

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE  
AMADEO PETITBÒ JUAN  
(Directores)

# EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TIEMPOS DE CRISIS

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> , <i>por Amadeo Petitbò y Santiago Martínez Lage</i> .....	11
<b>INTRODUCCIÓN</b> , <i>por Luis Berenguer Fuster</i> .....	15

## PRIMERA SESIÓN LIBERALIZACIÓN Y ACUERDOS EN TIEMPOS DE CRISIS

1. La transposición de la Directiva de servicios en España, <i>por Isabel Sánchez...</i>	25
2. Cárteles de crisis, <i>por Julio Costas Comesaña</i> .....	43
3. La política de sanciones en tiempos de crisis, <i>por Fernando Castillo de la Torre</i> .....	65
4. Aplicación de las normas de competencia a las restricciones verticales en época de crisis, <i>por Rafael Allendesalazar y Roberto Vallina</i> .....	85

## SEGUNDA SESIÓN CONCENTRACIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

5. Procedimiento especial para la aprobación de concentraciones en tiempos de crisis, <i>por Antonio Martínez Sánchez y Jaime Rodríguez Ordóñez</i> .....	103
6. La supervivencia de las compañías en crisis ( <i>Failing Firm Defense</i> ), <i>por Cani Fernández</i> .....	127
7. Los remedios aplicados a concentraciones en tiempos de crisis, <i>por Marcos Araujo</i> .....	145

	Pág.
8. Política de competencia, política industrial y campeones nacionales en tiempos de crisis, <i>por Juan Delgado y Eva Ferraz</i> .....	157

### TERCERA SESIÓN LAS AYUDAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DE CRISIS (I)

9. Simplificación y aceleración del procedimiento de autorización de ayudas públicas, <i>por Edurne Navarro y Elena García Aguado</i> .....	177
10. Consideración sobre la (previsible) reacción del Derecho de ayudas de Estado ante los nuevos tipos de ayuda. En particular, la contribución para la financiación de RTVE, <i>por Pedro Callol</i> .....	201
11. Regímenes fiscales y ayudas estatales: los límites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia, <i>por José Luís da Cruz Vilaça</i> .....	229
12. Comunicación de Garantías (2008) de la Comisión relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, <i>por Juan Jiménez-Laiglesia Oñate, José María Jiménez-Laiglesia Oñate, Fernando Gutiérrez Rizaldos y Jorge Masía Tejedor</i> .....	247

### CUARTA SESIÓN LAS AYUDAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DE CRISIS (II)

13. Las ayudas para la reestructuración empresarial, <i>por Jaime Pérez-Bustamante y Fredrik Löwhagen</i> .....	297
14. Las ayudas de recapitalización y adquisición de activos depreciados en el sector financiero, <i>por Francisco Uría Fernández</i> .....	319
15. Los límites a las ayudas al sector financiero, <i>por Carlos Urraca Caviedes</i> ...	345
16. La recuperación de las ayudas ilegales de Estado, <i>por Antonio Creus Carreras</i> .....	369

### ANEXOS

Anexo I .....	393
Anexo II .....	395

## PRESENTACIÓN

Un año más, la Fundación Rafael del Pino acogió el pasado mes de noviembre el Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, que celebramos por sexta vez desde 2004, convertido en una esperada cita para todos los que en España nos venimos dedicando a esta disciplina.

El resultado de la reunión de 2009 es el libro que el lector tiene entre sus manos, bajo el título de *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*. La obra viene a unirse a los cinco volúmenes editados hasta ahora por la Fundación Rafael del Pino y la Editorial Marcial Pons para recoger los trabajos de las sucesivas sesiones anuales: *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, 2005; *El abuso de la posición de dominio*, 2006; *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, 2007; *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 2008, y *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009.

Pocas veces la elección del tema había resultado para los directores, por evidente, tan fácil. La crisis económica, que desde hacía entonces un año venía sacudiendo al mundo con una intensidad desconocida desde la Gran Depresión, comenzaba a suscitar dudas sobre la eficacia del mercado como mecanismo para la asignación más eficiente de los recursos. No fueron pocas las voces que se levantaron en contra de lo que consideraban excesos de un irreflexivamente denominado liberalismo salvaje, en particular en los mercados financieros, y que abogaron por una mayor intervención de los poderes públicos en la economía. El debate —que Emilio ONTIVEROS ha denominado «revisiónismo macroeconómico»—, está lejos de concluir.

No es, desde luego, objeto de nuestro Seminario la política macroeconómica, ni siquiera las políticas regulatorias. Pero la política de la com-

petencia no es una política regulatoria más. Como subrayó recientemente Carl SHAPIRO «*it is a fundamentally different exercise. Unlike health and safety, environmental, and financial regulation, antitrust enforcement is not about steering the market in any particular direction other than the direction indicated by consumer preferences*». (ABA Antitrust Symposium, May 13, 2010).

Por ello, en una situación como ésta, parecía necesario que, también en el ámbito de nuestro Seminario, reflexionáramos sobre la vigencia y la aplicación del Derecho de la competencia en tiempos de crisis.

En contraste con las políticas propiamente regulatorias, en torno a las cuales continúa el debate acerca del mayor o menor grado de intervención que debe reservarse el Estado, en materia de política de la competencia el consenso general es que el mantenimiento de mercados competitivos resulta igualmente importante en tiempos de crisis que en tiempos de expansión. (Esta conclusión es, quizás, más inequívoca en Estados Unidos que en la Unión Europea, debido a la negativa experiencia derivada de la política contraria aplicada en aquel país para salir de la Gran Depresión, al comienzo de los años treinta).

Y, sin embargo, como se verá en la lectura de los trabajos que componen esta obra, una cosa es que deban mantenerse los principios inherentes a toda política de defensa de la competencia; y otra, que no deba tenerse en cuenta, en la aplicación de esos principios, la excepcional recesión que están atravesando nuestras economías.

Comienza la obra, al igual que el Seminario, con una exposición a cargo de Isabel SÁNCHEZ de la transposición llevada a cabo en España de la Directiva de servicios, que la autora no duda en calificar de menos ambiciosa de lo que se planteó en su concepción, sin que parezca que el recorte de los objetivos se deba a la crisis económica.

A continuación, abordando los acuerdos que pueden restringir la competencia, Julio COSTAS examina un tema clásico en la materia, los denominados «cárteles de crisis», llegando a la conclusión de que, si bien el concepto de cárteles de crisis no permite sostener una exención a la prohibición de los acuerdos horizontales en materia de fijación de precios, de repartos de mercado o reducción de capacidad, no es menos cierto que la Comisión Europea en el pasado ha valorado como atenuante una situación de crisis sectorial, a la hora de fijar las sanciones, como fue el caso en el asunto *Cemento* en 1994, y en el asunto de *Carnes de vacuno francesas* en 2003.

Fernando CASTILLO DE LA TORRE analiza la política de sanciones en tiempos de crisis, comparando las Directrices de la Comisión Europea

de 1998 y 2006 relativas al cálculo de las multas. Afirma el autor que aunque las Directrices actualmente vigentes parecen en su literalidad más estrictas que las de 1998 en cuanto a la posibilidad de tener en cuenta el contexto económico como elemento que puede justificar una reducción de la sanción, la práctica de la Comisión permite concluir que «un contexto económico específico», desvinculado de la falta de capacidad contributiva de una empresa concreta, puede dar lugar a una reducción de la sanción. En el mismo ámbito de los acuerdos restrictivos, Rafael ALLENDESALAZAR pasa revista a los acuerdos verticales, particularmente a los de fijación de precios y descuentos y a los de prohibición del comercio paralelo, subrayando que deben ser enfocados de manera no excesivamente apriorística sino teniendo en cuenta sus posibles resultados pro-competitivos, particularmente en tiempos de crisis.

También en materia de concentraciones la crisis debe tener su reflejo. El factor tiempo cobra una importancia primordial y, por ello, Antonio MARTÍNEZ sugiere varias medidas para acelerar el procedimiento de autorización, incluida la adopción de un procedimiento abreviado en determinados casos. Cani FERNÁNDEZ examina la posibilidad de facilitar la supervivencia de las compañías en crisis mediante la *failing firm defense* —sólo aceptada hasta ahora en dos ocasiones por la Comisión Europea— y apunta la necesidad de un cambio de aproximación a estas operaciones para que la figura, concebida hoy como una excepción, pueda tener alguna utilidad. Marcos ARAUJO, por su parte, subraya que la Comunicación de la Comisión Europea sobre remedios de octubre de 2008 no recoge ninguna alusión a la crisis económica que ya por entonces era una triste realidad pero afirma que es obvio que la crisis ha afectado a los remedios ofrecidos por las empresas y aceptados por las autoridades: mayor interés en la ejecución inmediata, mayor flexibilidad en la negociación de los plazos de cesión de activos, etc... En fin, concluyendo este panel, Juan DELGADO analiza la figura de los llamados «campeones nacionales» y sostiene que sólo en muy contadas ocasiones tienen justificación de eficiencia.

Los dos últimos paneles se dedicaron, como cabía esperar, a las ayudas públicas, instrumento utilizado por todos los Estados para facilitar a las empresas la salida de la crisis. Edurne NAVARRO hace un riguroso y detallado examen, no exento de crítica por la posible afectación a la seguridad jurídica, de las Comunicaciones de la Comisión Europea de abril y junio de 2009 tendentes a acelerar y simplificar los procedimientos de autorización de ayuda. Pedro CALLOL, estudia algún tipo novedoso de posible ayuda, en particular las contenidas en los sistemas ideados por algunos Estados miembros, España entre ellos, para financiar el servicio público de radiodifusión. José Luís DA CRUZ VILAÇA analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para conocer el grado de discrecionalidad

de que disponen los Estados miembros en materia de política fiscal y, en concreto, qué medidas fiscales, pese a ser selectivas (geográfica o sectorialmente) pueden no constituir una ayuda de Estado si no distorsionan la competencia o no afectan al comercio entre los Estados miembros. La compleja materia de las garantías públicas concedidas a las empresas es examinada por José María JIMÉNEZ-LAIGLESIA en el marco de la respectiva Comunicación de la Comisión de 2008.

Jaime PÉREZ-BUSTAMANTE repasa las tradicionales ayudas de salvamento y de reestructuración, destacando la Comunicación de la Comisión Europea de abril de 2009 sobre el marco temporal aplicable a las medidas estatales para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera. Francisco URÍA y Carlos URRACA analizan, desde perspectivas distintas, las cuatro específicas Comunicaciones de la Comisión Europea adoptadas entre octubre de 2008 y julio de 2009 para facilitar la intervención de los Estados miembros en apoyo de las entidades financieras, medidas que URÍA no duda en calificar de auténtico Derecho europeo de la competencia «de excepción», abogando por el retorno a la normalidad lo antes posible.

Antonio CREUS, finalmente, trata el espinoso y cada vez más actual tema de la recuperación de las ayudas ilegales, haciendo una original reflexión sobre las posibilidades ofrecidas para ello por la legislación española.

Como decíamos más arriba, parece existir consenso general en cuanto a que los principios de la libre competencia en el mercado deben ser mantenidos también en tiempos de crisis. Legalmente, porque están en vigor. Y económicamente, porque la experiencia demuestra que su derogación retrasa la salida de la crisis. Pero esos mismos principios deben ser aplicados en todas las áreas (acuerdos que restringen la competencia, concentraciones, ayudas públicas...) teniendo muy en cuenta «el contexto económico específico» de la economía y del sector, y la particular situación de cada empresa.

Santiago MARTÍNEZ LAGE  
Amadeo PETITBÒ JUAN  
Co-Directores de la obra

# INTRODUCCIÓN

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente de la CNC

De nuevo es para mí un honor inaugurar el 6.º Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación Rafael del Pino, en cuyas anteriores ediciones he participado de forma ininterrumpida.

Y también he de reconocer, de nuevo, el acierto de sus directores a la hora de elegir el tema del Seminario, pues es difícil sustraerse en estos momentos del análisis del papel que corresponde al Derecho de la Competencia en épocas de crisis.

Está muy lejos de mi propósito proceder al análisis de la situación y perspectivas de la economía española. Simplemente me limitaré a poner primero en contexto, y más tarde en valor, el papel que debe desempeñar la política de competencia en tiempos de crisis como los actuales.

Creo no cometer una imprudencia si me sumo a la opinión de que, tras la extraordinaria magnitud del esfuerzo presupuestario acometido, los márgenes que ofrece la política fiscal para impulsar el gasto público parecen estar próximos al agotamiento. Las políticas expansivas de demanda deben progresivamente revertir su signo con vistas a asegurar el cumplimiento de los requisitos de estabilidad exigidos por Bruselas.

Serán las políticas de oferta las que deban asumir un mayor protagonismo para recuperar el vigor de nuestro crecimiento económico. Y es que es por todos reconocido que España debe poner en marcha las políticas



apropiadas para, entre otras cuestiones, reducir los obstáculos para abrir y hacer negocios, impulsar el crecimiento de la productividad y facilitar el aumento de la innovación.

Y es dentro de este marco donde la competencia adquiere toda su relevancia como mecanismo dinamizador de la economía, y la política de competencia su carácter estratégico —y nunca táctico— en un ciclo recesivo como el actual.

Los efectos de la competencia están sobradamente argumentados y empíricamente contrastados. En contra de lo que algunos pretenden argumentar, la competencia es parte de la solución a la crisis, que no parte del problema. El objeto de mis palabras es introducir algunas reflexiones y ciertas certezas sobre esta cuestión.

Un primer elemento que me gustaría enfatizar es que la política de la competencia no debe oscilar con el ciclo económico ante lógicas cortoplacistas o criterios de comodidad por el alivio temporal producido ante las demandas de relajación en su aplicación. Y esto es así porque cualquier distorsión sobre la competencia creada o mantenida en base a los anteriores planteamientos tendría un coste considerable en el medio y largo plazo para nuestra economía.

Aunque todos admitimos los beneficios de la competencia y la conveniencia de no interferir la evolución natural del mercado, la mayoría entendemos este proceso como ajeno. En nuestro entorno más próximo asumimos que nuestra situación debe permanecer inmutable a las crisis, así como las ventajas y los privilegios adquiridos.

De hecho, son muchos los que tienen incentivos a impedir la libre competencia en los mercados donde operan cuando la competencia entorpece sus propósitos. Algunos incluso lo han llegado a verbalizar, probablemente la frase esté sacada de contexto, afirmando que debe establecerse un «paréntesis temporal» en la economía de mercado.

Otras frases que de forma recurrente suelen escucharse en época de crisis son: «Este sector es vital y estratégico para la economía»; «Es demasiado grande para caer»; «Tenemos que mantener el empleo que genera esta actividad»; «Utilicemos parámetros laxos para aplicar las normas de competencia»; o «Protejamos de la crisis a los campeones nacionales». Todas buscan la necesaria complicidad de los poderes públicos y la sociedad en su intento de lograr protección.

Lamentablemente, muchas veces la encuentran. Puede parecer, al menos superficialmente, una opción barata de apoyo a determinadas empresas-industrias, al no haber coste presupuestario alguno en estos apoyos. El verdadero coste, efectivamente, lo soporta la economía en forma de

mayores precios, menor calidad y variedad de bienes y servicios, menor eficiencia y menor innovación. Algunos afirman, igualmente, que la relajación del *enforcement* puede considerarse un medio atractivo para ayudar a empresas con dificultades financieras.

Todos los argumentos anteriores son evidentemente falaces, carecen de rigor teórico y están desacreditados por la evidencia empírica. Relajar la aplicación de la política de competencia es un instrumento ineficiente para ayudar a las empresas con dificultades financieras. Si los poderes públicos consideran oportuno ayudar a empresas-industrias que son viables pero atraviesan por dificultades financieras deben hacerlo a través de ayudas públicas directas proporcionadas, correctamente dirigidas y sin afectar innecesariamente a la competencia en los mercados.

En cualquier caso, la relajación del *enforcement*, sobre todo, es un instrumento ineficaz —incluso contraproducente— para estimular la economía e impulsar la recuperación. La política de competencia está diseñada para contrarrestar los fallos de mercado, en particular el poder de mercado. Las empresas con poder de mercado tienen incentivos de restringir el *output*, elevar precios y están menos interesadas en invertir e innovar. En definitiva, menos competencia y mayor poder de mercado es una muy mala receta para la recuperación.

La evidencia empírica confirma que las políticas relajadoras de la competencia en períodos de crisis económica se han mostrado históricamente ineficaces o incluso contraproducentes. Permítanme que aporte un ejemplo especialmente revelador en este sentido: lo ocurrido en EEUU en los años treinta con la aprobación de la Ley NIRA.

Desde 1933 hasta 1935, estuvo vigente en EEUU esta ley NIRA (National Industry Recovery Act) que tenía como objetivo el mantenimiento del empleo y la estabilidad de los precios algo más de tres años después de que se iniciara lo que se ha venido a denominar la Gran Depresión. Se trataba de una regulación excepcional que permitía la creación de cárteles legales mediante la adopción de códigos industriales de «competencia justa», al margen de la ley americana de defensa de la competencia.

Los efectos del Acta NIRA fueron totalmente contrarios a los esperados. La decisión de sustituir la defensa de la competencia y del consumidor por la defensa de las empresas y sectores económicos tuvo un claro impacto inflacionista, retrasó la recuperación económica y afectó negativamente al empleo. Afortunadamente, tras dos años de vigencia, la ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema, debido a que otorgaba más poderes de los permitidos por la Constitución americana.

Ocurre, por el contrario, que las políticas que promueven una fuerte competencia doméstica presionan una dinámica de mejora de la actividad económica. Veamos el caso de Finlandia a principios de los años noventa.

Entre 1990 y 1993 el PIB del país nórdico, afectado por una importante crisis financiera con origen en el sistema financiero sueco, cayó un 13 por 100 y su tasa de desempleo creció irremediablemente desde el 3,5 por 100 hasta el 20 por 100 de su población activa. Resulta llamativo que el Gobierno finlandés endureciera su ley y política de defensa de la competencia durante el transcurso de la crisis y que los grandes sectores protagonistas de la recuperación (banca, construcción y comercio minorista) que atrajeron una gran cantidad de inversiones foráneas, estén habitualmente considerados como sectores económicos donde operan importantes barreras de entrada.

La entrada de la banca extranjera aportó liquidez y permitió introducir mayor competencia en un sector bancario que se había concentrado enormemente. La regulación de los procesos de contratación pública y del establecimiento de centros comerciales atrajo capitales extranjeros deseosos de invertir en la construcción y el comercio minorista. La recuperación, como sabemos, fue rápida y vigorosa.

Las anteriores reflexiones y evidencias me permiten desgranar cuál es la posición con la que la CNC se aproxima a esta problemática.

Distinguiré, como no puede ser de otra forma, los tres grandes bloques de actuación de la autoridad de la competencia: la persecución de las conductas prohibidas, el control de las operaciones de control empresarial y la política de promoción de la competencia que incluye la supervisión y control de las ayudas públicas.

En su persecución de las conductas prohibidas, la CNC mostrará «Tolerancia Cero» con las prácticas más nocivas contra la competencia, en particular las vinculadas a los cárteles, por generar importantes costes en términos de bienestar y eficiencia. Los nuevos poderes de inspección, el programa de clemencia y la comunicación de cuantía de las sanciones han permitido, y lo seguirán haciendo en el futuro, incrementar las inspecciones y aumentar las sanciones contra las prácticas colusivas más dañinas.

La reciente sanción a varias aseguradoras, la mayor de la historia en España y que supera los 120 millones de euros, no hace sino poner en valor la eficacia de nuestros poderes de inspección, que se aplican con escrupuloso respeto a la legalidad, y la necesaria contundencia con la que es preciso sancionar un cartel que ha operado durante siete años y que ha conspirado para encarecer aún más el acceso a la vivienda en España.

Hay quien puede considerar excesivo, por supuesto sin razón, el importe de las multas impuestas por la CNC por conductas anticompetitivas, pero esa política había sido reiteradamente anunciada y además resulta coherente con las prácticas de la CE y de otras Autoridades Nacionales de Competencia. Una política diferente afectaría a nuestra propia estima como Autoridad de Competencia, pero lo que es peor impediría que contribuyéramos al buen funcionamiento del sistema renunciando al poder disuasorio de las multas. Con independencia de que al aplicar el Derecho comunitario de la Competencia en un sistema de competencias compartidas, abriríamos una vía al *Fórum Shopping* en la medida en que enviáramos un mensaje de que aquí hay una autoridad más tolerante con los infractores.

De la misma manera, ha de actuarse de forma contundente para perseguir, y por supuesto corregir, cualquier tipo de conducta prohibida, incluso aquellas que su por su novedosa sofisticación, pretenden situarse al abrigo de la actuación de las autoridades de competencia aunque persigan idéntico objetivo que las fórmulas más tradicionales. En este contexto de sutileza y sofisticación, el análisis económico cuantitativo, tradicionalmente utilizado por la CNC —y previamente por el TDC— en sus resoluciones, debe ser considerado como un instrumento, no como un fin en sí mismo, y no debe condicionar los procedimientos sancionadores en presencia de otros argumentos jurídicos de orden superior.

En el control de operaciones de concentración empresarial se prevé una reducción de los procesos de fusiones y adquisiciones por la menor liquidez del sistema financiero, aunque se espera un mayor número de alianzas estratégicas que deberán ser examinadas con detalle y con tres premisas básicas.

En primer lugar, mayor flexibilidad en la aplicación de los criterios. Es esencial analizar si las operaciones de concentración tienen carácter defensivo, o bien tratan de aprovechar la excusa de la crisis para obtener la aprobación de operaciones que en circunstancias normales serían difícilmente aprobadas.

En segundo lugar, se hace necesario responder con rapidez. La nueva LDC ha acortado los plazos del procedimiento e introducido instrumentos que agilizan la tramitación, pero la CNC tiene el firme compromiso de actuar con la mayor celeridad posible y sin agotar los plazos previstos. Por último, la CNC pondrá un especial énfasis en su deber de seguimiento de las implicaciones y consecuencias de la concentración a medio y largo plazo.

En relación con la política de promoción de la competencia que está llamada a desempeñar un papel de extraordinaria relevancia en un período

de crisis como el actual, la CNC es y será absolutamente proactiva, en un contexto, donde como ya he comentado con anterioridad, proliferan enormes resistencias que los grupos de presión despliegan ante todas las Administraciones y Parlamentos para evitar a toda costa la pérdida de sus privilegios.

El próximo informe de la CNC sobre ayudas públicas en España analizará en profusión las otorgadas y las que se pretenden conceder al sistema financiero español, para estudiar si han existido o pueden existir posibles prácticas contrarias a la libre competencia que puedan dañar el principio de no discriminación.

El principal destinatario de nuestros mensajes en el ámbito de la promoción de la competencia no es otro que la propia Administración dada su extraordinaria capacidad de intervención en la economía. En demasiadas ocasiones sus intervenciones, justificadas en la existencia de fallos de mercado y en la persecución de objetivos de interés general, terminan generando enormes distorsiones innecesarias, injustificadas y desproporcionadas en la competencia.

Probablemente, el principal hito en la actuación de la CNC en su función de promoción de la competencia haya sido la mención explícita a la competencia en el Real Decreto 1083/2009, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, obligatoria para cualquier proyecto normativo desde 1 de enero de 2010. Se da cauce legal con carácter obligatorio, por tanto, a las «Recomendaciones para una regulación eficiente y favorecedora de la competencia» establecidas por la CNC en junio de 2008, así como a la «Guía para la elaboración de memorias de competencia» de enero de 2009.

Nos sentimos igualmente satisfechos del amplio eco y difusión que han tenido en la sociedad española la publicación de nuestros informes sectoriales de promoción de la competencia. Afortunadamente los medios de comunicación han actuado como correa de transmisión de nuestros mensajes y hemos suscitado un amplio debate sobre determinadas cuestiones cuyo conocimiento ya no es monopolio de unos pocos interesados.

También hemos validado la utilidad del instrumento de la legitimación activa. Es verdad que, hasta el momento, no hemos impugnado actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a Ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, pero sí hemos comprobado que la mera existencia de esa legitimación refuerza las opiniones de nuestros informes no vinculantes y supone un instrumento de disuasión de extraordinaria relevancia, con independencia de que no descartamos utilizar el instrumento en un futuro próximo.

Para concluir, me gustaría señalar que pocos podían prever en el momento de promulgación de la Ley 15/2007 y de la consiguiente creación de la CNC, la importante crisis económica, con sus derivadas proteccionistas y anticompetitivas ya comentadas, que iba a afectar a nuestro país poco tiempo después.

La creación de la CNC como organismo independiente nos hace más responsables ante la sociedad, y esta independencia y responsabilidad se están viendo contrastadas y reforzadas en un marco recesivo como el actual, donde nuestras posiciones están claramente definidas y argumentadas y han sido sobradamente expuestas y de forma transparente ante la sociedad.

La preservación del alto grado de independencia de la CNC alcanzado junto con la capacidad de análisis y de crítica constructiva ajena a cualquier interés diferente al de la defensa del correcto funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores han de ser objetivos continuamente perseguidos por la CNC.

Y para ello será necesario mantener el máximo rigor en nuestras decisiones e informes y perseguir la máxima solidez intelectual de nuestras aportaciones. Será el rigor de nuestro trabajo el que permita mantener nuestra independencia y nuestro servicio a la sociedad española. Y todo ello con independencia del momento cíclico en el que nos encontremos.

Muchas gracias por su atención.

Madrid, 23 de noviembre de 2009

# LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN ESPAÑA

Isabel SÁNCHEZ

Directora de Promoción de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia

## 1. LA REFORMA DEL SECTOR SERVICIOS EN EUROPA Y EN ESPAÑA

### A) El proceso de adopción de la Directiva de Servicios

La importancia del sector servicios como motor de crecimiento en el seno de la Unión Europea es indudable si se tiene en cuenta que representa el sector productivo más importante tanto en términos de PIB como de empleo en la mayoría de los Estados miembros. Pero no sólo los servicios tienen un gran peso relativo en la economía sino que resultan actividades instrumentales de gran relevancia para el buen funcionamiento y la dinamización de otros sectores.

A pesar de ello tan sólo el 20 por 100 del comercio intracomunitario está constituido por los servicios. Entre los factores explicativos del lento desarrollo del sector en Europa se ha destacado el bajo nivel de innovación y de adopción de nuevas tecnologías; la excesiva regulación que restringe la entrada en el mercado de la mayoría de los servicios (telecomunicaciones, transporte por carretera, comercio minorista, profesiones liberales); y las restricciones al ejercicio de la actividad de los operadores existentes en

el mercado que limitan sus posibilidades de competir. Todos estos factores han ocasionado que el mercado de servicios se encuentre en una fase de desarrollo retrasada en comparación con la libre circulación de bienes, personas o capitales.

En España, donde el sector servicios supone más de dos tercios del PIB, es un caso todavía más preocupante dentro del contexto europeo. El crecimiento de la productividad tanto de la economía en general como del sector servicios ha estado muy por debajo de la media europea, y la contribución de los servicios al crecimiento de la productividad en la última década ha sido mínima.

Como es bien sabido, el Consejo Europeo de Lisboa del año 2000 se marcó como objetivo para 2010 conseguir que la economía europea se convirtiera en la más dinámica y competitiva del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social. Para ello, acelerar los avances hacia el afianzamiento del mercado interior se tornaba imprescindible. De acuerdo con el Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación no sólo de mercancías, personas y capitales, sino también de servicios esté garantizada.

La necesidad de establecer un marco general para el acceso y ejercicio de los servicios a nivel comunitario se puso de manifiesto en el informe de la Comisión Europea *El estado del mercado interior de servicios* del año 2002. En él se citaban como principales obstáculos al desarrollo de los servicios entre los Estados miembros, por una parte, los derivados del exceso de trámites administrativos y de la inseguridad jurídica que típicamente rodea a las actividades transfronterizas por la coexistencia de legislación nacional, regional y local sobre la materia, y por otra, los obstáculos provenientes de actitudes proteccionistas y de falta de confianza entre los Estados miembros.

En materia de prestación de servicios, el informe consideraba que la plena evolución del mercado interior había de suponer la libertad de establecimiento de los operadores de un Estado miembro en el territorio de otro y la libertad de prestación de servicios de las empresas en el seno de la Unión sin obligación de establecerse en el Estado miembro donde se prestara el servicio.

En ese marco, se consideró de vital importancia la eliminación de las barreras jurídicas existentes para la consecución del mercado interior a través de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios



en el mercado interior, también llamada Directiva de Servicios o Directiva Bolkestein<sup>1</sup>.

El objetivo de la Directiva es impulsar un mercado interior efectivo en el ámbito de los servicios garantizando mayor seguridad jurídica para los prestadores a la hora de ejercer las libertades fundamentales recogidas por el Tratado constitutivo. Mediante la remoción de los obstáculos legales y administrativos se trata de facilitar la prestación transfronteriza de servicios, a la vez que se impulsa la competitividad, la calidad y las posibilidades de elección de los destinatarios de los servicios, ya sean los consumidores finales u otras empresas usuarias de tales servicios.

El ámbito de aplicación de la Directiva es amplio, resultando de aplicación a una extensa gama de servicios prestados por empresarios establecidos en los Estados miembros, entendiéndose por servicio cualquier actividad económica por cuenta propia prestada a cambio de una remuneración económica, salvo las expresamente excluidas<sup>2</sup> o las que se rigen por otras disposiciones comunitarias.

Más particularmente, la Directiva se centra en la consecución de cuatro ejes consistentes en:

- facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la Unión Europea;
- reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios;
- fomentar la calidad de los servicios; y

---

<sup>1</sup> La propuesta de Directiva fue aprobada en enero de 2004 por el Colegio de Comisarios y tramitada por el procedimiento de codecisión. El 15 de noviembre de 2006 el Parlamento se pronunció en segunda lectura, sin modificación sustancial de la posición común; el Consejo adoptó definitivamente la Directiva el 11 de diciembre de 2006.

<sup>2</sup> Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva los siguientes servicios:

- Los servicios no económicos de interés general.
- Los servicios financieros como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y de asesoría sobre inversión.
- Los servicios de comunicaciones electrónicas en lo que se refiere a ámbitos ordenados por las Directivas propias de la materia.
- Los servicios de transporte, incluidos los portuarios.
- Los servicios de las empresas de trabajo temporal.
- Los servicios sanitarios.
- Los servicios audiovisuales y los cinematográficos.
- Las actividades de juego por dinero incluidas las loterías, juego en casinos y apuestas.
- Las actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública.
- Los servicios sociales y los proporcionados por asociaciones de beneficencia.
- Los servicios de seguridad privados.
- Los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.
- La fiscalidad.

- establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros.

La eliminación de barreras a la libre circulación y el impulso al comercio transfronterizo entre los países de la Unión Europea se instrumentan a través de una serie de medidas. Entre ellas están las que persiguen la simplificación administrativa de procedimientos y formalidades como por ejemplo la creación de ventanillas únicas donde realizar todas las gestiones necesarias para desarrollar la prestación de servicios o la posibilidad de realizar estos trámites por vía electrónica. Desde una perspectiva de competencia, estas medidas facilitan la entrada y salida del mercado a los operadores de mercado, favorecen el desarrollo de las actividades de servicios en el mercado interior y contribuyen de este modo a la dinámica competitiva.

Pero indudablemente las medidas relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios son las que mayor incidencia directa pueden tener en el libre funcionamiento de los mercados y, por tanto, más efectos potenciales beneficiosos para la competencia efectiva. Es decir, sus efectos tienen una proyección que excede el objetivo prioritario a nivel comunitario de crear un verdadero mercado único de servicios. Al suprimirse obstáculos regulatorios a la competencia efectiva en los mercados que no resultan justificados, más allá de que perjudiquen a personas o empresas de otros Estados miembros, se están eliminando ineficiencias indeseables, que repercuten negativamente en el grado de competencia en estos mercados, y, por ende, en el desarrollo económico y empresarial y en la productividad.

Más concretamente, en cuanto a las medidas dirigidas al libre establecimiento de los prestadores de servicios, la Directiva favorece que se eliminen en la mayor medida posible las barreras jurídicas y por ello estipula una serie de criterios y condiciones que deben satisfacerse caso de establecerse un régimen de autorización nacional al que hubiera de supeditarse el acceso a una actividad de servicios.

En particular estos regímenes han de ser no discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general<sup>3</sup>, y satisfacer el principio de proporcionalidad, esto es, asegurar que el objetivo perseguido no se pueda alcanzar a través de medidas menos restrictivas. Además los criterios han de ser claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles.

También la Directiva señala una serie de requisitos jurídicos prohibidos que deben de eliminarse de las legislaciones de los Estados miembros,

---

<sup>3</sup> Entre otras razones están la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio, la protección frente a la competencia desleal o la protección de los consumidores.

entre los que destacan aquellos que discriminan directa o indirectamente en función de la nacionalidad o la residencia; los que limitan la libertad del prestador de elegir entre un establecimiento principal o uno secundario o el país de su establecimiento principal; o los que exigen pruebas económicas tales como demostrar la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado.

Por añadidura, la Directiva distingue otra serie de requisitos que, no estando prohibidos, deberán ser evaluados por el Estado miembro para justificar que no son discriminatorios, y son necesarios y proporcionales. Entre este tipo de requisitos figuran la obligación de adoptar una forma jurídica concreta, poseer un determinado capital o un número mínimo de empleados, respetar unas tarifas mínimas o máximas, o prestar junto con su servicio otros servicios específicos.

Por último, en lo que atañe a la prestación de servicios, la Directiva insta el principio del país de origen o reconocimiento mutuo por el cual el prestador de servicios está sometido únicamente a la legislación del país donde esté establecido no pudiendo el Estado miembro donde preste sus servicios obstaculizar su actividad<sup>4</sup>. No obstante, este principio se ve matizado pues se legitima al país donde se presta el servicio para introducir requisitos adicionales respecto a los del Estado en que esté establecido el prestador, siempre que éstos no sean discriminatorios, resulten proporcionados y estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o de protección del medio ambiente.

## **B) La transposición de la Directiva de Servicios en España**

La Directiva de Servicios impone a los Estados miembros la obligación de adaptar sus legislaciones en un plazo de tres años, esto es, el proceso de transposición debe finalizar antes del 28 de diciembre de 2009.

En España la transposición implica la adecuación del actual marco normativo de los servicios a lo establecido en la Directiva, esfuerzo que debe llevarse a cabo a todos los niveles sectoriales y territoriales. En un principio se estimó que podría conllevar la revisión de un centenar de leyes y más de 370 Reales Decretos a nivel estatal, además de cerca de 6.500 normas de carácter autonómico y local y que su correcta implementación podría representar la creación de cerca de 150.000 empleos y un incremento del PIB y del consumo próximos al 1,2 por 100.

---

<sup>4</sup> No obstante, se contemplan un número considerable de excepciones o matizaciones de cierta importancia a la aplicación de este principio.