

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2014

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2014

Dirección
Lluís CASES
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2014

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ
Doctora en Derecho
Jefe de Área de la Asesoría Jurídica CNMC

Rais AMILS ARNAL
Abogado. Clifford Chance

Enrique ANDREU
Economista. Compass Lexecon

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE
Doctora en Derecho Mercantil
Subdirectora Adjunta de Industria y Energía
de la Dirección de Competencia de la CNMC

Carla COHÍ ANCHÍA
Subdirección de Industria y Energía de la Dirección
de Competencia de la CNMC

José Luis FERRERO GÓMEZ
Vocal asesor de la Subdirección de Sociedad
de la Información de la Dirección de Competencia
de la CNMC

Jordi FORNELLS DE FRUTOS
Subdirector de Sociedad de la Información de la Dirección
de Competencia de la CNMC

Sergio GARCÍA DE FRUTOS
NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

Javier GUILLÉN CARAMÉS
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Acreditado a Catedrático
Universidad Rey Juan Carlos

Eva LECERTUA
Adscrita a la CNMC

FRANCISCO MARCOS
Professor of Law, IE Law School

María Jesús MARTÍN
Adscrita a la CNMC

Miquel MONTAÑA MORA
Abogado. Clifford Chance

Amadeo PETITBÒ
Catedrático de Economía Aplicada

Pedro POSADA DE LA CONCHA
NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

José María RODRÍGUEZ
Director Asociado en Frontier Economics Ltd. España

Iryna SIKORA
Analista en Frontier Economics Ltd. España

Sergio SINOVAS CABALLERO
Magister Legum LL.M. Administrador Civil del Estado.
Subdirector Adjunto de la Subdirección General
de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Competencia
de la CNMC

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2014

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

SUMARIO

	Pág.
Presentación	9
 PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Cárteles: obsesión sin análisis (Amadeo PETITBÓ).....	13
Proceso de consolidación del sector de las comunicaciones electrónicas móviles: análisis de las últimas concentraciones comunitarias (Jordi FORNELLS DE FRUTOS y José Luis FERRERO GÓMEZ)	35
La liberalización de los servicios postales: a vueltas entre la regulación y el Derecho de la Competencia (Javier GUILLÉN CARAMÉS).....	59
La tensión entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de la competencia a la vista de las recientes actuaciones y decisiones adoptadas por la Comisión Europea (Miquel MONTAÑA MORA y Rais AMILS ARNAL).....	83
Intercambios de información entre competidores: actuaciones de la CNMC en un caso reciente (Pedro POSADA DE LA CONCHA y Sergio GARCÍA DE FRUTOS).....	117
La aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario de concentraciones. Casos reales de remisión de expedientes a la Comisión Europea por parte de la Autoridad española de competencia (Carla COHÍ ANCHÍA)...	133
Análisis de estrangulamiento de márgenes cuando existen obligaciones de servicio público (José María RODRÍGUEZ e Iryna SIKORA)	147
El análisis de las concentraciones en materia energética a la luz de la creación la CNMC (Eva LECERTUA y María Jesús MARTÍN)	161
Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar (Francisco MARCOS).....	185
Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público (Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE)	201

	Pág.
El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007 (Sergio SINOVAS CABALLERO)	221
El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (<i>inability to pay</i>) (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ).....	249

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea	277
Europa no comunitaria.....	279
América.....	279
Asia y Australia.....	280
África	281
Organizaciones internacionales.....	281
Otras direcciones de interés	282

PRESENTACIÓN

El Anuario de la Competencia 2014 supone la aparición de esta obra, de manera ininterrumpida, desde el año 1996; desde entonces ha venido publicándose con el apoyo y el patrocinio de la Fundación ICO. Esta labor forma parte de la línea de trabajo de la Fundación consistente en profundizar en la reflexión, análisis y debate sobre la libre competencia en nuestro país y constituye una de sus publicaciones más consolidadas. Abordando la temática desde, esencialmente, la perspectiva económica y jurídica, se ha ido editando cada año recogiendo los principales y más destacados debates y la evolución de los mismos. Ejercicio tras ejercicio, la Fundación ICO ha mantenido el proyecto convirtiéndose en una obra de referencia, en un elemento fundamental para todos los profesionales que trabajan en este ámbito y para todas aquellas personas interesadas en la materia.

Cuando el Anuario se creó, prácticamente no existían publicaciones en España sobre estos temas; hoy el panorama ha cambiado y el alto interés que despierta el mundo del Derecho de la Competencia, el hecho de que se imparta como materia específica en las universidades y que haya muchos despachos profesionales dedicados a este área concreta, ha hecho que aumente el número de lectores y se diversifiquen las ediciones. Es un sector de interés que en su conjunto no deja de crecer, por lo que vemos que la apuesta que se hizo por esta obra ha dado sus frutos.

Los contenidos del Anuario han estado normalmente marcados por la actualidad: novedades legislativas, actuaciones inspectoras, derechos y deberes, regímenes jurídicos y marcos normativos, sentencias, jurisprudencia europea, consolidación y modernización del sistema de competencia español, creación y desaparición de organismos... Prácticamente no habrá habido ningún tema que no haya sido tratado en esta obra durante su larga andadura.

Al mismo tiempo, los más destacados expertos y estudiosos han participado con sus artículos y estudios, encargados ex profeso para cada uno de los anuarios, de manera que esta obra recoge también la opinión y las investigaciones de los máximos exponentes en nuestro país: profesores, abogados, jueces, economistas, asesores... De esta forma, el Anuario se convierte en una fuente de consulta indispensable para todas aquellas

personas que quieran conocer la evolución de la Competencia en España y en Europa.

Pero además de los autores, esta obra no sería posible sin su director, Lluís CASES; a todos ellos nuestro agradecimiento, así como a la Universidad Autónoma de Barcelona por su respaldo en este proyecto.

Fundación ICO

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

CÁRTELES: OBSESIÓN SIN ANÁLISIS

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el problema de los cárteles, su especificación en la realidad española y su tratamiento por las autoridades de defensa de la competencia (ADC).

Tras unas breves referencias históricas y económicas, se ensaya una definición de cártel, pretendidamente más precisa y operativa que las definiciones utilizadas habitualmente por las ADC y se analiza una muestra de cárteles activos en los mercados españoles de bienes y servicios destacando algunas de sus características esenciales. Asimismo, se considera inapropiado limitar el análisis de los carteles a su aptitud para dañar la competencia en los mercados prescindiendo del análisis de sus efectos reales, que es la cuestión nuclear de las conductas cartelizadas.

2. LOS CÁRTELES Y LOS MERCADOS

Los cárteles no siempre han sido objeto de censura o desaprobación¹. Resulta de interés el libro de BERLE [(1954) 1958] —miembro del Brain Trust de Franklin Roosevelt y asesor de John F. Kennedy— sobre la sociedad anónima. BERLE sostenía que en cada uno de los grandes sectores industriales dos o tres sociedades controlaban más de la mitad de la industria. En otros términos, el coeficiente de concentración y la probabilidad de acuerdos entre las empresas eran elevados. Además, la presencia internacional de dichas empresas era destacable aunque, con frecuencia, se mantenía en secreto y resultaba afectada por el proteccionismo de muchos países.

De acuerdo con BERLE, «para la mayoría de los países europeos, la doctrina de ilimitada y libre competencia internacional es considerada como totalmente irresponsable. Para estas naciones, un “Cártel” de compañías

¹ Sobre el origen de los cárteles y su desarrollo histórico, véanse MUND (1948); PIOTROWSKI (1933).

asignando mercados, regulando la producción en mayor o menor concordancia con la demanda presunta, etc., es el camino normal e inteligente de hacer frente a la situación; a menos que, por supuesto, los gobiernos tomen las medidas necesarias por medio de tratados directos». La referencia argumental se basaba en el hecho de que los mercados de países como Gran Bretaña, Alemania o Francia eran demasiado pequeños «para permitir la libre competencia en la mayor parte de las industrias».

El mencionado principio permitía concluir que «los Cárteles internacionales de Europa, de los que las empresas norteamericanas formaron parte, con notable frecuencia (y así tenía que ser, si deseaban operar en gran escala en Europa)², eran, en realidad, toscos instrumentos de planes industriales, sin los cuales la vida industrial de Europa hubiera sido un anárquico caos».

Pero los criterios entre norteamericanos y europeos no siempre eran coincidentes. Valga un ejemplo, como referencia, referido a la aviación civil: «La pugna entre la tesis norteamericana e inglesa era, a todas luces, completa. Para un ciudadano inglés era tan natural hacer un convenio y dividir en dos porciones el mercado, como lo era para la mayoría de la industria de la Aviación Civil norteamericana insistir en una libre competencia, dentro de un cielo libre».

En el fondo, el debate se apoyaba sobre dos pilares: uno basado en la racionalidad económica y otro en el deseo de que Europa no tuviera grandes empresas o conglomerados que pudieran competir con las grandes corporaciones norteamericanas. De ahí la crítica norteamericana a Jean Monnet y al Plan Schumann en relación con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Y, también, la crítica a los soviéticos que querían desorganizar los viejos cárteles y debilitar la estructura industrial europea, «facilitando así su conquista por el comunismo». Los sindicatos, por su parte, consideraban que los cárteles enriquecían a sus grandes propietarios en detrimento de la clase trabajadora.

En relación con el mercado del petróleo, por ejemplo, BERLE sostenía que «no existe razón sólida para suponer que una competencia ilimitada en el mundo, hubiese producido resultados más satisfactorios» pues, en el fondo, subrayaba que «la competencia [...] es una cosa, cuando existe un número infinito de pequeñas unidades productoras y vendedoras; pero es cosa completamente distinta cuando unos pocos titanes combaten entre sí para conseguir el control del suministro de la apertura de mercados y del servicio al consumidor». En cualquier caso, consideraba que las grandes compañías tenían que estar sometidas a un «poder compensador», que diría GALBRAITH [(1952) 1964]³.

² Cursiva AP.

³ La idea de GALBRAITH ya estaba en los escritos de los economistas norteamericanos de principios del siglo XX. En efecto, en CLARK y CLARK [(1912) 1971] se afirmaba que «entre los problemas prácticos que debe resolver el pueblo Americano, el mayor de ellos es el control de las grandes corporaciones, no para destruirlas sino para convertirlas en servidores de la sociedad».

Todo esto puede parecer confuso. En el debate se mezclaban ideas, objetivos y, sobre todo, intereses. El análisis microeconómico, cuyos principios fundamentales y la correspondiente plataforma teórica ya se habían desarrollado a finales del siglo XIX, brillaba por su ausencia.

Recuérdese⁴ que la mayoría de países europeos no dispusieron de una legislación de defensa de la competencia hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En aquellas circunstancias los cárteles no eran ilegales e, incluso, se organizaban mediante acuerdos escritos.

En el año 1927, los cárteles eran legales en Suiza y no estaban prohibidos explícitamente en Bélgica, Francia, España, Italia y Holanda. En el año 1923, Alemania aprobó una ley anti-cábel para prevenir el abuso de posición de dominio de los cárteles. En 1930, Gran Bretaña consideró que los cárteles eran un hecho y les exigió transparencia, incluida la notificación de los acuerdos. Posteriormente, otros países siguieron el camino de Gran Bretaña. No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que Francia aprobó una legislación anti-cábel.

El título del presente trabajo trae causa del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que reza: «1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...». El punto clave es el término «pueda producir» que deja un campo muy abierto a las interpretaciones y, sobre todo, aniquila potencialmente la posibilidad de que las resoluciones se basen en los efectos de las conductas. Con argumentos basados en la aptitud para afectar la competencia en los mercados de bienes y servicios, las ADC relegan a un segundo plano el estudio detallado de cuanto ha ocurrido en los mercados y, sobre todo, acostumbra a no estudiar los efectos reales de las conductas sobre los mercados prescindiendo de la rica capacidad explicativa del análisis económico. En este contexto, los cárteles se han convertido en una obsesión sin análisis.

No cabe duda de que los cárteles tienen efectos perversos sobre los mercados y sobre el conjunto de la economía. Este hecho debería exigir que sean objeto de sanciones severas; siempre manifiestamente superiores a los beneficios realmente obtenidos, sin límite alguno; incluso si la sanción supone la desaparición de la empresa cartelizada. Todo ello sin excluir las sanciones personales a sus instigadores y agentes necesarios, con independencia de que pertenezcan al sector privado o al sector público. Para proceder de esta forma, las conductas y sus efectos reales deben estar debidamente acreditados y analizados; sin dudas, vacilaciones ni aspectos indeterminados. Sin frases generales o afirmaciones no probadas.

Ciertamente, ha sido de gran ayuda para el tratamiento de los cárteles la figura del chivato y la consiguiente clemencia. En la página web de la

⁴ SUSLOW (1991), citada por CARLTON, PERLOFF (2005).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) puede leerse: «Una de las novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha sido la introducción en nuestro sistema de los programas de clemencia, ya puestos en práctica con éxito en Estados Unidos y en la Unión Europea. El programa de clemencia es un poderoso instrumento en manos de las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los cárteles, en cuanto atentados más dañinos contra la competencia.

La clemencia puede beneficiar a aquellas empresas que aporten elementos de prueba que posibiliten a la CNC la detección del cártel, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida.

El programa de clemencia supone, para las empresas que forman parte de un cártel, una suerte de vía de salida, ya que, si cumplen determinados requisitos, podrán beneficiarse de la exención o reducción en el pago de la multa que les habría correspondido por su participación en el acuerdo prohibido».

Lógicamente, con este planteamiento se incentiva al chivato y se le perdona la sanción. De esta forma, puede suceder que un felón que obtenga toda la información de sus competidores y delate, resulte beneficiado de la situación al imponer costes a sus competidores y alcanzar ventajas competitivas. Incluso, participar en un cártel puede ser un movimiento estratégico rentable. Algo que, desde la más pura lógica, resulta difícilmente defendible⁵.

En cualquier caso, las delaciones son cada vez más frecuentes y la persecución de los cárteles más intensa. Este hecho contrasta con la excepcionalidad de la detección de cárteles por las ADC, con independencia de que, en muchas ocasiones, sus conductas hayan tenido reflejo en los medios de comunicación.

Sin embargo, como señala CUERDO (2014), «...los programas de *leniency* podrían estar favoreciendo solamente la denuncia de cárteles de por sí inestables, pero no de aquéllos más dañinos para el bienestar general. Es decir, aquellos que consiguen una organización y unos *mark-ups* tan importantes que no quedan afectados por los programas de clemencia y sí por un menor esfuerzo investigador por parte de la autoridad». Esta cuestión, por su relevancia, debería ser estudiada en profundidad por las ADC.

3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CÁRTELES

Pese a la posición mantenida por algunos profesionales al servicio de las ADC, una lectura atenta del contenido de las normas de defensa de la competencia revela que los principios del análisis económico tienen su re-

⁵ En algún caso parece que ciertos impulsores del cártel se hayan transformado en delatores y solicitantes de clemencia.

flejo en las mismas, traduciendo el interés (más tácito que explícito) por la adecuada combinación del análisis económico con el análisis jurídico. POSNER [(1972) 1986] subrayó que «la economía es un poderoso instrumento para analizar multitud de asuntos de naturaleza jurídica y política» aunque la evidencia pone de manifiesto que «muchos juristas —incluso juristas muy brillantes— y muchos estudiantes de Derecho —incluso estudiantes muy brillantes— tienen muchas dificultades para relacionar preceptos económicos y problemas jurídicos concretos». A mi juicio, podría decirse lo mismo de muchos economistas. Incluso de personas que desarrollan su actividad en las ADE.

La LDC resume, en su Preámbulo, la plataforma económica que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la Competencia moderno. No es muy original pero no deja lugar a las dudas, pues se apoya en premisas sencillas pero robustas que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía⁶.

Dada la capacidad interpretativa del análisis económico, su aplicación en los asuntos examinados por las ADC arroja luz sobre multitud de aspectos que no pueden ser comprendidos en toda su extensión con el uso exclusivo del análisis jurídico. El análisis económico se convierte, en consecuencia, en un instrumento de referencia. Como ha subrayado BERENGUER (2006), el Derecho de la Competencia «es un Derecho vivo». Y sólo puede ser «vivo» si avanza continuamente en sus análisis y propuestas, lo que supone que no debe prescindir ni del análisis jurídico ni del económico.

El análisis jurídico cuenta con una larga tradición en el campo de aplicación del Derecho de la Competencia; no así el Análisis económico. Dicho análisis, como han subrayado REY *et al.* (2006), «requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de las empresas pueden afectar al bienestar del consumidor». Ésta es, precisamente, la tarea que deben llevar a cabo las ADC pese a que, en ocasiones, la pereza administrativa las conduzca al confortable refugio de los argumentos formales.

El uso del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión —condicionada por la información disponible— no solamente la forma de las conductas sino también sus efectos. Voces autorizadas han argumentado en favor de esta aproximación, particularmente potente. Por un lado, CRANDALL y WINSTON (2003) consideran necesario un análisis empírico suficientemente extenso para conocer con precisión el impacto real de la política *antitrust*. Por otra parte, de acuerdo con el trabajo citado de REY *et al.*, el enfoque de las ADC debería tomar en consideración los efectos de las conductas sometidas a escrutinio como referencia fundamental.

⁶ Sobre la Economía política del *antitrust* véase ROWLEY y RATHBONE (2004). Dichos autores subrayan que, aunque la formalización de las implicaciones del poder de mercado sobre el bienestar fueron formalizadas por HARBERGER (1954), sus antecedentes pueden encontrarse en DUPUIT (1844) y MARSHALL (1890).

La lógica de la argumentación de quienes defendemos la prioridad de los efectos de las conductas como referencia fundamental es sencilla: dos conductas distintas con los mismos efectos deben tener un trato equivalente; de la misma forma que dos conductas o decisiones empresariales idénticas con efectos distintos deben tener un trato distinto⁷. JENNY (2007) es contundente al respecto: «El análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas pro competitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto pro competitivo (o ser pro eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial». Los efectos, en consecuencia, se convierten en una referencia fundamental⁸.

Pero lo mismo sucede en el caso de las conductas de abuso de posición de dominio o de acuerdos empresariales entre empresas competidoras. La forma es el medio pero lo relevante de las conductas es su impacto real en los mercados, sus efectos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En consecuencia, tanto los profesionales como las ADC y los jueces responsables del estudio y la aplicación del Derecho de la Competencia deben disponer de un saber bastante acerca de los instrumentos que proporciona el análisis económico aplicado al conocimiento de la conducta, estructura y resultados empresariales en los mercados relevantes. Asimismo, los profesionales de la economía dedicados al análisis competitivo de los mercados reales deben tener los conocimientos jurídicos necesarios para interpretar adecuadamente la naturaleza de las conductas empresariales, de acuerdo con la legislación aplicable en cada momento y lugar. Éste no es un trabajo para aficionados.

Dicha aproximación, pese a su robustez, no es totalmente compartida; sobre todo, por los juristas. Pero en el grupo de escépticos o contrarios a la consideración de los efectos de las conductas como referencia fundamental, también pueden incluirse aquellos economistas que consideran que la forma de las conductas es relevante y debe ser la primera referencia en la aplicación del Derecho de la Competencia⁹.

En este punto parece relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de septiembre de 2014¹⁰ donde se refiere al hecho de que, en la sentencia objeto de recurso, el Tribunal General, al definir el concepto de restricción de la competencia «por el objeto», en el sentido del art. 81 CE, apartado 1, «omitió referirse a la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] sin considerar así que el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia “por el objeto” consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia».

⁷ Un ejemplo de la diversidad de efectos de una determinada conducta se encuentra en las operaciones de concentración empresarial.

⁸ Véase PETITBÒ (2013); (2014).

⁹ Entre quienes trabajan en las ADC hay opiniones distintas. Véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ y COSTAS (2010).

¹⁰ Asunto C-67/13 p, *Groupement des cartes bancaires*.