

# Notas de Competencia

mayo 2016

N.º 15

Sección elaborada por

**el Grupo de Competencia**

de Gómez-Acebo & Pombo



## Sumario

---

|  |    |
|--|----|
| — La saga del tax lease español o los contornos de la selectividad . . . . . | 2  |
| — MOSAICO . . . . .  | 4  |
| ▶ Noticias . . . . .   | 4  |
| ▶ Prácticas prohibidas . . . . .   | 8  |
| ▶ Control de concentraciones . . . . .                                       | 9  |
| — Breves por sectores (Unión Europea) . . . . .                              | 12 |
| ▶ Competencia . . . . .  | 12 |
| ▶ Concentraciones . . . . .  | 12 |
| ▶ Jurisprudencia . . . . .   | 13 |

# La saga del *tax lease* español o los contornos de la selectividad

Miguel Troncoso Ferrer

Socio director de Gómez-Acebo & Pombo, Bruselas

## 1. Introducción

La fiscalidad directa y el derecho europeo no siempre han sido buenos amigos. No sólo porque la Unión Europea carece de competencias directas en la materia —ya que se trata de una parcela de soberanía que, desde que se creó la Comunidad Económica Europea hasta ahora, los Estados son reticentes a abandonar—, también y sobre todo porque, a pesar de ello, la teórica libertad de los Estados miembros a la hora de establecer su política fiscal se ve limitada por efecto de la actuación de la Comisión Europea (la «Comisión») y de los Tribunales de Luxemburgo en aplicación de otros instrumentos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Entre estos instrumentos, quizá el más eficaz, pero también el más polémico por el número de litigios que genera, es el artículo 107 del mencionado tratado. Esta norma, parte de la política de competencia de la Unión, prohíbe las ayudas otorgadas por los Estados directamente o mediante fondos estatales bajo cualquier forma que afecte al comercio entre Estados miembros y que falsee o amenace falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.


En aplicación de esta disposición del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se ha considerado tradicionalmente que el uso de fondos estatales no sólo comprende las prestaciones positivas que implican una transferencia de recursos públicos, como las subvenciones, sino también las que aligeran las cargas que normalmente recaen sobre la empresa y hacen en paralelo que el Estado se prive de recursos de los que debería disponer. Tal puede ser el caso de determinadas exenciones fiscales, y bajo este prisma se examinó el sistema de arrendamiento fiscal español (SEAF o *tax lease*), penúltimo capítulo de esta tensión entre el margen de actuación de los Estados miembros en su política fiscal y la política europea de competencia.

## 2. La turbulenta historia del *tax lease* español

El sistema de arrendamiento fiscal español resulta de la combinación de una serie de normas del impuesto de sociedades español que, aplicadas en su conjunto, permitía que los buques fabricados en España pudieran ser adquiridos a un precio inferior al de mercado. El mencionado sistema reúne, para la construcción de un buque, a cinco participantes: 1) una empresa naviera, 2) un astillero, 3) un banco, 4) una sociedad de arrendamiento financiero (*leasing*) y 5) una agrupación de interés económico (AIE) constituida por el banco y, por extensión, por diversos inversores —pertenecientes a todos los sectores económicos— que adquieren participaciones en dicha agrupación.

El sistema de arrendamiento fiscal español permite a la naviera disponer de un buque nuevo con un descuento respecto al precio que cobra el astillero. Para obtener el descuento, el buque se adquiere no directamente del astillero, sino de la agrupación de interés económico, que a su vez arrienda el buque al armador con opción de compra desde que comienza su construcción. Las medidas fiscales que hacen este sistema atractivo y que fueron examinadas por la Comisión son las siguientes:

- La amortización acelerada prevista en el artículo 115.6 de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS).
- La amortización anticipada que prevé el artículo 115.11 de la Ley del Impuesto de Sociedades obtenida por su beneficiario tras la preceptiva autorización de las autoridades fiscales.
- La exención de plusvalía establecida en el artículo 125.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades en el régimen de las entidades navieras en función del tonelaje.



A efectos prácticos, la amortización acelerada en el caso de la agrupación de interés económico genera una serie de bases imponibles negativas cuantiosas. La agrupación reparte estas bases imponibles negativas entre sus miembros y éstos las integran en su impuesto de sociedades.

El sistema de arrendamiento fiscal español fue denunciado por Holanda ante la Comisión, con lo que dio comienzo una lenta y completa investigación con no pocos altibajos y sorpresas. Como consecuencia de la denuncia y de la investigación de la Comisión, fuentes del sector señalan que existió un trasvase de pedidos de los astilleros españoles a los holandeses. Así, entre el 2010 y el 2013, la cartera de trabajo en Holanda creció un 80 %<sup>1</sup>.

Finalmente, el 17 de julio del 2013, la Comisión decidió que el sistema de arrendamiento fiscal español a) constituía una ayuda estatal a las agrupaciones de interés económico y a sus inversores ejecutada ilegalmente por España desde el 1 de enero del 2002 en violación del artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y b) era incompatible con el mercado interior, salvo en la medida en que la ayuda correspondiera a una remuneración conforme con el mercado financiero y se canalizara hacia empresas que pudieran acogerse a las directrices marítimas<sup>2</sup>.

La decisión fue objeto de varias decenas de recursos en anulación, habiendo fallado el Tribunal General de la Unión Europea el primero de ellos el pasado 17 de diciembre del 2015<sup>3</sup>. Estaba en tela de juicio ante el Tribunal General, sobre todo, el carácter selectivo de la ventaja. Y es que, para que una medida sea contraria al artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe ser selectiva, en el sentido de que debe favorecer únicamente a determinadas empresas y no a la economía en general o, incluso, a un determinado sector.

Pues bien, a pesar de que podían invertir en las agrupaciones de interés económico empresas de cualquier

sector, la Comisión consideró en la decisión que el hecho de que se utilizara el sistema de arrendamiento fiscal español para financiar la adquisición, el fletamento a casco desnudo y la reventa de buques de navegación marítima era un indicio claro de que la medida era selectiva desde una perspectiva sectorial. Este indicio no convenció sin embargo al Tribunal General, que examinó en su sentencia si la ventaja obtenida por los inversores que participaron en operaciones del sistema de arrendamiento fiscal español era selectiva porque sólo disfrutaban de ella empresas que realizaban este tipo particular de inversión. El Tribunal General constató que cualquier empresa sujeta al impuesto de sociedades en España disponía de esta posibilidad en idénticas condiciones, sin que la ley exigiera que el importe de la participación superara una cantidad mínima. Para el Tribunal General, el hecho de que las ventajas se concedan por invertir en un bien específico no hace que se conviertan en selectivas en lo que respecta a los inversores, en la medida en que cualquier empresa tiene la posibilidad de efectuar esa operación. El Tribunal General anuló así la decisión.

### 3. Conclusión: el delicado test de la selectividad

Existía ya un precedente judicial reciente, también relacionado con España, que ponía en tela de juicio los criterios seguidos por la Comisión Europea a la hora de apreciar la selectividad de una medida fiscal. Se trataba de la fiscalización por parte de la Comisión de las normas del impuesto de sociedades que permitían a empresas españolas amortizar el fondo de comercio resultante de adquisiciones de participaciones en empresas extranjeras, fiscalización juzgada selectiva por la Comisión y cuya selectividad fue también declarada inexistente por el Tribunal General<sup>4</sup>.

Estos dos precedentes demuestran que la tensión entre la fiscalidad directa y el control de las ayudas de Estado está lejos de resolverse. El terreno entre el carácter general y el selectivo de una medida fiscal ha sido y es resbaladizo<sup>5</sup>, y no parece que vaya a dejar de serlo.

<sup>1</sup> Pregunta parlamentaria de la diputada europea Izaskun Bilbao a la Comisión de 17 de diciembre del 2015.

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión Europea C(2013) 4426, de fecha 17 de julio del 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 - Sistema español de arrendamiento fiscal, publicada en el *DOUE* L 114 de 16 de abril del 2014, pp. 1-47.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de diciembre del 2015, asuntos acumulados T-515/13 y T-719/13.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea de 7 de noviembre del 2014 en los asuntos T-399/11, Banco Santander/Comisión, y T-219/10, Autogrill.

<sup>5</sup> Véase también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre del 2008, asuntos C-428/06 a C-434/06 sobre las vacaciones fiscales vascas y el efecto selectivo de determinadas medidas de carácter territorial.

## MOSAICO

### Noticias

#### Actividad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el 2015

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha publicado un documento en el que se recogen los principales hitos de su actuación en el 2015.

##### Control de conductas

En materia de conductas prohibidas, el documento destaca que la cuantía de las sanciones impuestas ha sido la más elevada de la historia, alcanzando un total de 549 millones de euros.

Los casos más relevantes han sido los siguientes: en cuanto a cárteles, los relativos a los fabricantes y concesionarios de automóviles, las empresas de gestión de residuos, las industrias lácteas, los fabricantes de cartón y papel ondulado, las empresas petroleras, los fabricantes de construcciones modulares y las empresas de transportes frigoríficos; por lo que respecta a otro tipo de prácticas anticompetitivas, destacan los acuerdos entre Telefónica y Xfera (Yoigo) en materia de telecomunicaciones, y de DTS y Telefónica por lo que se refiere a la adquisición y explotación de los derechos del fútbol, así como el abuso de posición dominante por parte de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual AGEDI y AIE por la fijación de tarifas no equitativas y la aplicación de condiciones más ventajosas a unos operadores frente a otros.

Por otra parte, se indica que el procedimiento de terminación convencional se aplicó en los casos de la Sociedad

General de Autores de España (SGAE) y del Club Excelencia.

##### Control de concentraciones

En el año de referencia se notificaron noventa y tres operaciones de concentración, cincuenta de ellas por el procedimiento simplificado, que permite una resolución acelerada de las notificaciones.

De las operaciones sometidas a control, ochenta y cuatro fueron autorizadas en la primera fase del procedimiento, tres de ellas (DIA/Eroski; Taminco/Cepsa y Merlin-APB/Cilsan) con compromisos aportados por las empresas; una (Telefónica/DTS) se autorizó en la segunda fase, también con compromisos, y tres fueron archivadas porque no requerían notificación o por desistimiento de las partes.

Sanciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)

Destacan en este apartado las multas impuestas a las principales operadoras petrolíferas (Repsol, Cepsa y BP) por el incumplimiento de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio del 2009; a las cadenas de televisión Mediaset y Atresmedia por incumplimiento de los compromisos ofrecidos para la aprobación de las respectivas operaciones de concentración, y a las empresas Masmóvil y Grifols por ejecutar sendas concentraciones sin notificación previa.

#### Plan de actuaciones de la CNMC para el 2016


La CNMC ha publicado asimismo el Plan de Actuaciones para el 2016. Entre sus objetivos destacan los siguientes:

1. La lucha contra los cárteles, que continúa siendo la prioridad absoluta de la autoridad de competencia española en el ámbito de la persecución de conductas prohibidas. En este contexto, se impulsará la lucha contra las pujas fraudulentas en las licitaciones públicas, se procederá a evaluar la aplicación del programa de clemencia para proponer ajustes que mejoren su eficacia y conocimiento por las empresas y se llevarán a cabo actuaciones de imputación e imposición de multas a los administradores y directivos de las empresas incurso en prácticas anticompetitivas. También se desarrollará la aplicación de la prohibición de contratar con las

Administraciones Públicas a las empresas sancionadas por infracciones contra la competencia, tal y como se establece en la Ley de Contratos del Sector Público.

2. La elaboración de una comunicación sobre los procedimientos de inspección domiciliaria.
3. La vigilancia de los siguientes sectores y mercados: el mercado de las telecomunicaciones, de la televisión de pago y de la comercialización de los derechos del fútbol y los sectores agrícola y agroalimentario, de la economía digital y de las profesiones colegiadas.

Por otra parte, la CNMC comenzará a colaborar con la Comisión de Propiedad Intelectual en el desarrollo de



la Orden Ministerial ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, que ha aprobado la metodología para determinar las tarifas generales por el uso de derechos de propiedad intelectual, con vistas a la resolución de conflictos entre las entidades de gestión de estos

derechos y los usuarios comerciales. Asimismo, la CNMC va a elaborar un informe sobre las comisiones de las tarjetas por retirada de efectivo de los cajeros, de acuerdo con la disposición adicional única del Real Decreto Ley 11/2015.

## Recursos en aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado

La CNMC está legitimada para interponer un recurso contencioso-administrativo cuando considere que una actuación procedente de cualquier Administración Pública es contraria a la libertad de establecimiento o a la de circulación previstas en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En este ámbito ha llevado a cabo las siguientes actuaciones:

### **Convocatorias de ayudas para formación laboral de las comunidades autónomas de Cantabria y Castilla-La Mancha**

La Audiencia Nacional ha admitido a trámite dos recursos interpuestos por la CNMC contra la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de Cantabria y contra la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por considerar que las convocatorias de ayudas autonómicas para formación laboral publicadas por las citadas entidades vulneran los principios de no discriminación y de eficacia nacional.

En el primer caso se exige para participar en la convocatoria disponer de instalaciones inscritas en el territorio de la comunidad cántabra. En el segundo, se atribuye una mayor puntuación a los certificados de calidad propios de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha frente a los certificados de calidad equivalentes emitidos por otras comunidades autónomas y por organismos europeos e internacionales.

### **Restricciones a la competencia establecidas en la normativa de vehículos de alquiler con conductor**

En el mes de enero, la CNMC envió al Consejo de Ministros un requerimiento de anulación de varios artículos incorporados en el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre del 2015. El pasado 9 de febrero formuló un requerimiento al Ministerio de Fomento solicitándole la eliminación de varios artículos incorporados en la Orden FOM 2799/2015, de 18 de diciembre. Ninguno de estos dos requerimientos previos ha sido respondido ni motivado por el Ministerio de Fomento. En consecuencia, la CNMC ha decidido interponer un recurso contencioso-administrativo dirigido a mejorar ambas normas y suprimir las restricciones injustificadas a la competencia que perjudican a los consumidores, las empresas y al propio sector público.

Entre las principales restricciones establecidas en la orden ministerial y el real decreto citados, que deberían ser eliminadas por no estar suficientemente justificadas, se señalan las siguientes:

- los límites cuantitativos a licencias de vehículos de transporte con conductor (VTC), la obligación de contratación previa del servicio y la prohibición de competir de forma directa en la calle;
- las restricciones geográficas en la prestación del servicio que fraccionan el mercado español;
- el establecimiento de un número mínimo de vehículos para operar y una serie de restricciones innecesarias y discriminatorias para los nuevos entrantes relativas a la representatividad y a la antigüedad de los vehículos.

Todas estas limitaciones carecen de justificación, obstaculizan la competencia efectiva en el transporte urbano de pasajeros en todo el territorio nacional, afectan negativamente a la innovación y reducen el bienestar general, de modo que son contrarias a la libertad de establecimiento en los términos establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

### **Acuerdo del Gobierno de Aragón sobre la programación de enseñanzas universitarias**

La Audiencia Nacional ha admitido a trámite un recurso interpuesto por la CNMC contra un acuerdo del Gobierno de Aragón que prohíbe que una universidad privada imparta enseñanzas que ya se están cursando en la universidad pública en los centros de Huesca, Teruel y La Almunia de Doña Godina, por considerarlo contrario a los principios de libertad de iniciativa económica y libertad de establecimiento.

### **Acuerdo del Ayuntamiento de Santa Pola sobre requisitos de titulación**

La CNMC ha presentado un recurso contra el Acuerdo de la Junta Local de Gobierno del Ayuntamiento de Santa Pola que inadmitió un informe de evaluación de edificios por considerar que el técnico que lo suscribía no tenía competencia profesional para ello.

## La CNMC somete a consulta pública las conclusiones preliminares del estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa


La CNMC ha sometido a consulta pública las conclusiones y recomendaciones preliminares de su estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa con el objetivo de recabar la máxima información ante un fenómeno que está transformando la sociedad.

La elaboración del estudio comenzó con una primera consulta pública, efectuada entre noviembre del 2014 y enero del 2015, en la que se preguntó sobre los principios que deben regir la regulación y sobre el impacto en el mercado de los nuevos modelos de prestación de servicios y de economía colaborativa, centrándose en los sectores del transporte de pasajeros y del alojamiento turístico. Esta consulta recibió un total de 261 respuestas de particulares, Administraciones Públicas, empresas y asociaciones, que fueron publicadas por la CNMC en su página web.

Los resultados del análisis de la consulta han permitido identificar la existencia de numerosas ventajas derivadas del desarrollo de los nuevos modelos (aumento y diferenciación de la oferta, precios más eficientes, calidad y fomento de la innovación) y detectar la existencia de una serie de restricciones innecesarias o desproporcionadas en la normativa horizontal y sectorial y, en particular, en los sectores del transporte y del alojamiento, que impiden a los usuarios beneficiarse de forma plena de los potenciales beneficios que se derivan del desarrollo de estas nuevas estructuras productivas. Como consecuencia de lo anterior, la CNMC ha considerado conveniente publicar unas conclusiones preliminares en las que se presentan unas recomendaciones con la finalidad de garantizar la aplicación de una regulación económica eficiente en beneficio de los consumidores y usuarios. Las recomendaciones preliminares citadas son las siguientes:

- *Primera.* Aplicación de los principios de regulación económica eficiente por parte de las Administraciones Públicas en la regulación sectorial y horizontal.
- *Segunda.* Manifiestar la plena disponibilidad de colaboración de la CNMC con los órganos judiciales.
- *Tercera.* Incorporar por parte de las Administraciones Públicas la actividad de la economía colaborativa en las estadísticas oficiales.
- *Cuarta.* Evitar el establecimiento de barreras a la salida de usuarios por las plataformas colaborativas.
- *Quinta.* Recomendar a las asociaciones de consumidores y usuarios la utilización de estos sistemas para la detección más eficiente de situaciones de fraude o desprotección del consumidor frente a otros usuarios de la plataforma o frente a la propia plataforma.
- *Sexta.* Mayor libertad de acceso al mercado de viviendas de uso turístico y eliminación a) de cualquier tipo de moratoria en la autorización de nuevas viviendas turísticas; b) de la inscripción de las viviendas turísticas en un registro y la publicación del número de registro como obligaciones para llevar a cabo la actividad; c) de cualquier tipo de requisito de estancia mínima o máxima en viviendas turísticas; d) de limitaciones del tipo de vivienda y de localización de la vivienda, y e) de la prohibición del alquiler de una vivienda turística por estancias o de la residencia permanente.
- *Séptima.* Mayor libertad en el ejercicio de la actividad de alquiler de viviendas de uso turístico y eliminación de los requisitos técnicos innecesarios o desproporcionados relativos a los accesorios de la vivienda y al equipamiento mínimo, de la obligación de situar una placa distintiva en el exterior de la vivienda indicando la naturaleza de vivienda turística y de la obligación de cumplimentar el libro registro por existir medios más ágiles y menos costosos.
- *Octava.* Seguimiento estadístico de la modalidad de alojamiento en viviendas de uso turístico.
- *Novena.* Mayor libertad de acceso al mercado del taxi y del vehículo de transporte con conductor (VTC) y eliminación de cualquier restricción de acceso que suponga la imposición de un *numerus clausus* a la oferta de taxis y de VTC y de cualquier limitación de ámbito territorial de las licencias, así como de la obligación de disponer de un número mínimo de vehículos para poder llevar a cabo la actividad de VTC.
- *Décima.* Mayores libertades en el ejercicio de la actividad del taxi y del VTC, lo que supone eliminar los requisitos de calidad y seguridad que resulten innecesarios o desproporcionados, los horarios obligatorios y los regímenes de descanso en el sector del taxi, la limitación de la titularidad de las licencias a personas físicas o cooperativas de trabajo, del número de licencias por persona y de la posibilidad de que haya conductores distintos al titular de la licencia; eliminar la prohibición de arrendar, traspasar o ceder la explotación o el vehículo, la autorización administrativa por vehículo para la realización de la actividad del VTC —permitiendo que aquélla se otorgue por empresa—, la obligatoriedad de que los VTC deban ser contratados previamente para poder circular y la imposibilidad de que éstos puedan circular por las vías públicas





en busca de clientes o recoger a viajeros que no hubiesen contratado previamente el servicio.

- *Décima primera.* Eliminación de las tarifas reguladas en el sector del taxi.
- *Décima segunda.* Limitar la participación de las asociaciones y organizaciones representativas del sector con carácter previo a la adopción de decisiones administrativas.
- *Décima tercera.* Mayor libertad de acceso al mercado de transporte regular de viajeros en autobús.

En este sentido se propone la eliminación del derecho de preferencia y de la concepción automática de toda línea de autobús como servicio público de titularidad de la Administración sujeta a un régimen concesional de monopolio temporal para su explotación. En el caso de contratos de gestión de servicios públicos adecuados para una determinada ruta, se recomienda la reducción de los plazos de duración de estos contratos.

- *Décima cuarta.* Creación de una mesa de seguimiento de la economía colaborativa.

---

## La CNMC y las autoridades de competencia autonómicas celebran en Madrid el Consejo Anual de Defensa de la Competencia

Se ha reunido en Madrid el Consejo de Defensa de la Competencia, integrado por la CNMC y las autoridades de competencia de las comunidades autónomas españolas. Se trata de un encuentro anual dirigido a poner en común buenas prácticas y a coordinar sus actuaciones de defensa de la competencia, así como a impulsar programas de trabajo a fin de fortalecer la cultura de la competencia.

El incremento paulatino de casos abordados por las distintas autonomías muestra un mayor conocimiento por parte de las empresas de estas autoridades y el esfuerzo de los organismos territoriales en la aplicación del derecho de la competencia. Entre los casos asignados a las autoridades autonómicas de competencia destacan los

relativos a actividades asociativas, colegiales y sindicales, los relacionados con prácticas de las Administraciones Públicas y los relativos a la prestación de servicios funerarios.

La colaboración entre las autoridades autonómicas es especialmente intensa en las inspecciones domiciliarias de las empresas. Esta colaboración se plasma en una asistencia mutua entre la CNMC y los órganos de instrucción de las comunidades autónomas a solicitud de cualquiera de dichas autoridades. En el 2015, la CNMC ha solicitado la colaboración de la autoridad autonómica en cinco ocasiones y ha colaborado en dos inspecciones organizadas por dichas autoridades.

---

## Informe sobre los nuevos Estatutos Generales de los Colegios de Administradores de fincas y su Consejo Superior

La CNMC ha emitido el *Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas y su Consejo Superior*. En el documento, la Comisión considera injustificado que los futuros estatutos profesionales incluyan restricciones al acceso y al ejercicio de la actividad porque reducen la oferta de servicios, limitan los incentivos de los profesionales a prestar servicios innovadores y de mayor calidad, incrementan los precios y facilitan la aparición de prácticas anticompetitivas que perjudican la competencia y el interés general.

En este sentido, la CNMC propone que se eliminen las exigencias de colegiación obligatoria para ejercer la profesión, el requisito de disponer de un título oficial universitario de grado en cuyo plan de estudios se incluyan conocimientos directamente relacionados con la administración de fincas y la reserva de la actividad de pericia exclusivamente a los colegiados. Finalmente, la CNMC recomienda evitar que los conceptos de intrusismo y competencia desleal sirvan, incorrectamente, para restringir el acceso a la actividad de administrador de fincas, una profesión no regulada y de libre acceso.

---

## Informe sobre el Proyecto de Real Decreto sobre declaraciones a efectuar por los fabricantes de leche líquida envasada

La CNMC ha emitido un informe sobre el real decreto citado en el título que regula la obligación de los fabricantes de leche líquida de vaca de declarar mensualmente sus

operaciones de venta destinadas a la distribución comercial. Esta obligación deriva del acuerdo para la estabilidad y sostenibilidad de la cadena de valor del sector

de la leche de vaca suscrito por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y las organizaciones representativas de los diferentes sectores que forman parte del proceso productivo del sector. Por otra parte, se trata de una obligación regulada en el Reglamento (UE) núm. 1308/2013, que crea la organización común de mercados de los productos agrarios.

El informe de la CNMC considera, en primer lugar, que la norma va más allá del reglamento porque amplía la obligación de informar sobre los precios de venta de la industria a los distribuidores y para la leche líquida envasada en lugar de para la leche cruda y, en segundo lugar, que la

obligación, tal y como está concebida, puede derivar en un intercambio de información comercial sensible entre los operadores del sector lácteo, lo que implica un grave riesgo de colusión entre éstos.

La CNMC expresa también sus dudas sobre la idoneidad y proporcionalidad de la normativa proyectada para alcanzar la finalidad pretendida y recomienda introducir incentivos para que los operadores modifiquen los factores estructurales que determinan la situación del sector, tales como la promoción del cooperativismo, la vigilancia de los posibles abusos y la orientación hacia nuevas formas de producción.

---

## Reglamento de la Unión Europea sobre acuerdos en el sector lácteo

La Comisión Europea ha publicado el Reglamento de Ejecución (UE) de la Comisión de 11 de abril del 2016, que autoriza los acuerdos y las decisiones en materia de planificación de la producción en el sector de la leche y los productos lácteos.

Se trata de un reglamento que desarrolla el Reglamento (UE) núm. 1308/2013, por el que se autoriza a

las organizaciones de productores, a sus asociaciones y a las organizaciones interprofesionales reconocidas en el sector lácteo a celebrar acuerdos voluntarios conjuntos y a adoptar decisiones comunes sobre la planificación del volumen de leche que se producirá durante un periodo de seis meses a partir de su entrada en vigor.

---

## Prácticas prohibidas

### **Recomendación de precios y obstáculos a la libre elección de proveedores**

La CNMC ha impuesto al Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Médicos Estomatólogos una multa de 234 738 euros por recomendar a sus asociados tarifas de precios por la prestación de servicios y por tratar de impedir que los pacientes pudieran escoger libremente su protésico dental.

A estos efectos, el Consejo General había encargado un estudio de mercado sobre los precios que cobraban los odontólogos con la finalidad de que pudiera servir como referencia para las tarifas aplicables en el futuro por estos profesionales y lo difundió posteriormente entre los colegiados. Asimismo, el Consejo dirigió a los colegiados una recomendación para garantizar que la selección del protésico dental quedara en manos de los dentistas, restringiendo de este modo la competencia entre ellos y obligando a los pacientes a soportar precios más elevados.

---

## Resoluciones de archivo

### **Denuncia contra el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad por la adopción de una recomendación colectiva de boicot**

El Servicio Andaluz de Salud denunció al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad por haber adoptado una recomendación colectiva dirigida a los laboratorios farmacéuticos para que no participaran en las convocatorias efectuadas por el primero para seleccionar los medicamentos que habían de

dispensar las farmacias de Andalucía cuando en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Servicio Andaluz de Salud aquéllos fueran prescritos o indicados por el principio activo. La CNMC procedió a archivar la denuncia al considerar que el ministerio no había actuado como operador económico, sino en el ejercicio de potestades públicas reflejadas en el Real Decreto 200/2012 sobre desarrollo y ejecución de la política farmacéutica (Resolución de 12 de enero del 2016).





### **Prácticas desarrolladas por la Confederación Nacional de Autoescuelas (CNAE)**

La resolución de la CNMC ha acordado archivar la denuncia presentada por la empresa Aeol Service, S. L., contra la CNAE por un abuso de posición dominante consistente en que, al ser esta última entidad adjudicataria de la concesión administrativa de la Dirección General de Tráfico para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial, impone a las autoescuelas que participan en los cursos la adquisición de los productos y servicios que comercializan las empresas que mantienen contratos de colaboración con la CNAE, así como la adscripción exclusiva a la plataforma de esta entidad (Resolución de 12 de enero del 2016).

Tras la investigación llevada a cabo por la Dirección de Competencia, la CNMC llega a la conclusión de que, si bien la CNAE es la única adjudicataria de los cursos citados, lo ha sido por medio del correspondiente concurso público convocado por la Dirección General de Tráfico y no hay evidencias de que haya abusado de dicha posición, sino que se ha limitado a cumplir las condiciones fijadas en los pliegos del concurso para la gestión de los cursos. Tampoco cabe imputar a la CNAE un abuso de posición dominante en cuanto al material didáctico y otros servicios que comercializan los proveedores de la confederación, puesto que su cuota de mercado en el mercado relevante a estos efectos es inferior al 15 %. Por último, la obligación de exclusividad para los interesados que participen en la licitación dentro de la propuesta de la CNAE no parece restrictiva de la competencia porque la oferta de centros es suficientemente amplia como para que puedan existir varias propuestas

que concurran a cada uno de los lotes del concurso del 2014.

### **Denuncia contra Renfe por precios predatorios**

La CNMC ha acordado archivar la denuncia presentada por la Confederación Española de Transporte en Autobús (Confebus) contra Renfe por haber llevado a cabo conductas de precios predatorios, subsidios cruzados y empaquetamientos abusivos al establecer sus políticas comerciales en materia de servicio de transporte de pasajeros de larga distancia y alta velocidad (Resolución de 17 de marzo del 2016).

La CNMC considera que, en función del tiempo de viaje y los precios, el autobús no es suficientemente sustitutivo del tren de alta velocidad en viajes de larga distancia en España, incluso para pasajeros no sensibles al tiempo, de modo que al ser Renfe un monopolio legal, la competencia intermodal entre el tren y el autobús resulta irrelevante a estos efectos. Por otra parte, no existen indicios de prácticas de precios predatorios ni de empaquetamientos abusivos porque no se ha podido verificar que Renfe haya desarrollado una estrategia de sacrificio de beneficios para excluir a los competidores ni que los precios aplicados no se correspondan con una conducta competitiva razonable; tampoco se ha podido demostrar que no se pueda replicar el paquete mixto del billete de larga distancia más cercanías. Así pues, la única vía de investigación factible es la de comprobar la existencia de subvenciones cruzadas de ayudas públicas que hayan distorsionado la competencia en los mercados afectados, pero la CNMC carece de competencia para ejercer el control en esta materia.

---

## **Control de concentraciones**

Durante el primer trimestre del año en curso se han notificado once operaciones de concentración cuyo desglose por la modalidad de la operación es el siguiente: seis operaciones de control exclusivo, dos de adquisición de

rama de negocio, una de adquisición de activos y una de control conjunto. Todas las operaciones de concentración han sido autorizadas en primera fase, salvo una que fue archivada.

---

## **Sentencias**

### **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo del 2016 que establece límites a los registros domiciliarios y a los requerimientos de información de las autoridades de competencia**

La sentencia citada ha anulado la Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo del 2014, que desestimó el recurso presentado por una empresa cementera contra la Decisión de la Comisión Europea (CE) de 30 de marzo

del 2011 por la que, en el marco de una investigación, se le requería información masiva para determinar la existencia de prácticas anticompetitivas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo del 2016 considera que las inspecciones domiciliarias efectuadas en las empresas no estaban fundadas por no haber determinado con la suficiente claridad las infracciones que presuntamente se

estaban investigando, por haber sido llevadas a cabo con la finalidad de obtener información sobre prácticas ilícitas (*fishing expedition*) y no para conseguir las pruebas que confirmaran los indicios o sospechas de la realización de prácticas anticompetitivas que motivaron la apertura del expediente de infracción. Asimismo estima que el requerimiento formal de información remitido a las empresas era demasiado amplio y no relacionado con los indicios de infracción detectados, así como que su contestación suponía un esfuerzo injustificado y desproporcionado para las citadas empresas. En efecto, el artículo 18.3 del Reglamento 1/2003 establece que la Comunidad Europea indicará la base jurídica y el objeto de su requerimiento, especificará la información requerida y fijará el plazo en que habrá de facilitarse. Se trata de una obligación de motivación que constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la información que se solicita, sino también para que las empresas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, quedando preservado su derecho a la defensa. Por otra parte, la obligación de indicar el objeto del requerimiento debe ser interpretada como que hay que informar al afectado sobre el objeto de su investigación y especificar, por tanto, la presunta infracción de las normas de competencia que se investigan. La Comunidad Europea únicamente puede requerir la información que le permita comprobar las presunciones de infracción que justifican la investigación y que se indican en el requerimiento de información, de modo que se exige precisión para poder controlar si la información requerida es necesaria y adecuada. En este sentido, la simple referencia a las conductas de restricción de las importaciones, el reparto de los mercados y la coordinación de precios en el mercado del cemento y de productos relacionados sin indicación de su alcance geográfico es, como señaló el abogado general, demasiado genérica e indeterminada y no se adecua a lo establecido en la norma citada. Además, gran parte de la información requerida no guardaba relación con la investigación iniciada y no era necesaria para comprobar si se había producido la presunta infracción o para determinar su naturaleza y alcance.

#### **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril del 2016, sobre pruebas halladas ocasionalmente en un registro domiciliario**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril del 2016 ha precisado la doctrina que se ha de aplicar a los hallazgos casuales de pruebas en las inspecciones domiciliarias.

Durante el registro efectuado en la sede de la empresa Montesa-Honda por inspectores de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dentro de una investigación sobre la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos de intercambio de información y coordinación de estrategias para la

fijación de precios y condiciones comerciales de venta de las motos y el establecimiento de los márgenes comerciales que los concesionarios otorgan a sus agentes, se detectó casualmente un correo electrónico indiciario de otra posible infracción, totalmente ajena a las actividades objeto de la inspección domiciliaria. Se trataba de un correo de la empresa Suzuki dirigido a la empresa Montesa-Honda que versaba sobre una lista de precios de las motocicletas.

Posteriormente, la Comisión utilizó el citado documento para la incoación de un nuevo expediente sancionador contra Montesa-Honda y Suzuki. Recurrida esta actuación, la Audiencia Nacional estimó el recurso (Sentencia de 4 de diciembre del 2012) y anuló la actuación de la Comisión al considerar que el correo electrónico de referencia no estaba relacionado con el objeto de la orden de inspección domiciliaria que la autorizaba y, en consecuencia, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, su utilización era ilegítima.

Recurrida la sentencia de la Audiencia Nacional por la abogacía del Estado, el Tribunal Supremo considera válida la tesis de la Comisión Nacional de la Competencia y determina que «si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto a la actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado». No ha habido, por tanto, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio ni se ha causado a la empresa una grave indefensión y perjuicio, de modo que no ha habido infracción del artículo 18.2 de la Constitución.

#### **Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de febrero del 2016 sobre incumplimiento de lo establecido en una resolución de la autoridad de competencia**

La sentencia anula la sanción impuesta a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., por haber infringido el acuerdo de terminación convencional suscrito en el 2005 (Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 23 de agosto del 2011). El argumento utilizado por la Audiencia Nacional es la incorrecta tipificación de la conducta sancionada, ya que la resolución recurrida la calificó de infracción muy grave a tenor de lo dispuesto en el apartado 4c del artículo 52 de la Ley 15/2007, que se refiere expresamente a los acuerdos o compromisos adoptados «en aplicación de la presente ley» y, en este caso, el



acuerdo de terminación convencional se adoptó al amparo de la Ley 16/1989. Así pues, la conducta sancionada no se ajusta a la descrita en el tipo infractor porque no se ha incumplido un acuerdo adoptado durante la vigencia de la Ley 15/2007, sino antes de que dicha norma hubiera entrado en vigor, por lo que la resolución sancionadora amplía el ámbito de la conducta ilícita más allá de lo previsto en la ley. Frente a ello no cabe oponer, como hace la abogacía del Estado, que la expresión «en aplicación de la presente ley» es una cláusula de estilo que se repite habitualmente y que ha de entenderse referida tanto a la ley vigente como a la Ley 16/1989.

### **Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo del 2016 sobre pruebas de implicación en un cártel e infracción continuada**

Esta sentencia estima el recurso presentado por la empresa Avis contra la resolución de la CNMC que la sancionó por la participación en un cártel al considerar, por una parte, que la única prueba que la incrimina es un memorándum de una reunión redactado por el representante de la empresa Goldcar, miembro del cártel, que recoge la asistencia del jefe de estación de Avis en el aeropuerto de Málaga —persona que carecía de poder de representación de la citada empresa— y, por otra, que existen una serie de circunstancias que llevan a la conclusión de que ni su participación en la reunión ni su implicación en el cártel están suficientemente acreditadas. Corroboración esta conclusión el hecho de que no exista ningún intercambio de correos entre Avis y las empresas del cártel, que en la documentación incorporada al expediente nunca se

mencione a Avis como integrante del cártel, que la empresa Goldcar reconozca que Avis no puede pactar precios porque se los imponen desde la central del Reino Unido y, fundamentalmente, la falta de interés de Avis en participar en el cártel, puesto que su actividad va dirigida al mercado corporativo y vacacional para clientes de alta gama, de modo que sus objetivos empresariales son muy diferentes al de los miembros del cártel, que, según manifestaron, era perjudicar a las empresas multinacionales.

Por otra parte, la sentencia hace una interesante precisión conceptual sobre los conceptos de «infracción continua» e «infracción continuada», que se suelen utilizar indistintamente. Se considera que existe infracción continua (*continuée* en la versión francesa o *continuing* en la versión inglesa del Reglamento 1/2003) cuando la participación de una empresa en ella no se ha interrumpido, aun cuando no se disponga de pruebas de su intervención en determinados intervalos de tiempo; esta interpretación permite que se pueda imponer una multa por la totalidad del periodo de infracción. En cambio, se considera que hay infracción continuada (*répétée* en la versión francesa o *repeated* en la versión inglesa del Reglamento 1/2003) cuando la participación de la empresa en la infracción se interrumpe en el tiempo, pero más tarde se repite durante otro periodo; en este supuesto, la infracción es única y continuada, aunque solamente se puede sancionar a la empresa infractora por el tiempo que duró la comisión de la infracción. En ambos casos, sin embargo, el plazo de prescripción empezará a contar desde la fecha en que la infracción hubiere finalizado.

## BREVES POR SECTORES (UNIÓN EUROPEA)

### Competencia

#### Automoción

**La Comisión Europea multa a fabricantes de piezas de coches con 137 millones de euros en un acuerdo transaccional por su participación en un cártel.**

Tres fabricantes japoneses de piezas para automóviles (Mitsubishi Electric, Hitachi y Denso) han sido multados por participar en un cártel en el mercado de los alternadores y los interruptores de arranque. Todas las compañías reconocieron su participación y llegaron a un acuerdo con la Comisión. Delso, por su parte, se ha beneficiado de una exención de la multa por revelar la existencia del

cártel. Las compañías coordinaron precios y se repartieron clientes y proyectos entre los años 2004 y 2010. Aunque los contactos tuvieron lugar fuera de Europa, el ilícito afectó a los clientes dentro del Espacio Económico Europeo, ya que ambas piezas se venden a fabricantes de coches en Europa. El hecho de que Hitachi y Melco ya hubieran infringido la normativa europea de competencia ha sido tomado en consideración por la Comisión como circunstancia agravante. Hitachi ha recibido 26,86 millones de multa y Melco, 110,92 millones.

#### Comercio electrónico

**La Comisión publica las conclusiones preliminares sobre *geo-blocking* en el sector del comercio electrónico.**

El informe de la Comisión, enmarcado en la investigación sobre comercio electrónico, está basado en las respuestas a cuestionarios enviadas a más de 1400 minoristas y proveedores de contenido digital. La práctica conocida como *geo-blocking* permite a las páginas web filtrar a los usuarios dependiendo de su localización. Como práctica unilateral es legal (a excepción de que la empresa se halle en posición dominante);

el problema surge de los acuerdos entre empresas. El documento ha concluido que hasta un 38 % de los minoristas y un 68 % de los proveedores de contenido digital recurren a esta práctica. Dentro de estos últimos, hasta un 59 % lo haría sobre la base de un acuerdo, si bien el análisis es más complicado al estar el contenido digital también regulado por derechos de autor. Se prevé que la Comisión publique un nuevo informe más detallado este verano. El informe final se espera para principios del 2017.

### Concentraciones

#### Papelería

**La Comisión aprueba la adquisición, sujeta a condiciones, de Office Depot por Staples.**

Ambas compañías americanas distribuyen material de oficina (como papel, tinta de impresora, tóner, etc.) en diversos países de la Unión Europea. La Comisión analizó los efectos de la transacción en el canal de los contratos de venta internacionales y en el canal de los contratos de venta de papelería en Suecia y Holanda, donde los clientes normalmente concluyen contratos marco de suministro tras una

licitación. La investigación de la Comisión mostró que únicamente estas dos compañías y Lyreco son capaces de operar en el mercado de contratos de suministro internacionales para grandes compañías en Europa. Sobre esta base, la aprobación se ha sujetado a las siguientes condiciones: Office Depot deberá desinvertir todo el negocio de contratos de distribución en el Espacio Económico Europeo y el negocio de operaciones de suministro de material de oficina en Suecia.

#### Productos farmacéuticos

**La Comisión aprueba la adquisición, sujeta a condiciones, de Allergan Generics por Teva.**

La Comisión temía que la entidad resultante no se enfrentase a una competencia suficiente en relación con varios medicamentos

genéricos, ya que ambas compañías se hallan entre las cuatro principales farmacéuticas fabricantes de genéricos. Basándose en ello, ha decidido aprobar la transacción con ciertas condiciones. Así, deberán desinvertir a) en las



moléculas comercializadas y aquellas en desarrollo que den lugar a problemas de competencia en veinticuatro países del Espacio Económico Europeo; b) en la cartera de moléculas

comercializadas y en desarrollo de Teva en Islandia, y c) en la mayoría de las actividades de comercialización de genéricos de Allergan Generics en Irlanda y el Reino Unido.

---

## Jurisprudencia

### Derivados del petróleo

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reduce en 900 000 euros la multa impuesta a la petrolera Galp.** En el 2007, la Comisión Europea multó a varias petroleras con más de 183 millones por participar en un cártel en el mercado del bitumen (usado en el asfalto) en España desde 1991 hasta el 2002. Galp Portugal recurrió la decisión de la Comisión ante el Tribunal General de la Unión Europea, que redujo la multa en septiembre del 2013 por considerar que la Comisión no había analizado correctamente el grado de implicación de la compañía en el cártel.

En casación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha otorgado a Galp una reducción extra de 900 000 euros debido a que el Tribunal General habría cometido un error al declarar que las filiales Galp Energía España y Petróleos de Portugal fueron conscientes de la participación de otros miembros con respecto a dos infracciones concretas relacionadas con el mecanismo de compensación y el sistema de control. El resto de los argumentos han sido rechazados por el Tribunal de Justicia, que ha confirmado la participación de las compañías en el cártel.

---

### Turismo

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea proporciona nuevas directrices sobre los intercambios de información entre competidores.** El Tribunal se ha pronunciado sobre una cuestión prejudicial proveniente de Lituania, donde se decide sobre un asunto en relación con el intercambio de información entre agencias de viajes por medio de un sistema de reservas *on line* llamado E-TURAS. A través de este sistema, cuyo propietario es la empresa de mismo nombre, se publicó una iniciativa de descuentos que fue considerada por la autoridad nacional de competencia como un intercambio de información sensible entre competidores. El tribunal que conoce del asunto preguntó

al Tribunal de Justicia si tal publicación sin distanciamiento expreso por parte del resto de la compañía sería suficiente para considerar que había habido una infracción. El tribunal ha declarado que sí podría existir una presunción de concertación en cuanto a las agencias que tuvieron conocimiento de la iniciativa sin distanciarse. Por el contrario, no podría presumirse la participación en el ilícito de aquellas cuyo conocimiento de la iniciativa no pueda probarse. Para un distanciamiento válido en este caso, donde las compañías no pudieron identificar a todos los destinatarios, cabría simplemente hacer llegar una objeción clara y expresa al administrador de E-TURAS.