIO POR LA DC (ART. 49 LDC)**

- A INICIATIVA PROPIA (INFORMACIÓN, NOTICIAS PRENSA, REVISTAS ESPECIALIZADAS, ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN...)
- A INICIATIVA DEL CONSEJO (INSTANDO A INCOAR O A INVESTIGAR)
- DENUNCIA/ CLEMENCIA/INFORMACIÓN

➤ **DENUNCIA: CUALQUIER PERSONA FÍSICA O JURÍDICA, INTERESADA O NO**

- CONTENIDO MÍNIMO (ART. 25.2 RDC):
 - IDENTIFICACIÓN Y DATOS DEL DENUNCIANTE
 - IDENTIFICACIÓN Y DATOS DEL DENUNCIADO
 - HECHOS DENUNCIABLES Y MÍNIMO PRUEBAS
 - EN CASO DE QUERER SER INTERESADO, ACREDITACIÓN DE INTERÉS LEGÍTIMO
- CONTENIDO COMPLETO (ANEXO I RDC)
- POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN: 10 DÍAS

➤ **FASE DE INVESTIGACIÓN PREVIA (ART. 49.2 LDC)**

- CON EL FIN DE DETERMINAR SI EXISTEN INDICIOS RACIONALES Y VEROSÍMILES DE INFRACCIÓN

➤ **NO RIGEN LAS GARANTÍAS PROPIAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

■ **NO**

- ACCESO AL EXPEDIENTE
- ALEGACIONES
- INTERESADOS
- INSTRUCTOR
- TRASLADO DE LA DENUNCIA
- MEDIDAS CAUTELARES

- **SI** HAY INVESTIGACIÓN CON TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA: REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN, **INSPECCIONES DOMICILIARIAS, ETC.**

- NO HAY PLAZO, NI COMPUTA A EFECTOS DEL PLAZO DE CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE.

➤ ENVÍO A CC.AA.

■ COMPETENCIA ESTATAL/AUTONÓMICA

- PUNTOS DE CONEXIÓN ART. 1 LEY 1/2002, DE 21 DE FEBRERO, DE COORDINACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- ANALIZAR DÓNDE SE PRODUCEN LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA

■ PROCEDIMIENTO DE ASIGNACIÓN: NO FORMA PARTE DEL EXPEDIENTE PRINCIPAL

■ COMUNICACIÓN AL INTERESADO

➤ **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE RECONOCE LA EXISTENCIA DE INDICIOS RACIONALES DE INFRACCIÓN DE LA LDC (ART. 28 RDC)**

- **CARÁCTER FORMAL:** SE NOTIFICA A LOS INTERESADOS (CON DENUNCIA) Y SE PUBLICA EN LA PÁGINA WEB DE LA CNC
- **CONTENIDO:**
 - IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES
 - EN SU CASO, IDENTIFICACIÓN DE LOS DENUNCIANTES
 - SI HA EXISTIDO INFORMACIÓN RESERVADA
 - LOS HECHOS QUE JUSTIFICAN LA INCOACIÓN
 - EL INSTRUCTOR Y SECRETARIO, CON POSIBILIDAD DE RECUSACIÓN
 - SI SE ACEPTAN O NO MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS
 - LOS QUE OSTENTAN LA CONDICIÓN DE INTERESADOS
 - LOS PRECEPTOS SUPUESTAMENTE INFRINGIDOS (ARTS. 1, 2, 3 DE LA LDC, ARTS. 101 Y 102 DEL TFUE)

➤ **EL ACUERDO DE INCOACIÓN DETERMINA:**

- INICIO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE 18 MESES (12 MESES DE INSTRUCCIÓN)
- EL DERECHO DE ACCESO AL EXPEDIENTE
- LA POSIBILIDAD DE REALIZAR ALEGACIONES Y PROPONER LA PRÁCTICA DE PRUEBAS
- COMIENZO DE LA INSTRUCCIÓN
- PUBLICIDAD: NOTA DE PRENSA

NOTA DE PRENSA

La CNMC inicia un expediente sancionador contra 25 empresas de servicios de consultoría y varios directivos de algunas de ellas

- Investiga posibles prácticas anticompetitivas consistentes en un reparto del mercado nacional de servicios de consultoría.

Madrid, 14 de febrero de 2019.- La CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) ha incoado un expediente sancionador contra 25 empresas que desarrollan su actividad en el sector de los servicios de consultoría al observar indicios racionales de que han cometido infracciones prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). (S/DC/0627/18).

Estas consistirían en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto del mercado de servicios de consultoría en diversas licitaciones principalmente públicas, aunque también habrían afectado a algunas privadas, en gran parte del territorio nacional. Concretamente, las empresas habrían presentado ofertas ficticias para concurrir de forma concertada a licitaciones entre los años 2009 y 2018.

Las empresas incoadas son: Abay Analistas Económicos, S.L., Altia Consultores, S.A., y su matriz Boxleo TIC, S.L., Bmasi Strategy, S.L., Competitividad Desarrollo e Innovación, S.L.U., Consultores de Políticas Comunitarias, S.L., Deloitte Consulting, S.L.U. y Deloitte Financial Advisory, S.L.U., y su matriz Deloitte Advisory, S.L., Gestiona XXI Consulting, S.L., Gizarpro, S.L., Idom Consulting, Engineering, Architecture, S.A.U., y su matriz Idom, S.A., Indra Sistemas, S.A., Innovisions 21, S.L., Oesia Networks, S.L. y su matriz Heisenberg 2014, S.L., Pa Consulting Services Limited Sucursal en España y su matriz Pa Consulting Services Limited, Pricewaterhousecoopers Asesores De Negocios, S.L., Red2Red Consultores, S.L., Regio Plus Consulting, S.L., T-Systems ITC Iberia, S.A.U. y su matriz T-Systems International GmbH, y 97S&F, S.L.

Asimismo, han sido incoados directivos de las empresas Bmasi Strategy, S.L.,

➤ INSTRUCCIÓN

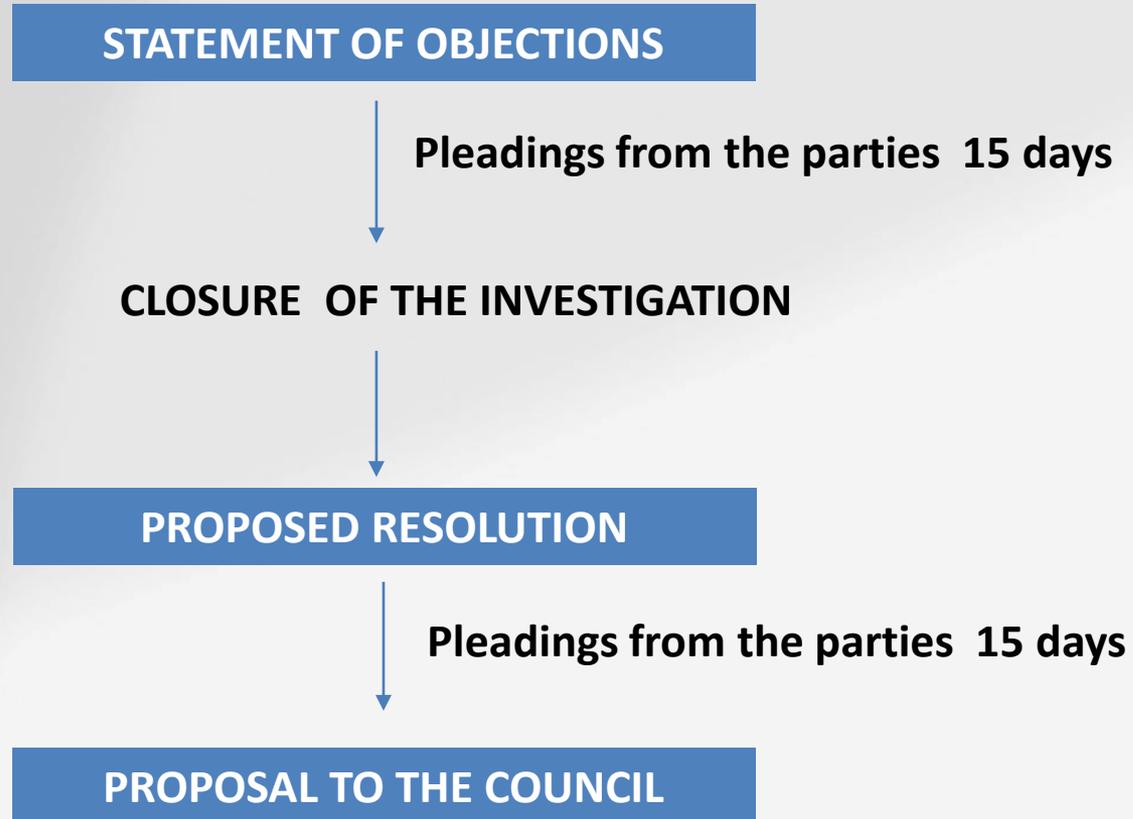
- Requerimientos de información: A denunciante, denunciados, terceros, otras AAPP.
- Facultades de inspección: Antes y después de la incoación.
- Investigación de oficio: Internet, bases de datos, Plataforma de contratación, artículos y libros especializados sobre la materia, revistas especializadas.

- **PCH: PRIMER ACTO FORMAL MEDIANTE EL CUAL UNA EMPRESA ADQUIERE UN CONOCIMIENTO PRECISO DE LAS ACTUACIONES FORMULADAS EN SU CONTRA**
- **CONTENIDO:**
 - HECHOS ACREDITADOS QUE SE IMPUTAN
 - VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS
 - RESPONSABLES
- **PLAZO APROXIMADO: 6-10 MESES DESDE EL ACUERDO DE INCOACIÓN**
- **PLAZO DE 15 DÍAS (AMPLIABLE POR 7 DÍAS MÁS) PARA CONTESTAR Y PROPONER PRUEBAS**
- **CIERRE DE INSTRUCCIÓN**

➤ **PROPUESTA DE RESOLUCIÓN**

- ANTECEDENTES (PCH)
- ANÁLISIS Y CONTESTACIÓN DE LAS ALEGACIONES
- CALIFICACIÓN JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
- EFECTOS EN EL MERCADO
- TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO MUY GRAVE, GRAVE O LEVE, ASÍ COMO LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES APLICABLES
- PROPUESTA DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE INFRACCIÓN
- PROPUESTA DE SANCIÓN
- **PLAZO DE 15 DÍAS (AMPLIABLE POR 7 DÍAS MÁS) PARA CONTESTAR, PROPONER PRUEBAS O ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS ANTE EL CONSEJO Y SOLICITAR CELEBRACIÓN DE VISTA**

➤ **INFORME PROPUESTA**



- EL CONSEJO PUEDE ORDENAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS DISTINTAS A LAS YA PRACTICADAS, ASÍ COMO LA REALIZACIÓN DE ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS (SALVO EXCEPCIONES, LAS REALIZA LA DC).
- A INICIATIVA DE LOS INTERESADOS, PUEDE ACORDAR LA CELEBRACIÓN DE VISTA (2018: S/DC/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS y S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS).
- EN CASO DE CONCURRENCIA ARTS. 101 Y 102 TFUE, SE INFORMA A LA CE.



RESOLUCIÓN

➤ **SANCIONES:**

- MULTAS
- ÓRDENES DE CESACIÓN DE CONDUCTAS
- IMPOSICIÓN DE CONDICIONES U OBLIGACIONES
- ÓRDENES DE REMOCIÓN DE LOS EFECTOS

➤ **OTRAS POTESTADES SANCIONADORAS:**

- OBSTRUCCIÓN A LA LABOR DE INSPECCIÓN
- CONCENTRACIONES NO NOTIFICADAS Y EJECUTADAS
- INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES EN EL MARCO DE LA VIGILANCIA DE CONCENTRACIONES Y CONDUCTAS
- INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE COLABORACIÓN

RESUELVE

- Primero.** Declarar acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, constitutiva de cártel, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Cuarto.
- Segundo.** Declarar responsables de dicha infracción a ACCENTURE S.L. y solidariamente a ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A.; a ATOS SPAIN S.A.; a BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L.; a CIBERNOS CONSULTING S.A.; a CONNECTIS ICT SERVICES S.A.; a EVERIS SPAIN S.L.; a GESEIN S.L., INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES S.A.; a INDRA SISTEMAS S.A.; a NEXT COMPUTER SERVICES S.A., y a SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.
- Tercero.** De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:
- ACCENTURE S.L. y ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A., solidariamente: **300.000 euros**
 - ATOS SPAIN S.A.: **5.000.000 euros**
 - BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L.: **633.917 euros**

Cuarto. Declarar que la participación de las empresas ALDEBARAN TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, S.L., AXPE CONSULTING, S.L., INDRA SOFTWARE LABS, S.L. e INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A., en los hechos analizados en este expediente, no constituye, a los efectos de la presente resolución, una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Quinto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.

Sexto. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución.

- **POSIBILIDAD DE QUE EL EXPEDIENTE TERMINE DE FORMA CONVENIDA, CUANDO LOS INTERESADOS VOLUNTARIAMENTE SE OBLIGUEN A REALIZAR DETERMINADAS ACTUACIONES (COMPROMISOS) QUE RESUELVAN LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DETECTADOS**
- **DOBLE OBJETIVO:**
 - ASEGURAR LA ERRADICACIÓN RÁPIDA DE LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS Y LA LITIGIOSIDAD JUDICIAL
 - BENEFICIO PARA EL INFRACTOR: EVITAR LA SANCIÓN
- SE INICIA A INSTANCIA DEL PRESUNTO INFRACTOR, EN CUALQUIER MOMENTO ANTES DE LA ELEVACIÓN DEL IP AL CONSEJO
- LAS DECISIONES DE INICIO Y ACEPTACIÓN DE LA TC CORRESPONDEN A LA CNMC Y TIENEN CARÁCTER DISCRECIONAL
- EL INCUMPLIMIENTO DE UNA RESOLUCIÓN CONVENCIONAL TIENE LA CONSIDERACIÓN DE **INFRACCIÓN MUY GRAVE**

- Máximas garantías legales al interesado
- Potestades de investigación intensas
- Doble posibilidad de formular alegaciones (PCH y PR) y posibilidad de vista ante del Consejo
- Posibilidad de que algunos procedimientos terminen sin sanción
- Alto grado de recurribilidad de nuestras decisiones administrativas

TABLA 1. AHORRO TOTAL PARA LOS CONSUMIDORES POR LA INTERVENCIÓN DE LA CNMC (EN €)

Año	Ahorro anual (€, expedientes del año analizado)	Ahorro anual (€, media móvil a 3 años)	Expedientes incluidos
2018	280.511.131	165.348.103	12
2017	92.630.448	844.920.346	8
2016	122.902.730	861.309.615	19
2015	2.319.227.862	889.557.927	22
2014	141.798.253	151.764.332	12
2013	207.647.667	237.427.439	22
2012	105.847.076	-	18
2011	398.787.573	-	23

APUNTES DEL MÓDULO JEAN MONNET
“Spreading Solutions for new Challenges of
European Competition Law”

***LA MANIPULACIÓN FRAUDULENTA DE
LAS LICITACIONES PÚBLICAS
(BID RIGGING)***

*Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte
Subdirectora de Vigilancia. CNMC*

¿Qué es el *BID RIGGING*?

- Licitación: Procedimiento abierto por el cual la Administración invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará **la oferta más ventajosa o conveniente**.
- Art. 1 LCSP:
 - ✓ Principio de libertad de acceso a las licitaciones
 - ✓ Principio de publicidad y transparencia de los procedimientos
 - ✓ Principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos
 - ✓ **Principio de libre competencia**



**EFICIENTE UTILIZACIÓN DE LOS
FONDOS PÚBLICOS**



MANIPULACIÓN FRAUDULENTO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS

¿Qué es el *BID RIGGING*?

- Acuerdo entre empresas competidoras para evitar la competencia entre ellas y decidir quién va a resultar ganador
- Creación de una falsa apariencia de competencia
- Especificidad del mercado de licitación pública (competencia por el mercado)
- **DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA LDC: CÁRTEL**

¿Por qué nos preocupa?

Contratación Pública:

- 20% PIB España
- Todos los sectores económicos

Prácticas anticompetitivas:

- Incremento del 20% del precio bienes y servicios
- Informe CNMC 2015: sobrecoste 47.500 millones euros
- Informe 2019: ahorro 1.700 millones euros-licitación

**EL POTENCIAL PERJUICIO AL PRESUPUESTO PÚBLICO Y
CONSUMIDORES PUEDE SER SIGNIFICATIVO!!!**



ESTRATEGIAS MÁS COMUNES

- **OFERTAS DE RESGUARDO O COMPLEMENTARIAS:** Ofertas previamente pactadas entre los licitadores que simulan competencia
 - **SUPRESIÓN DE OFERTAS:** Uno o más licitadores aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada
 - **ROTACIÓN DE OFERTAS:** Establecen turnos para ganar
 - **REPARTO DE MERCADO:** Se reparten el mercado, zonas geográficas o clientes
 - **CONSORCIOS:** Utilización injustificada de UTEs
- ✓ **ELIMINAN LA COMPETENCIA ENTRE ELLAS Y DETERMINAN EL GANADOR**
 - ✓ **INCLUYEN REPARTO DE BENEFICIOS (SUBCONTRATACIÓN, PAGOS)**
 - ✓ **NO SON EXCLUYENTES**

EXPTE. SOBRES DE PAPEL (S/0316/10)



LA CNMC SANCIONÓ CON MÁS DE 44 MILLONES DE MULTA A 15 EMPRESAS POR MANTENER DURANTE MÁS DE 30 AÑOS UN CÁRTEL, QUE SE ORIGINÓ EN 1977 (PRIMERAS ELECCIONES DEMOCRÁTICAS EN ESPAÑA), PARA LA FABRICACIÓN Y SUMINISTRO DE LOS SOBRES ELECTORALES.

➤ **ORIGEN: CLEMENCIA (SOLICITUDES DE EXENCIÓN Y REDUCCIONES DE MULTA)**

- Las empresas del cártel fijaban los precios a ofertar, se garantizaban la adjudicación a una de estas empresas (UNIPAPEL), y posteriormente se repartían la fabricación entre varias
- Grandes Clientes: Acuerdos de precios para la presentación de presupuestos, reparto de lotes y clientes, de acuerdo a porcentajes de participación establecidos y subcontratación en subastas
- HISPAPPEL (1981)

**OFERTAS DE
RESGUARDO +
SUPRESIÓN +
SUBCONTRATACIÓN**

**OFERTAS DE
RESGUARDO +
REPARTO +
SUBCONTRATACIÓN**

1. Elecciones Generales de 1982
2. Elecciones Municipales de 1983
3. Elecciones al Parlamento de Andalucía de 1982
4. Elecciones Municipales de 1983
5. Elecciones al Parlamento Vasco de 1984
6. Elecciones Parlamento Gallego de 1985
7. Referéndum OTAN y Elecciones Generales de 1986
8. Elecciones al Parlamento de Andalucía de 1986
9. Elecciones Municipales, Autonómicas y al Parlamento Europeo de 1987
10. Elecciones al Parlamento de Cataluña de 1988
11. Elecciones Generales y al Parlamento Europeo de 1989
12. Elecciones Parlamento Vasco de 1990
13. Elecciones Municipales y Autonómicas de 1991
14. Elecciones Generales de 1993
15. Elecciones al Parlamento Europeo de 1994
16. Elecciones Municipales de 1995
17. Elecciones Generales y Autonómicas de 1996
18. Elecciones Municipales, Autonómicas y al Parlamento Europeo de 1999
19. Elecciones al Parlamento de Cataluña de 1999
20. Elecciones Generales de 2000
21. Elecciones al Parlamento Gallego de 2001
22. Elecciones Municipales de 2003
23. Elecciones al Parlamento de Cataluña de 2003
24. Elecciones Generales y al Parlamento Europeo de 2004
25. Referéndum sobre la Constitución Europea de 2005
26. Referéndum sobre el Estatuto Catalán de 2006
27. Elecciones al Parlamento de Cataluña de 2006
28. Elecciones Municipales de 2007
29. Elecciones Generales de 2008
30. Elecciones al Parlamento Europeo de 2009, y
31. Elecciones Parlamento de Cataluña de 2010.

EMPRESAS LICITADORAS Y PROPOSICIONES ECONÓMICAS

LOTE	EMPRESAS	CONGRESO	SENADO
1	UNIPAPEL DEL ALAMO TOMAS HNOS	929 ptas/millar 960 ptas/millar 965 ptas/millar	849 ptas/millar 870 ptas/millar 973 ptas/millar
2	SYBAR DEL ALAMO TOMAS HNOS	929 ptas/millar 960 ptas/millar 965 ptas/millar	849 ptas/millar 870 ptas/millar 873 ptas/millar
3	SAM TOMAS HNOS UNIPAPEL	929 ptas/millar 960 ptas/millar 929 ptas/millar	849 ptas/millar 870 ptas/millar 849 ptas/millar
4	MONTIEL DEL ALAMO TOMAS HNOS	929 ptas/millar 960 ptas/millar 965 ptas/millar	849 ptas/millar 870 ptas/millar 873 ptas/millar
5	KANGUROS DEL ALAMO TOMAS HNOS	929 ptas/millar 960 ptas/millar 965 ptas/millar	849 ptas/millar 870 ptas/millar 873 ptas/millar

LOTE	AJUDICACIÓN	CONGRESO	SENADO
1	UNIPAPEL	929 ptas/millar	849 ptas/millar
2	SYBAR	929 ptas/millar	849 ptas/millar
3	SAM	929 ptas/millar	849 ptas/millar
4	MONTIEL	929 ptas/millar	849 ptas/millar
5	KANGUROS	929 ptas/millar	849 ptas/millar

“Datos a tener en cuenta para la reunión de hoy a las 16 horas en HISPAPPEL

M° DEL INTERIOR

Ha cursado pedido 4 lotes de 10.848.000 de sobres de votación cada lote. A CAYFOSA (2 lotes), COBRI (1 lote), y SOPENA (1 lote) Total 43.392.000

Según el acuerdo de elecciones nos corresponde del total del M° del Interior 3.673.000.

Tompla que es el adjudicatario de los 4 lotes, nos ha cursado 3.680.000 sobres (te adjunto copia del pedido [...])

c) PUCHERO COMÚN

Este punto es la base de la reunión.

El acuerdo previo que nosotros tenemos con UNIPAPEL o TOMPLA es el siguiente:

1.- Nos repartimos los pedidos cogidos por los tres, con los siguientes porcentajes:

<i>UNIPAPEL</i>	<i>58,7%</i>
<i>TOMPLA</i>	<i>26,5%</i>
<i>KANGUROS</i>	<i>14,8 %</i>

“ELECCIONES EUROPEAS 2009
 SIN 862.068,97
 CON 1.000.000
 DETALLE PRECIOS SIN IVA

	PRECIOS GENERALES 08	1999	2000	1997	1998
SIN	749.731,62	795.926,17	831.941,08	843.486,87	851.047,68
% subida sobre las Generales	14,98%	6,16%			
%Bajada s/ licitación		- 7,67%	- 3,49%	- 2,16%	- 1,28%

“ELECCIONES GENERALES 2008

Participaciones	Esta versión no fue aceptada	2008	2008
U.		30,3	30,69
T.		15,59	15,79
S.		9,04	9,15
PC.		5,27	5,34
Copidata		2,00	
A.		9,98	9,98
PL.		7,26	7,26
MAESPA		3,00	3,00
ANDUPAL		2,00	2,00
CEGAMA		2,04	2,04
SOBRINSA		2,04	2,04

Finalmente no se
 aceptó el 2% de
 Copidata

- DURANTE EL CÁRTEL: Las empresas ofrecían bajas al precio de licitación entre un 1-5%.
- DESPUÉS DEL CÁRTEL: Las mismas empresas han ofrecido bajas del 21%, 35, 40%.
- **FIRME**

EXPTE. HORMIGONES DE ASTURIAS (S/0515/15)



LA CNMC HA SANCIONADO A 14 EMPRESAS Y A UN DIRECTIVO POR MANTENER, DURANTE AL MENOS 15 AÑOS, UN CÁRTEL PARA REPARTIRSE EL MERCADO Y FIJAR LOS PRECIOS DEL HORMIGÓN EN ASTURIAS Y ALREDEDORES.

➤ ORIGEN: ESCRITO ANÓNIMO, INSPECCIONES

- Las empresas hormigoneras se reunían periódicamente para asignarse entre ellas unas determinadas obras, con unas producciones de hormigón asociadas, de forma que su participación en el mercado se ajustara a los porcentajes previamente acordados.
- Para determinadas obras de mayor envergadura, constituían UTEs o designaban uno o varios adjudicatarios “oficiales” y hacían reparto de forma paralela

**REPARTO CLIENTES +
UTEs
+SUBCONTRATACIÓN
/COMPENSACIONES**

3/5/2001.

000045.

H-4

- Oteyza 1.600
 - Kromx. 500
 - Pica Norte 550
 2650 Adjudicadas.

H-3

~~Comis.~~
 Barrial y Bernardo. $\frac{1600 m^3}{150 m^3}$ ← (17%)
 Trase.

H-2

Casa Mercanti (Junio) 700m³
 Barban. (Junio) 800m³

H-1

Alsacosa **H1** 500m³
 Balnes 400
 Serconx (Fresno) 500
 Jofesa (Luzina) 800
 OGESA 3600

CNMC COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

COTEJADO CONFORME CON EL ORIGINAL

Próxima Reunión 5 - Junio - 2001
 11:30

Obra del puerto El Musel (Gijón): Adjudicada, en principio, a los números 7 (FHISA) y 5 (LAFARGE), pero:

MES Enero 2011				
<u>CONCEPTO</u>	<u>M3</u>	<u>PRECIO</u>	<u>TOTAL</u>	
HM20	56,0	8	448	
HA35	116,00	15,55	1.803,80	
Sumas	172,00		2.251,80	
		<u>%</u>		<u>PTE DE COMPENSAR</u>
	1	14,802	333,31	1.552,69
	2	14,802	333,31	1.623,69 Facturado a través de Fhisastur, saldo 0€
	3	14,802	333,31	2.250,52 Facturado a través de Cantera, saldo 0€
	4	14,802	333,31	330,69 Compensando s/fra RH11001743
	5	14,802	333,31	-330,44
	9	14,802	333,31	1.613,69 Se queda a 0€ compensando s/fra p11-129 de fecha 28/02/11
	10	5,589	125,85	459,93 Facturado a través de Fhisastur, saldo 0€
	11	5,589	125,85	884,39 Facturado a través de Cantera, saldo 0€
Sumas			2.251,57	

➤ **SANCIÓN A DIRECTIVO (12.000 euros)**

• **Art. 63.2 LDC:** *“Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer **una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos** que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.”*

• **Directivo de FHISA:** Figura clave para el funcionamiento y mantenimiento del cártel

“persona que centraliza toda la información, tanto de producciones, como de precios y ofertas. Además, se ha podido comprobar que en muchas ocasiones es el autor de las tablas y sus comentarios... era la persona a la que se dirigían las empresas en busca de indicaciones sobre la forma de actuar en el mercado ”

EXPTE. LICITACIONES INFORMÁTICAS (S/0565/15)



LA CNMC HA SANCIONADO A 11 EMPRESAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN POR UNA ESTRATEGIA COMÚN DE REPARTO DE MERCADO, FIJACIÓN DE PRECIOS E INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN, DESDE EL AÑO 2005, EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS CONVOCADAS POR DIVERSAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA.

➤ ORIGEN: ESCRITO AGENCIA ESPAÑOLA TRIBUTARIA

- Acuerdo de colaboración entre las empresas que determinan los porcentajes de reparto reales si el acuerdo conlleva la presentación en UTE o la subcontratación de un determinado porcentaje de la facturación esperada
- Otro patrón de comportamiento observado en los hechos se refiere al uso habitual por las empresas de la figura de la subcontratación preferente, con exclusividad del subcontratado.
- Otro tipo de colaboraciones entre algunas de las empresas incoadas como son las ofertas de cobertura así como la cesión de claves de Patrimonio entre las empresas

**UTES SIN
JUSTIFICACIÓN +
SUBCONTRATACIÓN+
EXCLUSIVIDAD+
REGULARIZACIONES
+ OFERTAS DE
RESGUARDO**

INCLUYEN TÁCTICAS, COMO:

- Nombres secretos para identificar el cártel (Club, Puchero Común...)
- Códigos secretos para identificar a las empresas (números, acrónimos...)
- Contactos permanentes entre competidores (reuniones, correos *webmail*, teléfonos *ad hoc*...)
- Mecanismos de supervisión del cártel
 - Inspecciones sorpresa entre competidores
 - Penalizaciones
 - Fondo de Compensación
 - Incluso: nombramientos al mejor cartelista del año... **“Miembro distinguido de la mesa” (S/0473/13 POSTES DE HORMIGON)**

DIFÍCILES DE DETECTAR (más que cualquier otro cártel):

- Más estables:
 - Cantidades predeterminadas, el beneficio depende únicamente del precio
 - Si uno de ellos rompe el acuerdo, debido a la transparencia del procedimiento de CP, será descubierto.

- Difícilmente detectables con indicios de una sola licitación (simulan competencia)



MERCADOS DE MAYOR RIESGO

- Productos o servicios homogéneos.
- Número reducido de empresas.
- Condiciones de mercado estables: Barreras de entrada, sin fluctuaciones de la demanda, sin cambios tecnológicos.
- Vínculos contractuales y/o estructurales entre las empresas que lo forman.
- Asociaciones industriales
- Licitaciones repetidas

¿CÓMO LUCHAR EFICAZMENTE CONTRA ESTAS PRÁCTICAS?

- **DETECCIÓN:**



Exhibits from Guam Repair Case

<p> YOUNG LAE CORPORATION General Contractor & Equipment P.O. Box 24024, G.H.F., Guam 96031 Tel: (871) 540-0040 Fax: (871) 048-1848</p> <hr/> <p>December 31, 1997</p> <p>MR. [REDACTED] Director Department of Parks and Recreation Tiyon, Guam.</p> <p>Subject: Repair of one Paseo Stadium Light Tower</p> <p>Dear Mr. [REDACTED]</p> <p>Please find our estimate for the Restoration of one lighting tower at the Paseo Stadium damaged by Typhoon Pats. The total amount of our estimate is "One Hundred Forty Five Thousand Eight Hundred Fifty Dollars and 00/100 (\$ 145,850.00)", including the supply and installation of Lighting fixtures and power hook up.</p> <p>We sincerely hope that this is according to your requirements. Please give us a call as if you have any question. Thank you very much.</p> <p>Sincerely, [REDACTED]</p>	<p> BW Corporation</p> <p>December 31, 1997</p> <p>MR. [REDACTED] Director Department of Parks and Recreation Tiyon, Guam.</p> <p>Subject: Repair of one Paseo Stadium Light Tower</p> <p>Dear Mr. [REDACTED]</p> <p>We submit here with our estimate for Repair and Restoration of one Lighting Tower at the Paseo Stadium that was damage by Typhoon Pats. The total amount of our estimate is "One Hundred Forty Eight Thousand Three Hundred Fifty Dollars and 00/100 (\$ 148,350.00)", including Labor, Materials and Equipment.</p> <p>We hope that the above quotation is satisfactory. Please give us a call as if you have any question. Thank you very much.</p> <p>Sincerely, [REDACTED]</p>
--	---

Please give us a call us if you have any question

DETECCIÓN

El reparto se iba registrando en unas tablas que recogían la relación de obras adjudicadas, identificadas por una breve denominación y por el nombre del cliente. Cada obra es asignada a una empresa hormigonera, identificada por un número del 1 al 15 e identificadas por la Dirección de Competencia de la siguiente manera¹⁷:

NÚMERO	EMPRESA
1	GEDHOSA
2	HORAVISA
3	EL CALEYO
4	HANSON
5	LAFARGE
7	FHISA
8	LA ESTRELLA
9	PELAYO
10	JUAN ROCES
11	HORSELLA
12	H. AVILES
13	PANELASTUR
14	ESSENTIUM
15	GONASA

"EMPRESAS LICITADORAS Y PROPOSICIONES ECONÓMICAS" LOTE EMPRESAS OFERTA

1	PLANA DEL ALAMO TOMAS HNOS	1003 ptas/millar 1085 ptas/millar 1097 ptas/millar
2	SYBAR DEL ALAMO	1003 ptas/millar 1085 ptas/millar

MES dic-06

INSTITUCIONAL	Nº 1	Nº 2	Nº 3	Nº 4	Nº 5	TOTAL MES	ACUMULADO	
							ANTERIOR	ACTUAL
E	113		73			186	2739	2925
T	30	76	123	116		345	2965	3310
F					303	303	3174	3477
I		76		80		156	822	978
V				15		15	508	523
B		35			2	37	658	695
C			96			96	1299	1395
TOTAL	143	187	292	211	305	1138		
ACUM. ANTERIOR	2780	1354	3269	1253	3517	12173	12165	
ACUM. ACTUAL	2923	1541	3561	1464	3822	13311		13303

FECHA CONTROL: 25/01/2007

“(Subdirector Comercial UNIPAPEL) dice que no parece haber dudas de que en la consulta electoral sobre la OTAN, los resultados han sido brillantes, tanto a nivel de precios como a nivel de reparto”.

R - la sig life under
B - i vanting ordning

“Bidder R put their bid below that of B as they always do”



1) ¿INUSUAL Y SOSPECHOSO REDUCIDO NÚMERO DE LICITADORES?

Si a una licitación se presentan pocas o sólo una empresa, de las muchas que podrían hacerlo, ello puede deberse a la existencia de un acuerdo de reparto entre los posibles licitadores.

2) ¿OFERTAS NADA COMPETITIVAS?

El carácter “de acompañamiento” de una oferta puede desprenderse de sospechosos incumplimientos de los requisitos exigidos en los PCAP/PPT, o precios nada competitivos (gran diferencia de precios entre el adjudicatario y las demás empresas).

3) ¿OFERTAS INCOHERENTES DE UN MISMO LICITADOR?

Un mismo licitador presenta ofertas con diferencias sustanciales y no justificadas en precios o condiciones técnicas con respecto a licitaciones de similar o idéntico contenido.

4) ¿SIMILITUDES SOSPECHOSAS EN LAS OFERTAS PRESENTADAS?

Varios licitadores presentan ofertas con idénticos o casi idénticos importes en su oferta económica y/o técnica sin aparente justificación económica.

5) ¿SOSPECHAS DE BOICOT DE LOS HABITUALES LICITADORES?

Los licitadores posibles y habituales se abstienen de presentar oferta alguna en una licitación con vistas a lograr una modificación de las condiciones de licitación: ej: procedimientos abiertos desiertos para ir al procedimiento negociado.

6) ¿PATRONES DE COMPORTAMIENTO SOSPECHOSOS ENTRE LAS EMPRESAS LICITADORAS?

Una misma empresa resulta siempre la adjudicataria del mismo contrato, de los mismos lotes, del contrato, en los mismos territorios, o con una rotación regular entre las empresas adjudicatarias.

7) ¿SUBCONTRATACIÓN NO JUSTIFICADA ENTRE EMPRESAS LICITADORAS?

La subcontratación de parte del contrato por parte de la empresa adjudicataria a una tercera licitadora puede suponer una compensación por no haber presentado oferta competitiva alguna.



8) ¿OFERTAS PRESENTADAS POR LAS MISMAS PERSONAS FÍSICAS?

La ofertas son presentadas por la misma persona física o jurídica en nombre de varias o todas las empresas licitadoras, sin relación alguna entre ellas.

9) ¿OFERTAS ECONÓMICAS DE IDÉNTICA REDACCIÓN, FORMATO O DE IDÉNTICOS ERRORES?

La utilización de idénticos formatos, expresiones o errores alfa-numéricos pueden indicar la coordinación de los competidores en la elaboración de las ofertas con fines manipuladores.

10) ¿UTES ENTRE VARIOS DE LOS POTENCIALES LICITADORES SIN APARENTE JUSTIFICACIÓN?

Una UTE creada por varias empresas capacitadas para competir individualmente, sin aparente justificación (técnica o económica), puede ser indicio de manipulación de la licitación.



ACCIONES DE LA CNMC:

- CHARLAS FORMATIVAS A LAS ENTIDADES CONTRATANTES (MEJOR SITUADOS PARA DETECTAR INDICIOS)
- HERRAMIENTAS DE *SCREENING* (ANÁLISIS DE DATOS DE ACUERDO A INDICADORES CUANTITATIVOS)
- HERRAMIENTA 365/24 (no implica la presentación de una denuncia):

buzoncolaboracion@cnmc.es

teléfono: 91 793 16 00

Formulario Sede electrónica CNMC

PARA PROFUNDIZAR:

- OCDE: Recomendaciones y Directrices para combatir la colusión en la contratación pública

<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>

http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf

- K. HÜSCHELRATH, “Economic approaches to fight bid rigging”, en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013.
- R. MARSHALL y L. MARX, *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, Cambridge, 2012.



**MUCHAS GRACIAS POR SU
ATENCIÓN**



SEMINARIO JEAN MONNET

“Represión de la competencia desleal en España. Un ejemplo de caos”

Vanessa Martí Moya (Prof^a Titular de Derecho mercantil. Universitat de València)



Módulo Jean Monnet
"Spreading solutions for new challenges of
EU Competition Law, coordinado por la
Prof^a Vanessa Martí Moya



SEMINARIO JEAN MONNET

La competencia desleal está regulada en la LCD, que protege tanto a competidores como a consumidores. También en la LGP, que determina qué es la publicidad desleal.

(transposición de la Dir. 29/2005)

ACCIONES:

- 1.ª Acción declarativa de deslealtad.
- 2.ª Acción de cesación de la conducta desleal (O de prohibición)
- 3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
- 4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
- 5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios



SEMINARIO JEAN MONNET

Otras normas que protegen contra la competencia desleal

LDC (Art. 3)

Ley 12/2013, de la cadena alimentaria

Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual (publicidad)

TODAS establecen mecanismos de represión pública:

Investigación y sanción administrativas. También de forma cautelar



SEMINARIO JEAN MONNET

Art. 3 LDC: Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.



SEMINARIO JEAN MONNET

Artículo 14. Gestión de marcas. 1. Los operadores gestionarán las marcas de productos alimentarios que ofrezcan al consumidor, tanto las propias como de otros operadores, evitando prácticas contrarias a la libre competencia o que constituyan actos de competencia desleal de acuerdo con lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como actos de publicidad ilícitos de conformidad con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.



SEMINARIO JEAN MONNET

2. Se prohíbe el aprovechamiento indebido por parte de un operador y en beneficio propio de la iniciativa empresarial ajena, así como las que constituyan publicidad ilícita por reputarse desleal mediante la utilización, ya sea en los envases, en la presentación o en la publicidad del producto o servicio de cualesquiera elementos distintivos que provoquen riesgo de asociación o confusión con los de otro operador o con marcas o nombres comerciales de otro operador en los términos definidos en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley de Competencia Desleal.



SEMINARIO JEAN MONNET

Agencia de Información y Control Alimentarios (AICA)

Órgano dependiente del MAGRAMA con facultades inspectoras y sancionatorias



SEMINARIO JEAN MONNET

CONCLUSIONES:

Aplicación privada versus aplicación pública del Derecho de la competencia
Desleal?

Fraccionamiento de pequeños daños a muchos consumidores
(fenómeno agravado por la digitalización de la economía)

Lentitud y elevados costes de litigar

Escaso activismo judicial de asociaciones de consumidores: pocas
demandas colectivas

Dudoso efecto disuasorio



SEMINARIO JEAN MONNET

CONCLUSIONES:

SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Detección precoz

Solución generalizada: cese (cautelar) y multa

Mayor efecto disuasorio

Interés general? Cuándo? Dependerá de que las conductas sean especialmente graves por afectar a elevado número de consumidores



SEMINARIO JEAN MONNET

OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Autoridades de Consumo:

Inspección de Consumo

Junta Arbitral de Consumo





COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**DERECHO DE LA COMPETENCIA,
COMPETENCIA DESLEAL Y PROTECCIÓN
DE LOS CONSUMIDORES**

*Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte
Doctora en Derecho
Subdirectora Adjunta de Industria y Energía
Dirección de Competencia. CNMC
carmenmaria.cerda@cnmc.es*



DERECHO GENERAL DE LA COMPETENCIA

- Derecho de defensa de la competencia
- Derecho de competencia desleal
- Distinta naturaleza, MISMO OBJETIVO O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO



GARANTÍA DE LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MERCADO, EN INTERÉS DE TODOS LOS QUE PARTICIPAN EN EL MERCADO Y, ESPECIALMENTE, DE LOS CONSUMIDORES

ARTÍCULO 38 CE

LIBERTAD DE EMPRESA

COMPETENCIA
EFECTIVA ENTRE
LAS EMPRESAS

RIVALIDAD,
RIVALIDAD,
RIVALIDAD

PRECIOS MÁS
BAJOS
PRODUCTOS DE
MAYOR CALIDAD

- ✓ **BIENESTAR GENERAL**
- ✓ **ÓRGANO SUPERVISOR: CNMC**

ARTÍCULO 51 CE

**PROTECCIÓN CUALIFICADA DE
CONSUMIDORES**

**NORMATIVA DE
DEFENSA DE LA
COMPETENCIA**

**NORMATIVA DE
COMPETENCIA
DESLEAL**

**NORMATIVA DE
PROTECCIÓN DE
LOS
CONSUMIDORES**

- ✓ **VERDADERA SOBERANÍA DEL CONSUMIDOR**
- ✓ **TOMA DE DECISIONES AUTÓNOMA Y RACIONAL**



- Régimen de defensa de la competencia:
 - Funcionamiento del mercado
 - Abusos y distorsiones en el lado de la oferta
- Regímenes de competencia desleal y protección de los consumidores
 - Se dirigen directamente a los consumidores
 - Abusos y engaños en el lado de la demanda



- Régimen de defensa de la competencia:
 - Los consumidores dispongan de una amplia gama de opciones
 - Fallos del mercado externo a los consumidores
- Regímenes de competencia desleal y protección de los consumidores
 - Los consumidores estén capacitados para elegir entre dichas opciones
 - Deficiencias derivadas de sus propias percepciones

- Régimen de defensa de la competencia:

Selecciona tus exploradores web



Google Chrome	Mozilla Firefox	Opera browser	Internet Explorer 8	Safari
Google Chrome. Un nuevo navegador, más rápido. Hecho para todos.	Tu seguridad en Internet es la prioridad principal de Firefox. Firefox es gratuito y te permite obtener lo mejor de la web.	El navegador Web más potente y fácil de usar. Prueba el mejor navegador con la tecnología Turbo y acelere su conexión a Internet.	Internet Explorer es el explorador más usado en todo el mundo diseñado por Microsoft para ti.	Safari de Apple para Windows, el navegador web más innovador del mundo.
Instalar	Instalar	Instalar	Instalar	Instalar
Más información	Más información	Más información	Más información	Más información

- Regímenes de competencia desleal y protección de los consumidores





I have sent to the Congress today a Special Message on Protecting the Consumer Interest. All of us are consumers. All of us deserve the right to be protected against fraudulent or misleading advertisements and labels -- the right to be protected against unsafe or worthless drugs and other products -- the right to choose from a variety of products at competitive prices. But modern living is so complex that present laws on the statute books are inadequate to secure these rights.



“Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada.”

*“El Gobierno Federal –por su condición el principal portavoz en nombre de todos– tiene la **especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses.***

Si los consumidores reciben productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si los medicamentos son inseguros o ineficaces, si el consumidor no es capaz de decidir partiendo de la información, entonces estamos tirando su dinero, su salud y seguridad pueden estar amenazadas, y el interés nacional sufre. Por otra parte, el creciente esfuerzo para hacer el mejor uso posible de sus ingresos puede contribuir mejor al bienestar de la mayoría de las familias que el esfuerzo equivalente de incrementar los mismos.” (sigue)



(continúa) “La evolución de la tecnología ha incrementado las dificultades del consumidor al tiempo que sus oportunidades; y ha invalidado mucha de la legislación anterior y ha hecho necesaria una nueva regulación. Muchos de los nuevos productos de uso diario en los hogares son altamente complejos. La comercialización es cada vez más impersonal. La decisión del consumidor se ve influenciada por la publicidad masiva que utiliza mecanismos de persuasión altamente desarrollados.”

“Necesitamos acción legislativa y administrativa adicional, si el Gobierno Federal tiene que hacer frente a su responsabilidad de cara a los consumidores en el ejercicio de sus derechos. Éstos incluyen:

*1) **El derecho a la seguridad**, a ser protegidos contra la comercialización de productos que sean peligrosos para la salud o la vida. (sigue)*

(continúa)

2) **El derecho a la información**, a ser protegidos contra la información, publicidad, etiquetado, o cualesquiera otras prácticas fraudulentas, engañosas o básicamente confusas, y a que le sean suministrados todos los hechos que necesita para tomar una decisión basada en la información.

3) **El derecho a elegir**, a que se le asegure, siempre que sea posible, el acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos; y en aquellos sectores en los que la competencia no es operativa y la regulación gubernamental es reemplazada, la seguridad de una calidad y servicio satisfactorio a los mejores precios.

4) **El derecho a ser oídos**, a tener la seguridad de que los intereses de los consumidores serán tenidos de total y comprensivamente en consideración en la elaboración de las políticas del Gobierno, y a un tratamiento adecuado y ágil en los tribunales administrativos.”



- ✓ Día Mundial de los Derechos del Consumidor
- ✓ Consumers International: federación mundial de organizaciones de consumidores que trabaja en conjunto con sus asociados, más de 250 organizaciones miembros en 120 países.
- ✓ <http://www.consumersinternational.org/>



Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

- **NEELIE KROES (2005):** *El bienestar del consumidor se ha consolidado como el estándar que la Comisión aplica al evaluar las fusiones y las infracciones de las normas del Tratado sobre los cárteles y los monopolios. Nuestro objetivo es simple: proteger la competencia en el mercado como un medio para **mejorar el bienestar del consumidor** y una asignación eficiente de los recursos* (“European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”).
- **JOAQUÍN ALMUNIA (2011):** *El bienestar del consumidor constituye la **pedra angular, el principio rector de la política de competencia** de la UE. En todos los casos, comenzamos mirando la probabilidad de daño a los consumidores. Lo que queremos saber es en qué medida la fusión, acuerdo o práctica en cuestión puede reducir las opciones, aumentar los precios o frenar la innovación* (“What's in it for consumers?”).

- **VESTAGER (2015):** *We protect European consumers against business practices that would keep the prices of goods and services artificially high and limit their choice. Every time the Commission takes a competition-policy decision, we show the citizens of the EU that we are defending their interests. Competition policy brings the Union closer to the people in a very tangible way.* (“Independence is non-negotiable”).
- **ITALIANER (2015):** *We introduce competition, because it makes markets work better, for the benefit of consumers. A company on an open market has to tempt customers with lower prices, better services, or innovative products. Once you let the genie of competition out of the bottle, a great many wishes can come true: growth, jobs, choice, innovation.* (“Market Opening: Regulation vs Competition?”).

<http://ec.europa.eu/competition/speeches/>

DIRECCIÓN DE COMPETENCIA

Defender la competencia de las prácticas que reducen el bienestar del consumidor

3 herramientas

```
graph TD; A[3 herramientas] --> B[Prevencción de futuros comportamientos anticompetitivos]; A --> C[Restaurar la competencia, remover efectos de prácticas pasadas]; A --> D[Promover la competencia (estudios de mercado, relación con AA.PP, IPNs)];
```

**Prevencción de futuros
comportamientos
anticompetitivos**

**CONTROL DE
CONCENTRACIONES**

EX ANTE

**Restaurar la
competencia,
remover efectos de
prácticas pasadas**

**PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR**

EX POST

**Promover la
competencia
(estudios de
mercado, relación
con AA.PP, IPNs)**

PROMOCIÓN



PROHIBICIONES

```
graph LR; A[PROHIBICIONES] --- B[Artículo 1 (101): Prácticas colusorias]; A --- C[Artículo 2 (102): Abuso de posición dominante]; A --- D[ARTÍCULO 3: ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL];
```

Artículo 1 (101): Prácticas colusorias

Artículo 2 (102): Abuso de posición dominante

ARTÍCULO 3: ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

ÚLTIMOS CASOS RESUELTOS CNC/CNMC EX ART. 3:

- ✓ **RCNC 29 de julio de 2011, expte. S/0184/09 ATR GAS NATURAL**
- RCNC 28 de noviembre de 2011, expte. S/0370/11 APPLE
- RCNC 15 de diciembre de 2011, expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera
- RCNC 16 de enero de 2012, expte. S/0353/11 CESPAS Gestión de Residuos
- RCNC 27 de enero de 2012, expte. S/0377/11 AMAZON
- ✓ **RCNC 24 de febrero de 2012, expte. S/0213/10 IBERDROLA**
- RCNC 12 de mayo de 2012, S/0308/10 Agrupación Técnica Profesional de Asesores de la Propiedad Inmobiliaria
- ✓ **RCNC 11 de junio de 2012, expte. S/0304/10 ENDESA**
- RCNC 9 de enero de 2013, expte. S/0299/10 Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos
- RCNC 26 de junio de 2013, expte. S/0458/13 ASCENSORES 3
- ✓ **RCNMC 17 de septiembre de 2013, expte. S/0410/12 ASCENSORES-2**
- RCNC 13 de febrero de 2014, expte. S/0456/13 CARREFOUR
- RCNC 10 de abril de 2014, expte. S/DC/0508/14 DIA S.A.



ART. 3 LDC : “La CNMC conocerá en los términos que la presente Ley establece para la conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”

- **Acto de competencia desleal:** cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, como actos de engaño, de confusión, de denigración, violación de normas, venta a pérdida, etc. (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).
- **Afectación al interés público tutelado por la LDC:** impacto cualificado en la estructura o condiciones competitivas del mercado.
 - ✓ **OJO:** los jueces de lo mercantil mantienen su competencia para conocer de TODOS los actos de competencia desleal.



AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO

- **REQUISITO ESENCIAL:** delimita la competencia para conocer actos desleales entre la autoridad de competencia y jueces mercantiles.
- **PRIMER REQUISITO QUE ANALIZA LA CNMC:** si de la denuncia no se desprende que existan indicios de una afectación significativa a la competencia, tampoco procede análisis de la conducta denunciada desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal (expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera).



AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO

- ✓ **QUIÉN REALIZA:** especial entidad de las empresas que llevan a cabo la conducta desleal
- ✓ **A QUIÉN AFECTA:** consumidores domésticos o pequeñas y medianas empresas (consumidores más desinformados y con menor poder de negociación)
- ✓ **ALCANCE CUANTITATIVO:** número de consumidores afectados
- ✓ Especiales **CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO** dónde se desarrolla

EXPTE. S/0184/09 ATR GAS NATURAL (I)

Sector de la comercialización de gas natural (en pleno proceso de liberalización)

- Cartas enviadas, entre mayo y septiembre de 2009, por GAS NATURAL COMERCIAL, a sus consumidores
 - Afirmaciones denigratorias: alertaban sobre los peligros que implicaría cambiar a otra compañía suministradora.
 - Afirmaciones engañosas: GAS NATURAL negaba que siguiera responsabilizándose del servicio.

✓ **Acto desleal de denigración (art. 9 LCD)**

EXPTE. S/0184/09 ATR GAS NATURAL (II)

✓ Afectación al interés público

- Quién remitía las cartas: el antiguo incumbente del mercado (cuota 37% en términos de energía y 72 % por números de clientes).
- A quién afectaban: consumidores domésticos y Pymes.
- Alcance cuantitativo: más de 5 millones de clientes.
- Características del mercado: mercado en proceso de liberalización; servicio básico para la población.

SANCIÓN: 2.650.000 €

EXPTE. S/0410/12 ASCENSORES-2 (I)

Sector de mantenimiento y conservación de aparatos elevadores

- Modelos de cartas remitidos por OTIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM a sus clientes:
 - Afirmaciones denigratorias y engañosas sobre la capacidad técnica y profesional de empresas de mantenimiento no integradas verticalmente: no disponen de técnicos; no disponen de servicio 24 horas; no emplean piezas originales; suelen promover la sustitución innecesaria de componentes; sin experiencia; peligro para el usuario; etc.
- ✓ Acto desleal de denigración (Art. 9 LCD)**

EXPTE. S/0410/12 ASCENSORES-2 (II)

✓ **Afectación al interés público:**

- Quién realiza la práctica: empresas verticalmente integradas que parten con una ventaja competitiva en el mercado conexo de mantenimiento; efecto amplificado por redes paralelas.
- A quién afecta: consumidores domésticos.
- Alcance cuantitativo: número de clientes indeterminable pero significativo.
- Características del mercado: fuerte vinculación del mercado de mantenimiento al de fabricación e instalación de ascensores; existencia de barreras de entrada para operadores no integrados.

SANCIÓN: ≈ 5.000.000 €



- NORMA DE CIERRE del sistema *antitrust*: conductas unilaterales de empresas no dominantes que, por su cuota significativa de mercado, por afectar a productos esenciales o de primera necesidad, por las especiales características del mercado, etc., resultan aptas para afectar significativamente a la libre competencia.
- FUNCIÓN TUTIVA DIRECTA DE LOS CONSUMIDORES: la regulación de las relaciones contractuales no va siempre acompañada de una mayor protección de los consumidores.



CASO PRÁCTICO



<http://europa.eu/!Hp38nC>

<http://ec.europa.eu/avservices/video/player.cfm?ref=I072385&videolang=EN&devurl=http://ec.europa.eu/avservices/video/player/config.cfm>



**COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

***MUCHAS GRACIAS POR SU
ATENCIÓN***

carmenmaria.cerda@cnmc.es

LA COMPENSACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA: CUESTIONES SUSTANTIVAS.



JAUME MARTI MIRAVALLS

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL "MANUEL BROSETA PONT" DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

INTRODUCCIÓN

- Las normas de Defensa de la Competencia, tanto europeas como nacionales, producen **efectos directos** en las relaciones entre particulares, y **generan para los afectados derechos y obligaciones** que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar.
 - El efecto directo horizontal de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares ya fue establecido por el TJUE en su famosa sentencia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73, caso BRT/SABAM. Si bien, el verdadero hito para la aplicación privada de la Competencia lo representan las sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, caso COURAGE/CREHAN; y de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, caso MANFREDI.
 - En los puntos 26 y 27 del caso COURAGE se afirma: “26. La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia. 27. En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad”.

INTRODUCCIÓN

- Este principio es relevante por cuanto las prácticas restrictivas de la competencia **no sólo lesionan el interés general**, en tanto atentan contra el mantenimiento de un orden competitivo no falseado en el mercado, sino que también **lesionan y generan daños en los patrimonios de los operadores económicos** presentes en el mercado.
- Pese a que en Europa, a diferencia de EEUU, hasta principios de este siglo el Derecho de Defensa de la Competencia se ha concebido como un Derecho de aplicación eminentemente pública –realizada a través de las autoridades europeas y nacionales de la Competencia, *public enforcement*-, lo bien cierto es que la vertiente privada o *private enforcement* **siempre ha estado en la genética del Derecho antitrust**.
- La consecuencia inherente a esta aplicación privada, núcleo de un bien entendido Derecho de la Competencia, es el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por un ilícito antitrust.
 - No hay que olvidar que el legislador español, hasta la aprobación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, **siempre ha previsto una indemnización de daños y perjuicios por ilícito antitrust en su normativa nacional**. Así, artículo 6 de la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia; y artículo 13 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Cuestión distinta es su utilización por parte de los operadores económicos.

LA DIRECTIVA Y SU TRANSPOSICIÓN

- La doctrina del TJUE, casos COURAGE y MANFREDI, unida al giro copernicano que supuso el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, despertaron la aplicación privada europea del letargo en el que se encontraba. Y que tras un “viaje de Ulises”, con final dulcificado (sin acciones colectivas), llegó a puerto con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE.
- Finalidad de la Directiva: ¿resarcir los daños o proteger los programas de clemencia?
 - Directiva de mínimos.
- Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo.
- Métodos legislativos para su transposición:
 - España (LDC y LEC); Italia (Ley especial).
 - Países bajos (sólo transpone para 101 y 102 TFUE no para derecho nacional –daños punitivos-).
 - Estado de la transposición:
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html (falta Portugal)

EL EFECTO DISUASORIO

- El régimen de responsabilidad general -tal y como queda configurado por la Directiva y la jurisprudencia del TJUE-, unido al régimen de responsabilidad conjunta y solidaria, y al de la prescripción, constituyen un verdadero y nuevo “**Derecho de daños especial**”, que bien aplicado por parte de los Tribunales puede ofrecer un **nada desdeñable efecto disuasorio** (no punitivo, pero sí disuasorio).
 - En efecto, no puede perderse de vista el efecto disuasorio de la aplicación privada como complemento al sistema de las sanciones –multas- de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. **En los sistemas avanzados el efecto disuasorio puede llegar a ser más acusado en el ámbito de la aplicación privada que en el de la aplicación pública.**
 - Mientras que sistemas avanzados como el europeo es posible cuantificar a priori el importe aproximado de las multas en la aplicación pública; en cambio, la responsabilidad civil –núcleo de la aplicación privada- es más impredecible, y con una multitud de variables de difícil control a priori .
- El riesgo de estar expuesto a reclamaciones de daños y perjuicios por los efectos del ilícito en un sistema eficaz de aplicación privada de la Competencia puede tener, por tanto, un nada desdeñable componente disuasorio del ilícito.

EL EFECTO DISUASORIO

- **Como muestra:** El 9 de noviembre de 2010, la Comisión Europea adoptó una decisión de sanción del **cártel del transporte aéreo de mercancías**, en el que estaban implicadas 11 de las principales compañías del sector (entre ellas: Air France/KLM, British Airways, Air Canada, Lufthansa –y sus filiales Swiss Airlines y Lufthansa Cargo-, etc.).
 - El cártel se descubrió gracias a que Lufthansa y sus filiales hicieron uso del programa de clemencia.
- En la decisión la Comisión impuso multas a las empresas implicadas por un total de **799.445.000 euros**, con distintas cuantías en función de su distinta participación en el cártel y que llegan hasta una multa de **182.920.000 €** impuesta a AirFrance/KLM.
- Hasta aquí la aplicación pública del Derecho de la Competencia.
- Ahora bien, el 1 de diciembre de 2014, la holding de base ferroviaria alemana Deutsche Bahn interpuso una demanda ante el Tribunal Regional de Colonia demandando una indemnización de **1.760 millones** de euros en concepto de daños sufridos como consecuencia del cártel.
- Posteriormente las compañías alemanas BMW y Bosch se han sumado a dicha demanda pidiendo unos daños que alcanzan los **2.100 millones de euros**.
 - Si se comparan estos casi **4.000 millones** de euros que sólo tres empresas perjudicadas por el cártel le están reclamando en concepto de daños a Lufthansa (y a las demás cartelistas) con las multas que se impuso en la aplicación pública del derecho de la competencia a cada participante –por ejemplo, considérese, por ser la de mayor importe los casi 183 millones de euros impuestos a AirFrance/KLM-, el balance se muestra descompensado y refleja que la indemnización de daños, aun cuando ha de cumplir una función estrictamente resarcitoria, tiene un efecto disuasorio.

EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD

- **Cualquier persona** física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener **su pleno resarcimiento** ante la jurisdicción civil ordinaria
 - *Esto es, los Juzgados de lo mercantil, en virtud del artículo 86 ter.2.f) LOPJ, que atribuye la competencia para conocer de los asuntos de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, así como de la LDC nacional.*
- El pleno resarcimiento consistirá **en devolver a la persona** que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia.
 - Por tanto dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el **daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.**
 - En materia de intereses ver,
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/40464/LAW_2016_11.pdf?sequence=3&isAllowed=y
(340 páginas).
- El pleno resarcimiento **no conllevará una sobrecompensación** por medio de indemnizaciones **punitivas, múltiples o de otro tipo.**

EL RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD

- El amplísimo término utilizado por Directiva, tanto en el artículo 1 como en el 3, “cualquier persona” que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la Competencia, tiene una primera consecuencia muy relevante, que no por obvia no debe resaltarse: el concepto “cualquier persona” adquiere la condición **noción de Derecho europeo** que sólo el Tribunal de Justicia está cualificado para interpretar en última instancia.
 - Así configurado, el derecho a resarcimiento se reconoce –legitimación activa- a cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) **con independencia** de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, **e independientemente** de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

- De una lectura conjunta de los artículos 1, 2 –puntos 2, 6, 23 y 24-, 3, 11 –apartados 2 y sobre todo 4, letra b-, 14 y 15, se concluye que tienen legitimación activa no sólo los compradores “directos” e “indirectos” de los infractores, sino cualquier otra “parte perjudicada”.
- Esto es ***“la persona que haya sufrido (o mejor, soportado) un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia”***.
 - Ello engloba, por tanto, cualquier tipo de operación: **compra-venta (incluidas segundas compras), leasing, e incluso el renting.**
 - Lo relevante es demostrar (passing on espada) que se ha soportado un perjuicio.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

- En este contexto de legitimación activa amplia cobra especial importancia la doctrina del Tribunal de Justicia respecto del **“umbrella pricing”** o **“efecto paraguas”**, establecida en Sentencia de 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, **caso KONE**.
 - En virtud de la cual, la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») **puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel.** Concluye el TJUE que **“corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones”** –apartado 34-.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

- Por su parte, en el marco de las relaciones verticales, el concepto “*cualquier persona*” incluye al “*comprador-distribuidor*” al que se incorporan en su contrato cláusulas contrarias al Derecho de la Competencia.
- Como estableció el TJUE en el caso COURAGE -punto 33-, incumbe al órgano jurisdiccional nacional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia,:
 - se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte,
 - de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía,
 - utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición.

LEGITIMACIÓN ACTIVA

- Si la conclusión es afirmativa, procede el derecho a ser indemnizado aun cuando es parte del contrato que incorpora la restricción de la competencia. En caso contrario, si no se cumplen estos requisitos, procederá la declaración de nulidad de pleno derecho de la infracción del Derecho de la Competencia, pero no procederá el derecho a la indemnización para el distribuidor.
 - El tercero de los requisitos es, por su propia naturaleza, el que mayor conflictividad puede generar. **El tiempo y el momento en el que se ejerciten las acciones, por tanto, se convierten en un elemento clave.**
 - Es cierto que en el marco de la nulidad de pleno derecho por infracción de norma imperativa ex artículo 6.3 Cc, en la medida en que la causa de nulidad es normativa **no resulta de aplicación el límite del abuso de derecho o de los actos propios**. Pero una cosa es que no resulte de oponible el abuso de derecho o los actos propios, y otra es que no se cumplan los requisitos para el reconocimiento del derecho a la indemnización.
 - La jurisprudencia demuestra que en no pocas ocasiones, en el marco de acuerdos verticales, el recurso a la nulidad por infracción del Derecho de la Competencia **se solicita como medio de defensa frente a pretensiones de incumplimiento o como instrumento para desligarse del negocio jurídico**. Es decir, el Derecho de la Competencia se utiliza para fines que no le son propios, llegando, en algunos casos, a una **peligrosa “instrusmentalización” del Derecho de la Competencia**, solicitando la aplicación de causa torpe o reclamando unos daños como mínimo discutibles.

LEGITIMACIÓN PASIVA

- En relación con la **legitimación pasiva**, el apartado primero del artículo 71 LDC es claro: **Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados.**
 - Aunque la Directiva 2014/104/UE no es tan precisa al respecto, de la lectura conjunta de la Directiva se concluye también que sólo pueden ser “responsables” de los daños causados por ilícito antitrust los calificados jurídicamente como “infractor” en resolución firme de una autoridad de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente.
- En efecto, aunque no se prevé expresamente, todo el sistema de responsabilidad por daños configurado en la Directiva se cimienta sobre la regla de que **son responsables los infractores.**
 - ¿Qué ocurre con los **facilitadores**? En estos momentos son infractores.

LEGITIMACIÓN PASIVA

- Por su parte, la LDC establece **dos reglas de imputación** de responsabilidad de gran calado.
- El artículo 71 LDC establece que: **se considera como infracción** del Derecho de la competencia, a efectos del Título VI de la ley, toda infracción de los artículos 101 o 102 TFUE o de los artículos 1 o 2 LDC, **eliminándose la referencia al artículo 3 LDC** que recogía la Propuesta de Ley de 2016.
 - *La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.*
 - **¿Es un ilícito antitrust o de competencia desleal?**
 - Reglamento 1/2003, artículo 3.2: “legislaciones nacionales más estrictas”.

LEGITIMACIÓN PASIVA

- El mismo artículo 71 LDC se establece que la actuación de una empresa **es también imputable** a las empresas o personas **que la controlan**, **excepto** cuando su comportamiento económico **no venga determinado** por alguna de ellas.
 - El precepto, que es una reproducción literal del artículo 61.2 LDC –aplicación pública en sede de sanciones-, imputa responsabilidad civil “a quién controla” por los daños causados por un ilícito antitrust imputables “a los controlados”.
 - Se trata una medida no prevista en la Directiva. Pero la Directiva 2014/104/UE es una Directiva de mínimos .
 - Y es significativo que, aunque se trata de una medida que ha estado presente en los textos pre-legislativos de otros Estados miembro, lo bien cierto es que la mayoría de países que han transpuesto la Directiva –incluidos los que lo preveían pre-legislativamente- no la han adoptado – como es el caso de Francia-.
- Con todo, la imputación por control, tal y como lo configura el precepto, **no es absoluta**. La imputación puede ser rebatida demostrando que el comportamiento económico de la controlada no ha sido determinado por la controlante.
- Ahora bien, se plantea la duda de si se trata del **comportamiento general o del comportamiento específico** que conllevó la infracción de la norma de competencia violada.
 - En este sentido se abren múltiples interrogantes. Por ejemplo, podría excluir la controlante su responsabilidad civil si acredita que elaboró y entrego un **compliance en materia de Defensa de la Competencia a la controlada**. Esta, y otras, son cuestiones que a buen seguro tendrá que resolver la jurisprudencia de los próximos años.

EL DAÑO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DEL FORO

- La Directiva no contiene **reglas de determinación de la competencia judicial internacional**.
 - Probablemente porque en ese momento se estaba negociando la revisión del Reglamento Bruselas I.
- Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Consejo y del Parlamento, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBI).
 - Según este régimen, el primer criterio de atribución de competencia es la existencia de un acuerdo de sumisión concluido por las partes, de forma expresa o tácita, en favor de los tribunales de un Estado miembro (art. 25 RBI bis).
 - A falta de acuerdo, la parte actora cuenta con dos opciones. Por una parte, puede interponer la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado (foro general) de acuerdo con el art. 4 RBI bis. **De forma alternativa, también se le permite recurrir al foro especial en materia extracontractual, que atribuye competencia a “los tribunales del lugar en el que se haya producido el hecho dañoso”** (art. 7.2).
- El TJUE ha concluido que (caso **Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA, C-352/13**):
 - Si la conducta anticompetitiva consiste en un cártel, el lugar del hecho dañoso será aquél en el que se haya constituido el cártel.
 - Si no es posible determinar un lugar único, la competencia corresponderá al lugar del domicilio de los perjudicados.
 - De modo que los perjudicados pueden optar entre ejercitar la acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cartel, o del lugar en el que, en su caso, fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio.
 - Por tanto, **una víctima de un acuerdo colusorio tiene a su disposición un amplio abanico de foros** a su disposición: el foro general del domicilio del demandado (con la posibilidad de acumulación de acciones por conexidad en caso de litisconsorcio pasivo), el foro del domicilio de la víctima demandante (forum actoris) y el foro del lugar de conclusión del acuerdo general y/o concreto que generó el daño sufrido.

LA RESPONSABILIDAD CONJUNTA Y SOLIDARIA DE LOS INFRACTORES

- Cuando varias empresas infrinjan **conjuntamente** el Derecho de la competencia el legislador europeo, y por extensión el nacional, opta expresamente por establecer, con independencia de la calificación que dicha actuación podría en cada Estado miembro, que **esos coinfractores sean “conjunta y solidariamente” responsables de la totalidad del perjuicio causado por la infracción** -relación externa de la solidaridad-,
 - estableciendo supuestos inaplicabilidad de la regla en el caso de PYMEs y del solicitante de clemencia,
 - y previendo algunas pocas reglas respecto de la relación interna de la solidaridad, tratando de proteger especialmente al solicitante de clemencia.

RÉGIMEN GENERAL

- El precepto establece que “Las empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, que hubieran infringido de forma conjunta el Derecho de la competencia serán solidariamente responsables del pleno resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción”.
 - El ámbito subjetivo de la redacción del artículo 73.I merece alguna crítica. La referencia a las “empresas y las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas” es **completamente superflua**. La imputación de responsabilidad la realiza el artículo 71 LDC. La función del artículo 73 LDC es atribuir a los infractores del Derecho de la competencia del artículo 71.I LDC la responsabilidad conjunta y solidaria establecida en el artículo 11.I Directiva 2014/104/UE.
- Se trata de una norma tuitiva o de protección de los intereses del perjudicado, inspirada en la figura de la *joint and several liability* propia del *Common law*, que para los casos de *concerted action* permite tratar de la misma forma a quienes decidieron actuar de forma conjunta en el tráfico o desarrollar una actividad en común.
 - La regla no es nueva en nuestro Derecho especial -por ejemplo, artículo 132 del RDLCYU, en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos-; y va en la línea de las propuestas de softlaw en materia de daños –artículo 9:101.1 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, elaborados por el European Group on a Tort Law; y artículo 6:105 del Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Europeo, elaborados por el Study Group on a European Civil Code-.

RÉGIMEN GENERAL

- Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico el CC **sólo regula la solidaridad contractual**. Y no contiene en régimen general de obligaciones ni de daños la responsabilidad solidaria y extracontractual de varios corresponsables –a diferencia de otros ordenamientos como Reino Unido, Italia o Alemania–.
- Ahora bien, también es cierto que nuestro ordenamiento jurídico sí conoce, vía jurisprudencial, lo que se ha venido a denominar como la “**solidaridad impropia**”. Esta es, aquella que nace en sentencia –que no de pacto ni Ley- y que atribuye responsabilidad solidaria a los agentes de un daño si por el resultado de sus actuaciones no es posible determinar la proporción o el grado de participación en la comisión del daño.
 - De hecho, la única sentencia que se ha pronunciado expresamente sobre este particular en sede de aplicación privada de la Competencia, la Sentencia núm. 88/2014, de 9 mayo, del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, ha declarado expresamente que: *“Debe partirse de la apreciación conjunta de las partes que impide la individualización de la causación del daño, de ahí que, en su caso, proceda la conducta conjunta y solidaria”*.

RÉGIMEN GENERAL

- Con todo, la transposición a nuestro ordenamiento si tiene importantes consecuencias respecto del régimen jurídico vigente en estos momentos, puesto que ahora **la solidaridad por ilícito antitrust deja de ser impropia y pasa a ser propia**, por su origen legal.
- Ello es especialmente trascendente en materia de **interrupción de la prescripción** de acciones en obligaciones solidarias.
 - Como es sabido, el artículo 1974 CC establece que “*La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores*”.
- Hasta la transposición, esta regla no regía en materia de aplicación privada de la Competencia por el carácter impropio de la solidaridad. Pero actualmente, tras la incorporación de la regla, la interrupción de la prescripción realizada a uno de los infractores interrumpirá la prescripción de la acción contra el resto de infractores.

RÉGIMEN GENERAL

- En conclusión, la regla o principio general para infracciones conjuntas del Derecho de la competencia es que todo aquel que haya sido calificado como infractor responde solidariamente por los daños sufridos por los perjudicados.
- Si bien, frente a esta regla general, la Directiva prevé dos excepciones: la excepción para la PYME y la excepción para el beneficiario de la clemencia.
 - Alemania, por su parte, ha añadido **una tercera excepción** para aquellas empresas que hayan llegado a **una terminación convencional** con las autoridades de competencia, es decir, para aquellas empresas que hayan recurrido a un mecanismo de finalización de los expedientes sancionadores de conductas restrictivas de la competencia.

EXCEPCIÓN PARA LA PYME

- Cuando el infractor fuera **una pequeña o mediana empresa** conforme a la definición dada en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas,
- **sólo será responsable ante sus propios compradores** directos e indirectos en el caso de que:
 - a) su cuota de mercado en el respectivo mercado fuera **inferior al cinco por ciento** en todo momento durante la infracción,
 - **y b) la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria previsto en el apartado I mermara irremediablemente su viabilidad económica y causara una pérdida de todo el valor de sus activos.**
 - La aplicación de la excepción a la regla general de la solidaridad para la PYME queda sometida a varios requisitos cumulativos, tal y como se concluye por el uso de la conjunción copulativa “y”.
- Así como el **segundo requisito**, de relativa **complejidad técnica**, su apreciación vendrá determinada por un informe pericial, y el papel del juzgador será muy limitado -o inexistente-; en cambio sí que parece que **el papel del juez pueda tener mayor importancia en la apreciación del tercer requisito** –con independencia de que también se requiera informe pericial-.
 - Se trata de una decisión de política legislativa que **no estaba presente en los textos previos a la Directiva** –ni Libro Verde, ni Libro Blanco, ni Propuesta de Directiva- y que fue introducida por primera vez por enmienda del Parlamento Europeo durante la tramitación de la Directiva, durante el primer semestre de 2014.
 - Su incorporación en aquellos ordenamientos que ya han transpuesto la Directiva no presenta especiales particularidades. Todos se han limitado a introducir la excepción en términos muy similares a los de la Directiva. Así, entre otros, artículo 9.1 y 2 de la norma italiana; y artículo L. 481-10 del texto francés.

EXCEPCIÓN PARA LA PYME

- Ahora bien, se prevén tres supuestos de exclusión del privilegio de la excepción, en los que, pese a cumplirse todos los requisitos para la aplicación de la excepción ésta no opera, rigiendo el régimen de solidaridad.
- Por tanto, aun cumpliendo los requisitos para ampararse en el privilegio de la excepción regirá la regla de la solidaridad, con independencia de la cuota de mercado y de las consecuencias económicas que ello comporte al infractor, cuando se dé uno de estos tres supuestos:
 - La conjunción disyuntiva “o” comporta que el privilegio se pierde por la concurrencia de una de las dos circunstancias previstas en el precepto.
 - Primero, que la PYME **haya dirigido la infracción**. El término “dirigido” engloba tanto si se ha dirigido individualmente como si se era miembro de un grupo reducido de empresas que dirigían la infracción.
 - Segundo, que la PYME, **aun no habiendo dirigido** la infracción, **haya coaccionado** a otras empresas para que participaran en la infracción.
 - Tercero, que la PYME **haya sido declarada culpable de cualquier otro ilícito antitrust**.
 - En relación con esta última cuestión, la norma no lo dice expresamente, pero debe entenderse que dicha declaración de culpabilidad debe recogerse en una resolución firme.

EXCEPCIÓN PARA EL BENEFICIARIO DE LA CLEMENCIA

- Como excepción a la regla de la solidaridad del apartado primero, los sujetos **beneficiarios de la exención** del pago de multa en el marco de un programa de clemencia **serán responsables solidariamente**:
 - a) Ante sus compradores o proveedores **directos o indirectos**, y
 - b) ante otras partes perjudicadas **solo cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas** que estuvieron implicadas en la misma infracción del Derecho de la competencia.
 - El **uso del plural** -“los sujetos beneficiarios”- puede generar alguna duda interpretativa. La Directiva prevé la excepción del régimen de solidaridad **para un solo sujeto**: el primero en solicitar clemencia y obtener una exención total de la multa. El artículo 2, punto 19, de la Directiva es claro. La Directiva no extiende el privilegio a los otros infractores que habiendo solicitado clemencia hayan conseguido una reducción parcial de la multa. No es esta la finalidad de la Directiva.
 - Y no es esta la posición de aquellos ordenamientos que ya han transpuesto la Directiva. Así, la norma italiana habla de “il beneficiario dell’immunità”, artículo 9.3; o de forma mucho más clara, el artículo L. 481-11 del texto francés se refiere al “bénéficiaire d’une exonération totale de sanction pécuniaire en application d’une procédure de clémence”.

EXCEPCIÓN PARA EL BENEFICIARIO DE LA CLEMENCIA

- Ahora bien, como excepción a esta regla, y en coherencia con el principio de pleno resarcimiento del daño como principio inspirador de la normativa, el beneficiario de clemencia **si responderá** por los daños sufridos **por terceros distintos** de sus compradores o proveedores cuando éstos no se hayan podido resarcir plenamente del resto de infractores.
- Se trata, por tanto, de una responsabilidad de **carácter subsidiario**.
 - Correspondiendo **la carga de la prueba** de la imposibilidad de resarcimiento de terceros infractores al **perjudicado-demandante**.

LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES

- Como regla general, cada infractor, con independencia de la solidaridad en su vertiente externa frente a todo perjudicado, en **la relación interna** entre infractores responde en función de su responsabilidad relativa:
 - lo que engloba tanto el daño sufrido **por sus compradores directos e indirectos**,
 - como el porcentaje que le corresponda por el daño sufrido **por cualquier otro perjudicado** que no sea comprador directo ni indirecto de ninguno de los infractores (**efecto paraguas**).
 - Ello con la excepción para el beneficiario de clemencia, que posee un régimen jurídico propio.

LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES

- Ya el Considerando 37 de la Directiva adelantaba que: *“Si uno de los infractores ha abonado una compensación superior a la cuota que le correspondía, le debe asistir el derecho de exigir una contribución a los demás coinfractores. **El cálculo de dicha cuota**, que corresponde a la responsabilidad relativa de un infractor determinado, y el establecimiento de los criterios pertinentes, como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel, **han de hacerse con arreglo al Derecho nacional aplicable**, respetando siempre los principios de efectividad y equivalencia”*.
- Por tanto, el cálculo de dicha cuota y el establecimiento de los criterios para su determinación, tales como el volumen de negocios, la cuota de mercado o su función en el cártel, son cuestiones que la Directiva remite al Derecho nacional aplicable, con el límite del respecto a los principios de efectividad y equivalencia.
- Esta cuestión puede resultar peliaguda, por lo que hubiera sido conveniente una unificación de criterios y directrices, que por la propia remisión a los principios de efectividad y equivalencia se antoja acabara formulando en su doctrina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES

- También debe resaltarse que **ni la Directiva ni la LDC se pronuncian** sobre algunas de las cuestiones típicas de la relación ad intra de la solidaridad.
- La remisión al Derecho nacional puede tener efectos importantes, pues no todos los ordenamientos jurídicos regulan la relación ad intra en iguales términos.
- Nada se prevé expresamente respecto a:
 - si el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación,
 - respecto a si en el ámbito de la relación ad intra rige la regla de la mancomunidad o de la solidaridad,
 - ni respecto a los plazos para el ejercicio de dicha acción.

LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES

- En relación con las dos primeras,
- en nuestro ordenamiento -ex artículo 1145 CC-, el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación.
- Y el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo.
 - Añadiendo que la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno.
- A nuestro juicio hay dos elementos para sostener **el carácter mancomunado de la relación ad intra** en la Directiva.
 - El primero, el carácter disuasorio de la aplicación privada de la Competencia . Resulta más disuasorio para los potenciales infractores un Derecho de Daños basado en un sistema de solidaridad ad extra y mancomunidad ad intra, que un sistema de solidaridad ad extra y ad intra.
 - El segundo, de la expresión “pueda recuperar de cualquier otro infractor una contribución” parece que nos debe llevar a esta conclusión de que estamos en presencia de una suerte de mancomunidad.

LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES

- Por su parte, respecto al plazo para el ejercicio de esta acción de repetición en el seno de la relación interna entre infractores, al tratarse de una cuestión que queda configurada con arreglo a Derecho nacional:
- En nuestro caso, **un cinco, ex artículo 1964 CC.**
 - Existe disparidad de plazos con otros ordenamientos, como el **alemán**, que prevé un plazo de tres años, y que aprovechando la transposición de la Directiva ha aclarado que el *dies a quo* empieza a correr desde el momento **en que efectivamente se abonen los daños al perjudicado.**
 - Esta diversidad de plazos existentes en el Derecho nacional de los Estados miembros, así como la importancia que la acción esta llamada a tener, probablemente **aconsejaría una unificación del plazo** para el ejercicio de esta acción de repetición en ámbito europeo.

LA RESPONSABILIDAD INTERNA DE LOS INFRACTORES

- Por su parte, establecida la regla de la responsabilidad relativa en el marco de la relación interna, la LDC y la Directiva 2014/104/UE, **con la finalidad de no perjudicar al beneficiario de clemencia** –segundo principio inspirador de la Directiva, junto al derecho al pleno resarcimiento del perjudicado-, establece dos excepciones a la regla general.
 - El beneficiario del programa de clemencia, no sólo tiene privilegios en la vertiente externa de la solidaridad, sino también en la interna.
- Su responsabilidad interna frente a otros infractores queda **limitada a un máximo**: la cuantía del perjuicio que haya ocasionado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos.
- Si dicho máximo no ha sido alcanzado, el beneficiario de la clemencia responde, en relación con el perjuicio ocasionado a terceros distintos de los compradores o proveedores directos o indirectos, en función de su responsabilidad relativa por dicho perjuicio.
 - **Pero si dicho importe se ha alcanzado, el beneficiario de clemencia ya no responde internamente.**

PRESCRIPCIÓN

- La prescripción ha sido desde sus orígenes una de las cuestiones que ha preocupado en al legislador europeo en materia de aplicación privada de la Competencia.
- La diversidad de sistemas y plazos existentes en Derecho nacional era un elemento distorsionador muy significativo. **Frente al año de España , encontrábamos los cinco de Italia o los seis del Reino Unido.**
 - Plazos muy cortos, como los de nuestro ordenamiento, podían incluso llegar a afectar al principio de efectividad. Por ello resultaba necesaria una primera armonización a través de la Directiva 2014/104/UE.
 - Como ya señaló el TJUE en el caso MANFREDI, apartados 78 a 81, respecto de la prescripción:
 - “Una norma nacional que establece que el plazo de prescripción para presentar una demanda de indemnización se computa a partir del día en que comienza el acuerdo o la práctica concertada podría hacer imposible en la práctica el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio causado por el acuerdo o práctica prohibidos, en particular cuando dicha norma nacional establezca también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse. En efecto, en tal situación, tratándose de infracciones continuadas o repetidas, nada impide que el plazo de prescripción expire antes incluso de que haya terminado la infracción, en cuyo caso a toda persona que haya sufrido un perjuicio posterior a la expiración del plazo de prescripción le será imposible interponer demanda. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si ocurre así en el caso de la norma nacional controvertida en el litigio principal. Por tanto, procede responder a la tercera cuestión en los asuntos C-295/04 a C-297/04 y a la cuarta cuestión en el asunto C-298/04 que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro determinar el plazo de prescripción de la acción de indemnización del perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 81 CE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.

PRESCRIPCIÓN

- Aunque la Directiva se configura a partir de la naturaleza extracontractual del daño por infracción del Derecho de la Competencia, como ha proclamado el TJUE, en España **la naturaleza contractual o extracontractual** del daño no ha sido una cuestión pacífica hasta la STS de 8 de junio de 2012, caso “Acor”, en cuyo FJº Decimosegundo cierra el debate afirmando que:
 - “la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociales -tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos -, sino que, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la citada Ley 16/1989, la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el artículo 1, apartado 1, letra a), de la misma Ley, en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final. Así pues, a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual - a las que los anglosajones se refieren como "the law of contract" y "the law of torts" -, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda”.
 - En el mismo sentido, STS de 7 de noviembre de 2013, caso cártel del azúcar.

EL PLAZO Y EL DIES A QUO

- La acción para exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infracciones del Derecho de la competencia **prescribirá a los cinco años.**
- El cómputo del plazo comenzará en el momento en el que **hubiera cesado** la infracción del Derecho de la competencia **y**
 - el demandante **tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener** conocimiento de las siguientes circunstancias:
 - a) La **conducta y el hecho** de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; b) el **perjuicio ocasionado** por la citada infracción; y c) la **identidad** del infractor.
 - La mayoría de ordenamientos han transpuesto el artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE casi literalmente. La única peculiaridad reseñable en esta sede la encontramos en Italia, en cuyo artículo 9.4 ha establecido unas reglas especiales de prescripción para las acciones de daños ejercitadas contra los infractores solidarios que se han beneficiado del privilegio PYME o del privilegio del beneficiario de la clemencia.
 - De todo ello se concluye que la prescripción se articula en la Directiva **como una medida más de tuición del perjudicado** por el ilícito *antitrust*.
 - El derecho del perjudicado al pleno resarcimiento prima sobre el derecho del infractor a no estar excesivamente expuesto a las acciones de daños. Este posicionamiento del legislador en la confrontación de derechos propia de la prescripción como institución jurídica puede tener su trascendencia en sede judicial.

EL PLAZO Y EL DIES A QUO

- En este punto hay que señalar que la Directiva “ha perdido” respecto al *Libro Blanco* la referencia a “*la calificación de tal conducta como infracción del Derecho de la competencia nacional o de la Unión*”. Sin duda es una pérdida relevante. Pero atendida la configuración final de la institución en la Directiva, parece que se minimiza la relevancia de la pérdida. No hay que perder de vista que la Directiva debe pensar tanto en supuestos de *follow-on* como de *stand alone actions*.
- En consecuencia, en relación con el dies a quo, la posición de la Directiva y de la LDC no varía demasiado con la posición que existe en nuestro ordenamiento con anterioridad a la transposición del precepto.
- Sobre todo, por la posición de la jurisprudencia del TS en relación con el artículo 1968.2 CC y, en particular, respecto del dies a quo en materia de infracción del Derecho de la Competencia. Aquí es obligada la referencia a la **STS de 4 de septiembre de 2013, caso “Céntrica”**, en la que se estableció que:
 - “...Esta doctrina es coherente con la que impone **interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho** (Sentencia 10/2013, de 21 de enero, que cita las anteriores SSTS 261/2007, de 14 de marzo; 311/2009, de 6 de mayo; y 340/2010, de 24 de mayo), y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento (Sentencia 10/2013, de 21 de enero, que cita las anteriores SSTS 2 de enero de 1991, 6 de octubre de 1992, 30 de noviembre de 1999, 3 de marzo de 1998, 399/2009, de 12 de junio y 308/2010, de 25 de mayo). Esta jurisprudencia tiene un claro reflejo en el presente caso en que los daños y perjuicios derivados de la denegación de acceso al SIPS a la demandante, que mereció que la CNC lo considerara un abuso de posición de dominio por parte de Iberdrola y que le impusiera la preceptiva multa, vienen representados fundamentalmente por el lucro cesante, **que no podía determinarse hasta que se tuviese conocimiento de la información del SIPS. Sólo a partir de ese momento, la perjudicada por el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización**”.

LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO

- El plazo **se interrumpirá** si una autoridad de la competencia inicia una investigación o un procedimiento sancionador en relación con una infracción del Derecho de la competencia relacionados con la acción de daños.
- La interrupción **terminará un año** después de que la resolución adoptada por la autoridad de competencia **sea firme o se dé por concluido** el procedimiento de cualquier otra forma.
- Asimismo, se interrumpirá el plazo **cuando se inicie cualquier procedimiento de solución extrajudicial de controversias** sobre la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados.
 - La interrupción, sin embargo, solo se aplicará en relación con las partes que estuvieran inmersas o representadas en la solución extrajudicial de la controversia.
 - El artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE permitía que el legislador nacional optase, según su tradición jurídica, en “interrumpir” o “suspender” la prescripción. Y nuestro legislador en coherencia con nuestro ordenamiento jurídico -artículo 1973 CC- opta por el sistema de la interrupción.

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN PRESCRIPCIÓN

- Varias y controvertidas cuestiones plantea esta configuración de la prescripción extintiva en la Directiva y en la LDC. La principal es la de si **el comienzo del plazo requiere de la previa declaración del ilícito en resolución firme.**
- En nuestra opinión, la respuesta a esta interrogante está resuelta implícitamente en la propia Directiva y, por extensión en la LDC.
 - En efecto, el artículo 2 Directiva 2014/104/UE define el término “resolución de una infracción firme” como “toda resolución en la que se declare la existencia de una infracción y contra la que no quepa o ya no quepa la posibilidad de interponer recurso ordinario”. Y la Directiva utiliza este término en su articulado en tres ocasiones: dos en el artículo nueve –“Efecto de las resoluciones nacionales”- y una en el artículo diez, objeto de nuestro estudio, pero en el punto cuarto y no en el segundo –dies a quo-.
 - El hecho de que no se utilice como referencia la firmeza de la resolución para el inicio del plazo nos tiene que llevar a **la conclusión de que como regla general el dies a quo no se inicia en el momento de la declaración de infracción en resolución firme.**

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN PRESCRIPCIÓN

- Ahora bien, tampoco significa **que no puedan coincidir**. En efecto, en algunas ocasiones los tres requisitos exigidos coincidirán con la firmeza de la resolución que declare el ilícito *antitrust*.
- Si se interpretan conjuntamente el apartado segundo con el apartado cuarto del artículo 10 Directiva 2014/104/UE se puede concluir que en aquellos casos en los que el conocimiento del ilícito, el perjuicio y la identidad del infractor –todos ellos- **se conocen como consecuencia de una investigación iniciada o de un procedimiento realizado por una autoridad de competencia** –supuesto más habitual, sobre todo si se tiene en cuenta el carácter secreto que por definición tiene el ilícito antitrust por excelencia, esto es, el cártel- **el *dies a quo* no puede empezar a correr sino, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.**

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN PRESCRIPCIÓN

- Si el plazo se interrumpe por el inicio de una investigación o un procedimiento por parte de una autoridad de competencia, cuando se tiene conocimiento del ilícito, el perjuicio y el infractor con anterioridad a ello, hasta un año después de la firmeza, **es evidente que si tiene conocimiento del ilícito, el perjuicio o el infractor, como consecuencia de una investigación o un procedimiento por parte de una autoridad de competencia, el plazo no puede empezar a correr sino hasta un año después de la firmeza.**
- Por tanto, aunque la regla general es que el *dies a quo* no coincide con la firmeza de la resolución que declara la infracción, por lo que pueden haber supuestos -que no se estiman muy habituales- en los que un perjudicado puede conocer del ilícito, del perjuicio y del infractor, sin necesidad de un procedimiento previo ante una autoridad de competencia, lo bien cierto es que en la práctica lo más común será que la mayoría de perjudicados por la infracción del Derecho de la Competencia conozcan del ilícito, del perjuicio y del infractor una vez iniciado un procedimiento por parte de una autoridad de competencia.
 - Y, en ese caso, el *dies a quo* no puede empezar a correr sino, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma.

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN PRESCRIPCIÓN

- ¿Qué ocurre con la prescripción comenzada antes de la entrada en vigor de la reforma de la LDC? ¿Es de aplicación el 1939 CC, como ocurrió con la reforma del artículo 1964 CC realizada por la Ley 42/2015?
 - *La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.*
- A mi juicio, no. **El escenario es completamente distinto.**
- Directiva 2014; Incumplimiento del Estado del plazo de transposición; Diversidad de plazos de prescripción en los EEMM.
 - Una interpretación restrictiva podría afectar al principio de efecto útil de las normas.

EFFECTO DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA O DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES

- La constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha **en una resolución firme** de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español **se considerará irrefutable** a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español.
 - En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, **se presumirá, salvo prueba en contrario**, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando **haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro**, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario.

EFFECTO DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA O DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES

- La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, caso Mediapro:
 - "Como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, **la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil** (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil. **Por esta razón, hemos de partir de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al artículo 1 LDC y al artículo 101 TFUE**".
 - En el mismo sentido, STS de 7 de noviembre de 2013, caso cártel del azúcar.

MITIGACIÓN DEL DAÑO POR PARTE DEL PERJUDICADO

- En la STS de 7 de noviembre de 2013, caso cártel del azúcar, el miembro del cártel argumentó que los demandantes **podrían haber reducido** sus pérdidas si hubieran comprado el azúcar de otros países donde no existía un cártel.
- Frente a dicha argumentación el Tribunal concluyó que una defensa de mitigación de daños requiere, al menos, una conducta negligente por parte de la víctima que positivamente contribuya al aumento del daño:
 - “no es razonable que se permita a quien realizó una conducta anticompetitiva que le reportó beneficios y que causó daños a otros intervinientes en el mercado, retener los beneficios ilícitamente obtenidos con base en el argumento de que **los perjudicados podrían haber actuado más inteligentemente** para mitigar los daños derivados de la conducta anticompetitiva del infractor. Quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, **si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente**, lo que en el caso enjuiciado no ha sido probado. **Los tribunales no pueden proteger más al infractor que voluntaria y conscientemente causa el daño que a las víctimas que no han sido suficientemente hábiles para evitarlo”**.

CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

- La **carga de la prueba** de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia **corresponderá a la parte demandante**.
- Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios **pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil** cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán **facultados para estimar** el importe de la reclamación de los daños.
- Se **presumirá** que las infracciones calificadas **como cártel causan daños y perjuicios**, salvo prueba en contrario.
 - En los procedimientos relativos a las reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, las autoridades de la competencia españolas podrán informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los infractores deban satisfacer a quienes hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el tribunal competente.

CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

- El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de noviembre de 2013 (caso cártel del azúcar), ha precisado en relación con los informes periciales elaborados en el marco de acciones por infracción del Derecho de la Competencia que:
 - “la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, [...] problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar” comporta que lo exigible al informe pericial sea **“que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos”** (FD7º-3 de la STS de 07.11.2013 y véase también FD14º de la STS de 08.06.2012)
- De hecho, el propio TS recuerda que esta dificultad:
 - “es lo que la propuesta de Directiva llama la comparación entre la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la “situación hipotética contrafáctica”, esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita. Para la propuesta, esta dificultad **no debe impedir que las víctimas reciban un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido** sino que justificaría una mayor amplitud del poder de los jueces para estimar el perjuicio” (negrita y subrayado nuestros).
- En este punto, la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, establece que:
 - “Una consecuencia del principio de efectividad es que las disposiciones jurídicas nacionales aplicables y su interpretación deben reflejar las dificultades y limitaciones inherentes a la cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia. La cuantificación de ese perjuicio exige comparar la situación actual de la parte perjudicada con la situación en la que estaría sin la infracción. **Esto es algo que no se puede observar en la realidad: es imposible saber con certeza cómo habrían evolucionado las condiciones del mercado y las interacciones entre los participantes en el mercado sin la infracción.** Lo único que se puede hacer es una estimación del escenario que probablemente habría existido sin la infracción. La cuantificación del perjuicio en asuntos de competencia siempre se ha caracterizado, por su propia naturaleza, por limitaciones considerables en cuanto al grado de certeza y precisión que puede esperarse. A veces solo son posibles estimaciones aproximadas (Asunto C-453/99, Courage y Crehan, Rec. 2001, p. I-6297, apartado 29; asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 62)”.

CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

- En el caso concreto del cártel del azúcar, las reglas anteriores llevan al TS a estimar que:
 - “el informe pericial aportado con la demanda **parte de bases correctas** (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) **y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados por los tribunales de otros países**, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior al inicio de la actividad del cártel, modulándolos de acuerdo con las variaciones de los costes de producción a lo largo del periodo que duró la actuación del cártel (en concreto, el precio de la remolacha, que supone el 58% del precio total de producción del azúcar y la cotización de almacenamiento), no tomando en consideración otros costes por no considerarlos relevantes (por su inferior incidencia en el coste total de fabricación del azúcar), y compararlos con los precios cobrados por la demandada a cada demandante durante la actuación del cártel, dividido en los cuatro periodos determinados por las diferentes modificaciones concertadas de precios” (FD7º-2 de la STS de 07.II.2013).
- Cuando el informe pericial que acompaña a la demanda cumple los requisitos anteriores, **no es posible que el informe pericial del demandado se limite a negar o rechazar la cuantificación efectuada por el informe pericial del demandante, sino que es preciso que proporcione una cuantificación alternativa y mejor fundada.**
 - Estas exigencias, no obstante, llevan al TS a **rechazar de plano planteamientos “salomónicos”** por parte de los tribunales, realizando cálculos arbitrarios que nada tienen que ver con una estimación razonable y fundada del daño (en el caso concreto, el TS censura “la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia [nº 50 de Madrid de 1 de marzo de 2010] consistente en conceder el 50% de la indemnización solicitada”, considerándola una solución “salomónica” carente de la necesaria justificación, FD7º-4 de la STS de 07.II.2013).

SOBRECOSTES Y DERECHO AL PLENO RESARCIMIENTO

- El derecho al resarcimiento se referirá únicamente al sobrecoste **efectivamente soportado** por el perjudicado, que no haya sido repercutido y le haya generado un daño.
 - En ningún caso el resarcimiento del **daño emergente sufrido** en cualquier nivel de la cadena **podrá superar el perjuicio** del sobrecoste a ese nivel.
- El derecho al pleno resarcimiento también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por **lucro cesante** como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes.
- El **demandado podrá invocar** en su defensa el hecho de **que el demandante haya repercutido** la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la Competencia.
 - La **carga de la prueba** de que el sobrecoste se repercutió **recaerá en el demandado**, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros.

PRUEBA DE SOBRECOSTES Y DE SU REPERCUSIÓN

- El pass-on es una cuestión que se plantea en casi todas las reclamaciones de daños derivadas de infracciones del Derecho de la competencia y puede ser clave para la cuantificación de los daños o, incluso, para la propia legitimación activa del demandante.
 - Una empresa que no ha comprado productos directamente del cártel (un “comprador indirecto”) puede invocar el efecto del pass-on para alegar que ha sufrido un daño como consecuencia del hecho de que sus proveedores (afectados directos del cártel) le repercutieron los sobrepuestos causados por el cártel en los precios de sus propios productos o servicios: **el pass-on como “espada”**.
 - Por su parte, una empresa implicada en un cártel puede invocar el pass-on como defensa ante una reclamación de daños para alegar que el demandante ha podido incorporar los sobrepuestos, o parte de ellos, en sus propios precios de productos o servicios aguas abajo, reduciendo así su daño: **el pass-on como “escudo”**.
- El 26 de octubre de 2016, la Comisión Europea publicó el “*Study on the Passing-on of Overcharges*” en el ámbito de los procesos civiles de daños derivados de infracciones de la normativa del Derecho de la competencia.
 - Disponible: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf> (315 páginas).
- Con ello se inició un proceso de consultas, que debe culminar con la publicación de una Guía para los tribunales nacionales sobre cómo evaluar el pass-on, que se espera para finales del año 2017 o el 2018.
- El estudio ha descrito y evaluado los principales métodos alternativos de valoración del impacto del pass-on en la cuantificación de daños. El Study, y en particular los “39 pasos” con los que concluye, proporciona recomendaciones prácticas a Jueces y Tribunales nacionales, incluyendo cómo abordar y dirigir la prueba pericial, cómo utilizar los nuevos mecanismos de exhibición de prueba entre partes (“disclosure”) y cómo evitar sentencias contradictorias.

PRUEBA DE SOBRECOSTES Y DE SU REPERCUSIÓN

- En España, en el caso del cártel de azúcar, el Tribunal Supremo terminó rechazando las alegaciones, planteadas por los productores de azúcar, de que los reclamantes habían repercutido el sobreprecio del azúcar en el precio de sus productos a los consumidores finales.
- En UK, en la demanda que presentó la británica Sainsbury's (red de supermercados) contra MasterCard en relación con sus tasas de intercambio, la plataforma de pagos defiende que la cadena de supermercados habría repercutido el sobreprecio causado por las tasas a los consumidores. Sin embargo, el Tribunal de Competencia de Londres, en una sentencia dictada en julio, dio la razón a la cadena de alimentación (otorgando a la misma casi €80 millones) ante la falta de pruebas que demostraran, según los requisitos de la ley, la repercusión de estas tasas en el precio de los productos que pagaban los consumidores finales.
- Por su parte, en el caso de Air Cargo, que enfrenta las compañías aéreas a demandas millonarias por prácticas contrarias a las normas de competencia en la fijación de precios en transporte de carga, el Alto Tribunal de Inglaterra y Gales que instruye el caso, ha criticado el coste y complejidad de los métodos propuestos por los expertos para determinar el "pass-on", instando a las partes a llegar a un acuerdo en los métodos a aplicar antes de ordenar un proceso de exhibición de documentos que podría costar millones de euros.

PRUEBA DE SOBRECOSTES Y DE SU REPERCUSIÓN

- Incluso si se acreditase el traslado o repercusión del sobreprecio a los clientes (passing-on), **ello no excluye que todavía pueda existir daño indemnizable** (FD5°-3 de STS de 07.11.2013).
 - El sobreprecio repercutido puede ser sólo parte del daño sufrido, y corresponde al demandado la difícil prueba de si es o no así.
- Efectivamente, el TS considera que no debe sostenerse **una concepción reduccionista del passing-on**, que se ciña a la simple repercusión del sobre precio, si no que considera que **para que la excepción de passing-on triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización**:
 - “Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes”.
- De modo que:
 - **“no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel.** Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del “passing-on” o no puede hacerse en su totalidad” (FD5°-3 in fine de la STS de 07.11.2013).
 - En particular, en los casos concretos de los fabricantes de dulce, no se presentó por las demandadas prueba alguna sobre este extremo (a pesar de lo cual la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de octubre de 2011 consideró la excepción), y para el TS **hay indicios de que la repercusión del sobreprecio no habría supuesto un traslado de todo el daño**, en atención a la pérdida de competitividad y el perjuicio a la imagen comercial de la industrial española del dulce, que podría ocasionar “una reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda”.

PRUEBA DE SOBRECOSTES Y DE SU REPERCUSIÓN

- Cuando en el ejercicio de una acción de daños la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización **dependa de si se repercutió** un sobrecoste al demandante o en qué medida se repercutió, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten sobre puntos posteriores de la cadena de suministro,
 - **la carga de la prueba** de la existencia y cuantía de tal repercusión **recaerá sobre la parte demandante**, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros.
- **Se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que:**
 - a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia;
 - b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y
 - c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.
- La presunción quedará sin efecto si la parte demandada probase que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto.

ACCIONES DE DAÑOS EJERCITADAS POR DEMANDANTES SITUADOS EN DISTINTOS NIVELES DE LA CADENA DE SUMINISTRO

- Con el fin de evitar que las acciones de daños ejercitadas por los demandantes de distintos niveles de la **cadena de suministro aboquen a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor**, los tribunales que conozcan de una reclamación por daños y perjuicios derivados de una infracción del Derecho de la competencia, a la hora de evaluar si se cumplen las reglas de la carga de la prueba sobre repercusión de sobrecostes establecidas en los artículos precedentes, podrán, a través de los medios disponibles en el marco del derecho de la Unión Europea o del Derecho nacional, tomar en consideración debidamente los siguientes elementos:
 - a) Las acciones por daños que estén relacionadas con la misma infracción del Derecho de la competencia, pero hayan sido interpuestas por demandantes situados en otros niveles de la cadena de suministro;
 - b) las resoluciones derivadas de acciones por daños a que se refiere la letra anterior;
 - c) la información pertinente de dominio público derivada de la aplicación pública del Derecho de la competencia.

LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES EN EL DERECHO AL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS

- Los tribunales que conozcan de una acción de daños por infracciones del Derecho de la competencia podrán suspender el procedimiento durante un **máximo de dos años** en caso de que las partes en el procedimiento estén intentando una vía de **solución extrajudicial de la controversia** relacionada con la citada pretensión.
- El derecho al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona perjudicada que hubiera sido parte en un acuerdo extrajudicial **se reducirá en la parte proporcional que el sujeto infractor** con quien hubiera alcanzado el acuerdo **tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó.**
- Los infractores con los que no se hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial **no podrán exigir del infractor** que hubiera sido parte en el acuerdo una contribución por la indemnización restante.
- No obstante lo anterior, cuando los coinfractores que no hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial **no pudieran** pagar la indemnización restante, **la persona perjudicada podrá reclamársela a aquel con quien celebró el acuerdo, salvo pacto en contrario.**
- **Al determinar el importe** de la contribución que un coinfractor puede recuperar de cualquier otro coinfractor con arreglo a su **responsabilidad relativa** por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, **los tribunales tendrán debidamente en cuenta** los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfractor respectivo.





SEMINARIO JEAN MONNET

Spreading Solutions for new Challenges of European Competition Law

Interim measures y Derecho de la competencia

[Vanessa Marti](#)

Universidad de Valencia



Introducción

- utilidad de la tutela cautelar resulta incuestionable en cualquier tipo de proceso civil o administrativo, tanto por estar incluida este tipo de intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva
- La razón de ser: garantizar que el respeto al procedimiento legalmente establecido y, en muchas ocasiones, la excesiva duración del mismo, no frustre su finalidad principal y las pretensiones dilucidadas en el mismo.
- Por ello es sorprendente los escasos supuestos en los que la autoridad española de competencia y la Comisión Europea han adoptado medidas cautelares



SEMINARIO JEAN MONNET

- El artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (LDC) declara que, una vez incoado el expediente sancionador, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) *“podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”*.
- finalidad esencial este tipo de medidas: asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte o, dicho de otro modo, eliminar el riesgo de que cuando recaiga dicha resolución, la misma haya devenido ineficaz, al haberse materializado, en toda su extensión, las consecuencias del acto ilícito investigado.



SEMINARIO JEAN MONNET

- el tiempo que media entre la interposición de una determinada denuncia y la adopción de la resolución estimatoria y su correspondiente ejecución será, en los procedimientos de competencia, por regla general de 18 meses (sin contar las posibles suspensiones legales que, en virtud del artículo 37 de la LDC, puedan acontecer durante el proceso)



SEMINARIO JEAN MONNET

- Si se tiene en cuenta que, en ocasiones, especialmente en supuestos en los que la lucha competitiva se desarrolla “por el mercado” o en situaciones de abuso de posición de dominio, con una sola actuación es posible afectar la estructura competitiva de un mercado, es fácilmente constatable que el transcurso natural de dicho plazo puede suponer que la situación concurrencial en el momento de adoptar la resolución tenga carácter irreversible



SEMINARIO JEAN MONNET

- Características medidas cautelares:
 - la temporalidad de las mismas
 - celeridad de su adopción
 - proporcionalidad y reversibilidad: la medida cautelar no puede producir tampoco un daño irreparable o extraordinariamente gravoso a la empresa denunciada.



SEMINARIO JEAN MONNET

- Hasta la fecha, en aplicación de la LDC de 2007, han sido adoptadas medidas cautelares que pueden ser clasificadas, básicamente, en tres categorías:
 - las relativas a la suspensión de actos administrativos y disposiciones legales;
 - las que suponen el cese, por parte de la empresa denunciada, de determinadas conductas o la prohibición genérica de desarrollar cualquier actuación que obstaculice la actividad de los competidores;
 - o aquellas otras que se traducen en la imposición a la denunciada de obligaciones de hacer (insertar un anuncio con un determinado mensaje en su web, dar respuesta en 15 días a las solicitudes que reciba, o dar acceso a las instalaciones gestionadas por ella)



SEMINARIO JEAN MONNET

- presupuestos de aplicación:
 - derivados de la teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil: esto es, la verosimilitud de las conductas denunciadas (*fumus boni iuris*) y el peligro de demora (*periculum in mora*).



SEMINARIO JEAN MONNET

- Desde la entrada en vigor de la LDC de 2007 hasta la fecha se han resuelto diez expedientes relativos a medidas cautelares. De ellos, solamente en seis ocasiones han sido adoptadas medidas cautelares por la autoridad española de competencia.
- En todos ellos características comunes: exclusión de determinados competidores del mercado afectado



SEMINARIO JEAN MONNET

- OTRAS CONSECUENCIAS INDIRECTAS:
-
- aunque la concesión de las medidas cautelares constituye un enjuiciamiento provisional, la propuesta del órgano instructor mostrándose proclive a su adopción, da una señal clara al denunciado del posicionamiento sobre los hechos dilucidados en el proceso principal. Ello puede determinar la estrategia jurídica del denunciado en el procedimiento principal y la modificación de su propio comportamiento en el mercado desde la adopción de las medidas cautelares. Así, en dos de los casos resueltos hasta la fecha, la adopción de medidas cautelares ha motivado el inicio de la Terminación Convencional del expediente



SEMINARIO JEAN MONNET

- desde un punto de vista procesal, hay que señalar que el cumplimiento de las medidas cautelares, hasta el momento, no se ha tomado en consideración como atenuante, si bien evidentemente para calcular el importe de la sanción se tendrá en cuenta la duración de la misma, y por lo tanto, su duración más limitada por mor de la medida cautelar adoptada



MEDIDAS CAUTELARES Y APLICACIÓN PRIVADA

- los Juzgados de lo Mercantil tampoco han ofrecido numerosos ejemplos de adopción de medidas cautelares. Como ha puesto de relieve algún autor, ello puede deberse, en parte, a que la invocación del Derecho de la competencia ante los jueces civiles se ha canalizado tradicionalmente por vía de excepción, frecuentemente como argumento defensivo para desvirtuar la apariencia de buen derecho en demandas de incumplimiento en que se solicitaban medidas cautelares
- Dado que la LDC no contiene normas específicas sobre esta cuestión, habrá que estarse, desde el punto de vista procesal, a lo establecido de forma general para el proceso civil por la LEC



MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DE LA COMISIÓN EUROPEA

El art. 5 del Reglamento 1/2003 faculta a las autoridades de competencia nacionales a aplicar directamente los art. 81 y 82 TCE (hoy 101 y 102 TFUE) a los supuestos particulares de infracción, pudiendo, a estos efectos, *actuando por iniciativa propia o a instancia de parte*, tanto requerir a las partes para que pongan fin a la infracción, como ordenar medidas cautelares, y aceptar compromisos y/o imponer multas sancionadoras, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista en el Derecho nacional.



SEMINARIO JEAN MONNET

- Por otro lado, el art. 8 del mismo Reglamento, establece que en casos de urgencia y existencia de un riesgo de daño grave e irreparable a la competencia, la Comisión puede, *de oficio*, ordenar medidas cautelares sobre la base de la existencia de indicios de incumplimiento (*prima facie finding of infringement*).
- PERO Desde la entrada en vigor del Reg. 1/2003, la Comisión no ha adoptado ninguna medida cautelar



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

SEMINARIO JEAN MONNET

“Propiedad industrial y Derecho de la competencia: aspectos de confluencia y de conflicto” *

Actividad enmarcada en el Programa Jean Monnet. Módulo Europeo “*Spreading solutions for new challenges of EU Competition law*”, coordinado por la profesora Dra. Vanessa Martí Moya. Departamento de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia.
Ponente: Dr. Benjamín Saldaña Villoldo. Prof. Asociado Departamento de Derecho Mercantil Universidad de Valencia.

Valencia, 11-3-2019

***MATERIAL PARA USO DOCENTE**



PLANTEAMIENTO – OBJETO

- » CARACTERES ESENCIALES DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA. APARENTE CONFLICTO O INCOMPATIBILIDAD.
- » NORMAS DE COORDINACIÓN *EX LEGE*. REFERENCIA AL DERECHO DE PATENTES
- » EL DERECHO DE PATENTES COMO ELEMENTO PROCOMPETITIVO. RECONOCIMIENTO LEGAL
- » EL REGLAMENTO (UE) 316/2014 DE EXENCIÓN DE DETERMINADOS ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA
- » ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL (TJUE, TS)

LA NORMATIVA SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL - CONSIDERACIONES PREVIAS -

- » IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO COMO ACTIVO EMPRESARIAL
- » OBJETO: DERECHOS DE CARÁCTER INTELECTUAL – INMATERIAL
 - MECANISMO DE PROTECCIÓN/EJERCICIO DE ESTOS DERECHOS DE CONTENIDO PARTICULAR: OTORGA UN MONOPOLIO TEMPORAL A TRAVÉS DEL *IUS PROHIBENDI*
 - HERRAMIENTA DE EXPLOTACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE LICENCIA
- » *KNOW HOW* Y SECRETO INDUSTRIAL (ART. 13 LEY COMPETENCIA DESLEAL – VIOLACIÓN DE SECRETOS, ART. 2.2 RTO. UE 316/2014)



PROPIEDAD INDUSTRIAL (TIPOLOGÍA)

LA PROPIEDAD INDUSTRIAL CONTIENE Y PROTEGE DETERMINADOS PRODUCTOS DEL INGENIO QUE NO SON EXACTAMENTE COINCIDENTES. POR LO QUE CABE DISTINGUIR DETERMINADAS **FIGURAS (TIPOS)** EN LA PROPIEDAD INDUSTRIAL:

- » **PROTECCIÓN DE LAS INVENCIONES (PATENTES Y MODELOS DE UTILIDAD)** LEY 24/2015 DE PATENTES (ENTRADA EN VIGOR ABRIL AÑO 2017)
- » **PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES.** REGLAMENTO CE 2100/94 Y LEY 3/2000. PARA REGISTRAR LA VARIEDAD VEGETAL ÉSTA DEBE DE SER NUEVA, DISTINTA, HOMOGÉNEA Y ESTABLE

- » **SIGNOS DISTINTIVOS: MARCAS Y NOMBRES COMERCIALES.** REGULADOS EN LA LEY 17/2001 DE MARCAS. A TRAVÉS DE ESTA FIGURA SE PROTEGEN DETERMINADAS DENOMINACIONES DE EMPRESAS ASÍ COMO DE PRODUCTOS O SERVICIOS (YA SEA LA SIMPLE DENOMINACIÓN, UN GRÁFICO, O UNA COMBINACIÓN DE UN GRÁFICO –DIBUJO O LOGOTIPO- Y UNA DENOMINACIÓN) A TRAVÉS DEL REGISTRO DE LA MARCA SE PRETENDE DAR PROTECCIÓN JURÍDICA A LAS DENOMINACIONES Y/O SÍMBOLOS GRÁFICOS QUE DIFERENCIAN Y DISTINGUEN EN EL MERCADO LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS DE OTROS PRODUCTOS Y SERVICIOS SEMEJANTES. CONCEPTO MARCA ART. 4 LEY 17/2001. **EXCLUSIÓN RTO. UE 316/2014.**

- » **TOPOGRAFÍAS DE SEMICONDUCTORES:** LEY 11/1988, DE 3 DE MAYO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS TOPOGRAFÍAS DE LOS PRODUCTOS SEMICONDUCTORES.



- » **PROTECCIÓN DEL DISEÑO:** LEY 20/2003 DE PROTECCIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL (ART. 1): **SE ENTIENDE POR DISEÑO** LA APARIENCIA DE LA TOTALIDAD O DE PARTE DE UN PRODUCTO QUE SE DERIVE DE SUS CARACTERÍSTICAS EN PARTICULAR DE SUS LÍNEAS, CONTORNOS, COLORES, FORMA, TEXTURA O MATERIALES DEL PRODUCTO EN SÍ O EN SU ORNAMENTACIÓN. POR PRODUCTO SE ENTIENDE TODO ARTÍCULO INDUSTRIAL O ARTESANAL INCLUIDAS SUS PIEZAS, EMBALAJE [...]

- » **DERECHOS DE TECNOLOGÍA (ART. 1 RTO. 316/2014):** PATENTES, OOVV, DISEÑO, TOPOGRAFÍA DE SEMICONDUCTORES. EXCLUSIÓN SIGNOS DISTINTIVOS



NORMATIVA SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA -CONSIDERACIONES PREVIAS-

- » DESDE UN PUNTO DE VISTA ECONÓMICO, ESTA PARTE DEL ORDENAMIENTO SE JUSTIFICA SOBRE LA FINALIDAD DE ESTABLECER UN MARCO JURÍDICO QUE PROMUEVA LAS ADECUADAS RELACIONES DE RIVALIDAD Y COMPETENCIA ENTRE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.
- » MEJORA CALIDAD Y PRECIO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL MERCADO. INTERÉS SOCIAL COLECTIVO.
- » **PROHÍBE CONDUCTAS** QUE, AUN POTENCIALMENTE, RESTRINJAN, FALSEEN O IMPIDAN LA COMPETENCIA EN PARTICULAR MEDIANTE FIJACIÓN DE PRECIOS, LÍMITES A LA PRODUCCIÓN, EL DESARROLLO TÉCNICO, RESTRINJAN LOS MERCADOS, APLIQUEN CONDICIONES DISTINTAS A PRESTACIONES EQUIVALENTES, ETC. (ART. 101 TFUE)



- » **LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO INTERIOR O EN UNA PARTE SUSTANCIAL DEL MISMO, EN PARTICULAR: IMPOSICIÓN DE PRECIOS DE COMPRA O DE VENTA, LIMITAR LA PRODUCCIÓN, EL MERCADO O EL DESARROLLO TÉCNICO EN PERJUCIO DE LOS CONSUMIDORES, APLICAR CONDICIONES DESIGUALES A PRESTACIONES EQUIVALENTES QUE OCASIONEN DESVENTAJA COMPETITIVA, ETC (ART. 102 TFUE).**



PROPIEDAD INDUSTRIAL *VERSUS* DEFENSA DE LA COMPETENCIA. FRICCIONES NORMATIVAS.

LA TENSIÓN O COLISIÓN APARENTE COMO PUNTO DE PARTIDA:

- PROPIEDAD INDUSTRIAL. DERECHOS DE EXCLUSIVA – MONOPOLIO TEMPORAL.** RESTRINGE LA COMPETENCIA *A PRIORI* POR CUANTO AL TITULAR DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL LE ES DADO - POSEE LA FACULTAD DE: IMPEDIR LA FABRICACIÓN, VENTA, INTRODUCCIÓN EN EL COMERCIO, UTILIZACIÓN, IMPORTACIÓN, POSESIÓN (ART. 59 LP), PROHIBICIÓN USO DE LA MARCA, COMERCIALIZAR PRODUCTOS CON LA MARCA, ETC (ART. 34 LM), OOVV ART. 13 RTO CE OPERACIONES DE PROPAGACIÓN VARIEDAD.

- EL TITULO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL CONFIERE UN DERECHO EXCLUSIVO (SOLO LE CORRESPONDE A SU TITULAR) Y EXCLUYENTE (LE FACULTA PARA IMPEDIR QUE OTROS EXPLOTEN O COMERCIALICEN SU DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL SIN SU CONSENTIMIENTO).



- PARA PROTEGER SU DERECHO DE EXCLUSIVA EL TITULAR DE LA PATENTE TIENE A SU DISPOSICIÓN UNA SERIE DE ACCIONES LEGALES (ACCIONES POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PATENTE ART. 70 y ss. Ley 24/2015). ASIMISMO, ACCIONES PENALES.

- ESTAS ACCIONES JUDICIALES LE ATRIBUYEN AL TITULAR DE LA PATENTE, ENTRE OTRAS, LAS SIGUIENTES POSIBILIDADES:
 - PEDIR CESACIÓN DE ACTOS DE VIOLACIÓN DE SU PATENTE
 - PEDIR INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS SUFRIDOS
 - EMBARGAR LOS OBJETOS FABRICADOS O IMPORTADOS CON VIOLACIÓN DE SU DERECHO DE PATENTE Y ATRIBUIRSE LA PROPIEDAD SOBRE TALES BIENES
 - ADOPCIÓN DE MEDIDAS ADECUADAS PARA QUE NO SIGA LA VIOLACIÓN
 - DAR PUBLICIDAD A LA SENTENCIA CONDENATORIA



REFERENCIA AL **CONTRATO DE LICENCIA CONTRACTUAL** EN EL DERECHO DE PATENTES:

PERMITE AL TITULAR DEL DERECHO DE PATENTE:

- » DELIMITAR LA FORMA DE EXPLOTACIÓN DEL DERECHO (MONOPOLIO)
- » TERRITORIALMENTE (LIMITAR – EXCLUIR PARTE DEL TERRITORIO)
- » CUANTITATIVAMENTE (NÚMERO DE LICENCIAS) – LICENCIA EXCLUSIVA
- » PRECIO DE LA LICENCIA – SE TRASLADA AL PRECIO FINAL DEL PRODUCTO O SERVICIO
- » POSIBLES CONDUCTAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO: NATURALEZA, OTROS.



EL MONOPOLIO CONFERIDO POR LA PATENTE EXPLOTADO A TRAVÉS DE LA HERRAMIENTA CONTRACTUAL DE LAS LICENCIAS ***A PRIORI*** FACILITARÍA LA RESTRICCIÓN CONTRACUAL DE LA COMPETENCIA LIMITANDO:

- » DEPENDENCIA DE LOS OPERADORES
- » NÚMERO DE OPERADORES
- » SEGMENTAR MERCADOS GEOGRÁFICAMENTE – PROHIBICIÓN VENTAS EN TERRITORIOS Y REDES/CANALES DE DISTRIBUCIÓN
- » INFLUENCIA EN EL PRECIO
- » AUMENTO BENEFICIO A COSTA DE TERCEROS Y DEL MERCADO (CONSUMIDORES)
- » RESULTADO ANTICOMPETITIVO



SUPERACIÓN DE LAS DIVERGENCIAS. LA FINALIDAD DE AMBAS LEGISLACIONES

- » LA PROPIEDAD INDUSTRIAL ES TAMBIÉN UN MECANISMO DE MEJORA DE LA COMPETENCIA, IMPIDIENDO LA UTILIZACIÓN ILEGÍTIMA DEL ESFUERZO INVESTIGADOR AJENO.
- » EN AUSENCIA DE ESTA PARTE DEL ORDENAMIENTO DESAPARECE EL INCENTIVO AL ESFUERZO INVESTIGADOR Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y CIENTÍFICO.
- » LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS BIENES INMATERIALES ES NECESARIA ASIMISMO PARA QUE SE PRODUZCA UNA COMPETENCIA EFECTIVA Y REAL, EVITANDO DETERMINADAS CONDUCTAS DE COMPETENCIA DESLEAL (ART. 13 LCD).
- » POR TANTO, LA PROPIEDAD INDUSTRIAL TIENE UNA VERTIENTE FAVORABLE A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA O PRO-COMTETITIVA. CUANTO MENOS, EN SU PARTE DE EVITAR CONDUCTAS DE COMPETENCIA DESLEAL Y DE INCENTIVO DE LA MEJORA DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS OFERTADOS EN EL MERCADO.



MECANISMOS LIMITADORES DEL DERECHO DE PATENTES COMO FORMA DE COORDINACIÓN *EX LEGE* CON EL DERECHO DE COMPETENCIA. LIMITACIONES DE ORIGEN LEGAL AL MONOPOLIO CONFERIDO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE PATENTES

- » **LIMITACIÓN TEMPORAL** (ART. 58 LP). DURACIÓN DE VEINTE AÑOS IMPRRORROGABLES DESDE LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD. NO ASÍ EN EL DERECHO DE MARCAS QUE PERMITE SU RENOVACIÓN SUCESIVA POR PERIODOS DE DIEZ AÑOS (ART. 31 LM).
- » **TERRITORIALIDAD DERECHOS PROPIEDAD INDUSTRIAL** (ART. 2 LP)
- » **DETERMINADAS PROHIBICIONES DE REGISTRO DE PATENTES**
 - LOS DESCUBRIMIENTOS, TEORÍAS CIENTÍFICAS, PLANES, REGLAS Y MÉTODOS PARA EJERCICIO DE ACTIVIDADES INTELLECTUALES O ECONÓMICO-COMERCIALE Y OTRAS. EN LA MEDIDA EN QUE LA SOLICITUD DE PATENTE O LA PATENTE SE REFIERA EXCLUSIVAMENTE A UNA DE ELLAS CONSIDERADA COMO TAL (ART. 4 LP).
 - EL PROPIO REQUISITO DE NOVEDAD (ART. 6 LP)



- » **OBLIGACIÓN DE EXPLOTAR LA PATENTE DE FORMA SUFICIENTE PARA ABASTECER AL MERCADO ESPAÑOL (ART. 90 LP)**

- » **HERRAMIENTAS DE LIMITACIÓN DEL MONOPOLIO DESDE LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS LICENCIAS SOBRE LA PATENTE**
 - LICENCIAS DE PLENO DERECHO COMO MECANISMO INCENTIVADOR DEL OTORGAMIENTO MASIVO DE LICENCIAS SOBRE LA PATENTE (ART. 88 LP)

 - LICENCIAS OBLIGATORIAS POR LOS SIGUIENTES MOTIVOS: FALTA O INSUFICIENCIA DE EXPLOTACIÓN DE LA INVENCIÓN PATENTADA, DEPENDENCIA ENTRE LAS PATENTES O CON DERECHOS DE OBTENCIÓN VEGETAL, EXISTENCIA DE MOTIVOS DE INTERÉS PÚBLICO PARA LA CONCESIÓN, FABRICACIÓN DE DETERMINADOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS.



- **LICENCIAS OBLIGATORIAS (ARTS. 91 “C” Y 94 LP) NECESIDAD DE PONER TÉRMINO A PRÁCTICAS QUE UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL FIRME HAYA DECLARADO CONTRARIAS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL O COMUNITARIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**

PUBLICIDAD. EN ESTE SUPUESTO LA OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS LA PUBLICARÁ EN EL BOLETÍN OFICIAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

LA NECESIDAD DE CORREGIR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS SE PODRÁ TENER EN CUENTA AL DETERMINAR EL CANON DE LA LICENCIA.

POSIBILIDAD DE QUE EL GOBIERNO CONSIDERE QUE EXISTEN RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO PARA PONER TÉRMINO A PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS, LA SUJECCIÓN DE LA PATENTE AL RÉGIMEN DE LICENCIAS OBLIGATORIAS PODRÁ ACORDARSE POR REAL DECRETO. POR TANTO **PREVISIÓN DESDE LA NORMATIVA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL DE ELIMINAR COMPORTAMIENTOS ANTICOMPETITIVOS COMO *POSIBLE* CUESTIÓN DE INTERÉS PÚBLICO.**



- » **ART. 82.4 LP (LEY 24/2015):** LAS DISPOSICIONES DE ESTE CAPÍTULO SE ENTIENDEN SIN PERJUICIO DE LAS NORMAS REFERIDAS AL CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN Y LICENCIA SOBRE BIENES INMATERIALES IMPUESTOS EN OTRAS LEYES NACIONALES QUE RESULTEN APLICABLES, O DE LA APLICACIÓN, POR LOS ÓRGANOS NACIONALES O COMUNITARIOS CORRESPONDIENTES, **DE LAS DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS RELATIVOS A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 101 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA A DETERMINADAS CATEGORÍAS DE ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.**

- » ART. 83 LP (LEY 24/2015). PROYECCIÓN DEL CONTRATO DE LICENCIA SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA.



ANTECEDENTE DEL RTO. 316/2014

Artículo 101.1 TFUE

1. SERÁN INCOMPATIBLES CON EL MERCADO INTERIOR Y QUEDARÁN PROHIBIDOS TODOS LOS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS, LAS DECISIONES DE ASOCIACIONES DE EMPRESAS Y LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS QUE PUEDAN AFECTAR AL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS Y QUE TENGAN POR OBJETO O EFECTO IMPEDIR, RESTRINGIR O FALSEAR EL JUEGO DE LA COMPETENCIA DENTRO DEL MERCADO INTERIOR Y, **EN PARTICULAR**, LOS QUE CONSISTAN EN:
 - A) FIJAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE LOS PRECIOS DE COMPRA O DE VENTA U OTRAS CONDICIONES DE TRANSACCIÓN;
 - B) LIMITAR O CONTROLAR LA PRODUCCIÓN, EL MERCADO, EL DESARROLLO TÉCNICO O LAS INVERSIONES;
 - C) REPARTIRSE LOS MERCADOS O LAS FUENTES DE ABASTECIMIENTO;
 - D) APLICAR A TERCEROS CONTRATANTES CONDICIONES DESIGUALES PARA PRESTACIONES EQUIVALENTES, QUE OCASIONEN A ÉSTOS UNA DESVENTAJA COMPETITIVA;
 - E) SUBORDINAR LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS A LA ACEPTACIÓN, POR LOS OTROS CONTRATANTES, DE PRESTACIONES SUPLEMENTARIAS QUE, POR SU NATURALEZA O SEGÚN LOS USOS MERCANTILES, NO GUARDEN RELACIÓN ALGUNA CON EL OBJETO DE DICHS CONTRATOS.



REGLAMENTO (UE) Nº 316/2014 DE LA COMISIÓN SOBRE EXENCIÓN DE DETERMINADOS ACUERDOS SOBRE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.

ART. 101.3 TFUE COMO ANTECEDENTE:

- » NO OBSTANTE, LAS DISPOSICIONES DEL APARTADO 1 PODRÁN SER DECLARADAS INAPLICABLES A: CUALQUIER ACUERDO O CATEGORÍA DE ACUERDOS ENTRE EMPRESAS, CUALQUIER DECISIÓN DE ASOCIACIONES DE EMPRESAS O CUALQUIER PRÁCTICA CONCERTADA QUE CONTRIBUYAN A MEJORAR LA PRODUCCIÓN O LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PRODUCTOS O A FOMENTAR EL PROGRESO TÉCNICO O ECONÓMICO, Y RESERVEN AL MISMO TIEMPO A LOS USUARIOS UNA PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN EL BENEFICIO RESULTANTE, Y SIN QUE:
 - A) IMPONGAN A LAS EMPRESAS INTERESADAS RESTRICCIONES QUE NO SEAN INDISPENSABLES PARA ALCANZAR TALES OBJETIVOS; B) OFREZCAN A DICHAS EMPRESAS LA POSIBILIDAD DE ELIMINAR LA COMPETENCIA RESPECTO PARTE SUSTANCIAL DE LOS PRODUCTOS DE QUE SE TRATE.



REGLAMENTO (UE) Nº 316/2014 DE LA COMISIÓN SOBRE EXENCIÓN DE DETERMINADOS ACUERDOS SOBRE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.

(I) MOTIVACIÓN DEL RTO. (UE) 316/2014 (CONSIDERANDO):

- » LA NO APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DEL ART. 101.1 DEL TFUE A DETERMINADOS ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA (RELACIONADOS CON PROPIEDAD INDUSTRIAL Y CON LAS LICENCIAS)

- » SE PROYECTA SOBRE LOS CONTRATOS DE LICENCIA DE TECNOLOGÍA (PATENTES, PROTECCIÓN DEL DISEÑO, TOPOGRAFÍA DE SEMICONDUCTORES, OBTENCIONES VEGETALES, DERECHOS DE AUTOR DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS).



- » PREMISA DE PARTIDA: DENTRO DE LAS EXIGENCIAS DEL REGLAMENTO, TALES ACUERDOS:
- MEJORAN EFICIENCIA ECONÓMICA Y FAVORECEN LA COMPETENCIA
 - PUEDEN REDUCIR LA DUPLICIDAD EN LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO
 - PUEDEN REFORZAR EL INCENTIVO A LA INVESTIGACIÓN
 - FACILITAR LA DIFUSIÓN Y GENERAR COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LOS PRODUCTOS



- PROBABILIDAD DE QUE TALES ACUERDOS RESULTEN MÁS BENEFICIOSOS QUE PERJUDICIALES PARA LA COMPETENCIA AUNQUE PUEDEN TENER EFECTOS COMPLEJOS
- EL MAYOR O MENOR BENEFICIO DE TALES ACUERDOS DEPENDERÁ DEL NIVEL DE COMPETENCIA QUE AFRONTEN LAS EMPRESAS EN CADA CASO Y LA EXISTENCIA DE TECNOLOGÍAS Y/O PRODUCTOS SUSTITUTIVOS
- EL REGLAMENTO (UE) 316/2014 REALIZA UN RECONOCIMIENTO EXPRESO DE QUE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (PATENTES, OOVV, ETC) Y LOS DERECHOS DE EXCLUSIVA QUE CONFIERE (MONOPOLIO TEMPORAL) NO RESULTAN INCOMPATIBLES CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA NECESARIAMENTE. CONTRARIAMENTE SE TRATA DE NORMAS QUE, SEGÚN LOS CASOS, PUEDEN REPUTARSE BENEFICIOSAS PARA LA COMPETENCIA BAJO DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS



- » PRETENDE CONCRETAR LA EXCEPCIÓN DEL ART. 101.3 TFUE.
- » DETERMINADOS ACUERDOS TRANSFERENCIA TECNOLOGÍA DEJAN DE SER CONSIDERADOS INCOMPATIBLES CON EL MERCADO INTERIOR
- » FUNDAMENTO O *RATIO LEGIS*
 - PARA EL LEGISLADOR COMUNITARIO LOS ACUERDOS A QUE SE REFIERE EL REGLAMENTO CUMPLEN CON EL ART. 101.3 TFUE
 - POR TANTO, CONTRIBUYEN A MEJORAR LA PRODUCCIÓN O LA DISTRIBUCIÓN DE LOS PRODUCTOS O A FOMENTAR EL PROGRESO TÉCNICO O ECONÓMICO, Y RESERVAN AL MISMO TIEMPO A LOS USUARIOS UNA PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN EL BENEFICIO RESULTANTE Y, ADEMÁS,
 - NO IMPONEN A LAS EMPRESAS INTERESADAS RESTRICCIONES QUE NO SEAN INDISPENSABLES PARA ALCANZAR TALES OBJETIVOS
 - TAMPOCO OFRECEN LA POSIBILIDAD DE ELIMINAR LA COMPETENCIA RESPECTO DE UNA PARTE SUSTANCIAL DE LOS PRODUCTOS DE QUE SE TRATE.
- » **SE TRATA DEL RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN PREVIA**
- » **PRETENDE MEJORAR LA SEGURIDAD JURÍDICA**
- » **PRETENDE SIMPLIFICAR LA SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA Y EL MARCO LEGISLATIVO**

(II) PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN Y ACUERDOS INCLUIDOS EN EL RTO. (UE) 316/2014:

- » LA EXENCIÓN SE APLICARÁ A LOS **ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA** (ART. 1):
 - “ACUERDO”**: UN ACUERDO, UNA DECISIÓN DE UNA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS O UNA PRÁCTICA CONCERTADA;
 - “DERECHOS DE TECNOLOGÍA”**: LOS CONOCIMIENTOS TÉCNICOS Y LOS SIGUIENTES DERECHOS, O UNA COMBINACIÓN DE LOS MISMOS, INCLUIDAS SOLICITUDES O SOLICITUDES DE REGISTRO DE DICHOS DERECHOS (PATENTES, OOVV, DISEÑO, ETC.)
 - “ACUERDO DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA”**: A) UN ACUERDO DE LICENCIA DE DERECHOS DE TECNOLOGÍA CONCLUIDO ENTRE **DOS EMPRESAS** A EFECTOS DE LA PRODUCCIÓN DE PRODUCTOS CONTRACTUALES POR EL LICENCIATARIO Y/O SU SUBCONTRATISTA; B) CESIONES DE DERECHOS DE TECNOLOGÍA ENTRE DOS EMPRESAS PARA PRODUCCIÓN DE PRODUCTOS CONTRACTUALES SIEMPRE QUE UNA PARTE DEL RIESGO ASOCIADO CON LA EXPLOTACIÓN DE LA TECNOLOGÍA SEA ASUMIDO POR EL CEDENTE



- » NECESIDAD DE QUE LOS TÍTULOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL ESTÉN VIGENTES (ART. 2)
- » EXTENSIÓN DE LA EXENCIÓN Y CONOCIMIENTOS TÉCNICOS QUE SE MANTENGAN SECRETOS (ART. 2.2)
- » ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA REFERIDOS A COMPRA DE PRODUCTOS POR EL LICENCIATARIO EN LA MEDIDA QUE ESTEN RELACIONADOS CON LA PRODUCCIÓN DE LOS PRODUCTOS CONTRACTUALES (ART. 2.3)
- » REQUISITO DE LA CUOTA DE MERCADO (ART. 3)
 - EMPRESAS COMPETIDORAS CUOTA DE MERCADO CONJUNTA NO DEBE SUPERAR EL 20% DEL MERCADO O MERCADOS DE REFERENCIA
 - EMPRESAS NO COMPETIDORAS CUOTA DE MERCADO CONJUNTA NO DEBE SUPERAR EL 30% EN EL MERCADO O MERCADOS DE REFERENCIA



(III) SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA EXCEPCIÓN DEL RTO. 316/2014 POR CONSIDERARSE RESTRICCIONES ESPECIALMENTE GRAVES

- » ENTRE EMPRESAS **COMPETIDORAS** NO SE APLICARÁ LA EXENCIÓN A LOS ACUERDOS QUE (ART. 4.1):
 - PERSIGAN RESTRICCIÓN DE UNA DE LAS PARTES PARA DETERMINAR SUS PRECIOS
 - LIMITACIÓN DE LA PRODUCCIÓN
 - LA ASIGNACIÓN DE MERCADOS O CLIENTES CON LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN LA NORMA



- » ENTRE EMPRESAS **NO COMPETIDORAS** NO SE APLICARÁ LA EXENCIÓN A LOS ACUERDOS QUE (ART. 4.2):
- PERSIGAN LA RESTRICCIÓN DE UNA PARTE DE DETERMINAR SUS PRECIOS, SIN PERJUICIO DE LA POSIBILIDAD DE IMPONER PRECIOS DE VENTA MÁXIMOS O RECOMENDAR PRECIO DE VENTA SIEMPRE QUE ELLO NO EQUIVALGA A ESTABLECER PRECIO DE VENTA MÍNIMO O FIJO
 - LA RESTRICCIÓN DEL TERRITORIO CON LAS EXCEPCIONES QUE SEÑALA EL PRECEPTO



(IV) DETERMINADAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS NO QUEDAN AMPARADAS POR LA EXENCIÓN DEL REGLAMENTO (ART. 5)

- » SE TRATA DE **DETERMINADAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LOS ACUERDOS** DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA RELATIVAS A:
 - OBLIGACIONES AL LICENCIARIO DE CONCEDER LICENCIA EXCLUSIVA O CEDER SUS DERECHOS AL LICENCIANTE RESPECTO DE LAS MEJORAS O NUEVAS APLICACIONES
 - PROHIBICIONES DE OPONERSE A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL QUE LA OTRA PARTE OSTENTA EN LA UNIÓN

- » CUANDO LAS EMPRESAS PARTES DEL ACUERDO NO SEAN COMPETIDORAS LA EXENCIÓN NO SE APLICARÁ A LAS OBLIGACIONES QUE LIMITEN LA CAPACIDAD DEL LICENCIARIO DE EXPLOTAR SUS PROPIOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL O QUE LIMITEN LA CAPACIDAD DE CUALQUIERA DE LAS PARTES DE REALIZAR INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO



(V) NO APLICACIÓN A DETERMINADOS CASOS INDIVIDUALES (ART. 6)

- » COMISIÓN PUEDE RETIRAR BENEFICIO DE LA EXENCIÓN EN SUPUESTOS CONCRETOS QUE SEAN INCOMPATIBLES CON EL ART. 101 TFUE CUANDO:
 - RESTRINJAN ACCESO AL MERCADO DE LAS TECNOLOGÍAS DE TERCEROS (REDES PARALELAS)
 - RESTRINJAN EL ACCESO AL MERCADO DE POSIBLES LICENCIATARIOS

- » FACULTAD DE LOS ESTADOS



RESOLUCIONES JUDICIALES

- » SENTENCIA TJUE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA PRIMERA) DE 7 DE JULIO DE 2016 - CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL RESENTADAS EL 17 DE MARZO DE 2016. ASUNTO C-567/14 GENENTECH INC. NO SE OPONE AL ART. 101 TFUE ACUERDO DE LICENCIA QUE OBLIGUE AL LICENCIATARIO A PAGAR UN CANON POR LA UTILIZACIÓN DE UNA TECNOLOGÍA PATENTADA DURANTE TODO EL PERÍODO DE VIGENCIA DE ESE ACUERDO, EN CASO DE ANULACIÓN O DE INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE LA PATENTE BAJO LICENCIA, SI EL LICENCIATARIO HA PODIDO RESOLVER LIBREMENTE ESE ACUERDO CON UN PREAVISO RAZONABLE.

- » STS 1/3/2012 (SALA 3ª), REC. 1298/09. INTERPRETACIÓN ARTS. 4 -5 RTO. CE 772/2004

- » SAP MADRID 5/2/2016, Nº 41/2016, SECC. 28ª, INTERPRETACIÓN REGLAMENTOS (UE) DE EXENCIÓN. RELATIVA A LA “AUSENCIA DE PRESUNCIÓN DE ILEGALIDAD FUERA DEL REGLAMENTO DE EXENCIÓN POR CATEGORÍAS”.



A MODO DE CONCLUSIÓN

INFORME JURÍDICO SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO DE LA LEY 24/2015. CONSEJO GENERAL PODER JUDICIAL DE 27/10/2016

“SÍ SE INCIDÍA ENTONCES EN LA CONVENIENCIA DE QUE LA LEY HICIERA UNA REFERENCIA A LA NECESIDAD DE TENER EN CUENTA TANTO LA POSIBLE EXISTENCIA DE NORMAS NACIONALES QUE PUEDAN ESTABLECER EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN Y LICENCIA SOBRE BIENES INMATERIALES, COMO A LA LEGISLACIÓN EUROPEA RELATIVA A ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA, Y MUY ESPECIALMENTE A LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS SEÑALADOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA”.



Política de competencia en el sector agrícola

*Lucía del Potro Miró
Subdirección Industria y Energía. CNMC*

Las opiniones expresadas en esta presentación pertenecen a su autor y no representan ni reflejan necesariamente la posición oficial de la CNMC

1. **Política de defensa de la competencia**
2. Sector agroalimentario
3. Marco legal
4. Actuaciones en materia de competencia
5. Conclusiones

Política de defensa de la competencia

Objetivo de la defensa de la Competencia

Garantizar, preservar y promover, en todos los mercados y sectores productivos, la existencia de una competencia efectiva en beneficio de consumidores y usuarios

Mercado

Conjunto de transacciones resultado de la intersección de oferta y demanda.

Competencia efectiva

Elemento definitorio de la economía de mercado:

- disciplina la actuación de las empresas y
- reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes.

Consumidor

La eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

Herramientas de la Política de Competencia

Prevención de
comportamientos
Anticompetitivos futuros

**CONTROL DE
CONCENTRACIONES**
(ex ante)

Restaurar la competencia,
eliminar efectos de
prácticas pasadas, disuadir

**PROCEDIMIENTO
SANCIONADOR**
(ex post)

Promover la competencia
en todos los mercados y
en la regulación pública

**PROMOCIÓN DE LA
COMPETENCIA**
(ex ante y ex post)

VIGILANCIA (ex post)

1. Política de defensa de la competencia
2. **Sector agroalimentario**
3. Marco legal
4. Actuaciones en materia de competencia
5. Conclusiones

Sector agroalimentario

Empresas pequeñas y medianas



Bajo poder de negociación
frente a la
Industria y distribución

Baja elasticidad precio de los
productos básicos



Reacción limitada ante
incrementos de precios

Productos perecederos (alimentos
frescos) y dificultad almacenamiento



Desequilibrios en la cadena
Agroalimentaria

Grandes diferencias entre subsectores



Márgenes y precios de venta
diferentes

 **Importante papel de las autoridades de competencia:**

- **Asegurar la competencia efectiva en los mercados de consumo y suministro**
- **Identificar y recomendar mejores prácticas (y regulación)**

1. Política de defensa de la competencia
2. Sector agroalimentario
3. **Marco legal**
4. Actuaciones en materia de competencia
5. Conclusiones

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

Competencia

Art. 101-109 TFUE

Política agraria

Art. 38-44 TFUE

Directiva ECN + (Directiva (UE) 2019/1, del PE y del Consejo)

Objetivo

Establecer normas para garantizar que las ANC nacionales dispongan de garantías de independencia, recursos y competencias de aplicación e imposición de multas para aplicar art. 101 y 102 TFUE

Aspectos clave

Independencia de las ANC

Competencias:

Priorización, facultad para inspeccionar (incluye otras dependencias), solicitudes de información, entrevistas, medidas cautelares, cálculo del importe de las multas, programa de clemencia, plazos de prescripción y asistencia mutua.

Fecha máxima transposición: 4 febrero 2021.

Sentencia C-617/15 Endibias

Caso concreto

- Cuestión prejudicial Francia:
 - fijación precios, limitación de la producción, intercambio información comercialmente sensible
- Marco legal Rgto. 2200/96

Noviembre 2017: Sentencia TJUE

- Distinción entre prácticas internas y prácticas externas
- Para este caso, dentro de una OP reconocida: fijación colectiva de precios mínimos no es proporcionado para lograr objetivos encomendados por la OCM

A tener en cuenta:

- Importancia para el futuro:
- **Principios de necesidad y proporcionalidad**

Reglamento (UE) 2017/2393, del PE y del Consejo, por el que se modifica, entre otros, el Reglamento (UE) 1308/2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios (Rgto. Ómnibus). Vigor enero 2018.

**Clave:
modificación
artículo 152**

- Finalidades y medidas específicas y contribuyen a los objetivos PAC
- Posibilidad de intervención de la ANC
- Cláusula de Salvaguardia
- Además:
 - Se suprimen artículos sectoriales (salvo lácteo)
 - No hay tope en el tamaño de la OP
 - Otros cambios a lo largo del articulado
 - Declaración de la Comisión

Directiva Comunitaria Prácticas Comerciales Desleales en la cadena alimentaria

Directiva de mínimos

- Borrador abril 2018
- Objetivo
- Asimetría en la cadena
- PCD negras y grises
- Anexo I TFUE
- España: Ley de la Cadena

Futura PAC



Futura PAC

Bases

- Simplificación y subsidiariedad
- Paso de cumplimiento de normas a resultados y rendimiento

Aspectos clave

- Sistema flexible, mayor libertad para los países
- Enfocado hacia necesidades específicas
- Especial atención al medioambiente
- Conjunto de 9 objetivos, amplia gama de medidas y conjunto de indicadores comunes (evalúan resultados)
- Cada país: plan estratégico, aprobado por la CE e informe de desempeño (anual)
- Nuevo sistema de supervisión (recompensa/penalización)

1. Política de defensa de la competencia
2. Sector agroalimentario
3. Marco legal
4. **Actuaciones en materia de competencia:**
5. Conclusiones

Art 101 TFUE-Art 1 LDC

- **EXPEDIENTES SANCIONADORES:**
- **Fijación de precios:** *fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción*
- **S/0425/12 Industrias Lácteas 2:** acuerdo de precio de compra de la leche cruda (y reparto mercado).
- **S/0378/11 Desmotadoras de algodón**

Art 101 TFUE-Art 1 LDC

- **EXPEDIENTES SANCIONADORES:**
- **Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones:**
- **S/0312/10 Carpa Dorada y club de variedades vegetales protegidas**

Art 101 TFUE-Art 1 LDC

➤ **EXPEDIENTES SANCIONADORES:**

Reparto de mercado

➤ **S/DC/0503/14 FABRICANTES DE TURRON**

Art 101 TFUE-Art 1 LDC

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva,

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

➤ **S/0162/09 SEMILLAS DE GIRASOL**

EXCEPCIONES-EXENCIONES

Art 101.3 TFUE-Art 1.3 LDC Eficiencias

Art 5 LDC (1-3 RDC) Conductas de menor importancia

➤ **S/0362/11 PROMAGAL/ENCE**

Art 4 LDC Conductas exentas por ley

Reglamento OCM

Art 10 LDC Control de concentraciones: valorar si una concentración obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva en el mercado.

- **CONTROL DE CONCENTRACIONES**
- **C/0748/16 BIMBO/PANRICO II**
- **C/0478/12 DEOLEO/HOJIBLANCA**

1. Política de defensa de la competencia
2. Sector agroalimentario
3. Marco legal
4. Actuaciones en materia de competencia:
5. **Conclusiones**

- **La normativa de competencia, tanto comunitaria como nacional, resulta plenamente aplicable al sector agroalimentario.**
- **La aplicación de la normativa de competencia a la cadena agroalimentaria persigue los ilícitos en todos los eslabones de la cadena**
- **Directiva PCD persigue erradicar desigualdades.**
- **Se presume que las recientes novedades legislativas sectoriales harán necesario un análisis particular de cada caso.**
- **Recae sobre los operadores del sector agroalimentario la responsabilidad de autoevaluar si con sus conductas pueden estar incurriendo en alguna práctica restrictiva de la competencia.**
- **Las nuevas exenciones a la aplicación de la normativa de competencia debe entenderse exclusivamente en el marco de OPs y siempre que éstas ejerzan actividades encaminadas a alguna de las finalidades específicas establecidas.**
- **El objetivo último es el bienestar de los consumidores, para que puedan disponer de una oferta más variada de artículos y servicios, de mejor calidad y a menores precios.**



**COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

www.cnmc.es

Gracias por su asistencia.

“Las peculiaridades propias de los mercados agroalimentarios y su contraste con el Derecho de la competencia

Javier Guillem Carrau

Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes Valencianas en servicios especiales

objetivos

Preguntas y respuestas generales sobre el Derecho de la Competencia,

el caso
endibias

el
reglamento
Omnibus

Directiva
cadena
alimentaria

¿Es buena la competencia?



Pilar de las economías modernas



Protege a los productores de las prácticas abusivas y el abuso de las posiciones dominantes

Estimula la innovación

Permite una asignación más eficiente de recursos

Hace disminuir los precios para los consumidores

¿Qué es el derecho de la competencia en la UE?



Prohibición de acuerdos anticompetitivos

Control de las fusiones

Prohibición de abuso de posición dominante

Prohibición de ayudas estatales con carácter general



¿es el Derecho de la competencia bueno?

SI

Bueno y simple; Fácil y Justo

EJ: Artículo 101 y 102 TFUE

PERO

DUDAS ECONÓMICAS

DISCRECIONALIDAD JURIDICA



¿hay una derogación del derecho de
la competencia
para el sector
agroalimentario?

Mercados agroalimentarios: oferta y demanda

Demanda

- Alto grado de concentración, Localizada y permanente
- Valor comercial en permanente ascenso

Oferta

- Alto grado de desconcentración/atomización y de apertura
- Deslocalizada (dispersión geográfica) y fluctuante (estacional)
- Valor comercial débil



Mercados agroalimentarios: precio y definición de mercado

Precio

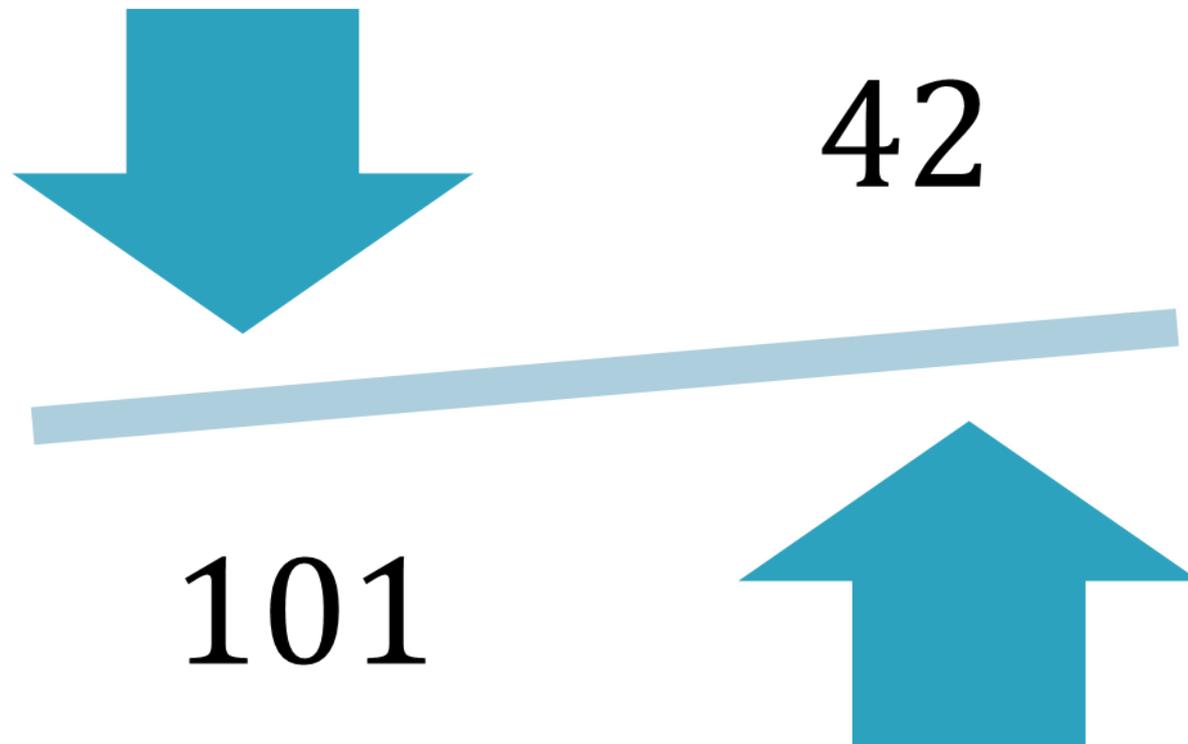
- Condicionado en algunos sectores por la regulación
 - Ejemplo: sector azúcar
- Negociación directa productor/corredor/industrial/distribucion
- Volatilidad del precio en origen/ Estadísticas de precios agrarios



Definición de mercado: factores

- Producto y elemento geográfico
 - Coliflor: mercado comunitario
 - Decisión 5-D-10, 15.3.2005 (CC de Francia)
 - Fresas: mercado nacional
 - Decisión 3-D-36, de 29.7.2003

Particularidad agrícola



Efecto útil.

Interpretación de la Comisión

Acuerdos y prácticas que no afectan, en el presente o en el futuro, al comercio entre los Estados miembros

Directrices sobre el concepto de efecto sobre el comercio

los artículos 101 y 102 TFUE no se aplican

PAC y Derecho de la Competencia: Antagonistas?

Artículo 42

- Reglamento (EU) N° 1308/2013 (OCM)
- Conjunto de derogaciones específicas
- Reglamento(EU) No 1184/2006.

Artículo 101

- Prohibición de cárteles

Artículo 102 TFEU

- Prohibición de abuso de posición dominante.

Art. 101.3 TFEU. Interpretación de la Comisión y del Tribunal de Justicia

Derogaciones agrícolas (Carne de vacuno francesas 2003 y Tabaco crudo español 2004)

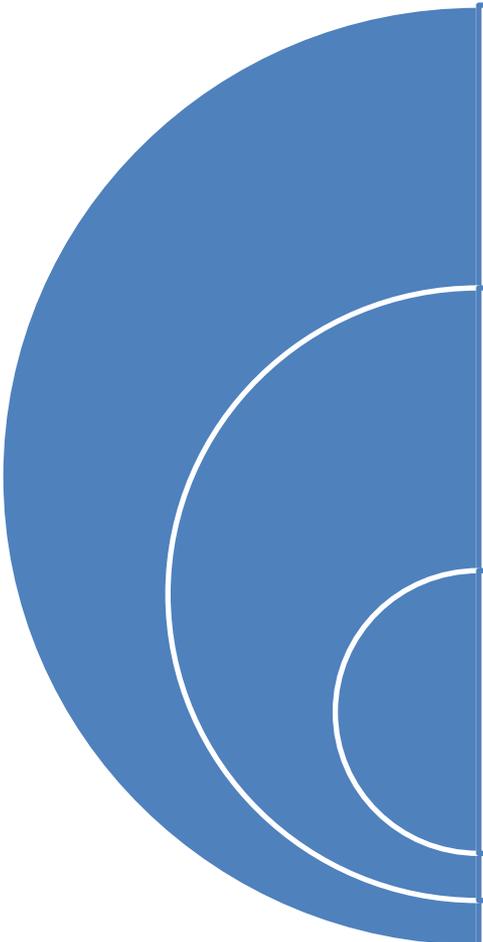
- Organizaciones nacionales de mercado
- Acuerdos necesarios y proporcionados para la puesta en práctica de la PAC y adoptados en desarrollo de los objetivos del artículo 39 TFUE
- Acuerdos que se refieran a la producción o venta o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación que
 - No afectan a los objetivos del artículo 39
 - No precio idéntico
 - No excluye la competencia

Exenciones por categoría: Acuerdos de especialización (R 1218/2010)

El artículo 101.1 TFUE no es aplicable a los acuerdos de especialización, siempre que

- Cuota no superior al 20%
- No contengan restricciones graves (fijación de precios, limitación de la producción y reparto de mercados) aunque cabe
 - fijación de precios en distribución conjunta,
 - volumen de producción en producción conjunta y
 - objetivos de venta en distribución conjunta

Exención de acuerdos de poca importancia



Acuerdos horizontales: cuota de mercado conjunta no $> 10\%$

Acuerdos verticales (entre no competidores): cuota de mercado de cada una de las partes no $> 15\%$

Cuando hay efecto acumulativo por redes paralelas de acuerdos similares, cuota no $> 5\%$.

Endibias, el caso francés



Caso de las endibias

Decision 12-D- 08 de la Autoridad de la competencia

- 0 Establecimiento de un precio mínimo vía precio de retirada
- 0 Acuerdos relativos a la cantidad de endibias que se pueden comercializar por los operadores
- 0 Establecimiento de un sistema de intercambio de información para controlar el mercado
- 0 Amenazas y sanciones a los productores que no respeten el conjunto de los acuerdos del cartel

Sentencia 15.5.2014 Paris Court of Appeal

- 0 La legislación permitía en aquel entonces un precio de retirada
- 0 Los operadores podía ordenar la retirada de productos en el marco de su misión en los periodos cíclicos de crisis
- 0 No se ha demostrado la naturaleza anticompetitiva de los intercambios de información
- 0 Sistema de control y sanciones para los operadores válido

Sentencia C-671/15

una OPFyH o una AOP debe

- garantizar que la producción se planifique y se ajuste con arreglo a la demanda, sobre todo en lo referente a la cantidad y la calidad,
- concentrar la oferta y comercializar los productos de sus miembros, y
- optimizar los costes de producción y estabilizar los precios de producción.

para alcanzar esos objetivos, podría tener que recurrir a

- medios diferentes de los que rigen el funcionamiento normal de los mercados y, en particular, a determinadas formas de coordinación y concertación entre productores agrícolas

Lección 1. Intercambio de información entre miembros OP - AOP

Misión de la OP

- garantizar que se planifique la producción
- adaptar la producción a la demanda
- concentrar la oferta y
- comercializar los productos de los miembros
- estabilizar los precios de producción

implican necesariamente

- un intercambio de información estratégica
 - entre los productores individuales miembros de la OP o de la AOP de que se trate, destinado, a conocer las características de la producción de éstos.
- puede ser proporcionado si
 - se realiza efectivamente con el fin de alcanzar el objetivo u objetivos asignados
 - se limita a la información estrictamente necesaria a tal efecto

Lección 2. Fijación de cantidades OP - AOP

Misión de la OP

The diagram consists of two blue chevron-shaped arrows pointing from left to right. The first arrow contains the text 'Misión de la OP' and the second arrow contains the text 'puede justificar'. The arrows are connected at their tips, suggesting a logical flow or consequence.

puede justificar

- estabilizar los precios de producción

- una coordinación entre productores agrícolas de una misma OP o de una misma AOP en relación con las cantidades de productos agrícolas comercializados

Lección 3. Fijación de precios OP - AOP

Misión de la
OP

- Concentrar la oferta

puede
justificar

- una determinada forma de coordinación de la política de precios de los productores agrícolas individuales en el seno de una OP o de una AOP

No puede
justificar

- cuando no permite a los productores que comercializan ellos mismos su propia producción aplicar un precio inferior a esos precios mínimos

reglamento omnibus y reforma PAC post 2010



Omnibus, OP y competencia I

Amplía a todos los sectores derogaciones específicas de sectores lácteo, vacuno de carne, aceite de oliva y cereales

- se simplifica su cumplimiento
 - no exige que se tengan que realizar actividades significativas y que generen eficiencias, conforme a unas directrices.
 - no se establece un límite a la negociación contractual (porcentaje sobre la producción UE o nacional).

siempre que cumplan una serie de requisitos, fundamentalmente ejercer alguna actividad de entre las opciones que establece la propuesta, de manera genuina, y que éstas contribuyan a la consecución de los objetivos de la PAC, y todo ello bajo la salvaguardia de las autoridades de competencia.

Omnibus, OP y competencia II

Extensión de la derogación del azúcar “acuerdos sobre reparto de valor”.

- Cláusulas de reparto del valor de los contratos podrá extenderse a otros sectores en las relaciones entre agricultores y ganaderos con los primeros compradores.
- Carácter voluntario, y tales cláusulas se proponen en el ámbito de acuerdos verticales excluyendo así la posibilidad de los cárteles de precios.

Las interprofesionales también pueden adoptarlos

Omnibus III

Se podrán reconocer OP, AOP y OI para más de un sector,

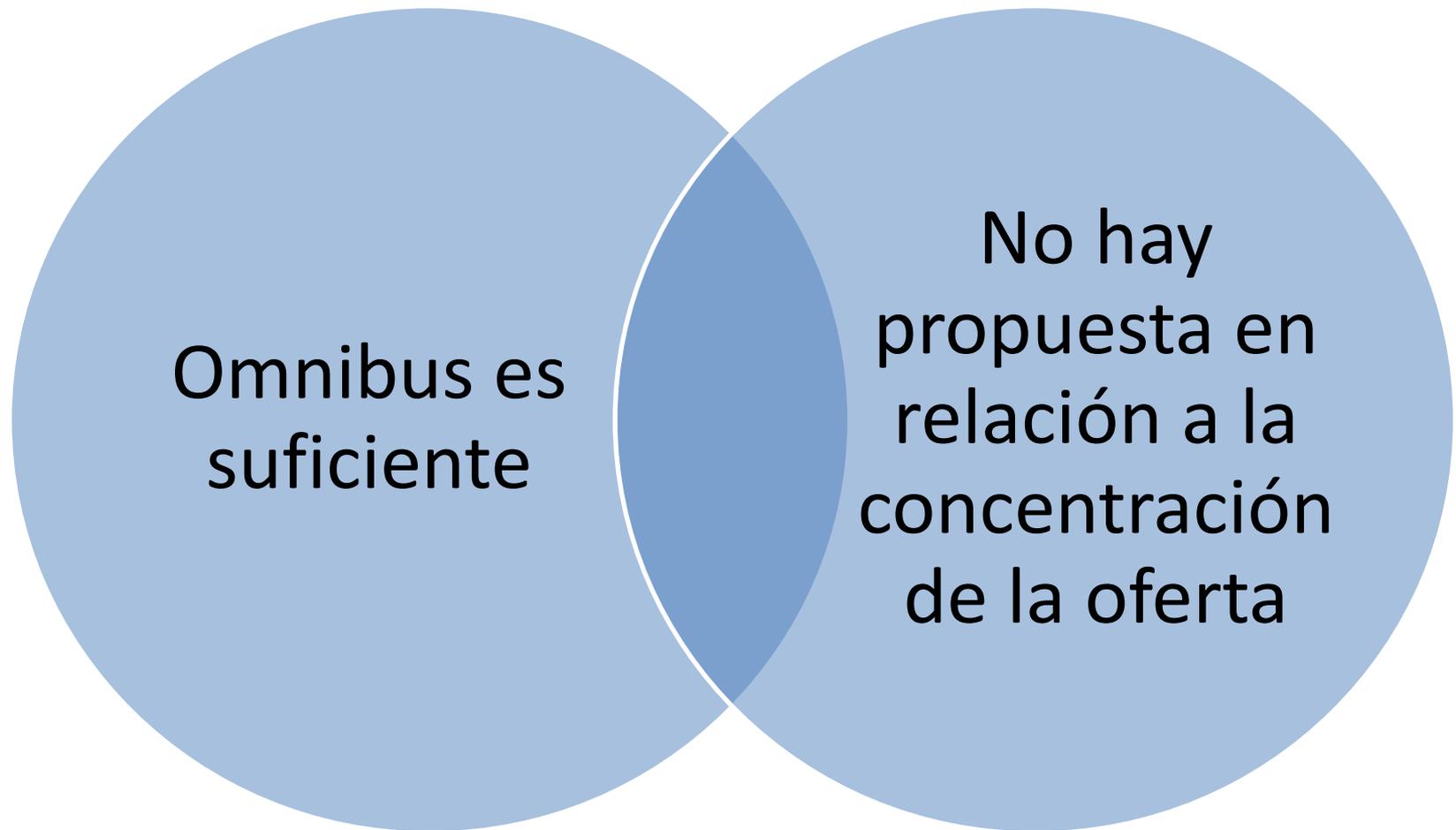
Posibilidad para OP y AOP de consultar a la Comisión acerca de la compatibilidad con las normas de competencia de sus acuerdos de prácticas concertadas

Mantenimiento del “status quo” en el sector lácteo y del paquete lácteo.

Nueva medida de prevención y gestión de crisis para Frutas y Hortalizas

- Coaching o asesoramiento a otras organizaciones de productores, como vía para fomentar la concentración del sector en OPs con una financiación 100% comunitaria
- En promoción y comunicación para prevención y gestión de crisis se incluye una nueva medida, que es la diversificación y consolidación de mercados de frutas y hortalizas
- Entre las obligaciones medioambientales de los programas operativos los compromisos relativos a la agricultura ecológica, lo que da mayor seguridad jurídica en la aplicación de estos programas operativos

Reforma PAC post 2020 -COM (2018) 394 final



cadena alimentaria



Propuesta de Directiva de competencia desleal-COM(2018) 173 final

lista negra de cláusulas prohibidas

- pago diferido de producto fresco
- cancelación contractual unilateral en el último momento
- cambios unilaterales o retroactivos en los contratos
- cargo al productor de los gastos de gestión de residuos

Lista gris con cláusulas admisibles en determinadas circunstancias

- devolución de mercancía no vendida al proveedor
- cargos al productor por mantenimiento del producto o pagos supletorios por promociones

Propuestas de mejora

La propuesta de Directiva debe ser una propuesta de Reglamento para que sea directamente aplicable.

Debe incluir

- la venta a resultados en la lista negra de prácticas abusivas
- la venta a pérdida en la lista negra de prácticas abusivas cuando una de las partes sea el productor

La lista gris no debería ser de aplicación cuando el proveedor es un productor.



a modo de conclusión



Ventajas de la vigencia del Derecho de la Competencia en el sector agroalimentario

no derivan necesariamente de un utópico sistema de competencia perfecta

Aplicación estricta= inadecuada para la PAC

Si derivan del mantenimiento de un sistema de competencia efectiva y eficaz

Que separe claramente

- acuerdos y conductas permitidas,
- conductas colusorias

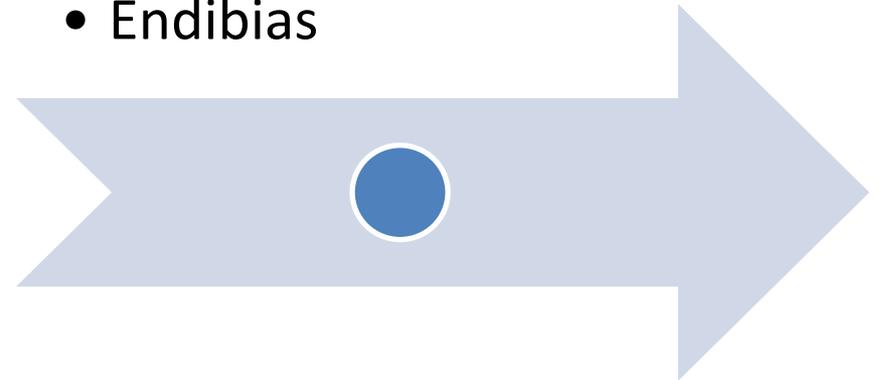
Derecho de la UE

Listado de derogaciones específicas

- Omnibus

Derogaciones funcionales implícitas

- Endibias



Muchas gracias