



# Notas de Competencia



Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo

2021 N.º 31

# Contenido

|  |           |  |           |
|--|-----------|--|-----------|
| <b>Modificación de las leyes de defensa de la competencia y de creación de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia (RDL 7/2021) .....</b>                  | <b>4</b>  | — Operación de concentración<br>CaixaBank/Bankia .....   | 16        |
| <b>Mosaico .....</b>   | <b>9</b>  | <b>Jurisprudencia.....</b>   | <b>19</b> |
| • <b>Noticias .....</b>  | <b>9</b>  | — Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 7 de abril del 2021. Derechos fundamentales. Aplicación del principio <i>non bis in idem</i> .....  | 19        |
| — La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publica las líneas estratégicas que marcarán su actividad en los próximos años.....                              | 9         | — Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de enero del 2021: cálculo de la sanción cuando no se ha podido acreditar el volumen de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la fecha de la resolución.....   | 19        |
| — Publicación de dos guías por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia .....   | 10        | — Autos del Tribunal Supremo de 15 de enero y de 19 de febrero del 2021 que consideran de interés casacional el aclarar si un intercambio de información estratégica entre empresas que reduce la incertidumbre puede ser considerado un cártel, aun cuando no tenga por objeto la fijación de precios o cantidades en el futuro ..... | 21        |
| — La CNMC aprueba el informe anual de ayudas públicas del 2020 .....   | 11        | <b>Breves por sectores .....</b>   | <b>21</b> |
| — Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA) .....  | 12        | • <b>Competencia .....</b>   | <b>21</b> |
| <b>Prácticas prohibidas .....</b>  | <b>13</b> | — Digital .....  | 21        |
| — Terminación convencional del expediente contra los colegios de odontólogos y estomatólogos .....   | 13        | • Epic Games presenta una denuncia contra Apple en materia de competencia en la Unión Europea .....  | 21        |
| — Terminación convencional del expediente sancionador incoado contra empresas y sindicatos de trabajadores del sector del amarre portuario en la bahía de Algeciras..... | 13        | • <b>Revisión de legislación .....</b>   | <b>22</b> |
| — Sanción a Repsol por incumplimiento de los compromisos impuestos por la Resolución de 3 de abril del 2014 (Repsol/Petrocat) .....                                      | 14        | — Ayudas de Estado .....   | 22        |
| <b>Control de concentraciones .....</b>  | <b>14</b> |  |           |

|  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• La Comisión Europea proroga y amplía el marco temporal para apoyar la economía ..... 22</li> <li>• La Comisión aprueba la modificación de los regímenes españoles de apoyo a la economía en el contexto del brote de COVID-19 ..... 22</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• anticompetitiva de su empresa matriz en caso de que la Comisión haya impuesto una multa únicamente a esta última ..... 23</li> </ul>   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>— Concentraciones ..... 23</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>— Ayudas de Estado ..... 24</li> </ul>   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• La Comisión publica su nueva política de remisiones al amparo del artículo 22 del reglamento de concentraciones ..... 23</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El Tribunal General dicta sus primeras sentencias sobre el marco temporal de ayudas estatales..... 24</li> </ul>   |
| <p><b>Jurisprudencia..... 23</b></p>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• El Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal General por la que se había anulado la decisión de la Comisión que calificaba de ayuda de Estado el régimen fiscal de cuatro clubes de fútbol profesional españoles..... 25</li> </ul> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>— Competencia ..... 23</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>— Competencia internacional..... 25</li> </ul>   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• El Tribunal de Justicia amplía la presunción de influencia decisiva ..... 23</li> <li>• Según el abogado general Pitruzzella, un tribunal nacional puede condenar a una empresa filial a indemnizar el perjuicio causado por la conducta</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Según el abogado general De la Tour, el Reglamento Bruselas I refundido determina tanto la competencia judicial internacional como la local para las reclamaciones de daños y perjuicios ..... 25</li> </ul>                                   |

Análisis

# Modificación de las leyes de defensa de la competencia y de creación de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia (RDL 7/2021)

**Ricardo Alonso Soto**

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

**E**l Real Decreto Ley 7/2021, contiene en su título I las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1, más conocida como Directiva ECN+, cuyo objeto es dotar a las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia, homologar las facultades de que disponen dichas autoridades para llevar a cabo esa tarea y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

El principal objetivo perseguido por la directiva es superar las deficiencias del sistema que han supuesto la aplicación desigual de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), velando para que las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros dispongan de las garantías de independencia, los recursos y las facultades de aplicación e imposición de multas

necesarios para poder aplicar eficazmente los citados artículos.

La actual regulación española de defensa de la competencia ya comprende la mayor parte de las previsiones contenidas en la Directiva ECN+, sin embargo, la plena adecuación a ésta hace necesario modificar la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, así como también algún punto de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y las modificaciones de los reales decretos 261/2008, que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, y 2295/2004, sobre la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia.

## 1. Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia

Entre las modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia destacan, principalmente, las señaladas a continuación:

- 1) Las medidas e instrumentos que sirven para impulsar la cooperación y la asistencia mutua entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Comisión Europea (CE) y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros (ANC) de la Unión Europea, y para reforzar la Red Europea de Competencia, de la que forman parte todas ellas, garantizando la aplicación efectiva de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el buen funcionamiento del mercado interior.

Entre dichas medidas e instrumentos sobresalen los siguientes:

- a) intercambiar información, incluida la confidencial;
  - b) auxiliar a las autoridades nacionales de competencia para que efectúen requerimientos de información y lleven a cabo investigaciones y registros domiciliarios;
  - c) colaborar en la notificación de los pliegos de cargos y de las resoluciones sancionadoras de las autoridades nacionales de competencia;
  - d) tramitar la ejecución de las resoluciones firmes de las autoridades nacionales de competencia en aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 18).
- 2) La ampliación y concreción de los deberes de información y colaboración de las personas y entidades jurídicas públicas y privadas y las facultades de

inspección, incluidos los registros domiciliarios. Como novedad, hay que hacer referencia a la facultad de entrevistar a las personas representantes y al personal de las empresas investigadas (arts. 39, 39 bis y 40).

- 3) Las normas sobre tratamiento de la información confidencial (art. 42).
- 4) En materia de procedimiento sancionador, la principal novedad es la facultad atribuida a los órganos de defensa de la competencia de poder priorizar las denuncias y rechazar las que se refieran a conductas ilícitas cuyo efecto anticompetitivo sea limitado para los consumidores o para la competitividad del mercado, o cuando existen otros instrumentos legales para prevenir estas conductas o promover la competencia (art. 49.4). Junto con ella hay que hacer mención de la concreción del contenido de las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (art. 53) y de la regulación de las medidas cautelares (art. 54).
- 5) En cuanto a las sanciones, hay que señalar las siguientes:
  - a) la clasificación de las infracciones (art. 62);
  - b) la definición de los sujetos infractores (art. 61);
  - c) la revisión del límite máximo de las multas para todas las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que incluye como novedad que los porcentajes máximos del 1 % para infracciones leves,

- del 5 % para infracciones graves y del 10 % para infracciones muy graves se computarán sobre el «volumen de negocios total mundial» de la empresa infractora (art. 63);
- d) la regulación de las multas coercitivas, cuyo límite máximo se fija en el 5 % del volumen de negocios total mundial medio diario por cada día de retraso (art. 67);
  - e) la introducción de determinados ajustes en el programa de clemencia, tanto en el caso de exención del pago de la multa (art. 65) como en el de reducción del importe de la multa (art. 66), donde se prevé que la exención se extienda a la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas;
  - f) la interrupción de la prescripción por actuaciones de la Comisión Europea, de las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros o como consecuencia de la revisión jurisdiccional de las citadas actuaciones (art. 68).
- 6) Por otra parte, se añaden a la disposición adicional primera dos nuevos números que establecen la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer los litigios que surjan en relación con las actuaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando actúe como autoridad requirente o requerida con respecto a la aplicación de los artículos 25 a 28 de la Directiva (UE) 2019/1, en relación con la Comisión Europea o con las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros.

Sorprende, sin embargo, que no se hayan incorporado algunas cuestiones consideradas de especial relevancia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que aparecían en el borrador publicado del Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, tales como a) la extensión del plazo máximo de duración del procedimiento y b) la regulación del procedimiento de transacción que agiliza la tramitación del procedimiento sancionador, ofrece una reducción de la multa y evita los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Tampoco se han incorporado las modificaciones relativas a la suavización de los umbrales que determinan el ámbito de aplicación de la normativa sobre control de concentraciones de empresas, la regulación del procedimiento sancionador por incumplimiento de las resoluciones o compromisos y la ampliación de 60 000 a 400 000 euros como límite máximo de la multa aplicable a los representantes legales y directivos de la empresa infractora que hayan participado en el acuerdo o decisión.

Por último, cabe señalar que una transposición completa de la Directiva ECN+ requiere algunas modificaciones menores que no precisan una norma con rango de ley, por lo que, de conformidad con los principios de buena regulación, se ha decidido que su transposición se lleve a cabo mediante norma reglamentaria. Por ello se plantean a este respecto la modificación de determinados artículos del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, y la modificación del Real Decreto 2295/2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de

competencia, para recoger cuestiones como la forma de presentación de las solicitudes de clemencia o el desarrollo de los principios de cooperación. Se incluye una disposición final para la salvaguarda de rango de estos desarrollos reglamentarios.

## 2. **Modificación de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

En este ámbito se modifican parcialmente dos artículos de la ley y se añade una disposición adicional:

- 1) Se modifica la letra g del artículo 5.1 a fin de facultar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que adopte medidas y decisiones «para aplicar los mecanismos de cooperación, asistencia mutua y asignación de expedientes con la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros» con vistas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de las normas sobre el control de las concentraciones de empresas.
- 2) Se modifica la letra d del apartado 1 del artículo 37 referido a la elaboración de la memoria anual de actividades y su remisión al Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Economía Digital.
- 3) Se añade una disposición adicional decimonovena que obliga a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a elaborar un código de conducta para su personal, que podrá incluir normas en relación con los conflictos de intereses.

## 3. **Modificación del Reglamento de Defensa de la Competencia (RD 261/2008)**

Como consecuencia de las modificaciones normativas anteriormente expuestas, la disposición final primera del Real Decreto Ley 7/2021 modifica los siguientes artículos del Reglamento de Defensa de la Competencia: el artículo 13, «Facultades de inspección»; el artículo 15, «Colaboración con la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia en materia de poderes de investigación»; el artículo 21, «Imposición de multas coercitivas»; el artículo 25, «Iniciación del procedimiento»; el artículo 27, «Acuerdo de no incoación y archivo de la denuncia»; el artículo 39, «Terminación convencional de los procedimientos sancionadores»; el artículo 46, «Presentación de las solicitudes de exención del pago de la multa»; el artículo 48, «Solicitudes abreviadas de exención»; el artículo 50, «Presentación y tramitación de las solicitudes de reducción del importe de la multa y solicitudes abreviadas de reducción del importe de la multa», y el artículo 52, «Deber de cooperación de los solicitantes de exención o de reducción del importe de la multa».

## 4. **Modificación del Real Decreto 2295/2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia**

La disposición final segunda del Real Decreto Ley 7/2021 añade tres nuevos artículos al Real Decreto 2295/2004: el artículo 6 bis, «Procedimiento para la asistencia mutua en las notificaciones y cobro de multas o multas coercitivas»; el artículo 6 ter, «Costes vinculados a la colaboración y asistencia mutua a autoridades nacionales de competencia de otros Estados miembros de la Unión Europea», y el artículo 6 quater, «Procedimien-

to para recaudación de multas y multas coercitivas en procedimientos de asistencia mutua».

## 5. Entrada en vigor

Las modificaciones mencionadas entraron en vigor al día siguiente de la publicación del real decreto ley que las incorpora en el *Boletín Oficial del Estado*, es decir, el 29 de abril del 2021.

No obstante, esta nueva regulación no resulta aplicable a los procedimientos

en materia de competencia formalmente iniciados antes de esa fecha, que se regirán por la normativa anterior. Además, los actos y resoluciones relacionados con esos procedimientos que estén pendientes de ejecución a 29 de abril del 2021 se regirán para su ejecución por la normativa vigente cuando se dictaron. Por último, los actos y resoluciones dictados en el marco de procedimientos de competencia establecidos con posterioridad al 29 de abril del 2021 se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por la normativa modificada.



# Mosaico

## Noticias

### **La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publica las líneas estratégicas que marcarán su actividad en los próximos años**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha publicado la propuesta definitiva con las líneas estratégicas que marcarán su actividad para los próximos seis años (Plan Estratégico 2021-2026), y las actuaciones previstas en los próximos dos años para su desarrollo (Plan de Actuaciones 2021-2022). Tras el trámite de consulta pública, se han incluido algunas de las observaciones recibidas, así como las aportadas por los diputados de la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Congreso de los Diputados.

La existencia de una competencia efectiva entre las empresas y la promoción de los principios de competencia y buena regulación seguirá siendo una de las prioridades de la Comisión, dados los beneficios que generan para la sociedad. La incorporación de la Directiva ECN+ y sus instrumentos en política de competencia serán claves para ello. Además, la Comisión mantendrá una estrecha vigilancia en todos los sectores productivos, con especial atención en el sector digital y en otros concernidos por la crisis del COVID-19 (farmacéutico, asegurador, funerario o financiero). Asimismo, se centrará en la detección de posibles prácticas fraudulentas que afectan a la contratación pública y reforzará la actividad de promoción de la competencia mediante una colaboración decidida con la sociedad civil y las Administraciones Públicas.

En los mercados energéticos favorecerá el papel activo del consumidor de forma que tenga acceso a fuentes de energía seguras y sostenibles y que pueda tener cada vez más control sobre sus consumos. Además, promoverá la innovación en redes, la operación del sistema y los mercados minoristas, fomentando las inversiones eficientes en redes eléctricas y gasistas para integrar las energías renovables. En el ámbito de las telecomunicaciones y el sector audiovisual, la Comisión también pondrá el foco en el consumidor, y prestará especial atención a la conectividad y a respetar los derechos de los usuarios. Todo ello en un entorno lleno de nuevos actores y plataformas digitales que ofrecen distintos y novedosos hábitos de consumo.

La transición ecológica se verá también reflejada en la liberalización del sector ferroviario en España, que culminará en los próximos meses. La Comisión supervisará este mercado clave y vigilará que su buen funcionamiento garantice fórmulas de transporte menos contaminantes y que faciliten la movilidad de los ciudadanos. También, los consumidores serán el centro en la supervisión del sector postal.

La Comisión cimentará las actuaciones de su plan estratégico en varias líneas de acción internas y externas. Para ello aprovechará al máximo las sinergias de la institución gracias a la existencia de sus equipos multidisciplinarios; garantizará un nivel de interlocución adecuado con todos los actores relevantes en su actuación y potenciará su presencia internacional, tendiendo los puentes necesarios para afianzar la presencia de España en el desarrollo económico y social, particularmente en Europa, Latinoamérica y el área mediterránea.

## Publicación de dos guías por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

### 1. *Los beneficios de la competencia para los consumidores*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) publicó en el mes de abril la guía didáctica *Los beneficios de la competencia para los consumidores*. Esta actuación se enmarca en el Plan de acción de la Comisión para el año 2020, revisado en el contexto de la crisis del COVID-19.

### 2. *Guía sobre contratación pública y competencia*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado la primera parte de la actualización de la *Guía sobre contratación pública y competencia* del 2011, que ya ofrecía pautas para mejorar el diseño de las licitaciones públicas y para detectar situaciones de colusión entre las empresas que participan en las licitaciones. En el 2019, la Comisión comenzó su actualización y centró su atención en el análisis de las fases que deberían configurar cualquier proceso de compra del sector público: planificación, preparación, adjudicación, ejecución y evaluación. Todo ello, con el fin de poder ofrecer recomendaciones sobre los problemas que afectan a la competencia y que se plantean en cada una de esas etapas. Concretamente, este primer documento se centra en la importancia que tiene la planificación a la hora de gestionar las compras de las entidades públicas. No en vano, la falta de planificación es una

de las carencias que tradicionalmente presenta nuestro sistema público.

Esta primera parte se refiere fundamentalmente a la fase de planificación y en ella se recogen las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- La falta de una planificación y programación adecuadas del aprovisionamiento público ha sido destacada como una de las principales carencias de la contratación pública en España.
- Una correcta planificación permite mejorar el diseño de las licitaciones, promueve la transparencia y el acceso de los operadores a las licitaciones (especialmente, pymes), permite utilizar procedimientos de adjudicación abiertos y competitivos que favorezcan la concurrencia, incrementa la eficiencia y el ahorro en la gestión de la contratación y ejecución global del contrato y permite adoptar un verdadero enfoque estratégico de la contratación pública.
- A pesar de su utilidad, la planificación ha tenido escasa transcendencia práctica en la regulación sobre contratación pública en España. La Comisión recomienda asumir una verdadera cultura de planificación de la contratación pública que impregne todos los niveles técnico-normativos, organizativos y colaborativos.
- Se recomienda abordar la planificación de forma integrada y estratégica teniendo en cuenta la actividad de la organización e involucrando a todas sus áreas. Finalmente, se recomienda también mejorar la pu-

blicidad y la transparencia de la planificación.

no están restringidas a sectores económicos concretos.

## La CNMC aprueba el informe anual de ayudas públicas del 2020

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aprobado el informe anual de ayudas públicas del 2020, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

Las ayudas públicas son una herramienta efectiva para ayudar a resolver fallos de mercado y apoyar otras políticas públicas. No obstante, también pueden introducir distorsiones en los mercados, perjudicando la libre competencia y el bienestar económico general. Por este motivo, la Comisión realiza una tarea de seguimiento y de evaluación del impacto de las ayudas públicas en la economía española a partir de los últimos datos suministrados por la Comisión Europea.

Del análisis de estos datos, la Comisión concluye lo siguiente:

- 1) Las ayudas concedidas representaron el 0,39 % del producto interior bruto nacional en el 2018, lo que supone un aumento frente al 0,31 % del mismo indicador en el 2017. En el conjunto de la Unión Europea, permanecen estables en el 0,81 %.
- 2) España es el cuarto Estado miembro de la Unión Europea con menos ayudas públicas en porcentaje del producto interior bruto nacional (tras Irlanda, Luxemburgo y Grecia). Los países del norte y del centro de Europa son, de lejos, los mayores concedentes de ayudas dentro de la Unión.
- 3) El incremento en España se ha producido, sobre todo, en las ayudas que se denominan *horizontales*, un tipo de subvenciones que

En consecuencia, las ayudas sectoriales redujeron su peso, lo que es un dato positivo, ya que las ayudas horizontales presentan menores distorsiones a la competencia y son prioritarias para la Unión Europea.

En cuanto a los objetivos perseguidos, se dedicaron recursos sobre todo a ayudas a consumidores individuales (por ejemplo, ayudas a residentes extrapeninsulares) y relativamente menos recursos a favorecer la transición ecológica y energética en comparación con la media de la Unión Europea. En este sentido destaca que desde el 2014 no se han otorgado nuevas ayudas al sector financiero.

El informe también recoge las principales novedades normativas y resoluciones administrativas y judiciales impulsadas por las autoridades de la Unión Europea en el 2019 en materia de ayudas de Estado. Por su importancia futura destaca la aprobación del calendario de la Comunidad Europea (2019-2021) para modificar la normativa de ayudas de Estado o aprobar una normativa ciertamente novedosa (como la basada en el actual libro blanco de subsidios internacionales). Las decisiones más relevantes para nuestro país han afectado a los sectores energético, de las telecomunicaciones, aéreo, automovilístico y portuario. Desde el punto de vista judicial, cabe reseñar varias sentencias relacionadas con ayudas a clubes de fútbol.

En el informe, igualmente, se reseñan las principales actuaciones llevadas a cabo por la Comisión en esta materia en el 2019, entre las que destacan los informes sobre ayudas al despliegue de banda ancha de nueva generación en diferentes regiones y territorios españoles, los concernientes a la normativa de telecomunicaciones y

energía (consumidores electrointensivos) y los relativos a las ayudas concedidas en el contexto de la pandemia del COVID-19.

## Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA)

En su apuesta decidida por la digitalización y el refuerzo de la colaboración ciudadana, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha puesto en funcionamiento el Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA), un canal completamente cifrado y anónimo para que cualquier ciudadano o empresa pueda enviar información sobre prácticas que dañan a la competencia y que, en consecuencia, perjudican la economía española.

El funcionamiento de dicho sistema es muy sencillo y se asimila al de un chat cifrado. Así, cuando el ciudadano introduce una información en el sistema, obtiene un código alfanumérico, que será la única vía de entrada a esas conversaciones. El informante no deberá introducir ningún tipo de información personal (teléfono, nombre o correo electrónico) para colaborar con la Comisión y se establecerá una comunicación bidireccional y anónima. Todas las comunicaciones entre la Comisión y el informante son siempre confidenciales. De esta forma, incluso en los casos en los que los informantes decidan no ser anónimos, sus datos de carácter personal únicamente estarán disponibles para la Unidad de Inteligencia Económica (UIE). Este equipo nunca revelará de manera directa ni indirecta dichos datos en las posibles investigaciones que inicie.

La Unidad de Inteligencia Económica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está formada por un grupo de expertos

en matemáticas, estadística, e informática, además de por economistas y abogados, que se sirven de algoritmos y técnicas propias de análisis de *big data* para desarrollar sus investigaciones. Su trabajo es esencial en casos que afectan directamente a las manipulaciones en la contratación pública y al desmantelamiento de cárteles estables.

Las unidades de inteligencia económica son habituales en las autoridades de competencia de otros países. En el caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, su origen se remonta al 2018 y, desde entonces, ha sido clave para que la Comisión iniciara varias investigaciones. Algunas de ellas han finalizado con la imposición de multas a las empresas infractoras, como en el caso del cártel que se repartía los contratos de la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET) y, más recientemente, con el cártel de las farmacéuticas productoras de radiofármacos (PET).

La Unidad de Inteligencia Económica es la encargada de gestionar el programa de informantes de ilícitos de competencia y su nuevo sistema de comunicación (SICA). La unidad analiza la verosimilitud de los hechos en un plazo abierto. En el caso de que este análisis así lo aconseje, iniciará un procedimiento de investigación. Durante todo el proceso, se adoptarán mecanismos para garantizar tanto la confidencialidad de las personas que aporten información como la de aquellas que se vean afectadas por los hechos o situaciones comunicadas.

Además del sistema recién estrenado (SICA), la Comisión dispone de otros dos canales de colaboración ciudadana: uno, telefónico (671 483 741) y, otro, un buzón de correo electrónico ([buzoncolaboracion@cnmc.es](mailto:buzoncolaboracion@cnmc.es)). Asimismo, cuenta con otras herramientas para la detección de prácticas

anticompetitivas, como el Programa de Clemencia.

## Prácticas prohibidas

### Terminación convencional del expediente contra los colegios de odontólogos y estomatólogos

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha resuelto (Resolución de 9 de febrero del 2021), a propuesta de la Dirección de Competencia, la terminación convencional del expediente incoado al Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España y al Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la primera Región por prácticas contrarias a los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aunque sometida a los siguientes compromisos:

- a) Eliminación de las referencias a las campañas efectuadas en sus redes sociales en relación con las prácticas denunciadas.
- b) No promover campañas de publicidad que deriven en alguna preferencia de prestación de servicios odontológicos frente a otros.
- c) Informar semestralmente durante dos años a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las actividades de comunicación promovidas por el Consejo General y los colegios.
- d) Publicar en la web y en las redes sociales de los colegios la resolución aquí reseñada.

- e) Comunicar individualmente a los colegiados la resolución aquí reseñada.
- f) Gestionar la bolsa de empleo del Consejo General de conformidad con los principios de neutralidad y transparencia.

La terminación convencional es una forma especial de terminación del procedimiento sancionador que supone la inexistencia de pronunciamiento por parte de la autoridad de competencia sobre la existencia o no de infracción de las normas de competencia y, en consecuencia, la ausencia de sanción.

### Terminación convencional del expediente sancionador incoado contra empresas y sindicatos de trabajadores del sector del amarre portuario en la bahía de Algeciras

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha acordado, a propuesta de la Dirección de Competencia, la terminación convencional del expediente sancionador incoado por denuncia del organismo público Puertos del Estado del «Acuerdo de estabilidad del sector del amarre y desamarre en el puerto bahía de Algeciras» suscrito por la patronal del sector y los sindicatos con la mediación del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (Resolución de 23 de febrero del 2021).

Se trataba de un acuerdo colectivo que incluía cláusulas que limitaban el acceso de nuevos operadores a la actividad de amarre y desamarre e incluía diversas obligaciones contrarias a la libertad empresarial para establecer condiciones de contratación y salariales para los trabajadores, tales como la creación de una bolsa de trabajo que otorgaba preferencia absoluta a los inscritos, el establecimiento de un salario base y diversos complementos salariales, así como la creación de una comisión de seguimiento para controlar el cumplimiento del acuerdo.

En el curso del procedimiento, los expedientados presentaron los siguientes compromisos que resolvían los efectos anticompetitivos planteados:

- a) Eliminar la bolsa de trabajadores de contratación obligatoria.
- b) Eliminar las cláusulas sobre complementos salariales;
- c) Abstenerse en el futuro de acordar convenios similares.
- d) Comunicar la terminación convencional a los asociados.
- e) Aprobar un nuevo acuerdo de estabilidad en el empleo en el puerto de la Bahía de

Algeciras al que se incorporarán las modificaciones acordadas y remitir copia de él a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- f) No aplicar las cláusulas controvertidas hasta la aprobación del nuevo acuerdo.

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considera que los compromisos presentados solucionan adecuadamente los problemas de competencia identificados y salvaguardan el interés público y, en consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia, acuerda la terminación convencional del expediente sancionador.

### **Sanción a Repsol por incumplimiento de los compromisos impuestos por la Resolución de 3 de abril del 2014 (Repsol/Petrocat)**

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha impuesto a la empresa Repsol Comercial de productos petrolíferos, S. A., una multa de 850 000 euros por incumplimiento de los compromisos propuestos por Repsol e impuestos por la Resolución de 3 de abril del 2014 (Resolución de 20 de abril del 2021).

## **Control de concentraciones**

Durante este periodo se han autorizado treinta operaciones de concentración económica,

cuya naturaleza es la siguiente: veinticuatro de toma de control exclusivo, dos de adquisición

de activos, tres de toma de control conjunto y una fusión de sociedades. Veintiocho fueron aprobadas en primera fase, dos de ellas con compromisos (CaixaBank/Bankia y Enoplastic/Sparflex) y dos (Albia/Jordial y Elysium/Juanals) fueron llevadas a segunda fase.

Las operaciones autorizadas se enumeran a continuación:

- Ned Suministro GLP/Activos Cepsa (adquisición de activos)
- Graco/Hitech (toma de control exclusivo)
- Latour Capital/Solvay (toma de control exclusivo)
- Circet Iberia/Itete (toma de control exclusivo)
- Memora/Rekalde (toma de control exclusivo)
- Carrefour/Supersol (toma de control exclusivo)
- Media Markt Saturn/Activos Worten (adquisición de activos)
- Enoplastic/Sparflex (toma de control exclusivo)
- Albia/Jordial (toma de control exclusivo)
- Cubico/T-Solar (toma de control exclusivo)
- Akzo Nobel Coatings/Titan (toma de control exclusivo)
- Axa/Igualatorio Cantabria (toma de control conjunto)
- Pai Partners/Myflower (toma de control exclusivo)
- Edify/Ligier (toma de control exclusivo)
- Goodgrower/Vithas (toma de control exclusivo)
- Auxquimia/Budenheim (toma de control exclusivo)
- Catalana de Occidente/Funeraria Aranguren (toma de control exclusivo)
- China Three Gorges/Wind Rose Cefiro (toma de control exclusivo)
- ATC/Negocio Europeo de Torres Telxius (toma de control exclusivo)
- CaixaBank/Bankia (fusión de sociedades)
- Elbit Systems/Sparton (toma de control exclusivo)
- Kerry Iberia Taste Nutritions/Biosearch (toma de control exclusivo)
- Redexis/Repsol GLP (toma de control exclusivo)
- DGTF/Parpública/Tap (toma de control exclusivo)
- Blackstone/Starwood/Extended Stay America (toma de control conjunto)
- Albia/Tanatorio Móstoles (toma de control exclusivo)
- CCPIB/Aimco/IG4/Igua (toma de control conjunto)
- Acciona Mobility/Scutum (toma de control exclusivo)



- Rvu/Penguin\_Portals (toma de control exclusivo)
- Elysium/Juanals (toma de control exclusivo)

## Operación de concentración CaixaBank/Bankia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha autorizado la fusión por absorción de Bankia por CaixaBank en primera fase, aunque subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por CaixaBank. Ello ha dado lugar a la fusión de la tercera y la cuarta entidad bancaria del país, pasando a convertirse la entidad resultante en la líder del mercado de servicios bancarios, concretamente, en todos los segmentos de la banca minorista (Resolución de 23 de marzo del 2021).

Aparte del mercado de servicios bancarios (mercado de banca minorista, banca corporativa, banca de inversión y mercado de *factoring*), la fusión afecta también a los mercados de emisión de tarjetas, terminales punto de venta (TPV) y mercado de cajeros, así como a la producción y distribución de seguros y la gestión de planes y fondos de pensiones, en los que las partes están simultáneamente presentes. Tras el análisis de todos estos mercados, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha concluido que la operación no supondrá una amenaza para la competencia efectiva en los mercados de banca corporativa, banca de inversión, *factoring*, tarjetas, TPV, producción y distribución de seguros y gestión de fondos y planes de pensiones. Y ello porque, en estos mercados, o bien las cuotas resultantes no son preocupantes, o bien la adición de Bankia es reducida, por lo que no se produce una modificación relevante de la estructura competitiva de mercado previa a la operación y existe presión competitiva suficiente en todos ellos.

Sin embargo, el análisis concluye que la operación supone una amenaza para la competencia efectiva en determinados ámbitos del mercado de la banca minorista. Así, para el mercado de las sucursales, además del análisis a nivel nacional y provincial y a la vista de los elevados índices de concentración derivados de la operación en determinadas provincias, se ha llevado a cabo un análisis local en el que se han identificado todos aquellos códigos postales en los que las partes solapan sus actividades, con un exhaustivo análisis de las cuotas de mercado y del número de competidores existentes en los entornos locales más afectados, considerando isócronas de un kilómetro y medio de distancia desde las sucursales de la entidad fusionada. El análisis de los códigos postales resulta también un proxy adecuado para otros mercados de producto que pueden tener una contratación en el entorno de la sucursal, como créditos, depósitos o servicio de cajeros. Como resultado de este análisis, se han identificado ochenta y seis códigos postales en los que la entidad resultante quedará, bien en una situación de monopolio (la nueva entidad será la única entidad bancaria presente en veintiún códigos postales), bien en situación de duopolio expuesta a una débil presión competitiva en un radio de 1,5 kilómetros desde la sucursal en otros sesenta y cinco códigos postales.

Tras comparar productos y las condiciones ofrecidas en los distintos segmentos de mercado por ambas entidades y sus principales competidores, se ha concluido que la nula o reducida presión competitiva en estas zonas otorgará a la entidad resultante un elevado poder de mercado que podría influir en su comportamiento, con posibles efectos adversos para los consumidores ubicados en dichos códigos postales. En particular, se ha identificado un riesgo de exclusión financiera en los lugares donde estén presentes únicamente las partes debido a la posibilidad de cierre de las oficinas bancarias pre-



sentas en dichas zonas tras la fusión. Asimismo, en aquellos entornos en los que no existe una suficiente presión competitiva por parte de terceros operadores, podría producirse un empeoramiento en las condiciones comerciales para los actuales clientes de Bankia.

Adicionalmente, el análisis del mercado de cajeros automáticos ha puesto de manifiesto que, para los clientes de terceras entidades que tenían suscritos acuerdos con Bankia (como ING, Banco Sabadell y las entidades pertenecientes a la red Euro6000), una posible ruptura de los acuerdos, como consecuencia de la fusión, supondría para ellos dejar de acceder a la red de cajeros de Bankia en las condiciones en las que venían haciéndolo y tener que pagar una comisión más elevada. Esta situación sería especialmente perceptible en las localizaciones en las que la posición de Bankia en el mercado de cajeros es especialmente relevante.

- *Compromisos adoptados*

A la vista de los problemas de competencia identificados, las partes han propuesto una serie de compromisos a los que queda subordinada la operación:

A) En relación con los riesgos de exclusión financiera y el posible endurecimiento de comisiones y condiciones comerciales, CaixaBank ha contraído los siguientes compromisos:

- 1) No abandonar, salvo en supuestos excepcionales sujetos a autorización previa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ningún municipio en el que actualmente esté presente una de las partes (o ambas) y no haya ninguna oficina competidora con

el fin de evitar la exclusión financiera en dichos municipios.

- 2) En los veintiún códigos postales en los que CaixaBank se quedará en situación de monopolio, mantener a los clientes de Bankia las mismas condiciones y términos que tengan actualmente suscritos en sus productos. Ello se garantiza durante un periodo de tres años.
- 3) Ofrecer sus productos durante tres años en el resto de los códigos postales identificados como problemáticos (65) en condiciones sustancialmente iguales o no peores a las ofrecidas por CaixaBank en los tres códigos postales con mayor exposición de CaixaBank a competidores.
- 4) En ninguno de los ochenta y seis códigos postales identificados como problemáticos, no cobrar comisiones durante tres años a los clientes procedentes de Bankia por realizar una operación en ventanilla cuando esa operación hubiese sido gratuita de acuerdo con las condiciones ofrecidas por Bankia en la fecha de autorización de la operación.
- 5) Comunicar a los clientes de Bankia (previa aprobación del borrador de comunicación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tanto el cierre de la operación como los posibles cambios en productos que pudieran afectarles; en particular, deberá comunicarles antes de la implementación de los cambios: a) las

nuevas comisiones aplicables como resultado de la modificación de un producto o servicio derivada de la fusión; b) los productos ofrecidos a los clientes de CaixaBank para los que dichos clientes provenientes de Bankia cumplan los criterios de elegibilidad establecidos y que sean equiparables a los productos que tengan contratados en Bankia o mejores que ellos; c) que las modificaciones entrarán en vigor en un plazo mínimo de sesenta días en el caso de los clientes personas físicas (consumidores y autónomos) y de treinta días en el caso del resto de los clientes; d) los derechos de que dispone el cliente ante un cambio de condiciones, y e) la libertad del cliente para cambiar de entidad bancaria.

- 6) Identificar a los clientes de Bankia que cumplan los requisitos de elegibilidad de la cuenta social de CaixaBank y comunicarles la posibilidad de beneficiarse de las condiciones de dicha cuenta. Asimismo, CaixaBank se compromete a mantener, durante la vigencia de este compromiso, dicha cuenta social o un producto equivalente, pero siempre en condiciones iguales o más beneficiosas para los clientes que las de la actual cuenta social.
- B) En relación con los riesgos derivados de una posible ruptura de los acuerdos existentes entre Bankia e ING, por un lado, y con Euro6000 y Banco Sabadell, por otro, para el uso de sus cajeros automáticos, y sin perjuicio de lo previsto en los acuerdos suscritos,

CaixaBank se ha comprometido a lo indicado a continuación:

- 1) Ofrecer a los clientes de dichas entidades acceso a los cajeros que eran titularidad de Bankia antes de la operación durante un periodo de dieciocho meses y en las mismas condiciones económicas previstas en los citados acuerdos.
  - 2) Y, en el caso de cierre de cajeros de Bankia como consecuencia de la operación, dar acceso a los clientes de dichas entidades anteriores al cajero de CaixaBank más próximo al cajero de Bankia cerrado. Para ello, CaixaBank señalará debidamente los cajeros afectados con el objetivo de que sean fácilmente identificables por parte de los clientes de las correspondientes entidades.
- C) Por último, en relación con las participaciones minoritarias comunes de CaixaBank y Bankia, se compromete a cumplir las obligaciones que establecen los respectivos estatutos y pactos de socios en cuanto a la desinversión del porcentaje de participación del capital social que exceda del límite previsto como resultado de la operación, comprometiéndose a no ejercer en ningún caso los derechos de voto asociados a la proporción de capital proveniente de Bankia en la parte que exceda los límites de participación hasta su desinversión.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha considerado estos compromisos adecuados para solucionar los problemas de competencia que presenta-

ba la concentración en la medida en que neutralizan o mitigan los riesgos identificados; asimismo, vigilará su cumplimiento

por parte de CaixaBank, quien deberá informar a la Comisión en los plazos acordados para ello durante su vigencia.

## Jurisprudencia

### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 7 de abril del 2021.**

#### **Derechos fundamentales.**

#### **Aplicación del principio *non bis in idem***

La sentencia estima el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de las personas interpuesto por la empresa Urbaser contra la Resolución de Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de abril del 2018, por la que se acuerda incoar expediente sancionador a la citada empresa por prácticas restrictivas de la competencia y anula la mencionada resolución.

El supuesto de hecho trae causa de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 8 de enero del 2015 que declaró a Urbaser y otras empresas responsables de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). Esta resolución fue anulada por una sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de febrero del 2018, que estimó que no se había acreditado la existencia de una infracción única y continuada, pero que no se pronunció sobre el fondo de las conductas sancionadas.

A la vista de esta situación y considerando que la anulación de la resolución interrumpe el plazo de prescripción, la autoridad de compe-

tencia procedió a incoar un nuevo expediente sancionador por los acuerdos bilaterales anticompetitivos anteriormente analizados que no habían prescrito (Resolución de 18 de abril del 2018).

Recurrida la resolución por la que se incoaba el nuevo expediente, la sentencia de la Audiencia Nacional considera que procede estimar el recurso y anular la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 18 de abril del 2018, en razón de que, una vez anulada la resolución sancionadora de la Comisión por la Sentencia de 23 de febrero del 2018, la incoación de un nuevo expediente por los mismos hechos contra la empresa Urbaser es contraria al principio *non bis in idem* consagrado en los artículos 24 y 25 de la Constitución y en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de enero del 2021: cálculo de la sanción cuando no se ha podido acreditar el volumen de negocios de la empresa infractora en el año anterior a la fecha de la resolución**

Se trata de un recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo del 2019 que anuló parcialmente la Resolución

de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo del 2015 que sancionó a la empresa Timsa como responsable de participar en el cártel de los concesionarios de Audi y Volkswagen y le impuso una sanción de 326 272 euros. Teniendo en cuenta el cese de la actividad de Timsa por haber sido adquiridos sus activos por la empresa Safamotor, la multa se calculó atendiendo al volumen de negocio generado en el año 2014 en las provincias en las que desarrollaba su actividad y en las que Safamotor no operaba con anterioridad a la adquisición de los activos de Timsa, ya que, al haber sido adquirida por otra empresa, no era posible cuantificar el volumen de negocios del ejercicio anterior a la imposición de la multa.

La sentencia considera que no hay vacío normativo porque el artículo 63.3 de la Ley de Defensa de la Competencia resuelve la cuestión de una situación en la que no sea posible cuantificar el volumen de negocios estableciendo que las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de más de diez millones de euros.

Sin embargo, se tiene en cuenta, de un lado, que la finalidad de la utilización del criterio del volumen de negocios es acomodar la sanción, según el principio de proporcionalidad, a la capacidad económica de la empresa y, de otro, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de ‘ejercicio económico precedente’ y la necesidad de que se apliquen para determinar la sanción los criterios de la gravedad y la duración de la infracción en los casos en que se produzcan cambios sustanciales en la situación económica de la empresa entre el periodo durante el que se cometió la infracción y la fecha de imposición de la multa (art. 15.2 del Reglamento 17/1962).

Por consiguiente, cuando —como en el presente asunto— la empresa no haya realizado ningún volumen de negocios durante el ejercicio anterior a la fecha de la adopción de la decisión de imposición de la multa, la autoridad de competencia, ante lo elevado y la falta de proporcionalidad de la sanción sustitutoria, estará facultada para tomar como referencia otro ejercicio económico al objeto de poder evaluar correctamente los recursos económicos de dicha empresa y garantizar que la multa tenga suficiente carácter disuasorio. Así las cosas, el criterio utilizado por el Tribunal de Justicia en relación con el reglamento comunitario puede emplearse también para interpretar los términos del artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en forma compatible con la necesaria predeterminación legal del procedimiento de fijación de la sanción. En efecto, resulta perfectamente posible entender que la referencia al «ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción» lo es al ejercicio completo más próximo (inmediatamente anterior al de imposición de la sanción en el que la empresa haya mantenido su actividad mercantil).

Por otra parte, si el criterio de cuantificación anteriormente establecido diera como resultado un importe superior al de la sanción impuesta en la resolución anulada, deberá respetarse la cuantía de la multa fijada en ésta, ya que dicho importe constituye un límite que no puede sobrepasarse, pues se incurriría en *reformatio in peius*.

Finalmente, la sentencia estima el recurso de casación, anula la sentencia objeto de recurso y estima también en parte el recurso contencioso-administrativo mencionado anulando la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 28 de mayo del 2015 en cuanto a la cuantía de la multa impuesta y ordenando a la Comisión que, con

retroacción de las actuaciones del expediente sancionador por lo que respecta a la empresa Timsa, fije un nuevo importe de la multa según los términos fijados en esta sentencia.

### **Autos del Tribunal Supremo de 15 de enero y de 19 de febrero del 2021 que consideran de interés casacional el aclarar si un intercambio de información estratégica entre empresas que reduce la incertidumbre puede ser considerado un cártel, aun cuando no tenga por objeto la fijación de precios o cantidades en el futuro**

El Tribunal Supremo ha admitido los recursos de casación interpuestos por las empresas Nissan Ibérica y General Motors contra las sentencias de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre del 2019 y de 27 de diciembre del 2019 que desestimaron los recursos interpuestos contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de julio del 2015 que establecía que los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Compe-

tencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíben las prácticas concertadas o colusorias que tengan por objeto o efecto la restricción de la competencia y que, asimismo, establecía que la disposición adicional cuarta de la Ley de Defensa de la Competencia tiene un carácter descriptivo de lo que puede ser considerado cártel. Pero el tribunal no excluye que mediante un intercambio de información de las características mencionadas se cometa una infracción como la sancionada; de hecho, puede y suele constituir un vehículo idóneo para que esta infracción sea cometida.

El Tribunal Supremo añade que, de acuerdo con la Comunicación (CE) 2011/C11/01, por la que se establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, hay determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que dichos intercambios constituyen una restricción de competencia por objeto y por sus características deben ser considerados cárteles.

## **Breves por sectores**

### **Competencia**

#### **Digital**

#### **Epic Games presenta una denuncia contra Apple en materia de competencia en la Unión Europea**

Epic Games ha denunciado a Apple ante la Comisión, quejándose del uso que hace Apple de

su ecosistema iOS. Según Epic Games, Apple utiliza su ecosistema iOS para beneficiarse a sí misma mientras bloquea a los competidores, cometiendo así un abuso de posición dominante. La denunciante acusa a Apple de utilizar su ecosistema iOS para imponer cargas comer-

cialmente inviables a sus rivales, citando en particular la comisión del 30 % de Apple por las compras de la App Store. Epic alega que, cuando dio a los jugadores de su juego Fortnite la posibilidad de elegir en iOS entre el pago de Apple y el pago directo de Epic, Apple bloqueó las actualizaciones de Fortnite. Por último, se queja de que mientras Apple ha lanzado su propio servicio de distribución de juegos, Apple Arcade, ha impedido que sus competidores, incluyendo Epic, hagan lo mismo.

## Revisión de legislación

### Ayudas de Estado

#### La Comisión Europea prorroga y amplía el marco temporal para apoyar la economía

El 28 de enero del 2021, la Comisión Europea aprobó la quinta modificación del marco temporal para apoyar la economía. Debido a la persistencia de la pandemia, la institución ha decidido prorrogar hasta el 31 de diciembre del 2021 las medidas de apoyo que, de otro modo, habrían expirado el 30 de junio de este mismo año (excepto las medidas de recapitalización, que podrían concederse hasta el 30 de septiembre del 2021). Además, la Comisión ha aumentado los límites máximos de determinadas ayudas. En el caso de las ayudas concedidas a empresas cuyos costes fijos no están cubiertos por sus ingresos, el límite se eleva a 10 millones de euros por empresa (antes era de 3 millones). Otros límites se duplican: las empresas dedicadas a la producción primaria de productos agrícolas podrán recibir hasta 225 000 euros; las que operan en el sector de la pesca y la acuicultura, hasta 270 000 euros; y todas las demás empresas, hasta 1,9 millones de euros.

La Comisión también autoriza a los Estados miembros a convertir, hasta el 31 de diciembre del 2022, los instrumentos reembolsables concedidos en el marco temporal en otras formas de ayuda. En principio, la conversión no puede superar los nuevos límites de ayuda.

#### La Comisión aprueba la modificación de los regímenes españoles de apoyo a la economía en el contexto del brote de COVID-19

La Comisión Europea ha aprobado la modificación de tres regímenes españoles de apoyo a la economía que se habían adoptado de conformidad con el marco temporal de medidas de ayuda estatal:

- a) El primero de ellos ha sido prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2021 y por él se permitirá conceder a las empresas garantías sobre préstamos, préstamos bonificados y apoyo a los costes fijos no cubiertos hasta los 10 000 millones de euros del presupuesto para importes limitados de ayuda de 13 650 millones de euros. Igualmente, los importes de las ayudas se incrementan hasta 225 000 euros (producción primaria de productos agrícolas), 227 000 euros (sector de la pesca y la acuicultura) y 1,8 euros (en el resto de los sectores). Además, hasta el 31 de diciembre del 2022, se podrán conceder garantías de hasta ocho años sobre instrumentos de deuda subordinada de nueva emisión y se permitirá convertir las ayudas reembolsables concedidas en virtud de los regímenes existentes en instrumentos más favorables, como subvenciones.
- b) El segundo se prorroga hasta el 31 de diciembre del 2021 y permite a las micro y pequeñas empresas beneficiarse de las

ayudas relacionadas con la investigación, el desarrollo y la innovación.

- c) El tercero se corresponde con el fondo de recapitalización aprobado el pasado julio del 2020 que, tras una primera prórroga hasta diciembre del 2020, se amplía ahora una segunda vez, hasta finales del 2021.

## Concentraciones

### La Comisión publica su nueva política de remisiones al amparo del artículo 22 del reglamento de concentraciones

La evolución del mercado a lo largo de los últimos años ha dado lugar a un aumento gradual de concentraciones en las que participan empresas con un bajo volumen de negocios, pero con un elevado potencial competitivo en el mercado interior. A la luz de lo precedente, la Comisión Europea ha adoptado una comunicación que sienta las directrices de aplicación del mecanismo de remisión entre los Estados miembros —previsto en el artículo 22 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de concentraciones. Por medio de ellas, la Comisión busca fomentar las remisiones de Estados miembros de las operaciones en que el volumen de negocios de al menos una de las empresas afectadas no refleja su potencial competitivo real o futuro. Establece así tanto las categorías de casos que podrían ser idóneos para una remisión en situaciones en las que la operación no es notificable con arreglo a la legislación del Estado o Estados miembros remitentes como los criterios que la Comisión podría tener en cuenta en el ejercicio de su facultad discrecional de aceptar tales remisiones.

## Jurisprudencia

### Competencia

#### El Tribunal de Justicia amplía la presunción de influencia decisiva

Existe una presunción *iuris tantum* en derecho de la competencia según la cual la conducta de una filial puede imputarse a su matriz cuando la filial no actúa de forma independiente en el mercado. En particular, la Comisión Europea aplica esta presunción en aquellos casos en que la empresa matriz posee todo o casi todo el capital de la filial. Pues bien, el pasado 27 de enero el Tribunal de Justicia realizó una serie de matizaciones respecto a dicha presunción y a su aplicación en los casos en que la matriz no posea el capital de su filial, sino todos los derechos de voto de aquella.

En concreto, en la sentencia dictada en el asunto C-595/18P, el Tribunal de Justicia ha declarado que el fundamento de la presunción es el grado de control de la sociedad matriz sobre su filial, y no la mera tenencia del capital de ésta. Así, una sociedad matriz que posee todos los derechos de voto vinculados a las acciones de su filial se encuentra en una situación comparable a la de una sociedad que posee todo el capital de la filial, de modo que puede influir en la estrategia económica y comercial de ésta.

**Según el abogado general Pitruzzella, un tribunal nacional puede condenar a una empresa filial a indemnizar el perjuicio causado por la conducta anticompetitiva de su empresa matriz en caso de que la Comisión haya impuesto una multa únicamente a esta última**



A raíz de la decisión de la Comisión Europea del 2016 por la que se imponen multas a varias empresas del sector del automóvil por acuerdos colusorios sobre fijación de precios, la Audiencia Provincial de Barcelona reenvió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia relativa a si una filial (Mercedes Benz Trucks España S. L.) puede ser considerada responsable de una infracción de las normas de competencia de la Unión Europea por parte de su sociedad matriz (Daimler AG) y en qué condiciones puede surgir dicha responsabilidad.

En sus conclusiones, el abogado general Giovanni Pitruzzella encuentra que la teoría de la unidad económica ha lugar en la medida en que, al igual que una sociedad matriz puede ser sancionada por la conducta anticompetitiva de sus filiales (responsabilidad «ascendente»), también estas últimas pueden ser sancionadas por los daños causados por la conducta anticompetitiva de su sociedad matriz (responsabilidad «descendente»). En ambos casos deben tenerse en cuenta dos factores distintos: 1) la influencia decisiva que la sociedad matriz debe ejercer sobre su filial, así como la actividad de la filial, la cual es necesaria para llevar a cabo la conducta anticompetitiva; 2) matriz y filiales deben operar como una unidad económica y actuar conjuntamente en el mercado, a pesar del «velo» formal de sus personalidades jurídicas separadas. Igualmente, el abogado general apunta que esta responsabilidad es solidaria, por lo que tanto la matriz como las filiales pueden ser obligadas a pagar la totalidad de la multa. Lo anterior, como señala en sus conclusiones el abogado general, agilizará el proceso de ejecución de las reclamaciones de indemnización.

## Ayudas de Estado

### El Tribunal General dicta sus primeras sentencias sobre el marco temporal de ayudas estatales

El Tribunal General se pronuncia por primera vez respecto a los recursos interpuestos por Ryanair contra las ayudas concedidas a las compañías aéreas en virtud del marco temporal de ayudas estatales. Ryanair argumentó en sus recursos una supuesta vulneración de los principios de no discriminación y de libre prestación de servicios, a lo que el Tribunal General ha declarado que, si bien es cierto que el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad, igual de cierto es que lo hace sin perjuicio de disposiciones especiales tales como el artículo 107, apartado 2, letra b, o el 107, apartado 3, letra b. Todo ello en tanto en cuanto la pandemia de COVID-19 así como las restricciones de viaje a) constituyen una situación excepcional en el sentido del artículo 107, apartado 2, letra b, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y b) han causado una grave perturbación en la economía.

Igualmente, como contestación de una supuesta vulneración del principio de proporcionalidad, el Tribunal General ha declarado que ambas medidas son proporcionadas: a) en el caso de Francia, dado que aquellas compañías fueron las más afectadas por las restricciones de viaje, y, b) en el caso de Suecia, porque las compañías que recibieron las ayudas fueron las que más contribuyeron al servicio aéreo regular.



## **El Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal General por la que se había anulado la decisión de la Comisión que calificaba de ayuda de Estado el régimen fiscal de cuatro clubes de fútbol profesional españoles**

El Tribunal de Justicia ratifica la decisión de la Comisión Europea por la que se declara ayuda ilegal la aplicación de un tipo preferente en el impuesto de sociedades de aquellos clubes de fútbol que pudieron acogerse a la excepción de transformarse en sociedades anónimas deportivas. El Tribunal de Justicia declara lo siguiente:

- 1) En primer lugar, que, en el caso de un régimen de ayudas, debe distinguirse entre la adopción de un régimen de ayudas y las ayudas individuales concedidas basándose en él —estas últimas se limitan a aplicar un régimen de ayudas, por lo que constituyen meras medidas de aplicación del régimen general que, en principio, no deberían ser notificadas a la Comisión—.
- 2) En segundo lugar, señala que el examen de la existencia de una ventaja no puede depender de la situación financiera de los beneficiarios en el momento posterior a la concesión de la ayuda, por lo que la imposibilidad de determinar (en el momento de la adopción de un régimen de ayudas) el importe exacto por ejercicio fiscal de la ventaja concedida, no puede impedir que se considere que ese régimen puede conferir una ventaja.

Dicho esto, el Tribunal de Justicia desestima el recurso interpuesto por el Fútbol Club Barcelona y anula la Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero del 2019, ratificando la decisión de la Comisión, sin entrar a considerar si la medida controvertida estaba justificada por

la lógica interna del sistema fiscal y de las normas aplicables a la recuperación de las ayudas existentes.

## **Competencia internacional**

### **Según el abogado general De la Tour, el Reglamento Bruselas I refundido determina tanto la competencia judicial internacional como la local para las reclamaciones de daños y perjuicios**

El asunto C-30/20 se refiere a la petición de un tribunal español de una decisión prejudicial en un caso de daños y perjuicios de un cártel de camiones. Un demandante domiciliado en Córdoba, que había adquirido cinco vehículos Volvo en esa ciudad, presentó una demanda contra cuatro entidades del grupo Volvo, tres de ellas domiciliadas en distintos Estados miembros, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid. Los tribunales españoles tenían dudas sobre la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I refundido.

En concreto, el Reglamento Bruselas I refundido establece, como regla general, que los tribunales del domicilio del demandado son los competentes. Además, existen normas especiales que, en función de la materia, permiten iniciar un procedimiento en otro lugar. Éste es el caso de los apartados 1 y 2 del artículo 7, que se refieren a cuestiones contractuales y extracontractuales, respectivamente, y permiten al demandante demandar al demandado en el lugar de cumplimiento de la obligación y en el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

El tribunal español considera que el artículo 7.2 puede aplicarse al caso en cuestión, pero

exige que se aclare si dicho artículo es una norma puramente relacionada con la competencia judicial internacional o si se trata de una norma combinada que también determina la competencia territorial local.

En sus conclusiones de 22 de abril del 2021, el abogado general Richard de la Tour ha considerado que la finalidad del artículo 7.2 es regular la competencia de los órganos jurisdiccionales no sólo entre los Estados miembros, sino también a nivel interno. Para llegar a esta conclusión argumentó que se desprende de una interpretación literal

del reglamento: mientras que el artículo 4 se refiere a «los tribunales de dicho Estado [miembro]», el apartado 2 del artículo 7 se refiere a una demanda «en otro Estado miembro» (distinto de aquel en el que está domiciliado el demandado) y, dentro de ese Estado, a «los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso». Además, el apartado 2 del artículo 7 contiene una norma excepcional que pretende proteger a la parte débil. Por último, esta interpretación es conforme con el principio de proximidad y de buena administración de justicia.