

Fundamentos de Derecho de Defensa da Competencia



Manuais
Serie manuais didácticos

Julio Costas Comesaña

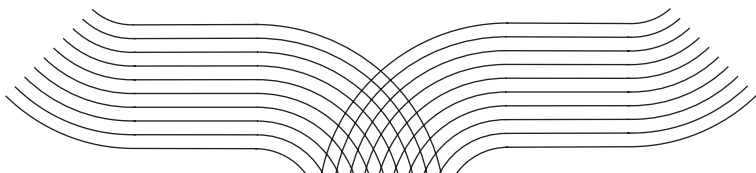


Julio Costas Comesaña (Vigo, 1962) é licenciado en Dereito pola Universidade de Barcelona, e Doutor en Dereito pola Universidade de Santiago de Compostela. Na actualidade é Catedrático de Dereito Mercantil da Universidade de Vigo e director da Revista "Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor" (ADI). Foi Conselleiro da Comisión Nacional de la Competencia (2017-2013), presidente da Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual do Ministerio de Cultura (2016-2019), presidente da Sección Segunda

del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación (2018-2021), e presidente da Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC), entre 2015-2019. Autor de dúas monografías e mais dun centenar de traballos doutriniais, con especial incidencia no Dereito de defensa da competencia e no Dereito de sociedades e cooperativas. Por último, é conferenciante habitual en distintos foros académicos e profesor invitado de diversas universidades españolas e estranxeiras.

Servizo de Publicacións

Universidade de Vigo



Manuais

Serie de manuais didácticos

n.º 081

Edición

Universidade de Vigo
Servizo de Publicacións
Rúa de Leonardo da Vinci, s/n
36310 Vigo

Deseño da portada

Tania Sueiro Graña
Área de Imaxe
Vicerreitoría de Comunicacións e Relacións Institucionais

Maquetación

Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.

Fotografía da portada

Adobe Stock

Impresión

Tórculo Comunicación Gráfica, S. A.

ISBN (Libro impreso)

978-84-8158-936-8

Depósito legal

VG 272-2022

© Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo, 2022

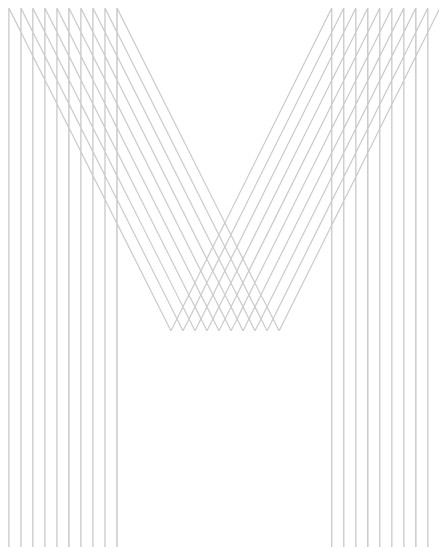
© Julio Costas Comesaña

Sen o permiso escrito do Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo, queda prohibida a reprodución ou a transmisión total e parcial deste libro a través de ningún procedemento electrónico ou mecánico, incluídos a fotocopia, a gravación magnética ou calquera almacenamento de información e sistema de recuperación.

Ao ser esta editorial membro da **une**, garántense a difusión e a comercialización das súas publicacións no ámbito nacional e internacional.

Servizo de Publicacións

Universidade de Vigo



Fundamentos de Dereito de Defensa da Competencia

Julio Costas Comesaña

Este traballo foi elaborado no marco do Proxecto de Investigación financiado polo Ministerio de Ciencia, Innovación e Universidades: "El Derecho de la competencia y de la propiedad industrial: actualización, europeización y adaptación a la nueva economía (2019-2021), Referencia: PGC2018-096084-B-I00, e do Proxecto de Investigación financiado pola Xunta de Galicia: Retos para un mercado de traballo equitativo, sostible e aberto á competencia no contexto da nova economía e da dixitalización" (2022-2024). Grupo de Investigación DMT (Grupo da Universidade de Vigo con potencial de crecemento).

Para Gonzalo

00
01
02
03
04
05
06
07

Abreviaturas	13
Presentación	17
Lección 1: Nocións básicas sobre o sistema de defensa da libre competencia	19
Lección 2: Conceptos fundamentais do Dereito de defensa da competencia	33
Lección 3: Condutas colusorias prohibidas	47
Lección 4: Condutas unilaterais prohibidas	61
Lección 5: Condutas anticompetitivas exentas	81
Lección 6: O control de concentracións	97
Lección 7: O control das axudas de Estado ás empresas	113

08

Lección 8: Procedementos administrativos en materia de condutas prohibidas

127

09

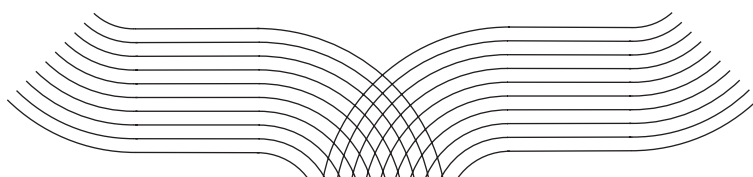
Lección 9: Aplicación xudicial do Dereito de defensa da competencia

161

10

Lección 10: O sistema institucional de aplicación pública do Dereito de defensa da competencia

173



Abreviaturas

AdC	Autoridade de Competencia
AAC	Autoridade Autonómica de Competencia
ANC	Autoridade Nacional de Competencia dun Estado UE
art./s.	artigo/s
CDC	Consello de Defensa da Competencia
CE	Constitución Española de 1978
CNC	Comisión Nacional da Competencia (2007-2013)
CNMC	Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (2013-)
DC	Dirección de Competencia da CNMC
DOUE	Diario Oficial da Unión Europea
expte./s.	expediente/s
GBER	Regulamento (UE) nº. 651/2014, da Comisión, de 17 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 TFUE
LAC	Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil
LCD	Lei 3/1991, de 10 de xaneiro, de Competencia Desleal
LCNMC	Lei 3/2013, de 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia

LCoord	Lei 1/2002, de 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia
14 LDC	Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia
par./s.	parágrafo/s
p. ex.	por exemplo
p./pp.	páxina/páxinas
RD	Real Decreto
RDC	RD 261/2008, de 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de Defensa da Competencia
RDL	Real Decreto-Lei
REC	Rede de Coordinación das Autoridades de Competencia
RECAV	Regulamento (UE) n.º. 2022/720 da Comisión, de 10 de maio de 2022, relativo á aplicación do artigo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas
RECATT	Regulamento (UE) n.º. 316/2014, da Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo á aplicación do artigo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acordos de transferencia de tecnoloxía
Regulamento CE 1/2003	Regulamento (CE) n.º. 1/2003, do Consello, de 16 de decembro de 2002, relativo á aplicación das normas sobre competencia previstas nos artigos 81 e 82 do Tratado (actuais arts. 101 e 102 TFUE)
Regulamento CE 139/2004	Regulamento (CE) n.º. 139/2004, do Consello, de 20 de xaneiro de 2004, sobre o control das concentracións entre empresas
TCE	Tratado constitutivo da Comunidade Europea de 1992
TCECA	Tratado constitutivo da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro de 1951
TCEE	Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea de marzo de 1957 ou Tratado de Roma

TDC	Tribunal de Defensa da Competencia (1963-2007)
TFUE	Tratado de Funcionamento da Unión Europea
TXUE	Tribunal de Xustiza da Unión Europea
UE	Unión Europea

Presentación

17

Esta obra ten como destinatario principal ao alumnado da materia optativa Propiedade Industrial e Dereito da Competencia, do 4º. curso do Grao en Dereito que se imparte na Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo da Universidade de Vigo. Trátase, pois, dunha obra que, cunha finalidade principalmente docente, foi redactada coa pretensión de ser unha primeira aproximación ao estudo do Dereito de defensa da competencia, da Unión Europea e de España, de xeito que facilite ao alumnado da materia unha mellor comprensión das lecturas de doutrina e xurisprudencia que se lle encomendan para a resolución dos casos prácticos e doutros materiais que forman parte da metodoloxía docente. Non obstante, estes *Fundamentos* tamén aspiran a ser útiles para os estudantes dos graos en Dereito, Administración e Dirección de Empresas, e Economía, así como para os xuristas e outros profesionais que desexen ter unhas nocións máis ou menos básicas e actualizadas sobre esta rama do Dereito.

Fundamentos de Dereito de Defensa da Competencia estrutúrase en dez leccións, a través das que se aborda a regulación substantiva e procesual básica do Dereito de defensa da competencia. Mais tamén contén algunha referencia aos aspectos institucionais das autoridades de competencia e dos tribunais competentes para a aplicación das normas de defensa da competencia en España. Por último, inclúese unha análise sinxela das normas de defensa da competencia relativas á aplicación privada ou xudicial das prohibicións de condutas anticompetitivas.

Dada a natureza introdutoria desta obra, optamos por non facer referencia á abundante bibliografía existente sobre a materia, actualmente de fácil acceso por medio dos distintos recursos electrónicos dispoñibles, tanto nas bibliotecas universitarias como a través do uso das ferramentas electrónicas de procura en aberto como: <https://dialnet.unirioja.es>; Almacén de Derecho - Blog jurídico de los profesores (al-

18 macendederecho.org); <https://derechoycompetencia.blogspot.com>; <https://www.observatorioantitrust.eu/es>. Non é menos abundante a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea e dos tribunais españois, como tamén a práctica resolutoria das autoridades de competencia, igualmente de fácil acceso en formato electrónico na Web do TXUE (<https://curia.europa.eu>), no buscador de sentenzas do Cendoj (<https://www.poderjudicial.es>) e nos portais da Dirección Xeral de Competencia da Comisión Europea (https://ec.europa.eu/competition-policy/index_en), da CNMC (<https://www.cnmc.es/>) e das distintas autoridades autonómicas de competencia (p. ex., <https://competencia.gal/gl>). Non obstante, neste caso, optamos por incluír no texto (entre parénteses) a referencia a algunhas sentenzas de tribunais e resolucións das autoridades de competencia, a modo de exemplo práctico da explicación.

Julio Costas Comesaña, 2022

Catedrático de Dereito Mercantil. Universidade de Vigo
jcostas@uvigo.gal

Lección 01

Nocións básicas sobre o sistema de defensa da libre competencia

19

ÍNDICE: 1. Unha breve referencia á orixe e fundamento do Dereito da competencia en Europa; 2. Marco normativo: Dereito da Unión Europea e Dereitos nacionais da competencia; 3. Obxectivos e ben xurídico protexido polo Dereito da competencia; 4. O sistema de defensa da competencia; 4.1. Sistema de control *ex post* para os acordos colusorios e as condutas unilaterais abusivas; 4.2. Sistema de control *ex ante* para as concentracións de empresas e para as axudas públicas a empresas; 4.3. Autoridades de competencia e tribunais: sistemas de aplicación.

1 Unha breve referencia á orixe e fundamento do Dereito da competencia en Europa

Prescindindo de precedentes normativos máis remotos, incompletos ou baseados no principio de control do abuso do poder económico, que se demostraron ineficaces na represión das condutas restritivas da competencia, o actual Dereito de defensa da competencia en Europa, no que atinxe á represión das condutas anticompetitivas realizadas polas empresas, caracterízase por responder ao principio da prohibición implantado pola lexislación *antitrust* norteamericana (na *Sherman Antitrust Act* de 1890), que penetra no continente europeo “en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania” (Joaquín Garrigues, *La defensa de la competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, páx. 24). Seguindo coa cita do mestre Garrigues (páx. 37), este “folklore del capitalismo americano” cristalizou, nun primeiro envite, nas ordenanzas militares para a descartelización da industria alemá, e máis tarde nas normas de competencia contidas no extinto Tratado constitutivo da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro de 1951 (TCECA), no Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea de marzo de 1957 (TCEE ou Tratado de Roma), na Lei alemá contra as prácticas limitativas da competencia de xuño

de 1957 e noutras leis de competencia que se foron aprobando nos anos seguintes na maioría dos países de Europa occidental.

20 As normas de competencia do Tratado de Roma xiran arredor da prohibición dos acordos colusorios e da prohibición das condutas de abuso da posición de dominio, contidas, respectivamente, nos arts. 85 e 86 do TCEE de 1957 (posteriormente, dende 1992 a 2009, nos arts. 81 e 82 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea: TCE), nuns termos que permanecen inalterados nos vixentes arts. 101 e 102 TFUE, se ben, dende a expiración do TCECA en 2002, son normas que se aplican en tódolos mercados de bens e servizos da UE. Este sistema do Tratado de Roma, de prohibición con excepcións para os acordos colusorios, foi progresivamente adoptado por tódalas Leis de competencia dos Estados membros da UE, como consecuencia do efecto directo das regras de competencia da UE e dos principios europeos de primacía e efectividade dos arts. 101 e 102 TFUE.

En España, mentres tanto, e pese a que nos Convenios Hispano-Americanos de 1953 o Goberno español se comprometía a desalentar as prácticas restritivas da competencia, non será ata o abandono do modelo económico autárquico como consecuencia da aprobación do Plan de Estabilización de 1959, e co fatuo desexo da Ditadura de facilitar a entrada de España na extinta Comunidade Económica Europea, que, finalmente, en 1963, as Cortes franquistas aproban a Lei 110/1963, de represión das prácticas restritivas da competencia. En liñas xerais, esta primeira Lei española de competencia responde ao sistema de prohibición con excepcións das condutas restritivas da competencia establecido no Tratado de Roma e na Lei alemá de 1957. Mais, tanto por falta de vontade política como porque o modelo económico da época seguía a non garantir de forma efectiva a liberdade de empresa e a libre competencia, a Lei 110/1963 careceu durante o réxime franquista dunha aplicación práctica xurídica e economicamente relevante. Como graficamente afirmou o prof. Garrigues, a Lei 110/1963 era un “exabrupto xurídico” no marco dun sistema económico protectionista, dirixista, intervencionista e verticalista, no que as seccións económicas dos sindicatos verticais funcionaban como auténticos cárteles, no que a libre competencia —ao igual que outras liberdades— era un valor escasamente apreciado, cando non menosprezado pola propia Administración e a sociedade en xeral, constituíndo esa Lei unha simple proclama propagandística do réxime. Esta situación comezou a mudar coa aprobación da Constitución de 1978 e co posterior proceso de adhesión ao TCEE que culminou en 1986, sendo posteriormente derogada pola Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da Competencia, que permaneceu en vigor ata a aprobación da vixente Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC).

Un dos obxectivos básicos do Tratado de Roma de 1957 é alcanzar a existencia dun “mercado común” (actualmente denominado “mercado interior”) entre os Estados integrantes da Comunidade Económica Europea, razón pola que o vixente Tratado da Unión Europea atribúe ás institucións europeas a competencia exclusiva para “o

establecemento das normas sobre competencia necesarias para o funcionamento do mercado interior”, que permita un “(...) desenrolo sostible de Europa baseado no crecemento económico equilibrado e na estabilidade dos prezos, nunha economía social de mercado altamente competitiva, tendente ao pleno emprego e ao progreso social, e nun nivel elevado de protección e mellora da calidade do medio ambiente” (arts. 3.1.b) e 3.2 do Tratado da Unión Europea). A este mesmo obxectivo están igualmente orientadas as regras do Tratado relativas á libre circulación de mercadorías, persoas, servizos e capitais e á liberdade de establecemento (particularmente: arts. 26, 34, 35 e 49 TFUE), que tamén poden ser invocadas polos particulares ante os tribunais e autoridades nacionais fronte a medidas nacionais restritivas. Por conseguinte, a consecución dun mercado interior de bens e servizos que funcione conforme os principios dunha economía de mercado aberta e sostible, é o fundamento do Dereito da competencia da UE.

O Dereito de defensa da competencia español encontra o seu principal fundamento constitucional no art. 38 CE, que dispón: “Recoñécese a liberdade de empresa no marco da economía de mercado. Os poderes públicos garanten e protexen o seu exercicio e a defensa da produtividade, de acordo coas esixencias da economía xeral e, cando corresponda, da planificación”. Como ten sinalado o prof. Gómez Segade (“Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: Especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise”, en Vázquez Pena, M. J., *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Tirant lo Blanch, 2013, páxs. 18-19), esta norma constitucional é insólita no panorama do Dereito comparado, sendo, ademais, innecesaria porque “a protección xurídica da competencia no marco constitucional podería deducirse do xogo combinado dos artigos 9.2, 10, 14 e 33 da CE”.

Non obstante, pese a que todos estes preceptos están encadrados dentro do Capítulo Segundo do Título Primeiro da Constitución, relativo aos Dereitos e Liberdades dos cidadáns, o Tribunal Constitucional entende a liberdade de empresa (e a liberdade de competencia como a principal manifestación do exercicio da liberdade de empresa), máis que coma un dereito subxectivo ou liberdade individual, como unha garantía constitucional do sistema de economía de mercado (ECLI:ES:TC:1993:225). Neste senso, tamén o Tribunal Constitucional ten afirmado que “O recoñecemento da economía de mercado pola Constitución, como marco obrigado da liberdade de empresa, e o compromiso de protexer o exercicio desta —art. 38, inciso segundo— por parte dos poderes públicos supón a necesidade dunha actuación especificamente encamiñada a defender tales obxectivos constitucionais. E unha das actuacións que poden resultar necesarias é a consistente en evitar aquelas prácticas que poidan afectar ou danar seriamente a un elemento tan decisivo na economía de mercado como é a concorrencia entre empresas, aparecendo así a defensa da competencia como unha necesaria defensa, e non como unha restrición, da liberdade de empre-

sa e da economía de mercado, que se verían ameazadas polo xogo incontrolado das tendencias naturais deste” (ECLI:ES:TC:1986:88). En definitiva, acudindo de novo ao mestre Garrigues (páx. 14), as leis de defensa da competencia son unha “solución homeopática” ao problema das restricións á liberdade de competencia, “Pues si *similia similibus curantur*, es claro que el daño causado a la competencia por las restricciones nacidas de los contratos podrá sancionarse imponiendo limitaciones a esos contratos”.

2 Marco normativo: Dereito da Unión Europea e Dereitos nacionais da competencia

En tódolos Estados membros da UE existe unha Lei nacional de competencia (en España, a LDC). Ademais, a UE dispón dunhas regras de competencia propias (arts. 101 a 109 TFUE e as disposicións de Dereito derivado), que son de aplicación directa nos Estados membros da UE. A existencia dun Dereito da competencia da UE xustifícase na necesidade de garantir a consecución do principal obxectivo da UE: a integración dos mercados nacionais nun mercado único interior. Ante a ausencia dun Dereito mercantil da UE que garanta a unidade do mercado interior europeo, esta aséntase nas regras de competencia e nas liberdades de circulación e establecemento dentro da UE establecidas actualmente no TFUE. Por iso é que o Dereito da competencia da UE, ademais do obxectivo de garantir a existencia dunha competencia efectiva, ten ese segundo obxectivo de preservar a unidade do mercado interior europeo, que a nivel de cada Estado membro está garantido pola existencia dun único Dereito mercantil, en tanto que Dereito privado regulador do mercado (art. 149.1.6ª CE).

Así pois, en tódolos Estados da UE aplícanse dous dereitos ou ordenamentos de competencia: o Dereito da competencia da UE e o Dereito da competencia nacional ou interno do Estado, de forma que unha mesma conduta restritiva da competencia pode resultar prohibida tanto polo Dereito da UE como polo Dereito nacional.

Isto é así porque os requisitos de aplicación das regras de competencia da UE son: 1) que a conduta afecte ou poida afectar aos intercambios comerciais entre dous ou máis Estados membros (intercambios intracomunitarios), e 2) que esa conduta restrinxa ou poida restrinxir a competencia en todo ou en parte do mercado interior da UE. En tanto que o Dereito nacional (no caso de España, a LDC) se aplica 1) ás condutas empresariais que restrinxan ou poidan restrinxir a competencia, e 2) en todo ou en parte do mercado español, que forma parte do mercado interior europeo.

As normas básicas deste Dereito de defensa da competencia son as seguintes:

1 Dereito da competencia da UE:

- Arts. 101 a 109 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE)
- Regulamento CE 1/2003, de aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE
- Regulamentos de exención por categorías

- Regulamento CE 139/2004, sobre o control das concentracións económicas
- Regulamento UE 651/2014 polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 TFUE
- Directrices e Comunicacóns da Comisión Europea

2 Dereito español da competencia:

- Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC)
- Lei 3/2013, de 4 de xuño, de creación da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC)
- Lei 1/2002, de 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e das Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia
- Regulamento de Defensa da Competencia de 2008 (RD 261/2008)
- Real Decreto 2295/2004, de 10 de decembro, relativo á aplicación en España das normas comunitarias de competencia
- Comunicacóns da Autoridade Española de Competencia

Estas disposicións normativas e de *soft law*, europeas e españolas, deseñan un Dereito da competencia relativamente uniforme, xa que o efecto directo que ten o Dereito da competencia da UE en todo o mercado interior europeo, e a obriga que teñen os Estados da UE de garantir a súa aplicación efectiva e uniforme en todo o mercado interior, ten producido, na práctica, que os dereitos nacionais de competencia “sigan ou imiten” o Dereito da UE, como, en efecto, fai a LDC.

Esta relativa uniformidade podemos apreciala nunha sinxela comparativa das condutas prohibidas:

Dereito da competencia da UE	Dereito español da competencia
1 Prohibición dos acordos entre empresas aptos para restrinxir a competencia efectiva no mercado interior europeo.	1 Prohibición dos acordos entre empresas aptos para restrinxir a competencia efectiva no mercado español.
2 Prohibición da explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio no mercado interior europeo.	2 Prohibición da explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio no mercado español.
3 Prohibición das operacións de concentración económica que permitan obstaculizar o mantemento dunha competencia efectiva no mercado interior europeo.	3 Prohibición das operacións de concentración económica que permitan obstaculizar o mantemento dunha competencia efectiva no mercado español.
4 Prohibición das axudas de Estado ás empresas aptas para restrinxir a competencia efectiva no mercado interior europeo.	4 Prohibición dos actos de competencia desleal aptos para restrinxir a competencia efectiva no mercado español.

3 Obxectivos e ben xurídico protexido polo Dereito da competencia

Os obxectivos do Dereito de defensa da competencia son unha das cuestións máis discutidas na doutrina, particularmente no ámbito da UE, onde ás regras de competencia do TFUE impútanselle como obxectivos tanto o mantemento dunha competencia efectiva nos mercados como a consecución e mantemento da unidade do mercado interior da UE. No ámbito nacional, na medida en que a unidade do mercado está garantida polo marco constitucional e pola atribución ao Estado da competencia exclusiva na materia de lexislación mercantil en sentido amplo —como Dereito privado regulador do mercado—, non parece necesario atribuír ao Dereito de defensa da competencia ese segundo obxectivo.

Existe maior unanimidade na doutrina sobre cal é o ben xurídico protexido: a libre competencia como institución nuclear ou garantía constitucional da economía de mercado, na medida en que a competencia efectiva en cada mercado de bens e servizos é a que disciplina o comportamento das empresas e reasigna os recursos produtivos a favor dos operadores e as técnicas máis eficientes. A competencia, entendida como loita polo cliente, esixe que cada empresa determine de forma autónoma o seu comportamento no mercado, o que motiva a prohibición de toda conduta concertada que teña por obxecto ou efecto limitar o nivel de competencia necesario no mercado considerado, para que aquela estenda os seus efectos benéficos sobre os consumidores, na forma de mellores bens e servizos a mellores prezos e condicións de prestación.

Por outra banda, cando unha empresa goza de poder de mercado, no sentido de autonomía relativa de comportamento, recae sobre tal empresa dominante unha especial responsabilidade en orde a non debilitar/obstruír de forma inxustificada a presión competitiva —real ou potencial— que permite a súa situación de dominio ou a situación de dependencia na que se atopen os seus clientes. É dicir, tamén na prohibición de abuso da posición de dominio, como na prohibición doutras condutas unilaterais anticompetitivas, o ben xurídico protexido é a competencia efectiva, actual ou potencial.

Cuestión distinta é determinar ou fixar en beneficio de quen se protexe a competencia efectiva a través dos ilícitos *antitrust*; é dicir, os intereses que ten que ter en conta o intérprete e aplicador das cláusulas xerais prohibitivas do Dereito de defensa da competencia.

A este respecto, consideramos que o ben xurídico obxecto de protección polo Dereito de defensa da competencia ou Dereito *antitrust* é e debe ser o mesmo na aplicación pública (polas autoridades administrativas de competencia) e na aplicación privada (polos xuíces e tribunais), e que tal ben xurídico —a institución da competencia efectiva— protéxese en interese de tódolos que participan no mercado, dende o lado da oferta e da demanda, razón pola que a aplicación pública e privada do ilícito anticon-

correncial ten que ser homoxénea. E porque debe ser así, por exemplo, en materia de accións de danos derivados dunha infracción constatada pola AdC nacional (*follow-on actions* ou accións consecutivas), os tribunais nacionais atópanse vinculados por esa previa decisión de infracción (art. 76 LDC).

25

Por conseguinte, os ilícitos *antitrust* protexen a competencia efectiva en interese de cantos participan no mercado (competidores, clientes e consumidores), pero, particularmente, en beneficio ou interese do benestar do conxunto da sociedade. Se o Dereito de defensa da competencia protexese esta institución exclusivamente en beneficio dos consumidores e usuarios, a análise *antitrust* debería estar guiada sempre e exclusivamente pola eficiencia económica. Mais a existencia de condutas exentas da prohibición de colusión de acordo con criterios legais, entre os que figuran factores non económicos (arts. 101.3 TFUE e 1.3 LDC), pon de relevo que o benestar do consumidor como interese protexido non é un fin en si mesmo, senón que o Dereito de defensa da competencia protexe a súa liberdade de elección —a súa función de árbitro/xuíz do mercado— en tanto que *conditio sine qua non* para que o proceso competitivo poida incrementar o benestar do conxunto da sociedade, ben xurídico que xustifica a constitucionalización da economía de mercado (art. 38 CE).

O Dereito de defensa da competencia e o Dereito contra a competencia desleal teñen o mesmo obxectivo: tutelar a existencia dunha competencia eficiente nos mercados de bens e servizos en interese de tódolos participantes nos mesmos e do interese xeral. A diferenza radica en que o Dereito de defensa da competencia ou Dereito *antitrust* protexe a competencia económica de forma directa en beneficio do interese xeral, e só de forma indirecta en interese dos competidores e dos consumidores; é dicir, protexe a rivalidade competitiva en tanto que institución xurídica necesaria para garantir o sistema de economía de mercado proclamado pola Constitución española e polos Tratados da UE, sendo esta a razón pola que a súa defensa está prioritariamente encomendada a Autoridades administrativas independentes, especializadas e dotadas da potestade de restrinxir liberdades e dereitos fundamentais dos operadores económicos. Pola contra, o Dereito da competencia desleal presupón a existencia de libre competencia no mercado e procura que esa liberdade para rivalizar polos clientes respecte un determinado patrón ou estándar de conduta: a boa fe obxectiva (art. 4.1 LCD). Dito con outras palabras, o Dereito contra a competencia desleal protexe o dereito subxectivo dos operadores económicos a competir de forma leal, honesta, e faino en interese de tódolos que participan no mercado, mesmo se o acto de competencia desleal non afecta ao nivel de competencia —como institución— necesario para que espalle os seus efectos beneficiosos —en termos de prezo, cantidade e calidade— sobre o benestar dos consumidores e do conxunto da sociedade.

4 O sistema de defensa da competencia

26

4.1 Sistema de control *ex post* para os acordos colusorios e as condutas unilaterais abusivas

No ámbito tanto do Dereito da UE como do Dereito nacional da competencia non existe a posibilidade de que as empresas poidan solicitar da Autoridade da Competencia (AdC) a súa opinión sobre a compatibilidade dunha conduta coas prohibicións *antitrust*. Polo tanto, recae sobre as empresas a carga de autoavaliar a conformidade das súas condutas coa prohibición de acordos colusorios (arts. 1 LDC e 101 TFUE) e de abuso de posición de dominio (arts. 2 LDC e 102 TFUE). Ademais, en España, as empresas tamén deben ter en conta que determinados actos de competencia desleal poden constituír un ilícito *antitrust* do art. 3 LDC.

Este sistema de autoavaliación implica que as empresas teñen que executar os acordos que alcancen con outras empresas e adoptar condutas unilaterais sendo conscientes de que, en calquera momento posterior dentro do prazo de prescrición (art. 68.1 LDC), a AdC pode abrir un expediente sancionador e impor á empresa ou empresas infractoras unha multa (ademais de ordenar o cesamento e outros remedios), se considera que tal conduta infrinxe algunha das prohibicións de condutas restritivas da LDC ou do TFUE. Unha declaración de práctica prohibida que tamén pode realizar, previa demanda e en primeira instancia, o xuíz do Mercantil competente, que, aínda que non pode impor sancións económicas, si ten competencia para condenar a empresa infractora a indemnizar os danos e prexuízos causados pola conduta anticompetitiva prohibida (arts. 71 e ss. LDC).

Este sistema de autoavaliación con control *ex post* pola AdC crea certa inseguridade xurídica para as empresas, particularmente porque as prohibicións *antitrust* se asentan en cláusulas xerais construídas sobre conceptos tomados da economía, que admiten e son obxecto dunha interpretación flexible e finalista, de modo que, en determinadas circunstancias (particularmente, cando se trate dunha conduta nova), pode non ser sinxelo determinar *ex ante* se resulta prohibida polo Dereito da competencia. Para mitigar esta inseguridade xurídica, no ámbito da UE e na súa condición de AdC, a Comisión Europea ten publicado un conxunto de normas e directrices interpretativas nas que se codifica a práctica da propia Comisión Europea como a doutrina do TXUE. Normativa e doutrina europea que é aplicada polas Autoridades Nacionais da Competencia (ANC) e polos tribunais nacionais dos Estados da UE nos asuntos nos que se aplican tanto os arts. 101 e 102 TFUE como tamén o Dereito nacional da competencia.

Como xa comentamos máis arriba, os acordos colusorios e os abusos de posición de dominio que: 1) afecten ou poidan afectar aos intercambios comerciais no mercado interior e 2) restrinxan ou poidan restrinxir a competencia en todo ou en parte

do mercado español, quedan sometidos a unha dobre prohibición. Por unha banda, á prohibición de acordos colutorios e de abuso de posición de dominio do TFUE (arts. 101 e 102, respectivamente) e, por outra, ás idénticas prohibicións de acordos colutorios e de abuso de posición de dominio dos arts. 1 e 2 LDC, respectivamente. Tal sería o caso, por exemplo, dun acordo entre os principais fabricantes de automóbiles para fixar determinadas condicións comerciais (prezos, descontos, garantías...) respecto dos vehículos vendidos no territorio español.

Esta situación coñécese como a regra da “dobre barreira”, no senso de que unha conduta restritiva só será lícita para o Dereito da competencia se supera o control de licitude do Dereito da UE e do Dereito nacional.

Co obxecto de garantir a efectividade do Dereito da competencia da UE en todo o mercado interior, as ANC e os xuíces nacionais están obrigados a aplicar os arts. 101 e 102 TFUE (ademais do Dereito nacional) se consideran que a conduta restritiva afecta ou pode afectar aos intercambios comerciais intracomunitarios (art. 3.1 Regulamento CE 1/2003).

Ese mesmo obxectivo de garantir unha aplicación efectiva dos arts. 101 e 102 TFUE en todo o mercado interior europeo uniforme (principios de efectividade e equivalencia), implica ademais que:

1. As ANC e os tribunais nacionais están obrigados a non prohibir en aplicación do Dereito nacional da competencia unha conduta que non está prohibida por tales preceptos do TFUE (art. 3.2 Regulamento CE 1/2003)
2. Os proxectos de resolución dunha ANC nos que se aplique o art. 101 ou o art. 102 TFUE deben ser comunicados á Comisión Europea, que poderá presentar alegacións (art. 11.4 Regulamento CE 1/2003)
3. A incoación pola Comisión Europea dun expediente sancionador por infracción do art. 101 ou 102 TFUE priva as ANC de competencia para abrir ou continuar un expediente sancionador fronte á mesma conduta (art. 11.6 Regulamento CE 1/2003).
4. Unha ANC ou tribunal nacional non pode ditar unha resolución/sentenza respecto dunha conduta que resulte incompatible cunha previa Decisión da Comisión Europea.

4.2 Sistema de control *ex ante* para as concentracións de empresas e para as axudas públicas a empresas

No caso de que dous ou máis empresas tomen a decisión de concentrarse (p. ex., acordando a súa fusión) antes de executar tal operación e sempre que se cumpran uns determinados requisitos, as empresas deben notificar a concentración á AdC

competente, ao obxecto de que esta a autorice ou prohiba, no caso de que considere que reforzaría o poder de mercado da empresa resultante en tal grao que lle sería posible obstaculizar a competencia efectiva no mercado no que opere. Se as empresas executan a operación antes de ser autorizada, veranse expostas a ser multadas pola AdC e, no seu caso, sancionadas coa desconcentración.

De igual modo, se un Estado membro pretende conceder algún tipo de axuda pública (entendida esta como todo auxilio con cargo a fondos públicos) a unha ou varias empresas, antes de conceder tal axuda debe notificar o proxecto de axuda á Comisión Europea, que poderá autorizala ou declárala incompatible co TFUE se non cumpre os requisitos do art. 107 TFUE. A non notificación da axuda á Comisión Europea, existindo a obriga de notificación (algunhas axudas non están sometidas a esa obriga), determina a súa ilegalidade e, no seu caso, a obriga para o Estado de recuperar o importe da axuda concedida.

4.3 Autoridades de competencia e tribunais: sistemas de aplicación

Ocupámonos aquí de coñecer como se reparten as competencias executivas ou de aplicación do Dereito de defensa da competencia entre a Comisión Europea, o TXUE, as ANC e os tribunais nacionais. A estes efectos debemos distinguir entre as condutas restritivas sometidas a control *ex post* e as sometidas a control *ex ante*.

- a) En primeiro lugar, a Comisión Europea, a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) e os Xulgados do Mercantil son competentes para coñecer das condutas colusorias e de posición de dominio que xeren efectos restritivos en todo ou en parte do mercado español e afecten aos intercambios comerciais intracomunitarios; é dicir, das condutas prohibidas polo TFUE e a LDC.

As decisións da Comisión Europea de aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE son recorribles ante o Tribunal de Xustiza; en primeira instancia, ante o Tribunal Xeral e en casación, ante o Pleno do TXUE.

As resolucións da CNMC, ditadas en aplicación dos arts. 1, 2 e 3 LDC e dos arts. 101 e 102 TFUE, son recorribles ante a Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional e, no seu caso, en casación perante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo.

Os xuíces do Mercantil son competentes en primeira instancia para aplicar os arts. 1 e 2 LDC e os arts. 101 e 102 TFUE. As súas sentenzas son apelables ante a Sala do Civil da Audiencia Provincial correspondente, e as da Audiencia, no seu caso, en casación perante a Sala do Civil do Tribunal Supremo.

Convén advertir que os xuíces do Mercantil non son competentes para aplicar o art. 3 LDC. Como veremos *infra* noutra lección, o art. 3 LDC permite só ás autoridades administrativas de competencia perseguir actos de competencia desleal que poidan restrinxir a competencia efectiva. Os xuíces do Mercantil si son competentes para coñecer desas condutas en tanto que actos de competencia desleal, é dicir, nun procedemento mercantil no que se exercite unha acción declarativa da deslealdade da conduta infractora.

Como se pode apreciar, estamos ante un sistema de competencias compartidas e paralelas para a aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE e, no seu caso, dos arts. 1 e 2 LDC. É dicir, a competencia da Comisión Europea para aplicar algún deses dous artigos do TFUE a unha conduta anticompetitiva non exclúe a competencia da ANC (en España, da CNMC) e do Tribunal nacional en cuxo territorio tal conduta cause efectos restritivos. Polo tanto, é factible que unha mesma conduta restritiva sexa declarada ilícita por máis dunha ANC e/ou dun tribunal nacional de xustiza.

Resulta evidente que este sistema de aplicación compartida ou de competencias paralelas causa un evidente risco de resolucións non uniformes, mesmo contraditorias, así como a infracción do principio xeral do Dereito sancionador que proscribe a dobre sanción por unha mesma conduta (*non bis in idem*). Para minorar este risco, aplícanse algunhas regras comunitarias (véxase *supra* punto 3.1) que tratan de garantir a aplicación efectiva e a uniformidade na aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE en todo o mercado interior. Ademais, co obxecto de evitar que unha conduta que afecte a un número elevado de Estados membros poida ser investigada por tódalas ANC, creouse a doutrina da autoridade “mellor situada ou posicionada”, desenvolvida na Comunicación da Comisión Europea sobre a Cooperación na Rede de Autoridades de Competencia de 2004 (DOUE C 101/43). Conforme esta doutrina, unha ANC estará ben situada para aplicar o art. 101 ou o art. 102 TFUE cando: (1) a práctica teña efectos reais e directos sobre a competencia no seu territorio; (2) a ANC poida pór efectivamente fin á infracción; (3) a ANC poida reunir as probas requiridas para probar a infracción (ECLI:EU:T:2022:67).

Mais como é factible que bastantes ANC cumpran estes requisitos en relación cunha concreta conduta, considérase que a Comisión Europea será a autoridade mellor posicionada cando: (1) a conduta teña efectos restritivos substanciais en máis de tres Estados da UE; (2) a conduta estea ligada a unha disposición comunitaria cuxa aplicación sexa da súa competencia exclusiva; (3) a aplicación por parte da Comisión supoña unha maior eficacia; (4) a conduta sexa un problema de competencia novo que requira o desenvolvemento dunha política comunitaria.

- b) En segundo lugar, a CNMC ou unha Autoridade Autonómica de Competencia (AAC) son competentes para aplicar os arts 1, 2 e 3 LDC en relación coas condutas colusorias, de abuso de posición de dominio e de competencia desleal restritivas da competencia que non afecten ou poidan afectar aos intercambios comerciais intracomunitarios, e limiten a competencia en todo ou parte do mercado nacional.

Aínda que se analizará con maior detalle *infra* no epígrafe 2 da lección 10, anticipamos aquí que cando os efectos restritivos dunha conduta teñen lugar de forma apreciable nun “ámbito supraautonómico” será competente para a súa persecución e sanción a CNMC. Pola contra, cando o efecto restritivo da conduta ten un “ámbito infraautonómico” (p. ex., a Comunidade Autónoma de Galiza), a competencia executiva corresponderalle á AAC (p. ex., á Comisión Galega da Competencia). A decisión dunha AAC é recorrible ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Autónoma correspondente, en tanto que as resolucións da CNMC o son en apelación ante a Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional e, no seu caso, en casación ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo.

É importante resaltar que, como se acaba de sinalar, as AAC non son competentes para aplicar os arts. 101 e 102 TFUE, xa que só a CNMC ten a condición de ANC para aplicar en España eses preceptos do TFUE (art. 5.1.f) LCNMC). Igualmente, temos que subliñar que, a diferenza do sistema de aplicación dos citados arts. 101 e 102 TFUE, se a CNMC é competente para aplicar os arts. 1, 2 ou 3 LDC non o será ningunha AAC, e viceversa. Polo tanto, estamos ante un sistema de aplicación de competencias excluínte, fronte ao sistema de aplicación compartida dos arts. 101 e 102 TFUE.

- c) En terceiro lugar, en relación coas operacións de concentración e as axudas públicas a empresas, o sistema de aplicación responde ao principio de “portelo único”.

O sistema de control destas condutas e medidas é analizado con máis detalle nas leccións 6 e 7, pero convén adiantar que, en materia de control de concentracións, se a Comisión Europea é a AdC competente para autorizar ou prohibir a operación, non o será ningunha ANC. Polo tanto, nesta materia aplícase un sistema de competencias excluíntes, en función de se a concentración notificada é de “dimensión comunitaria/europea” (art. 1 Regulamento CE 139/2004 ou Regulamento de control de concentracións), ou ben de “dimensión nacional” (art. 8 LDC). En consecuencia e con carácter xeral, se unha operación de concentración entra dentro do concepto de dimensión europea, só a Comisión Europea é competente para autorizala ou prohibila,

sendo a súa decisión recorrible ante o TXUE. Pola contra, se a concentración non ten dimensión europea, será competente a ANC do Estado ou Estados da UE nos que a concentración poida producir efectos restritivos, podendo resultar prohibida nun Estado e autorizada noutro en función do poder de mercado que a empresa teña nos distintos Estados ou mercados rexionais.

31

En España, as Comunidades Autónomas carecen de competencias executivas en materia de control de concentracións (art. 1.5 Lei de Coordinación).

Por último, en materia de control das axudas públicas ou de Estado a empresas, a Comisión Europea, baixo o control do TXUE, é a única AdC competente dentro do mercado interior. Como regra xeral, todo proxecto de axuda pública ten que ser notificado á Comisión, pois ela ten a competencia exclusiva para aplicar o art. 107 TFUE, que declara incompatible e prohibida a axuda pública que, afectando aos intercambios comerciais intracomunitarios, restrinxa ou falsee a competencia en todo ou en parte do mercado interior. Non existe unha prohibición similar no Dereito español da competencia.

Lección 02

Conceptos fundamentais do Dereito de defensa da competencia

33

INDICE: 1. Natureza, finalidade e ámbito de aplicación; 2. Empresa; 3. Mercado relevante; 4. Poder de mercado; 5. Restrición da competencia; 5.1. O concepto de competencia; 5.2. Restricións por obxecto e restricións por efecto; 5.3. Restrición intramarca e restrición intermarca; 5.4. Restricións horizontais e verticais; 5.4.1. Restricións horizontais; 5.4.2. Restricións verticais.

1 Natureza, finalidade e ámbito de aplicación

As prohibicións ou ilícitos *antitrust* utilizan unha serie de termos non xurídicos, traídos da ciencia económica, que teñen por obxecto dar ás cláusulas xerais prohibitivas a amplitude e flexibilidade necesaria para alcanzar o obxectivo de someter ao seu ámbito de aplicación calquera conduta que sexa apta para restrinxir a libre competencia nos mercados de bens e servizos. Quizais, por iso, tales conceptos non foron definidos polo lexislador —comunitario ou nacional— senón que, nunha sorte de delegación normativa permanente a favor do intérprete da norma, tal función correspondeulles ás autoridades de competencia e aos tribunais que revisan as súas decisións.

No ámbito do Dereito da competencia da UE esa función está atribuída á Comisión Europea e ao TXUE, que teñen subliñado que se trata de conceptos propios e autónomos do Dereito da competencia da UE, definidos dende unha perspectiva funcional. Non obstante, a necesidade de garantir unha aplicación efectiva e uniforme do Dereito da competencia da UE en todo o mercado interior da Unión ten conducido a que autoridades de competencia e tribunais nacionais tamén utilicen estes mesmos conceptos do Dereito da UE ao aplicar o seu Dereito nacional de defensa da competencia.

Estes conceptos son de aplicación na análise tanto das condutas prohibidas —acordos colusorios, abusos da posición de dominio e actos de competencia desleal— como das condutas sometidas a control previo pola autoridade de competencia: operacións de concentración económica e axudas públicas a empresas. De igual xeito, son conceptos que se utilizan tanto nos procedementos administrativos de competencia como nos procedementos xurisdiccionais de aplicación das normas de defensa da competencia.

2 Empresa

O ámbito subxectivo de aplicación do Dereito de defensa da competencia está delimitado polo concepto de empresa, que ten un significado moito máis amplo e flexible —mesmo nihilista— que o que se utiliza noutros sectores ou ramas do Dereito mercantil, como poden ser o Dereito de sociedades ou o Dereito do mercado de valores.

Como xa temos afirmado, trátase dun concepto propio e autónomo do Dereito *antitrust*, que ten natureza funcional e bebe da realidade económica antes que das estruturas xurídicas, co obxecto de que as prohibicións de competencia alcancen todo tipo de condutas aptas para restrinxir a competencia efectiva no mercado; é dicir, coa finalidade de que as prohibicións *antitrust* sexan efectivas.

Así, conforme a xurisprudencia do TXUE, considérase empresa a toda entidade, calquera que sexa a súa natureza xurídica e o seu sistema de financiamento, que exerza, en relación co caso en concreto, unha actividade económica. En definitiva, o concepto de empresa non é equiparable ao de empresario senón ao de operador económico, cuxo ámbito está determinado polo feito de realizar —de forma ocasional ou organizada— unha actividade de orde económica; é dicir, unha actividade consistente na oferta ou demanda de bens ou servizos para o mercado ou con incidencia no mercado. Seguindo esta xurisprudencia, no número 1 da Disposición adicional terceira da LDC, dispónse que, aos efectos desta Lei, enténdese por empresa “calquera persoa ou entidade que exerza unha actividade económica, con independencia do estatuto xurídico da devandita entidade e do seu modo de financiamento”. Neste senso, funcionarios públicos (Expte. CNC S/0424/12, Notaría Ceuta), sindicatos (ECLI: ES:TS:2016:1069), entidades sen ánimo de lucro ou financiadas con cargo a fondos públicos (Expte. CNC S/235/10, Convenios FEMP-Consellos Superiores de Colexios) e a propia Administración Pública (ECLI: ES:TS:2013:3139) teñen sido consideradas empresa aos efectos dos arts. 101 TFUE e 1 LDC, na medida en que, en relación coa concreta conduta imputada realizaron unha actividade económica ou, incluso, unha actividade que sen ter tal natureza contribuía a alterar o funcionamento eficiente do proceso produtivo (Expte. CNC S/0293/10, Transcont).

Doutra banda, o concepto de empresa non se identifica co de persoa física ou xurídica. Para o Dereito de defensa da competencia dúas ou máis sociedades ou persoas

poden constituír unha única empresa ou unidade económica, sempre que todas elas estean sometidas a unha mesma ou única fonte de control. Por exemplo, a sociedade matriz e as sociedades filiais integradas nun mesmo grupo de empresas son, para o Dereito da competencia, unha única empresa ou unidade económica. Igual sucede cando dous ou máis sociedades xuridicamente independentes están sometidas —*de iure* ou *de facto*— a unha mesma fonte de control; por exemplo, por compartir capital social ou membros do órgano de administración, debido á existencia dun contrato de duración indefinida ou de longa duración que as une; ou por calquera outra causa de feito (Expte. CNMC S/0428/12 Palés).

En conclusión, para o Dereito de defensa da competencia, o concepto de empresa equivale, por unha banda, ao de operador económico e, por outra, ao de unidade económica. Concepto de empresa que se aplica tanto no ámbito da aplicación pública do Dereito da competencia como cando é aplicado polos xuíces en materia de accións de indemnización de danos derivados de ilícitos *antitrust* (ECLI:EU:C:2021:800).

3 Mercado relevante

Na medida en que as condutas empresarias e as axudas públicas a empresas só quedan sometidas ás obrigas establecidas polo Dereito de defensa da competencia se teñen por obxecto, producen ou poden producir o efecto de restrinxir a competencia nun determinado mercado de bens ou servizos, a delimitación do mercado relevante, no que poder apreciar e valorar o eventual impacto anticompetitivo, constitúe un paso necesario na análise *antitrust* das distintas condutas e medidas sometidas ao control das autoridades de competencia e dos tribunais.

Con todo, a precisión ou detalle co que se ten que delimitar o mercado relevante é máis esixente nunhas condutas anticompetitivas que noutras. Así, é imprescindible nas operacións de concentración de empresas, nas condutas de abuso de posición de dominio, e tamén nas condutas concertadas que, sen ter un obxecto anticompetitivo, producen ou poden producir tal efecto. Pola contra, as AdC non precisan realizar unha delimitación exacta do mercado relevante para establecer a natureza restritiva e ilícita dos acordos colusorios especialmente graves, como, por exemplo, os cárteles. Pero tanto nos expedientes por infraccións de competencia por obxecto como nos incoados polas restantes condutas prohibidas ou sometidas a control si será preciso, con carácter xeral, definir o “mercado afectado” ou mercado de produto e xeográfico no que a conduta infractora teña producido ou sexa susceptible de producir efectos sobre as condicións de competencia efectiva, xa que se trata dun dos criterios que establece o art. 64.1 LDC para determinar o importe da multa sancionadora.

Non existe un concepto legal de mercado relevante —tamén chamado mercado de referencia, considerado ou concernido—, pero o TXUE ten afirmado que o concepto

de mercado relevante “implica que poida existir unha competencia efectiva entre os produtos que forman parte do mesmo, o que supón un grado suficiente de intercambiabilidade, en canto ao mesmo uso, entre tódolos produtos que forman parte dun mesmo mercado” (ECLI:EU:C:1979:36, Hoffmann-La Roche). En consecuencia, a delimitación do mercado en cada caso varía segundo sexa a natureza da conduta, as características do produto ou servizo, e a estrutura e dimensión das empresas participantes ou infractoras. Consonte a xurisprudencia do TXUE, compendiada na Comunicación da Comisión relativa á definición de mercado de referencia a efectos da normativa comunitaria en materia de competencia (DOUE 97/C 372/03), o mercado ten que ser delimitado, polo menos, dende unha dobre perspectiva. Esta Comunicación está en proceso de actualización, particularmente no que fai aos mercados dixitais, xa que a Comisión parece constatar que non está a proporcionar unha guía adecuada para delimitar este tipo de mercados, onde a innovación é un factor esencial que altera a gran velocidade as relacións de intercambio entre os bens e servizos dende a perspectiva do consumidor; a posesión e acceso ao *big data* pode constituír unha barreira de entrada aos mercados moi relevante; e o feito de que sexan mercados operados por plataformas de dobre cara determina que existan dous tipos de demanda diferentes pero interdependentes: as empresas que demandan presenza remunerada na plataforma para ofertar bens e servizos, e os consumidores que utilizan gratuitamente os servizos da plataforma para contratar os bens e servizos ofertados por aqueles e, incluso, pola propia plataforma (Commission staff working document evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, SWD/2021/0199 final).

En primeiro termo, a delimitación do mercado débese realizar dende o punto de vista do produto ou servizo, co propósito de establecer se o produto ou servizo producido e/ou comercializado pola empresa ou empresas investigadas integra un mercado ou, pola contra, forma parte dun mercado máis amplo con outros produtos ou servizos. Con este obxecto tense que analizar se o produto ou o servizo producido ou comercializado pola empresa investigada ten substitutivos no mercado, sobre todo dende o punto de vista da demanda, pero tamén da oferta. Esta substitución entre produtos ou servizos non depende, necesariamente, das características técnicas ou da funcionalidade dos produtos, senón de se son percibidos polos usuarios / clientes como substitutivos en atención ao prezo, calidade, función, características, etc. Por exemplo, é aceptado que os vehículos utilitarios e os de alta gama non conforman un mesmo mercado de produto dende o punto de vista do usuario final, debido a que os potenciais demandantes non os perciben —por razón do prezo, imaxe de marca, etc.— como substitutivos. Outro exemplo, en función da natureza do cliente ou do comprador, os vasos de plástico e os de cristal poden non conformar un mesmo mercado de produto. En definitiva, o mercado de produto de referencia é definido na Comunicación antes citada como aquel que “comprende a totalidade dos produtos e

servizos que os consumidores consideren intercambiabes ou substituíbles en razón das súas características, o seu prezo ou o uso que se prevé facer deles”.

En segundo lugar, o mercado tamén se debe delimitar dende unha perspectiva xeográfica, considerando a Comisión Europea que o mercado xeográfico relevante “comprende a zona na que as empresas afectadas desenvolven actividades de subministro dos produtos e de prestación dos servizos de referencia, na que as condicións de competencia son suficientemente homoxéneas e que pode distinguirse doutras zonas xeográficas próximas debido, en particular, a que as condicións de competencia nela prevalecentes son sensiblemente distintas a aquelas”. Así pois, en cada caso será preciso delimitar o espazo territorial onde as condicións de competencia son homoxéneas ou suficientemente homoxéneas, co fin de observar as tensións competitivas ás que está exposta a empresa ou empresas obxecto de investigación. Neste labor débense observar factores como a natureza do produto ou servizo, a existencia de barreiras de entrada ao mercado —regulatorias, económicas ou xeográficas—, a influencia do custo do transporte sobre o prezo final de produto, etc. Así, por exemplo, o mercado de produción e comercialización de formigón adoita ser de carácter local, tanto por razón da curta duración do produto unha vez elaborado como polo elevado do custo do transporte sobre o prezo final. Así mesmo, a existencia para un mesmo produto ou servizo de prezos significativamente diferentes en zonas xeográficas próximas adoita ser tamén un indicador de que esas zonas conforman probablemente mercados xeográficos distintos.

Por último, en determinados mercados, en particular naqueles nos que as condicións de competencia varían considerablemente en función da época do ano (p. ex., mercados turísticos ou mercados de froita de tempada), será preciso realizar unha delimitación temporal. Así, no sector das froitas frescas, determinadas froitas non teñen presenza todo o ano en certos mercados xeográficos e, durante o período de tempo no que se poden adquirir, non concorren co mesmo tipo e cantidade de froita; en consecuencia, as cotas de mercado dos competidores varían segundo a época do ano.

Só unha vez delimitado o mercado relevante dende estas perspectivas será posible analizar se a conduta investigada ten ou pode ter efectos restritivos significativos sobre o nivel de competencia efectiva no mercado. A determinación do mercado relevante resulta necesaria para poder observar se a empresa ou empresas responsables da conduta teñen poder de mercado, pois, aínda que a aptitude restritiva da competencia pode depender doutros factores, sen poder de mercado a conduta normalmente non terá a capacidade restritiva necesaria para poder concluír que está prohibida polo Dereito de defensa da competencia.

4 Poder de mercado

38 Tendo o Dereito de defensa da competencia por obxecto protexer o proceso competitivo en beneficio do benestar do consumidor e do conxunto da sociedade, a capacidade dunha concreta conduta para afectalo depende, fundamentalmente, do poder de mercado que ostente a empresa ou empresas responsables da conduta anticompetitiva. Polo tanto, o poder de mercado é tamén un concepto fundamental no Dereito *antitrust*, de xeito que a licitude dunha conduta restritiva pode depender de se está realizada por unha empresa con ou sen poder de mercado.

Para medir o poder de mercado dunha empresa nun determinado mercado, as autoridades de competencia adoitan utilizar varios parámetros de estrutura e de conduta. Dentro dos primeiros, que son os de maior transcendencia, o máis importante é a cota de mercado da empresa investigada e dos competidores, normalmente medida en función do volume global de vendas ou de negocio, aínda que nos mercados de redes sociais e plataformas dixitais a cantidade de datos (*big data*) é tamén un factor relevante. En determinados casos, atendendo ao tipo de conduta ou á inexistencia de cotas de mercado especialmente significativas, será preciso observar outros factores como: a substitución do produto ou servizo concernido dende o punto de vista da demanda e mesmo da oferta, a existencia e importancia de barreiras de entrada ao mercado, e tamén a existencia de empresas integradas verticalmente, xa que son circunstancias que normalmente reforzan o poder de mercado da empresa.

Con todo, é necesario subliñar que determinadas condutas colusorias se consideran, sempre e en todo caso, prohibidas polo Dereito *antitrust* calquera que sexa a cota de mercado da empresa ou empresa responsables, xa que a doutrina económica mostra que non teñen outro obxectivo que restrinxir a competencia e non son aptas para xerar eficiencias relevantes. Referímonos ás denominadas condutas restritivas por obxecto, definidas pola xurisprudencia como aquelas que presentan, por si mesmas, un grao suficiente de nocividade para a competencia como para consideralas prohibidas sen necesidade de observar os seus efectos, reais ou potenciais, sobre a competencia efectiva (Asunto C-373/14 P, Toshiba, ECLI:EU:C:2016:26). Considéranse condutas restritivas polo seu obxecto, por exemplo, os acordos entre competidores relativos á fixación de prezos, a repartición de mercado ou a limitación da produción ou distribución; é dicir, os cárteles.

5 Restrición da competencia

5.1 O concepto de competencia

A teoría económica acredita que a competencia entre empresas é a forma máis eficiente de asignación dos recursos dispoñibles no mercado, na medida en que se as

empresas queren conseguir o favor dos clientes se ven obrigadas a esforzarse por ofrecer o mellor produto ou servizo ao mellor prezo.

Polo tanto, a competencia económica significa rivalidade entre empresas para satisfacer a demanda dos clientes. Esta rivalidade presupón que as empresas actúan de forma independente na procura da oferta que mellor satisfaga as necesidades dos seus clientes e/ou dos consumidores. Por conseguinte, en principio, o Dereito de defensa da competencia ten por obxecto preservar esa independencia de comportamento das empresas no que respecta á súa conduta competitiva.

Agora ben, dentro dos distintos modelos de competencia que foron teorizados pola doutrina económica (basicamente: competencia perfecta, competencia monopolística e competencia efectiva), actualmente o Dereito da competencia só prohibe as condutas aptas para restrinxir a competencia efectiva en prexuízo do benestar xeral e dos consumidores, que residiría en dispoñer de bens e servizos a menores prezos ou no aumento da oferta dispoñible en variedade e/ou calidade. Isto significa que non todo acordo entre empresas limitativo do seu comportamento no mercado resulta prohibido polo Dereito *antitrust*. Por iso pódese afirmar que o Dereito da competencia ten por obxecto preservar a independencia de comportamento das empresas no mercado, pero só na medida en que tal incerteza sobre o comportamento competitivo das empresas sexa necesaria para garantir a existencia dunha competencia efectiva no mercado relevante.

O grao de competencia/rivalidade entre as empresas necesario para que a competencia económica poida desprezar os seus efectos benéficos sobre o benestar xeral e dos consumidores é unha realidade que varía segundo as condicións que rexen en cada mercado. Dende esta perspectiva, un mercado cun só operador económico (monopolio) pode ser un mercado competitivo, a condición de que non existan barreiras de entrada que impidan ou dificulten excesivamente a entrada de novos operadores económicos. Se isto é así, ese mercado considérase un mercado competitivo porque a conduta do monopolista está disciplinada pola competencia potencial que representan os operadores económicos activos en mercados próximos ou conexos. Pola contra, un mercado con varios operadores económicos pode ser un mercado pouco ou nada competitivo, especialmente cando, por razón da natureza do produto, da simetría de poder dos operadores económicos e da existencia de barreiras de entrada, non existen incentivos a competir /rivalizar de forma efectiva. Este podería ser, por exemplo, o caso do mercado español de distribución polo miúdo de combustibles para automóviles en gasolineras.

5.2 Restricións por obxecto e restricións por efecto

Entre a conduta colusoria e a restrición da competencia debe existir unha relación causal. Pero esta relación de causalidade é alternativa, no senso de que caen baixo

o ámbito de aplicación da prohibición de colusión tanto os acordos que teñen por obxecto restrinxir a competencia efectiva ou potencial, como aqueles que, tendo (obxectivamente) outro obxectivo lícito, causan ou poden causar, polo poder de mercado das partes, polo seu contido e polo contexto económico e legal no que se producen, efectos restritivos apreciábeis sobre a competencia efectiva.

Esta distinción entre obxecto e efecto restritivo ten suma importancia na práctica, porque, acreditado pola AdC que a conduta concertada ten un grao de nocividade para a competencia suficiente para ser cualificada como unha restrición por obxecto, tal conduta considerárase incluída na prohibición sen necesidade de acreditar os efectos restritivos concretos ou reais producidos no mercado, o que só será relevante como atenuante ou agravante no momento de fixar a multa (art. 64 LDC). Por tal razón, este concepto ten que interpretarse de maneira restritiva (ECLI:EU:C:2020:265).

Enténdese por restricións da competencia por obxecto aquelas que, pola súa propia natureza e dados os obxectivos das normas de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para a competencia que non é necesario acreditar calquera efecto real no mercado. A fin de determinar se este é o obxectivo da conduta concertada valoráranse, en particular, factores como o seu contido e a finalidade que obxectivamente persegue, o contexto no que se aplica, e a conduta e comportamento efectivos das partes no mercado (ECLI:EU:C:2020:265). Igualmente, considérase que os distintos Regulamentos UE de exención por categorías e as Directrices aprobadas pola Comisión Europea ofrecen orientacións non exhaustivas do que constitúe unha restrición por obxecto. Pero, en xeral, afirmase que son restricións por obxecto aquelas que se prohiben nos Regulamentos de exención por categorías ou que se enumeran entre as restricións especialmente graves nas Directrices que os acompañan. Así, en relación cos acordos horizontais ou entre competidores, son restricións da competencia por obxecto: a fixación de prezos finais, a limitación da produción e a repartición de mercados e de clientes (denominadas *hard core restrictions*), pero tamén os intercambios de información futura non referida a prezos finais entre competidores sempre que teñan capacidade para debilitar ou suprimir a incerteza que caracteriza un mercado competitivo (ECLI:ES:TS:2021:2439). No caso dos acordos verticais ou entre non competidores, na categoría de restricións por obxecto hai que incluír, en particular, a imposición de prezos de revenda mínimos e fixos, e as restricións sobre as vendas pasivas ou non solicitadas polo comprador (véxase o art. 4 do RECAV e, en particular, os pars. 177-203 e 211-215 das Directrices relativas ás restricións verticais (DOUE 2022/C248/01), o par. 13 da Comunicación de minimis, e a sentenza ECLI:EU:T:2016:449).

En ausencia de obxecto anticompetitivo, o acordo quedará aínda suxeito á prohibición de colusión se produce ou é apto para producir ese efecto restritivo da competencia (Expte. CNMC S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA). En xeral, para que un acordo sexa restritivo polos seus efectos debe afectar sensiblemente á competencia

efectiva ou potencial, nunha medida tal que se poida prever que terá efectos negativos sobre os prezos, a produción, a innovación ou a variedade ou calidade dos produtos e servizos no mercado de referencia cun grao razoable de probabilidade. A estes efectos, será necesario definir o mercado relevante e valorar factores como: (i) a natureza dos produtos, (ii) a posición de mercado das partes, (iii) a existencia de competidores potenciais e (iv) o nivel das barreiras á entrada. Tamén é preciso ter en conta que o feito de que as partes superen os límites de cota de mercado da Comunicación de minimis ou do Regulamento UE de exención por categorías aplicable, non é por si mesmo suficiente para considerar que o acordo resulte ilícito polo seu efecto restritivo. Aínda será precisa unha avaliación individual dos efectos probables do acordo. Neste senso, cando as partes, por separado ou conxuntamente, posúen ou obteñen certo grao de poder de mercado, e o acordo contribúe de forma non insignificante á creación, mantemento ou fortalecemento de devandito poder, ou permite ás partes facer uso deste, presúmese que son probables os efectos negativos apreciábeis sobre a competencia efectiva ou potencial.

5.3 Restrición intramarca e restrición intermarca

As condutas colusorias poden afectar á “competencia intramarca ou competencia intratecnoloxías” ou/e á “competencia intermarca ou competencia intertecnoloxías”.

Como é coñecido, os ilícitos *antitrust* dos artigos 101. TFUE e 1.1 LDC condicionan a prohibición dos acordos entre empresas a que teñan por obxecto ou por efecto “impedir, restrinxir ou falsear” a competencia efectiva. En consecuencia, esta prohibición de colusión non esixe a completa eliminación da competencia no mercado considerado, abondando con que a conduta concertada obstaculice, restrinxa ou falsee significativamente as condicións necesarias para que se desenvolva unha competencia efectiva no mercado.

A efectos da prohibición, a magnitude do efecto restritivo da conduta sobre a competencia efectiva resulta indiferente, pero o alcance da infracción é un dos criterios que se ten en conta para fixar o importe das sancións (véxase no ámbito do Dereito da UE as Directrices para o cálculo das multas impostas en aplicación do artigo 23, apartado 2, letra a) do Regulamento (CE) nº. 1/2003, coñecida como Comunicación de multas; DOUE 2006/C 210/02, e tamén o art. 64 LDC).

A prohibición de colusión afecta aos acordos entre todo tipo de empresa ou operador económico a condición de que restrinxan significativamente a competencia efectiva ou potencial. Polo tanto, son ilícitos os acordos entre competidores ou acordos horizontais, denominándose cártel aos acordos entre competidores que teñen por obxecto restrinxir a competencia mediante condutas de fixación de prezos, de limitación da produción ou distribución e/ou de repartición dos mercados ou clientes (ver o concepto legal de cártel da Disposición adicional cuarta.2 da LDC). Pero tamén

están prohibidos —coa oposición de certo sector da doutrina— os acordos entre empresas que, por non estar situadas no mesmo estadio do proceso económico, non son competidores actuais ou potenciais (acordos verticais).

- 42 Para determinar se un acordo, cláusula contractual ou conduta concertada restrinxe ou non a competencia é necesario analizar: (i) o contexto económico e xurídico no que se desenvolvería a competencia de non existir a conduta supostamente restritiva e/ou (ii), tendo presente que o acordo pode ter por obxecto ou por efecto restrinxir a competencia entre as partes, a competencia de terceiros alleos ao acordo. En definitiva, é preciso valorar a repercusión que ten o acordo tanto na competencia intermarca ou intertecnoloxías (entre provedores de marcas competidoras ou entre empresas que utilizan tecnoloxías substituíbles) como na competencia intramarca ou intratecnoloxías (entre distribuidores da mesma marca ou entre empresas que usan a mesma tecnoloxía).

As empresas poden ser competidores actuais ou potenciais, e a este obxecto será tamén necesario valorar o contexto económico e xurídico no que ten lugar o acordo colutorio. Así, as partes dun acordo non se poderán considerar competidores potenciais se obxectivamente (debido aos riscos financeiros ou comerciais, ou á súa respectiva capacidade técnica) é pouco probable que cada unha delas poida realizar por si soa as actividades que son obxecto do acordo. No art. 1.1.c) RECAV, a Comisión Europea considera “competidor real” a empresa activa no mesmo mercado de referencia, e “competidor potencial” a empresa que, en ausencia dun acordo vertical, podería emprender, por razóns realistas e non segundo unha posibilidade meramente teórica, os investimentos adicionais necesarios ou sufragar outros custos de transformación necesarios para penetrar no mercado de referencia nun breve período de tempo en caso de aumento lixeiro, aínda que constante, dos prezos relativos (ver tamén o par. 90 das Directrices relativas ás restricións verticais e par. 10 das Directrices relativas ás restricións horizontais: Directrices sobre a aplicabilidade do artigo 101 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea aos acordos de cooperación horizontal, DOUE 2011/C 11/01).

Os acordos entre competidores ou acordos horizontais restrinxen a competencia intermarcas (a rivalidade, actual ou potencial, entre competidores), que é a relevante para que nun mercado exista competencia efectiva. Os acordos verticais poden restrinxir a competencia intramarca que, en ausencia do acordo, potencialmente se podería establecer entre os distribuidores cando, por exemplo, o provedor ou titular da rede de distribución restrinxida lles prohíbe tanto as vendas activas como as vendas pasivas fora do territorio ou cliente asignado en exclusiva. Pero tamén poden limitar a competencia intermarca cando, debido ao poder de mercado do provedor ou á existencia de redes paralelas similares, a rede de distribución restrinxida causa ou contribúe de forma significativa a crear un efecto de peche do mercado a terceiros competidores. Nestas situacións, considérase que non existe suficiente competen-

cia intermarca e, por iso, resulta esencial para os obxectivos do Dereito da competencia (especialmente, do obxectivo dun mercado interior europeo) a protección da competencia intramarca ou dentro da marca.

Agora ben, sería erróneo considerar que unha conduta —vertical ou horizontal— restrinxe a competencia no sentido dos arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC polo simple feito de que o acordo —vertical ou horizontal— limite a liberdade de actuación no mercado das partes; é dicir, a súa liberdade contractual. Ademais, é necesario que o acordo, obxectivamente considerado, teña aptitude para alterar significativamente as condicións en que se desenvolve a competencia efectiva no mercado relevante. Se se trata dun cártel ou outro tipo de conduta entre competidores que ten por obxecto limitar a competencia, sen dúbida que se produce ese efecto restritivo sen necesidade de acreditarlo. No caso doutro tipo de acordo entre competidores (por exemplo, acordos de especialización ou acordos de cooperación en I+D) será necesario observar se queda amparado pola regra de *minimis* ou por un Regulamento de exención. De non existir este amparo, as empresas deben situar o acordo no seu contexto económico e legal para comprobar a súa capacidade para restrinxir a competencia intermarca ou intertecnoloxías, servíndose das orientacións que lle proporcionan as Directrices horizontais. De igual forma, as empresas parte dun acordo vertical teñen que examinar os posibles efectos restritivos sobre a competencia intramarca debido ao poder de mercado do provedor, ou se, como resultado da súa contribución relevante ao efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas semellantes, o acordo pode obstaculizar a competencia intermarca (véxase par. 11 da Comunicación de *minimis* e par. 269 e ss. das Directrices relativas ás restricións verticais).

Neste sentido, o obxectivo comunitario de integración dos mercados nacionais nun único mercado interior europeo (ver par. 13 das Directrices de aplicación do art. 101.3 TFUE) pode estar distorcendo o xuízo *antitrust* que para o TXUE e a Comisión merecen as restricións verticais pactadas por empresas sen poder de mercado, e que se xustifican nunha racionalidade económica lexítima. A modo de exemplo, a presenza deste obxectivo meta-*antitrust* xustifica o tratamento restritivo que a Comisión Europea depara ás prohibicións contractuais de vendas pasivas por parte dos distribuidores integrados nunha rede de distribución restrinxida (ver art. 4.b) e c) do RECAV O art. 1.1.m) do RECAV define as vendas pasivas como: “vendas en resposta a peticións non solicitadas de clientes individuais, incluída a entrega de bens ou servizos ao cliente, sempre e cando non se teña iniciado a venda mediante a publicidade activa dirixida ao cliente, grupo de clientes ou territorio concretos, e incluíndo as vendas resultantes da participación en procedementos de contratación pública ou que respondan a invitacións privadas de licitación”.

Na medida en que ese obxectivo de integración de mercado non existe a nivel interno, quizais se podería concluir que as cláusulas contractuais de prohibición de vendas pasivas e de fixación vertical de prezos non se consideran incluídas no ámbito de

aplicación do art. 1.1 LDC, sen que tal interpretación restritiva pareza violentar o mandato que se deriva do art. 3.2 Regulamento CE 1/2003 de non prohibir en base ao dereito interno un acordo que non restrinxe a competencia no sentido do art. 101.1 TFUE, ou que restrinxíndoa cumpre as condicións de exención do art. 101.3 TFUE, ou resulta amparado por un Regulamento de exención por categorías. Pero esta non parece ser a opinión da CNMC (p. ex., Nota de prensa relativa á incoación dun expediente sancionador á ISDIN por fixación de prezos de revenda na canle online).

5.4 Restricións horizontais e verticais

5.4.1 Restricións horizontais

Estas restricións á competencia nacen de acordos cuxas partes son empresas situadas no mesmo plano ou estadio do proceso de produción ou distribución e, ademais, adoitan ser empresas competidoras actuais ou potenciais; é dicir, empresas que operan no mesmo mercado relevante de produto e xeográfico.

Cando os acordos entre competidores teñen por obxecto restrinxir a competencia, mediante a fixación dos prezos, a repartición dos mercados ou a limitación da produción ou distribución, denomínaselles cártel, constituíndo unha das infraccións máis graves do Dereito da competencia. Por iso, as Autoridades de competencia téñense dotado de programas de clemencia especificamente destinados a detectar este tipo de infraccións, que as empresas adoitan manter en segredo (fronte á autoridade, aos competidores e aos clientes) porque son coñecedoras da súa natureza sempre ilícita.

Tal e como se sinalou ao longo deste tema, as restricións horizontais son máis perniciosas para a competencia que as verticais, porque limitan a rivalidade entre competidores (a competencia intermarcas), absolutamente necesaria para que os consumidores poidan gozar de máis e mellores produtos e servizos ao mellor prezo.

Pero fóra dos cárteles e outras restricións por obxecto (intercambios de información sobre cantidades ou prezos de compra ou venda futuras), algúns acordos horizontais poden ser beneficiosos para o progreso técnico ou económico e para o benestar dos consumidores, como é o caso dos acordos entre competidores para a investigación e o desenvolvemento en común ou os acordos de especialización. As Directrices da Comisión Europea relativas ás restricións horizontais constitúen unha guía moi útil para as empresas e para as autoridades nacionais de competencia e tribunais nacionais de que tipo de acordos horizontais se poden considerar exentos da prohibición de colusión en atención ás eficiencias que poden xerar, en relación coa valoración dos efectos horizontais sobre a competencia das operacións de competencia.

5.4.2.- Restricións verticais

No art. 1.a) RECAV defínense como acordos verticais os acordos ou prácticas concertadas entre dous ou máis empresas que operen, a efectos do acordo ou da práctica concertada, en planos distintos da cadea de produción ou distribución e que se refiran ás condicións nas que as partes poden adquirir, vender o revender determinados bens ou servizos. Polo tanto, poden ser acordos entre fabricantes e almacenistas ou entre almacenistas e comerciantes polo miúdo.

As restricións verticais da competencia que se poden derivar desta categoría de acordos colusorios poden xerar diversos efectos sobre a competencia efectiva no mercado. O Dereito da competencia da UE e o nacional pretenden evitar fundamentalmente os efectos restritivos seguintes: (i) que outros fabricantes ou almacenistas competidores se poidan ver excluídos do mercado como consecuencia do acordo vertical; (ii) unha redución da competencia intermarca entre as empresas presentes no mercado relevante; (iii) unha redución da competencia intramarca; (iv) a obstaculización da integración dos mercados nacionais limitando a liberdade dos consumidores para adquirir os bens ou servizos contractuais no Estado da UE da súa elección.

As Directrices da Comisión Europea relativas ás restricións verticais constitúen, para as autoridades e tribunais nacionais e para as empresas, unha guía útil sobre que tipo de restricións verticais á competencia poden quedar amparadas polo RECAV ou por aplicación directa do art. 101.1 TFUE ou do art. 1.3 LDC.

Lección 03

Conduas colutorias prohibidas

47

ÍNDICE: 1.- A cláusula xeral prohibitiva; 2.- Listaxe de condutas colutorias expresamente prohibidas; 2.1.- A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo; 2.2.- A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos; 2.3.- A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento; 2.4.- A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizo, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloquen uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros; 2.5.- A subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos de comercio, non garden relación co obxecto de tales contratos; 3.- Clases de condutas colutorias prohibidas; 3.1.- Acordos; 3.2.- Decisións e recomendacións de asociacións de empresas; 3.3.- Prácticas concertadas ou conscientemente paralelas; 4.- Elementos da prohibición de colusión; 4.1.- Pluralidade de vontades autónomas; 4.2.- Restrición da competencia.

1 A cláusula xeral prohibitiva

Como se explicou na lección anterior, as condutas colutorias que restrinxen a competencia no mercado español, e, ademais, afectan ou poden afectar aos intercambios comerciais intracomunitarios, quedan sometidos a unha dobre prohibición (“teoría da dobre barreira”, por canto éelles de aplicación o art. 101 TFUE e tamén o art. 1 LDC. Neste senso, tense que ter presente que o concepto comunitario de “afectación do comercio entre os Estados membros” é obxecto dunha interpretación ampla, flexible, polo TXUE, que está recollida na Comunicación - Directrices relativas ao concepto de efecto sobre o comercio contido nos artigos 81 e 82 do Tratado (DOUE C 101/2004, p. 81). Consonte esta xurisprudencia, acollida polas ANC e os tribunais nacionais, un

acordo que resulte apto para restrinxir a competencia efectiva en todo un mercado nacional da UE, necesariamente afectará aos intercambios comerciais intracomunitarios (Expte. CNMC S/0003/20, PROPTECH).

- 48 Os artigos 101 do TFUE e 1 da LDC, no seu número 1.o dispoñen literalmente o seguinte:

Artigo 101.1 TFUE	Artigo 1.1 LDC. Condutas colusorias
<p>"Serán incompatibles co mercado interior e quedarán prohibidos tódolos acordos entre empresas, as decisións de asociacións de empresas e as prácticas concertadas que poidan afectar ao comercio entre os Estados membros e que teñan por obxecto ou efecto impedir, restrinxir ou falsear o xogo da competencia dentro do mercado interior e, en particular, os que consistan en:</p> <ul style="list-style-type: none">a) fixar directa ou indirectamente os prezos de compra ou de venda, ou outras condicións de transacción;b) limitar ou controlar a produción, o mercado, o desenvolvemento técnico ou as inversións;c) repartirse os mercados ou as fontes de abastecemento;d) aplicar a terceiros contratantes condicións desiguais para prestacións equivalentes, que ocasionen a estes unha desvantaxe competitiva;e) subordinar a celebración de contratos á aceptación, polos outros contratantes, de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos mercantís, non garden relación ningunha co obxecto de ditos contratos."	<p>"Prohíbese todo acordo, decisión ou recomendación colectiva, ou práctica concertada ou conscientemente paralela, que teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado nacional e, en particular, os que consistan en:</p> <ul style="list-style-type: none">a) A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo.b) A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos.c) A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento.d) A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizo, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloquen uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros."

Calquera destas condutas e prácticas colusorias, e outras non enumeradas pero que poidan subsumirse no ámbito de aplicación da cláusula xeral prohibitiva —como, por exemplo, os acordos de boicot—, son acordos nulos de pleno dereito (arts. 101.2 TFUE e 1.2 LDC), xa que infrinxen unha norma imperativa protectora da orde pública económica instaurada polos Tratados da UE e pola Constitución española.

Debemos lembrar que as ANC e os tribunais dos Estados membros da UE, como consecuencia dos principios europeos de equivalencia e efectividade, carecen de autonomía para realizar unha interpretación do art. 1.1 LDC que conduza a un resultado incompatible co que resultaría de aplicar, á mesma conduta colusoria, o art. 101.1 TFUE, e que, igualmente, están obrigados a aplicar tamén o art. 101 TFUE cando apliquen a lexislación nacional a acordos colusorios susceptibles de afectar ao co-

mercio intracomunitario (art. 3.1 do Regulamento CE 1/2003). Repárese en que este Regulamento comunitario non impón formalmente ás ANC e tribunais nacionais a obriga de aplicar a lexislación nacional (art. 1 LDC) cando resulte de aplicación o art. 101 TFUE (apartado 9 da Comunicación - Directrices da Comisión Europea relativas ao concepto de efecto sobre o comercio intracomunitario), pero se así o fan, si que lles impón unha obriga de resultado: da aplicación da lexislación nacional non pode resultar a prohibición dun acordo que, afectando ao comercio intracomunitario: (1) non restrinja a competencia no sentido do art. 101.1 TFUE; (2) cumpra os requisitos de exención do art. 101.3 TFUE; ou (3) estea exento da prohibición por aplicación dun Regulamento de exención por categorías (art. 3.2 Regulamento CE 1/2003).

En definitiva, no vixente contexto normativo das regras de competencia da UE, o texto do art. 1 LDC non podería ser substancialmente distinto do texto do art. 101 TFUE, como tampouco a súa interpretación polas autoridades de competencia (nacional e autonómicas) e polos tribunais pode afastarse da doutrina do TXUE.

A táboa anterior permite apreciar que tanto o art. 101.1 TFUE como o art. 1.1 LDC só prohiben as restricións da competencia que nacen da acción común de dous ou máis operadores económicos. En consecuencia, as restricións á competencia causadas pola actuación individual dunha empresa teñen que ser analizadas, ben baixo a prohibición de abuso da posición dominante do art. 2 LDC (art. 102 TFUE), ben dentro da prohibición das condutas de competencia desleal restritivas da competencia efectiva do art. 3 LDC.

O art. 1.1 LDC considera como fonte principal das restricións da competencia os acordos e as decisións ou recomendacións colectivas. Como elementos correctores e complementarios, para dar maior seguridade e consistencia á prohibición de colusión, tamén se prohiben expresamente as prácticas concertadas ou conscientemente paralelas, que podemos considerar a materialización de toda restrición concertada da competencia efectiva de orixe incerta, dubidosa, ou de difícil encaixe nos conceptos de acordo, decisión ou recomendación colectiva. En xeral, para referirnos a todas estas fontes das restricións da competencia de natureza concertada, falaremos, indistintamente, de condutas ou acordos restritivos ou colusorios como conceptos amplos que engloban todo concerto de vontades economicamente autónomas apto para producir efectos daniños sobre a competencia no mercado, con independencia de que constitúan ou non auténticos negocios xurídicos en sentido técnico-xurídico.

A transcendencia de distinguir as distintas fontes ou formas de colusión que enumera o art. 1.1 LDC e o art. 101.1 TFUE non radica tanto en diferenciar unhas doutras, como en discernir entre condutas concertadas lícitas e prohibidas, sendo obxectivo desta cláusula xeral *antitrust* que tódalas formas posibles de coordinación e cooperación entre empresas con efectos restritivos sobre a competencia no mercado queden prohibidas. Polo demais, en determinados casos, particularmente nas infrac-

cións constitutivas de cártel, a colusión pode presentar características propias de varias das formas de colusión prohibidas, de tal xeito que a cualificación xurídica como acordo, decisión, recomendación ou práctica concertada pode non ser unha tarefa doada, e incluso correcta. Co obxecto de que esta realidade dos mercados non poña en risco a aplicación efectiva da prohibición de colusión, a Comisión Europea e o TXUE teñen afirmado que as distintas formas de colusión prohibidas non son categorías xurídicas excluíntes, de modo que un único comportamento colusorio pode recibir unha cualificación múltiple, ou mesmo constituír unha infracción global ou complexa, única e continuada (Expte. RCNMC S/0428/12 PALÉS). No ordenamento xurídico español, esta figura conta con recoñecemento xeral no art. 29.6 da Lei 40/2015, de 1 de outubro, do Réxime Xurídico do Sector Público, que dispón o que segue: “Será sancionable, como infracción continuada, a realización dunha pluralidade de accións ou omisións que infrinxan o mesmo ou semellantes preceptos administrativos, en execución dun plan preconcebido ou aproveitando idéntica ocasión”.

A razón de ser desta doutrina da “infracción única e continuada” tense que buscar no feito de que, no caso de condutas colusorias dunha pluralidade de empresas que se prolongan no tempo, as empresas coludidas adoitan modificar o seu comportamento restritivo, ben para adaptalo ás condicións cambiantes do mercado, ben para emendar as deficiencias detectadas e reforzar a eficacia das medidas colusorias adoptadas, podendo darse tamén a circunstancia de que as empresas que participan na infracción o fagan con distinta intensidade, temporal, xeográfica e mesmo non estean presentes en tódolos mercados afectados polas condutas infractoras, ou incluso non participen en ningún deses mercados, como é o caso das empresas ou asociacións de empresas que coluden en calidade de facilitadores da infracción *antitrust*. A complexidade deste tipo de comportamentos anticompetitivos pode facer imposible e ata artificial distinguir ou dividir un conxunto de condutas que presentan como nota común a súa finalidade de regulación colusoria do mercado, pero que, analizadas por separado poden conter elementos de todas ou varias das formas de infracción tipificadas na cláusula xeral prohibitiva de colusión e, con todo, non encaixar perfectamente en ningunha delas, ademais de non reflectir toda a gravidade da conduta.

Consonte a xurisprudencia do TXUE, seguida polas autoridades de competencia e os tribunais nacionais, para determinar cando unha pluralidade de condutas anticompetitivas integran un comportamento continuado cualificable como infracción única e continuada tense que atender aos criterios seguintes: 1) a existencia de identidade e complementariedade nos diversos elementos dos distintos actos ou condutas que integran o comportamento que se considera único, como pode ser no ámbito xeográfico, nos produtos e servizos afectados, nas formas de execución e nas empresas participantes; 2) a proximidade no tempo dos distintos actos que integran o comportamento único e continuado, o que exclúe a existencia de saltos temporais

significativos ou prolongados; 3) a existencia dun plan global e preconcebido que persegue un obxectivo único y común; 4) a existencia dunha contribución intencional de cada empresa a ese plan global; e 5) a contribución intencional e o coñecemento, demostrado ou presunto, dos comportamentos infractores das outras empresas participantes no plan común (Expte. CNMC S/0003/20, Proptech).

Por último, tanto o art. 101.1 TFUE como o art. 1.1 LDC acompañan a cláusula xeral prohibitiva de colusión cunha lista das prácticas restritivas máis frecuentes ou habituais. Trátase dunha lista aberta; é dicir, que ademais das prácticas que aí se enumeran existen ou poden existir outras igual de restritivas da competencia que quedarían directamente prohibidas pola propia cláusula xeral. Por exemplo, as condutas de boicot non están incluídas nesa lista, pero están igualmente prohibidas porque supoñen unha actuación —de varias empresas— que está dirixida a expulsar do mercado un competidor ou, polo menos, a dificultar as súas relacións comerciais por medios ilícitos (ECLI: ES:TS:2018:2519).

2 Listaxe de condutas colutorias expresamente prohibidas

2.1 A fixación, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizo

A prohibición das condutas colutorias de fixación do prezo dun ben ou servizo non merece moitos comentarios, pois atenta directamente contra a principal función da competencia económica, que non é outra que manter os prezos dos bens e servizos ofertados nos mercados no nivel máis baixo posible en beneficio do benestar xeral e do consumidor. En materia de acordos entre competidores ou acordos horizontais, están prohibidos tanto os acordos para fixar un determinado prezo ou un nivel mínimo de prezos, como a recomendación para fixar o prezo de venda, así como o establecemento ou recomendación de prezos máximos ou mínimos. Igualmente, enténdese que constitúen unha fixación —indirecta— de prezos o establecemento, recomendación ou prohibición de rebaixas, descontos ou bonificacións uniformes. Tamén se inclúen dentro desta práctica as condutas que fixan factores de venda ou comercialización distintos ao prezo, como: prazos máximos de pago, intereses a pagar nas operacións con pago adiado, garantías, condicións para obter bonificacións, custo dos gastos de entrega ou de emisión de billetes (ECLI: ES:TS:2011:370).

En relación cos acordos verticais ou entre non competidores tense que matizar o afirmado, pois a xurisprudencia admite como lícita a simple recomendación do prezo final de venda ao público, especialmente cando o produtor ou titular da rede de distribución carece de poder de mercado (Expte. CNMC S/0452/12 ADECOA/PEP-SICO FOODS A.I.E.) ou se trata de produtos distinguidos cunha marca notoria ou de

renome que se revenden a través de redes en exclusiva ou selectivas, onde a imaxe do produto ou da franquicia pode verse danada se o vendedor practica polo miúdo prezos excesivamente baixos ou elevados, en relación coa imaxe que o consumidor teña do produto. Respecto dos produtos de renome, existe un certo debate na doutrina dirixido a permitir prácticas como a fixación do prezo de venda ao público (considerada lícita dende hai tempo nos EE.UU.), a prohibición das vendas activas e pasivas polo distribuidor a clientes de fóra do territorio asignado polo titular da rede (CASE AT. 40528 - Melia (Holiday Pricing), e a prohibición imposta polo fabricante ao minorista integrado na rede de distribución de aquel de realizar vendas por Internet (ECLI:EU:C:2011:649). Este tipo de condutas non se consideran lícitas no Dereito da UE porque lles permite ás empresas fender a unidade do mercado interior, que, como sabemos, é un dos dous obxectivos principais do Dereito da competencia da UE.

2.2 A limitación ou o control da produción, a distribución, o desenvolvemento técnico ou os investimentos.

Un acordo deste tipo existirá sempre que unha ou máis empresas pacten coordinar o seu comportamento competitivo en algún o en varios destes ámbitos da súa política empresarial; en definitiva, cando se acorda limitar a liberdade para tomar de forma autónoma decisións no ámbito da produción, a distribución o desenvolvemento técnico ou nos investimentos. Por exemplo, poden ser acordos deste tipo: os acordos de cotas de produción ou de venda (Expte. CNC 2779.07, Consello Regulador da Denominación de Orixe de Xerez e Manzanilla de Sanlúcar); os acordos de especialización que implican a renuncia de cada parte a fabricar os produtos cuxa fabricación se lle asigna a outra; os acordos de peche conxunto de fábricas ou instalacións para reducir a capacidade de produción (acordos de crise); os acordos colectivos de compra ou de subministración en exclusiva dun determinado provedor; os acordos de descontos de fidelidade por abastecerse en exclusiva ou na maior parte dun determinado provedor; os acordos polos que se prohíbe a explotación de certa invención; etc.

2.3 A repartición do mercado ou das fontes de aprovisionamento

Repartir un mercado significa asignar a cada competidor concertado unha zona, ou grupo de clientes, reservada na que ningún outro competidor dos que forman parte do acordo poderá entrar, competir. Son, pois, acordos que afectan directamente á unidade do mercado nacional ou do mercado interior europeo, así como á liberdade de circulación de mercadorías entre os Estados membros da UE.

Este tipo de restricións pódense producir en acordos horizontais, cando dúas ou máis empresas se reservan os seus respectivos territorios ou grupos de clientes tradicionais ou nacionais e, polo tanto, prohibíense reciprocamente vender directa ou indirectamente no territorio ou grupo de clientes da outra parte (Expte. CNC 648/08,

Formigóns Cántabros). Os acordos de repartición do mercado entre competidores normalmente poderán tipificarse como cártel, pero os pactos de exclusiva territorial ou de asignación de clientes en exclusiva, que tamén conducen a unha repartición do mercado dentro da marca, son acordos especialmente frecuentes no contexto de redes de distribución restrinxida (acordos verticais: Expte. CNMC S/DC/0540/14 ISTOBAL). A licitude destes pactos de exclusiva dependerá fundamentalmente do poder de mercado do titular da rede de distribución —que está ligado á súa cota de mercado medida en volume de negocios—, e son acordos que teñen que ser examinados á luz do RECAV e as súas Directrices (Directrices relativas ás restricións verticais, DOUE 2022/C 248/01).

2.4 A aplicación, nas relacións comerciais ou de servizo, de condicións desiguais para prestacións equivalentes que coloquen uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros

Referímonos aquí a acordos ou prácticas concertadas nas que o vendedor dun determinado produto ou servizo comprométese a favorecer uns compradores en prexuízo doutros, falseando así a competencia no mercado no que operan os compradores do seu produto ou servizo. Son, en definitiva, acordos ou prácticas que causan discriminación entre os contratantes. Por exemplo, a Autoridade española de competencia ten sancionado diversos acordos concluídos entre unha asociación de vendedores de xornais e revistas, por unha banda, e as empresas distribuidoras dos mesmos, por outra, en virtude dos cales estas últimas se comprometían a non distribuír ou a esixir condicións máis gravosas (como a esixencia de fianzas), a aqueles vendedores que non pertencesen á asociación ou que se instalasen a menos de 300 metros dun quiosco aberto.

A discriminación pode consistir tanto en tratar de igual forma situacións que son diferentes, como en tratar de forma diferente situacións que son equivalentes. Así, sería lícito que un vendedor ou provedor practicase un prezo inferior ou concedese mellores condicións de pago a quen é un gran comprador ou un cliente habitual, que a quen compra pouco ou de forma esporádica.

2.5 A subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos de comercio, non garden relación co obxecto de tales contratos

Con este suposto trátase de sancionar os chamados acordos vinculados, encadeados ou enganchados (*tying contracts*). É dicir, acordos nos que unha parte condiciona ou subordina a celebración dun determinado contrato á celebración doutro sobre un produto ou servizo non desexado ou que se desexaría adquirir doutro provedor, sendo un produto ou servizo que ou ben é accesorio ou ben nada ten que ver co

produto desexado; é dicir, produtos que non están natural ou comercialmente vinculados consonte os usos do comercio para que o acordo logre a súa finalidade lícita.

54 Polo tanto, debido a estas prácticas, o comprador —habitualmente un distribuidor minorista— non é libre para dicir o que compra e a quen o compra. Esta conduta pode xerar efectos restritivos no mercado do produto vinculado (non desexado) no que opera o vendedor, reforzando o seu poder de mercado, e tamén pode causar efectos restritivos no mercado no que opera o comprador, pois pode verse obrigado a comprar produtos ou servizos en condicións máis gravosas que debilitan a súa capacidade de competir. Na práctica, estes acordos enganchados ou vinculados adoitan ser realizados por empresas que teñen un certo poder no mercado do produto principal e que desexan ampliar a súa posición no mercado do produto vinculado, no que non teñen presenza ou esta non é significativa.

3 Clases de condutas colusorias prohibidas

3.1 Acordos

Para que exista acordo no sentido dos arts. 101 TFUE e 1.1 LDC basta que varias empresas expresen a súa vontade común de comportarse no mercado de forma contraria ao principio de libre competencia, sen ser necesario que tal acordo se execute, pois a prohibición de colusión é preventiva.

Esta noción de acordo colusorio ten natureza obxectiva. Os motivos reais e as intencións ocultas que poidan estar debaixo do comportamento coordinado das empresas carecen de transcendencia algunha sobre a súa cualificación como conduta ilícita. Esta motivación ou intención das partes si ten transcendencia aos efectos de determinar a procedencia da imposición dunha multa, pois de acordo co art. 63 LDC (principio de culpabilidade) as autoridades de competencia só poden sancionar con multa a quen, de forma deliberada ou por negligencia, infrinxa a prohibición de colusión.

O termo acordo ten un significado moito máis amplo que o de negocio xurídico ou contrato, propio do Dereito civil ou mercantil, podendo constituír unha simple cláusula ou comprender todo o contido contractual. É, polo tanto, un concepto máis próximo ao de pacto, cláusula ou estipulación contractual que á noción de contrato. Por iso, a falta de validez de xurídica, conforme as regras do Dereito privado relativas ao contrato no que se insire o pacto colusorio, tamén resulta intranscendente para a súa prohibición. En consecuencia, baixo a prohibición de colusión caen tanto os acordos xuridicamente vinculantes (contratos, en sentido amplo) como os acordos que non xeran efectos xurídicos obrigatorios (acordos entre cabaleiros ou *gentleman's agreements*). A cualificación xurídica do acordo e o seu amparo legal tampouco impedirá a

súa tipicidade ex arts. 101 TFUE e 1 LDC se contén pactos restritivos da competencia non expresamente amparados nunha Lei, sendo esta a razón pola que os convenios colectivos entre asociacións empresarias e sindicatos non están *per se* excluídos da prohibición de colusión consonte a doutrina do TXUE e da Autoridade española de competencia (Expte. CNMC S/DC/0605/17, Amarres Porto de Alxeciras).

55

3.2 Decisións e recomendacións de asociacións de empresas

As decisións ou recomendacións colectivas son o segundo ilícito colusorio prohibido polos arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC, en razón a que constitúen condutas que teñen por obxecto ou efecto homoxeneizar o comportamento económico dos asociados, mesmo daqueles operadores asociados que non asistiron á reunión do órgano social en que se adoptou ou que votaron en contra, e en prexuízo dos consumidores ou usuarios dos produtos ou servizos que estes comercializan.

A nota diferencial entre os conceptos de acordo por unha banda e a decisión ou recomendación colectiva por outra radica en que no acordo todas as partes prestan o seu consentimento ou aquietamento do acordado, en tanto que na decisión ou recomendación colectiva a conduta colusoria pode estar adoptada pola maioría dos asociados ou por un órgano interno (xunta directiva ou presidente) que non agrupe tódolos asociados, pero cuxa decisión é vinculante para todos eles, pois (en principio) presupón que, entre eles, existe un interese común respecto do obxecto ou efecto restritivo da competencia.

O art. 101.1 TFUE designa ás asociacións de empresas como autores das decisións prohibidas, e aínda que o art. 1.1 LDC non realiza ningunha alusión á autoría das decisións e recomendacións colectivas prohibidas, o art. 61.3 LDC cita como suxeitos infractores desta categoría de conduta colusoria as asociacións, unións ou agrupacións de empresas. Partindo de que o obxecto da prohibición do art. 1 LDC é prohibir toda conduta concertada que teña por obxecto ou produza o efecto de restrinxir a competencia, estes termos non deben ser obxecto dunha interpretación formalista senón funcional, de modo que a prohibición se poida aplicar a todo tipo de ente colectivo ou asociación (pública, benéfica, cultural, deportiva, profesional, etc.), calquera que sexa a forma xurídica que adopte (asociación, fundación, sociedade civil ou mercantil), integrada por operadores económicos que gocen de efectiva independencia na determinación das súas condutas no mercado, pois se falta a nota da independencia económica non hai unha pluralidade real de vontades e, polo tanto, non é aplicable a prohibición de colusión.

No ámbito do Dereito da UE, na medida en que o art. 101.1 TFUE non utiliza o termo recomendación, o concepto de decisión é interpretado no sentido que inclúe tanto a manifestación de vontade dunha asociación que é xuridicamente vinculante para as empresas asociadas, como aqueles acordos ou medidas adoptadas que, aínda

sendo unha mera recomendación desprovista de efectos xuridicamente vinculantes para os asociados, teñen por obxecto ou producen o efecto de coordinar ou unificar o seu comportamento no mercado (ECLI: ES:TS:2010:6464). Pola contra, no ámbito do Dereito español, posto que o art. 1.1 LDC utiliza os termos decisión e recomendación, as decisións son unicamente acordos xuridicamente vinculantes para os asociados (Expte. CNMC S/DC/0558/15 ACB).

A prohibición de decisións e recomendacións colectivas, do mesmo xeito que a de acordos, tamén ten natureza preventiva e obxectiva. En consecuencia, o feito de que todos ou unha parte dos asociados a quen vai dirixida non sigan ou acaten a decisión ou recomendación, aínda sendo un feito relevante ata o punto de fixar a multa, non o é para declarar a existencia dunha conduta prohibida, por canto a ilicitude só depende da aptitude obxectiva da decisión ou recomendación para restrinxir a competencia, o que, á súa vez, fundamentalmente está relacionado con tres factores: (i) a natureza da conduta, (ii) quen a realiza, e (iii) a súa difusión no mercado.

De igual forma, resulta irrelevante para constatar a infracción a forma xurídica que adopte a asociación infractora ou a súa natureza de ente de Dereito público. O transcendente para o Dereito da competencia é que a entidade infractora constituía unha unidade económica integrada por unha pluralidade de persoas xurídicas ou físicas, radicando aquí a bilateralidade/pluralidade de vontades esixida pola prohibición dos arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC. O feito de que a decisión ou recomendación fose adoptada por un órgano unipersonal é irrelevante, como o é tamén que fose adoptada por un órgano carente de competencia consonte os estatutos ou con infracción do procedemento aplicable. O transcendente é que a conduta teña obxectivamente capacidade para afectar de forma sensible á competencia.

3.3 Prácticas concertadas ou conscientemente paralelas

Nos sistemas de economía de mercado, a prohibición de colusión responde ao obxectivo fundamental de garantir que os operadores económicos non substitúen o risco inmanente á loita competitiva pola vida fácil da concertación en prexuízo dos consumidores e do benestar xeral. As prácticas concertadas ou prácticas conscientemente paralelas, na terminoloxía do art. 1.1 LDC, constitúen a terceira categoría de condutas que acolle a prohibición de colusión dos arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC, coa pretensión de que non escapen do seu ámbito de aplicación aqueles comportamentos económicos que, aínda non sendo froito dun previo acordo colusorio (expreso ou tácito) entre as partes, non teñen outra explicación dende a racionalidade económica máis que a existencia dalgunha forma de coordinación ou cooperación práctica entre elas. A forma que adopte esta cooperación ou coordinación do comportamento no mercado pode ser moi diversa.

Como forma de colusión de peche da cláusula xeral prohibitiva dos acordos colusorios, poderíase definir a práctica concertada negativamente, afirmando que o concepto de acordo marca o seu teito, no sentido de que a práctica concertada ou conscientemente paralela prohibida non precisa ser o froito dunha coordinación do comportamento que reúne tódolos elementos formais dun acordo no sentido dos arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC. A base do concepto de práctica concertada sitúase na necesaria existencia dunha certa vontade común, entendemento ou concertación sobre a conduta (p. ex., intercambio de información estratéxica; anuncios de comportamento futuro...) que permite ou facilita ás partes, de forma consciente, unha actuación coordinada ou paralela no mercado. A Comisión Europea definiu a práctica concertada como: "toda forma de coordinación entre empresas, que, sen chegar á realización dun acordo propiamente dito, substitúe conscientemente os riscos da competencia por unha cooperación práctica entre elas, cooperación que desemboca en condicións de competencia que non corresponden ás condicións normais do mercado".

O grao de perfección da concertación ou entendemento esixible para poder falar de práctica concertada ou conscientemente paralela está en función das características do mercado. Así, en mercados con numerosos operadores, de desigual dimensión empresarial, de produtos diferenciados por marca e sen barreiras de entrada relevantes, a prohibición de colusión impón a necesidade de observar a existencia dun alto grao de entendemento ou dun completo acordo entre as partes, así como a instauración de mecanismos de vixilancia e represión. Pola contra, en mercados pechados, de produtos homoxéneos e poucos operadores, a transparencia das condicións de competencia permite reducir o grao de intensidade do entendemento necesario para que a concertación ou a conduta paralela poida ser incluída dentro da prohibición de colusión, tendo presente que a colusión tácita derivada da simple interdependencia económica entre competidores non é unha conduta prohibida, aínda que quizais si as condutas que facilitan ou adiantan no tempo esa situación natural de colusión tácita.

Podemos observar que as prácticas concertadas, con frecuencia, presentan na práctica un problema de proba da existencia da coordinación, pois as empresas, sendo conscientes da ilicitude do seu comportamento, non deixarán rastro ou medios de proba directos da súa existencia, de xeito que é necesario acudir nestes casos a indicios ou presuncións, constituíndo o paralelismo de comportamentos (por exemplo, a modificación do prezo, comisións ou outras condicións de venda na mesma data e contía) a proba da existencia da necesaria coordinación entre os competidores. De acordo coa xurisprudencia comunitaria e nacional, a proba de presunción, no ámbito de expedientes sancionadores en materia de defensa da competencia, esixe a conxunción de tres presupostos: a) que a feitos base ou indicios estean plenamente demostrados; b) que a relación causal entre os indicios e os feitos fahendosos estea

suficientemente razoada; e c) que se existen outras razóns para explicar os indicios deben ser analizadas e explicarse a causa do seu rexeitamento; é dicir, débese descartar a existencia dunha xustificación alternativa á concertación ou coordinación (Expte. CNC /376/11 Panaderías Pamplona).

4 Elementos da prohibición de colusión

4.1 Pluralidade de vontades autónomas

A concordancia de vontades, entendemento ou consentimento é un elemento subxectivo esencial da noción de acordo colusorio, pero a concreta forma en que se manifesta tamén carece de relevancia para a infracción da prohibición, sempre que a conduta imputada constitúa a “fiel expresión” desa vontade común de colusión. Polo tanto, a conduta concertada pode constar por escrito, en documento público ou privado, pero tamén pode ser un acordo verbal. En realidade, as distintas formas de colusión tipificadas nos arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC poderíanse clasificar en función de se admiten proba directa ou indirecta, ou de se o consentimento se emitiu de forma expresa ou tácita.

En particular, dentro das relacións comerciais continuas ou estables que un fabricante ou provedor mantén cos seus distribuidores polo miúdo, a existencia de concertación é discutida en relación coas instrucións ou condutas restritivas da competencia adoptadas polos primeiros e, polo menos formal ou aparentemente, impostas de forma unilateral aos distribuidores. Segundo reiterada xurisprudencia europea e española, a aquiescencia, polo menos tácita, dos distribuidores á conduta fixada ou imposta polo principal (fabricante ou almacenista) constitúe un requisito imprescindible para que a conduta restritiva adoptada de forma aparentemente unilateral polo fabricante, e no marco das relacións contractuais ou comerciais que mantén cos seus distribuidores, constitúa unha infracción da prohibición *antitrust* de acordos colusorios (Expte. TDC 578/04, Eko-Ama Mondaríz). Neste tipo de acordos tácitos, atendendo ao distinto grao de responsabilidade *antitrust* das partes, a AdC pode decidir imputar e/ou sancionar só a parte que impón materialmente a conduta restritiva, sen que tal tratamento diferenciado dos suxeitos infractores afecte á existencia dun acordo colusorio (ECLI:EU:C:2021:935).

En definitiva, pódese afirmar que a prohibición de colusión dos arts. 101.1 TFUE e 1.1. LDC veta todo acordo concluído entre dous ou máis operadores económicos, individuais ou colectivos, situados no mesmo ou en diferente estadio do proceso de produción ou de distribución, calquera que sexa a forma da súa celebración, xuridicamente vinculante ou non. Esta noción de acordo implica, necesariamente, a existencia dunha pluralidade de vontades materialmente autónomas e independentes

que ten por obxecto ou efecto limitar a competencia. Na práctica, os problemas de ausencia de bilateralidade económica adóitanse expor en relación cos acordos celebrados por empresas pertencentes a un mesmo grupo empresarial, e nos acordos celebrados por axentes ou comisionistas co seu empresario ou principal.

59

No tocante aos acordos intragrupo, as autoridades comunitarias consideran que non existe pluralidade de vontades nos acordos ou prácticas concertadas entre empresas que pertencen ao mesmo grupo, en concepto de matriz e filial, sempre que ditas empresas constitúan unha unidade económica dentro da que a filial non goce dunha autonomía real na determinación da súa liña de acción no mercado, e sempre que os referidos acordos ou prácticas teñan por obxecto establecer unha repartición interna das tarefas entre as empresas. A estes efectos é relevante analizar unha serie de circunstancias de feito e de dereito, como: participación no capital; dereitos de veto ou de bloqueo; presenza no órgano de administración; existencia de vínculos contractuais de longa duración, etc.

Os grupos de empresas presentan, ademais, a cuestión da imputabilidade da conduta restritiva e, polo tanto, as responsabilidades (multas e indemnización de danos e prexuízos) derivadas da mesma. En particular, se é posible imputarlle á sociedade nai/matriz as responsabilidades derivadas dun acordo limitativo da competencia concluído entre a súa filial e unha terceira sociedade allea ao grupo. No Dereito comunitario, dende un principio, a doutrina da unidade do comportamento económico ten servido para imputarlle á sociedade que exerce o control as responsabilidades *antitrust* nadas da realización dunha conduta restritiva pola sociedade controlada. No entanto, non abonda con que a filial careza, con carácter xeral, de autonomía na adopción das súas decisións. Ademais, é preciso que a conduta do caso concreto sexa determinada pola sociedade matriz. Cando isto último sucede, ambas as sociedades, matriz e filial, serán responsables da conduta anticompetitiva e, se a súa actuación dá lugar a sancións, estas imporanse con carácter solidario. Esta doutrina comunitaria está recollida no art. 61.2 LDC: "Aos efectos desta Lei, a actuación dunha empresa é tamén imputable ás empresas ou persoas que a controlan, excepto cando o seu comportamento económico non veña determinado por algunha de elas".

En canto aos acordos de axencia, seguindo á práctica comunitaria e nacional, para determinar cando se está ante un "xenuíno contrato de axencia" (excluído da prohibición de colusión) ou ante un "axente impropio", aplícase o criterio do risco financeiro e/ou comercial que o axente asume en relación coas actividades para as que fose designado como tal polo empresario ou principal, sen ser relevante o feito de que o axente actúe en réxime de exclusiva (territorial ou por clientes) ou por conta dun ou varios principais. A estes efectos, distínguense dous tipos de riscos comerciais e financeiros. Por unha banda, os riscos directamente relacionados cos contratos subscritos e/ou negociados por conta do principal con terceiros (p. ex., o financiamento de existencias) e, por outra, os riscos relacionados con investimentos especí-

ficamente destinados ao mercado, que adoitan ser investimentos a fondo perdido ou de difícil recuperación ao termo da relación de axencia. Pois ben, considérase que un acordo de axencia é xenuíno cando o axente non asume risco ningún ou este é insignificante en relación cos contratos celebrados ou negociados por conta do principal e cos investimentos especificamente destinados ao mercado, xa que nestes casos o axente non exerce propiamente ningunha actividade economicamente independente. En caso contrario, estarase ante un acordo de axencia non xenuíno e, por iso, incluído no ámbito de aplicación da prohibición de colusión (arts. 101 TFUE e 1 LDC), debendo o axente manter, en tanto que empresario economicamente independente, a súa liberdade de actuación no mercado. A doutrina da Comisión Europea sobre os acordos de axencia atópase nas Directrices relativas ás restricións verticais, pars. 12 a 21).

4.2 Restrición da competencia

A existencia, actual ou potencial, dun efecto restritivo sobre a competencia no mercado é requisito de tipicidade da prohibición de acordos colusorios, pois tanto o art. 101.1 TFUE como o art. 1.1 LDC esixen que a conduta concertada teña por obxecto, produza ou poida producir o efecto de impedir, restrinxir ou falsear a competencia en todo ou parte do mercado relevante.

O concepto de restrición da competencia foi obxecto de análise no epígrafe 5 da lección 2.

Lección 04

Conduas unilaterais prohibidas

61

ÍNDICE: 1.- Abuso da posición de dominio e actos de competencia desleal restritivos da competencia; 2.- A prohibición de abuso da posición de dominio; 2.1.- Dereito da UE e Dereito español; 2.2.- Concepto de posición de dominio; 2.3.- Delimitación do mercado relevante; 2.4.- Determinación da posición de dominio; 2.5.- O concepto obxectivo de abuso; 2.6.- Tipos de abuso; 2.6.1.- Abusos exclusionarios; 2.6.2.- Abusos explotativos; 2.7.- Prohibición de abuso de posición dominante e exercicio de dereitos de propiedade industrial ou intelectual; 3.- Restrición da libre competencia mediante actos de competencia desleal; 3.1.- Cualificación da conduta como acto de competencia desleal; 3.2.- Aptitude do acto de competencia desleal para restrinxir a competencia; 3.3.- A finalidade deste ilícito *antitrust*.

1 Abuso da posición de dominio e actos de competencia desleal restritivos da competencia

Esta lección ten por obxecto coñecer, en primeiro lugar, o ámbito de aplicación da cláusula xeral prohibitiva das condutas de abuso da posición de dominio, tanto no art. 102 do TFUE como no art. 2 da LDC. En segundo termo, analízase a prohibición dos actos de competencia desleal restritivos da competencia do art. 3 LDC. Este ilícito non existe no ámbito do Dereito da competencia da UE, pero na lexislación de competencia doutros Estados membros existe a prohibición do abuso da posición de dependencia económica, que tamén recollía de forma expresa a anterior LDC de 1989. Na vixente LDC este tipo de actos de competencia desleal poden resultar prohibidos polo art. 3 LDC de se cumprir os restantes presupostos de aplicación deste ilícito *antitrust*.

Ámbolos ilícitos *antitrust* presentan diferencias que serán obxecto de análise nas páxinas que seguen, pero comparten dúas características. En primeiro termo, ambas prohibicións teñen por obxecto condutas unilaterais. Ao realizar esta afirmación non descoñecemos que os arts. 102 TFUE e 2.1 LDC prohiben a explotación abusiva “por unha ou varias empresas” da súa posición de dominio no mercado, que será analizada no epígrafe 2.2 desta lección. A posición de dominio colectiva ou compartida é unha figura polémica na doutrina, que non é frecuente na práctica, xa que esixe normalmente a concorrencia no mercado duns elementos estruturais que non adoitan cumprirse, pero incluso de concorrer os comportamentos interdependentes e paralelos necesarios para poder apreciar un eventual abuso do dominio colectivo do mercado, probablemente, estas condutas tamén poderían ser examinadas baixo a prohibición de colusión, como un eventual suposto de colusión tácita ilícita; de feito, poderían encaixar na categoría das “condutas conscientemente paralelas” do art. 1.1. LDC, inexistente no ámbito do art. 101 TFUE. En todo caso, calquera que sexa o enfoque que se utilice, estaríamos ante condutas individuais de dúas ou máis empresas adoptadas sen un previo acordo, pero que teñen o incentivo e a capacidade para soste-lo tempo unha estratexia de coordinación tácita non competitiva do seu comportamento individual no mercado, o que resulta particularmente factible nos mercados en réxime de oligopolio (Expte. CNMC S/0391/11, chamadas móbiles).

En segundo termo, a infracción de ámbolos ilícitos *antitrust* presupón que a empresa infractora goza de certo poder de mercado, de dominio no caso da prohibición dos arts. 102 TFUE e 2 LDC, no que se apoia a empresa para realizar ou impor unha conduta contraria á competencia polos méritos (*competition on the merits*).

2 A prohibición de abuso da posición de dominio

2.1 Dereito da UE e Dereito español

As condutas constitutivas dun abuso da posición de dominio que restrinxan a competencia en todo ou en parte do mercado español e, ademais, afecten ou poidan afectar aos intercambios comunitarios quedan sometidas á dobre prohibición do art. 102 do TFUE e do art. 2 da LDC (teoría da dobre barreira).

O concepto comunitario de “afectación do comercio entre os Estados membros” é obxecto dunha interpretación flexible polo TXUE, recollida pola Comisión Europea na Comunicación *Directrices relativas ao concepto de efecto sobre o comercio*, de xeito que unha conduta abusiva que limite a competencia en todo o mercado nacional, necesariamente, afectará tamén aos intercambios comerciais intracomunitarios.

O efecto directo do Dereito da Competencia da UE, e a esixencia dunha aplicación efectiva e uniforme do mesmo en tódolos Estados da UE (principios comunitarios de

efectividade e equivalencia), ten conducido a que a prohibición de abuso da posición de dominio presente as mesmas ou similares características no Dereito da UE e nos Dereitos nacionais da competencia dos Estados membros, pero tamén a que as ANC e os tribunais nacionais realicen unha interpretación deste ilícito *antitrust* coincidente coa sostida pola Comisión Europea e o TXUE.

Así, de forma substancialmente coincidente, os artigos 102 TFUE e 2 LDC literalmente dispoñen:

Artigo 102 TFUE	Artigo 2 LDC. Abuso de posición dominante
<p>Será incompatible co mercado interior e quedará prohibida, na medida en que poida afectar ao comercio entre os Estados membros, a explotación abusiva, por parte dunha ou máis empresas, dunha posición dominante no mercado interior ou nunha parte substancial do mesmo.</p> <p>Tales prácticas abusivas poderán consistir, particularmente, en:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) impor directa o indirectamente prezos de compra, de venda u outras condicións de transacción non equitativas; b) limitar a produción, o mercado ou desenvolvemento técnico en prexuízo dos consumidores; c) aplicar a terceiros contratantes condicións desiguais para prestacións equivalentes, que ocasionen a estes unha desvantaxe competitiva; d) subordinar a celebración de contratos á aceptación, polos outros contratantes, de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos mercantís, non garden relación ningunha co obxecto de tales contratos. 	<ul style="list-style-type: none"> 1. Queda prohibida a explotación abusiva por unha ou varias empresas da súa posición de dominio en todo ou en parte do mercado nacional. 2. O abuso poderá consistir, en particular, en: <ul style="list-style-type: none"> a) a imposición, de forma directa ou indirecta, de prezos ou doutras condicións comerciais ou de servizos non equitativos. b) a limitación da produción, a distribución ou o desenvolvemento técnico en prexuízo inxustifico das empresas ou dos consumidores. c) a negativa inxustificada a satisfacer as demandas de compra de produtos ou de prestación de servizos. d) a aplicación, nas relacións comerciais ou de servizos, de condicións desiguais para prestacións equivalentes, que coloque uns competidores en situación desvantaxosa fronte a outros. e) a subordinación da celebración de contratos á aceptación de prestacións suplementarias que, pola súa natureza ou segundo os usos de comercio, non garden relación co obxecto de ditos contratos. 3. a prohibición prevista neste artigo aplicarase nos casos en que a posición de dominio no mercado dunha ou varias empresas fose establecida por disposición legal.

Como se pode observar nos textos transcritos, a estrutura do art. 2 LDC (e a do art. 102 TFUE) é similar á da prohibición de colusión dos arts. 101 TFUE e 1 LDC: unha cláusula xeral prohibitiva completada cunha lista non exhaustiva de condutas prohibidas, que ten por obxecto facilitar a interpretación da cláusula xeral. Non existe, sen embargo, unha declaración de nulidade de pleno dereito das condutas abusivas

como a que conteñen os arts. 1.2 LDC e 101.2 TFUE para os acordos colusorios. Esta ausencia está motivada polo feito de que, normalmente, os abusos son simples comportamentos de feito, pero, de ter natureza negocial, é dicir, de constituír cláusulas contractuais impostas pola empresa dominante no ámbito dunha relación contractual, non cabe dúbida de que tal cláusula sería nula de pleno dereito por infrinxir unha norma imperativa protectora da orde pública económica instaurada polo TFUE e pola Constitución española (art. 6.3 Código civil).

2.2 Concepto de posición de dominio

Non hai maior posición dominante que a situación de monopolio, que ten lugar cando concorren tres circunstancias: (1) a empresa é a única que opera nun determinado mercado relevante; (2) non existen produtos ou servizos substitutivos; e (3) no mercado monopolizado existen relevantes barreiras (legais, económicas, culturais...) que impiden ou dificultan extraordinariamente a entrada de competidores (non existe competencia potencial).

A situación de monopolio en mercados abertos á competencia non é en absoluto frecuente. Pódense encontrar estas situacións de poder económico en mercados nos que existen "monopolios naturais" polas características que presentan os produtos ou servizos que integran o mercado (p. ex., Red Eléctrica de España SA presta en réxime de monopolio o servizo de transporte de electricidade en alta tensión, irreplicable por razóns económicas e medioambientais). Tamén nos mercados nos que a competencia non ten lugar no mercado senón polo propio mercado, como acontece no ámbito da contratación pública (e privada) para o subministro de bens ou a prestación de servizos en réxime de monopolio legal e temporal. Máis habitual que o monopolio é a existencia de empresas superdominantes en mercados nos que, pola presenza de importantes barreiras de entrada (económicas, regulatorias, tecnolóxicas, etc.), a competencia que exercen os competidores é residual, de xeito que clientes e consumidores non dispoñen de alternativas equivalentes e efectivas á empresa dominante. Tales situacións teñen lugar, particularmente, nalgúns mercados dixitais nos que, determinadas características, como os efectos de rede, o *big data* ou as substanciais economías de escala, funcionan como potentes barreiras que favorecen non só a concentración do poder de mercado senón que se produzan situacións de superdominio que responden á regra de que "o gañador se queda con todo" (*winner takes it all*).

Pero o Dereito da competencia non prohibe as posicións de dominio, nin sequera os monopolios, a pesar dos custos sociais que poden producir, na forma de maiores prezos, peores produtos e/ou menor cantidade dispoñible. A razón radica en que algúns monopolios son consecuencia das características "naturais" do mercado, ou mesmo froito da propia rivalidade competitiva que pode conducir a que un operador

logre o dominio, a superdominancia ou o monopolio do mercado grazas a ofrecer un produto ou servizo de maior calidade e/ou menor prezo que o dos competidores, que terminan desaparecendo ou ofrecendo unha competencia marxinal.

Fronte ás posicións de dominio e aos monopolios, o Dereito da competencia ten por función evitar que a empresa que posúe ese poder de mercado —mesmo por virtude dunha Lei— o utilice de forma abusiva en prexuízo do benestar dos consumidores e do funcionamento eficiente ou competitivo do mercado. 65

Os artigos 102 TFUE e 2 LDC non definen que se debe entender por posición de dominio no mercado de bens ou servizos no que se opera. O TXUE definiu en sentido xurídico esta situación como “unha posición de poder económico da que goza unha empresa que lle posibilita dificultar o mantemento dunha competencia efectiva no mercado relevante ao permitirlle, de maneira apreciable, comportarse con independencia dos seus competidores, clientes e, se non hai máis remedio, dos consumidores”. Deste concepto xurídico podemos extraer que son dúas as notas que definen teoricamente a posición de dominio dunha empresa no mercado. En primeiro lugar, que a empresa goza de independencia de comportamento no mercado respecto dos seus competidores, o que nos conduce á idea de que nese mercado non existe competencia efectiva. Esta independencia de comportamento non ten por que ser absoluta, senón en grao suficiente para afectar ao desenvolvemento da competencia efectiva (Expte. CNC S/0153/09, Mediapro). En segundo lugar, que a empresa ten a posibilidade de excluír aos competidores grazas ao poder de mercado do que goza.

Dende a perspectiva da teoría económica, no parágrafo 11 da Comunicación da Comisión – Orientacións sobre as prioridades de control da Comisión na súa aplicación do art. 82 [actual art. 102 TFUE] da Tratado CE á conduta excluínente abusiva da empresa dominante (DOUE 2009 C/45/02), a Comisión Europea afirma que “unha empresa que pode incrementar os prezos de forma rendible por encima do nivel competitivo durante un período de tempo significativo non se enfronta a unha presión competitiva suficientemente eficaz e pode, polo tanto, ser considerada xeralmente como dominante”. Na práctica, para establecer se unha empresa está en posición de dominio nun determinado mercado de bens ou servizos, as autoridades de competencia seguen un procedemento no que se distinguen varias fases ou pasos, nos que se utilizan diversos indicadores ou factores recollidos nestas Orientacións relativas ao art. 102 TFUE. En particular, téñense en conta tres factores estruturais: a posición de mercado da empresa dominante e dos seus competidores; as presións competitivas exercidas polos competidores existentes e futuros; e o poder de negociación dos clientes da empresa dominante (par. 12 e ss.). Mais, ás veces, dependendo do tipo de abuso e/ou da información non concluínente que proporcionen eses factores de estrutura do mercado, tamén será preciso observar o comportamento das empresas noutros mercados comparables.

2.3 Delimitación do mercado relevante

Nos casos de abuso de posición de dominio o primeiro paso é delimitar o mercado relevante; o mercado de bens ou servizos onde a conduta xera ou pode xerar efectos restritivos sobre a competencia efectiva. Como xa se indicou con maior detalle no epígrafe 4.2 da lección 1, e a diferenza do que sucede nos casos de condutas colusorias restritivas por obxecto, nos casos de abuso da posición de dominio resulta imprescindible definir o mercado no que a empresa ostentaría tal poder de mercado, determinando que produtos ou servizos conforman o mercado segundo o test de substituíbidade polo lado da demanda. Isto é, búscase determinar quen son os competidores da empresa investigada (competencia actual) observando que produtos ou servizos son considerados polos clientes da empresa dominante como substitutivos en atención á súa natureza, prezo, uso e dispoñibilidade. Pero, ás veces, este test non reflicte resultados concluíntes, polo que pode ser oportuno analizar a súa natureza substitutiva polo lado da oferta; é dicir, observar se existen empresas non presentes no mercado pero que estarían en disposición de introducirse nun curto período de tempo de existir incentivos de rendibilidade (competencia potencial). Establecido o mercado ou mercados relevantes de produto será preciso delimitar o ámbito xeográfico do mesmo, que se entende será aquel espazo no que opera a empresa investigada e no que as condicións de competencia son suficientemente homoxéneas. Por último, naqueles mercados nos que as condicións de competencia varían ao longo do tempo ou da época do ano, será preciso delimitar o mercado relevante dende un terceiro punto de vista: o temporal (Expte. CNC S/0312/10, Carpa Dorada).

Para unha análise máis detallada de como se delimita o mercado relevante, é imprescindible a consulta da Comunicación da Comisión Europea relativa á definición de mercado de referencia en materia de competencia de 1997 (DOUE C 372/03).

2.4 Determinación da posición de dominio

A posición de dominio é o primeiro dos elementos do tipo deste ilícito *antitrust*. Polo tanto, delimitado o mercado relevante, o segundo paso consiste en observar o grao de competencia existente no mesmo, é dicir, a presión competitiva actual e potencial á que está exposta a empresa. A este obxecto, a cota de mercado —calculada normalmente en función das vendas realizadas no mercado— é o criterio estrutural máis importante para medir o poder de mercado da empresa. No entanto, nos mercados dixitais, particularmente en relación coas redes sociais, a posesión dunha elevada cantidade de datos persoais dos clientes ou consumidores (*big data*) constitúe un factor relevante á hora de medir o poder de mercado.

Se a cota de mercado da empresa medida en volume de vendas é moi alta ($\geq 80\%$), este criterio estrutural adoita ser suficiente para determinar que a empresa ten posición de dominio. A doutrina do TXUE indica que cotas de mercado superiores ao

50 % e mantidas durante certo tempo son altamente indicativas da existencia dunha posición de dominio. Pola contra, con cotas de mercado inferiores ao 40 % do mercado é improbable que a empresa teña posición de dominio, aínda que poden darse (Expte. CNMC S/0041/19, Correos 3). En sentido inverso, cando unha empresa non ostenta a cota de mercado máis elevada non cabe presumir que sexa dominante. A este respecto, débese lembrar que o RECAV declara exentos os acordos verticais sempre que a cota de mercado do provedor e a do vendedor nos seus respectivos mercados non supere o 30 %, e que o RECATT considera exentos os acordos de transferencia de tecnoloxía entre empresas competidoras cunha cota de mercado conxunta non superior ao 20 % no mercado relevante.

Cando as cotas de mercado da empresa non permiten por si soas afirmar ou rexeitar a posición de dominio, será preciso observar outros factores estruturais e tamén de conduta, como: (1) o número e cota de mercado dos competidores (se son moi inferiores, é máis probable que unha cota relativamente non moi elevada —p. ex., do 50 %— outorgue posición de dominio); (2) a existencia de barreiras de entrada ao mercado, como distinta regulación, accidentes xeográficos, gustos ou preferencias distintas polos consumidores, tecnoloxías non accesibles, distinto idioma, etc.; (3) a integración vertical das empresas, é dicir, se os operadores do mercado relevante están presentes en mercados conexos ou adxacentes augas arriba ou/e augas abaixo do relevante; e (4) a existencia de poder compensatorio por parte dos compradores ou clientes.

Por último, a posición de dominio pode ser ostentada por unha empresa (dominio individual) ou por varias (dominio colectivo). Como xa se indicou ao comezo desta lección, as situacións de dominio colectivo non son frecuentes, existindo un número relativamente reducido de asuntos na práctica das AdC; de feito, as Orientacións da Comisión Europea relativas aos abusos exclusionarios incluídos na prohibición do art. 102 TFUE só se aplican ás situacións de dominio individual (par. 4). Esta posición de dominio colectiva podémola atopar nos casos de empresas que pertencen ao mesmo grupo empresarial, ou cando sen integrar un mesmo grupo son empresas unidas por fortes vínculos estruturais; en definitiva, cando varias empresas están sometidas a unha mesma fonte de control. Pero tamén tense sostido polas AdC que dúas ou máis empresas poden ostentar o dominio colectivo do mercado cando as propias condicións do mercado xeran entre elas unha relación de interdependencia económica que as conduce a un comportamento paralelo ou situación de coordinación tácita no mercado. Consonte a xurisprudencia (STPIUE, asunto T-342/99, Aitours), a existencia de dominancia colectiva nun mercado esixe a concorrencia dos elementos seguintes: (1) a existencia dunha estratexia identificable que de seguirse por todos será vantaxosa para as empresas dominantes; (2) cada unha das empresas dominantes debe poder coñecer o comportamento do resto, para poder comprobar se están a seguir a estratexia común; (3) a situación debe ser sostible no

tempo, é dicir, deben existir incentivos para non separarse da estratexia común; (4) a posible reacción dos competidores potenciais e dos consumidores non pode poñer en perigo os resultados da estratexia común. En definitiva, a dominación colectiva dun mercado precisa da existencia duns elementos estruturais que faciliten que as empresas teñan o incentivo e a capacidade de alienar o seu comportamento competitivo en prexuízo dos consumidores. Un nivel de transparencia que lles permite ás empresas observar o comportamento das demais e, no seu caso, a posibilidade de adoptar represalias fronte a quen incumpra a estratexia anticompetitiva común. E que non exista poder compensatorio por parte del resto de competidores e consumidores (Expte. CNMC S/0391/11, Chamadas móbiles).

Se despois desta análise en fases non se pode establecer a existencia dunha situación de posición de dominio individual ou colectiva, terase que concluír que a empresa ou empresas en cuestión non teñen capacidade para afectar á competencia efectiva no mercado relevante en prexuízo dos consumidores e, por iso, non resulta de aplicación a prohibición de abuso de posición de dominio dos artigos 101 TFUE e 2 LDC.

2.5 O concepto obxectivo de abuso

Se a empresa está en posición de dominio, o paso a seguir é determinar se a conduta realizada pode ser cualificada como abusiva da posición dominante. Os arts. 102 TFUE e 2 LDC tampouco definen que se ten que entender por abuso da posición de dominio, limitándose a establecer unha lista non exhaustiva de comportamentos abusivos, que na maior parte dos supostos listados teñen por finalidade directa prexudicar os intereses económicos dos clientes ou dos consumidores (abusos explotaciónivos). Pero as Autoridades de competencia, dende sempre, teñen afirmado que os abusos tamén poden ter por finalidade directa prexudicar os competidores alterando a estrutura do mercado, engadindo que o concepto de abuso non depende da intencionalidade coa que a empresa dominante realiza a conduta. É dicir, o relevante para que a conduta sexa abusiva non é a intención de prexudicar os competidores, clientes ou consumidores finais, senón a aptitude obxectiva da conduta —debido á súa natureza e ao contexto económico e xurídico no que se produce— para alterar o normal funcionamento do proceso competitivo en prexuízo do benestar dos consumidores e da economía xeral.

A xurisprudencia do TXUE en materia de abuso da posición de dominio non é especialmente clara sobre os presupostos que teñen que concorrer para que unha conduta realizada no mercado poida ser cualificada xuridicamente como unha explotación abusiva da posición de dominio, evolucionando ao longo do tempo dende un primeiro enfoque formalista ata a actual análise económica da conduta baseada nos efectos restritivos que pode producir no mercado. Pero mesmo dentro deste enfo-

que económico, non existe certeza sobre cal é a teoría do dano aplicable, podéndose distinguir na doutrina económica ata catro teorías: o test do sacrificio, o test do competidor igual de eficiente, o test do dano aos competidores e o test do incremento dos costes dos competidores. Incluso poderíase soste que a teoría do dano varía en función do tipo de abuso realizado, sendo unha para os abusos excluínates e outra para os explotativos. En todo caso, este enfoque económico baseado nos efectos restritivos da conduta sobre a competencia efectiva, pon de relevo que a conduta, para ser abusiva, ten que ter aptitude obxectiva para alterar substancialmente o funcionamento eficiente do mercado (Expte. CNMC S/0041/19, Correos 3); en definitiva, aptitude para deteriorar o benestar dos consumidores, que, por tal motivo, radica no correcto funcionamento do mercado.

Mais a constatación da existencia —actual ou potencial— destes efectos anticompetitivos exclusionarios ou explotativos non implica *per se* o carácter abusivo da conduta investigada no senso dos artigos 102 TFUE e 2 LDC, xa que as empresas dominantes tamén teñen dereito a competir; a replicar ou responder ao comportamento dos competidores causando un dano que estes, os clientes e consumidores teñen que soportar na medida en que a conduta non sexa un simple exercicio abusivo do poder de mercado que lle da a posición de dominio. Pero tendo dereito a competir, a empresa ten que ser consciente de que a presión competitiva no mercado no que opera está debilitada pola súa posición de dominio. Esta circunstancia ten conducido á xurisprudencia a afirmar que sobre as empresas dominantes e superdominantes recae unha especial responsabilidade, no tocante a non debilitar de forma innecesaria ou desproporcionada aínda máis a competencia existente no mercado, mediante condutas non fundamentadas nos seus méritos empresariais ou na maior eficiencia respecto aos seus competidores (ECLI:EU:T:2021:763). Esta especial responsabilidade das empresas dominantes comporta que condutas que poderían ser lícitas (non abusivas), de estar realizadas por empresas non dominantes, poden constituír un ilícito *antitrust* dos artigos 102 TFUE e 2 LDC de ser impostas por unha empresa dominante, xa que a posición de dominio presupón que os clientes ou consumidores non teñen, en senso económico, un provedor alternativo equiparable á empresa dominante. Así, pois, as empresas dominantes teñen dereito a replicar as condutas competitivas dos competidores, pero ese comportamento ten que estar fundamentado na súa maior eficiencia; é dicir, na capacidade para producir e/ou distribuír máis ou mellores produtos e servizos a un prezo inferior ao dos competidores.

Esta circunstancia permite que, no marco dun expediente sancionador por infracción dos artigos 102 TFUE e/ou 2 LDC, a empresa dominante poida defenderse alegando que a súa conduta é necesaria e proporcional, ou que produce eficiencias substanciais que superan calquera efecto anticompetitivo sobre o benestar dos consumidores, de xeito que a conduta típica non é antixurídica. A acreditación desta xustificación económica obxectiva da conduta incumbe á empresa, e non pode ter

como fundamento único o incremento do excedente da empresa dominante. Toda empresa opera no mercado coa finalidade de maximizar o beneficio, pero se o fai valéndose do poder de mercado que posúe e non nos méritos da súa oferta, deteriorando o benestar do consumidor e alterando o funcionamento eficiente do mercado, a conduta non está xustificada; constituirá unha explotación abusiva e prohibida da posición de dominio (ECLI:ES:TS:2003:3133).

En definitiva, a modo de síntese, pódese afirmar que o concepto xurídico de explotación abusiva dunha posición de dominio dos arts. 102. TFUE e 2 LDC se caracteriza: (1) por ter natureza obxectiva; (2) porque o ben xurídico protexido é o funcionamento competitivo do mercado en beneficio do benestar dos consumidores; e (3) porque a necesidade obxectiva da conduta ou as eficiencias que produce permiten considerar como lícita unha conduta que pode estar a causar un deterioro na estrutura competitiva do mercado (un dano lícito).

2.6 Tipos de abuso

En función de quen son os principais prexudicados polos efectos restritivos da conduta, as autoridades de competencia e a doutrina diferencian dúas categorías básicas de abuso da posición de dominio: (1) abusos exclusionarios ou abusos cuxo efecto directo é impedir a entrada ou a expulsión dos competidores do mercado, e (2) abusos explotativos ou abusos que fundamentalmente reducen o benestar dos clientes ou dos consumidores. Dentro destas categorías doutrinarias e atendendo á natureza da conduta realizada cabe distinguir varios tipos de abuso; entre outros posibles: prezos excesivos, prezos predatorios, comprensión dos marxes comerciais, negativa de venda ou a licenciar, acordos de exclusiva e de marca única, descontos de fidelización (Expte. CNMC S/0041/19, Correos 3), discriminación entre clientes, vinculación e venda por paquetes de produtos ou servizos, etc.

Sendo compatibles con esas dúas categorías básicas de abuso, cando o efecto restritivo non se produce no mercado dominado senón nun mercado veciño, no que a empresa infractora quere introducirse ou ben está presente sen ser dominante, pero no que tenta estender a súa cota de mercado mediante a conduta abusiva, adóitase falar de "abuso en mercados conexos" (ECLI:EU:T:2021:763). A concorrencia desta clase de abuso da posición de dominio ten como requisitos os seguintes: (1) a empresa debe ter posición de dominio sobre un ben ou servizo para o que non existen substitutivos efectivos; (2) a conexión entre ámbolos mercados debe ser estreita, de xeito que dende o mercado dominado se pode de forma efectiva restrinxir a competencia efectiva no mercado conexo; (3) ten que ser factible que a empresa dominante estenda o seu poder ao mercado conexo ou se reforce no que está xa presente, de forma que a competencia se debilite (Expte. TDC R 713/07, Special Prices/Binter Canarias).

Outra clase particular de abuso, relacionada coas condutas abusivas de negativa a contratar ou a licenciar, son os “abusos de instalacións ou recursos esenciais”. Nestes supostos, a empresa en posición de dominio ten que ser titular ou explotar en exclusiva un ben —habitualmente, unha patente ou outro dereito de exclusiva— ou unha instalación que é imprescindible (esencial) para poder competir de xeito efectivo nun mercado contiguo, augas arriba ou abaixo. Nestes casos, a negativa a compartir o recurso ou instalación pode constituír un abuso da posición de dominio, sempre que concorran determinadas circunstancias: (1) a instalación ou recurso é irreplicable técnica ou economicamente, polo tanto, o acceso á mesma é necesario para competir de forma efectiva nun mercado relacionado co mercado dominado; (2) a negativa de acceso ao recurso esencial non está obxectivamente xustificada; e (3) que tal conduta sexa susceptible de eliminar a competencia no devandito mercado en prexuízo do benestar dos consumidores (Expte. CNC S/0341/11, Correos).

2.6.1 *Abusos exclusionarios*

Estes comportamentos abusivos teñen por principal finalidade incrementar ou robustecer o poder de mercado da empresa dominante, nuns casos realizando condutas dirixidas a excluír aos seus competidores actuais, noutros a través de condutas que procuran pechar o mercado a competidores potenciais xerando barreiras de entrada. En definitiva, condutas que causan o peche anticompetitivo do mercado (Expte. CNMC S/0041/19, Correos 3).

Como froito da introdución dunha maior análise económica baseada nos efectos da conduta no funcionamento eficiente do proceso competitivo e, no último termo, no benestar do consumidor, a Comisión Europea decidiu hai tempo centrar os seus recursos na persecución deste tipo de abusos, xa que considera que son os que maior dano poden causar “ao xogo da competencia no mercado interior” e, dentro das condutas excluíntes a aquelas que resulten máis lesivas para o benestar do consumidor, na forma de prezos máis baixos, mellor calidade e maior gama de bens e servizos novos ou mellorados (Orientacións sobre o art. 102 TFUE, pars. 5 e 6).

A prioridade das AdC en relación coas condutas abusivas excluíntes é evitar o peche anticompetitivo do mercado, descrito pola Comisión Europea como unha situación na que o acceso efectivo dos competidores reais e potenciais aos subministros está obstaculizado ou eliminado a consecuencia da conduta da empresa dominante, grazas á cal é probable que a empresa dominante estea en condicións de incrementar de forma rendible os prezos ou de limitar por calquera outro medio o benestar dos consumidores medios ou finais, como pode ser limitar a calidade ou a oferta de bens ou servizos dispoñibles (Comunicación Orientacións sobre o art. 102 TFUE, par. 19).

A probabilidade de que unha conduta abusiva estea a causar un peche anticompetitivo do mercado depende dos factores seguintes: (1) grao de dominio do mercado;

(2) barreiras de entrada e expansión existentes, como economías de escala e/ou de alcance, *big data*, dereitos de propiedade industrial, e efectos de rede; (3) posición dos competidores da empresa dominante; (4) posición dos clientes ou dos provedores de insumos; e (5) alcance da conduta presuntamente abusiva. Compételle á AdC a carga de probar ese efecto exclusionario da conduta, sendo suficiente que este sexa probable, polo que non é necesario acreditar que se teña producido ou que é un efecto de carácter grave ou apreciable, mais non meramente hipotético (ECLI:EU:C:2011:83).

A conduta excluín-te pode estar referida ao prezo do ben ou servizo, pero tamén a outras condicións de produción ou comercialización que limiten a cantidade, a calidade ou as posibilidades de elección do cliente ou consumidor. Sendo o prezo o principal factor de competencia, as AdC prestan unha especial atención e dan prioridade aos abusos excluín-tes baseados nos prezos, como poden ser as políticas de prezos predatorios (Expte. TDC R 605/04, Asempre/Correos) e de comprensión dos marxes comerciais (Expte. CNC S/0207/09, Transporte Televisión), nos que, como norma xeral, se emprega o test do competidor con igual grao de eficiencia para concluír o carácter abusivo da conduta de prezos, determinando se un competidor con similar estrutura de costes que o operador dominante pode ser rendible no mercado.

2.6.2 Abusos explotativos

Estas condutas abusivas da posición de dominio teñen por finalidade directa reducir o benestar do consumidor, na forma de maiores prezos ou menor cantidade ou calidade da oferta de produtos ou servizos.

No ámbito do Dereito da competencia da UE, para a Comisión Europea este tipo de abusos non son unha prioridade no control das condutas ao abeiro do art. 102 TFUE, excepto se non existe outro modo de garantir adecuadamente a protección dos consumidores e o correcto funcionamento do mercado interior (par. 7). Esta posición fundaméntase no pensamento económico de que, en mercados abertos á libre competencia, os abusos explotativos carecen de racionalidade económica. En efecto, a análise económica afirma que, en mercados sen barreiras de entrada significativas, se unha empresa dominante decide aplicar prezos altos (supracompetitivos) estará xerando incentivos para que outras empresas invistan, innoven ou incrementen a súa produción para competir de forma efectiva, de modo que esta presión competitiva por si soa moderará os prezos, polo que a intervención nestes mercados aplicando a prohibición de abuso pode destorcer a eficiencia dinámica. Pero en mercados pechados á competencia os prezos non poden cumprir esa función de asignación eficiente dos recursos do mercado, de xeito que se unha empresa dominante establece prezos elevados estará a reducir o benestar do consumidor sen promover a eficiencia dinámica do mercado; isto é, será unha conduta que non incentiva a entrada

de novos operadores, de novos e mellores produtos, senón máis ben unha conduta que evita axustes de capacidade estrutural ou incluso a desaparición dunha empresa ineficiente. Neste senso, as condutas de prezos excesivos adoitan ir acompañadas de elevados beneficios, mais este feito non é un elemento imprescindible xa que o obxectivo dos prezos altos pode ser facer fronte a estruturas de costes ineficientes por elevados que a empresa dominante quere manter por constituír unha eficiente barreira de entrada ao mercado (Expte. CNC 626/07, Canarias de Explosivos).

A práctica da AdC española é relativamente rica en casos de abusos explotativos, entre outras posibles razóns porque, a diferenza da Comisión Europea e doutras ANC, non tiña ata o ano 2021 a potestade de desestimar as denuncias que recibía, en atención ao reducido impacto da conduta no funcionamento eficiente do mercado e no benestar dos consumidores, ou ben pola dificultade de obtención de evidencias probatorias suficientes para acreditar a conduta obxecto da denuncia (art. 49 LDC). Unha porcentaxe relevante dos casos de abusos resoltos está relacionada coas condutas en materia de prezos das entidades de xestión colectiva de dereitos de propiedade intelectual. A razón radica en que estas entidades operan como monopolios de oferta sen que a lexislación de propiedade intelectual proporcione instrumentos adecuados para evitar a imposición de prezos excesivos ou discriminatorios aos usuarios dos repertorios de dereitos que xestionan. En concreto, a Sección Primeira da Comisión de Propiedade Intelectual do Ministerio de Cultura, como regulador sectorial carece de instrumentos para a resolución eficiente dos numerosos conflitos tarifarios que xorden entre os usuarios e estas entidades de xestión colectiva de dereitos de propiedade intelectual, de forma que aqueles denuncian as tarifas aprobadas de forma unilateral polas entidades como suposto de abuso da posición de dominio (Expte. CNMC S/0460/13, SGAE-Concertos). En relación co concepto de "prezos non equitativos", o TXUE ten establecido que "para comprobar se as tarifas esixidas pola sociedade de xestión colectiva son equitativas dende o punto de vista tanto do dereito dos autores a unha remuneración adecuada como dos intereses lexítimos dos usuarios, tense que ter en conta non só o valor económico do servizo de xestión colectiva considerado como tal, senón tamén a natureza e ámbito de uso das obras e o valor económico xerado por tal uso" (ECLI:EU:C:2020:9599).

2.7 Prohibición de abuso da posición dominante e exercicio de dereitos de propiedade industrial ou intelectual

Os dereitos de propiedade industrial (patentes, marcas, deseño industrial...) e intelectual (dereitos de autor e afíns) caracterízanse por ser dereitos de exclusiva; dereitos que conceden ao titular a facultade de prohibirles aos competidores acceder ao ben obxecto de protección. Pero este monopolio xurídico de carácter temporal non atribúe automaticamente unha posición de dominio no mercado no senso dos arts. 102 TFUE ou 2 LDC.

Cando a titularidade do dereito de exclusiva atribúe unha posición de dominio en sentido económico, o uso non normal ou non razoable de tal dereito pode constituír un abuso da posición de dominio. Nestes supostos, a conduta abusiva máis frecuente é a negativa a conceder licenzas de uso (p. ex., unha licenza de patente), mais esta conduta non é en si mesma abusiva. En xeral, para que a negativa a conceder unha licenza de uso constituía un abuso, o dereito de propiedade intelectual debe constituír un recurso esencial para poder competir nun mercado relacionado en prexuízo do benestar do consumidor e, aínda así, deben concorrer unha serie de circunstancias excepcionais esixidas pola xurisprudencia europea (ECLI:EU:T:2007:289). Igual sucede coas condutas consistentes na interposición de demandas xudiciais fronte aos competidores por violación do seu dereito de exclusiva, que, en xeral, só se poden considerar abusivas cando non teñen outra xustificación que a de eliminar o competidor demandado (ECLI:EU:T:1998:183).

3 Restrición da libre competencia mediante actos de competencia desleal

O artigo 3 da LDC, baixo o rótulo de "Falseamento da libre competencia por actos desleais", dispón: "A Comisión Nacional da Competencia [actualmente, a CNMC] ou os órganos competentes das comunidades autónomas coñecerán, nos termos que esta Lei establece para as condutas prohibidas, dos actos de competencia desleal que por falsear a libre competencia afecten ao interese público".

Xa sinalamos ao principio desta lección que esta prohibición non existe no Dereito da UE, como tampouco existe na UE unha lexislación xeral sobre a competencia desleal. Polo tanto, os actos de competencia desleal aptos para restrinxir ou falsear a competencia efectiva só resultarán prohibidos polo Dereito *antitrust* da UE se teñen orixe concertada e cumpren os restantes presupostos de aplicación do art. 101 TFUE, ou constituíen condutas dunha empresa dominante cualificables de abuso da posición dominante conforme o disposto no art. 102 TFUE. Mais o Dereito da competencia da UE non se opón a que os Dereitos nacionais da competencia dos Estados membros conteñan prohibicións máis estritas das condutas unilaterais (pars. 8 e 9 do Regulamento CE 1/2003), que é o que sucede en España con este precepto legal, que presenta certos paralelismos con prohibicións *antitrust* existentes nas lexislacións de defensa da competencia de Alemaña, Francia e Portugal.

Seguindo o texto do art. 3 LDC, algunhas resolucións da AdC española afirman que entran no ámbito de aplicación desta prohibición aquelas condutas que cumpran, acumulativamente, os tres requisitos seguintes: 1) que constituán un acto de competencia desleal; 2) que falseen ou restrinxan a libre competencia; e 3) que afecten ao interese público. Na nosa opinión, a referencia ao interese público introduce confusión e resulta superflua, no senso de que un acto de competencia desleal que sexa apto para restrinxir sensiblemente a competencia, necesariamente, afectará ao

interese público consistente no funcionamento competitivo dos mercados de bens e servizos (art. 38 CE). Por outra banda, a súa mención no art. 3 LDC podería inducir a pensar que o acto de competencia desleal, ademais de afectar ao ben xurídico de libre competencia, tamén tería que afectar a outro interese público distinto, *meta-antitrust*, cando non debería ser así (Expte. CNC S/410/12, Ascensores-2). Por conseguinte, na nosa opinión, sitúanse baixo o ámbito de aplicación deste ilícito *antitrust* as condutas unilaterais cualificables como actos de competencia desleal que teñan aptitude para destorcer significativamente o funcionamento competitivo do mercado en prexuízo do benestar do consumidor ou do benestar xeral (Expte. CNMC S/DC/0552/15, AGIC). Así pois, dous son os elementos deste ilícito *antitrust*: (1) a existencia dun acto de competencia desleal, e (2) a aptitude desta conduta para restrinxir a competencia efectiva. Requisitos ou elementos do tipo que pasamos a analizar deseguido.

Resta, por último, advertir que, a diferenza dos arts. 1 e 2 LDC, este ilícito *antitrust* unicamente pode ser aplicado polas autoridades administrativas de competencia, como así resulta do propio texto do precepto legal. Os xuíces do Mercantil poderán coñecer da mesma conduta pero no marco dun procedemento civil de infracción da Lei 3/1991, de 10 xaneiro, de Competencia Desleal.

3.1 Cualificación da conduta como acto de competencia desleal

O primeiro dos elementos do tipo deste ilícito é a existencia dun acto de competencia desleal consonte o establecido na lexislación española contra a competencia desleal, fundamentalmente, a Lei de Competencia Desleal. Polo tanto, non existe un concepto de acto de competencia desleal propio do Dereito de defensa da competencia e distinto do que resulta do Dereito contra a competencia desleal. Neste senso tense pronunciado de forma reiterada a AdC española, que, en virtude da norma do art. 3 LDC, vese na necesidade de interpretar unha lexislación —a de competencia desleal— cuxa aplicación, a título principal, correspóndelle en exclusiva aos xulgados do Mercantil. Esta última afirmación merece ser matizada, no senso de que as autoridades de consumo tamén teñen competencia para sancionar os actos de competencia desleal que constitúan unha práctica comercial desleal fronte aos consumidores, consonte o xogo combinado dos arts. 19.1 e 47 do Texto Refundido da Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios.

A non concorrencia deste primeiro requisito debe conducir a AdC a rexeitar a existencia dunha infracción do art. 3 LDC, acordando o arquivo do expediente sancionador por falta de indicios de infracción (art. 49.3 LDC). Mais na praxe da AdC española non faltan resolucións nas que, en primeiro termo, se examina a aptitude da conduta investigada para xerar efectos restritivos significativos, de sorte que descartada *prima facie* a existencia ou a aptitude da conduta para xerar ese tipo de efectos, xa non se

procede á tarefa da cualificación xurídica da conduta conforme a lexislación contra a competencia desleal. Neste senso, na Resolución *TuBillete*, a AdC afirma: “estando o Consello de acordo coa Dirección de Investigación en que da denuncia non se desprende que existan indicios dunha afectación significativa á competencia nin, polo tanto, ao interese público relevante en sede do artigo 3 LDC, tampouco procede nunha análise da conduta denunciada dende a perspectiva do Dereito contra a competencia desleal, que sería estéril a efectos da prohibición contida no artigo 3 LDC calquera que fose o resultado desa cualificación xurídica.” (Expte. CNC S/0041/08, *TuBillete*). Esta forma de análise da prohibición do art. 3 LDC é seguida naqueles asuntos nos que, a primeira vista, a AdC observa que é imposible que a conduta denunciada poida cumprir este segundo elemento do ilícito *antitrust*, conclusión que esixirá unha mínima delimitación do mercado relevante. Con este método de análise evítase que organismos administrativos como o son as Autoridades de competencia realicen cualificacións xurídicas consonte unha lexislación que é allea ao seu ámbito de actuación xurisdiccional, evitando en incorrer en erros interpretativos superfluos.

3.2 Aptitude do acto de competencia desleal para restrinxir a competencia

O art. 3 LDC habilita as autoridades de competencia para coñecer dos actos de competencia desleal “que por” falsear de maneira significativa a libre competencia “afecten” ao interese público. Como xa se apuntou, este texto merece dous reparos de técnica lexislativa. En primeiro termo, en lugar de apelar ao interese público, máis ben tería que facerse referencia á afectación da orde pública económica, xa que este é o concepto de Dereito público que xustifica a imposición de restricións á liberdade de empresa. En segundo termo, non parece posible falsear de maneira significativa a libre competencia sen que, ao tempo, resulte afectado o interese público tutelado pola LDC. En definitiva, ámbolos presupostos —falseamento da competencia e afectación do interese público— son materialmente un só elemento do ilícito.

Esta apelación normativa á afectación do interese público, ten servido para que a AdC española interprete que este precepto “non ten por obxecto reprimir calquera tipo de deslealdade nin protexer, directamente, os intereses dos competidores prexudicados. Disto encárgase a Lei de Competencia Desleal. A Lei de Defensa da Competencia é unha norma de dereito público que persegue unha finalidade de interese público, cal é que as condutas desleais non cheguen a falsear o funcionamento competitivo do mercado”. (Expte. TDC R 189/96, *Resopal*). Esta afirmación de que a LDC é unha norma de Dereito público e a LCD unha norma de Dereito Privado, e que, en consecuencia, aquela persegue unha finalidade de interese público e esta unha finalidade de interese privado, presupón unha visión antiga e desenfocada da función ordenadora das condutas económicas que, de forma complementaria, teñen ámbalas lexislacións nas modernas economías de mercado. Na nosa opinión, esta lectura non se pode sostener actualmente, dende o momento en que as normas substantivas

do Dereito de defensa da competencia (arts. 1, 2 e 3, e, en xeral, os capítulos I e II do Título I da LDC) son normas tipicamente mercantís, en tanto que ordenadoras da actividade privada de mercado dos operadores económicos.

Non cabe dúbida de que a actual regulación da competencia desleal asenta o xuízo de deslealdade no obxectivo institucional de tutelar a función reguladora das relacións de contido económico que desempeña a loita competitiva nas economías de mercado, e faíno en interese das partes desa relación de mercado, pero tamén no interese da xeneralidade no correcto funcionamento do sistema de economía de mercado (art. 38 CE). O Dereito contra a competencia desleal vixente xa non é un sistema de solución de conflitos privados entre competidores, configurándose como un sistema xeral de ordenación e control dos comportamentos con finalidade competitiva (art. 2 LCD), polo que protexe o mesmo ben xurídico que o Dereito de defensa da competencia: o funcionamento eficiente do proceso competitivo. Así resulta do propio artigo 1 LCD, pois afirma que esa Lei ten por “obxecto a protección da competencia en interese de todos os que participan no mercado, e a tal fin establece a prohibición dos actos de competencia desleal”. Esta finalidade institucional do Dereito contra a competencia desleal plásmase normativamente na configuración do ilícito de competencia desleal como un ilícito de carácter obxectivo e de perigo. É dicir, a deslealdade configúrase ao redor da infracción de normas obxectivas de comportamento, sendo irrelevante que tal comportamento lesione ou non dereitos subxectivos dos competidores. Tal é así que a cláusula xeral de deslealdade do art. 4 LCD reputa desleal “todo comportamento que resulte obxectivamente contrario ás esixencias da boa fe”; isto é, que non se axuste á competencia de méritos ou competencia baseada nas propias prestacións.

Como se acaba de sinalar, a LCD protexe a competencia económica en “interese de tódolos que participan no mercado” (art. 1 LCD), tanto dende o lado da oferta (empresarios) como da demanda (clientes, consumidores e usuarios), pero tamén en defensa do interese público. A presenza deste último, entre os intereses protexidos mediante a persecución dos actos de competencia desleal, resulta congruente coa función constitucional asignada á competencia como principio regulador das relacións económicas nos sistemas de economía de mercado (art. 38 CE). Ao mesmo tempo, esta integración do interese público entre os obxectivos da represión da competencia desleal ten, por unha banda, o seu reflexo nos tipos de ilícitos de competencia desleal; é dicir, como o obxectivo non só é protexer dereitos subxectivos dos empresarios, non se consideran actos de competencia desleal condutas que, sendo obxectivamente aptas para lesionar eses dereitos subxectivos resultan, no entanto, ser procompetitivas. Así, a título de exemplo, non se consideran actos de competencia desleal: a) os comportamentos de imitación de prestacións ou iniciativas dos competidores, salvo en determinados supostos (art. 11 LCD); b) manifestacións denigratorias sobre a actividade ou prestacións de competidores se son exactas, verda-

deiras e pertinentes (art. 9 LCD); c) a venda a perda, excepto en determinados casos, como cando forma parte dunha estratexia dirixida a eliminar un competidor ou grupo de competidores do mercado (art. 17 LCD). Doutra banda, esta contemplación do interese público dentro da tríade de intereses protexidos polo Dereito contra a competencia desleal trae consigo unha “aproximación teleolóxica e substantiva” entre os ilícitos de competencia desleal e *antitrust*, que, en particular, se pode observar nos ilícitos de competencia desleal da venda a perda que constituía unha estratexia dirixida a alterar a estrutura do mercado, ou na explotación abusiva dunha situación de dependencia económica (art. 16.2 LCD).

Á vista de cal é a finalidade institucional da LCD e dos intereses protexidos, varias son as cuestións que suscita o texto do art. 3 LDC. Así, posto que a afectación ao interese público está presente en todo acto de competencia desleal, como tamén o requisito de falseamento da competencia, a noción de interese público á que apela o artigo 3 LDC non pode ser a que é consubstancial a todo acto de competencia desleal. Por outra banda, a expresión “interese público” non está presente no texto da prohibición de acordos colusorios (art. 1 LDC), nin no da prohibición de abuso da posición dominante (art. 2 LDC), pero resulta obvio que ámbalas prohibicións *antitrust* establécense en protección do interese público, que aquí se materializa na tutela da libre competencia como ben xurídico constitucionalizado (art. 38 CE). Polo tanto, parece razoable pensar que foi vontade do lexislador que esta apelación ao interese público teña unha especial transcendencia ao tempo de interpretar a prohibición do art. 3 LDC. Desde este punto de partida, poderíase interpretar que a activación dos ilícitos *antitrust* e de competencia desleal está suxeita a un distinto grao de afectación da competencia económica, porque a composición de intereses que está detrás de cada ilícito varía. A potestade da Administración para intervir, a través do Dereito de defensa da competencia, no ámbito das relacións privadas de mercado esixe que as condutas empresariais poñan en risco obxectivos de política económica (de política de competencia), sendo esta a razón pola que os ilícitos *antitrust* esixen que as condutas sexan aptas para afectar ao funcionamento eficiente do mercado, á función ordenadora da libre competencia como garantía da economía de mercado. Pola contra, os ilícitos de competencia desleal actívanse cando a conduta afecta á capacidade de competir dos competidores, mediante un comportamento obxectivamente contrario ás esixencias da boa fe, aínda cando tal dano ilexítimo non teña repercusión relevante sobre a estrutura ou sobre as condicións normais de competencia no mercado.

Partindo destas premisas, e determinando que a conduta constitúe un acto de competencia desleal, será preciso analizar a súa aptitude obxectiva para “falsear a libre competencia”. Nesta sede, o termo falsear débese entender como sinónimo de impedir ou restrinxir a competencia, como así resulta da literalidade da prohibición de acordos colusorios do art. 1.1 LDC. Este efecto falseador do proceso competitivo debe superar un determinado limiar, aquel que resulta da aplicación da regra de mini-

mis do art. 5 LDC, conforme o cal as prohibicións dos arts. 1 a 3 da Lei non se aplicarán ás condutas que pola súa escasa importancia non sexan capaces ou aptas para afectar de modo significativo á competencia.

A comprobación desta aptitude restritiva do acto de competencia desleal esixe delimitar o mercado relevante, observar a posición relativa (cota de mercado) que nel ostenta a empresa investigada e a empresa directamente prexudicada, e observar outras circunstancias relevantes como: a natureza e duración do acto de competencia desleal, o grao e medio de difusión da conduta entre os clientes ou consumidores, o risco de xeneralización da conduta entre outros competidores, o tipo de produto ou servizo afectado, os efectos —reais ou potenciais— da conduta sobre os competidores, clientes ou consumidores, e a afectación de intereses públicos distintos á libre competencia, así como a liberalización do mercado ou unha diminución dos ingresos públicos. É dicir, a análise e presenza de tódolos factores e circunstancias concurrentes en cada caso. En definitiva, a análise do contexto fáctico no que ten lugar a conduta desleal investigada debe permitir determinar se, pese a ser realizada por unha empresa que carece de posición de dominio, é unha conduta de competencia desleal apta para restrinxir de forma significativa a competencia efectiva no mercado (Expte. CNC S/0213/10, Iberdrola Sur) 79

3.3 A finalidade deste ilícito *antitrust*

O art. 3 LDC debe ser considerado un ilícito de peche do sistema español de tutela da libre competencia, na medida en que permite a persecución e prohibición polas AdC de condutas unilaterais de empresas que non teñen posición de dominio pero que, pola súa natureza de actos de competencia desleal e polo contexto fáctico no que se producen, resultan aptas para alterar o funcionamento eficiente do proceso competitivo.

Consonte esta posición doutrinal, do ámbito de aplicación do art. 3 LDC deben quedar excluídas as condutas que constitúan un acordo colusorio no sentido do art. 1 LDC ou un abuso de posición dominante segundo o art. 2 LDC, xa que a función institucional do art. 3 LDC non sería habilitar as AdC para perseguir aquelas condutas colusorias ou de empresas dominantes que non encaixan respectivamente nas prohibicións *antitrust* clásicas dos arts. 1 e 2 LDC. Mais esta interpretación non parece ser compartida polo Tribunal Supremo, pois en relación coa prohibición de abuso da posición de dominio vén a afirmar que unha conduta de competencia desleal realizada por unha empresa en posición dominante terá de axuízarse en todo caso como infracción ao artigo 3 LDC (ECLI: ES:TS:2007:1399). De seguirse ao Tribunal Supremo, na medida en que a posición de dominio presupón que a empresa dominante non está exposta a unha competencia efectiva, actual ou potencial, e dada a especial responsabilidade que recae sobre ela, cabería entender que a realización dun acto de

80 competencia desleal, con carácter xeral, debería ser apto para afectar á competencia e ao interese público no sentido do art. 3 LDC. Pola contra, se a empresa investigada pola infracción desta prohibición *antitrust* carece de posición de dominio, o cumprimento deste requisito ou elemento do tipo requirirá, como xa se apuntou, que o acto de competencia desleal veña rodeado dunha serie de circunstancias que fagan que teña a capacidade de falsear a competencia efectiva afectando ao interese público.

Lección 05

Conduas anticompetitivas exentas

81

ÍNDICE: 1.- A doutrina das restricións accesorias; 2.- As condutas de menor importancia 3.- Conduas restritivas exentas por Lei; 4.- Conduas colusorias exentas por eficiencia; 4.1.- O sistema de exención; 4.2.- Requisitos da exención; 4.3.- As exencións por categorías; 4.3.1.- Natureza e características dos Regulamentos de exención por categorías; 4.3.2.- Unha referencia ao contido dos Regulamentos de exención por categorías vixentes.

1 A doutrina das restricións accesorias

Non se consideran prohibidas polo Dereito da competencia as denominadas restricións accesorias, concepto que comprende calquera hipotética restrición da competencia directamente relacionada coa realización dunha operación principal lícita que sexa necesaria e proporcionada á mesma (véxanse os pars. 28 a 31 das Directrices relativas á aplicación do art. 81.3 TCE de 2004 (actual art. 101.3 TFUE), a Comunicación da Comisión sobre as restricións directamente vinculadas á realización dunha concentración e necesarias a tal fin de 2005, e tamén o art. 10.3 LDC).

No ámbito da prohibición de acordos colusorios, o concepto de restrición accesoria aplícase a aquelas limitacións á competencia contidas ou relacionadas cunha operación ou acordo principal non restritivo da competencia no senso dos arts. 101.1 TFUE e/ou 1.1 LDC. Así, por exemplo, cando un acordo de compravenda de empresa non ten por obxecto ou por efecto restrinxir a competencia, tampouco caberá aplicar a prohibición de colusión a aquelas restricións á competencia directamente relacionadas coa execución de tal compravenda, sempre que sexan necesarias e proporcionais a tal fin. Neste sentido, o TXUE ten resolto que unha cláusula contractual de prohibición da competencia sobre o vendedor será obxectivamente necesaria para a

realización da transmisión dunha empresa na medida en que, no caso de non existir e sempre que as partes continúen en situación de competencia con posterioridade á operación, esta non se podería realizar en tanto en canto o vendedor posúe un coñecemento da empresa transmitida que lle permitiría atraer para si a súa antiga clientela inmediatamente despois da transmisión. Seguindo esta xurisprudencia, a Autoridade española de competencia ten resolto que o art. 1.1 LDC non é aplicable ao pacto de non competencia asumido polo vendedor ou cedente dunha empresa na medida en que, en atención á súa duración temporal e á súa extensión obxectiva e territorial, resulte necesario para garantir o valor comercial completo dos activos cedidos ou vendidos. Noutro caso, a conduta restritiva entrará na prohibición de colusión (Expte. CNC S/0014/07, Xestión de Residuos Sanitarios).

A doutrina das restricións accesorias (*ancillary restraints*) é o froito da introdución dunha certa análise económica (*economic approach*) na avaliación das condutas empresariais en sede da prohibición de acordos colusorios (arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC), e pon de manifesto que non é posible interpretar que todo acordo que restrinxa a liberdade de actuación das partes ou dunha delas cae, necesariamente, naquela prohibición *antitrust*. Agora ben, a análise económica que revela esta doutrina non supón, en absoluto, situar o particular acordo principal e as restricións á competencia que contén no contexto xurídico e económico no que ten lugar, co obxecto de determinar e ponderar os seus posibles efectos positivos e negativos sobre a competencia existente no mercado considerado, con vistas a determinar o súa licitude *antitrust*. Tal balance ou *rule of reason* só é posible en sede do núm. 3 do art. 101 TFUE ou do núm. 3 do art. 1 LDC.

As Directrices de aplicación do actual art. 101.3 TFUE condensan a doutrina comunitaria sobre as restricións accesorias que, como se apuntou, se limita a avaliar as restricións no contexto específico dun acordo principal que, nos seus aspectos obxectivos e fundamentais, non ten por obxecto nin efecto limitar a competencia no sentido do art. 101.1 TFUE e do art. 1.1 LDC. Conforme este documento-guía da Comisión Europea (seguido polas Autoridades nacionais de competencia na aplicación da lexislación nacional), unha restrición está directamente relacionada coa operación principal cando está subordinada á súa realización e indisolublemente ligada á mesma, en tanto que o criterio da necesidade implica que a restrición debe ser obxectivamente necesaria para a realización da operación principal e proporcionada á mesma, de tal xeito que, en ausencia da restrición, a operación principal non restritiva resultaría de difícil ou imposible realización.

2 As condutas de menor importancia

Dende os primeiros tempos de aplicación do antigo art. 85.1 do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europea de 1957, seguindo o aforismo "*minimis non cu-*

rat praetor", o Tribunal de Xustiza da UE considerou que os acordos de menor importancia, entendidos como aqueles que non poden producir unha restrición significativa ou sensible das condicións de competencia que rexen no mercado considerado, non caen no ámbito de aplicación da prohibición das condutas colusorias.

83

A Comisión Europea desenvolveu esta "regra de *minimis*" a través de sucesivas Comunicacións que condensan a doutrina asentada polo TXUE. A vixente Comunicación de *minimis* (DOUE 2014/C 291/01) responde á idea de someter as condutas concertadas ao escrutinio da análise económica antes de resolver se contraveñen a prohibición de colusión. Esta análise económica efectúase, fundamentalmente, sobre a base de determinados limiares de cotas de mercado (que se calculan sobre o valor das vendas ou, no seu caso, das compras), que varían en función de se as partes do acordo son ou non competidores, e/ou da existencia de efectos acumulativos de exclusión pola presenza de redes paralelas de acordos restritivos similares. Sobre estas bases cuantitativas, a Comunicación de *minimis* establece unha sorte de presunción *iuris tantum* respecto de que acordos se consideran de menor importancia e, por conseguinte, excluídos do ámbito de aplicación da prohibición do art. 101.1 TFUE.

Estes criterios cuantitativos de *minimis* aplícanse a todo tipo de acordos colusorios, con excepción das denominadas restricións especialmente graves (*hard core restrictions*); é dicir, os acordos ou condutas concertadas que teñen por obxecto a fixación de prezos, a limitación da produción ou a repartición de mercados ou clientes considéranse excluídos da regra de menor importancia, calquera que sexa a cota de mercado das partes. A Comunicación de *minimis* non ten natureza de norma xurídica senón que se insire dentro do denominado *Antitrust Soft Law*, polo que non carece de efectos xurídicos. Así, a Comisión Europea, como Autoridade de competencia, non poderá incoar un procedemento sancionador polos acordos que se consideren de menor importancia conforme esta Comunicación, e non poderá impor multas ás empresas que, de boa fe, entendesen que o acordo era de menor importancia. Ademais, o feito de que un acordo supere os limiares de cota de mercado definidos na Comunicación de *minimis* non implica, necesariamente, que produza efectos restritivos significativos sobre a competencia, e que, polo tanto, resulte prohibido polo art. 101.1 TFUE.

Con carácter xeral, a Comisión Europea considera que son de menor importancia os acordos entre competidores reais ou potenciais en calquera dos mercados afectados polo acordo (acordos horizontais) cando a cota de mercado conxunta das partes non excede do 10 % en calquera deses mercados. Cando as partes non son competidores reais ou potenciais en ningún dos mercados afectados polo acordo (acordos verticais), este considérase de menor importancia cando a cota de mercado de cada unha das partes non excede o 15 % en ningún deses mercados. Naqueles casos nos que resulte difícil establecer se un acordo é horizontal ou vertical, o limiar de *minimis*

sitúase no 10 %. Asemade, cando a competencia resulte restrinxida polos efectos acumulativos de exclusión derivados da existencia de redes paralelas de acordos de similares efectos, o limiar de cota de mercado redúcese, tanto para os acordos entre competidores como para os acordos verticais, ao 5 %. Ao obxecto de axudar as empresas a valorar a existencia destes efectos acumulativos, seguindo ao TXUE, a Comisión Europea considera que, en xeral, os acordos concluídos por operadores cunha cota de mercado non superior ao 5% non contribúen de forma significativa a este efecto acumulativo de exclusión.

Inspirándose nesta regra europea de *minimis*, o art. 5 LDC dispón: “As prohibicións recollidas nos artigos 1 a 3 da presente Lei non se aplicarán a aquelas condutas que, pola súa escasa importancia, non sexan capaces de afectar de maneira significativa á competencia. Regulamentariamente determinaranse os criterios para a delimitación das condutas de menor importancia, atendendo, entre outros, á cota de mercado”.

Podemos observar, en primeiro lugar, que, a diferenza do Dereito da UE, no ámbito nacional a regra de menor importancia resulta de aplicación non só ás condutas colutorias senón tamén ás condutas unilaterais das empresas con posición de dominio (art. 2 LDC) e aos actos desleais anticompetitivos (art. 3 LDC), de xeito que as condutas concertadas e unilaterais de menor importancia non constitúen ilícitos *antitrust*. En segundo termo, que, na súa segunda frase, o art. 5 LDC difire ao desenvolvemento regulamentario o que se debe entender por “afectar de maneira significativa á libre competencia”, mais apunta xa que, entre outros, se terá en conta o criterio de cota de mercado, que é o criterio fundamental seguido pola Comisión Europea na súa Comunicación de *minimis*. O RDC regula a regra de menor importancia nos arts. 1 a 3, seguindo en liñas xerais a normativa e xurisprudencia comunitaria. Así, inspirándose nos parágrafos 9 a 11 da Comunicación de menor importancia, o art. 1 RDC combina o criterio de cota de mercado e a natureza horizontal ou vertical do acordo para establecer que condutas concertadas se consideran excluídas da prohibición do art. 1 LDC por ser de menor importancia: a) as condutas entre competidores cando a cota de mercado conxunta das partes non exceda o 10 % en ningún dos mercados relevantes afectados; b) as condutas entre non competidores cando a cota de mercado de cada un non exceda o 15 % en ningún dos mercados relevantes afectados; e c) as condutas nas que resulte difícil determinar se as empresas son competidores ou non cando a cota de mercado de cada unha das partes non excede o 10 % nos mercados relevantes afectados. Estes limiares de cota de mercado redúcese ao 5 % cando existe risco de peche ou exclusión do mercado a terceiros como consecuencia da existencia de redes paralelas de acordos similares que cubran máis do 30 % do mercado de referencia.

Seguindo a Comunicación de *minimis*, o RECAV e tamén as Directrices relativas ás restricións verticais, pero tamén innovando, o art. 2 RDC contén unha lista de con-

dutas que se consideran excluídas do concepto de condutas de menor importancia. Trátase de condutas que establecen restricións que teñen por obxecto restrinxir a competencia e, por iso, considéranse *per se* prohibidas (sen comprobar os seus efectos significativos sobre a competencia) e excluídas da análise económica que está detrás da regra de *minimis* baseada en cotas de mercado. Recóllense aquí as tres categorías clásicas de *hard core restrictions*: fixación de prezos, limitación da produción e da distribución e repartición de mercado. Este tipo de restricións considéranse sempre excluídas da regra de *minimis* se constitúen o obxecto de condutas realizadas entre competidores, mentres que quedarán suxeitas a determinadas excepcións (polas eficiencias que adoitan xerar; p. ex., a recomendación vertical do prezo de revenda ao público) se resultan de condutas entre non competidores.

O art. 3.1 RDC, baixo o rótulo de “outras condutas de menor importancia”, dispón: “Sen prexuízo do disposto nos artigos anteriores e a efectos do establecido nos artigos 5 e 53.1.b) da Lei 15/2007, de 3 de xullo, o Consello da Comisión Nacional da Competencia poderá declarar non aplicables os artigos 1 a 3 da citada lei ás condutas que, atendendo ao seu contexto xurídico e económico, non sexan aptas para afectar de maneira significativa á competencia”. Esta norma ten por finalidade dotar de certa flexibilidade o concepto de menor importancia baseado en cotas de mercado, porque prestar só atención ás cotas de mercado das empresas parte do acordo para definir e excluír unha restrición significativa da competencia constitúe, en certo xeito, un enfoque de licitude *per se*. A tal obxecto, este precepto incorpora a xurisprudencia comunitaria que afirma a posibilidade de acordos que, excedendo os limiares de cota de mercado da regra de menor importancia, non son aptos para afectar de forma significativa á competencia, así como acordos que, sen superar tales limiares, conteñen restricións por obxecto que, atendendo ás circunstancias do concreto acordo e ao contexto xurídico e económico pertinente, tampouco son aptos para afectar de forma significativa á competencia efectiva (Expte. CNC S/0105/08, Corral de las Flamencas).

O art. 1 RDC, na medida en que se refire ás “condutas entre empresas”, só resulta aplicable ás condutas concertadas prohibidas polo art.1.1 LDC, e igual sucede coas listas de restricións dos números 1 a 3 do art. 2 RDC, pois a restrición do número 4 pódese entender aplicable tanto a condutas bilaterais como unilaterais. Igual sucede coa norma do art. 3 RDC; sen dúbida, aplícase aos tres ilícitos *antitrust*. A oportunidade de aplicar a regra de *minimis* á prohibición de abuso da posición dominante é cuestionable, porque o propio concepto obxectivo de abuso da posición de dominio parece implicar, por si mesmo, una alteración significativa da competencia. De feito, non existe un só caso no que a Autoridade española de competencia aplicara a regra de menor importancia a unha conduta restritiva unilateral. Se cadra podería encontrar certa aplicación (a través do art. 3 RDC) no ámbito dos abusos explotativos fronte aos consumidores ou nos abusos de posición dominante en mercados

conexos cando a conduta afecte a mercados de escasa dimensión. Pola contra, a aplicación da regra de *minimis* á prohibición do art. 3 LDC pola vía do art. 3 RDC non supón unha novidade substantiva, na medida en que se pode considerar implícita no requisito de que o acto de competencia desleal teña que afectar (por falsear a libre competencia) ao interese público; afectación ao interese público protexido pola LDC que presupón ou esixe a existencia dun falseamento ou restrición significativa da libre competencia.

En definitiva, e con carácter xeral, pódese dicir que a regulación regulamentaria da regra de *minimis* trata de garantir unha aplicación do art. 1 LDC coherente coa doutrina e xurisprudencia do art. 101 TFUE, mesmo ao subtraer da regra de *minimis* determinadas restricións verticais (por exemplo, a prohibición das vendas pasivas ou a fixación vertical de prezos), que responden máis ao obxectivo de consolidar un mercado único comunitario que a preservar unha competencia efectiva (Expte. CNMC S/DC/0592/16, Laboratorios Martí).

3 Conduas restritivas exentas por lei

A competencia económica é un ben xurídico constitucionalmente protexido (art. 38 CE; tamén art. 119 TFUE), pero a súa tutela pode entrar en conflito con outros bens xurídicos de igual ou superior relevancia constitucional. Nestes casos, correspóndelle ao lexislador, nacional ou autonómico, resolver o hipotético conflito de bens xurídicos, mesmo mediante a eliminación da competencia no mercado de produto ou servizo considerado.

O art. 4 da LDC responde a estas situacións de conflito, regulando as denominadas “Conduas exentas por Lei” nos termos que seguen:

“1. Sen prexuízo da eventual aplicación das disposicións comunitarias en materia de defensa da competencia, as prohibicións do presente capítulo non se aplicarán ás condutas que resulten da aplicación dunha Lei.

2. As prohibicións do presente capítulo aplicaranse ás situacións de restrición de competencia que se deriven do exercicio doutras potestades administrativas ou sexan causadas pola actuación dos poderes públicos ou as empresas públicas sen o devandito amparo legal.”

Con razón a doutrina afirma que este precepto dista moito de ser un modelo de calidade na técnica lexislativa. Así, entre outros problemas interpretativos, pode resultar problemático determinar que se entende por condutas que “resulten da aplicación dunha Lei”, pois hai quen sostén que o art. 4.1 LDC exclúe do ámbito de aplicación do Dereito *antitrust* as condutas restritivas derivadas, tácita ou mesmo indirectamente, do previsto en norma con rango legal. Pola contra, nós somos da opinión de

que só as restricións expresamente previstas nunha lei poden quedar exentas das prohibicións *antitrust*, porque na medida en que o art. 4.1 LDC está a amparar límites á orde pública económica constitucionalizada (liberdade de empresa no marco da economía de mercado), as normas legais que amparen condutas anticompetitivas necesariamente teñen que ser obxecto dunha interpretación restritiva, o cal non impide o uso da técnica de establecer por lei a cobertura a unha determinada conduta restritiva diferindo ao Regulamento a súa concreción (ECLI:ES:TS:2015:800).

O ámbito de aplicación do art. 4 LDC comprende as tres categorías de condutas prohibidas pola Lei: os acordos colusorios, as condutas unilaterais abusivas da posición de dominio e os actos de competencia desleal anticompetitivos. Con todo, non deixa de estrañar o recoñecemento, polo menos aparente, polo lexislador da eventual existencia de abusos do dereito a competir (arts. 2 e 3 LDC) consentidos ou amparados por unha Lei.

A norma con rango de lei, estatal ou autonómica, que dá cobertura a unha conduta restritiva da competencia ten que limitarse a consentir ou autorizar aos operadores económicos a realizar condutas prohibidas pola LDC. Se a disposición normativa con rango de Lei vai máis aló, e impón aos operadores unha determinada conduta restritiva típica e antixurídica, non concorrerá nas empresas o necesario elemento volitivo para que naza sobre elas a responsabilidade, administrativa ou civil, pola realización dunha conduta prohibida. Así o sostén a Comisión Europea en relación coa infracción do art.101.1 TFUE, no senso de que se unha norma nacional impón ás empresas un comportamento restritivo ou crea un marco legal que impide o comportamento competitivo por parte das empresas, non se poderá aplicar o art. 101 TFUE, xa que, en tales situacións, a restrición da competencia non se debe, como require esta norma, a comportamentos autónomos das empresas (ver par. 22 das Directrices relativas ás restricións horizontais).

Cuestión distinta á aquí analizada é a incidencia que pode ter sobre a responsabilidade *antitrust* das empresas autoras de condutas restritivas da competencia o feito de que tal comportamento fose suxerido, promovido, amparado ou ratificado por unha Administración pública. Ante situacións deste tenor, a AdC española ten afirmado que se a actuación da Administración non ten suficiente base legal consonte o art. 4.1 LDC, a conduta restritiva das empresas cae no ámbito de aplicación da prohibición *antitrust* aplicable. Esta interpretación é coherente co texto do art. 4.2 LDC, porque dispón que as prohibicións dos arts. 1 a 3 LDC aplícanse ás situacións (condutas) de restrición da competencia que “se deriven” do exercicio doutras potestades administrativas ou “sexan causadas” pola actuación dos poderes públicos sen amparo legal. Con todo, a actuación da Administración Pública no exercicio das súas potestades administrativas, en virtude da aplicación do principio de confianza lóxica, si que pode ter relevancia en orde a graduar a responsabilidade das empresas pola realización da conduta restritiva prohibida, sen alcanzar o valor de eximente

da multa sancionadora que corresponda polo tipo de infracción e os seus efectos, conforme os arts. 62 a 64 LDC (Expte. CNC S/0107/08, Plataforma do Mexillón). Esta interpretación sería conforme coa doutrina e xurisprudencia europeas que, en aplicación do art. 101 TFUE, afirma que se unha lei nacional se limita a fomentar ou a facilitar comportamentos autónomos das empresas contrarios á competencia, estas seguen sometidas aos arts. 101 e 102 TFUE e poden ser sancionadas, valorándose a actuación da Administración pública como atenuante da sanción. Non obstante, tense que subliñar que existe unha certa xurisprudencia que atribúe a tal actuación administrativa carácter de eximente da responsabilidade *antitrust* da empresa (ECLI: ES:AN:2014:1193).

Por último, nalgúns expedientes sancionadores, este tipo de actuacións das Administracións públicas que facilitan a realización polas empresas de condutas restritivas da competencia teñen sido cualificados como unha conduta anticompetitiva prohibida, na medida en que é unha actuación material da Administración realizada ao marxe das prerrogativas que lle outorga o ordenamento xurídico e sen amparo legal ex art. 4 LDC. O feito de que, en relación con tales actuacións facilitadoras, a Administración pública non actúe como un operador económico non foi impedimento para considerar aplicable a prohibición de colusión, xa que para ser suxeito infractor desta prohibición da LDC basta con que a conduta da Administración pública teña capacidade para "incidir no mercado e restrinxir a competencia". En definitiva, considérase que a estas condutas da Administración lles resulta de aplicación a doutrina do TXUE relativa aos facilitadores, entendendo por tales a aqueles suxeitos que non sendo unha empresa no senso do Dereito da competencia (ou sen estar presente no mercado afectado) despregan un comportamento que ten o mesmo obxecto anticompetitivo que a conduta restritiva que amparan ou facilitan (ECLI: ES:TS:2016:3525).

4 Condutas colutorias exentas por eficiencia

4.1 O sistema de exención

As condutas concertadas que limitan ou poden limitar de forma significativa a competencia efectiva, e que se sitúan fóra do "porto seguro" dun Regulamento de exención por categorías ou da regra de *minimis*, non gozan da presunción de licitude *antitrust*; é dicir, de ser condutas compatibles coa prohibición de acordos colutorios. Pero este efecto non implica, necesariamente e de forma automática, que a conduta restritiva en cuestión quede incluída en tal prohibición, salvo que se trate dunha restrición da competencia por obxecto ou especialmente grave.

É responsabilidade das empresas analizar se os acordos dos que son parte poden resultar amparados por algún dos Regulamentos da UE de exención por categorías,

que, por virtude do art. 1.4 LDC, tamén son aplicables ás condutas concertadas que limitan a competencia en todo ou en parte do mercado español e non afectan aos intercambios comerciais dentro do mercado interior. A este fin, as empresas teñen nas Directrices que acompañan os distintos Regulamentos de exención por categorías unha guía para coñecer como a Comisión e o TXUE interpretan as disposicións dos Regulamentos de exención, pero tamén para avaliar correctamente o impacto restrictivo de acordos que non resulten amparados por ningún Regulamento de exención.

Como xa se ten apuntado, o feito de que un acordo non quede amparado por un Regulamento de exención por categorías, sexa porque as empresas superan os límites de cotas de mercado establecidos, sexa porque o acordo contén algunha das restricións especialmente graves ou das restricións excluídas (p. ex., art. 5 do RECAV), non implica automaticamente a súa ilicitude *antitrust*. O efecto xurídico de que un acordo non quede amparado por un Regulamento de exención radica en que non goza da seguridade xurídica que proporciona tal instrumento normativo; é dicir, tal acordo non amparado polo Regulamento de exención non se presume lícito ou conforme á cláusula xeral prohibitiva dos acordos colusorios (arts. 101.1 TFUE e 1.1 LDC), pero tampouco se presume ilícito. Corresponderá ás propias empresas avaliar ou acreditar —no caso de que unha AdC abra un expediente sancionador— que o acordo do que son parte cumpre os requisitos de exención enumerados no art. 101.3 TFUE e reproducidos no art. 1.3 LDC para os acordos que restrinxen a competencia no mercado español e non afectan aos intercambios comerciais entre os Estados membros da UE.

En consecuencia, podemos distinguir entre “exencións por categorías” para os acordos restrictivos que entran no ámbito de aplicación dun Regulamento de exención, e “exencións individuais” para aqueles acordos concretos que, non podendo situarse ao abeiro dun Regulamento de exención, reúnen os requisitos de exención do art. 101.3 TFUE e/ou 1.3 LDC, na medida en que obxectivamente poden xerar eficiencias (económicas, sobre todo, pero tamén de carácter social, ambiental, etc.) que, polo menos, compensan os efectos restrictivos que causa ou razoablemente pode causar; en definitiva, porque se trata dun acordo que, globalmente considerado, fomenta a competencia; é procompetitivo.

Ámbolos tipos de exención funcionan de xeito automático, no senso de que o acordo, dende que nace, queda amparado polo Regulamento de exención ou directamente polo art. 101.3 TFUE e/ou polo art. 1.3 LDC, sen necesidade dunha decisión da AdC que declare tal exención. Agora ben, a AdC poderá incoar un procedemento sancionador se considera que o acordo infrinxe a prohibición de colusión, no marco do que, consonte o principio acusatorio, a AdC asume a carga de probar a ilicitude do acordo e a empresa, a carga de acreditar que cumpre os requisitos de exención.

4.2 Requisitos da exención.

90 Catro son os requisitos de exención enumerados no art. 101.3 TFUE, reproducidos case que literalmente no art. 1.3 LDC, cuxa acreditación no caso concreto compételle á empresa que alegue a aplicación desta norma. De xeito preciso, o acordo ou conduta concertada debe: (1) contribuír a mellorar a produción ou distribución dos produtos ou servizos contractuais, ou a fomentar o progreso técnico ou económico, á vez que (2) debe reservar aos usuarios ou consumidores —nunha relación causal directa— unha participación equitativa no beneficio ou eficiencias resultantes do acordo. Ademais, en sentido negativo, o acordo restritivo: (1) non debe impor ás empresas parte do acordo restricións que non sexan indispensables para alcanzar os obxectivos de mellora da produción ou distribución ou do fomento do progreso técnico ou económico; e (2) non pode ofrecer ás empresas parte do acordo a posibilidade de eliminar a competencia respecto dunha parte substancial dos produtos ou servizos de que se trate. O acordo ten que cumprir os catro requisitos de exención, de xeito que a falta dun deles impide que se poida considerar exento en virtude dos arts 101.3 TFUE e/ou 1.3 LDC (ECLI:ES:TS:2021:2439).

As Autoridades de competencia examinan, un a un, a concorrencia destes requisitos, pero isto non quere dicir que os catro teñan a mesma importancia. O segundo dos requisitos negativos —que o acordo permita ás partes eliminar a competencia no mercado considerado— operará normalmente como excluínte, no senso de que, se o acordo permite ás partes non só restrinxir senón tamén eliminar por completo a competencia efectiva no mercado pertinente, resulta *de facto* imposible que cumpra os tres restantes requisitos. Igualmente, é obvio que canto máis restritivo da competencia sexa o acordo, máis difícil resultará que cumpra este requisito de exención e, por iso, tamén os restantes.

Se o acordo non permite ás empresas parte do acordo eliminar a competencia efectiva, actual ou potencial, procederá o exame de cumprimento dos tres requisitos restantes. Pero aquí sucede, de novo, que o primeiro requisito positivo funciona a modo de condición de cumprimento dos dous restantes. É dicir, un acordo que non contribúe a mellorar a produción ou distribución, ou a fomentar o progreso técnico ou económico (que non xere “externalidades positivas para os consumidores”, en palabras da CNMC na resolución do Expte. CNMC S/0003/20, Proptech), dificilmente reservará aos usuarios unha participación equitativa nunhas eficiencias que ou ben non existen, ou ben non son significativas, razón pola que, probablemente, as cláusulas restritivas do acordo non se poderán considerar indispensables para alcanzar o primeiro dos requisitos de exención.

O cumprimento dos catro requisitos de exención permite garantir que non quedan exentos acordos que dan lugar á constitución de monopolios ou posicións superdominantes; é dicir, á adquisición dun poder de mercado dende o que a empresa ou empresas poidan eliminar a competencia efectiva. Esta avaliación ten que facerse no

contexto real no que se produce o acordo, caso a caso, consonte as circunstancias que concorren no momento relevante. Para facilitar esa avaliación polas empresas, a Comisión Europea publicou a Comunicación Directrices relativas á aplicación do art. 101.3 TFUE de 2004, que contén a súa interpretación avalada polo TXUE ao respecto. Os Regulamentos de exención vixentes e as Directrices que os acompañan tamén proporcionan ás empresas, ás ANC e aos tribunais nacionais orientacións a ter en conta. Este marco normativo segue unha metodoloxía baseada na análise económica dos acordos, antes que na súa forma e contido. A grandes liñas, este enfoque consiste en situar o acordo no contexto xurídico e económico concernido, co obxecto de poder avaliar os seus efectos, actuais ou potenciais, sobre o nivel de competencia existente no mercado relevante e, en atención a este resultado, determinar se o acordo se pode considerar exento por aplicación do art. 101.3 TFUE e/ou 1.3 LDC ou, pola contra, prohibido porque non é apto para xerar eficiencias que compensen os efectos restritivos reais ou potenciais que produce.

91

4.3 As exencións por categorías

4.3.1 Natureza e características dos Regulamentos de exención por categorías

Como xa apuntamos máis arriba, os Regulamentos de exención achegan seguridade xurídica aos acordos que caen baixo o seu ámbito de aplicación, xa que se consideran lícitos, compatibles coa prohibición de acordos colusorios. Deste xeito, se nun momento posterior unha AdC considera que un determinado acordo formalmente amparado por un Regulamento de exención por categorías está a producir efectos restritivos da competencia incompatibles cos requisitos de exención dos arts. 101.3 TFUE ou 1.3 LDC, esa AdC non poderá declarar que é un acordo colusorio prohibido sen antes ter activado o procedemento de retirada individualizada do beneficio da exención por categorías aplicable consonte o procedemento previsto no Regulamento de exención.

Segundo o art. 1 do Regulamento nº. 19/65/CEE, do Consello, de 2 de marzo de 1965, relativo á aplicación do art. 85.3 do Tratado CEE (actual art. 101.3 TFUE) a determinadas categorías de acordos e prácticas concertadas, modificado polo Regulamento (CE) nº. 1215/1999, do Consello, de xuño de 1999, a Comisión Europea, mediante Regulamento, pode declarar que a prohibición de colusión do art. 101.1 TFUE non é aplicable: (1) ás categorías de acordos celebrados entre dous ou máis empresas que operen, por lo que atinxe ao acordo, a un nivel da cadea de produción ou distribución diferente, e que afecten ás condicións nas que as partes pode adquirir, vender ou revender determinados bens ou servizos; (2) ás categorías de acordos nos que só interveñan dúas empresas e que leven aparelladas limitacións impostas en relación coa adquisición ou utilización de dereitos de propiedade industrial —especialmente

patentes, modelos de utilidade, deseños e modelos ou marcas— ou en relación cos dereitos derivados de contratos que leven aparellada a cesión ou concesión de procedementos de fabricación ou coñecementos relativos á utilización e aplicación de técnicas industriais.

Coa finalidade de axudar ás empresas (tamén ás ANC e aos tribunais nacionais) a verificar que un determinado acordo restritivo da competencia está amparado pola exención por categorías como, no caso contrario, a avaliar se pode considerarse lícito consonte a exención por eficiencias dos arts. 101.3 TFUE e 1.3 LDC, os Regulamentos de exención van acompañados ou complementados por Comunicacions – Directrices da Comisión Europea. Actualmente están en vigor: a Comunicación Directrices relativas ás restricións verticais (DOUE 2022/C 248/01); a Comunicación Directrices sobre a aplicabilidade do artigo 101 do TFUE aos acordos de cooperación horizontal (DOUE 2011/C 11/01); e a Comunicación Directrices relativas á aplicación do artigo 101 do TFUE aos acordos de transferencia de tecnoloxía (DOUE 2014/C 89/03).

A estrutura formal básica dos Regulamentos de exención por categorías é moi similar por imposición do disposto no art. 2 do Regulamento nº. 19/65: todo Regulamento de exención ten que incluír unha definición das categorías de acordos aos que se aplique, establecer as restricións ou cláusulas contractuais que non quedan cubertas pola exención, así como as demais condicións que teñan que ser cumpridas.

Outra característica común dos vixentes Regulamentos de exención por categorías é a realización dunha análise económica das categorías de acordos amparadas baseada nos efectos restritivos sobre a competencia efectiva, tomando a tal fin como referencia a cota de mercado das empresas interesadas no mercado relevante, que, ao ser calculada sobre a base das vendas/compras no mercado, é un dato relativamente sinxelo de determinar, sendo, ademais, un *proxy* indicador do poder de mercado das empresas. O limiar de cota de mercado varía en función do Regulamento de exención aplicable, sendo máis elevado para os acordos verticais ou entre non competidores (30 % no RECAV e no RECATT). A motivación desta distinción radica en que as restricións verticais afectan principalmente á competencia intramarca ou intratecnoloxías, que só debe ser protexida nun contexto de ausencia de competencia intermarca ou intertecnoloxías no mercado; competencia intermarca/intertecnoloxías que estaría “garantida” establecendo o limiar máximo de exención no 30 %. Pola contra, a competencia entre competidores ou tecnoloxías competidoras é a directamente afectada polas restricións horizontais, razón pola que os Regulamentos de exención de certas categorías de acordos de I+D en común e de especialización reducen o limiar ao 20 % de cota de mercado, que é tamén o linde de exención que establece o RECATT para os acordos de transferencia de tecnoloxía entre competidores (art. 3.1).

Non obstante, dúas categorías de restricións quedan excluídas desta análise económica baseada no poder de mercado das empresas, xa que a teoría económica ten

acreditado que son condutas que ou ben non teñen outro obxecto que restrinxir a competencia efectiva no mercado interior (restricións especialmente graves) ou ben non permiten xerar eficiencias suficientes nos termos dos arts. 101.3 TFUE e 1.3 LDC (restricións excluídas). A inclusión de restricións especialmente graves ten como efecto que todo o acordo se considere non amparado pola restrición por categorías, sendo condutas relacionadas coa fixación de prezos, con determinadas limitacións relativas á produción ou distribución e coa repartición do mercado por territorios ou clientes. Pola contra, as restricións excluídas non se benefician da autorización por categoría pero non impiden que o resto do acordo no que se insire quede amparado polo Regulamento de exención, sendo condutas relacionadas con determinadas prohibicións de competencia contractuais e poscontractuais.

Por último, tódolos Regulamentos de exención teñen una vixencia temporal limitada, precisando a aprobación de novos regulamentos pola Comisión Europea, no caso de que considere necesaria ou adecuada a súa publicación.

4.3.2.- Unha referencia ao contido dos Regulamentos de exención por categorías vixentes

Actualmente, están vixentes cinco Regulamentos UE de exención por categorías. Catro son de aplicación horizontal en tódolos mercados de bens e servizos, en tanto que o Regulamento UE n.o 461/2010, da Comisión, de 27 de maio de 2010, relativo á aplicación do artigo 101, apartado 3, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas no sector dos vehículos de motor (DOUE 2010 L 129/52) só é de aplicación a determinados acordos relativos ás condicións nas que as partes poden comprar, vender ou revender recambios para os vehículos de motor ou prestar servizos de reparación e mantemento para vehículos a motor, en atención a determinadas características específicas do mercado posvenda do automóbil relacionadas principalmente coa evolución tecnolóxica.

O Regulamento (UE) 2022/720 da Comisión, de 10 de maio de 2022, relativo á aplicación do artigo 101, apartado 3, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea a determinadas categorías de acordos verticais e prácticas concertadas (RECAV; DOUE 2022 L 134/4) permite considerar exentas as restricións verticais inseridas en determinadas categorías de acordos verticais subscritos entre dúas ou máis empresas que operen, a efectos do acordo, en planos distintos da cadea de produción ou distribución, e que teñan por obxecto principal fixar as condicións nas que as partes poden adquirir, vender ou revender determinados bens ou servizos (art. 1.a) RECAV). En concreto, o RECAV ampara os acordos de marca única, de distribución exclusiva ou selectiva, franquía e subministro exclusivo, sempre que se cumpran as condicións que determina o Regulamento, en particular, que non incorporen restricións especialmente graves e as partes non superen o limiar de cota de mercado do 30 %.

O Regulamento UE nº. 316/2014, da Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo á aplicación do artigo 101, apartado 3, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea a determinadas categorías de acordos de transferencia de tecnoloxía (RECATT; DOUE 2014/ L 93/17) ten como ámbito obxectivo de aplicación os acordos de transferencia de tecnoloxía entre dúas empresas para a produción dos produtos contractuais, que son: tanto (1) os acordos de licenza de dereitos de tecnoloxía para a produción dos produtos contractuais polo licenciario e/ou o seu subcontratista ou subcontratistas, como (2) os contratos de cesión de dereitos de tecnoloxía entre dúas empresas para a produción de produtos contractuais, sempre que unha parte do risco asociado coa explotación da tecnoloxía sexa asumido polo cedente (art. 1.1.c).ii RECATT e par. 52 Directrices RECATT).

No que atinxe ao ámbito subxectivo de aplicación, o RECATT distingue e ofrece un tratamento distinto aos acordos de transferencia de tecnoloxía entre competidores e non competidores. Tratándose de acordos entre competidores, a exención dos acordos amparados aplícase aos celebrados entre dúas empresas cando a cota de mercado conxunta en calquera dos mercados de referencia non sexa superior ao 20 %, mentres que os acordos entre non competidores quedan amparados polo Regulamento sempre que a cota de mercado individual, en calquera dos mercados de referencia correspondente a cada unha das partes, non supere o 30 %. Este distinto tratamento, non só en termos de limiares de cota de mercado, senón tamén ao tempo de identificar as restricións especialmente graves, as restricións excluídas e, tamén, para avaliar os acordos excluídos do ámbito de aplicación do RECATT consonte as Directrices do RECATT, responde á evidencia de que os acordos entre competidores presentan obxectivamente unha aptitude restritiva maior para a competencia inter-tecnoloxías.

Os mercados de referencia para determinar as cotas de mercado das partes do acordo aos efectos da exención serán dous: por unha banda, o mercado tecnolóxico ao que pertenza a tecnoloxía que se licencia e, por outra banda, o mercado ao que se refiran os produtos contractuais que incorporan a tecnoloxía licenciada. Basta con que se superen as cotas en calquera destes mercados para que o acordo non quede cuberto polo RECATT.

O Regulamento nº. 1217/2010, da Comisión, de 14 de decembro de 2010, relativo á aplicación do artigo 101, apartado 3, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea a determinadas categorías de acordos de investigación e desenvolvemento (RECAI+D; DOUE 2010/ L 335/36) permite eximir da prohibición de colusión os acordos entre dúas ou máis empresas que teñen por obxecto a realización en común de determinadas actividades de I+D e explotar en común os resultados. Estes acordos de cooperación horizontal, de ser restritivos da competencia, con carácter xeral son considerados globalmente procompetitivos, especialmente cando as partes comparten segredos empresariais e dereitos de propiedade industrial previos que son

complementarios e resultan necesarios para a especialización ou para a I+D en común acordada, ou para explotar individualmente os resultados da I+D en común. No caso de acordos que abranguen a explotación en común dos resultados da I+D obtida en común, a compatibilidade do acordo coa prohibición de colusión esixe que as partes, ademais, teñan pleno acceso aos resultados finais da I+D en común, incluídos os dereitos de propiedade industrial e os coñecementos empresarias que poidan derivarse da mesma.

O Regulamento (UE) nº. 1218/2010, da Comisión, de 14 de decembro de 2010, relativo á aplicación do artigo 101, apartado 3, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea a determinadas categorías de acordos de especialización (RECAE; DOUE 2010/L 335/43) parte da consideración de que os acordos entre competidores (acordos horizontais) que teñen por obxecto a especialización na produción (ou na preparación de servizos) poden contribuír a mellorar a produción ou a distribución dos produtos contractuais cando as partes teñen coñecementos activos ou actividades que se complementan, xa que en tal contexto as empresas parte poderán concentrarse na fabricación de determinados produtos (ou na preparación de determinados servizos) e traballar así de forma máis eficiente, ofrecendo os produtos (ou servizos) a prezos máis vantaxosos. E na medida en que subsista no mercado relevante unha competencia efectiva, tais acordos cumprirán os requisitos de exención por eficiencia dos arts. 101.3 TFUE e 1.3 LDC.

Este RECAE permite amparar tres categorías de acordos de especialización, sempre que se respecte o limiar de cota de mercado do 20 % e non se pacten restricións especialmente graves. En primeiro termo, exime da prohibición de colusión aos “acordos de especialización unilateral”, entendendo por tales os acordos entre empresas presentes no mesmo mercado polos que unha das partes acepta cesar total ou parcialmente na produción de determinados produtos ou absterse de producir eses produtos e se compromete a comprarllos á outra parte, a cal se obriga a producilos e subministrarllos. En segundo termo, tamén abrangue os “acordos de especialización recíproca”, que son aqueles nos que as empresas parte, presentes no mesmo mercado, aceptan sobre unha base de reciprocidade cesar total ou parcialmente, ou absterse de producir determinados e diferentes produtos (ou preparar determinados e diferentes servizos), e comprométese a comprarllos á outra ou outras partes, que se obrigan a producilos e subministrarllos. Por último, tamén pode amparar aos denominados “acordos de produción en común”, entre empresas que xa están no mesmo mercado de produtos ou entre empresas que desexan entrar nun mercado de produtos a través do acordo polo que se comprometen a producir conxuntamente determinados produtos.

Lección 06

O control de concentración

97

ÍNDICE: 1.- O sistema de control de concentración da UE; 1.1.- Implantación do control de concentración na UE; 1.2.- Sistema de portelo único; 2.- O sistema español de control de concentración; 2.1.- Características básicas do sistema de control; 2.2.- Tipos de concentración; 2.2.1.- Concepto de fusión; 2.2.2.- Adquisición do control exclusivo sobre a totalidade ou parte dunha ou varias empresas; 2.2.3.- Creación de empresas en participación ou adquisición do control conxunto; 2.3.- O concepto de control; 2.3.1.- Posibilidade de exercer unha influencia decisiva sobre unha empresa; 2.3.2.- Medios de adquirir o control; 2.3.3.- Cambio duradeiro no control; 3.- Compatibilidade e procedemento de control de concentración; 3.1.- O test de compatibilidade; 3.2.- Regras básicas do procedemento de control das concentracións de dimensión europea; 3.3.- Regras básicas do procedemento español de control das concentracións; 3.3.1.- A obriga de notificación previa á execución da concentración; 3.3.2.- Fases do procedemento de control de concentración.

1 O sistema de control de concentración da UE

1.1 Implantación do control de concentración na UE

O control de concentración é un instrumento do que na actualidade non prescinde ningunha moderna lexislación de defensa da competencia, pois aínda que son operacións empresariais que xeralmente resultan beneficiosas para o benestar do consumidor e do conxunto da sociedade, tamén poden producir o efecto contrario se permiten ás empresas adquirir ou consolidar un poder de mercado que ameace a existencia dunha competencia efectiva e reduza os incentivos á innovación.

Por iso, hoxe, o control das estruturas empresariais é contemplado como un mecanismo necesario e complementario á loita contra as condutas restritivas, en orde a garantir unha estrutura competitiva dos mercados que permita facer efectiva a liberdade de empresa como garantía constitucional da economía de mercado (art. 38 CE). As diferenzas entre as lexislacións de competencia non están, pois, na existencia ou non dun control de concentracións, como sucedía no pasado, senón, fundamentalmente, en relación co concepto de concentración, co test de análise substantivo, co procedemento de control e no relativo á natureza da autoridade que exerce ese control.

Pero esta non era a situación que existía no momento de constituírse, en 1957, a Comunidade Económica Europea. Nesa época, a economía dos Estados europeos estaba en plena recuperación dos efectos devastadores da II Guerra Mundial, polo que o excesivo tamaño das empresas non era unha preocupación, como si o era a prohibición dos acordos colusorios e dos abusos da posición de dominio. Ademais, o obxectivo esencial do Tratado de construír un mercado interior único militaba a favor das concentracións empresarias; era preciso favorecer que as empresas europeas tivesen un tamaño acorde coa magnitude de tal mercado europeo que lles permitise competir eficazmente a escala mundial coas empresas norteamericanas e xaponesas. Por estas razóns, o Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europea non establecía ningún control ou prohibición das concentracións económicas.

Mais, a medida que os mercados europeos se ían desenvolvendo, tamén se ían concentrando as empresas. Así, xa na década dos anos 70 do século XX, a Comisión Europea tomou conciencia de que as operacións de concentración podían supor un problema serio para a existencia dunha competencia eficaz nos mercados europeos, concluíndo que a prohibición de acordos colusorios e de abuso da posición de dominio, sendo un remedio eficaz para o control das condutas anticompetitivas, non o era para o control da estrutura do mercado, pois a concentración implica sempre unha redución do número de empresas presentes no mercado.

Tras un longo proceso, no que se decide manter inalteradas as regras orixinais de competencia do Tratado, en 1989 a Comisión Europea promulgou o primeiro Regulamento de control de concentracións, que sometía a control previo as operacións de concentración económica que superasen determinados limiares de volume de negocio. A experiencia na aplicación deste Regulamento de control de concentracións puxo de relevo que numerosas concentracións que producían efectos no mercado interior europeo seguían sendo competencia —autorizadas ou prohibidas— polos Estados membros. Por esta razón, en 2004 aprobouse un novo Regulamento de control de concentracións, que segue vixente: o Regulamento CE 139/2004.

En conclusión, o control de concentracións na UE segue estando ausente dos Tratados; en particular, do TFUE, que só establece regras de competencia en materia de

acordos colusorios, abuso de posición de dominio e control das axudas públicas a empresas. A norma básica nesta materia é o Regulamento CE 134/2004, desenvolvido mediante diversos Regulamentos e, sobre todo, Directrices interpretativas que se poden consultar na páxina web da Dirección Xeral da Competencia da UE: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>.

99

Co paso do tempo, tamén os distintos Estados membros da UE foron dotándose dun sistema propio de control das concentracións económicas que afectan unicamente ou de forma principal ao respectivo mercado nacional, inspirándose para iso no sistema de control da UE. En España, o sistema de control de concentracións está contido na LDC de 2007 e no Regulamento de Defensa da Competencia de 2008 (RDC).

1.2 Sistema de portelo único

Fronte ao sistema da dobre barreira ou de dobre prohibición aplicado respecto das prohibicións de acordos colusorios e de abuso da posición de dominio, en materia de control de concentracións séguese o sistema de control único ou por unha soa AdC, coñecido como sistema de portelo único ou *one stop shop*.

O control previo (autorización ou prohibición) das denominadas “concentracións de dimensión europea” ou comunitaria corresponde, en exclusiva, á Comisión Europea, en tanto que o control daquelas concentracións que podemos denominar de “dimensión nacional” é competencia exclusiva da ANC do Estado da UE no que a concentración produza ou poida producir efectos restritivos significativos (art. 21 Regulamento CE 139/2004). Mais existe a posibilidade de reenviar unha concentración de dimensión europea á ANC do Estado membro no que a concentración presenta todos ou a maior parte dos seus efectos, como que unha concentración de dimensión nacional poida ser reenviada pola ANC á Comisión Europea (arts. 9 e 22 Regulamento CE 139/2004).

Consonte o art. 1 do Regulamento CE 139/2004, a dimensión europea dunha concentración establécese en función duns determinados limiares de volume de negocio das empresas implicadas na concentración, ben a escala mundial, ben a escala do mercado interior europeo, pois a finalidade dos mesmos é determinar a xurisdición competente, non avaliar a posición no mercado das partes da operación, nin as repercusións da mesma. Os supostos de concentración de dimensión europea que se mencionan nese art. 1 do Regulamento CE 139/2004 teñen que ser completados cos supostos previstos nos arts. 4.5 e 22 do mesmo Regulamento.

As concentracións que superen eses limiares cuantitativos quedan sometidas á obriga de notificación á Comisión Europea antes da súa execución (arts. 4.1 e 7.1 do Regulamento), pois se considera que por riba de tales limiares de volume de negocio a concentración pode presentar problemas de competencia no mercado interior euro-

peo, que é preciso avaliar antes da súa autorización ou prohibición. Por conseguinte, non todas as operacións de concentracións de empresas están sometidas a control previo pola autoridade da competencia, senón só aquelas que superen eses limiares. Para coñecer como se ten que calcular o volume de negocios resulta imprescindible a consulta da Comunicación consolidada da Comisión sobre cuestións xurisdiccionais en materia de competencia, realizada de conformidade co Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Consello, sobre o control das concentracións entre empresas.

No ámbito do Dereito español, a diferenza da UE, para decidir que concentracións quedan suxeitas á obriga regulatoria de control previo, utilízanse tanto limiares de volume de negocio como de cota de mercado (art. 8.1 LDC):

O procedemento de control previsto na presente lei aplicarase ás concentracións económicas cando concorran polo menos una das dúas circunstancias seguintes:

- a) Que como consecuencia da concentración se adquira ou se incremente unha cota igual ou superior ao 30 por cento do mercado relevante de produto ou servizo no ámbito nacional ou nun mercado xeográfico definido dentro do mesmo.

Quedan exentas do procedemento de control todas aquelas concentracións económicas nas que, aínda cumprindo o establecido nesta letra a), o volume de negocios global en España da sociedade adquirida ou dos activos adquiridos no último exercicio contable non supere a cantidade de 10 millóns de euros, a condición de que as partícipes non teñan unha cota individual ou conxunta igual ou superior ao 50 por cento en calquera dos mercados afectados, no ámbito nacional ou nun mercado xeográfico definido dentro do mesmo.

- b) Que o volume de negocios global en España do conxunto dos partícipes supere no último exercicio contable a cantidade de 240 millóns de euros, sempre que polo menos dous dos partícipes realicen en España un volume de negocios superior a 60 millóns de euros.”.

O uso do criterio de cota de mercado incrementa o número de operacións sometidas á obriga de notificación, producindo unha certa inseguridade xurídica e burocratización das relacións económicas privadas, pero tamén é certo que permite detectar operacións de concentración que poden amosar problemas de competencia (particularmente en mercados de reducida dimensión económica por volume de vendas) que non se detectarían de utilizarse só o criterio de volume de negocio. Ademais, para facer fronte á incerteza que será o uso de cotas de mercado como parámetro da obriga de notificación, o art. 55.2 LDC permite ás empresas, con carácter previo á notificación, realizar unha consulta previa á Dirección de Competencia da CNMC para coñecer se, na súa opinión, unha determinada operación é una

concentración no senso do art. 7 LDC e, no seu caso, se supera os limiares de notificación do art. 8 LDC. O art. 59 RDC regula o procedemento desta consulta previa, establecendo o carácter confidencial das actuacións realizadas no seu marco.

101

Por último, é preciso subliñar que as AAC non teñen competencia executiva en materia de control de concentracións, que, polo tanto, corresponde en exclusiva á CNMC, mesmo respecto daquelas concentracións que só afecten á competencia dentro do territorio dunha Comunidade Autónoma. Así se desprende do art. 9 LDC, declarado constitucional polo TC nunha sentenza do Pleno de 2014, que conta con voto particular discrepante (ECLI:ES:TC:2014:108). En definitiva, as competencias executivas das Autoridades autonómicas en materia de defensa da competencia limítanse ao control de condutas (arts. 1, 2 e 3 LDC).

2 O sistema español de control de concentracións

2.1 Características básicas do sistema de control

Como xa se sinalou, o sistema de control de concentracións que deseña a LDC toma como modelo o Regulamento CE 139/2004. En consecuencia, artículase arredor dos seguintes principios básicos:

1. Definición de concentración como toda operación que produza *de iure* ou *de facto* un cambio duradeiro ou estable na estrutura de control dunha empresa (art. 7.1 LDC).
2. A notificación obrigatoria, previa e con efectos suspensivos, á CNMC de toda concentración susceptible de alterar a estrutura competitiva do mercado nacional afectado, que son aquelas que superen un determinado limiar de cota de mercado e/ou de volume de negocios (arts. 8 e 9 LDC), e non teñan dimensión europea.
3. Un procedemento administrativo de concentración estruturado en fases, caracterizado pola brevidade relativa dos prazos e o efecto positivo do silencio administrativo (arts. 9, 38 e 55 a 59 LDC).
4. A facultade de control correspóndelle a unha autoridade administrativa especializada e independente (arts. 3 e 5 LCNMC), que vén obrigada a analizar a concentración consonte un único test ou criterio de valoración substantiva: a posible de obstaculización do mantemento da competencia efectiva nos mercados afectados pola operación (art. 10.1 LDC). Non obstante, cando a decisión da CNMC é adoptada en “segunda fase” (que se abre cando a concentración presenta problemas de competencia), e consiste en autorizar

con remedios/condicións ou ben en prohibir a concentración, pode abrirse unha “terceira fase” no procedemento de control, na que a autoridade competente é o Consello de Ministros, que poderá modificar o sentido da resolución adoptada pola CNMC en “segunda fase”, en atención a razóns de interese xeral distintos á libre competencia (arts. 10.4 e 60 LDC).

O concepto xurídico de concentración da LDC (e do Regulamento CE 139/2004) require a concorrencia de dous requisitos: (1) que cause un cambio no control sobre a empresa obxectivo, e (2) que ese cambio da estrutura de control teña carácter estable ou duradeiro (art. 7 LDC). Trátase dun concepto de concentración aliñado co existente na normativa da UE, razón pola que a AdC española utiliza a xurisprudencia do TXUE e a práctica decisoria da Comisión Europea como material de apoio na interpretación da LDC, condensada na Comunicación consolidada da Comisión sobre cuestións xurisdicionais en materia de competencia, realizada de conformidade co Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Consello, sobre o control das concentracións entre empresas.

Ademais dunha delimitación positiva do concepto de concentración, a LDC tamén efectúa unha delimitación negativa, consistente en enumerar catro tipos de operacións que non se consideran concentración aos efectos da LDC, ben por non existir un cambio na estrutura de control, ben por non se producir un cambio estable. Así, consonte o art. 7.3. LDC non terán a consideración de concentración:

- a) A mera redistribución de valores ou activos entre empresas dun mesmo grupo.
- b) A tenencia con carácter temporal de participacións que teñan adquirido nunha empresa para a súa revenda por parte dunha entidade de crédito ou outra entidade financeira ou compañía de seguros cuxa actividade normal inclúa a transacción e negociación de títulos por conta propia ou por conta de terceiros, a condición de que os dereitos de voto inherentes a esas participacións non se exerzan con obxecto de determinar o comportamento competitivo da devandita empresa ou só se exerzan co fin de preparar a realización da totalidade ou de parte da empresa ou dos seus activos ou a realización das participacións, e sempre que dita realización se produza no prazo de un ano dende a data da adquisición (...).
- c) As operacións realizadas por sociedades de participación financeira (...) que adquiren con carácter temporal participacións noutras empresas, sempre que os dereitos de voto inherentes ás participacións só sexan exercidos para manter o pleno valor de tales investimentos e non para determinar o comportamento competitivo das devanditas empresas.
- d) A adquisición de control por unha persoa en virtude dun mandato conferido por autoridade pública con arranxo á normativa concursal.”.

2.2 Tipos de concentración

Aínda que poderíamos distinguir (como fai o art. 3 do Regulamento CE 139/2004) dúas formas básicas de concentración económica (a fusión e a adquisición de control), o art. 7.1 LDC distingue, formalmente, tres tipos de concentración de empresas: (1) a fusión de dúas ou máis empresas anteriormente independentes; (2) a adquisición por unha empresa do control sobre a totalidade ou parte dunha ou varias empresas; e (3) a creación dunha empresa en participación ou *joint venture* e, en xeral, a adquisición do control conxunto sobre unha ou varias empresas, cando estas desempeñen de forma permanente as funcións dunha entidade económica autónoma (empresa en participación de plenas funcións ou concentrativa). As letras b) e c) do art. 7.1 LDC non deixan de ser medios ou formas de adquisición de control (exclusivo nun caso, conxunto no outro) sen que teña lugar unha fusión en sentido xurídico-técnico, pero, como veremos deseguido, o concepto de fusión no Dereito da competencia tamén inclúe as fusións de feito, tamén denominadas frías ou en sentido económico.

2.2.1 Concepto de fusión

O concepto de fusión do art. 7.1.a) LDC é máis amplo que o existente no Dereito de sociedades, pois, ademais das operacións de fusión de sociedades por constitución e por absorción, inclúe tamén toda operación pola que dúas ou máis empresas economicamente independentes se integran nunha única entidade económica sen extinguirse como persoa xurídica. Tal situación ten lugar, por exemplo, nas operacións que orixinan a creación de grupos paritarios, as estruturas empresariais de dobre cotización, ou o que se denomina fusións de feito das sociedades participantes nunha única entidade económica.

Aos efectos de establecer se ten lugar unha integración económica de empresas xuridicamente independentes, a existencia dunha xestión económica única e permanente resulta un requisito indispensable, pero axudan nesa dirección outros factores como a existencia de compensación interna de perdas e ganancias, ou a distribución dos ingresos entre as empresas internas da unidade económica. O soporte destas fusións *de facto* adoita ser de carácter contractual, pero pode estar reforzado mediante a adquisición de participacións cruzadas entre elas.

2.2.2 Adquisición do control exclusivo sobre a totalidade ou parte dunha ou varias empresas

O cambio na estrutura de control pode recaer sobre unha ou varias empresas xurídica e economicamente independentes, pero o obxecto de control tamén pode limitarse a determinados activos dunha ou de varias empresas, a condición de que tales activos constitúan unha actividade con presenza no mercado á que claramente

poida asignárselle un determinado volume de negocios. Cando o adquirente é unha única empresa estaremos ante unha operación de concentración do art. 7.1.b) LDC.

104

2.2.3 Creación de empresas en participación ou adquisición do control conxunto

A creación dunha empresa en participación que realice con carácter permanente tódalas funcións dunha entidade económica autónoma constitúe unha concentración consonte o art. 7.1.c) LDC.

O criterio de plenas funcións determina a aplicación do control de concentracións ou, no seu caso, da prohibición de acordos colusorios (art. 1 LDC), tanto se a empresa se crea *ex novo* coma se as partes achegan á empresa en participación activos que antes controlaban individualmente. O criterio de plenas funcións implica que a empresa en participación: (1) goza de autonomía funcional; e (2) é economicamente independente, pero evidentemente non esixe autonomía na adopción das súas decisións estratéxicas, que corresponde necesariamente ás matrices.

Tamén existe concentración, no sentido do art. 7.1.c) LDC, cando a empresa beneficiaria adquire o control conxunto sobre unha ou varias empresas, pois prodúcese un cambio estrutural no mercado, mesmo se como consecuencia dos plans das adquirentes a adquirida deixa de ser unha empresa en participación de plenas funcións. Como se acaba de apuntar, o criterio de plenas funcións significa que a empresa en participación debe poder operar nun mercado e desempeñar tódalas funcións que normalmente desenvolven as empresas presentes no mercado, e a estes efectos débense analizar os seguintes elementos: (1) a suficiencia de recursos (materiais, inmateriais, humanos e financeiros) para funcionar independentemente nun mercado, (2) a realización de actividades que exceden dunha función concreta das empresas matrices, (3) as relacións de compravenda coas matrices, e (4) o funcionamento con carácter permanente.

2.3 O concepto de control

2.3.1 Posibilidade de exercer unha influencia decisiva sobre unha empresa

Da lectura do art. 7.2 LDC obsérvase que o concepto de control está definido por referencia a que a operación de concentración outorgue á empresa beneficiaria "a posibilidade de exercer unha influencia decisiva" sobre a/as empresa/s obxectivo. Basta, pois, ter a posibilidade de exercer tal influencia, o que pode suceder mesmo sen ser a vontade declarada das partes da operación.

A noción de influencia decisiva obriga a preguntarse cales son as decisións ou actividades da empresa obxectivo sobre as que se ten que ter a posibilidade de exercer o control para entender que ten lugar unha concentración económica no senso da

LDC. A este respecto non é necesario ter a capacidade de exercer unha influencia decisiva sobre tódalas decisións da empresa adquirida; basta poder determinar a súa estratexia competitiva, impondo (control positivo) ou vetando (control negativo) as decisións estratéxicas da empresa dende a perspectiva da súa actuación no mercado, tales como a capacidade de nomear ou vetar o nomeamento de altos directivos ou administradores, ou de determinar ou impedir a aprobación do orzamento ou do plan de negocio.

Pola contra, aos efectos do control de concentracións, non se consideran estratéxicas decisións importantes para a marcha ou a vida dunha empresa, como poden ser: modificacións estatutarias ou estruturais, a súa saída a bolsa, ou a venda ou a liquidación da empresa. Este criterio das decisións estratéxicas é fundamental en supostos de adquisición de participacións minoritarias na empresa obxectivo, así como nos casos de empresas en participación.

2.3.2.- *Medios de adquirir o control*

O art. 7.2 LDC dispón que a adquisición do control da empresa obxectivo resultará de:

"[...] os contratos, dereitos ou calquera outro medio que, tendo en conta as circunstancias de feito ou de dereito, confiran a posibilidade de exercer unha influencia decisiva sobre outra empresa e, en particular, mediante:

- a) dereitos de propiedade ou de uso da totalidade ou de parte dos activos dunha empresa,
- b) contratos, dereitos ou calquera outro medio que permitan influír decisivamente sobre a composición, as deliberacións ou as decisións dos órganos da empresa.

En todo caso, considerarase que ese control existe cando se dean os supostos previstos no artigo 4 da Lei 24/1988, de 28 de xullo, do Mercado de Valores."

Polo tanto, seguindo o art. 3.2 do Regulamento CE 139/2004, a LDC dá preferencia aos criterios cualitativos sobre os cuantitativos, pois a adquisición do control pode ter a súa orixe en negocios xurídicos, pero tamén teñen que terse en conta situacións de feito ou de natureza económica ou comercial entre as empresas, como pode ser a existencia dunha relación de dependencia económica entre elas.

O medio quizais máis habitual de alcanzar o control doutra empresa é a adquisición de todo ou da maioría do capital social da sociedade obxectivo, pero máis importante que o dato do capital adquirido é a porcentaxe de votos da que se dispón na xunta xeral e nos órganos de administración da sociedade obxectivo, en relación coas maiorías esixidas nos estatutos para adoptar as decisións que determinan a estratexia competitiva da empresa.

Fóra dos supostos nos que se adquira a maioría de votos necesaria para determinar as decisións estratéxicas da empresa, os datos do capital e do número de votos adquiridos teñen que ser examinados conxuntamente con outras circunstancias de feito ou de dereito, como poden ser a dispersión do capital restante, que pode determinar a existencia dun control exclusivo *de facto*, ou un control conxunto que pode derivar da existencia de vínculos estruturais, económicos ou familiares entre socios (que garanten o exercicio en común do dereito de voto), como tamén a posible existencia de maiorías reforzadas estatutarias, acordos de socios, de dereitos de veto ou de accións preferentes que outorgan dereitos especiais nas decisións estratéxicas (p. ex., a facultade de nomear o único ou a maioría dos administradores), ou opcións de compra ou de conversión de accións xuridicamente vinculantes. En definitiva, circunstancias todas elas que poden alterar, de feito ou de dereito, a estrutura de control que se deriva da simple participación no capital social.

Pero como xa se sinalou, o control pódese adquirir a través doutras vías: mediante a adquisición de activos tales como dereitos de propiedade industrial ou intelectual (patentes, deseños, marcas, secretos, *software*, bases de datos, etc.), segredos empresarias ou a carteira de clientes, pero tamén mediante contratos doutra natureza (arrendamento de empresa, externalización, licenza de dereitos de propiedade industrial, etc.), que deben ser de longa duración e outorgar a posibilidade determinar a estratexia competitiva da empresa obxectivo.

A modo de exemplo, no Expte. CNC C/0274/10, Lipsa/Cargill, a CNC considerou que a adquisición da carteira de clientes dunha determinada fábrica da empresa vendedora (que non era obxecto de transmisión), así como do “know how” da actividade de comercialización e do comercial afecto ao devandito negocio, constituía unha operación de concentración dadas as peculiaridades do caso. En particular, porque a vendedora se comprometía a remitir aos seus clientes unha carta conxunta coa compradora na data de peche do traspaso do negocio adquirido, no sentido de que a partir dese momento deberían dirixirse á compradora para cursar novos pedidos, así como asistirle no necesario para que puidese realizar as visitas aos clientes do negocio cedido. Nestas circunstancias, e constatando que existen determinadas barreiras de entrada ao mercado, a CNC considerou que a adquisición da lista de clientes constitúe un cambio no control duns activos que teñen un valor para o adquirente, e que ese cambio produce unha modificación estable na estrutura do mercado, posto que o vendedor non poderá recuperar a súa posición actual en pouco tempo.

Por último, as operacións de externalización das actividades empresariais non constitúen por si mesmas concentracións económicas no sentido do Dereito da competencia, salvo que impliquen a adquisición polo futuro prestador dos servizos externalizados dos activos e/ou persoal do vendedor asociado á actividade externalizada, de tal forma que o adquirido constitúe en si mesmo unha empresa; é dicir, un negocio con acceso ao mercado, o que non esixe que tal presenza no mercado sexa

inmediata, sendo suficiente que se produza tras un período inicial breve (Expte. CNC C-0166/09 Galletas Siro / Sara Lee (Activos)).

2.3.3 *Cambio duradeiro no control*

O concepto de concentración do art. 7.2 LDC implica un cambio duradeiro no control da empresa adquirida e na estrutura do mercado.

O elemento chave para que a adquisición teña carácter concentrativo radica en que o comprador teña a posibilidade de apropiarse do volume de negocios (e da cota de mercado) que lle correspondería ao vendedor. A tal efecto, é preciso que o adquirente obteña dos activos traspasados unha clara vantaxe competitiva fronte ao vendedor (e respecto de terceiros) sobre a cota de mercado transferida, reducíndose a súa capacidade ou incentivos para recuperar a posición no mercado que transferiu.

Neste senso, en primeiro lugar, tense que analizar se o negocio adquirido supón unha verdadeira transferencia de valor para o adquirente e, en segundo lugar, se queda garantida a estabilidade no cambio de control, en particular porque os activos transferidos son susceptibles de uso exclusivo no mercado polo comprador (activos materiais como edificios, fábricas, maquinaria, empregados, etc., ou activos inmateriais como patentes, marcas, licenzas, etc.), ou ben porque a operación implica a saída de feito ou de dereito do vendedor do mercado relevante (pacto de non competencia).

Cando a adquisición do control se asenta nunha determinada relación contractual ou negocial entre as empresas partícipes, o período de duración mínimo necesario para entender que se produce un cambio estable no control dependerá das particularidades do caso concreto, así como das características dos mercados afectados pola operación. En todo caso, non é necesario que a relación contractual sexa indefinida, basta que sexa de longa duración con dereito de prórroga ou renovación, ou unha situación de feito ou de dereito que faga difícil ou custosa a ruptura da relación negocial. Así, nos acordos de concentración das antigas caixas de aforros establecíase que o acordo de integración funcional e financeiro era, nuns casos, por tempo indefinido cunha obrigación de permanencia mínima de 10 anos, e noutros casos establecíase unha duración mínima de 10 ou 15 anos (Expte. CNC C-0281/10, CAM/CAJASTUR/CAJA EXTREMADURA/CAJA CANTABRIA).

3 Compatibilidade e procedemento de control de concentracións

3.1 O test de compatibilidade

A prohibición ou autorización da operación de concentración notificada está en función de se permite ou non á empresa beneficiaria obstaculizar de maneira significa-

tiva a competencia efectiva no mercado relevante (art. 10.1 LDC), sendo a creación ou reforzo dunha posición dominante unha das formas principais de tal prexuízo á competencia. Este test de compatibilidade coincide substancialmente co que utiliza o Regulamento CE 139/2004 para as concentracións de dimensión europea (arts. 2.2 e 3), así como o sistema norteamericano de competencia, no que se inspira. Obsérvase que é suficiente con que a empresa poida obstaculizar de forma significativa a competencia efectiva no mercado, sen ser preciso para a súa prohibición/autorización con compromisos ou condicións que teña lugar tal efecto restritivo.

Polo tanto, verificado pola AdC que a operación notificada entra dentro do concepto legal de concentración, a seguinte cuestión a analizar é determinar cal é o mercado relevante dende o punto de vista do produto ou servizo e dende unha perspectiva xeográfica, segundo os criterios contados na Comunicación da Comisión Europea de 9 de decembro de 1997 relativa á definición do mercado de referencia ou relevante, e a experiencia da propia autoridade en expedientes anteriores. Só delimitando o mercado relevante poderá a AdC identificar que riscos para a competencia efectiva xera ou pode xerar a operación, na medida en que a empresa beneficiaria adquira ou reforce o seu poder de mercado fronte aos competidores (efectos horizontais; Comunicación da Comisión relativa á avaliación das concentracións horizontais) e respecto dos clientes ou provedores (efectos verticais; Expte. CNMC C/1171/21, Boyacá/SGEL). A este fin, a CNMC analizará os criterios ou elementos que se enuncian nas letras a) a h) do art. 10.2 LDC, substancialmente coincidentes cos establecidos no art. 2.1 do Regulamento CE 139/2004, que son:

- a) a estrutura de tódolos mercados relevantes,
- b) a posición nos mercados das empresas afectadas, a súa fortaleza económica e financeira,
- c) a competencia real ou potencial de empresas situadas dentro ou fóra do territorio nacional,
- d) as posibilidades de elección de provedores e consumidores, o seu acceso ás fontes de subministración ou aos mercados,
- e) a existencia de barreiras para o acceso aos devanditos mercados,
- f) a evolución da oferta e da demanda dos produtos e servizos de que se trate,
- g) o poder de negociación da demanda ou da oferta e a súa capacidade para compensar a posición no mercado das empresas afectadas,
- h) as eficiencias económicas derivadas da operación de concentración e, en particular, a contribución que a concentración poida achegar á mellora dos sistemas de produción ou comercialización, así como á competitividade empresarial, e a medida en que ditas eficiencias sexan trasladadas aos con-

sumidores intermedios e finais, en concreto, na forma dunha maior ou mellor oferta e de menores prezos.”.

3.2 Regras básicas do procedemento de control das concentracións de dimensión europea

109

O procedemento iníciase coa notificación, polas empresas implicadas, da operación de concentración económica á Dirección Xeral de Competencia da Comisión Europea. Lémbrese que esta obriga de notificación previa –antes de execución da operación– só existe no caso de que se superen os limiares de notificación do Regulamento CE 139/2004.

A notificación farase mediante o formulario establecido pola Comisión Europea, no que se indica a información que as empresas teñen que fornecer. O feito da notificación é publicado no Diario Oficial da UE, co obxecto de que terceiras empresas poidan presentarse no procedemento (art. 4 Regulamento CE 139/2004). A notificación suspende a operación de concentración, que non poderá executarse ata que a Comisión Europea declare a súa compatibilidade co mercado interior. Como excepción, poderá ser executada a concentración que se materialice mediante unha OPA (oferta pública de adquisición de accións dunha empresa cotizada en bolsa), mais a empresa beneficiaria non poderá exercer os dereitos de voto adquiridos en tanto non sexa autorizada a concentración.

O procedemento de control de concentracións consta de dúas fases ou partes. A primeira ten unha duración relativamente breve, xa que o obxecto é realizar unha análise preliminar da operación, dirixido a determinar se é notificable por entrar dentro do concepto de concentración e superar os limiares de notificación (ten dimensión europea), e, asemade, se pode obstaculizar gravemente a competencia no mercado interior (art. 10 Regulamento CE 139/2004). Se a Comisión Europea considera que a concentración non presenta problemas graves de competencia, autorizaranse de forma incondicionada ou sometida os compromisos propostos polas empresas e aceptados por aquela. Noutro caso, a Comisión Europea ordenará a apertura da segunda fase do procedemento.

A segunda fase ten prevista unha duración superior. Iníciase coa comunicación da Comisión Europea ás empresas notificantes dos problemas de competencia que, ao seu xuízo, presenta a concentración, co obxecto de que as empresas poidan alegar o que consideren e/ou presentar compromisos (p. ex., a desinversión de certos activos) que ao seu parecer sexan adecuados para resolver os problemas de competencia apreciados pola Dirección Xeral da Competencia da Comisión Europea. A Decisión que adopte nesta segunda fase esta AdC pode consistir en: 1) declarar que a concentración é compatible co mercado interior (autorización); 2) condicionar a compatibilidade a unha serie de cambios ou compromisos (autorización condiciona-

da); e 3) declarar que a concentración é incompatible co mercado interior por constituír un obstáculo significativo para a competencia efectiva no mercado (prohibición). Esta decisión pódese recorrer perante o Tribunal Xeral da UE (TGUE) e, en casación, diante do Tribunal de Xustiza da UE (TXUE).

3.3 Regras básicas do procedemento español de control de concentracións

3.3.1 A obriga de notificación previa á execución da concentración

O procedemento administrativo de control de concentracións que deseña a LDC (art. 55 a 60) e desenvolve o RDC (arts. 54 a 71) está inspirado no procedemento comunitario que se acaba de comentar.

O procedemento de control iníciase coa notificación á CNMC conxuntamente polas partes que interveñen na concentración ou individualmente pola empresa que adquiera o control exclusivo da empresa ou empresas obxectivo (art. 9.4, letras a) e b) LDC). A notificación é unha obriga regulatoria que recae sobre as empresas, que ten que cumprirse con anterioridade á execución da concentración; é dicir, o control de concentracións é de carácter previo á materialización da operación de concentración (arts. 9.1 e 62.2. letras a) e b) LDC), sempre que se trate dunha concentración sometida a control da CNMC por superar os limiares de notificación. En consecuencia, a execución dunha concentración sometida a control sen previa notificación (feito coñecido no argot de competencia como "*gun jumping*") constitúe unha infracción administrativa grave sancionable con multa, mesmo se finalmente a concentración é autorizada (arts. 62.3.d) e 63.1.b) LDC. Expte. CNC SNC/0017/11, ISOLUX). Por conseguinte, a operación de concentración notificada non se pode executar ata que sexa autorizada, excepto se é unha concentración articulada mediante unha OPA ou se a CNMC acordou levantar a suspensión (arts. 9.2, 3 e 6 LDC).

A notificación ten que facerse mediante o formulario ordinario ou abreviado (arts. 55 e 56 LDC), publicados nos Anexos II e III do RDC e tamén dispoñibles en liña na sede electrónica da CNMC. Nestes formularios indícase a información que ten que ser achegada, ademais do formulario cuberto. O art. 54 RDC dispón que a notificación á CNMC pódese efectuar dende que exista un proxecto ou acordo de concentración, regulando cando se entende que existe en función dos distintos tipos ou formas de instrumentar a concentración. En consecuencia, un simple acordo de intencións ou un borrador de acordo non vinculante non parece base suficiente para presentar unha notificación, pero si o é, por exemplo, un contrato de promesa de compravenda. Non obstante, antes de realizar a notificación, as empresas poden realizar unha consulta previa á Dirección de Investigación da CNMC, que pode ter por obxecto que esta determine se a operación deseñada entra dentro do concepto de concentración

do art. 7 LDC ou supera os limiares de notificación obrigatoria do art. 8 LDC (arts. 55.2 LDC e 59 RDC).

3.3.2.- *Fases do procedemento de control de concentracións*

O procedemento de control de concentracións económicas pode constar de tres fases sucesivas.

A primeira fase iníciase coa notificación en forma da operación de concentración (art. 56.1 LDC) e ten unha duración breve: un mes (art. 36.2.a) LDC). A Dirección de Competencia da CNMC realizará un informe da operación consonte os criterios de valoración do art. 10.1 LDC, sobre cuxa base a Sala de Competencia do Consello da CNMC ditará resolución, na que poderá (art. 57.2 LDC): a) autorizar a concentración; b) subordinar a autorización ao cumprimento dos compromisos propostos polas partes que a xuízo da CNMC resolvan os problemas de competencia detectados; c) acordar iniciar a segunda fase cando considere que a concentración pode obstaculizar o mantemento dunha competencia efectiva en todo ou en parte do mercado nacional; d) remitir a operación notificada á Comisión Europea para a súa resolución ao abeiro do Regulamento CE 139/2004.

Iniciada a segunda fase (cuxa duración máxima é de 2 meses: art. 36.2.b) LDC), a Dirección de Competencia publicará na páxina web da CNMC unha nota cos aspectos básicos da operación, co obxecto de que terceiras empresas e Administracións públicas poidan solicitar ser parte interesada no expediente (art. 58.1 LDC). Este precepto permite concluír que na primeira fase do procedemento non pode haber terceiros interesados. Ademais, se a concentración afecta de forma significativa ao territorio dunha determinada Comunidade Autónoma, a Dirección de Competencia da CNMC ten que solicitar informe preceptivo, pero non vinculante, á AAC que corresponda (art. 58.2 LDC).

A Dirección de Competencia da CNMC debe recoller, nun documento ou prego de concreción de feitos, os obstáculos á competencia efectiva derivados da concentración, que ten que notificar ás partes do procedemento para que poidan facer alegacións (art. 58.3 LDC). Recibidas as alegacións ou concluído o prazo, a Dirección de Competencia elaborará un informe e unha proposta de resolución que elevará á Sala de Competencia do Consello da CNMC, quen, sobre tales documentos, resolverá: a) autorizar a concentración; b) subordinar a autorización ao cumprimento dos compromisos propostos polas empresas notificantes ou ao cumprimento das condicións impostas pola CNMC; c) prohibir a concentración.

Calquera que sexa o sentido da resolución en segunda fase, esta debe ser notificada ás partes e á/ao titular do Ministerio de Economía (art. 58.5 LDC), pois esta autoridade gobernativa ten a potestade de iniciar a terceira fase do procedemento cando a

Resolución da CNMC sexa prohibir ou subordinar a concentración ao cumprimento de compromisos ou condicións, a cuxo efecto e dentro do prazo establecido terá que acordar elevar a concentración ao Consello de Ministros (arts. 36.3, 58.6 e 60.1, 2 e 4 LDC). Nesta terceira fase, o Consello de Ministros poderá confirmar a resolución da CNMC ou ben autorizar a concentración con ou sen condicións. Neste segundo caso, a motivación do acordo do Consello de Ministros debe sustentarse na necesidade de tutelar un ben xurídico público distinto á defensa da competencia (que é no que está fundamentada a resolución da CNMC), que consonte o art. 10.4 LDC poderá ser, en particular: "a) defensa e seguridade nacional; b) protección da seguridade ou saúde públicas; c) libre circulación de bens e servizos dentro do territorio nacional; d) protección do medio ambiente; e) promoción da investigación e o desenvolvemento tecnolóxicos; f) garantía dun adecuado mantemento dos obxectivos da regulación do sector".

O feito de que o Consello de Ministros poida autorizar unha concentración prohibida ou condicionada pola CNMC, de acordo cunha razón de interese público distinta á defensa da eficiencia do proceso competitivo, permite afirmar que esta terceira fase do procedemento de concentracións constitúe un poderoso instrumento de política industrial (que non de competencia) incrustado na propia lexislación de competencia, que acreditaría a "relatividade" da eficiencia económica ou do benestar do consumidor como criterios guía ou fins do Dereito *antitrust*.

Lección 07

O control das axudas de Estado ás empresas

113

ÍNDICE: 1.- Fundamento do control das axudas públicas ás empresas; 2.- Marco normativo do control das axudas públicas ou de Estado; 3.- Concepto de axuda pública; 4.- O concepto de axuda pública incompatible co Tratado; 5.- Obriga de notificación previa da axuda pública á Comisión Europea; 6.- Tipos de axudas públicas; 6.1.- Tipos de axuda en función da obrigación de notificación; 6.2.- Tipos de axuda en función do obxectivo perseguido; 6.3.- Tipos de axuda en función da forma ou do instrumento xurídico utilizado; 7.- As axudas en forma de compensacións pola prestación de servizos de interese económico xeral (SIEX); 8.- O control das axudas públicas no Dereito español da competencia.

1 Fundamento do control das axudas públicas ás empresas

O TFUE declara incompatibles co mercado interior as axudas de Estado a empresas que falseen ou ameacen falsear a competencia, na medida en que afecten aos intercambios comerciais entre os Estados membros (art. 107).

A incompatibilidade das devanditas axudas co TFUE xustifícase, en primeiro termo, no feito de que os privilexios que outorgan os Estados membros por esta vía ás súas empresas poden afectar negativamente ao obxectivo fundamental da UE de creación dun mercado único interior baseado na libre circulación, en particular, de mercadorías, servizos e capitais. Así, se as empresas dun país adquiren unha vantaxe competitiva grazas a axudas públicas, estase a destorcer o libre funcionamento dos mercados; xa que logo, as empresas doutros Estados membros non poderán competir en igualdade de condicións no mercado interior considerado.

En segundo lugar, o outorgamento de axudas públicas ás empresas constitúe unha forma de intervención pública na economía que pode alterar o funcionamento efi-

ciente dos mercados, contribuíndo ao mantemento de empresas ineficientes que, en ausencia das axudas públicas, desaparecerían no mercado. Polo tanto, as axudas públicas tamén poden distorsionar as condicións de competencia no mercado en prexuízo dos competidores, dos consumidores e do benestar xeral.

Agora ben, cando se producen fallos de mercado, a concesión de axudas públicas ás empresas pode ser unha resposta lexítima, por exemplo, cando resulta necesario alcanzar determinados obxectivos de protección do medio ambiente ou de prestación de servizos públicos que, en condicións de mercado, non se poderían alcanzar ou garantir.

Por conseguinte, a cuestión é distinguir as “boas axudas públicas” das malas ou incompatibles co TFUE, que serán aquelas cuxos efectos negativos superen os positivos; é dicir, aquelas que lesionan a competencia efectiva nos mercados e fano de maneira inxustificada e desproporcionada.

2 Marco normativo do control das axudas públicas ou de Estado

As normas xerais sobre as axudas públicas recóllense nos arts. 107 a 109 do TFUE. Xunto a estas normas de alcance xeral, por ser de aplicación a tódolos sectores e tipos de axudas públicas, o TFUE contén normas especiais respecto das axudas públicas: 1) ás empresas encargadas da xestión de servizos públicos ou de interese económico xeral ou SIEX e ás que teñan o carácter de monopolio fiscal (art. 106 TFUE); 2) ao sector agrario (art. 42 TFUE); e 3) ao transporte (art. 93 TFUE).

Estas normas do Tratado foron obxecto de desenvolvemento a través de regulamentos do Consello e da Comisión Europea, e, particularmente, de comunicacións interpretativas da Comisión, que na práctica teñen unha grande importancia. Estas disposicións de *Hard Law* e *Soft Law* pódense consultar na web da Dirección Xeral de Competencia da UE. De entre estas disposicións normativas da UE en materia de axudas públicas cabe destacar aquí: o Regulamento CE 994/1988, do Consello, de 7 de maio, polo que se autoriza á Comisión a ditar regulamentos establecendo categorías de axudas que quedan exentas da obriga de notificación contida no art. 108.3 TFUE; o Regulamento UE 651/2014, da Comisión, de 17 de xuño, polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles co mercado interior en aplicación dos artigos 107 e 108 TFUE (coñecido co acrónimo inglés de GBER); o Regulamento UE 1589/2015, do Consello, de 13 de xullo, polo que se establecen normas detalladas para a aplicación do artigo 108 TFUE (Regulamento de procedemento); e o Regulamento UE 1407/ 2013, do 18 de decembro, da Comisión, relativo ás axudas de minimis.

3 Concepto de axuda pública

Non existe un concepto legal de axuda pública ou de Estado nin no TFUE nin nas normas de Dereito europeo derivado. Tampouco a nivel nacional. O art. 107.1 TFUE límitase a establecer os elementos que debe reunir a medida estatal para que se poida cualificar como axuda pública incompatible co Tratado:

“Artigo 107 TFUE: 1. Salvo que os Tratados dispoñan outra cousa, serán incompatibles co mercado interior, na medida en que afecten os intercambios comerciais entre Estados membros, as axudas outorgadas polos Estados ou mediante fondos estatais, baixo calquera forma, que falseen ou ameacen falsear a competencia, favorecendo a determinadas empresas ou producións.”.

A Comisión Europea e o TXUE utilizan un concepto de axuda propio, autónomo do Dereito da UE, que se caracteriza por ser extremadamente amplo e funcional, pois responde á finalidade de poder prohibir toda vantaxe concedida a unha ou varias empresas con cargo a fondos públicos apta para causar unha restrición significativa e inxustificada sobre a competencia no mercado interior.

Neste senso, o concepto de axuda pública é máis amplo que o de subvención. Comprende tanto as prestacións positivas ou consistentes na entrega dunha certa cantidade de diñeiro ou recursos financeiros á empresa ou empresas beneficiarias, como tamén as prestacións con cargo a fondos públicos que, dalgunha forma, reducen ou alivian de feito as cargas que normalmente soportan as empresas. Por exemplo, serían axuda pública no senso do TFUE as medidas con cargo a fondos públicos que proporcionen: financiamento dos custos laborais da empresa, acceso a liñas de crédito en condicións máis favorables que as de mercado; reducións ou bonificacións fiscais, acceso a terreos públicos en condicións inferiores aos de mercado, etc. En definitiva, o concepto de axuda pública identifícase co de calquera forma de “vantaxe económica” concedida a unha ou varias empresas determinadas con cargo a fondos públicos.

Así, pois, seguindo a xurisprudencia do TXUE, o concepto de axuda pública require a presenza dos dous seguintes requisitos:

- a) *A axuda debe xerar un beneficio económico a quen a recibe, é dicir, debe supor unha vantaxe económica que a empresa en cuestión non obtería —do mercado— no exercicio normal da súa actividade.*
- b) *A axuda debe ser outorgada polos Estados ou con cargo a fondos estatais, ou, o que é o mesmo, debe existir unha transferencia de recursos públicos. Ditas transferencias poden revestir moi diversas formas; por exemplo, subvencións, achegas de capital, reducións de tipos de interese, instrumentos de capital risco, etc., que poden ser concedidas pola Administración territorial central ou por calquera outro todo tipo de entes territoriais (rexionais ou locais) e institucións (organismos autónomos, empresas públicas, fundacións públicas...).*

4 O concepto de axuda pública incompatible co Tratado

Como se indicou ao principio deste tema, as axudas de Estado ou públicas constitúen unha forma de intervención pública na economía que pode ser perfectamente lexítima e compatible co TFUE, que non establece, polo tanto, unha prohibición xeral e absoluta de toda axuda pública a favor das empresas.

Consonte o texto do art. 107 TFUE, e a práctica da Comisión Europea e do TXUE ditada na súa aplicación, para que unha axuda pública se considere incompatible —prohibida— co Tratado debe reunir os seguintes elementos:

- a) *A axuda debe ter un carácter selectivo para determinadas empresas ou producións*, é dicir, a axuda en cuestión debe romper o equilibrio existente entre determinadas empresas e os seus competidores (*par conditio concurrentium*).

É precisamente ese carácter selectivo o que diferencia as axudas estatais das “medidas de alcance xeral”, entendendo por tales aquelas que se aplican automaticamente ás empresas de tódolos sectores económicos dun país. En definitiva, as subvencións concedidas a persoas físicas ou as medidas de axuda xerais abertas a tódalas empresas non están cubertas pola prohibición do art. 107.1 TFUE, como pode ser o caso das medidas fiscais xerais ou a lexislación laboral.

- b) *A axuda debe afectar ou poder afectar aos intercambios comerciais entre os Estados membros da UE*

Trátase dun elemento común a tódalas normas de competencia do TFUE, pois ten por obxecto delimitar o ámbito de aplicación do Tratado en relación coas normas de competencia dos Estados membros. Así pois, a afectación dos intercambios comerciais intracomunitarios funciona como un dos pre-supostos que determina “a competencia” da Comisión Europea respecto dunha determinada conduta ou medida que limita ou pode limitar a competencia no mercado interior da UE, cuxa esixencia vén determinada polo obxectivo esencial das normas de competencia da UE de consolidar un mercado interior único.

A noción de intercambios comerciais, como sucede no ámbito das prohibicións de acordos colusorios e de abuso de posición de dominio, é interpretada en sentido amplo, bastando unha afectación ou alteración potencial dos mesmos, tanto en sentido positivo —incremento artificial dos intercambios— como negativo; é dicir, un decrecemento artificial dos mesmos.

Este requisito ou efecto da axuda pública analízase, na práctica, de forma conxunta co seguinte elemento da prohibición: a restrición da competencia

c) *A axuda debe falsear ou ser apta para falsear a competencia favorecendo determinadas empresas*

Para que resulte aplicable o art. 107 TFUE e, polo tanto, para poder declarar a incompatibilidade da axuda pública co Tratado, a Comisión Europea debe acreditar que a beneficiada da axuda é unha empresa que opera nun mercado de bens ou servizos, no que existen ou poden existir intercambios comerciais entre os Estados membros da UE.

117

Débase lembrar aquí que a Comisión Europea utiliza un concepto funcional de empresa *beneficiada*, no senso de que a natureza pública ou privada da persoa ou entidade, así como o seu modo de financiamento, carecen absolutamente de relevancia, chegando a considerar que unha organización non lucrativa, se desempeña unha actividade económica, é “empresa” para o Dereito da competencia (ECLI:EU:C:2006:8).

A axuda pública falsea ou pode restrinxir a competencia no mercado cando sexa obxectivamente apta, tendo en conta o contexto xurídico e económico relevante, para modificar de maneira unilateral os custos de produción da empresa ou empresas beneficiarias, proporcionándolle unha vantaxe económica significativa que reforza a súa posición competitiva en relación cos seus competidores actuais ou potenciais.

A modo de conclusión, sobre o concepto europeo de axuda pública incompatible ou prohibida coincidimos co prof. Bercovitz cando afirma que son axudas estatais no senso do art. 107.1 TFUE: “calquera atribución de vantaxes patrimoniais a favor de empresas determinadas individualmente ou de forma global, realizadas directa ou indirectamente con cargo a fondos públicos en condicións distintas ás que serían normais no mercado” (BERCOVITZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 2020, páx. 344).

5 Obriga de notificación previa da axuda pública á Comisión Europea

Os Estados membros están obrigados a notificar á Comisión Europea os proxectos de axudas públicas antes da súa concesión ou adxudicación á empresa ou empresas beneficiarias. Esta obrigación regulatoria é imposta polo art. 108.3 TFUE: “A Comisión será informada dos proxectos dirixidos a conceder ou modificar axudas coa suficiente antelación para poder presentar as súas observacións. Se considera que un proxecto non é compatible co mercado interior con arranxo ao artigo 107, a Comisión iniciará sen demora o procedemento previsto no apartado anterior. O Estado membro interesado non poderá executar as medidas proxectadas antes que no devandito procedemento recaese decisión definitiva.”.

A concesión dunha nova axuda antes de ser notificada ou, tendo sido notificada, antes de que a Comisión acorde a súa compatibilidade co art. 107 TFUE, comporta a *ilegalidade da axuda*, podendo a Comisión obrigar ao Estado que a concedeu a obter da empresa beneficiaria a súa recuperación (arts. 1 e 16 do Regulamento UE de procedemento).

A obriga de notificación é indispensable para a eficacia do sistema de control previo das axudas estatais que establece o TFUE, e permite á Comisión Europea exercer a súa competencia exclusiva nesta materia. Con todo, determinadas categorías de axudas estatais considéranse compatibles coa prohibición do art. 107.1 FUE e, no seu caso, non suxeitas á obriga de notificación previa á Comisión Europea. Así, en primeiro lugar, o art. 107.2 TFUE establece a “compatibilidade automática” co mercado interior de certos tipos de axudas públicas, todos eles de carácter excepcional e cun forte compoñente de axudas de solidariedade, como se pode apreciar coa lectura do precepto do Tratado:

“Art.. 107.2. Serán compatibles co mercado interior:

- a) as axudas de carácter social concedidas aos consumidores individuais, sempre que se outorguen sen discriminacións baseadas na orixe dos produtos;
- b) as axudas destinadas a reparar os prexuízos causados por desastres naturais ou por outros acontecementos de carácter excepcional;
- c) as axudas concedidas con obxecto de favorecer a economía de determinadas rexións da República Federal de Alemaña, afectadas pola división de Alemaña, na medida en que sexan necesarias para compensar as desvantaxes económicas que resultan de tal división. Cinco anos despois da entrada en vigor do Tratado de Lisboa, o Consello poderá adoptar, a proposta da Comisión, unha decisión pola que se derroque a presente letra.”.

En relación con estas axudas, o poder da Comisión Europea límtase a comprobar a concorrencia dos requisitos que establece o precepto do Tratado, por iso considéranse axudas “automaticamente” compatibles, aínda que é preciso subliñar que igualmente se trata de axudas sometidas ao deber de notificación previa á Comisión Europea. No marco da crise económica xerada polo COVID-19, a Comisión utilizou a base xurídica do art. 107.2.b) TFUE para avaliar de forma rápida a compatibilidade das axudas concedidas polos Estados da UE e destinadas a indemnizar os danos e prexuízos directamente causados ás empresas polas corentenas acordadas, particularmente dos sectores especialmente afectados polo brote (por exemplo, o transporte, o turismo, a cultura, a hostalaría e o comercio –comerciante polo miúdo–).

En segundo termo, o art. 107.3 TFUE dispón que certas categorías ou tipos de axudas públicas, se concorren determinadas circunstancias, pódense considerar com-

patibles co mercado interior. Tal é o caso das axudas públicas ou estatais destinadas a favorecer o desenvolvemento económico de rexións cun nivel de vida anormalmente baixo; a realizar un proxecto de interese común europeo; a pór remedio a unha grave perturbación na economía dun Estado membro; ou as que teñen por obxecto promover a cultura e a protección do patrimonio.

O art. 107.3 TFUE dispón: “Poderán considerarse compatibles co mercado interior:

- a) as axudas destinadas a favorecer o desenvolvemento económico de rexións nas que o nivel de vida sexa anormalmente baixo ou nas que exista unha grave situación de subemprego, así como o das rexións contempladas no artigo 349, tendo en conta a súa situación estrutural, económica e social;
- b) as axudas para fomentar a realización dun proxecto importante de interese común europeo ou destinadas a pór remedio a unha grave perturbación na economía dun Estado membro;
- c) as axudas destinadas a facilitar o desenvolvemento de determinadas actividades ou de determinadas rexións económicas, sempre que non alteren as condicións dos intercambios en forma contraria ao interese común;
- d) as axudas destinadas a promover a cultura e a conservación do patrimonio, cando non alteren as condicións dos intercambios e da competencia na Unión en contra do interese común;
- e) as demais categorías de axudas que determine o Consello por decisión, tomada a proposta da Comisión.

A petición dun Estado membro, o Consello poderá decidir, por unanimidade e no en tanto o disposto no artigo 107 ou nos regulamentos previstos no artigo 109, que a axuda que concedeu ou vai conceder devandito Estado sexa considerada compatible co mercado interior, cando circunstancias excepcionais xustifiquen dita decisión. Se, con respecto a esta axuda, a Comisión tivese iniciado o procedemento previsto no parágrafo primeiro do presente apartado, a petición do Estado interesado dirixida ao Consello terá por efecto a suspensión do devandito procedemento ata que este último se teña pronunciado sobre a cuestión. Con todo, se o Consello non se pronunciei dentro do tres meses seguintes á petición, a Comisión decidirá ao respecto.”.

Como se pode apreciar, este apartado 3 do art. 107 TFUE, a diferenza do apartado 2, concede á Comisión Europea —como autoridade de competencia— unha ampla marxe de apreciación e discrecionalidade para determinar en que casos poden considerarse compatibles co Tratado as axudas públicas a empresas, dando prioridade ao interese comunitario fronte ao particular dos Estados membros. Así, no contexto da pandemia do COVID-19, téñense usado como base xurídica as letras b) e c) deste art. 107.3 TDUE para considerar compatibles coa prohibición do apartado 1) determi-

nadas axudas concedidas polos Estados membros coa finalidade de satisfacer necesidades de liquidez agudas e apoiar as empresas que se enfrontan a dificultades financeiras debidas ou agravadas por esta pandemia.

- 120 A modo de cláusula de escape, e para dotar de maior flexibilidade este instrumento, o art. 107.3 TFUE autoriza o Consello —a proposta da Comisión Europea— a determinar outras categorías de axudas que se poden considerar compatibles. Sobre esta base xurídica, o Consello aprobou o citado Regulamento CE 994/1988, que autoriza á Comisión a ditar Regulamentos que permitan eximir da obriga de notificación previa a determinadas categorías de axudas. Facendo uso desta habilitación, a Comisión Europea aprobou: (1) o GBER ou Regulamento Xeral de exención, polo que se declaran compatibles co art. 107.1 TFUE e exentas de notificación á Comisión (art. 108.3 TFUE) diversas categorías ou tipos de axudas públicas a empresas, así como (2) o Regulamento UE 1047/2013, relativo ás axudas de *minimis*, de xeito que as axudas concedidas a unha única empresa e que non superen unha determinada contía non se consideran incluídas na prohibición do art. 107.1 TFUE e están exentas da obriga de notificación do art. 108.3 TFUE.

6 Tipos de axudas públicas

As axudas públicas a empresas pódense clasificar atendendo a distintos puntos de vista. A continuación, imos facer mención á clasificación máis habitual na doutrina e na práctica da Comisión Europea.

6.1 Tipos de axuda en función da obriga de notificación

Como xa se comentou, sempre que unha determinada medida reúna os elementos anteriormente mencionados para cualificala como axuda pública, a autoridade ou entidade estatal concedente ten que avaliar se é compatible co Dereito da competencia da UE, e se está sometida á obriga regulatoria de notificación previa á Comisión Europea. Con todo, a necesidade por parte da Comisión Europea de optimizar os recursos de control dispoñibles para dirixilos cara ás axudas potencialmente máis lesivas para o mantemento da competencia efectiva no mercado interior ten conducido —como xa se apuntou máis arriba— ao establecemento de categorías ou tipos de axudas exentas da obriga de notificación e suxeitas a mecanismos de autoavaliación, ao considerarse que tales categorías de axudas non son, en xeral, aptas para xerar unha restrición significativa dos intercambios comerciais intracomunitarios e da competencia no mercado interior.

Dende esta perspectiva do sometemento á obriga de notificación e do grao de control que sobre elas exerce a Comisión Europea, pódense distinguir tres clases de axudas:

Axudas notificables: son aquelas que entrando dentro do concepto de axuda de Estado non caen dentro de ningunha das categorías delimitadas no GBER. En consecuencia, teñen que ser obxecto de notificación previa á Comisión Europea. Nestes casos, o Estado concedente da axuda non pode outorgar a axuda notificada ata que a Comisión Europea adopte unha decisión.

O art. 108 TFUE describe os principios xerais do procedemento de notificación obrigatoria, desenvolvidos polo Regulamento de procedemento. Para aquelas axudas sometidas a notificación, a Comisión Europea ten que valorar fundamentalmente dúas cuestións: (1) a existencia dunha axuda de Estado, é dicir, a comprobación dos elementos anteriormente mencionados do concepto de axuda *pública*; e (2) a súa compatibilidade co Dereito comunitario, isto é, se a axuda é susceptible de recaer nalgún dos supostos dos apartados 2) e 3) do art. 107.2 TFUE. En consecuencia, unha vez notificada a axuda, a Comisión realizará un exame preliminar da mesma, podendo alcanzarse unha das seguintes conclusións: (1) a medida non constitúe axuda no senso do art. 107.1 TFUE; (2) a medida si constitúe axuda pero é compatible co mercado interior; ou (3) tratándose dunha axuda, existen dúbidas sobre a súa compatibilidade co TFUE, polo que procede a apertura dun procedemento de investigación formal, contradictorio, no que se poden presentar terceiros interesados. Unha vez tramitado este procedemento de infracción, Comisión Europea poderá declarar: (1) a inexistencia da axuda, (2) a súa existencia e compatibilidade, ou ben (3) a súa incompatibilidade. Neste último suposto, a axuda pódese prohibir ou ben someter a súa aprobación a determinadas condicións.

Axudas exentas de notificación previa: son as que, aínda reunindo os elementos anteriormente sinalados, encaixan nalgunhas das categorías que están exentas de notificación previa consonte o GBER, aínda que si existe unha obriga de comunicación *a posteriori* á Comisión Europea das liñas fundamentais que caracterizan a medida de axuda en cuestión.

Actualmente, as axudas exentas están codificadas nun só instrumento normativo, o xa citado Regulamento xeral de exención por categorías ou GBER. Este Regulamento UE 651/2014 define as categorías de axudas que se consideran exentas de notificación previa, establece a contía máxima da axuda que funciona como limiar de notificación, e tamén cal ten que ser a intensidade da axuda (a porcentaxe do gasto imputable ao proxecto privado en cuestión que efectivamente se subvenciona con fondos públicos) para que quede cuberta pola exención. Entre as categorías exentas, atópanse, por exemplo, as axudas rexionais ao investimento e ao emprego para as PEMES, as axudas de salvamento e reestruturación de empresas en crise, as axudas á protección ambiental ou as axudas ao I+D+i.

Axudas de menor importancia ou de minimis: son aquelas que, pola súa reducida contía, se considera que non son aptas para restrinxir significativamente a compe-

tencia no ámbito do mercado interior, polo que non constitúen axudas de Estado no senso do art. 107.1 TFUE. En liñas xerais e salvando sectores específicos como, por exemplo, o transporte por estrada, considéranse de *minimis* as axudas recibidas por unha empresa determinada que non superen o importe de 200.000 euros en tres exercicios fiscais (art. 3 Regulamento UE 1407/2013). As axudas de *minimis* están exentas de notificación previa e tamén de comunicación *a posteriori*, aínda que, loxicamente, as autoridades do Estado membro que conceden as axudas teñen a responsabilidade de garantir que realizan un control adecuado das mesmas, en relación cos requisitos que esixa a súa normativa específica.

6.2 Tipos de axuda en función do obxectivo perseguido

Dende o punto de vista dos obxectivos que perseguen as axudas públicas ás empresas, cabe distinguir entre:

- a) *Axudas rexionais*: Son axudas destinadas a fomentar o desenvolvemento das rexións menos favorecidas, principalmente, mediante o apoio a investimentos iniciais a determinados proxectos e, en casos excepcionais, mediante a concesión de axudas de funcionamento ás empresas que realizan actividades dentro de tales rexións. As axudas rexionais atopan a súa base legal, fundamentalmente, nas letras a) e c) do art. 107.3 TFUE, e dispoñen da súa propia normativa de desenvolvemento.
- b) *Axudas sectoriais ou a sectores específicos*: outórganse axudas sectoriais naqueles casos en que as particulares circunstancias dun sector aconsellen a provisión de instrumentos de axudas de Estado distintos dos aplicables con carácter xeral (por exemplo, as axudas estatais outorgadas ao sector financeiro pola crise económica xurdida en 2008). Estas axudas atopan a súa base legal no art. 107.2.c) TFUE.
- c) *Axudas horizontais*: baixo este nome inclúese un abano de axudas moi variado, que non se circunscriben a ningún sector en concreto. Entre elas, atopamos as axudas ás PEMES, ao I+D+i, á protección ambiental, axudas de capital risco; axudas para servizos de interese económico xeneral, de salvamento e reestruturación de empresas en crises, axudas para o fomento do emprego, axudas á formación, etc.

Para todas estas categorías de axudas resulta de aplicación o Regulamento Xeral de exención ou GBER, pero, ademais, a Comisión Europea aproba marcos comunitarios temporais e directrices específicas para cada categoría.

6.3 Tipos de axuda en función da forma ou do instrumento xurídico utilizado

Dende este punto de vista, existe unha gran variedade de axudas, entre as que se contemplan non só as subvencións directas de corte tradicional —as máis numerosas—, senón un amplo abano de instrumentos. Entre eles, e sen ánimo exhaustivo, están os seguintes:

- a) Préstamos ou créditos en condicións vantaxosas (por exemplo, créditos sen interese ou con tipos inferiores aos de mercado).
- b) Exencións ou reducións de impostos a empresas ou categorías de empresas concretas.
- c) garantías de diversos tipos (sobre os tipos de cambio, sobre as subvencións ou préstamos, seguros de crédito á exportación...).
- d) Venda de propiedades públicas a prezos inferiores aos de mercado.
- e) Prestación de servizos gratuítos ou por baixo do prezo de mercado por parte da Administración.
- f) Realización de traballos de infraestrutura que beneficien exclusivamente determinadas empresas ou producións (por exemplo, baixo a condición de que a empresa se estableza nun territorio concreto).

7 As axudas en forma de compensacións pola prestación de servizos de interese económico xeral (SIEX)

O Artigo 106 TFUE dispón:

1. Os Estados membros non adoptarán nin manterán, respecto das empresas públicas e aquelas empresas ás que concedan dereitos especiais ou exclusivos, ningunha medida contraria ás normas dos Tratados, especialmente as previstas nos artigos 18 e 101 a 109, ambos inclusive.
2. As empresas encargadas da xestión de servizos de interese económico xeral ou que teñan o carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas ás normas dos Tratados, en especial ás normas sobre competencia, na medida en que a aplicación das devanditas normas non impida, de feito ou de dereito, o cumprimento da misión específica a elas confiada. O desenvolvemento dos intercambios non deberá quedar afectado en forma tal que sexa contraria ao interese da Unión.
3. A Comisión velará pola aplicación das disposicións do presente artigo e, en tanto sexa necesario, dirixirá aos Estados membros directivas ou decisións apropiadas.”

Este precepto do Tratado foi obxecto de desenvolvemento a través de diversos instrumentos de Dereito derivado, particularmente de *Soft Law*, accesible a través da páxina web da Dirección Xeral de Competencia da Comisión Europea.

- 124 Non existe na normativa da UE un concepto de servizos de interese económico xeral (SIEX), que se poderían definir como aquelas actividades ou sectores que as autoridades dos Estados membros identifican como de particular importancia para os cidadáns; servizos ou actividades económicas que non se prestarían ou, polo menos, non se prestarían nas condicións de —calidade, accesibilidade, prezo, seguridade, etc.— se non existise unha intervención pública.

Estamos, pois, ante actividades económicas que son cualificadas pola lexislación nacional como servizos públicos ou de interese xeral, de xeito que á empresa que os presta, habitualmente en réxime de monopolio, impónselle unha serie de “obrigas de servizo público” no desenvolvemento da devandita actividade, que incrementan o custo de prestación do servizo. Por iso, adóitase recoñecer ás empresas prestadoras do SIEX o dereito ser compensadas, con cargo a fondos públicos, polas obrigas de servizo público impostas pola Administración titular do servizo público que prestan.

O art. 106.2 TFUE dispón que as regras de competencia do TFUE se aplican a estas empresas na medida en que non impidan a prestación do servizo público encomendado. En materia de axudas públicas, esta excepción tradúcese en que as compensacións que reciba a empresa SIEX con cargo a fondos públicos non terán a consideración de axuda pública no senso do art. 107.1 TFUE a condición de que se limiten a sufragar os sobrecostos de prestación das obrigas de servizo público impostas, máis un beneficio razoable. Se é así, enténdese que a compensación recibida non atribúe á empresa ningunha vantaxe económica respecto dos seus competidores potenciais.

Na práctica, o TXUE (Sentenza Almark; ECLI:EU:C:2003:415, pars. 87 a 94) estableceu as catro condicións que ten que cumprir tal compensación para non constituír axuda de Estado e, polo tanto, suxeita a obriga de notificación á Comisión Europea:

A empresa beneficiaria da compensación asumiu obrigas de servizo público, e estas están perfectamente definidas na normativa ou no contrato de prestación do servizo público.

Os parámetros de cálculo da compensación teñen que estar establecidos con anterioridade á provisión do servizo, e ser fixados dunha maneira transparente e non discriminatoria.

A compensación non pode exceder do nivel necesario para cubrir os gastos ocasionados polo cumprimento das obrigas de servizo público impostas, tendo en conta os ingresos derivados da prestación do servizo e un beneficio razoable.

O beneficiario ten que estar elixido por un procedemento de contratación público e competitivo. En caso de adjudicación directa, a compensación terase que calcular tendo en conta os custos dunha empresa media do sector de actividade, ben xestionada e adecuadamente equipada.

125

8 O control das axudas públicas no Dereito español da competencia

A LDC non contén unha prohibición das axudas públicas. Non tería sentido, porque en economías de mercado abertas como as da UE toda axuda pública é apta para afectar aos intercambios comerciais no mercado interior, e, en tal caso, a Comisión Europea será a única autoridade de competencia competente para o seu control e eventual prohibición.

O único precepto da LDC relativo ás axudas públicas (art. 11), desenvolvido nos arts. 7 e 8 do RDC, ten por obxecto atribuír á CNMC determinadas competencias para a emisión de informes e a realización de propostas respecto dos criterios que ten que ter en conta a Administración concedente de axudas públicas a empresas. Sobre esta base legal, a CNMC emite un informe anual sobre as axudas públicas concedidas en España, que se poden consultar na súa páxina web: <https://cnmc.es/>.

Lección 08

Procedementos administrativos en materia de condutas prohibidas

127

ÍNDICE: 1.- Aplicación pública do Dereito da competencia. 2.- Marco normativo, normas comúns e principios xerais dos procedementos de competencia; 3.- O procedemento sancionador en materia de condutas prohibidas; 3.1.- Dilixencias previas á iniciación do procedemento sancionador. O deber de colaboración e información; 3.2.- A facultade de desestimar denuncias que non constitúen unha prioridade por motivos de eficiencia; 3.3.- Incoación e instrución do procedemento; 3.4.- A fase de resolución do expediente sancionador; 4.- Outros procedementos de competencia; 4.1.- O procedemento de medidas cautelares; 4.2.- O procedemento de vixilancia; 4.3.- O procedemento de clemencia; 4.4.- O procedemento de terminación convencional; 5.- O réxime sancionador de competencia; 5.1.- Marco normativo e prescrición das infraccións e sancións; 5.2.- Suxeitos infractores e responsables das infraccións de competencia; 5.3.- Clasificación legal das infraccións de competencia; 5.4.- Multas e outras medidas limitativas de dereitos; 5.4.1.- Imposición e gradación das multas; 5.4.2.- Metodoloxía de cálculo das multas sancionadoras; 5.4.3.- Outras medidas restritivas de dereitos; 5.5.- A política de clemencia fronte ás condutas de cártel; 6.- Recursos.

1 Aplicación pública do Dereito de defensa da competencia

Esta lección ten por obxecto coñecer as características básicas dos procedementos administrativos en materia de defensa da competencia, de forma particular, do procedemento sancionador por infracción dos arts. 1 a 3 LDC e dos arts. 101 a 102 TFUE, o que nos esixirá analizar, sequera superficialmente, tanto o réxime sancionador de competencia como a regulación legal da política de clemencia. Polo tanto, non son obxecto desta lección os procedementos europeos de competencia, aplicables só á actuación da Comisión Europea de acordo cos arts. 101 a 109 do TFUE, o Re-

gulamento CE 139/2004 de control de concentración, e en materia de control das axudas de Estado ás empresas. Tampouco se analiza o procedemento español de control de concentración, ao que fixemos referencia na lección 6.

- 128 Na lección seguinte será analizada a aplicación xudicial ou privada do Dereito de defensa da competencia, como vía complementaria ou autónoma á aplicación pública polas AdC, e necesaria para un sistema de defensa da competencia eficaz na protección do interese público no funcionamento competitivo dos mercados, e dos intereses privados de quen opera e participa no mercado ofertando ou demandando bens e/ou servizos.

Débase subliñar que ámbalas vías de aplicación do Dereito de defensa da competencia —da UE e español— non son excluíntes, senón complementarias e necesarias para alcanzar unha aplicación efectiva do sistema de defensa da competencia. A través desas dúas canles de aplicación é posíbel obter a declaración de conduta anticompetitiva prohibida, e pór fin á mesma. No entanto, outro tipo de remedios son exclusivos dunha das dúas canles de aplicación. Así, a imposición dunha multa pola comisión da infracción de competencia só é posible a través do procedemento administrativo sancionador, en tanto que a declaración de nulidade da cláusula contractual anticompetitiva, e o resarcimento dos danos causados aos competidores, clientes ou consumidores a resultas da conduta anticompetitiva só se pode obter a través da aplicación xudicial. Na práctica, a dificultade que teñen os eventuais prexudicados para obter proba suficiente da conduta anticompetitiva —particularmente se é constitutiva dun cártel segredo— conduce a que, con frecuencia, tras unha Resolución da AdC declarando a infracción dunha prohibición *antitrust* lle siga unha demanda xudicial de danos (acción consecutiva ou *follow on*). Mais é preciso reiterar que toda persoa prexudicada por unha conduta colusoria ou de abuso de posición de dominio pode exercer unha acción declarativa e de danos independente ou *estand alone*; é dicir, sen que exista previa resolución dunha AdC que teña declarado a comisión dun ilícito anticompetitivo.

2 Marco normativo, normas comúns e principios xerais dos procedementos de competencia

A regulación legal dos procedementos administrativos de competencia e do réxime sancionador está prevista na LDC (Título IV, arts. 36 a 60), desenvolvida polo disposto no RDC de 2008 (Título II, arts. 11 a 79) e nas comunicacións aprobadas pola extinta CNC en materia de clemencia e terminación convencional. Este réxime xurídico resulta aplicable á actuación da CNMC baseada na LDC e nos arts. 101 e 102 TFUE e o Dereito derivado da competencia da UE. Igualmente, aplícase aos procedementos de competencia que instrúan e resolvan as AAC por infracción dos arts. 1 a 3 LDC, en relación con condutas que restrinxen a competencia efectiva exclusivamente dentro do seu territorio autonómico (art. 1 LCoord).

Este marco normativo nacional, legal e regulamentario, foi varias veces parcialmente modificado, a última polo Real Decreto Lei 7/2021, do 27 de abril, de transposición, entre outras, da Directiva (UE) 2019/1, do Parlamento Europeo e do Consello, de 11 de decembro de 2018, encamiñada a dotar as autoridades de competencia dos Estados membros de medios para aplicar máis eficazmente as normas sobre competencia e garantir o correcto funcionamento do mercado interior (Directiva ECN+). Esta Directiva ECN+ persegue resolver as ineficiencias e deficiencias detectadas no sistema europeo de aplicación compartida dos arts. 101 e 102 TFUE instaurado polo Regulamento CE 1/2003, debido a que, por unha banda, non todas as ANC dispoñen das facultades necesarias, así como de garantías de independencia e de recursos humanos, financeiros, técnicos ou tecnolóxicos adecuados para poder aplicar de forma coherente, uniforme e eficaz a normativa europea de competencia, e do Dereito nacional cando se aplica en paralelo con aquela. Doutro lado, as deficiencias do sistema tamén se imputan á carencia de medidas de asistencia mutua entre as ANC que garantan o cumprimento das resolucións dunha ANC fóra do seu territorio nacional. A tal obxecto, a Directiva ECN+ establece un espazo común de aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE a través da imposición aos Estados membros, por unha banda, do deber de recoñecerlle á súa ANC un conxunto mínimo de facultades e potestades de aplicación e imposición de multas, e de garantías básicas de independencia e de recursos. Por outra banda, os Estados membros veñen obrigados a reforzar o sistema nacional de asistencia mutua e de colaboración entre as ANC (arts. 6 bis e 6 ter do RD 2295/2004, de 10 de decembro, relativo á aplicación en España das normas comunitarias de competencia, introducidos polo RDL 7/2021 de transposición da Directiva ECN+). Con todo, a pesar destes importantes obxectivos, o impacto material da transposición da Directiva ECN+ no marco regulatorio español de defensa da competencia (legal, regulamentario e de *Soft Law*) foi relativo, por mor de que xa contemplaba a maioría das facultades e garantías impostas polo lexislador europeo, de forma expresa ou ben pola interpretación que se vén realizando tanto pola autoridade de competencia como polos tribunais do Contencioso-Administrativo, na súa función de revisión das resolucións daquela.

Este marco regulatorio contén uns principios xerais do procedemento (arts. 42 a 45 bis LDC) e unhas normas comúns de aplicación a tódolos procedementos administrativos regulados na LDC, relativas aos prazos dos procedementos, ás facultades atribuídas á CNMC (e ás AAC) e sobre os recursos que se poden interpor fronte aos acordos adoptados pola AdC (arts. 36 a 41 e 47 LDC, desenvolvidos nos arts. 11 a 24 do RDC). En relación cos principios xerais do procedemento, nestas normas legais dispónse a aplicación supletoria da vixente Lei 39/2015, de 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas (art. 45 LDC); a prexudicialidade do proceso penal fronte ao procedemento administrativo de competencia (art. 46 LDC); regúlase o tratamento, acceso e uso que poden facer as partes da información confidencial que consta no expediente, establecendo unha regulación es-

pecial para as declaracións de clemencia (art. 42 LDC); imponse un deber de segredo sobre as partes e os funcionarios que acceden aos expedientes de competencia (art. 43 LDC); e establécese a obriga de adecuación da actuación da AdC no marco dos procedementos de competencia aos dereitos fundamentais garantidos pola normativa da UE (art. 45 bis LDC).

Finalmente, unha vez notificadas aos interesados, a CNMC (tamén as AAC) está legalmente obrigada a facer pública na páxina web unha versión non confidencial de tódalas “resolucións, acordos e informes que se diten en aplicación” da LDC; en particular, publicaranse: a) as resolucións que poñan fin aos procedementos; b) as resolucións que acorden a imposición de medidas cautelares; c) a iniciación dun expediente de control de concentracións; d) a incoación de expedientes sancionadores; e) a realización de inspeccións domiciliarias (art. 37 LCNMC, art. 69 LDC e 23 RDC).

3 O procedemento sancionador en materia de condutas prohibidas

O procedemento sancionador derivado da realización das condutas prohibidas nos arts. 101 e 102 TFU e arts. 1 a 3 LDC está regulado nos arts. 49 a 53 LDC, cuxo contido está desenvolvido a través dos arts. 25 a 39 RDC. Con carácter xeral, pódese afirmar que é un procedemento regrado, garantista dos dereitos das partes, contradictorio, cunha duración máxima de 18 meses estruturada en dúas fases: unha de instrución, a cargo da Dirección de competencia da CNMC (no seu caso, do órgano de instrución da AAC competente), e outra de resolución e sanción, que compete á Sala de Competencia do Consello da CNMC ou, en certos casos, ao Pleno do Consello (art. 21 LCNMC e art. 14.1.a) do Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, polo que se aproba o Estatuto Orgánico da CNMC) e, no seu caso, ao órgano de resolución da AAC competente.

En definitiva, como ten sinalado o Tribunal Constitucional, ao procedemento sancionador de competencia resúltanlle de aplicación as garantías e principios do proceso penal, en tanto que constitúe un exercicio da potestade sancionadora do Estado. Con todo, esta aplicación das garantías penais ten que realizarse con matices, sendo un exemplo desta aplicación matizada a facultade que ten o órgano de resolución da AdC de variar a cualificación xurídica realizada polo órgano de instrución (art. 51.4 LDC).

3.1 Dilixencias previas á iniciación do procedemento sancionador. O deber de colaboración e información

O procedemento sancionador en materia de condutas anticompetitivas prohibidas sempre se inicia de oficio pola AdC (art. 25.1 RDC). Pero a incoación do expediente sancionador pode ser por iniciativa da propia AdC, a consecuencia dunha solicitude de clemencia (arts. 65 e 66 LDC e arts. 46 e 49 RDC) ou ben por denuncia de calquera

persoa (art. 49 LDC), cuxo contido regula os arts. 25.2 e 3 RDC e concreta o Anexo I do RDC.

Á vista dunha noticia, información ou denuncia da que se poida deducir a existencia de indicios dunha conduta anticompetitiva, a DC da CNMC (ou o órgano de instrución da AAC) abrirá unhas “diligencias previas”, que teñen o carácter de reservadas, porque non se notifican nin ao eventual denunciante nin ao denunciado ou investigado. Estas actuacións reservadas teñen por obxecto pescudar a realidade dos feitos coñecidos ou denunciados, e tamén determinar se presentan indicios suficientes de ser constitutivos dunha infracción de competencia (art. 49.2 LDC).

131

As dilixencias previas non teñen un prazo legal de duración determinado, pero a xurisprudencia ten afirmado que non poden desnaturalizarse, no senso de ser utilizadas para un fin distinto do sinalado pola Lei, como o sería a realización de actos propios da instrución do procedemento sancionador (ECLI:ES:TS:2007:8599).

Durante a investigación reservada ou previa, a pesar de que non é contraditoria, o instructor do expediente pódese dirixir, de forma motivada, tanto ao denunciante como ao denunciado, co obxecto de solicitar información adicional que poida estar no seu poder. No caso de que a solicitude vaia dirixida a un denunciado, con obxecto de non vulnerar o seu dereito de defensa, a AdC, sen estar obrigada a darlle acceso á denuncia, ten o deber legal de darlle traslado dos elementos obxectivos contidos nela en relación cos feitos denunciados (art. 26 RDC; Expte. TDC r 700/06 v, Banco Santander/Cheques comida).

No suposto de que, concluídas as dilixencias previas ou reservadas —que poden incluír incluso a realización de inspeccións domiciliarias (arts. 49.2 en relación co art. 40 LDC e 26.1 RDC)—, o órgano de instrución da AdC non aprecie indicios racionais de condutas anticompetitivas prohibidas, elaborará unha proposta de non incoación do procedemento sancionador e arquivo das actuacións realizadas, que será trasladada ao órgano de resolución (á Sala de Competencia do Consello da CNMC ou ao Consello da AAC competente), para que acorde o arquivo ou, se considera que si existen indicios de infracción, para instar ao órgano de instrución a incoación do expediente sancionador (arts. 49.3 LDC e 27.1 e 2 RDC). O arquivo das actuacións previas tamén procederá: (1) cando a conduta investigada se considera de menor importancia; e (2) cando a CNMC non resulte ser a AdC competente, por selo unha AAC ou a Comisión Europea (art. 44 LDC).

Durante as dilixencias reservadas e tamén unha vez incoado o expediente sancionador, a AdC tamén pode solicitar a colaboración de terceiras empresas ou das Administracións se considera que teñen información útil para a investigación, xa que toda persoa e organismo público está sometido a un deber de colaboración e información con aquela (art. 39 LDC). Como unha manifestación deste deber xenérico de colaboración —que, insistimos, existe antes da incoación e durante o procedemento

sancionador— no art. 39 bis LDC regúlase a facultade da AdC de realizar entrevistas a calquera persoa física a título persoal ou como representante dunha empresa ou persoa xurídica, que poida estar en posesión de datos e información que poidan resultar necesarios para a aplicación da LDC. Esta entrevista, cuxa solicitude ten que ser motivada, pode ter lugar na sede da AdC ou da empresa ou persoa requirida, de forma presencial o telemática, podendo ser obxecto de gravación e transcripción, mais o entrevistado non poderá ser obrigado a declarar contra si mesmo nin a admitir a comisión dunha infracción de competencia, podendo asistir con letrado.

Por último, a infracción deste deber de colaboración e información está cualificada como infracción grave sancionable con multa (arts. 62.3.c) e 64.1.b) LDC). Asemade, a AdC pode advertir (no propio acordo de solicitude de colaboración) e impor á persoa requirida (en caso de incumprimento e previa incoación dun procedemento sancionador: arts. 67. f) y g) LDC e 21 RDC) unha multa coercitiva coa finalidade de incentivar o cumprimento do deber de colaboración (art. 17 RDC).

3.2 A facultade de desestimar denuncias que non constitúen una prioridade por motivos de eficiencia

Como consecuencia da transposición da Directiva ECN+, e co obxectivo de mellorar a eficiencia do sistema español de aplicación pública do Dereito da competencia, actualmente as AdC teñen a facultade de desestimar as denuncias por infracción dos arts. 1 a 3 LDC e/ou dos arts. 101 e 102 TFUE cuxa investigación non sexa unha prioridade no marco da política de competencia da autoridade por, entre outros, os motivos que se indican no art. 49.4 LDC, complementado polo que dispoñen os arts. 25.5 e 27.3 RDC. Ata entón, as AdC españolas estaban obrigadas a tramitar e investigar, sequera, de forma superficial, a veracidade dos feitos contidos nas denuncias e se podían constituír unha infracción da LDC.

A facultade de priorizar denuncias correspóndelle formalmente ao órgano de instrución da AdC, que poderá adoptar o acordo de non iniciar as dilixencias previas de investigación dos feitos presuntamente ilícitos obxecto da denuncia polos motivos que se enuncian nas letras a), b) e c) do art. 49.4 LDC. Mais a eficacia deste acordo de desestimación da denuncia queda condicionada á non oposición —expresa ou tácita— por parte do órgano de resolución, ao que se ten que comunicar tal acordo ao obxecto de que, no prazo de 15 días, poida oporse de forma motivada, cualificándose o eventual silencio do órgano de resolución da AdC como aceptación da desestimación da denuncia. Este acordo de non iniciación do procedemento ten que ser motivado e notificado ao denunciante (arts. 25.5 e 27.3 RDC).

O art. 49.4 LDC menciona como non prioritarias por motivos de eficiencia tres categorías de denuncias, mais da literalidade da norma extráese a sensación de que estamos ante unha lista aberta, medida que resulta acorde coa práctica da Comisión

Europea e respectuosa cos dereitos dos denunciante, pois estes acordos de desestimación teñen que ser motivados, notificados ao denunciante e recorribles ante o Tribunal do Contencioso-Administrativo competente. A letra a) do art. 49.4 LDC faculta a Dirección de Competencia da CNMC para desestimar denuncias inviábeis, ben porque os indicios de ilicitude *antitrust* que se aportan polo denunciante son escasos, ben porque é improbable que o órgano de instrución chegue a acreditar tales indicios. A letra b) parece acoller unha nova versión da regra de menor importancia (art. 5 LDC), xa que fai referencia ás denuncias relativas a “condutas ilícitas cuxo alcance potencial é limitado ou o dano potencial que poden causar ao consumidor ou para a competitividade dos mercados de factores produtivos, bens ou servizos é escaso”. Non obstante, como é coñecido, as condutas de menor importancia non están prohibidas, polo que a referencia literal ás “condutas ilícitas” ben puidera indicar que, en realidade, esta causa de desestimación responde máis á denominada doutrina “Automec”, que permite á Comisión Europea desestimar denuncias relativas a condutas anticompetitivas que, atendendo a diversos criterios, non presenten suficiente interese comunitario, o que non impide que poidan ser investigadas e sancionadas polas ANC (ECLI:2018:605). Pero se esta fose a interpretación correcta; é dicir, se esta causa de priorización de denuncias respondese á máxima de que *minimis praetor non curat* (o pretor non se ocupa dos asuntos triviais), a súa aplicación nun sistema de competencias exclusivas e excluíntes como o español non deixa de suscitar dúbidas razoables. A lectura do texto da letra c) do art. 49.4 LDC non esperta menos dúbidas interpretativas, xa que aparentemente fai referencia á facultade de non considerar prioritarias as denuncias relativas ás “condutas cuxa prevención ou erradicación é factible a través doutros instrumentos legais para preservar e promover a competencia...”. De feito, poderíase considerar que é tamén unha manifestación da doutrina “Automec”, na medida en que faría referencia a condutas restritivas da competencia que poden ser perseguidas de forma eficaz a través doutras normas que tamén tutelan a competencia no mercado, como a Lei de Competencia Desleal ou a Lei 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mellorar o funcionamento da cadea alimentaria.

3.3 Incoación e instrución do procedemento

A incoación do procedemento sancionador en materia de condutas prohibidas sempre ten lugar de oficio, pois non se lles recoñece aos denunciante o dereito á incoación dun expediente sancionador de competencia. Este feito, que a AdC non estea vinculada pola cualificación xurídica realizada nas denuncias (art. 25.5 RDC), permite, no caso de que o denunciante desista da denuncia, que a AdC poida realizar as investigacións que considere pertinentes e, non seu caso, acordar a incoación do procedemento sancionador (art. 25.4 RDC).

Este acordo de incoación será adoptado cando das actuacións previas realizadas, a xuízo do órgano de instrución da AdC, se deduce a existencia de indicios racionais de infracción —os sinalados na denuncia ou os que ela *prima facie* considere—, contra a/s empresa/s presuntamente infractora/s. Adoptado o acordo de incoación do expediente sancionador por infracción dos arts. 1 a 3 LDC e/ou arts. 101 a 102 TFUE, cuxo contido determina o art. 28 RDC, este será notificado pola AdC ás partes que se consideren interesadas no expediente, momento a partir do cal poderán acceder e obter copia dos documentos que integren o expediente, excepto daquela información que se declarou confidencial polo instrutor, por conter segredos comerciais das empresas ou outra información que a AdC considere confidencial; confidencialidade que pode solicitar calquera persoa que aporte documentación ao expediente (art. 20 RDC) e que a AdC pode levantar en calquera momento do procedemento, previa audiencia da empresa afectada (arts. 42 LDC e 31 RDC). Co obxectivo de orientar as empresas nas solicitudes de confidencialidade que presenten ante a CNMC, tanto no marco de procedementos por condutas prohibidas como no ámbito do control de concentracións, aquela publicou en 2020 unha “Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007”, na que se recolle a doutrina consolidada da CNMC nesta materia.

Durante a instrución contraditoria do procedemento sancionador, as partes interesadas poderán realizar alegacións e propor a práctica de proba (art. 32.2 RDC). O órgano de instrución poderá levar a cabo tódalas actuacións e investigacións que considere necesarias para a investigación dos feitos e os autores ou responsables dos mesmos (arts. 50.1 LDC e 32 RDC). A este fin, poderá dispor a acumulación de expedientes ou a súa desagregación, así como incorporar información que conste noutro expediente (arts. 29 e 30 RDC) e requirir ás partes, terceiros e órganos administrativos a información que considere necesaria para esclarecer os feitos investigados e determinar os responsables, sempre que obre en poder da persoa ou entidade requirida, mesmo se é inculpativa, porque aínda que se recoñece o dereito a non autoinculparse non existe un dereito ao silencio (art. 39 LDC e arts. 28 a 35 RDC).

Entre os actos de investigación ou instrución que pode realizar a AdC destaca, pola súa potencialidade para obter proba directa da infracción e polo risco de vulneración dos dereitos das partes, a potestade de inspeccionar, sen previo aviso, o domicilio das empresas e dos directivos ou persoal da empresa investigada (arts. 40.2 e 3 LDC e arts. 13 a 15 RDC), tanto antes como despois da incoación do procedemento sancionador. Os poderes de inspección da AdC son amplos (arts. 40 LDC e 13 RDC), estando a empresa destinataria da orde de inspección —entendida como unidade económica; ECLI:ES:TS:2016:1846— obrigada a someterse e permitir o normal desenvolvemento da inspección (art. 40.7 LDC), mais a inspección requirirá de autorización xudicial que a ampare ou autorización expresa da empresa ou persoa

inspeccionada cando implique unha restrición de dereitos fundamentais (arts. 40.8 LDC e 13.2 RDC). A negativa a someterse a unha inspección ou a “obstrución por calquera medio” da mesma constitúe una infracción grave sancionable con multa (arts. 62.3.c) e 63.1.b) LDC), pero eses poderes teñen o seu límite no respecto aos dereitos fundamentais que se poden ver afectados, tales como a inviolabilidade do domicilio, o dereito de defensa, o segredo das comunicacións avogado externo-cliente, ou o dereito á intimidade e das comunicacións dos empregados da empresa inspeccionada (ECLI:ES:TS:2018:3106). En consecuencia, a orde escrita da persoa titular do órgano de instrución da AdC autorizando a inspección ten que indicar o seu obxecto e finalidade (ECLI:ES:TS:2014:5266), os suxeitos investigados, os datos, documentos, operacións, informacións e outros elementos que vaian ser obxecto da inspección, a data de práctica da inspección e o alcance desta (arts. 40.2 LDC e 13.3 RDC). O persoal da AdC autorizado na orde de inspección, así como o designado na mesma para prestar apoio e asistencia para a práctica da actuación inspectora, goza dun amplo abano de facultades de inspección, enumeradas con amplitude no art. 40.6 LDC, que poden desenvolverse en calquera dependencia da entidade inspeccionada, no domicilio particular do empresario ou do persoal da empresa inspeccionada cando exista sospeita razoable de que no mesmo poden existir probas ou información relevante para os feitos obxecto da inspección, e tamén dende sede da AdC a través de medios tecnolóxicos (art. 40.3 LDC). A empresa ou persoa inspeccionada ten dereito a que un avogado por ela designado poida estar presente durante as actuacións inspectoras, mais a súa ausencia non paraliza o inicio da inspección. Levantarase acta das actuacións realizadas durante a entrada e inspección realizada, que será asinada polo funcionario autorizado e pola persoa designada pola empresa inspeccionada, se ben a negativa desta a asinar non afectará ao valor probatorio da acta de inspección.

A orde de inspección e a actuación inspectora desenvolvidas ao seu amparo constitúen acto de trámite cualificado recorrible, primeiro, ante o órgano de resolución da AdC (Expte. CNMC R/AJ/056/17, Philip Morris) e, posteriormente, ante o Tribunal do Contencioso-Administrativo competente, interpoñendo o recurso ordinario de revisión dos actos administrativos ou o especial por vulneración de dereitos fundamentais.

Concluída a instrución do expediente, a DC da CNMC ou o órgano de instrución da AAC redactará un prego de concreción dos feitos que considere constitutivos de infracción (arts. 50.3 LDC e 33.1 RDC) ou, no seu caso, redactará unha proposta de acordo de non acreditación da existencia de prácticas prohibidas pola LDC (art. 33.3 RDC). En ámbolos casos, o acordo notificarase ás partes interesadas, que, no prazo legal sinalado no precepto, poderán presentar alegacións e propor a práctica das probas que consideren oportunas. No caso de que a AdC sexa a CNMC, e os feitos recollidos no prego de concreción, afectando á competencia nun ámbito supraautonómico

ou no conxunto do territorio español, incidan dunha forma significativa no territorio dunha Comunidade Autónoma, o órgano de instrución da CNMC ten que solicitar á AAC competente informe preceptivo e non vinculante (art. 33.2 RDC).

- 136 Realizadas as alegacións ou concluído o prazo, o órgano de instrución practicará as probas propostas que considere necesarias, e acordará o peche da fase de instrución co obxecto de redactar unha proposta de resolución (art. 33.1 RDC), con imputación ou sen imputación, cuxo contido regula con detalle o art. 34 RDC. A proposta de resolución debe ser notificada ás partes, ao obxecto de que formulen alegacións e propoñan as probas e actuacións complementarias que consideren oportunas ante o órgano de resolución da AdC, así como a celebración de vista. Recibidas as alegacións das partes, o expediente completo será remitido ao órgano de resolución, xunto con: (1) un informe das actuacións realizadas durante a instrución; (2) a Proposta de Resolución; (3) as alegacións formuladas polas partes, co obxecto de que se proceda ao fallo do expediente sancionador; e, se é o caso, (4) a proposta de exención ou de redución de multa por aplicación do programa de clemencia (art. 50.5 LDC e 34 RDC).

Por último, dende a data do acordo de incoación e ata a data de notificación da Resolución definitiva do procedemento sancionador aos incoados non poden transcorrer máis de 18 meses, que é o prazo de caducidade do procedemento (art. 38 LDC). No entanto, o cómputo deste prazo máximo pode ser suspendido e tamén ampliado polas causas taxadas que sinala o art. 37 LDC (ECLI:ES:TS:2021:546), complementado polo art. 12 RDC (ECLI:ES:TS:2018:2037). O acordo de incoación é susceptible de recurso administrativo perante o órgano de resolución da AdC (art. 47.1 LDC), e a resolución deste pode ser recorrida perante o Tribunal do Contencioso-Administrativo competente (art. 48 LDC).

3.4 A fase de resolución do expediente sancionador

Os arts. 51 a 54 LDC, desenvolvidos polos arts. 36 a 38 RDC, regulan o desenvolvemento da fase de resolución do procedemento sancionador de competencia. O órgano de resolución ten a facultade de ordenar ao órgano de instrución a práctica das probas propostas polas partes no escrito de alegacións á proposta de resolución, sempre que as considere pertinentes, e de oficio pode ordenar a realización das actuacións complementarias que considere necesarias para esclarecer os feitos (art. 36.1 e 4 RDC). Este acordo de práctica de proba do órgano de resolución da AdC ten que ser notificado ás partes (art. 51.1 LDC), así como tamén o resultado das probas e actuacións realizadas, en ámbolos casos para que formulen e presenten as alegacións que estimen convenientes aos seus intereses (art. 36.2 e 3 RDC). Igualmente, o órgano de resolución, a instancia de parte ou de oficio, pode acordar celebrar vista oral contraditoria (art. 51.3 LDC e arts. 19 e 37 RDC).

O órgano de resolución da AdC non está vinculado pola cualificación xurídica dos feitos acreditados realizada polo órgano de instrución na proposta de resolución, pero se considera que a cualificación xurídica correcta é outra, co obxecto de evitar a vulneración do dereito de defensa dos presuntos infractores, ten que notificar a nova cualificación ás partes interesadas, e ao órgano de instrución, para que poidan formular en prazo alegacións (art. 51.3 LDC; ECLI:ES:AN:2013:4567).

Concluídas estas actuacións de instrución na fase de resolución, que poden suspender o prazo para resolver (art. 37.1.e) LDC), e, no seu caso, informada a Comisión Europea cando o procedemento sancionador sexa por infracción dos arts. 101 e 102 TFUE (art. 51.5 LDC en relación co art. 37.2.c) LDC), o órgano de resolución da AdC resolverá o expediente mediante Resolución, cuxo fallo poder ser (art. 53.1 LDC): (1) a acreditación dalgunha das condutas prohibidas polos arts. 1 a 3 LDC e, no seu caso, polos arts. 101 e 102 TFUE; (2) a existencia de condutas de menor importancia; (3) a non acreditación de infracción de competencia; (4) o arquivo do expediente por perda de competencia fronte a unha AAC ou ante a Comisión Europea; (5) a non incoación de expediente e o arquivo das actuacións previas.

No caso de que a Resolución declare a existencia dunha infracción de condutas prohibidas polos arts. 1 a 3 LDC ou polos arts. 101 e 102 TFUE, a AdC poderá impor as medidas e remedios que se enuncian nos arts. 53.2 LDC e 38.3 RDC, que son: a) a orde de cesación das condutas prohibidas nun prazo determinado; b) a imposición de condicións ou obrigas determinadas, xa sexan estruturais ou de comportamento (Expte. CNC 646/08, Axión/Arbertis); c) a orde de remoción dos efectos das prácticas contrarias ao interese público; d) a imposición de multas; e) calquera outra medida cuxa adopción lle autorice esta lei.

Como unha forma atípica de terminación do procedemento sancionador en materia de condutas prohibidas, o art. 52 LDC contempla a denominada "terminación convencional". A este procedemento referirémonos con algún detalle *infra* no epígrafe 4.4, polo que agora só apuntamos que o obxecto da terminación convencional é dobre. Por unha banda, lograr un restablecemento rápido das condicións de competencia mediante uns compromisos presentados polo presunto infractor, e que a xuízo da AdC resollen os problemas de competencia apreciados, salvagardando o benestar dos consumidores e o interese público. Doutra banda, en cumprimento do principio de eficacia administrativa, a terminación convencional ten que facilitar a redución dos trámites de instrución e dos prazos de resolución do expediente sancionador.

4 Outros procedementos de competencia

Ademais do procedemento sancionador por infracción das condutas prohibidas nos arts. 1 a 3 LDC e nos arts. 101 e 102 TFUE, a LDC e o RDC regulan outros procedementos especiais, vinculados ou relacionados coa comisión de tales condutas an-

ticompetitivas, que son: o procedemento de medidas cautelares; o de vixilancia do cumprimento das resolucións; o de clemencia; o de terminación convencional; o de retirada do beneficio dun Regulamento de exención por categorías a un concreto acordo (arts. 44 e 45 LDC); e o procedemento de declaración de inaplicabilidade do art. 6 LDC (art. 43 RDC). A continuación, facemos unha breve referencia ás principais características dalgúns destes procedementos, os que teñen maior relevancia na práctica das AdC.

Cando a infracción non está relacionada coa comisión dunha conduta anticompetitiva prohibida senón coa realización de condutas que constitúen infracción dunha obrigação *ex lege* (p. ex., executar unha concentración suxeita a control sen antes ser notificada: art. 62.3.d) LDC), ou co incumprimento dunha resolución ou acordo previo da AdC, os expedientes abertos fronte a este tipo de condutas infractoras non substantivas tramítanse consonte o procedemento administrativo común; en particular, de acordo co previsto no Regulamento do procedemento para o exercicio da potestade sancionadora, aprobado polo Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto; procedementos que na práctica da CNMC identifícanse co acrónimo SNC.

4.1 O procedemento de medidas cautelares

A LDC só prevé a adopción de medidas cautelares pola AdC no marco do procedemento sancionador por condutas prohibidas (arts. 54 LDC e arts. 40 a 41 RDC). O prazo máximo para ditar e notificar a resolución de adopción de medidas cautelares solicitadas a instancia de parte será de tres meses (arts. 36.6 LDC e 41.1 RDC). No suposto de que a medida cautelar sexa adoptada nun procedemento de aplicación dos arts. 101 ou 102 TFUE, a CNMC informará á Rede Europea de Competencia (art. 54.2 LDC).

O procedemento de medidas cautelares ten natureza accesoria respecto do procedemento sancionador, xa que a AdC só pode adoptar medidas cautelares unha vez incoado o pertinente expediente sancionador (art. 54.1 LDC). A Sala de Competencia do Consello da CNMC (ou o órgano de resolución da AAC) pode adoptar medidas cautelares tanto na fase de instrución como na de resolución do procedemento sancionador, de oficio, a instancia de parte ou a proposta do órgano de instrución (art. 41.1 e 2 RDC), pero, en todo caso, antes da adopción da medida cautelar, o órgano de resolución debe dar audiencia ao interesado (art. 41.3 RDC), polo que non parece posible a adopción de medidas cautelares *inaudita parte*. Non existe unha lista legal e taxada de medidas (art. 40.1.a) RDC), polo que a AdC pode adoptar calquera medida cautelar que sexa necesaria para “asegurar a eficacia da resolución que se dite”; é dicir, a eficacia da eventual prohibición da conduta e das ordes que poida conter a futura resolución que poña fin ao procedemento sancionador (art. 54.1 LDC). Neste senso, a AdC ten subliñado que o obxectivo destas medidas provisionais é “lograr

unha certa anticipación limitada dos efectos da resolución do expediente sancionador, que só é procedente cando da información dispoñible despréndese como verosímil que os feitos denunciados constitúen unha infracción dalgunha das prohibicións establecidas pola LDC, derivando da mesma unhas consecuencias contrarias ao interese público protexido pola Lei, que son de imposible ou moi difícil reparación *a posteriori*, resultando así necesaria a medida cautelar para evitar un dano irreparable ao interese público protexido pola Lei: o bo funcionamento ou funcionamento en libre competencia do mercado” (Expte. TDC MC 35/06, Excursións Porto de Soller).

Do texto transcrito dedúcese que a adopción de calquera medida cautelar ten como presupostos substantivos os clásicos desta institución: a aparencia de bo dereito da pretensión de fondo (*fumus bonis iuris*) e o perigo de lesión dese dereito de non adoptarse a medida cautelar (*periculum in mora*). A concurrencia do primeiro dos presupostos, a aparencia de bo dereito, non presenta unha especial dificultade, xa que a incoación do procedemento sancionador presupón a existencia de indicios racionais de que a conduta obxecto do mesmo resulta incurso nalgunha das prohibicións de competencia. A concurrencia do *periculum in mora* presupón que a medida solicitada é necesaria e proporcional ao obxectivo de preservar a eficacia da futura resolución dende o punto de vista do interese público tutelado: a competencia efectiva no mercado (Expte. CNC MC/0001/08, residuos sanitarios 2). A observación destes principios de necesidade e proporcionalidade —esixibles a toda intervención administrativa na actividade privada— implica, por unha banda, que o dano á competencia no mercado afectado —no seu caso, tamén aos competidores, clientes e consumidores— sexa irreparable ou de difícil reparación de non adoptarse a medida cautelar. Por outra banda, que non é posible adoptar unha medida cautelar que poida causar un prexuízo de difícil ou imposible reparación —ao interese privado en conflito- ou que implique violación de dereitos fundamentais á— empresa ou persoa á que vaia dirixida (art. 54.2 LDC; Expte. CNMC MC/02/17; Contratación pública de comunicacións móbiles). Cando no expediente sancionador exista un interese privado subxacente ao interese público protexido, o órgano de resolución da AdC pode impor ao solicitante da medida cautelar a prestación dunha fianza que permita facer fronte á indemnización dos danos e prexuízos que puidera causar a adopción da medida. Prestación de fianza que non ten sentido que se esixa se unicamente está en risco o interese público libre competencia (art. 40.1.a) RDC).

Toda medida cautelar ten por natureza unha vixencia e eficacia provisional, que se determinará na resolución que a adopte, podendo ser prorrogada ata que se dite a resolución que poña fin ao procedemento sancionador, momento no que, en todo caso, cesará a medida cautelar adoptada (art. 41.4 RDC). Ademais, o respecto aos principios de necesidade e proporcionalidade motiva, no caso de concorrer circunstancias sobrevidas ou descoñecidas que o xustifiquen, que o órgano de resolución, de oficio ou a instancia de parte, e sempre previa audiencia dos interesados e do ór-

gano de instrución, poida revogar, modificar ou suspender a vixencia dunha medida cautelar (art. 41.4 RDC).

140 Por último, o incumprimento da medida cautelar adoptada constitúe unha infracción moi grave (art. 62.4.c) LDC), sancionable con multa (art. 63.1.c) LDC). Ademais, para incentivar o cumprimento, é posible impor unha multa coercitiva de ata un 5 % do volume de negocios total mundial medio diario durante o exercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir da data fixada no previo acordo de requirimento de cumprimento (arts. 67.h) LDC e 41.6 RDC).

4.2 O procedemento de vixilancia

Ademais de velar polo cumprimento e execución das obrigas que a normativa de defensa da competencia impón aos operadores económicos, sobre as AdC recae un deber xeral de controlar e vixiar o cumprimento polos destinatarios das obrigas impostas nas resolucións e acordos que diten en aplicación desta normativa, tanto en materia de condutas prohibidas como de control de concentracións, nos termos e prazos que se dispoña na propia resolución ou acordo (arts. 41.1 LDC e 42 RDC).

Esta función de vixilancia correspóndelle ao órgano de instrución da AdC competente, que iniciará de oficio o expediente de vixilancia no momento no que a resolución ou o acordo que impoña a obriga ou remedio sexa executivo (art. 42.2 RDC). Se no desempeño dese labor o órgano de instrución estima nun determinado momento que existe un posible incumprimento, elaborará unha proposta de informe de vixilancia, que será notificado aos interesados para alegacións e, posteriormente, realizadas polo instrutor as actuacións que se consideren necesarias, remitirá un informe de vixilancia ao órgano de resolución da AdC para que, no prazo máximo de tres meses, resolva se existe ou non incumprimento (art. 36.7 LDC). O procedemento de vixilancia non ten natureza sancionadora, senón que o seu obxecto é constatar o grao de cumprimento ou incumprimento dunha determinada obriga ou compromiso imposto pola AdC, ou, de ser o caso, polo Consello de Ministros no marco da terceira fase do procedemento de control de concentracións. Por conseguinte, no caso de constar un incumprimento, a AdC poderá na mesma resolución impor unha multa coercitiva co fin de incentivar o cumprimento da obriga incumprida (art. 67.e) LDC e arts. 21.2. e 42.5 RDC; Expte. CNC VS/0037/08, Compañías de Seguro Decenal), e tamén poderá instar ao órgano de instrución a incoación dun procedemento sancionador, que si terá por obxecto determinar se o incumprimento constatado no procedemento de vixilancia constitúe unha infracción moi grave ex art. 62.4 c) LDC (ECLI:ES:TS:2018:1725).

4.3 O procedemento de clemencia

A normativa reguladora da política de clemencia é obxecto de análise *infra* no epígrafe 5.4 desta lección. Aquí facemos referencia á regulación dos procedementos de exención e de redución do importe da multa, contida nos arts. 46 a 53 RDC e na Comunicación da CNC sobre o programa de clemencia de 2013.

Ámbolos procedementos de clemencia inicianse a instancia de parte, que ten que ser unha empresa ou persoa participante nunha infracción de cártel (arts. 46.1 e 50.1 RDC). A solicitude de clemencia pode ser presentada antes da iniciación do expediente sancionador e, como moi tarde, no caso de ser unha solicitude de exención, antes da notificación do prego de concreción de feitos ás partes interesadas (art. 47.2 RDC), en tanto que as solicitudes de redución se poden presentar ata o peche da fase de instrución (art. 50.3 e 5 RDC). O solicitante de clemencia ten que presentar unha solicitude formal de exención e/ou de redución, acompañada da información e elementos de proba que dispoña sobre o cártel que se relacionan no art. 46.3 RDC (art. 50.1 RDC). Esta solicitude pódese presentar ante a CNMC ou ante unha AAC, aplicándose, de ser o caso, os mecanismos de coordinación previstos na LCoord (art. 53 RDC). Se a autoridade de competencia particularmente ben situada para coñecer do cartel é a Comisión Europea, e a empresa presentou ou vai presentar unha solicitude de clemencia ante aquela, tamén poderá presentar unha "solicitude abreviada" perante a CNMC, e se esta termina sendo a AdC que coñeza o caso por serlle asignado pola Comisión Europea, o solicitante terá que completar a solicitude de clemencia (arts. 48 e 50.8 RDC). A petición do solicitante de clemencia, o órgano de instrución da AdC pode aceptar que a solicitude de clemencia se presente verbalmente, na sede da AdC, procedéndose á súa gravación e rexistrándose a súa transcripción (arts. 46.2 e 50.1 RDC).

A importancia determinante da política de clemencia na detección dos cárteles, motiva que o coñecemento e acceso ás declaracións de clemencia polas partes interesadas no expediente sancionador estea sometido a unha regulación especial, restritiva (art. 51 RDC). A confidencialidade da declaración de clemencia é un aspecto fundamental para o éxito de calquera programa de clemencia, polo que se regula con detalle na Comunicación de clemencia. En particular, considérase confidencial o nome do solicitante de clemencia, o feito mesmo da presentación dunha solicitude de exención ou de redución, a declaración e os documentos que se acheguen. Trala notificación do prego de concreción de feitos, os interesados no procedemento sancionador poderán acceder á información e documentos confidenciais de clemencia que sexan necesarios para contestar o devandito prego, entendéndose con carácter xeral que a información e os elementos de proba achegados polos solicitantes de clemencia en relación co cártel non contén información que poida ser considerada confidencial a estes efectos. No en tanto, non será posible obter copia das declaracións feitas polo solicitante de forma específica para presentalas coa solicitude de clemencia.

No caso de que se presenten varias solicitudes de clemencia en relación cun mesmo cártel, estas ordenaranse seguindo a súa orde de recepción, que se determina atendendo á data e hora de entrada no rexistro da AdC á que vai dirixida para a súa tramitación (arts. 46.4 e 50-2 RDC). Existe a posibilidade de que o solicitante de exención solicite de forma motivada un “indicador do posto que ocupa” mentres presenta a información e probas necesarias para poder obter o beneficio da exención, de forma que, se termina completando a solicitud a criterio da AdC, a data de solicitud do indicador do posto se entenderá como a data de presentación da solicitud de exención (art. 46.5 LDC). En primeiro termo, seguindo a orde de recepción (art. 47.3 RDC), son examinadas as solicitudes de exención, e a AdC acordará a “exención condicional” —no senso de que ten que cumprir cos requisitos do art. 65.2 LDC perante toda a duración do procedemento sancionador— ao primeiro solicitante que cumpra as condicións do art. 65 LDC (art. 47.1 RDC), rexeitando as demais, que poderán ser examinadas como solicitudes de redución se así se solicita (art. 47.2 RDC). Deseguido serán examinadas as solicitudes de redución da multa relativas ao mesmo cártel, seguindo a orde de recepción das mesmas (art. 50.4 RDC).

O acordo do órgano de instrución polo que se concede a exención condicional do pago da multa será notificado ao solicitante (art. 47.1 RDC). A proposta ou propostas de redución da multa que acorde o órgano de instrución (así como, de ser o caso, a proposta de non proceder á redución solicitada) serán notificadas aos solicitantes con ocasión da notificación do prego de concreción de feitos ou, cando a solicitud se presentou despois de notificado o prego de concreción, na proposta de resolución do expediente sancionador (art. 50.5 RDC).

A proposta de resolución do expediente sancionador que se eleva ao órgano de resolución da AdC ten que recoller as propostas de exención condicional e de redución acordadas polo órgano de instrución (arts. 47.4 e 50.6 RDC). Pese a que da lectura destas normas se pode concluír que o órgano de resolución non pode denegar a exención condicional e propostas de redución concedidas polo instrutor, aquel si pode retirar ou modificar tales beneficios se considera que a cualificación realizada non é conforme aos arts. 65 e 66 LDC, pero, neste caso, para evitar indefensión, antes de resolver o expediente sancionador, debe notificarlles aos solicitantes de clemencia afectados a súa cualificación xurídica, co obxecto de que poidan formular alegacións (ECLI:ES:AN:2012:946).

4.4 O procedemento de terminación convencional

A terminación convencional do procedemento administrativo sancionador en materia de condutas restritivas da competencia prohibidas está prevista no art. 52 LDC, que foi obxecto de desenvolvemento a través do art. 39 RDC, e da Comunicación da CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores de 2011.

Consonte este marco normativo, a terminación convencional é unha forma atípica de finalizar un expediente sancionador iniciado por unha eventual infracción substantiva do Dereito de defensa da competencia; é dicir, dos arts. 1 a 3 LDC e dos arts. 101 e 102 TFUE. Polo tanto, a terminación convencional non é posible noutros procedementos de competencia incoados por unha AdC en relación con infraccións non substantivas previstas na LDC.

O procedemento ou peza de terminación convencional iníciase, discrecionalmente, por decisión da DC da CNMC (ou do órgano de instrución dunha AAC; Expte. CNMC R/AJ/0271/14, Fabricantes de automóbiles), sempre que exista unha previa solicitude presentada, por iniciativa propia ou por convite do órgano de instrución con ocasión (normalmente) da incoación do expediente sancionador (par. 19 da Comunicación). Esta solicitude, que pode ser presentada por todas ou por algunha das empresas incoadas, ten que abranguer tódalas condutas imputadas ao/s solicitante/s da terminación convencional no acordo de incoación (párr. 27 da Comunicación), conter, alomenos, as liñas xerais dos compromisos propostos, e a xustificación pola que se consideran adecuados e suficientes para posibilitar a terminación convencional. A solicitude pódese presentar durante toda a fase de instrución (art. 39.1 RDC), pero, canto antes se presente, máis probable é que sexa aceptada pola DC, xa que tamén será máis probable que os compromisos poidan alcanzar o dobre obxectivo da terminación convencional: resolver de forma temperá e eficiente os problemas de competencia, e garantir un uso eficiente dos recursos públicos mediante unha resolución rápida do expediente (pars. 10 e 20 da Comunicación).

O órgano instrutor non está vinculado pola solicitude e, de forma motivada, pode acordar denegar o inicio da terminación convencional cando considere que non caben compromisos —por razóns de procedemento ou substantivas relacionadas coa conduta— que poidan resolver os efectos sobre a competencia derivados das condutas, garantindo suficientemente o interese público (pars. 21 a 24 da Comunicación). En particular, a CNMC considera que os expedientes sancionadores por infraccións constitutivas de cártel non son susceptibles de terminación convencional (par. 23 da Comunicación e Expte. CNMC S/0003/20, Proptech). Non existe, pois, un dereito subxectivo das empresas imputadas ao inicio do procedemento de terminación convencional nin á aceptación pola AdC dos compromisos presentados (par. 17 da Comunicación e ECLI:ES:TS:2018:3829). O acordo de inicio das actuacións tendentes á terminación convencional ten como efecto a suspensión do cómputo do prazo máximo para resolver o expediente sancionador (37.1.g) LDC), e será notificado ao/s solicitante/s para que presente/n unha primeira versión dos seus compromisos (art. 39.1 e 2 RDC). A proposta de compromisos presentada ao órgano de instrución será posta por este en “coñecemento” da Sala de Competencia do Consello da CNMC (no seu caso, do órgano de resolución da AAC), e notificada ao resto dos interesados no expediente sancionador e incluso a terceiros, co obxecto de obter, segundo o caso,

a súa valoración, adhesión ou mesmo a proposta de compromisos adicionais (art. 39.2 e 4 RDC, e pars. 37 e 38 da Comunicación).

144 O órgano instructor ten a potestade de solicitar aclaracións e modificacións nos compromisos presentados, que poden ser de comportamento ou estruturais (pars. 14 e 39 da Comunicación), pero se considera que son “proporcionados e suficientes para resolver os efectos sobre a competencia das condutas investigadas, garantindo o interese público”, elevará ao órgano de resolución unha proposta de terminación convencional do expediente sancionador (par. 40 da Comunicación). Noutro caso, o órgano de instrución acordará motivadamente a inadecuación da primeira proposta de compromisos, outorgando ao solicitante prazo para presentar unha segunda proposta. Se esta segunda proposta se considera adecuada nos termos do art. 52 LDC, o órgano de instrución elevará ao órgano de resolución unha proposta de terminación convencional do expediente e, en caso contrario, adoptará acordo polo que se terá ao interesado por desistido na súa solicitude de terminación convencional, continuándose a tramitación do procedemento sancionador (art. 39.5 RDC).

Se o órgano de resolución formula e eleva para o fallo unha proposta de terminación convencional, o órgano de resolución poderá: (a) considerar adecuados os compromisos presentados; (b) non consideralos adecuados, instando á continuación da tramitación o procedemento sancionador; e (c) instar ao interesado a que presente novos compromisos. En todo caso, a resolución acordando a terminación convencional do procedemento sancionador: (a) fai vinculantes os compromisos presentados; (b) non contén ningunha declaración sobre a acreditación da presunta infracción de competencia; e (c) non impón sanción algunha (art. 39.5 e 6 RDC, e pars. 46 e 47 da Comunicación).

5 O réxime sancionador de competencia

5.1 Marco normativo e prescrición das infraccións e sancións

O marco normativo do réxime sancionador por infracción das prohibicións de condutas anticompetitivas (arts. 1, 2 e 3 LDC e arts. 101 e 102 TFUE) está contido nos arts. 61 a 70 LDC, parcialmente modificado a través do RDL 7/2021, de 27 de abril, polo que se traspuxo a Directiva ECN+. Ás cuestións non reguladas nestas normas da LDC serán de aplicación supletoria o disposto na normativa xeral reguladora do procedemento administrativo común (art. 45 LDC). Este réxime xurídico tamén resulta de aplicación ás condutas constitutivas dunha infracción non substantiva, como poden ser: o incumprimento dos acordos e resolucións da AdC ou do deber de colaboración con esta, a obstaculización dunha inspección ou a execución dunha operación de concentración empresarial sen previa notificación á AdC estando sometida a tal obriga regulatoria.

O prazo de prescrición da acción da Administración para perseguir e sancionar as infraccións de competencia varía en función da gravidade da conduta infractora. As infraccións moi graves prescriben aos catro anos, as graves aos dous anos e as leves ao ano. Idénticos prazos se establecen para a prescrición das sancións impostas pola AdC (art. 68.2 LDC). O prazo de prescrición dunha infracción iníciase (*dies a quo*) na data que se teña cometido, mais as infraccións únicas e continuadas teñen como día inicial de cómputo do prazo de prescrición a data na que teña cesado a infracción (art. 68.1 LDC; Expte. CNC S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal). Nada dispón este precepto sobre a prescrición das sancións, polo que se ten que aplicar supletoriamente o disposto pola Lei 40/2015, de Réxime Xurídico do Sector Público, que dispón que o prazo de prescrición comezará a contarse dende o día seguinte a aquel no que sexa executable a resolución pola que se impón a sanción ou teña transcorrido o prazo para recorrela (art. 30.3). En consecuencia, cando se teña interposto recurso perante o Tribunal do Contencioso-Administrativo competente, o prazo de prescrición da sanción comezará o día seguinte a aquel no que adquira firmeza administrativa a resolución recorrida (ECLI:ES:TS:2012:8445).

A LDC regula con xenerosidade a interrupción do prazo de prescrición das infraccións e sancións, xa que dispón que “calquera acto da Administración tendente ao cumprimento da Lei” produce tal efecto, igual que “os actos realizados polos interesados ao obxecto de asegurar, cumprimentar e executar as resolucións correspondentes” (art. 68.3 LDC). No apartado 4 do art. 68 LDC regúlase de forma específica a interrupción da acción da CNMC respecto dunha conduta infractora dos arts. 101 ou 102 TFUE que está a ser investigada por outra ANC ou pola Comisión Europea.

5.2 Suxeitos infractores e responsables das infraccións de competencia

A LDC considera “suxeito infractor” ás persoas físicas ou xurídicas que realicen materialmente as accións ou omisións tipificadas como infraccións na LDC ou nos arts. 101 e 102 TFUE. Pero “tamén” é posible imputar esa responsabilidade (e, polo tanto, o cumprimento da sanción imposta) á empresa ou persoa que determina ou controla o comportamento económico do suxeito infractor. O suposto máis claro e habitual desta responsabilidade solidaria ten lugar nos casos de grupos de empresas, de xeito que a AdC poderá “tamén” imputar e declarar a matriz —xunto coa filial— responsable solidaria da infracción e do pago da sanción imposta, salvo que se acredite que, no caso concreto, a matriz non tivo unha influencia decisiva sobre a conduta ilícita da filial (art. 61.2 LDC; Expte. E CNC S/0120/08, Transitorios). Estas situacións de responsabilidade solidaria por unha actuación que se considera conxunta da filial e da matriz son unha manifestación do concepto de empresa, entendida como unidade económica constituída polas persoas físicas ou xurídicas sometidas á mesma fonte de decisión ou control (ECLI:EU:C:2017:314), polo que entendemos que o art. 61.2 LDC non contempla un suposto de responsabilidade por feitos alleos —da

filial— senón de responsabilidade propia, da unidade económica. Por tal razón, nos casos nos que dos feitos probados resulta que a filial foi un mero artificio, pantalla ou instrumento da matriz, a responsabilidade será atribuíble en exclusiva á matriz, en tanto que única autora material da infracción, e única imputada no procedemento sancionador de competencia ex art. 61.1 ou ex art. 61.2 LDC sen infrinxir os principios de personalidade e culpabilidade LDC (ECLI:ES:TS:2019:1708).

A larga duración dalgunhas condutas restritivas, e o largo lapso de tempo que pode transcorrer entre o inicio da conduta infractora e a resolución do expediente sancionador pola AdC, pode dar lugar a que a entidade infractora poida ter pasado por distintas situacións xurídicas e económicas que poden incidir sobre as posibilidades de atribución e esixencia de responsabilidade pola comisión da infracción de competencia. Para facer fronte a estas situacións de falta de sincronía entre a realidade dos feitos imputados e a súa cualificación xurídica no momento de ditar a resolución que pon fin ao procedemento sancionador, o TXUE ten desenvolvido dúas teorías de imputación da responsabilidade *antitrust*: a teoría da sucesión ou continuidade legal e a teoría da sucesión ou continuidade económica. Teorías que, actualmente, están positivizadas no texto do art. 61.1 LDC, que dispón: “Serán suxeitos infractores as persoas físicas e xurídicas que realicen as accións ou omisións tipificadas como infraccións nesta Lei ou, no caso de empresas, os seus sucesores legais ou económicos”.

A teoría da sucesión legal aplícase principalmente a dous supostos: a) cando unha entidade adquire o capital da sociedade infractora —cambio na titularidade— tamén adquire a responsabilidade polas infraccións de competencia (ECLI:ES:TS:2015:5531); b) cando una entidade adquire unicamente os activos —persoais, materiais e inmateriais— involucrados na infracción, en virtude do principio de responsabilidade persoal, a adquisición de tales activos non traslada a responsabilidade *antitrust* á adquirente, salvo que convencionalmente asumira tal responsabilidade da empresa vendedora dos activos (ECLI:EU:C:1997:376).

Cando esta teoría da continuidade legal non resulta aplicable, porque a empresa infractora non existe xurídica ou economicamente no momento en que ten que responder da conduta restritiva, a AdC poderá aplicar a teoría da sucesión económica, que si comporta unha certa modulación —maior ou menor en función da excepcionalidade do caso concreto— dos principios de culpabilidade e responsabilidade persoal propios do Dereito sancionador. Así pois, esta teoría da sucesión económica ten carácter subsidiario respecto da teoría da sucesión legal, atopa o seu fundamento nos principios de eficacia e efectividade dos arts. 101 e 102 TFUE —se ben tamén se pode aplicar en relación coas infraccións dos arts. 1, 2 e 3 LDC— e constitúe unha manifestación do concepto de empresa como unidade económica. A aplicación desta teoría da continuidade económica condiciónase á concorrencia de dous requisitos: a) que a empresa infractora deixara de existir, e b) que exista identidade

entre os activos involucrados na infracción de competencia e os activos transmitidos á entidade sucesora; é dicir, que exista continuidade funcional e económica entre o infractor e o sucesor económico. Non obstante, excepcionalmente, esta mesma teoría tamén se aplica en tres supostos adicionais: a) cando existen vínculos estruturais entre o infractor e o sucesor; b) cando o infractor existe legalmente pero non de facto ou economicamente, porque se encontra en situación de insolvencia, sen actividade ou noutra situación similar que imposibilita material e obxectivamente reclamarlle o pago da sanción (Expte. CNMC S/DC/0612/17, Montaxe e mantemento industrial); c) nos casos en que a sucesión responde unicamente ao ánimo de evitar a responsabilidade *antitrust* do infractor; nos casos de fraude (Expte. CNMC S/DC/0512/14, Transporte balear de viaxeiros).

En tanto que autores de decisións ou recomendacións colectivas, as asociacións, unións ou agrupacións de operadores económicos poden ser consideradas suxeitos infractores, pero tamén cando actúan como facilitadores das condutas restritivas imputables ás empresas asociadas. En tanto que suxeito infractor, a asociación, unión ou agrupación de empresas é responsable do pago da multa que lle sexa imposta, de modo que, de ser insolvente, asume a obriga legal de recadar dos asociados as contribucións económicas necesarias para o pago da multa imposta. Noutro caso, a AdC pode chegar a esixir o pago da multa directamente a calquera das empresas asociadas. Estamos, polo tanto, ante un tipo de responsabilidade patrimonial de carácter subsidiario e natureza solidaria, se ben non abrangue tódalas empresas asociadas, senón só aquelas cuxos representantes sexan membros dos órganos de goberno do ente asociativo sancionado ou ben aquelas que operen no mercado afectado pola infracción, e sempre que non poidan acreditar non ter aplicado a decisión ou recomendación colectiva sancionada e que ou ben ignoraban a súa existencia, ou ben se distanciaron activamente de tal conduta antes de que a AdC tivese iniciado a investigación. Ademais, pese ao carácter solidario, a responsabilidade financeira da empresa requirida pola AdC para o pago da multa imposta á asociación está limitada ao 10 % do seu volume de negocios total no exercicio económico anterior (art. 61.3 LDC).

Na medida en que oferte bens ou servizos nun determinado mercado, unha administración ou organismo público será considerada empresa e eventual suxeito infractor se realiza unha conduta restritiva da competencia. Pero tamén será considerada suxeito infractor a Administración pública que, materialmente, actúe como facilitador da conduta infractora dun terceiro, pois o sometemento ao Dereito da competencia non está determinado pola natureza pública ou privada da entidade, nin polas características externas da actuación ou a forma que esta adopte, senón pola capacidade de tal conduta para causar un resultado economicamente danoso ou restritivo da competencia no mercado (ECLI:ES:TS:2016:3525). Esta mesma doutrina resulta de aplicación ás empresas que non operan no mercado ou mercados afectados pola infracción, polo tanto, sen obter un beneficio ilícito explícito e directo, mais, na media

en que coa súa participación facilitan e colaboran na implementación da conduta colusoria, realizan un comportamento que reviste os caracteres de tipicidade do art. 61.1 LDC (ECLI:ES:TS:2020:3513).

- 148 Por último, cando o infractor da conduta restritiva da competencia é unha persoa xurídica, a pesar de que non son tecnicamente considerados como suxeitos infractores, os representantes legais e as persoas que integran o órgano directivo da persoa xurídica sancionada, sempre que tivesen unha intervención destacada no deseño e/ou execución da conduta infractora da persoa xurídica, poderán ser persoalmente sancionados cunha multa de ata 60.000 euros (art. 63.2 LDC). Estamos, pois, ante unha responsabilidade subsidiaria que pode afectar a calquera persoa que integre o órgano de dirección da empresa e aos representantes legais (ECLI: ES:TS:2019:3043), pero non polo feito de ser tal, senón por ter tido un papel activo e esencial na infracción de competencia cometida pola empresa da que é directivo ou representante legal (Expte. CNMC S/0506/14, Concesionarios Volvo).

5.3 Clasificación legal das infraccións de competencia

A LDC clasifica as accións e omisións tipificadas como infracción na propia Lei en leves, graves e moi graves (art. 62 LDC). As dúas condutas que se cualifican como infraccións leves están relacionadas coa infracción do deber de notificación previa dunha concentración económica (art. 62.1 LDC). Como infracción grave cualifícanse tres tipos de comportamentos: a execución dunha operación de concentración antes de ter sido notificada á CNMC, a obstaculización da actuación da AdC desenvolvida no marco do deber xeral de colaboración ou dunha inspección, e a realización dun acto de competencia desleal que falsee a competencia no senso do art. 3 LDC (art. 62.2 LDC). Finalmente, cualifícanse como infraccións moi graves: a realización de condutas tipificadas como acordo colusorio nos arts. 101 TFUE e 1 LDC, ou como abusos da posición de dominio nos arts. 102 TFUE e 2 LDC, e o incumprimento dunha obriga ou compromiso establecido nunha resolución ou acordo da AdC en materia de condutas prohibidas ou de control das concentracións económicas (art. 62.4 LDC).

Como se pode apreciar, o único ilícito *antitrust* que non se cualifica como infracción moi grave é o do art. 3 LDC. Consideramos que non existe ningunha razón teórica nin práctica que motive este feito. Dende o punto de vista da función institucional do art. 3 LDC, pódese afirmar que se trata dun ilícito *antitrust* que non tipifica infraccións "idealmente" menores ás dos arts. 1 e 2 LDC. O ben xurídico tutelado é o mesmo nas tres condutas prohibidas: a libre competencia. Os tres ilícitos responden a un único obxectivo: a prohibición de toda conduta apta para restrinxir a competencia efectiva nos mercados. Polo tanto, a súa función é servir de cláusula de peche do sistema de aplicación pública do Dereito de defensa da competencia, que permita "atrapar"

condutas unilaterais que escapan da prohibición do art. 2 LDC, por non ter o infractor posición de dominio, pero que por quen é o autor, por como se realiza e pola natureza da conduta, esta ten obxectivamente aptitude para restrinxir a competencia efectiva. Por outra banda, a praxe da CNMC acredita que o ilícito do art. 3 LDC permite atrapar condutas anticompetitivas en mercados estratéxicos e con aptitude para causar un dano considerable ao benestar dos consumidores e ao proceso competitivo, impoñéndose multas bastante máis elevadas que as impostas a algunhas infraccións de cártel (Expte. CNMC S/DC/0552/15, AGIC).

5.4 Multas e outras medidas limitativas de dereitos

5.4.1 Imposición e gradación das multas

En cumprimento do principio xeral de culpabilidade, as AdC só poden exercitar a potestade de sancionar con multa as persoas físicas e xurídicas que, deliberadamente ou por negligencia, realicen as accións ou omisións tipificadas como infracción na LDC (art. 63 LDC), mais cando o suxeito infractor é unha persoa xurídica o principio de culpabilidade tense que aplicar necesariamente de forma distinta a como se fai respecto das persoas físicas (ECLI:ES:TS:2015:2194). Ao tempo de valorar a concorrencia deste presuposto, a existencia dunha situación de aparencia de legalidade da conduta infractora, debida a un contexto de confusión normativa (ECLI:ES:TS:2008:6610) ou derivada da confianza lexítima xerada pola actuación dunha Administración pública (ECLI:ES:AN:2014:1193), ten sido admitida como unha circunstancia que pode excluír a existencia de culpabilidade, ou ben constituír unha atenuante de tal responsabilidade *antitrust* (ECLI:ES:AN:2012:859) ou, incluso, conducir a que a AdC decida discrecionalmente non exercer a potestade sancionadora (Expte. TDC 450/97, Expertos Inmobiliarios 2). En efecto, o art. 63.1 LDC recoñece á AdC a potestade de sancionar, polo que esta, discrecionalmente, e motivada polas circunstancias concorrentes en cada caso, pode acordar non exercitala respecto de tódolos ou parte dos suxeitos infractores.

En función da gravidade da conduta infractora, a multa máxima imposta pola comisión dunha infracción leve pode alcanzar ata o 1 % do volume de negocios total mundial da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa. As infraccións graves poden ser sancionadas con multa equivalente como máximo ao 5 % daquela base de cálculo, en tanto que as condutas infractoras moi graves poden ser sancionadas cunha multa máxima equivalente ao 10 % da mesma base de cálculo (letras a), b) e c) do art. 63.1 LDC). Como se pode apreciar, os tres baremos parten de cero, de forma que unha infracción moi grave, en atención aos criterios concorrentes de determinación do importe da multa do art. 64 LDC, pode ser sancionada cunha multa que sexa inferior ao límite máximo das infraccións leves ou graves.

Cando a AdC non dispoña no expediente de información sobre o volume de negocios total mundial da empresa sancionada no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa, con obxecto de que non se produza unha lagoa legal, o art. 63.3 LDC establece tres escalas con importes mínimos para o cálculo da sanción consonte os criterios do art. 64 LDC: de 100.000 a 500.000 euros para as infraccións leves; de 500.001 a 10 millóns de euros para as infraccións graves, e de máis de 10 millóns de euros para as moi graves (Expte. CNMC S/DC/0607/17, Tabacos). Mais esta norma non soe ser aplicada pola AdC, principalmente porque ao ter cada escala sancionadora un mínimo, na práctica, pode dar lugar a multas excesivas que non garden relación ningunha coa gravidade da infracción. Nestes casos de falta de información, habitualmente a AdC procede a facer unha estimación do volume de negocios da infractora de acordo coa información dispoñible no expediente ou en fontes públicas (ECLI:ES:AN:2014:1859), aínda que nos expedientes nos que o suxeito infractor é un colexio profesional a AdC adoita tomar como base para o cálculo da sanción os ingresos do Colexio, incluso cando a infracción sancionada non está vinculada coas actividades polas que recibe os ingresos (Expte. CNMC SAMUR/05/2017, Colexio de Avogados de Lorca). Por último, para aqueles supostos nos que a empresa infractora non tivese tido ningún tipo de volume de negocios no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da sanción, seguindo ao TXUE, o TS ten establecido que este criterio legal ten que entenderse referido ao exercicio completo máis próximo ao de imposición da sanción no que a empresa tivese mantido a súa actividade económica (ECLI:ES:TS:2021:578).

As asociacións, unións ou agrupacións de operadores económicos de carácter representativo carecen, con carácter xeral, de volume de negocios. Por tal motivo, no derradeiro párrafo do art. 63.1 LDC dispónse que o volume de negocios das asociacións representativas se determinará tomando en consideración o volume de negocios total mundial dos operadores económicos membros. Mais esta norma legal engade que cando no mesmo expediente se sancionen tanto as empresas como a asociación á que pertencen as sancionadas, o volume de negocios total mundial das empresas asociadas sancionadas non se computará aos efectos de determinar a base de cálculo da sanción a impoñer á asociación. Esta exclusión atende aos casos nos que a asociación sectorial desempeña un papel de facilitador do cártel ou da conduta colusoria na que participan todas ou unha parte das empresas asociadas, e ten por obxecto evitar unha eventual dobre sanción para as empresas sancionadas pola vía da súa responsabilidade financeira pola conduta infractora da asociación en virtude do art. 61.3 LDC ao final.

5.4.2 Metodoloxía de cálculo das multas sancionadoras

As normas dos arts. 63 e 64 LDC seguen, en liñas xerais, o establecido no art. 23 do Regulamento CE 1/2003 para a cuantificación das sancións impostas pola Comi-

sión Europea aos responsables de condutas infractoras dos arts. 101 e 102 TFUE, reducindo substancialmente a discrecionalidade da que gozaba a AdC consonte o art. 10 da derogada Lei 16/1989, de 17 de xullo, de Defensa da competencia. Como consecuencia deste cambio normativo, e co obxecto de dotar de obxectividade o cálculo da sanción e potenciar o seu efecto disuasorio, a CNC adoptou unha nova metodoloxía de cálculo das multas que se inspiraba na prevista na Comunicación da Comisión Europea para o cálculo das multas de 2006. En aplicación do principio de transparencia que debe rexer a actuación das AdC e para favorecer a seguridade xurídica dos operadores económicos, a CNC fixo pública esta nova metodoloxía para o cálculo das multas por infracción das prohibicións dos arts. 101 e 102 TFUE e arts. 1, 2 e 3 LDC a través da Comunicación de 6 de febreiro de 2009. Sinteticamente, esta Comunicación de multas da CNC acolle un método para o cálculo das multas que se desenvolve en catro fases. En primeiro termo, calcúlase o “importe básico” da sanción en función da dimensión e características do mercado afectado, a cota de mercado do infractor, o alcance da infracción, a súa duración e os seus efectos (art. 64.1. letras a) a e) LDC). En segundo termo, en aplicación do criterio de gradación da letra g) desa norma, sobre a contía do importe base aplícase un “coeficiente de axuste”, en función das circunstancias agravantes e atenuantes concorrentes (art. 64.2 e 3 LDC), operación que pode implicar tanto un aumento como unha redución do importe básico. A seguir, na terceira fase da metodoloxía, e para o caso de que fose posible calcular o beneficio ilícito obtido polo suxeito infractor, compróbase que a contía da multa obtida na fase segunda non é inferior a tal beneficio ilícito (art. 64.1.f) LDC). Finalmente, verifícase que a contía da multa resultante non supera o límite máximo aplicable en función da cualificación da conduta como grave ou moi grave (art. 63.1.b) e c) LDC), co obxecto de garantir que a sanción non supera a capacidade de pago da empresa —entendida como unidade económica— no momento no que ten que facerlle fronte, de xeito que a multa non constitúe un risco para a competencia efectiva.

Mais esta metodoloxía foi anulada polo Tribunal Supremo (STS de 29 de xaneiro de 2015, Sección Sexta da Sala do Contencioso; ECLI:ES:TS:2015:112), ao considerar que vulnera os principios de legalidade e de proporcionalidade. Na súa interpretación, o art. 63.1 LDC establece tres “arcos sancionadores” e non simples “límites de cumprimento efectivo ou limiares de nivelación”. Por iso, para o TS, a única interpretación constitucionalmente posible da norma do art. 63.1 LDC, é dicir, a única interpretación respectuosa co principio de legalidade sancionadora ou de predeterminación da pena, esixe que, nun primeiro momento ou fase, a AdC determine a “densidade antixurídica” da infracción de competencia, situando o tipo sancionador que atrape tal densidade no tramo inferior, medio ou alto do arco sancionador que corresponda segundo a clasificación das infraccións do art. 63.1 LDC. A tal efecto tense que ter en conta a duración e natureza da conduta, a cota de mercado do infractor ou infractores, e o mercado de produto e territorial afectado. Calculado o tipo sancionador xeral

consonte esa teoría penal dos tres terzos, nunha segunda fase, a AdC ten que individualizar a sanción que corresponda impor a cada empresa infractora, segundo os criterios de cuantificación que enuncia o art. 64 LDC, tendo en conta, de forma particular, a circunstancia de se os infractores operan en máis mercados que no afectado pola infracción (empresas multiproducto), pois, en tal caso, o importe da multa calculada sobre a base do volume de negocio total mundial da empresa multiproducto terá que reducirse co obxecto de respectar o principio de proporcionalidade.

Seguindo esta doutrina do TS, en 2018, a CNMC publicou na súa páxina web unhas “Indicacións provisionais da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia sobre a determinación das sancións derivadas de infraccións dos artigos 1, 2 e 3 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de Defensa da Competencia, e dos artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea”. Segundo este documento, o primeiro paso ou fase do procedemento de cálculo da multa ten por obxecto determinar o “tipo sancionador xeral” dentro do arco sancionador do art. 63 LDC, en función da “densidade antixurídica” da conduta infractora, que se determina en función dos criterios do art. 64 LDC que sexan de aplicación a tódalas empresas infractoras. A seguir, a segunda fase ten por obxecto establecer o “tipo sancionador individual” que corresponda a cada empresa infractora, aplicando os criterios do art. 64 individualmente a cada unha delas; principalmente, valorarase o tempo de duración da súa participación na infracción única, o seu volume de vendas no mercado afectado pola infracción (denominado “cota de participación”), e as circunstancias atenuantes ou agravantes que concorran para esa empresa. A terceira fase deste procedemento destínase a determinar o “tipo sancionador total” de cada empresa, agregando o tipo sancionador xeral (60 %) e o tipo sancionador individual (40 %). A multa en euros calcúlase aplicando o tipo sancionador total ao volume de negocios total de cada empresa no ano anterior ao da imposición da multa. A cuarta e última fase ten por obxecto o cálculo do “límite de proporcionalidade”, co propósito de verificar se o importe da multa que resulta da fase anterior é proporcional á participación/contribución desa empresa na gravidade da infracción sancionada. A estes efectos, o límite de proporcionalidade considérase igual ao beneficio ilícito estimado multiplicado por 1 ou 4 en función da duración e tamaño da empresa infractora. Se a multa supera este límite de proporcionalidade terá que ser reducida na contía que corresponda, mais se a multa queda lonxe de tal límite non se sobe.

Unha característica destacable deste procedemento de cálculo é a opacidade e, polo tanto, a imposibilidade de anticipar a contía aproximada da multa. Unha falta de transparencia no cálculo da que a CNMC é consciente, mais considera que a súa obriga de motivación nesta materia queda cumprida polo feito de indicar na resolución os elementos de apreciación que tivo en conta para determinar a gravidade da infracción, así como a súa duración, “sen que estea obrigada a indicar os datos numéricos relativos ao método de cálculo da multa” (Expte. CNMC S/0041/19, Correos 3).

Na nosa opinión, esta metodoloxía está afectando á eficacia do sistema de defensa da competencia, pois as multas sancionadoras son a principal ferramenta punitiva e disuasoria en mans das AdC. Para evitar situacións como estas, a Directiva ECN+ obriga aos Estados membros a garantir que as multas impostas pola infracción dos arts. 101 e 102 TFUE reflectan a importancia económica da conduta infractora, para o que as ANC, ao mesmo tempo de fixar a contía da multa, deben ter en conta a gravidade da conduta e a súa duración, que son criterios que están recollidos con detalle na norma do art. 64 LDC. Agora ben, a Directiva ECN+ tamén indica que eses factores de cuantificación da multa teñen que ser avaliados consonte a xurisprudencia do TXUE, e de tal forma que quede garantida a disuasión da sanción.

Consideramos que a interpretación que realiza a CNMC e o TS dos arts. 63 e 64 LDC é radicalmente contraria á doutrina pertinente do TXUE, e, por isto, a contía das multas que, con carácter xeral, impón a CNMC son infraproporcionais á gravidade da infracción, polo que carecen de eficacia punitiva e disuasoria. Unha situación que no vai poder ser subvertida polas modificacións introducidas no art. 63 LDC polo RDL 7/2021 de transposición da Directiva ECN+, pois o TS interpreta que as porcentaxes de volume de negocios dese art. 63.1 LDC funcionan como límites que teñen unha finalidade e sentido distintos no Dereito da UE e no Dereito nacional da competencia. No Regulamento CE 1/2003 a porcentaxe do 10 % representa o límite máximo da sanción, externo e posterior á determinación da mesma consonte os criterios de cuantificación, que ten por finalidade evitar que as multas impostas pola Comisión Europea —como autoridade de competencia— sexan desproporcionadas respecto da importancia económica da empresa en tanto que unidade económica. Polo contrario, para o TS e a CNMC, no marco do art. 63.1 LDC, o límite porcentual sobre volume total mundial da infractora no exercicio anterior ao da imposición da multa é un elemento intrínseco ao procedemento de cálculo da sanción, que marca o límite superior do tramo ou intervalo da sanción, de conformidade co habitual mecanismo de determinación das sancións no Dereito penal nacional. Por tanto, cada unha das tres porcentaxes do art. 63.1 LDC, precisamente pola súa natureza de tope ou teito da resposta sancionadora aplicable á infracción máis reprobable das posibles dentro de súa categoría, ten que servir de referencia para, a partir deles e para abaixo, calcular a multa que se pode impor ao resto de suxeitos infractores cuxa conduta presente unha menor densidade antixurídica (ECLI:ES:TS:2015:112 e ECLI: ES:TS:2020:4503).

Mais, na nosa opinión, a Directiva ECN+ impón a converxencia dos réximes sancionadores nacionais co previsto no Regulamento CE 1/2003, e as modificacións realizadas no art. 63.1 LDC non van na dirección de aproximar esta norma ao art. 23 do Regulamento CE 1/2003, cuxa conformidade co art. 49 da Carta dos Dereitos Fundamentais da UE ten sido confirmada polo TXUE (ECLI:EU:C:2010:346). En consecuencia, esas modificacións normativas non permiten revertir esa interpretación contraria á finalidade da Directiva ECN+, xa que, como recoñece o propio TS nas

súas sentenzas, conduce á falta de efectividade e capacidade disuasoria das multas, pois como se pode apreciar nas resolucións da CNMC resulta imposible calcular as multas sancionadoras de arriba para abaixo sobre unha base de cálculo que, normalmente, non garda ningunha relación co dano causado pola conduta infractora e co beneficio ilícito esperado polo infractor e, ao mesmo, tempo, respectar os principios de obxectividade, igualdade de trato e seguridade xurídica. Nas resolucións da CNMC posteriores á transposición da Directiva ECN+, esta recoñece expresamente que nos expedientes de aplicación conxunta dos arts. 101 ou 102 TFUE e arts. 1 ou 2 da LDC, as multas teñen que determinarse de xeito que quede garantida unha aplicación eficaz e uniforme do Dereito da UE, mais pódese observar tamén que as multas impostas se seguen a calcular consonte a metodoloxía establecida polo TS, oposta á aplicada pola Comisión Europea (Expte. CNMC S/0003/20, Proptech e Expte. CNMC S/0041/19, Correos 3).

Por último, polo que respecta á determinación das multas que a AdC pode impor aos directivos e representantes legais das empresas sancionadas pola comisión dun ilícito *antitrust*, e ante a ausencia de criterios de cuantificación desta responsabilidade a título persoal no texto do art. 63.2 LDC, a CNMC ten asentada a práctica de valorar a concurrencia dun conxunto de criterios obxectivos e subxectivos para determinar a contía dunha multa que non pode superar a cantidade de 60.000 euros. Os criterios obxectivos utilizados pola CNMC están relacionados coa natureza e características da infracción de competencia, que son os que determinan o tipo sancionador individual aplicado para calcular a multa á empresa. Polo contrario, os criterios subxectivos están relacionados coa duración e as características que presenta a conduta realizada polo propio directivo sancionado e co seu nivel xerárquico dentro da empresa (Expte. CNMC S/DC/0584/16, Axencias de medios). A versión pública da resolución sancionadora publica o nome do directivo ou representante sancionado, sen que tal publicidade supoña unha infracción do dereito á intimidade garantido polo art. 18 da Constitución, por canto a conduta non tivo lugar no ámbito da vida privada, senón como consecuencia dunha conduta profesional voluntariamente adoptada no seo dunha empresa sancionada pola comisión dun ilícito de competencia (ECLI: ES:TS:2019:952).

5.4.3 Outras medidas restritivas de dereitos

O art. 67 LDC faculta as autoridades de competencia para impoñer aos axentes económicos multas coercitivas de ata o 5 % do volume de negocios total mundial medio diario durante o exercicio social anterior por cada día de retraso no cumprimento da obriga imposta nun acto administrativo previo da autoridade de competencia dos enumerados no mesmo precepto legal, desenvolvido polo art. 21 do RDC. Este marco normativo concédelles ás AdC unha ampla marxe de discrecionalidade tanto para determinar que incumprimentos teñen a gravidade suficiente como para motivar

a apertura dun expediente sancionador, como para determinar o importe da multa coercitiva (Expte. CNMC VC/0612/14 Telefónica/DTS).

As multas coercitivas inscríbense dentro do exercicio da autotutela executiva da Administración. Non constitúen, pois, estritamente exercicio da potestade sancionadora do Estado, xa que a súa finalidade directa nin é sancionar a realización dunha infracción nin tampouco disuadir comportamentos ilícitos futuros, senón incentivar que o destinatario da multa coercitiva cumpra voluntariamente a obrigaición imposta pola AdC. Mais non tendo natureza sancionadora, a LDC inclúe as multas coercitivas dentro do réxime sancionador, xa que, sendo un remedio limitativo de dereitos no procedemento de imposición da multa coercitiva, se teñen que respectar algúns dos principios propios do Dereito sancionador, sen que iso signifique a aplicación de tal réxime na súa integridade.

155

Tampouco responde verdadeiramente ao exercicio do *ius puniendi* do Estado a prohibición de contratar coas entidades que forman parte do Sector Público que recae sobre os operadores económicos que teñan sido sancionados con carácter firme en vía administrativa pola comisión dun ilícito de competencia cualificado como infracción grave de falseamento da competencia aos efectos do art. 71.1.b) da Lei 9/2017, de Contratos do Sector Público. Sobre esta base legal, a CNMC ten aplicado esta prohibición en determinados expedientes sancionadores incoados por condutas anticompetitivas realizadas no marco de procedementos de licitación pública e privada, interpretando que esta prohibición deriva *ope legis* ou como mero reflexo da resolución que declare a existencia dunha infracción da LDC por conduta anticompetitiva, e que a fixación da duración e alcance da prohibición de contratar lle compete ao órgano de contratación competente en materia de contratación pública (Expte. CNMC S/0013/19, Conservación Carreteras), pese a que o referido art. 71.1 permite que sexa a propia AdC a que, na súa resolución sancionadora, concrete o alcance e duración da prohibición de contratar, momento no que será executiva tal prohibición (ECLI:ES:TS:2021:3366). En todo caso, esta prohibición de contratar non se pode impor ás empresas beneficiarias do programa de clemencia (65.4 LDC).

5.5 A política de clemencia fronte ás condutas de cártel

O marco normativo do programa español de clemencia está integrado polos arts. 65 e 66 da Disposición Adicional Cuarta.2 LDC, desenvolvidos nos arts. 46 a 53 RDC e na Comunicación sobre o programa de clemencia de 2013.

A política ou programa de clemencia está reservada no Dereito da UE e español para as infraccións de cártel, a diferenza doutras lexislacións nacionais que amplían o seu ámbito a tódalas condutas colusorias entre competidores. A razón pola que a política de clemencia se limita aos cárteles radica en que comprenden habitualmente restricións da competencia especialmente graves por afectar aos principais

parámetros de competencia, con dano ao benestar dos consumidores. Non obstante, probablemente co obxectivo de non dificultar a aplicación práctica da política de clemencia, e seguindo a xurisprudencia do TXUE, a Disposición adicional cuarta.2 da LDC acolle un concepto moi amplo de cártel, que vai mas alá dos denominados cárteles de núcleo duro, xa que dispón: "2. A efectos do disposto nesta lei enténdese por cártel todo acordo ou práctica concertada entre dous o máis competidores cuxo obxectivo consista en coordinar o seu comportamento competitivo no mercado ou influír nos parámetros da competencia mediante prácticas tales como, entre outras, a fixación ou a coordinación de prezos de compra ou de venda, ou outras condicións comerciais, incluso en relación cos dereitos da propiedade intelectual e industrial; a asignación de cotas de produción ou de venda; a repartición de mercados e clientes, incluídas as colusións en licitacións, as restricións das importacións ou exportacións ou as medidas contra outros competidores contrarias á competencia". O feito de que non se esixa que o comportamento restritivo sexa secreto e que as prácticas mencionadas se referencien a título exemplificativo, na práctica, facilita que as AdC poidan aplicar o programa de clemencia a condutas colutorias distintas ás mencionadas (en relación coa cualificación como cártel dun intercambio de información que non ten directamente por obxecto prezos finais: ECLI:ES:TS:2021:3623), e que os prexudicados poidan obter a reparación dos danos derivados de tal conduta ao beneficiarse da presunción legal de que as infraccións de cártel causan danos e prexuízos salvo proba en contra (art. 76.3 LDC).

Na nosa opinión, as condutas colutorias enunciadas por esa norma son restricións da competencia entre competidores que poden ser cualificadas, todas elas, como restricións da competencia polo seu obxecto (*restrictions of competition by object*), mais dependendo da natureza e contido da conduta e do contexto xurídico e económico no que aconteza, é posible que non toda conduta anticompetitiva entre competidores poida ser cualificada como unha restrición da competencia especialmente grave (*hard core restrictions*). En consecuencia, a utilización dun concepto legal de cártel tan amplo permitiría distinguir entre cárteles duros ou de núcleo duro (*Hard Core Cartels*) e cárteles febles (*Soft Cartels*), en función da natureza das prácticas restritivas que integran a infracción, do poder de mercado agregado dos cartelistas e da existencia dunha estrutura estable que inclúa a implantación de medidas de vixilancia e cumprimento dos acordos. Unha distinción que debería ter a súa repercusión sobre o nivel de esforzo probatorio que cabe razoablemente esixir ao demandado por una acción de danos para enervar a presunción legal de que todo cártel causa danos e prexuízos (art. 76.3 LDC).

En xeral, pódese presumir que tódalas empresas son conscientes da ilicitude das condutas de cártel, polo que se participan nun comportamento deste tipo adoitan adoptar medidas dirixidas a evitar o seu eventual coñecemento polos competidores, clientes e autoridades de competencia. Por iso, co obxecto de favorecer a loita con-

tra os cárteles, as autoridades de competencia adoptaron programas de clemencia ou delación. En efecto, os programas de clemencia fomentan a inestabilidade dos cárteles introducindo desconfianza entre os seus membros, co obxecto de que, polo menos, un deles tome a decisión de delatar a existencia e características do cártel á AdC competente, a cambio de ser eximido, total u parcialmente, do pago do importe da multa que lle correspondería.

A solicitude de clemencia ante a AdC só pode ser presentada pola empresa ou persoa física participante no cártel. No entanto, se así o solicita a empresa delatora, o beneficio da clemencia pódese estender: (1) aos seus representantes legais e ás persoas integrantes dos órganos directivos que interviñeron persoalmente na infracción (arts. 65.1 e 3 e 66.1 e 4 LDC), pois estas persoas poden ser sancionadas con multas de ata 60.000 € (art. 63.2 LDC), e (2) ás demais empresas do grupo ou unidade económica ao que a solicitante de clemencia poida pertencer, xa que todas elas poden ser declaradas responsables da infracción e do pago da multa imposta (art. 61.2 LDC).

O beneficio do programa de clemencia ten natureza administrativa, e pode consistir na exención total ou na redución da multa que lle correspondeu, que pode alcanzar como máximo ata o 10 % do volume de negocios total mundial da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior ao de imposición da multa (art. 63.1.c) LDC). Polo tanto, o beneficio ou perdón non comprende as demais medidas administrativas que pode adoptar a AdC conforme o art. 53.2 LDC, nin tampouco as eventuais consecuencias que a infracción *antitrust* poida ter noutras ordes xurisdicionais, como a penal ou a civil. En particular, non libera ao solicitante de clemencia ou delator da eventual obrigación de indemnizar os danos e prexuízos causados polo cártel no que participou (arts. 71 e 72 LDC), aínda que recibirá no preito civil de danos un trato privilexiado respecto do outorgado ás restantes empresas participantes na infracción de cártel (art. 73.5 LDC e art. 283 bis, letra i).6 LAC).

O beneficio da exención total do pago da multa resérvase para o primeiro solicitante de clemencia que, recoñecendo a súa participación nunha infracción constitutiva de cártel, achegue á AdC elementos de proba dos que aquela non dispón, e que: (1) permiten á AdC acreditar unha infracción de cártel, ou (2) lle permiten ordenar unha inspección (nos termos do art. 27 LCNMC) en relación cun cártel (o suposto máis frecuente na práctica). Ademais, para obter a exención, a empresa solicitante de exención ten que cumprir outros requisitos de conduta: (1) cooperar activamente coa AdC durante todo o procedemento sancionador; (2) pór fin á súa participación no cártel; (3) non destruír probas ou revelar a terceiros a súa intención de solicitar clemencia; (4) non ter adoptado medidas para obrigar a outras empresas a participar no cártel (arts. 65 LDC e 52 RDC).

Reservando o “perdón total” da multa ao primeiro solicitante de clemencia búscase incentivar “a carreira” entre os membros do cártel por ser a primeira empresa en

colaborar coa AdC e delatar os “compañeiros” do cártel, pois só o primeiro poderá optar á exención completa da multa que lle correspondería. Por iso, a imposición de multas efectivamente disuasorias é requisito *sine qua non* para unha política de clemencia eficaz.

As empresas ou persoas físicas que non cumpran os requisitos para alcanzar a exención total da multa (p. ex., porque outra empresa foi a primeira en proporcionar información sobre a existencia do cártel), poderanse aínda beneficiar dunha redución substancial do importe da multa que lles correspondeu sempre que se satisfagan determinados requisitos. Na práctica, as empresas presentan, ao mesmo tempo, unha solicitude de exención e, subsidiariamente, para o caso de que non poidan beneficiarse dela, unha de redución.

Para ter dereito a esta redución do importe da multa, a empresa ou persoa física solicitante de clemencia: (1) debe recoñecer a súa participación nunha infracción de cártel; (2) debe facilitar á AdC elementos de proba sobre o cártel que acheguen un “valor engadido significativo” respecto das evidencias probatorias de que dispoña a AdC a esa data; e (3) cumprir os mesmos requisitos de conduta que se esixen para obter a exención total da multa (art. 66.1.b) LDC; Expte. CNC S/0091/08, Viños finos de Xerez). O valor engadido da proba achegada depende da calidade intrínseca das evidencias achegadas, pero, sobre todo, do nivel e calidade da proba que teña a AdC. Por iso, canto antes se presente a solicitude de redución, máis probable é que os medios de proba achegados polo solicitante de clemencia contribúan de forma significativa e concluínte á acreditación das características do cártel e a facilitar o labor de investigación. En definitiva, a calidade ou valor engadido da proba achegada está directamente relacionada coa “utilidade” que tal información ten para a AdC, en orde a “facilitar” a súa labor probatoria de conformidade co principio acusatorio (Expte. CNMC SAMUR/02/18, Transporte escolar Murcia).

Como é posible presentar e conceder máis dunha solicitude de redución, a LDC establece un sistema de reducións decrecentes: para o primeiro solicitante de redución en proporcionar á AdC información útil para o avance da investigación, é dicir, con valor engadido significativo, a redución pode situarse entre o 30 e o 50 %; para o segundo, entre o 20 e o 30 %; e para os ulteriores, ata o 20 % (Expte. CNC S/0316/10, Sobres de Papel).

O art. 66.3 LDC contempla un suposto particular de valor engadido da proba achegada polo solicitante de redución, no senso de que cando esa información permita á AdC acreditar “feitos adicionais con repercusión directa no importe da multa”, o solicitante verá condonada na súa totalidade a parte da multa que lle correspondería por ese novo feito. Por exemplo, se tal información permitiu acreditar unha maior duración do cártel, este período adicional de tempo non se terá en conta ao calcular o importe da multa desa empresa. Trátase, pois, dunha sorte de “exención parcial” da multa (Expte. CNC S/0120/08, Transitarios).

6 Recursos

Son susceptibles de recurso administrativo ante o Consello da CNMC (actuando en Sala ou en Pleno) os acordos da DC que produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos (arts. 47 LDC e 24 RDC). Outro tanto cabe dicir dos acordos de igual natureza adoptados polo órgano de instrución dunha AAC. Este procedemento de recurso ten un prazo de duración máximo de 3 meses (art. 36.5 LDC).

Os tribunais veñen considerando que os actos de trámite cualificados, como o acordo de incoación de expediente sancionador, a orde de inspección ou os acordos de confidencialidade ou de retirada, son acordos susceptibles deste recurso. Polo demais, a ANC vén interpretando restritivamente este precepto, entendendo que a indefensión alegada ten que ser formal e o prexuízo irreparable concreto.

As resolucións do Consello da CNMC (e do órgano de resolución da AAC pertinente) poñen fin á vía administrativa, polo que contra as mesmas só caberá interpor recurso contencioso-administrativo, ben ante a Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional, ben ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Autónoma ao que pertenza a AAC.

Lección 09

Aplicación xudicial do Dereito de defensa da competencia

161

ÍNDICE: 1.- Contexto e razóns para a aplicación xudicial do Dereito de defensa da competencia; 2.- Ámbito da competencia dos xuíces e tribunais; 3.- Mecanismos de cooperación entre autoridades de competencia e tribunais de xustiza; 4.- A regulación das accións de danos por infracción do Dereito de defensa da competencia; 4.1.- Marco normativo; 4.2.- Aspectos básicos da regulación substantiva da acción de danos causados por condutas anticompetitivas ilícitas.

1 Contexto e razóns para a aplicación xudicial do Dereito de defensa da competencia

A presenza de intereses públicos e privados na detección e sanción das condutas anticompetitivas, en definitiva, no correcto funcionamento dos mercados de bens e servizos, pon de manifesto que, polo menos no sistema de competencia europeo, para poder alcanzar unha protección eficaz de tódolos intereses implicados no funcionamento competitivo dos mercados, é necesaria a existencia unha dobre vía, administrativa e xudicial, de aplicación do Dereito de defensa da competencia.

Historicamente, en España e nos demais Estados membros da UE (a diferenza do que sucede no sistema *antitrust* norteamericano), prevaleceu e aínda prevalece a aplicación pública do Dereito de defensa da competencia. Pódense apuntar varias causas. O Dereito *antitrust* implántase no continente europeo por influencia do goberno norteamericano nos anos posteriores á finalización da II Guerra Mundial, e dende o inicio, os gobernos europeos decidiron atribuír en exclusiva a persecución e sanción das condutas anticompetitivas prohibidas a autoridades administrativas especializadas (ás autoridades de competencia), que poden actuar de oficio e que son dotadas dun considerable arsenal de instrumentos e potestades públicas, ordenadas

a garantir a defensa da libre competencia nos mercados de bens e servizos no contexto de sistemas políticos democráticos que adoptan como modelo económico a economía de mercado. En definitiva, o Dereito de defensa da competencia enténdese como unha forma de intervención administrativa “branda” na economía, compatible co recoñecemento da liberdade de empresa no marco dunha economía de mercado, pero tamén é certo que, dada a natureza e complexidade dalgunhas condutas anticompetitivas, as AdC, polas circunstancias antes apuntadas, están en mellores condicións que os xuíces para detectar, acreditar e pór termo aos comportamentos anticompetitivos.

Neste contexto histórico, cando na Ditadura franquista se aproba a Lei 110/1963, de 20 de xullo, de Represión de Prácticas Restritivas da Competencia, o Tribunal de Defensa da Competencia é configurado como un órgano non só con funcións administrativas acordes coa súa natureza senón tamén xurisdicionais (arts. 10, 29, 31 e 32), incompatibles co dereito de toda persoa á tutela xudicial, ao sometemento de toda actuación administrativa ao control xudicial e ao principio de unidade xurisdicional proclamado pola Constitución de 1978 (STC 80/1983, de 10 de outubro). Con todo, a Lei 110/1963 condicionaba o exercicio das accións de danos á firmeza da resolución do TDC declarativa da existencia dunha conduta restritiva prohibida (art. 10). Esta prexudicialidade administrativa para o exercicio da acción de danos mantívose na posterior Lei 16/1989, de 17 de xullo, de defensa da competencia, en cuxo art. 13.2 se aclaraba que a firmeza previa da resolución do TDC declarativa da infracción era en vía administrativa e, no seu caso, xurisdicional.

Este prexuízo administrativo desapareceu coa derogación da Lei 16/1989 e a entrada en vigor da LDC de 2007, que unicamente establece o prexuízo penal (art. 46 LDC). Este cambio non conduciu a un incremento das demandas de danos, probablemente porque a regulación xeral ou civil destas accións de danos non favorece a súa viabilidade, ao mesmo tempo que tampouco existía nesas datas unha notable cultura de libre competencia entre os operadores xurídicos e económicos.

A necesidade de rachar con esta situación —que non era exclusiva de España dentro da UE— para poder incrementar a eficacia do sistema de defensa da competencia en España e na UE, e así protexer de forma eficaz os intereses privados dos prexudicados por condutas anticompetitivas, conduciu a que, nos últimos anos, se teñan adoptado diversas iniciativas e reformas normativas dirixidas a fomentar a aplicación do Dereito de defensa da competencia por parte dos tribunais nacionais ordinarios. Esta reforma foi na dirección de recoñecerlles a tódolos prexudicados o dereito a unha indemnización plena polos danos causados por condutas anticompetitivas, así como facilitar a presentación e viabilidade das accións procesuais de danos, no entendemento de que o resarcimento pleno do dano causado é un complemento disuasorio necesario para a eficacia do Dereito da competencia en todo o mercado interior da UE.

Neste senso, o cambio fundamental foi a publicación da Directiva 2014/104/UE, relativa a determinadas normas polas que se rexen as accións de danos en virtude do Dereito nacional, por infraccións do Dereito da competencia dos Estados membros e da Unión Europea, trasposta ao Dereito español a través do Real Decreto-lei 9/2017, de 26 de maio, polo que se traspoñen as directivas da Unión Europea nos ámbitos financeiro, mercantil e sanitario, e sobre desprazamento de traballadores. O artigo terceiro deste RDL introduce no art. 64 LDC —relativo aos criterios de cuantificación da multa— como novo atenuante a realización polo infractor de actuacións tendentes a reparar o dano causado (art. 64.3.e LDC), así como un novo Título VI na LDC, que leva por rótulo “da compensación dos danos causados polas prácticas restritivas da competencia”, integrado polos arts. 71 a 81 LDC. Estes preceptos conteñen principalmente as normas substantivas da regulación das accións de danos, en tanto que as modificacións procesuais da Directiva foron traspostas en virtude do artigo catro do RDL, que modificou a LAC para introducir unha Sección 1.^a bis dentro do Capítulo V (“Da proba: disposicións xerais”) do Título I (“Das disposicións comúns aos procesos declarativos”) do Libro II (“Dos procesos declarativos”), co epígrafe “Do acceso ás fontes de proba en procedementos de reclamación de danos por infracción do dereito da competencia”, integrado polos arts. 283 bis a) a 283 bis k) LAC.

2 Ámbito da competencia dos xuíces e tribunais

Os xuíces do Mercantil en primeira instancia, a Sala do Civil das Audiencias Provinciais en apelación e a Sala do Civil do Tribunal Supremo en casación son os órganos xurisdiccionais competentes para aplicar, en España, en toda a súa plenitude, os arts. 1 e 2 LDC e os arts. 101 e 102 TFUE. É dicir, son competentes para declarar a infracción da prohibición de colusión (arts. 1.1 LDC e 101.1 TFUE) e a prohibición de abuso da posición de dominio (arts. 2 LDC e 102 TFUE), pero tamén para declarar que a conduta é menor importancia consonte ao art. 5.1 LDC ou a Comunicación de *minimis* da Comisión Europea, ou (1) está amparada nunha norma con rango legal (art. 4 LDC), ou (2) por un Regulamento de exención por categorías (art. 1.3 LDC), ou reúne os requisitos de exención por eficiencias dos arts. 1.3 LDC e 101.3 TFUE.

Ademais de poder declarar a existencia dun ilícito *antitrust*, a instancia de parte, os xuíces e tribunais civís son competentes para declarar a nulidade do pacto ou cláusula contractual anticompetitiva, salvo que tal cláusula sexa esencial para o equilibrio económico do contrato, en cuxo caso a nulidade afectaría a todo o negocio xurídico (ECLI:ES:TS:2015:191). Os arts. 101 TFUE e 1 LDC dispoñen que son nulos os “acordos, decisións e recomendacións” que infrinxen a prohibición de colusión, sen mencionar as “prácticas concertadas ou conscientemente paralelas”, igualmente prohibidas, como tampouco existe unha declaración de nulidade en relación coas condutas de abuso de posición de dominio (arts. 2 LDC e 102 TFUE) e dos actos de

competencia desleal anticompetitivos (art. 3 LDC). A razón desta ausencia radica en que este tipo de condutas adoitan ser simples comportamentos de feito, carentes de natureza negocial ou contractual, pero, de tela, constituirían, sen dúbida, un acto ou negocio xurídico nulo de pleno dereito, por ser contrario a unha norma imperativa (art. 6.3 Código civil).

A nulidade é un remedio de natureza civil, que só se pode facer efectivo a través dunha declaración xudicial (ECLI:ES:APM:2012:20219), do mesmo xeito que sucede co dereito de quen é vítima dunha conduta anticompetitiva a ser resarcido ou indemnizado polos danos e prexuízos sufridos a resultas de tal conduta prohibida. Estas consecuencias civís poñen de manifesto que, na aplicación do Dereito de defensa da competencia, ademais do interese público na existencia dunha competencia efectiva nos mercados (cuxa defensa corresponde prioritariamente ás autoridades de competencia), tamén pode concorrer un interese privado representado polos dereitos das persoas (competidores, clientes, consumidores) prexudicados directa ou indirectamente pola conduta anticompetitiva. Por iso, en virtude do efecto directo dos arts. 101 e 102 TFUE e, de forma plena, dende a aprobación do Regulamento CE 1/2003, os particulares poden invocar ante os xuíces nacionais en defensa dos seus intereses privados a aplicación completa de tales normas de competencia da UE.

A competencia obxectiva para coñecer das demandas civís por infracción dos arts. 1 e 2 LDC corresponde aos Xulgados do Mercantil en virtude da Disposición Adicional Primeira da LDC, en tanto que, respecto dos actos de competencia desleal anticompetitivos do art. 3 LDC, a súa competencia obxectiva se deriva da súa competencia para coñecer das accións civís relativas á materia de competencia desleal (art. 86 ter.2.a) LOPJ). Igualmente, tamén son obxectivamente competentes para coñecer dos procedementos civís de aplicación dos artigos 101 e 102 TFUE e o seu Dereito derivado (art. 86.ter.2.f) LOPJ).

3 Mecanismos de cooperación entre autoridades de competencia e tribunais de xustiza

Co obxecto de garantir unha aplicación coherente, uniforme e efectiva dos arts. 101 e 102 TFUE en todo o mercado interior da UE, dentro do complexo sistema institucional de aplicación descentralizada e compartida de tales preceptos, a Comisión Europea ten establecido unha serie de mecanismos de cooperación e coordinación entre, por unha banda, ela como autoridade de competencia da UE e, por outra banda, as ANC e os tribunais nacionais. Entre os mecanismos de cooperación entre as ANN destaca a Rede de Autoridades de Competencia (ECN, no seu acrónimo en inglés), que ten por obxecto alcanzar unha aplicación efectiva e uniforme en estreita cooperación entre a Comisión Europea e as ANC dos arts. 101 e 102 TFUE. A Comunicación da Comisión sobre a cooperación na Rede de Autoridades de Competencia (DOUE 2004/C

101/03) establece as regras de repartición entre a Comisión Europea e as ANC dos asuntos de aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE, e os mecanismos de coordinación e asistencia mutua entre os membros da Rede de cara a unha aplicación efectiva e uniforme de tales preceptos do Tratado.

O marco normativo da UE nesta materia está nos arts. 15 e 16 do Regulamento CE 1/2003. O art. 15.1 permite aos tribunais nacionais contactar coa Comisión Europea para que lles transmita a información que estea no seu poder ou lles proporcione a súa opinión en relación coa aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE. O art. 15.3 regula o mecanismo coñecido como *amicus curiae*, pois, por unha banda, faculta ás ANC para presentar, por propia iniciativa, observacións escritas aos órganos xurisdiccionais nacionais do seu respectivo Estado membro sobre cuestións relativas á aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE, e coa venia do tribunal de que se trate, tamén poderán presentar observacións verbais ante os órganos xurisdiccionais nacionais do seu Estado membro. Por outra banda, cando a aplicación coherente dos art. 101 ou 102 TFUE o requira, a Comisión Europea, por propia iniciativa, tamén poderá presentar observacións por escrito aos órganos xurisdiccionais dos Estados membros. Ámbolos instrumentos de cooperación teñen sido obxecto de desenvolvemento a través da Comunicación da Comisión relativa á cooperación entre a Comisión e os órganos xurisdiccionais dos Estados membros da UE para a aplicación dos artigos 101 e 102 TFUE (DOUE 2004/C 101/04, modificada en 2015).

No ámbito interno, de forma similar ao disposto no art. 15 do Regulamento CE 1/2003, o art. 16 LDC faculta á CNMC para actuar de forma voluntaria como *amicus curiae* nos procedementos xudiciais de aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE e dos arts. 1 e 2 LDC. Intervención como *amicus curiae* que tamén pode ser realizada polas AAC no ámbito das súas competencias e no marco de pleitos de aplicación dos arts. 1 e 2 LDC. O art. 15 bis LAC regula con máis detalle esta intervención, e engade que tamén pode ser a iniciativa do xuíz ou tribunal competente. Ademais, no marco de procedementos relativos ás reclamacións de danos, e a requirimento do xuíz ou tribunal competente, o art. 76.4 LDC atribúe á CNMC e ás AAC a facultade de informar sobre os criterios para a cuantificación das indemnizacións que os infractores teñan que satisfacer a quen tivesen resultado prexudicados como consecuencia de condutas prohibidas polo Dereito da competencia. Repárese en que a autoridade da competencia, a través desta ferramenta de cooperación, non determina a contía do dano, senón que informa sobre os criterios de valoración do dano (art. 5.2.b) LCNMC). Co obxecto de mellorar o desempeño desta función consultiva, a CNMC está a elaborar unha Guía sobre a cuantificación de danos por infraccións de competencia, que ten como principais destinatarios os órganos xudiciais, pero tamén ten como obxectivo divulgar boas prácticas de cuantificación de cara a aumentar o rigor técnico dos informes periciais de cuantificación dos danos.

No que atinxe á uniformidade na aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE en todo o mercado interior da UE, o art. 16 do Regulamento CE 1/2003 dispón que os xuíces e tribunais nacionais que se teñan que pronunciar sobre a aplicación deses preceptos do TFUE a unha conduta que xa fose obxecto dunha decisión previa da Comisión, estes non poderán adoptar resolucións incompatibles coa decisión adoptada por aquela. Asemade, os xuíces e tribunais nacionais teñen que evitar adoptar decisións susceptibles de entrar en conflito cunha “decisión prevista” pola Comisión en procedementos que xa estean incoados, podendo, a tal fin, suspender o prazo para resolver o procedemento xudicial. Este mecanismo de cooperación foi incorporado ao Dereito interno a través dos arts. 434.3 e 465.6 LAC, que permiten suspender o prazo para ditar sentenza nos procedementos sobre a aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE e arts. 1 e 2 LDC, cando o xuíz ou tribunal teña coñecemento da existencia dun expediente administrativo ante a Comisión Europea, a CNMC ou as AAC, e resulte necesario coñecer o pronunciamento do órgano administrativo. Por último, o art. 16 do Regulamento CE 1/2003 engade que cando as ANC decidan acerca dunha conduta en virtude dos art. 101 ou 102 TFUE que xa fose obxecto dunha decisión da Comisión, non poderán tomar decisións incompatibles con tal decisión adoptada pola Comisión Europea.

4 A regulación das accións de danos por infracción do Dereito de defensa da competencia

4.1 Marco normativo

Ante a constatación de que, na maioría dos Estados membros da UE, as accións por danos derivados de ilícitos *antitrust* con frecuencia non prosperaban ou non lles permitían ás vítimas lograr o resarcimento pleno do dano sufrido, a Comisión Europea adoptou nos últimos anos diversas iniciativas normativas e de *soft law* que culminaron en 2014 coa aprobación da Directiva 2014/104/UE, relativa ás accións por danos por infraccións *antitrust* (DOUE 2014/ L 349/1). Como xa se mencionou liñas arriba, esta Directiva foi trasposta ao Ordenamento interno mediante o RDL 9/2017, de 26 de maio, que introduciu na LDC un novo Título VI, rotulado “Da compensación dos danos causados polas prácticas restritivas da competencia”, integrado polos arts. 71 a 81 LDC. Así mesmo, o referido RDL produciu diversas modificacións na LAC, co obxecto de facilitar o acceso polo demandante de danos ás probas en poder dos demandados ou terceiros, e ás que poidan obrar nun previo expediente sancionador de competencia (arts. 283 bis a) a 283 bis k) LAC). Esta regulación substantiva e procesal substitúe, para esta materia, á normativa xeral do Código Civil reguladora da indemnización dos danos extracontractuais, que se demostrou ineficaz, principalmente, pola dificultade para probar os danos derivados de condutas anticompetiti-

vas e a súa cuantificación, pero tamén pola brevidade do prazo de prescrición (arts. 1902 e 1968 Código Civil).

4.2 Aspectos básicos da regulación substantiva da acción por danos causados por condutas anticompetitivas ilícitas

167

A “acción por danos” poderase exercitar fronte á empresa ou persoa que teña infrinxido algunha das prohibicións dos arts. 101 e 102 TFUE e/ou dos arts. 1 e 2 LDC, aplicándose aquí tamén o concepto de empresa como unidade económica responsable da infracción (art. 71.2.b) LDC. ECLI:EU:C:2021:800). Fronte ao prazo dun ano para exercitar a acción de danos extracontractuais do art. 1092 do Código Civil (art. 1968.2º Código Civil), o prazo de prescrición desta acción de danos *antitrust* fíxase en cinco anos, que comeza a correr no momento no que teña cesado a infracción e o demandante teña coñecemento ou podera razoablemente ter coñecemento das tres seguintes circunstancias: a) a conduta e o feito de que sexa constitutiva dunha infracción de competencia; b) o prexuízo ocasionado pola citada infracción; c) a identidade do infractor. Este prazo de prescrición da acción pode verse interrompido polas circunstancias que se mencionan no art. 74 LDC, entre as que figura a actuación dunha AdC.

A competencia obxectiva para coñecer destas demandas de danos correspóndelle aos Xulgados do Mercantil, sendo territorialmente competente o do lugar onde teña acaecido o dano; é dicir, o lugar no que o demandante prexudicado adquiriu o ben, e, de ter adquirido os bens en varias xurisdicións, será competente o Xulgado do Mercantil do domicilio do demandante (ECLI:EU:C:2021:604). Como se ten indicado, o demandante pode exercitar unha acción por danos independentes ou *stand alone*, en cuxo caso, con carácter previo á reclamación de danos, o demandante terá que solicitar e acreditar a existencia dunha infracción *antitrust* exercitando a pertinente acción declarativa de infracción da prohibición de colusión ou de abuso da posición de dominio. Non obstante, na práctica forense española —e no resto de Estados membros da UE— a maior parte das demandas por infraccións de competencia exercitan accións de danos de seguimento ou *follow on*, debido á dificultade dos prexudicados para coñecer a existencia dunha infracción de cártel e, no seu caso, para acceder á suficiente evidencia probatoria sen un previo procedemento sancionador de competencia. A viabilidade destas demandas, ademais, encóntrase reforzada pola forza vinculante da resolución previa da AdC no posterior preito civil de danos, que varía en función da firmeza e da “nacionalidade” da AdC. En efecto, consonte o art. 16 do Regulamento CE 1/2003, os órganos xudiciais nacionais que coñezan das accións de danos *antitrust* están vinculados pola “declaración de infracción” realizada pola Comisión Europea nunha previa Decisión de aplicación dos arts. 101 ou 102 TFUE, aínda que nalgúns países europeos os tribunais teñen estendido este efecto vinculante a toda a Decisión. Polo que respecta ás resolucións dunha AdC española

(CNMC ou AAC), o art. 75.1 LDC dispón que a “constatación dunha infracción do Dereito da competencia feita nunha resolución firme da autoridade de competencia española ou dun órgano xurisdiccional español se considera irrefutable aos efectos dunha acción por danos exercitada ante un órgano xurisdiccional español”. É dicir, a natureza da infracción (cártel, abuso...), alcance material (fixación de prezos, reparto de mercados...), persoal (suxeitos infractores), temporal e territorial non admiten proba en contra no preito civil de danos. Ao contrario, a existencia dunha infracción de competencia declarada nunha resolución firme dunha AdC ou tribunal de xustiza doutro Estado membro da UE ten o valor dunha simple presunción refutable pola parte demandada (art. 75.2 LDC).

A través do exercicio desta acción de danos, quen fose vítima dalgún deses ilícitos *antitrust* ten dereito a reclamar e obter do infractor ou infractores o pleno resarcimento do dano efectivamente causado, o que inclúe o dereito a ser indemnizado polo dano emerxente e o lucro cesante, máis o pago dos intereses. A natureza estritamente resarcitoria da acción exclúe a posibilidade de obter unha “sobrecompensación por medio de indemnizacións punitivas, múltiples ou doutro tipo” (arts. 72 e 78 LDC). Por iso, está lexitimado activamente para exercer esta acción indemnizadora calquera persoa que teña sufrido un dano ou prexuízo derivado dunha infracción *antitrust*, tanto se é un “comprador directo” (porque adquiriu o ben ou servizo do infractor) como un “comprador indirecto” (porque adquiriu o ben ou servizo doutra empresa que, á súa vez, a adquiriu previamente do infractor), ou incluso outros compradores prexudicados polo chamado “efecto paraugas” da infracción de competencia (ECLI:EU:C:2014:1317). O termo comprador utilízase en sentido amplo, equivalente ao adquirente do ben ou servizo, tanto a título de propiedade (ao contado ou a prazos), como se adquire un simple dereito de uso (*leasing* ou *renting*) do ben ou do servizo afectado pola infracción de competencia. No caso de que o demandante sexa un comprador directo (p. ex., un fabricante de chocolates que comprou azucre ao infractor), o demandado (p. ex., un fabricante de azucre) poderá invocar na súa defensa que o reclamante repercutiu a totalidade ou parte do “sobrecusto” causado pola súa conduta anticompetitiva a outras persoas (p. ex., aos supermercados — compradores indirectos— que lle compraron chocolate). Admítese, pois, a chamada *passing on defence* ou defensa de repercusión do dano, que ten como fundamento evitar o pago polo infractor de sobrecompensacións (art. 78 LDC). A necesidade de conciliar, por unha banda, este obxectivo de evitar unha responsabilidade do infractor múltiple ou superior ao dano efectivamente causado e, por outra, o dereito ao pleno resarcimento das vítimas conduciu a unha repartición legal da carga da proba relativa á repercusión dos sobrecustos. Así, dispónse que, sendo o reclamante un comprador directo, a carga de probar a repercusión ou *passing on* recae sobre o infractor demandado que invoque esta defensa, en tanto que tal carga probatoria (existencia e contía do sobrecusto ou dano repercutido) corresponderalle ao demandante que sexa un comprador indirecto, ao que, no entanto, facilítaselle este labor probatorio

establecendo a presunción legal *iuris tantum* de que se produciu tal repercusión se acredita unha serie de feitos que menciona o art. 79.2 LDC.

Este obxectivo de evitar ao mesmo tempo o pago de sobrecompensacións e a ausencia de responsabilidade por parte do infractor constitúe tamén a razón legal doutras regras legais relativas á carga da proba do dano causado. É o caso das dúas excepcións legais ao principio xeral de que compete ao reclamante a carga de probar a existencia e contía dos danos sufridos por mor dunha infracción de competencia. A primeira excepción é relativa á existencia de dano, e consiste en establecer a presunción —baseada na experiencia e na análise económica— de que as infraccións cualificadas como cártel causan danos e prexuízos, salvo que o demandado acredite o contrario. O fundamento desta excepción ao principio da carga da proba respecto das adquisicións realizadas no período de duración da infracción acreditado na resolución firme da AdC, radica no habitual contexto de dificultade probatoria e de asimetría da información en posesión das partes que acontece neste tipo de asuntos. A segunda excepción establécese para aqueles casos nos que o demandante acreditou sufrir danos e prexuízos, pero non a súa contía, por ser “practicamente imposible ou excesivamente difícil” a súa cuantificación con precisión cos medios probatorios dispoñibles, e consiste en facultar ao órgano xudicial para “estimar” o importe dos danos causados (art. 76 LDC). Por último, esa mesma necesidade apuntada, tamén motiva o recoñecemento legal aos xuíces e tribunais que coñezan de accións de danos exercitadas por demandantes situados en distintos niveis da cadea de subministración, da facultade de ter en conta as resolucións administrativas previas, así como os preitos xurisdiccionais de danos relacionados coa mesma infracción de competencia iniciados por demandantes situados noutros niveis da cadea de subministración.

169

En todo caso, corre por conta do demandante acreditar a existencia dunha relación causal entre a conduta infractora do demandado e o dano sufrido, no senso de que este é unha consecuencia natural, adecuada e suficiente de infracción de competencia, sen que exista unha explicación alternativa. Nesta materia non existe un concepto de relación de causalidade propio do Dereito *antitrust*, pero, sen dúbida, o principio de efectividade do Dereito da competencia da UE ten que ter incidencia no momento de constatar a existencia desta relación de causa efecto, non tanto nas demandas de danos formuladas por compradores directos, xa que a existencia dunha vinculación contractual entre demandante e demandado facilita de por si a acreditación do nexo causal, como cando a demanda de danos é formulada por un comprador indirecto ou por outro tipo de vítimas do denominado efecto paraugas das infraccións de cártel de prezos.

Para a acreditación da contía do dano resulta imprescindible que a demanda estea acompañada dun informe pericial (art. 335 LAC), no que se formule unha teoría do dano plausible e se realice unha estimación razoable do dano causado. Os tribunais nacionais están a recoñecer que non é posible realizar unha reprodución perfecta

de cal sería a situación do mercado de non terse producido a conduta anticompetitiva, pero esixen que o demandante aporte un informe elaborado por un experto no que exista un mínimo esforzo de cuantificación do dano, empregando calquera das metodoloxías de cálculo previstas na Guía da Comisión Europea. Neste senso, nas sentenzas ditadas en materia de danos establécese que o informe pericial do prexudicado ten que realizar unha “estimación” do dano, partindo de hipóteses de traballo razoables e tecnicamente fundadas, e empregar datos contrastables e non erróneos. Pero tamén se lle esixe ao demandado que non se limite a negar a existencia de dano presentando unha cuantificación pericial alternativa mellor fundada. Con todo, o xuíz non está vinculado pola opinión do perito, que será valorada conforme as regras da sa crítica (art. 348 LEC). Polo tanto, se o xuíz ou tribunal considera que os informes periciais non permiten estimar o dano causado, a facultade discrecional do xuíz para “estimar” o dano preséntase como unha esixencia do principio de efectividade do Dereito da competencia da UE. Na práctica forense existente actualmente pódese observar que na maioría dos preitos de danos resoltos, o xuíz non considera “convincentes” os informes periciais das partes, pero ao entender que as infraccións de cártel causan danos a resultas da presunción legal, procede a súa estimación. Como xa se apuntou, o fundamento legal desta facultade xudicial de estimación do dano radica na existencia de asimetría informativa entre as partes, aínda que tamén hai quen apunta que, en realidade, o fundamento está na imposibilidade material de calcular con certeza o dano causado polas infraccións de competencia.

No momento de decidir se exercita esta facultade de estimación do dano, o xuíz ou tribunal debería valorar o esforzo probatorio realizado polas partes, co fin de evitar a desidia e a pasividade probatoria das partes, pero, polo de momento, existen algunhas cuestións relevantes aínda non resoltas sobre esta facultade xudicial. Así, non está claro que consecuencias debe ter a ausencia dun esforzo probatorio mínimo por parte do demandante en relación coa presunción legal ou *ex re ipsa* de dano. Tampouco existe unha doutrina uniforme respecto do valor que ten —en relación con esta facultade de estimación xudicial do dano— o feito de que o demandado poña a disposición do demandante os datos utilizados no seu informe pericial para negar a existencia de dano, e que o demandante non aproveite esta información para realizar un novo cálculo do dano. Debería o xuíz desestimar neste caso a demanda?

Unha consecuencia desta práctica xudicial de rexeitar os informes periciais das partes e proceder á estimación discrecional do dano é a estimación parcial da demanda e, como consecuencia, a imposibilidade de condenar en costas o demandado. A normativa xeral sobre condena en costas (principalmente, honorarios de avogado, aranceis do procurador e dereitos dos peritos; art. 241 LEC) está presidida polo principio do vencemento obxectivo (para tódalas instancias xudiciais): imponse as costas procesuais á parte que vexa rexeitadas tódalas súas pretensións (arts. 394.1 y 398.1 LEC). Deste xeito, en caso de estimación parcial das pretensións en primeira instan-

cia, “cada parte abonará as costas causadas á súa instancia e as comúns por metade, a non ser que existisen méritos para impoñerllas a unha delas por ter litigado con temeridade” (art. 394.2 LEC). Mais non hai condena en costas no caso de estimación total ou parcial do recurso de apelación, casación ou extraordinario por infracción procesual, impóndose ao recorrente as costas procesuais en caso de desestimación de tódalas pretensións (art. 398 LEC). Algúns autores cuestionan a compatibilidade desta norma procesual co principio de resarcimento íntegro do dano causado, existindo unha cuestión prexudicial perante o TXUE pendente de ser resolta.

Tamén para facilitar o dereito ao pleno resarcimento da vítima, establécese a natureza solidaria da responsabilidade de quen infrinxe, de forma conxunta, a prohibición de colusión ou de abuso da posición de dominio, así como da empresa que as controla (art. 72.2.b) LDC). No entanto, esta regra xeral de responsabilidade solidaria propia e conxunta non se aplica a dous tipos de infractores. En primeiro termo, probablemente co obxecto de evitar que a indemnización poida causar a súa saída do mercado, ao infractor que poida ser cualificado como PEME e cumpra determinados requisitos de conduta limítaselle a súa responsabilidade civil aos danos causados aos seus “propios” clientes directos e indirectos. Tamén se limita dunha forma similar a responsabilidade civil dos infractores beneficiarios da exención do pago de multa (art. 73 LDC), co propósito de non prexudicar a eficacia do programa de clemencia na detección de cárteles.

Por último, no momento de interpretar o alcance destes preceptos da LDC en materia de danos, deben terse particularmente presentes os conceptos legais recollidos na Disposición adicional cuarta LDC: empresa, cártel, acción por danos, programa de clemencia, declaración no marco dun programa de clemencia, información preexistente, solicitude de transacción, sobrecusto, comprador directo e comprador indirecto. Tamén as normas das Disposicións adicional primeira e segunda, e transitoria primeira do RDL 9/2017, de 26 de maio, polo que se traspuxo ao ordenamento español a Directiva 2014/104/UE relativa ás accións por danos producidos por condutas anticompetitivas. Resulta de particular interese, en relación co dereito ao pleno resarcimento, non xa a declaración expresa que se realiza na referida Disposición adicional segunda LDC respecto da aplicabilidade dos principios de efectividade e equivalencia en materia de accións por danos, senón as “esixencias” ou efectos que eses principios xerais do Dereito da competencia da UE producen sobre a normativa nacional substantiva e procesual reguladora do exercicio destas accións de danos.

Lección 10

O sistema institucional de aplicación pública do Dereito de defensa da competencia

173

ÍNDICE: 1.- A estrutura institucional do sistema español de aplicación pública do Dereito de defensa da competencia; 1.1.- Orixe da actual estrutura institucional; 1.2.- A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia; 1.3.- Autoridades autonómicas da competencia; 1.4.- A Comisión Galega da Competencia; 2.- O sistema de asignación de expedientes de competencia; 2.1.- O criterio de repartición dos expedientes de competencia en materia de condutas prohibidas; 2.2.- O procedemento de asignación dos expedientes de competencia; 2.3.- A Xunta Consultiva en materia de conflitos de competencias; 3.- Mecanismos de colaboración e cooperación entre a autoridade nacional e as autoridades autonómicas da competencia.

1 A estrutura institucional do sistema español de aplicación pública do Dereito de defensa da competencia

1.1 Orixe da actual estrutura institucional

Seguindo a Lei sobre Represión das Prácticas Restritivas da Competencia de 1963, a Lei de Defensa da Competencia de 1989 atribuíu en exclusiva ao Servizo de Defensa da Competencia e ao Tribunal de Defensa da Competencia a potestade para investigar, prohibir e sancionar tódalas condutas anticompetitivas prohibidas, incluso aquelas cuxos efectos restritivos non transcendían do territorio dunha determinada Comunidade Autónoma. Os gobernos autónomos catalán e vasco interpuxeron recurso de inconstitucionalidade fronte á LDC de 1989, argumentando que a atribución á Administración Xeral do Estado do “monopolio” na aplicación de LDC infrinxía as competencias executivas da lexislación estatal sobre defensa da competencia, que

Ile atribuían os seus respectivos Estatutos de Autonomía en virtude da súa competencia exclusiva na materia “comercio interior”. A través da sentenza nº. 208/1999, de 11 de novembro, o Tribunal Constitucional entendeu que, en efecto, as Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de comercio interior —que, actualmente, son todas— teñen atribuída a competencia executiva para investigar, prohibir e sancionar as condutas anticompetitivas cuxos efectos restritivos teñan lugar e se limiten ao territorio da Comunidade Autónoma, razón pola que declarou inconstitucional os preceptos da LDC de 1989, que atribuían esa competencia executiva aos mencionados órganos de defensa da competencia da Administración Xeral do Estado.

En cumprimento desta sentenza, as Cortes Xerais aprobaron a Lei 1/2002, de 21 de febreiro, de Coordinación das Competencias do Estado e as Comunidades Autónomas en materia de Defensa da Competencia (LCoord), na que se regula o sistema de asignación dos expedientes en materia de defensa da competencia entre a CNMC e as AAC, os necesarios mecanismos de cooperación e coordinación entre todas elas para unha aplicación eficaz e uniforme do Dereito de defensa da competencia en todo o territorio nacional, así como o sistema de resolución dos conflitos que xurdan na atribución de expedientes de competencia.

1.2 A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia

A CNMC foi creada pola Lei 3/2013, de 4 de xuño (LCNMC), como resultado da fusión da anterior autoridade de competencia (CNC) e determinados organismos reguladores ou supervisores sectoriais (Comisión Nacional de Enerxía, Comisión do Mercado das Telecomunicacións, Comisión Nacional da Competencia, Comité de Regulación Ferroviaria, Comisión Nacional do Sector Postal, Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria e Consello Estatal de Medios Audiovisuais).

A CNMC configúrase como un organismo público da Administración Xeral do Estado, organicamente adscrito ao Ministerio de Economía, dotado de personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar, que ten por obxecto garantir, preservar e promover o correcto funcionamento, a transparencia e a existencia dunha competencia efectiva en tódolos mercados e sectores produtivos, en beneficio dos consumidores e usuarios, que exerce as súas funcións en todo o territorio nacional e en relación con tódolos mercados ou sectores económicos, con autonomía orgánica e funcional e plena independencia do Goberno, das Administracións públicas e dos axentes do mercado, pero sometida ao control parlamentario e xudicial (arts. 1 a 3 e 5 LCNMC).

A CNMC exercerá as súas funcións a través dos seus órganos de goberno, que son o Consello e o Presidente. O Consello é o órgano colexiado de decisión en relación coas funcións resolutorias e de promoción da competencia. Está integrado por dez membros, nomeados polo Goberno entre persoas de recoñecido prestixio e compe-

tencia profesional no ámbito de actuación da CNMC, por un mandato de seis anos sen posibilidade de reelección. O Consello pode actuar en pleno e en sala, existindo a sala de competencia e a sala de supervisión regulatoria, composta cada unha por cinco membros (arts. 13 a 18 LCNMC). As salas coñecerán dos asuntos que non estean expresamente atribuídos ao pleno. En particular, a Sala de Competencia ten atribuída a función de resolución dos expedientes en materia de condutas restritivas e de control de concentracións, así como a de aprobar os informes, estudos e traballos de investigación no ámbito da promoción da libre competencia nos mercados (art. 21 LCNMC). A CNMC conta con catro órganos de goberno ou direccións de instrución, sendo unha delas a Dirección de Competencia (art. 15.1 LCNMC), e, aínda que non é tecnicamente un órgano de goberno, convén subliñar a importancia, polas funcións asumidas, do Departamento de Promoción da Competencia, que depende directamente do presidente da CNMC (art. 30 RD 657/2013, de 30 de agosto, polo que se aproba o Estatuto Orgánico da CNMC).

As funcións asumidas pola CNMC, en tanto que ANC, están enumeradas no art. 5.1 a 5.4 LCNMC e pódense reunir en dous grupos. Por unha banda, as funcións executivas relacionadas coa aplicación dos arts. 101 e 102 TFUE, co control *ex post* das condutas prohibidas e *ex ante* das operacións de concentración pola LDC (art. 5.1, letras c) a d) e f) LCNMC), e a resolución dos eventuais procedementos de arbitraje nesta materia (art. 5.1.b) LCNMC e arts. 72 a 78 RDC). Doutra banda, a CNMC asume funcións non executivas ou de promoción da competencia en sentido amplo, consistentes na realización de informes e estudos nesta materia de competencia (art. 5.1.h) LCNMC), a actuación como órgano consultivo (art. 5.2 LCNMC) e na lexitimación para impugnar ante a xurisdición competente os actos das Administracións públicas (estatal, autonómica ou local) suxeitos a Dereito administrativo e disposicións xerais de rango inferior á lei, dos que se deriven obstáculos ao mantemento dunha competencia efectiva (art. 5.4 LCNMC).

No ámbito das funcións executivas, a Dirección de Investigación ten atribuídas todas as de instrución e vixilancia recollidas na LDC en materia de procedementos por condutas restritivas e de control de concentracións (art. 19 do RD 657/2013), en tanto que, en materia de promoción da competencia en sentido amplo, o Departamento de Promoción da Competencia asumiu as funcións de coordinación das propostas que se haxan de elevar ao Consello en materia de promoción da competencia, informes sectoriais que inclúan propostas de modificación do marco regulatorio e axudas públicas, así como os informes sobre proxectos normativos (art. 30 RD 657/2013).

1.3 Autoridades autonómicas da competencia

A Disposición Adicional Primeira.2 LCoord establece que as AAC “deberán actuar con independencia, cualificación profesional e sometemento ao ordenamento xurídico”.

No entanto, a forma e intensidade coa que as AAC constituídas reúnen eses requisitos de independencia e cualificación é variable, existindo na práctica varios modelos de AAC.

- 176 A constitución dunha AAC é unha decisión de oportunidade política que corresponde á Administración Autonómica; de feito, un bo número de Comunidades Autónomas non crearon unha autoridade de competencia propia (Asturias, Castela-A Mancha, Baleares, A Rioxa e Cantabria); é dicir, non exercitan as competencias executivas que lles corresponden consonte o seu respectivo Estatuto de Autonomía e a LCoord. Para estas situacións, a Disposición Transitoria Única da LCoord dispón que, en tanto a Comunidade Autónoma non teña constituído o seu órgano de defensa da competencia, a Administración Xeral do Estado —a CNMC— seguirá exercendo as competencias que lle correspondan. Ademais, o art. 4 LCoord permite a celebración de convenios de colaboración entre a CNMC e a Comunidade Autónoma, tanto para a instrución de expedientes como para a resolución dos procedementos sancionadores por condutas prohibidas cuxa función executiva corresponda ao Estado ou á Comunidade Autónoma.

Actualmente, Cataluña, Galicia, a Comunidade Valenciana, Aragón, Castela e León, Euskadi, Estremadura e Andalucía son as Comunidades Autónomas que contan cunha AAC completa; é dicir, integrada por un órgano de instrución e outro de resolución. Existe outro grupo de Comunidades Autónomas (Murcia, Canarias, Madrid e Navarra) que só contan con órgano de instrución, adscrito á Consellería con competencias na materia, de xeito que a resolución dos expedientes instruídos pola Consellería correspóndelle á Sala de Competencia da CNMC.

Ademais de toda a competencia executiva en relación coas condutas infractoras dos arts. 1 a 3 LDC, as AAC poderán asumir funcións de ditame, informe e consulta —de promoción da competencia en sentido amplo— na medida en que a respectiva norma de creación lle atribúa. No entanto, en materia de informe, a normativa estatal recoñece ás AAC competencia para emitir informe preceptivo e non vinculante nos expedientes sancionadores por prácticas restritivas e de control de concentracións que incidan de forma significativa no seu territorio (arts. 5.Catro LCoord e 65.3 RDC). Igual sucede coa lexitimación activa para impugnar perante a xurisdición competente actos das Administracións públicas autonómicas ou locais do seu territorio suxeitos ao Dereito Administrativo, e as disposicións xerais de rango inferior á lei dos que se deriven obstáculos ao mantemento dunha competencia efectiva nos mercados (art. 13. LDC), sempre que a norma de creación da AAC lle recoñeza personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar. Por último, en materia de axudas públicas, o Informe anual sobre as axudas públicas que publica a CNMC incluírá, entre os seus anexos, os informes que, no seu caso, elaborasen as AAC sobre as axudas públicas concedidas polas Administracións autonómicas ou locais no seu respectivo ámbito territorial (art. 7.4 RDC).

1.4 A Comisión Galega da Competencia

O art. 30.1 do Estatuto de Autonomía de Galicia dispón: "I. De acordo coas bases e a ordenación da actuación económica xeral e a política monetaria do Estado, correspóndelle á Comunidade Autónoma galega, nos termos do disposto nos artigos 38, 131, 149.1, 11 e 13 da Constitución, a competencia exclusiva das seguintes materias: (...) 4. Comercio interior, defensa do consumidor e do usuario, sen prexuízo da política xeral de prezos e da lexislación sobre a defensa da competencia. Denominacións de orixe en colaboración co Estado."

Así pois, á Comunidade Autónoma de Galicia compéttelle o exercicio do conxunto de funcións executivas (promoción, investigación, persecución e sanción) establecidas na LDC, sempre que tales actuacións executivas se teñan que realizar dentro do ámbito territorial da Autonomía, e en relación con aquelas condutas que, non sendo aptas para restrinxir a competencia efectiva nun mercado supraautonómico ou no conxunto do mercado nacional, teñen aptitude para limitar a competencia económica en todo ou en parte dos mercados de bens e servizos de carácter autonómico (dentro do ámbito territorial da Autonomía).

Esta competencia estatutaria foi exercida mediante a Lei 6/2004, do 12 de xullo, reguladora dos órganos de defensa da competencia da Comunidade Autónoma de Galicia, que foi elaborada seguindo en liñas xerais o "Proxecto de normativa sobre os órganos galegos de control da competencia", redactado no seo do Instituto de Dereito Industrial (IDIUS) da Universidade de Santiago de Compostela por un grupo de profesores das tres universidades galegas, dirixido polo prof. Dr. Dr. h. c. José A. Gómez Segade. Seguindo o modelo dual da LDC de 1989 entón vixente, a Lei 6/2004 creou o Tribunal Galego de Defensa da Competencia e o Servizo Galego de Defensa da Competencia como os órganos autonómicos encargados da instrución e da resolución dos expedientes sancionadores de competencia. Ao Tribunal correspondíalle o exercicio das funcións de resolución e proposta, razón pola que foi configurado xuridicamente como un organismo autónomo, dotado de personalidade xurídica propia, coa finalidade de reforzar a súa independencia fronte ao poder político e ante o mercado, o que esixía que fose necesaria a súa creación mediante Lei, a diferenza do que acontecía nas Comunidades históricas de Galicia e Euskadi. Pola súa parte, ao Servizo Galego de Defensa da Competencia compéttalle o exercicio das funcións de instrución dos expedientes sancionadores e de vixilancia das resolucións adoptadas polo Tribunal, optándose por configuralo como un órgano xerarquizado integrado na estrutura orgánica da Consellaría competente en materia de economía e facenda, o que, sen dúbida, minguaba a independencia funcional do Tribunal.

A Lei 6/2004, desenvolvida polo Decreto 20/2005, do 3 de febreiro, foi derogada pola Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia, que foi aprobada co fin de adaptar aquel modelo dual ao modelo de órgano único existente entón na Administración Xeral do Estado dende a entrada en vigor da vixente LDC

de 2007, por razóns de coherencia co modelo do Estado e por considerarse máis eficiente. Con este obxectivo, a Lei 1/2011 creou o Consello Galego da Competencia como órgano encargado da promoción e a defensa da competencia, con capacidade para actuar en todo o territorio da Comunidade Autónoma de Galicia. O Consello Galego da competencia tiña a natureza de organismo autónomo, dotado de personalidade xurídica e orzamentos de seu, con capacidade de obrar e plena independencia no exercicio das súas competencias, estruturándose en tres órganos: a) o presidente/a do Consello, que asumía as tarefas de dirección, coordinación e representación daquel e mais preside o pleno do Consello; b) o Pleno do Consello, órgano máximo de resolución e decisión formado polo presidente/a e dous vogais, c) o subdirector/a de investigación, encargado da instrución de expedientes e da preparación de informes relativos ás condutas prohibidas pola LDC.

Mais, posteriormente, alegando a existencia dunha vinculación entre as competencias de defensa do consumidor e as de defensa da competencia, e ao abeiro da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, mediante o Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos, a Xunta de Galicia creou o Instituto Galego do Consumo e da Competencia, como organismo adscrito á consellería competente en materia de consumo, que terá como fins xerais e obxectivos básicos a defensa, protección, promoción e información dos dereitos das persoas consumidoras e usuarias, e a garantía, promoción e preservación dunha competencia efectiva nos mercados no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia. Polo tanto, baixo o paraugas institucional deste Instituto agrúpanse dous órganos administrativos: o Instituto Galego do Consumo e a Comisión Galega da Competencia, que é a denominación actual da autoridade galega da competencia.

Non obstante a súa creación por Decreto do Consello da Xunta de Galicia, a Comisión Galega da Competencia (<https://competencia.gal/gl>) goza de autonomía funcional por mandato do art. 39 da Lei 14/2013, e estrutúrase en tres órganos: a) a Presidencia; b) o Pleno; e c) a Subdirección Xeral de Investigación. O Pleno da Comisión Galega da Competencia está integrado polo presidente/a e por dous/dúas vogais, sendo o órgano competente para, entre outras funcións: a) resolver, por proposta da Subdirección Xeral de Investigación, os procedementos sobre condutas prohibidas polos arts. 1, 2 e 3 LDC; b) aprobar e acordar o envío dos informes relativos a condutas restritivas e ao control de concentracións por proposta da Subdirección Xeral de Investigación; c) aprobar e acordar o envío dos informes relativos ao control de axudas públicas; d) exercer as funcións de arbitraje, consultivas, de promoción da competencia, de asesoramento, representación e vixilancia dos mercados; e) sancionar os comportamentos anticompetitivos producidos no ámbito da contratación do sector público; f) impugnar os actos e as disposicións xerais de rango inferior á lei das Administracións públicas autonómica e locais da Comunidade Autónoma de Galicia

suxeitas a dereito administrativo, dos que deriven obstáculos á competencia efectiva nos mercados. Pola súa banda, a Subdirección Xeral de Investigación é a unidade encargada da instrución dos expedientes en materia de defensa da competencia.

179

2 O sistema de asignación de expedientes de competencia

2.1 O criterio de repartición dos expedientes de competencia en materia de condutas prohibidas

Nos números 1 a 3 do art. 1 LCoord establécense os puntos ou criterios de conexión que deben permitir a asignación das competencias executivas entre a CNMC e a AAC en materia de acordos colusorios, abusos de posición dominante e actos de competencia desleal prohibidos pola LDC. En consecuencia, este sistema de asignación de casos non se aplica a outras potestades e funcións executivas previstas na LDC, que seguen sendo de competencia exclusiva da Administración Xeral do Estado (art. 1.5 LCoord e art. 13.1 LDC). Tal é o caso das competencias executivas relativas ao control de concentracións (arts. 7 a 10 LDC e 5.1.d) LCNMC), á aplicación en España dos arts. 101 e 102 TFUE (art. 5.1.f) e g) LCNMC e arts. 1 a 4 do RD 2295/2004, de 10 de decembro, relativo á aplicación en España das normas comunitarias de competencia) e ás declaracións de inaplicabilidade dos arts. 1 e 2 LDC (arts. 6 LDC e 43 RDC).

O ámbito xeográfico no que a conduta produce os seus efectos restritivos da competencia é o criterio principal de conexión ou de asignación dos expedientes administrativos de competencia entre as AdC. A aplicación deste criterio determina que corresponde, con carácter exclusivo e excluínte, á Administración Xeral do Estado a función executiva (integrada polas facultades de inspección, control e sanción, así como a configuración e ordenación dos servizos e órganos de competencia) respecto das condutas restritivas que sexan aptas para alterar a libre competencia no conxunto do mercado nacional ou nun territorio de ámbito superior ao dunha Comunidade Autónoma (supraautonómico), en tanto que tal competencia executiva corresponderá, con carácter exclusivo e excluínte, á Comunidade Autónoma respecto das condutas que limiten os seus efectos restritivos da competencia a un ámbito xeográfico que coincida ou sexa inferior ao da Comunidade Autónoma de que se trate.

Este criterio de asignación —o ámbito xeográfico afectado pola conduta restritiva— é o punto de conexión principal para a asignación da competencia executiva nesta materia, pero non é o único, xa que o art. 1.2 LCoord contén unha lista de situacións ou efectos (p. ex., a afectación da unidade do mercado nacional) que, de cumprirse, funcionan a modo de presuncións legais *iure et de iure* de que tal conduta restritiva afecta ou pode afectar a un ámbito supraautonómico, de modo que, en todo caso, a súa persecución e eventual prohibición é competencia da CNMC.

2.2 O procedemento de asignación dos expedientes de competencia

O procedemento de asignación de expedientes de competencia establécese nos arts. 2 e 5.Dous LCoord, partindo dun sistema de subministración recíproco de información entre a Dirección de Investigación da CNMC e o órgano de instrución das AAC, co obxecto de resolver a que autoridade lle corresponde a competencia executiva respecto dunha determinada conduta, da que se tivo coñecemento ben por medio dunha denuncia, ben por unha investigación de oficio da AdC.

O procedemento de asignación fundaméntase nun sistema legal de intercambio de información que, a pesar de que se afirma o contrario, non é totalmente simétrico, xa que resulta evidente que as AAC soportan maiores obrigas que a CNMC, que dispón de determinadas facultades e funcións de aplicación uniforme que aquelas non teñen. No entanto, é certo que tal asimetría informativa foi corrixida a través dos criterios de interpretación aplicados no seo do Consello de Defensa da Competencia, creado pola LCoord e integrado pola CNMC e tódalas AAC, en cuxo seo se creou a Rede de Coordinación das Autoridades de Competencia.

Os mecanismos de intercambio de información que conducen á asignación do expediente a unha ou outra AdC están establecidos no art. 5.Dous LCoord, e na práctica funciona da forma seguinte:

A autoridade que reciba unha denuncia levará a cabo cantas actuacións previas sexan necesarias para solicitar o maior número posible de datos que permitan determinar a competencia executiva sobre o asunto, incluíndo, de considerarse necesaria, a inspección domiciliaria, debendo comunicar á REC a apertura dunha información reservada. A partir da información así obtida, a AdC elaborará unha nota sucinta na que expresará, razoadamente, o órgano, estatal ou autonómico, que se considere competente.

Sen que exista un prazo legal, as AAC notificarán á Dirección de Investigación da CNMC copia de tódalas denuncias recibidas, así como nota sucinta de todas aquelas condutas detectadas de oficio respecto das que existan indicios racionais de infracción (art. 2.1 LCoord). Pola súa banda, a Dirección de Investigación da CNMC notificará á AAC que corresponda copia das denuncias e nota sucinta das actuacións practicadas de oficio respecto das que existan indicios racionais de infracción que afecten o seu territorio (art. 2.2 e 5.Dous.b) LCoord). En ámbolos supostos, ademais, a autoridade de competencia notificante trasladará copia da documentación relativa á información reservada que se realizou, de ser o caso. Nos casos nos que se consideren de aplicación os arts. 101 e 102 TFUE, na nota sucinta motivarase expresamente dita aplicación. A Dirección de Investigación da CNMC tamén notificará á AAC todas aquelas denuncias e actuacións de oficio sobre condutas que alteran ou poden alterar a libre competencia nun ámbito supraautonómico ou no conxunto do mercado nacional, cando o exercicio desas competencias executivas teña que realizarse no territorio da AAC.

As consultas e queixas, é dicir, os escritos nos que particulares ou empresas poñen de manifesto diversas irregularidades que, en principio, non poidan dar orixe a un futuro expediente sancionador, que reciban tanto a CNMC como as AAC poranse en común a efectos estritamente informativos na REC, espazo compartido ao que só teñen acceso as autoridades de competencia constituídas e en funcionamento.

O procedemento de asignación débese iniciar no prazo máis breve posible desde a recepción da denuncia, sempre con carácter previo á toma de calquera decisión sobre o fondo do asunto e, en todo caso, antes da incoación do expediente (ECLI:ES:TS:2020:3268). De presentarse unha solicitude de exención en aplicación do programa de clemencia, o art. 53 RDC obriga á AdC receptora a notificar á CNMC ou á AAC que fose competente a solicitude de exención e toda a información de que dispoña antes de tomar unha decisión sobre a exención condicional, e no caso de reasignación do expediente a nova autoridade competente está obrigada a recoñecer a exención condicional previamente acordada.

Iniciado o mecanismo de asignación mediante o envío da documentación antes referida, pódense dar dúas situacións: a) que a AdC notificada estea conforme co manifestado pola AdC notificante; nese caso a AdC que se considere competente poderá iniciar o procedemento sancionador; b) que a AdC notificada non estea conforme; nese caso poderá solicitar a convocatoria da Xunta Consultiva en materia de conflitos (art. 2 LCoord).

Dado que a asignación da AdC competente se realiza normalmente nun estadio moi inicial da investigación, entra dentro do probable que, nun momento posterior, dentro da mesma fase de información previa ou reservada, ou unha vez incoado o pertinente expediente sancionador, a AdC que coñece do asunto considere que non é competente, ou incluso que outra AdC considere que ela é a competente. En tal caso, seguiranse as canles e procedementos previstos para a asignación de casos, e se en virtude dese procedemento a AdC competente resulta ser unha distinta á que incoou o expediente, o cambio de autoridade implicará o arquivo das actuacións por falta de competencia (art. 44.1 LDC). Só nos supostos nos que, trala petición de cambio de autoridade competente, non houberse acordo, calquera das AdC agora si en conflito poderá solicitar a convocatoria da Xunta Consultiva, constituíndo tal convocatoria causa de interrupción automática da tramitación do expediente e de suspensión do prazo para resolver e notificar a resolución final do expediente sancionador (núms. 2 a 4 do art. 2 LCoord).

2.3 A Xunta Consultiva en materia de conflitos de competencias

No caso de se producir un conflito de competencias na asignación dun expediente, a resolución confíase a un órgano consultivo denominado Xunta Consultiva en materia de conflitos, integrada por representantes das AdC en conflito e de composición

paritaria calquera que sexa o número de autoridades en conflito. A composición paritaria fai posible que se produzan situacións de empate, que se evitan atribuíndo valor dirimente ao voto do presidente. Por esta razón, esíxese que o presidente teña que ser unha persoa de recoñecido prestixio e ampla experiencia en materia de defensa da competencia, e que o seu nomeamento polo Ministerio de Economía se produza unha vez oído o Consello de Defensa da Competencia (art. 3 LCoord).

Convocada e constituída a Xunta Consultiva, esta dispón de 15 días hábiles para elaborar un ditame, non vinculante, no que se determinará a AdC competente, podendo consultar ás autoridades en conflito (art. 2.3 LCoord). Emitido o ditame, a AdC competente poderá iniciar o procedemento no prazo de 10 días. Se o conflito permanece pese ao ditame da Xunta Consultiva, existe a posibilidade de que algunha das partes presente un conflito de competencias perante o Tribunal Constitucional (ECLI:ES:TC:2020:152).

3 Mecanismos de colaboración e cooperación entre a autoridade nacional e as autoridades autonómicas da competencia

Como coñecemos, compete en exclusiva á CNMC a aplicación do Dereito da competencia da UE no territorio español (art. 5.1.f LCNMC), por iso correspóndelle a ela a aplicación dos mecanismos de cooperación e asignación de expedientes coa Comisión Europea e outras ANC dos Estados membros, previstos no Regulamento CE 1/2003 e o Regulamento CE 139/2004 sobre control de concentracións (art. 5.1.g) LCNMC e RD 2295/2004, de 10 de decembro, relativo á aplicación en España das normas comunitarias de competencia).

Neste epígrafe limitámonos aos mecanismos de colaboración e cooperación relativos á aplicación da LDC. Neste ámbito, a CNMC ten encomendada a función de velar por unha aplicación uniforme en todo o territorio nacional, mediante a coordinación coas AAC e a cooperación coa Administración Xeral do Estado e cos órganos xurisdiccionais (art. 4.1 LCNMC). A LCoord establece as ferramentas de colaboración e cooperación entre a CNMC e as AAC.

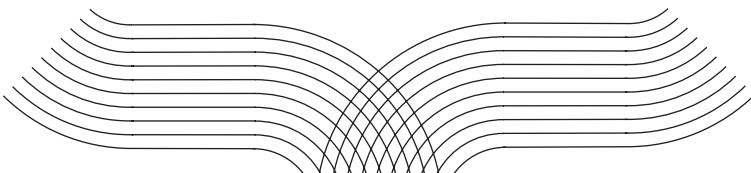
Dentro deses mecanismos destaca o Consello de Defensa da Competencia, configurado legalmente como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre a CNMC e as AAC para promover a aplicación uniforme e eficiente da LDC en todo o territorio nacional (arts. 5.Un.1 LCoord e 15 LDC). Na Exposición de Motivos da LCoord afirmase que as súas "funcións básicas refírense á centralización da información relevante sobre a competencia nos mercados, á discusión dos criterios conducentes a lograr a adecuada coordinación na aplicación da Lei e ao informe das disposicións que regulen cuestións relacionadas coa materia". A regulación legal sobre o seu funcionamento é parca, pois declárase aplicable a regulación xeral re-

lativa ao procedemento administrativo común e ao funcionamento dos órganos da Administración, limitándose o art. 5.un LCoord a sinalar: que o Consello de Defensa da Competencia actuará en Pleno e que se reunirá polo menos unha vez ao ano; que está integrado por representantes da Administración Xeral do Estado e das CC.AA.; e que ten composición paritaria. Na práctica, co obxecto de alcanzar os seus fins, no seo do Consello de Defensa da Competencia creáronse diversos grupos de traballo (de asignación de asuntos, de coordinación, da REC, de promoción e de reforma normativa, e de coordinación en materia resolutoria), integrados por representantes dos órganos de instrución de tódalas AdC existentes.

No ámbito dos instrumentos de colaboración destaca a colaboración en materia de inspeccións domiciliarias, que se ten traducido nunha asistencia mutua entre a CNMC e as AAC na solicitude de calquera das autoridades (art. 14 RDC), pero tamén na organización pola CNMC de cursos de inspección dirixidos á formación de persoal dos órganos de instrución das AAC.

Co propósito de garantir a uniformidade na aplicación das normas de defensa da competencia, o art. 5.Tres LCoord atribúe á Dirección de Investigación da CNMC lexitimación para comparecer, en calidade de interesado, nos procedementos administrativos de competencia das AAC, así como para impugnar ante a xurisdición contencioso-administrativa competente os acordos e resolucións adoptados polas AdC que poñan fin ao procedemento administrativo.

Por último, nos expedientes sancionadores incoados pola CNMC fronte a condutas de ámbito supraautonómico infractoras dos arts. 1 a 3 LDC e 101 e 102 TFUE, pero que "incidan de forma significativa no territorio" dunha determinada Comunidade Autónoma, recoñéceselle á AAC deste territorio especialmente afectado a facultade de emitir informe preceptivo e non vinculante. A tal efecto, a Dirección de Investigación da CNMC debe remitirle copia do prego de concreción de feitos e, no seu caso, da denuncia e dos documentos e probas practicadas que consten no expediente. Asemade, a CNMC debe comunicar a esa AAC os acordos e resolucións adoptados, tanto na fase de instrución como de resolución, que poñan fin ao procedemento respecto de tales condutas (art. 5.Catro LCoord).



Manuais

Serie de manuais didácticos

Últimas publicacións na colección

Sistemas Fluidomecánicos no transporte: Prácticas de simulacións numéricas (2022)

María Concepción Paz Penín, Eduardo Suárez Porto, Jesús Vence Fernández e Adrián Cabarcos Rey.

Álgebra linear: Historia, teoría e práctica (2021)

Ramón González Rodríguez

Manual de programación en Ensamblador: Unha achega teórico-práctica (2021)

Manuel José Fernández Iglesias, Martín Llamas Nistal, Luis Eulogio Anido Rifón, Juan Manuel Santos Gago e Fernando Ariel Mikic Fonte

Elaboración de TFG, TFM e Teses: Claves para o éxito (2021)

Laura Novelle López

Gestión del circulante. Una aplicación práctica para la PYME (2021)

Javier Lorenzo Paniagua, Pablo Cabanelas Lorenzo e Pedro González Santamaría



Fundamentos de Dereito de Defensa da Competencia

Esta obra ten finalidade principalmente docente, e foi redactada coa pretensión de ser unha primeira aproximación ao estudo do Dereito de defensa da competencia, da Unión Europea e de España, polo que estes Fundamentos tamén aspiran a ser útiles para os xuristas e outros profesionais que desexen ter unhas noções máis ou menos básicas e actualizadas sobre una rama do Dereito que se constrúe sobre a práctica das autoridades de competencia e dos tribunais. Fundamentos de Dereito de Defensa da Competencia estrutúrase en

dez leccións, a través das que se aborda a regulación substantiva e procesual básica do Dereito de defensa da competencia. Mais tamén contén algunha referencia aos aspectos institucionais das autoridades de competencia e dos tribunais competentes para a aplicación das normas de defensa da competencia en España. Por último, inclúese unha análise sinxela das normas de defensa da competencia relativas á aplicación privada ou xudicial das prohibicións de condutas anticompetitivas.

Servizo de Publicacións

Universidade de Vigo

