

Boletín

# *Competencia*

N.º 41



# Contenido

<b>Prácticas abusivas en el mercado de reservas hoteleras en línea: el caso Booking.com .....</b>	<b>4</b>		
<b>Mosaico .....</b>	<b>9</b>		
• <b>Noticias.....</b>	<b>9</b>		
— Nominación de director de Competencia .....	9		
— Convenio entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Banco de España .....	9		
— Reglamento de arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia .....	9		
— La CNMC y la Comisión Europea firman un acuerdo para la creación de un equipo de investigación conjunto para supervisar las grandes plataformas digitales .....	10		
— La CNMC participa en el Grupo de Alto Nivel sobre la Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea que supervisará el desarrollo de la inteligencia artificial .....	10		
— La CNMC resalta el papel fundamental de la competencia en la nueva política industrial española .....	11		
— Los Gobiernos de catorce comunidades autónomas reclaman 1750 millones de euros a las empresas integrantes del cártel de los pañales para incontinencia de adultos .....	12		
		• <b>Prácticas prohibidas .....</b>	<b>13</b>
		— Sanción a la empresa Booking.com, BV, por abuso de posición dominante .....	13
		— Sanción a la Sociedad General de Autores de España por abusar de su posición dominante al diseñar y aplicar las tarifas que cobra a radios y televisiones por usar su repertorio musical y audiovisual .....	13
		— La CNMC desmantela tres cárteles que se repartían el suministro de alimentos a hospitales, residencias de mayores, centros penitenciarios e instalaciones del Ejército.....	14
		• <b>Control de concentraciones .....</b>	<b>15</b>
		• <b>Jurisprudencia .....</b>	<b>16</b>
		— <b>Audiencia Nacional.....</b>	<b>16</b>
		• Sentencias de 24 de junio del 2024: cártel de empresas de montaje y mantenimiento industrial .....	16
		• Sentencias de 24 de junio y 27 de junio del 2024: sanciones a directivos partícipes en el cártel de empresas de montaje y mantenimiento industrial .....	17
		• Sentencia de 2 de julio del 2024: cálculo de la multa .....	18
		• Sentencia de 7 de mayo del 2024: prescripción .....	18
		— <b>Tribunal Supremo.....</b>	<b>18</b>
		• Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio del 2024: recurso de casación en relación	

con el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia .....	18	• Se abandonan dos proyectos de concentración .....	24
• Sentencias de 22 de julio del 2024: indemnización de daños motivados por el cártel de camiones (cinco sentencias).....	20	— <b>Procedimientos sancionadores</b> .....	<b>25</b>
• Sentencia de 22 de julio del 2024: indemnización de daños motivados por el cártel de camiones.....	20	• La Comisión Europea impone varias sanciones.....	25
• Sentencia de 10 de mayo del 2024: derechos audiovisuales de competiciones deportivas de fútbol .....	21	• La Comisión Europea abre una nueva investigación .....	25
<b>Breves por sectores</b> .....	<b>22</b>	• La Comisión Europea envía un pliego de cargos a Alchem por su participación en el primer caso de cártel farmacéutico en la Unión Europea .....	26
— <b>Ayudas de Estado</b> .....	<b>22</b>	• La Comisión Europea envía un pliego de cargos a Alchem por su participación en el primer caso de cártel farmacéutico en la Unión Europea .....	26
• La Comisión Europea aprueba dos regímenes españoles de ayudas .....	22	• La Comisión Europea lleva a cabo nuevas inspecciones .....	26
• La Comisión Europea recaba opiniones sobre normativas en materia de ayudas estatales .....	23	• La Comisión Europea acepta los compromisos presentados por compañías para terminar dos procedimientos sancionadores .....	26
• La Comisión Europea modifica dos instrumentos de ayudas de Estado .....	23	• La Comisión Europea cierra una investigación.....	26
• La Comisión Europea aprueba dos proyectos importantes de interés común europeo.....	23	— <b>Reglamento de subvenciones extranjeras</b> ...	<b>27</b>
— <b>Control de concentraciones</b> .....	<b>24</b>	• La Comisión abre una investigación en profundidad .....	27
• La Comisión Europea autoriza dos concentraciones sujetas a condiciones .....	24	• La Comisión Europea ofrece nuevas indicaciones sobre el reglamento de subvenciones extranjeras.....	27
		— <b>Reglamento de mercados digitales</b> .....	<b>27</b>
		— <b>Otros</b> .....	<b>28</b>

ARTÍCULO

# Prácticas abusivas en el mercado de reservas hoteleras en línea: el caso Booking.com

---

**Ricardo Alonso Soto**

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a la empresa Booking.com, B. V., con una multa de 413 240 000 euros por abusar de su posición de dominio infringiendo los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Booking.com es una plataforma digital que actúa como una agencia de viajes en línea. A través de su web intermedia entre los hoteles, que ofertan sus habitaciones, y los clientes, que buscan un hotel, comparan precios y realizan sus reservas. Cobra una comisión al hotel calculada sobre el importe de las reservas a través de Booking.com y dispone de un inventario hotelero proporcionado directamente por los hoteles en virtud de unas condiciones generales de contratación que han de suscribir los hoteles con Booking.com.

Adherirse a ellas es obligatorio para figurar en la web y en la aplicación de Booking.

El *mercado relevante* ha sido definido en este caso como el mercado de la provisión de servicios de intermediación de reservas en línea a los hoteles por parte de agencias de viaje en línea. La cuota de mercado de Booking.com en España ha oscilado durante el periodo investigado entre el 70 % y el 90 %. En este mercado operan otras empresas como eDreams y Lastminute, fundamentalmente con agencias de viaje, o Logitravel, con proveedores mayoristas.

En el 2021, la Asociación Española de Directores de Hotel y la Asociación Empresarial Hotelera de Madrid denunciaron a la compañía por abusar de su posición de dominio en el mercado, lo que motivó que, en octubre del 2022, la Comisión Nacional de los Mercados y la

Competencia iniciara un expediente sancionador que concluyó declarando que Booking había incurrido en dos prácticas anticompetitivas:

- Una, tipificada como *abuso de posición de dominio explotativa* al imponer varias condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España, en concreto, las siguientes:
  - a) Una cláusula de precios que impide ofertar sus habitaciones en sus propias webs por debajo del precio que ofertan en Booking.com, a la vez que Booking.com se reserva el derecho a rebajar unilateralmente el precio que los hoteles ofertan a través de la web o aplicación de Booking (cláusula de paridad de precios estrecha).
  - b) Cláusulas de las condiciones generales que establecen la validez exclusiva de la versión en inglés, la aplicación al contrato del derecho holandés y la sumisión al foro judicial de Ámsterdam.
  - c) Falta de transparencia en la información sobre el impacto y rentabilidad de suscribirse a los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*. Estos programas permiten a los hoteles que los suscriban mejorar su posicionamiento en la clasificación predeterminada de resultados de Booking.com a cambio de una comisión más alta o de ofrecer descuentos en la habitación más vendida o en la más barata que el hotel tenga en Booking.com.

Estas conductas producen los siguientes efectos anticompetitivos: las condiciones

comerciales no equitativas impiden a los hoteles ofertar precios más baratos de sus habitaciones en sus propias webs, mientras que Booking.com sí se reserva la posibilidad de rebajar el precio de la habitación que el hotel publica en su plataforma. En caso de conflicto sobre las cláusulas generales de contratación (GDT), no pueden acudir a los tribunales españoles y deben emplear el derecho de los Países Bajos, lo que les genera costes de litigación inequitativos. La falta de transparencia les impide tomar decisiones informadas sobre la suscripción o no a los programas Preferente, Preferente Plus y *Genius*, muy relevantes para los hoteles situados en España.

- La otra, tipificada como *abuso de posición de dominio exclusionaria* al restringir la competencia que pueden ejercer otras agencias de viajes en línea competidoras mediante las siguientes fórmulas:
  - a) El empleo del número total de reservas de un hotel a través de Booking.com como criterio de posicionamiento en la lista de resultados predeterminada de Booking.com. Ello incentiva a los hoteles a concentrar sus reservas en línea únicamente a través de Booking.com, impidiendo que otros competidores puedan entrar o expandirse en el mercado.
  - b) El empleo, como criterio para acceder y permanecer en los programas Preferente y Preferente Plus, de un requisito de rendimiento basado fundamentalmente en la rentabilidad de cada hotel para Booking.com. Ello promueve que los hoteles que quieran acceder o permanecer en los programas sigan una política de precios y de disponibilidad que los

conduce a concentrar sus ventas en la plataforma, en perjuicio de otras agencias competidoras.

Los principales efectos anticompetitivos de estas conductas son que la utilización del empleo total de reservas del hotel en Booking, como criterio de posicionamiento en la clasificación determinada de resultados de Booking.com, y el establecimiento de un requisito de rendimiento —rentabilidad— que supone cada hotel para Booking— para acceder o permanecer en Preferente y Preferente Plus restringen la competencia de otras agencias de viajes en línea y ello redundante en que los hoteles no puedan acceder a mejores condiciones comerciales en la prestación de servicios de intermediación de reservas en línea.

En consecuencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su resolución de 29 de julio del 2024, impone a Booking.com una multa de 206 620 000 euros por cada una de las infracciones únicas y continuadas de abuso de posición de dominio, en total, 413 240 000 euros.

Además, le impone las siguientes obligaciones de comportamiento para garantizar que ni las conductas que dieron lugar a las infracciones ni otras que puedan producir un efecto equivalente prosigan en el futuro:

1. Booking.com deberá dejar de incluir simultáneamente en sus contratos, presentes y futuros, con hoteles situados en España los dos siguientes tipos de cláusulas: aquella cláusula que obliga al hotel a mantener una paridad estrecha de precios con Booking.com o aquella cláusula que

permite a Booking.com poder rebajar, a su discreción, el precio que el hotel establezca para sus habitaciones en el sitio web de Booking.com. Para cumplir con esta obligación, Booking.com deberá abandonar uno de los dos tipos de cláusulas señaladas, a su elección.

2. Booking.com deberá incluir en sus contratos, presentes y futuros, con hoteles situados en España que:
  - a) la versión en lengua española de las condiciones generales de contratación entre Booking.com y un hotel situado en España, es vinculante a efectos jurídicos y no está supeditada a la versión en otras lenguas; b) el ordenamiento jurídico español es el aplicable a cualquier condición general de contratación, entre Booking.com y un hotel situado en España; c) en caso de conflicto en relación con cualquier condición general de contratación, entre Booking.com y un hotel situado en España, los tribunales competentes deben estar radicados en España.
3. Booking.com ofrecerá a los hoteles situados en España, de forma individualizada, su mejor estimación relativa a la siguiente información en relación con su participación en los programas, *Genius*, *Preferente* y *Preferente Plus*: su mejor estimación sobre la previsión de visitas a la página web del hotel en Booking.com, así como de reservas, adicionales que reportará cada programa durante el mes natural siguiente [...], y su mejor estimación del número de noches adicionales por habitación que

ha reportado la participación en los programas Preferente Plus y Genius durante los últimos 30 días, de modo diferenciado. [...] en el programa 'Visibilidad Extra', sobre la estimación del aumento de visitas a la página web del hotel en el sitio web de Booking.com y de reservas que va a obtener, y en el programa Preferente, sobre la estimación de noches adicionales por habitación que ha reportado su participación en el mismo durante los últimos 30 días.

Además, Booking.com ofrecerá a los hoteles situados en España la posibilidad de consultar un histórico que recopile toda la información que haya ofrecido en relación con esta obligación, para que el hotel pueda consultarla *a posteriori*.

4. Booking.com no empleará con hoteles situados en España, como criterio de ordenación de los resultados de su clasificación predeterminada, las reservas brutas (incluidas las cancelaciones) y netas (sin incluir las cancelaciones) del hotel en el sitio web de Booking.com (y páginas de terceros donde se muestre la clasificación predeterminada de resultados elaborada por Booking.com) o cualquier medida con efecto equivalente (como puede ser, entre otros, el nivel de ingresos que ha reportado el hotel a Booking.com).
5. Booking.com no empleará, con hoteles situados en España, como criterio de acceso y permanencia en los programas Preferente y Preferente Plus, cualquier tipo de

medida relacionada con la rentabilidad que supone el hotel para Booking.com.

Asimismo, se impone la obligación de comunicar estas condiciones a los hoteles situados en España que emplean los servicios de intermediación de reservas de Booking.com.

Finalmente, la resolución establece la aplicación a Booking.com de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, al considerar que las infracciones cometidas deben ser calificadas de infracciones de falseamiento de la competencia a los efectos del artículo 71.1b de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

La resolución no fija, sin embargo, la duración y alcance de la citada prohibición de contratar por lo que tales extremos deberán determinarse mediante el procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la Ley de Contratos del Sector Público. A tal efecto, se acuerda remitir una certificación de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

2. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 19 de septiembre del 2024 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el tribunal de primera instancia de Ámsterdam, ha considerado que las denominadas *cláusulas de paridad de precios* tanto amplias como estrechas que imponen a los hoteles, en distinto grado, fijar precios en su propia página web o en canales alternativos de venta que sean inferiores a los ofrecidos en las plataformas de reserva y que incluye Booking.com en sus contratos con los hoteles, no pueden considerarse restricciones accesorias y, en consecuencia, no escapan a

la posibilidad de ser declaradas ilegales por aplicación de las normas de competencia. La sentencia considera que no se ha demostrado que las cláusulas de paridad de precios sean objetivamente necesarias para la realización de la operación principal ni proporcionadas con relación al objetivo perseguido por ella, por el contrario, pueden reducir la competencia entre las distintas plataformas de reservas hoteleras, lo que puede producir la expulsión de las pequeñas plataformas y de las nuevas plataformas que se incorporan al mercado.

Hay que señalar también a este respecto que la Comisión Europea puso fecha de caducidad a esta práctica al otorgar a Booking.com el estatus de empresa *gatekeeper* previsto en la Ley de Mercados Digitales (Digital Markets Act) y conceder a dichas empresas un plazo de seis meses para demostrar que se han adaptado a la nueva normativa relativa a sus actividades en el mercado. Booking.com eliminó las cláusulas de paridad de sus contratos el 1 de julio del 2024.



# Mosaico

## Noticias

### Nombramiento de director de Competencia

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha nombrado a doña Susana Campuzano Fernández directora de Competencia del citado organismo.

Con anterioridad fue jefa de la Unidad de Inteligencia Económica en la Dirección de Competencia (2020-2024).

### Convenio entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Banco de España

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (también, en adelante, «CNMC» o «Comisión») y el Banco de España han firmado un convenio para facilitar a los investigadores el acceso a los microdatos disponibles en la Comisión a través de la infraestructura segura del Laboratorio de datos del Banco de España (BELab).

Las bases de microdatos son una valiosa fuente de información sobre el comportamiento de los agentes económicos. Su explotación permite una mejor y más profunda comprensión de la realidad. Por ello, la Comisión pone a disposición de la comunidad investigadora (previa validación) conjuntos de datos que ha recabado de distintos agentes para la elaboración de estudios, bases de datos de contratación pública o microdatos de encuestas que realiza y que pueden resultar de gran interés para la investigación y el análisis de distintos sectores y mercados.

### Reglamento de arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aprobado el «Reglamento de arbitraje» para resolver conflictos entre operadores relacionados con el derecho de la competencia y los sectores que supervisa.

El artículo 5.1b de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia atribuye a la Comisión las funciones de arbitraje sometidas por los operadores económicos (en aplicación de la Ley de Arbitraje) y encomendadas por las leyes (sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos). Los artículos 14 y 20 de la ley de creación, por su parte, establecen la capacidad del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de actuar como órgano colegiado de decisión en materia de arbitraje. El Estatuto Orgánico de la Comisión también prevé la función de arbitraje institucional por parte de ésta (art. 46) y atribuye la competencia decisoria al Consejo (art. 8). Además, incluye la posibilidad de adoptar reglas propias, como este Reglamento de arbitraje.

Esta nueva norma, prevista en el Plan Estratégico 2021-2026 y en el Plan de Actuaciones 2023, diseña el procedimiento arbitral y dota a la Comisión de una mayor transparencia y predictibilidad como órgano de arbitraje. Además, prevé un procedimiento abreviado para los casos de menor complejidad y escasa cuantía (cien mil euros) e incluye algunas de las aportaciones recibidas en

las consultas públicas de septiembre del 2023 y febrero del 2024.

Desde su creación en el 2013, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha tramitado once arbitrajes: dos en el sector energético y nueve en el marco del expediente de la concentración Telefónica/DTS.

## **La CNMC y la Comisión Europea firman un acuerdo para la creación de un equipo de investigación conjunto para supervisar las grandes plataformas digitales**

Ambas instituciones han firmado un memorando de entendimiento (MoU).

- El acuerdo permitirá la creación de equipos de investigación conjuntos en el marco de la Ley de Mercados Digitales (Digital Markets Act, DMA).
- Esta norma evita que las grandes plataformas en línea, que actúan como guardianes de acceso, impongan condiciones injustas a las empresas y los usuarios.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y la Comisión Europea han firmado en junio de este año un memorando de entendimiento que permitirá que el personal de ambas instituciones colabore a través de equipos de investigación conjuntos en el marco de la mencionada Ley de Mercados Digitales.

Dicha ley garantiza que las grandes plataformas en línea, que actúan como guardianes de acceso, se comporten de manera equitativa, es decir, que no impongan condiciones injustas a las empresas y a los usuarios finales y que aseguren el carácter abierto de sus servicios digitales.

El memorando de entendimiento garantiza la cooperación entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Comisión Europea. En concreto, permite que el personal de la primera forme parte de los proyectos, iniciativas y equipos de investigación de la segunda en algunos casos en los que la Ley de Mercados Digitales afecte al mercado español. De este modo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contribuirá de manera significativa a aplicar la normativa europea, así como a adquirir experiencia y conocimientos en la materia. La colaboración no afecta a las competencias de la Comisión Europea como ejecutora de la Ley de Mercados Digitales.

## **La CNMC participa en el Grupo de Alto Nivel sobre la Ley de Mercados Digitales de la Unión Europea que supervisará el desarrollo de la inteligencia artificial**

La Unión Europea ha creado un grupo de alto nivel para asesorar a la Comisión Europea a la hora de implementar la Ley de Mercados Digitales y otras regulaciones sectoriales aplicables a los guardianes de acceso. También comparte sus experiencias en investigaciones de mercado sobre servicios y prácticas emergentes a fin de garantizar que esta normativa esté preparada para el futuro.

El grupo, presidido por la Comisión Europea, está compuesto por el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (BEREC), el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPB), el Consejo Europeo de Protección de Datos (EDPS), la Red Europea de Competencia (ECN), la Red de Cooperación para la Protección del Consumidor (CPC Network) y el Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual (ERGA).

El grupo de alto nivel, en el que participa la presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha acordado desarrollar medios para asegurar una actuación coordinada sobre el desarrollo de la inteligencia artificial en la Unión Europea. Este grupo ha publicado, asimismo, una declaración y ha acordado crear un subgrupo de trabajo dedicado a esta materia.

En la declaración se establece que el grupo de alto nivel seguirá el desarrollo de la inteligencia artificial en la Unión Europea (de acuerdo con la Ley de Mercados Digitales y la Ley de Inteligencia Artificial) con el fin de mitigar los riesgos de ésta, preservar la competitividad en el mercado y promover la innovación.

La Ley de Mercados Digitales garantiza que las grandes plataformas en línea que actúan como guardianes de acceso y que ya operan con sistemas de inteligencia artificial no impongan condiciones inequitativas a las empresas y a los usuarios finales y garanticen el carácter contestable de sus servicios básicos de plataforma.

El grupo de alto nivel también ha creado un subgrupo de trabajo dedicado a la inteligencia artificial que se encargará de a) seguir los avances en esta materia y analizar las interacciones entre la Ley de Mercados Digitales y otros instrumentos regulatorios; b) intercambiar experiencias y conocimientos para aplicar la normativa en el ámbito de la inteligencia artificial, y c) desarrollar los medios de cooperación adecuados para una regulación consistente.

### **La CNMC resalta el papel fundamental de la competencia en la nueva política industrial española**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha analizado el Anteproyecto de Ley de Industria y Autonomía Estratégica. Esta norma,

alineada con las directrices de la Unión Europea, establece los principales instrumentos de gobernanza para aumentar la autonomía estratégica de España, impulsar la industria, mejorar su competitividad internacional y alcanzar la neutralidad climática antes del 2050.

La Comisión subraya que la competencia es un catalizador clave para la innovación y para mejorar la competitividad, la productividad y el empleo en el sector industrial. Esta perspectiva es compatible con los desafíos de la doble transición ecológica y digital, así como con el fortalecimiento de la autonomía estratégica.

Aunque el proyecto menciona la simplificación administrativa, algunos cambios propuestos (como el reforzamiento de la autonomía estratégica o la imposición de nuevas certificaciones) pueden ir en sentido contrario. La Comisión recuerda que, además de las ayudas públicas, es fundamental eliminar barreras innecesarias para la competencia a fin de fomentar un entorno industrial dinámico y eficiente.

La Comisión ofrece su colaboración para el desarrollo reglamentario de esta normativa y destaca varias áreas de mejora:

- a) La participación en el Consejo Estatal de Política Industrial como miembro de pleno derecho, con voz, pero sin voto.
- b) El establecimiento de la obligación de mantener la actividad de los beneficiarios de ayudas (se recomienda justificar el umbral elegido de ser beneficiario de ayudas de más de 6 millones de euros para imponer ciertas obligaciones, y asegurar su alineamiento con las directrices de ayudas regionales de la Unión Europea).
- c) La protección de la «industria intensiva en energía», teniendo en cuenta que las medidas de apoyo deben respetar la normativa

de ayudas de Estado y ser financiadas por los Presupuestos Generales del Estado.

- d) Las certificaciones de empresa industrial excelente y estratégica deben ser voluntarias y permitir otras formas de acreditación.
- e) El desarrollo reglamentario debe promover la competencia efectiva y la neutralidad competitiva. Para ello, se debe acudir, siempre que sea posible, a sistemas de aprovisionamiento de bienes o servicios que garanticen la aplicación de aquellos principios de forma efectiva.
- f) En materia de comunicación de cierre o reducción de actividad, se recomienda evaluar el impacto de las nuevas exigencias, así como comunicar el proceso de cierre o reducción de actividad a las organizaciones empresariales más representativas y que la obligación para la empresa de contratar una asistencia técnica para valorar alternativas sea asumida por las Administraciones Públicas.
- g) En cuanto al fondo de apoyo a la inversión industrial productiva, se sugiere tener en cuenta que las inversiones que realice puedan ser consideradas ayudas de Estado si se reúnen los requisitos establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Finalmente, hay que destacar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia reafirma su compromiso con la promoción de un entorno competitivo que beneficie a la industria española y contribuya a su modernización y sostenibilidad.

### **Los Gobiernos de catorce comunidades autónomas reclaman 1750 millones de euros a las empresas integrantes del cártel de los pañales para incontinencia de adultos**

Los Gobiernos de catorce comunidades autónomas ejercerán una acción civil de daños y perjuicios contra las empresas integrantes del cártel de los pañales para adultos como compensación de los sobrepagos pagados por los sistemas públicos de salud al adquirir los citados productos. A estos efectos las reclamaciones presentadas son las siguientes: Cataluña, 526 millones; Andalucía, 600 millones; Galicia, 350 millones; País Vasco, 100 millones; Madrid, 80 millones; Murcia, 50 millones; Baleares, 27 millones, y Asturias, 18 millones. La Comunidad Valenciana, las dos Castillas, Aragón, Extremadura y Navarra, así como el Insalud del Ministerio de Sanidad, están evaluando la cuantía de los daños para proceder a reclamar su indemnización.

El cártel integrado por la patronal Fenil y las empresas Essity, Grupo Hartmann, Indas, Algodones del Bagés, Textil Planas, Barna Import Médica, Ontex Peninsular, SCA Higiene Productos y Ausonia (Procter & Gamble), que representaban conjuntamente el 95 % del mercado en connivencia con los distribuidores mayoristas y el Consejo General de Colegios Farmacéuticos en relación con el canal farmacia, montaron un sistema para incrementar un 50 % los precios de venta de los pañales para adultos a los servicios públicos de salud. El cártel estuvo activo desde 1996 hasta el 2013 y fue descubierto por la denuncia de uno de sus integrantes (Ausonia), que se acogió al sistema de clemencia. Se calcula que el gasto anual para la sanidad pública en pañales absorbentes para adultos es de 48 000 millones de euros.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia declaró la existencia del cártel y sancionó a las empresas partícipes, a la asociación profesional y a dos directivos con una multa conjunta de 128,9 millones de euros en su Resolución de 25 de mayo del 2016, confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre del 2022, ratificada posteriormente por el Tribunal Supremo.

## Prácticas prohibidas

### Sanción a la empresa Booking.com, BV, por abuso de posición dominante

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a la empresa Booking.com, BV, con una multa de 413 240 000 euros por abusar de su posición de dominio infringiendo los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —Resolución de 29 de julio del 2024— (véase el artículo de portada).

### Sanción a la Sociedad General de Autores de España por abusar de su posición dominante al diseñar y aplicar las tarifas que cobra a radios y televisiones por usar su repertorio musical y audiovisual

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha multado con 6 387 819 euros a la Sociedad General de Autores de España (SGAE) por incurrir en dos infracciones de abuso de posición de dominio derivadas de prácticas tarifarias en el marco del licenciamiento de derechos de propiedad intelectual sobre obras musicales y audiovisuales empleados por operadores de radio y televisión en sus respectivas programaciones (Resolución de 19 de junio del 2024).

La investigación se inició tras las denuncias de las entidades Derechos de Autor de Medios Audiovisuales, Entidad de Gestión (Dama) y Unison Rights, S. L. (Unison).

Tanto para los derechos de obras musicales como para los derechos de ciertos derechos de obras audiovisuales, la SGAE ha diseñado y aplicado unas «tarifas por uso efectivo» tan elevadas en comparación con las «tarifas por disponibilidad

promediada» (tarifas planas) que no suponían, en términos generales, una verdadera alternativa a estas últimas, ni para las emisoras de radio ni para las de televisión. De lo anterior se derivan dos potenciales consecuencias desfavorables desde una perspectiva de competencia: en primer lugar, la gran mayoría de los usuarios se han visto empujados a pagar a la SGAE precios desligados de la utilización real que hacen de su repertorio, tanto en lo que se refiere al número de obras como a la intensidad de su uso (abuso explotativo); en segundo lugar, la aplicación prevalente de tarifas planas dificulta la entrada y expansión de competidores de la SGAE, que refuerza así su posición de dominio (abuso exclusionario). La razón de esto último es que, al estar abonando una tarifa plana por el uso de un repertorio tan extenso como el de la SGAE, los usuarios ven drásticamente limitados los incentivos para la contratación de otros repertorios alternativos.

Para los derechos de obras musicales, este efecto de exclusión se ve, además, reforzado por la conducta de la SGAE consistente en presentar a los usuarios su repertorio musical como universal y ofrecer garantías de indemnidad frente a eventuales reclamaciones de terceros por el uso de derechos no pertenecientes a su repertorio; se limitan así en mayor medida los incentivos de dichos usuarios para contratar con competidores de la SGAE.

Por todo ello, la Comisión declara a la SGAE responsable de estas infracciones:

- 1) Una infracción única y continuada de los artículos 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consistente en el abuso de posición de dominio en los mercados de concesión de autorizaciones

de uso para la reproducción y comunicación pública de obras musicales para el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y para el servicio de comunicación televisivo (lineal y a demanda) que comprende a) el diseño y aplicación de tarifas por disponibilidad y b) las prácticas relativas a la presentación del repertorio como universal y a la indemnidad frente a reclamaciones de terceros, desde al menos el 1 de enero del 2016 hasta el cierre de la fase de instrucción del expediente. Por tal infracción le impone una sanción de 3 954 364 euros.

- 2) Una infracción de los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en el abuso de posición de dominio por el diseño y aplicación de las tarifas por disponibilidad en el mercado de la gestión de derechos de remuneración de autores de obras audiovisuales a que se refiere el artículo 90.4 de la Ley de Propiedad Intelectual. Por tal infracción le impone una sanción de 2 433 455 euros.

### **La CNMC desmantela tres cárteles que se repartían el suministro de alimentos a hospitales, residencias de mayores, centros penitenciarios e instalaciones del Ejército**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha sancionado a siete distribuidoras de alimentos: Plataforma Femar, S. L. (Femar); Acacio, S. L. (Acacio); Serviline Foods, S. L. (Serviline); Asesores Llangon, S. L. (Llangon); Leonesa de Patatas, S. L.; Hermanos Vidal, S. L. (Hnos. Vidal), y Frutícolas Ateca, S. L. (Ateca), por participar en tres cárteles que durante años se repartieron los contratos públicos para suministrar alimentos a hospitales (algunos de ellos militares), residencias de mayores, centros penitenciarios e instalaciones del Ejército, como la Academia General

Militar de Zaragoza (Resolución de 10 de julio del 2024).

El expediente se inicia porque los órganos de contratación de la Agencia Madrileña de Atención Social (AMAS) y de la Dirección General de Innovación y Promoción Agroalimentaria del Gobierno de Aragón pusieron en conocimiento de la Comisión y del Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón posibles indicios de colusión en varias licitaciones.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia inició una investigación y realizó inspecciones en las sedes de varias distribuidoras de alimentos en marzo y septiembre del 2022. En diciembre de ese año incoó un procedimiento sancionador a varias empresas, que amplió en julio del 2023 y que concluyó con la detección de tres cárteles:

- El primer cártel, formado por Plataforma Femar, S. L. (Femar); su filial Acacio, S. L. (Acacio); Serviline Foods, S. L. (Serviline), y Asesores Llangon, S. L. (Llangon), se repartió las licitaciones para suministrar alimentos a colectividades dependientes de organismos públicos y privados desde noviembre del 2015 hasta agosto del 2021. Este cártel acordó la creación de una «bolsa conjunta de beneficios» y operó gracias al rol de facilitador de Llangon (empresa de asesoramiento para concursos públicos sin volumen de negocio en el mercado afectado). La bolsa funcionaba mediante una suerte de subcontrataciones entre las empresas. Éstas estaban prohibidas en la mayoría de los pliegos o no se comunicaban al órgano de contratación. Eran un subterfugio para compensarse el reparto de los lotes y cumplir un reparto de los beneficios al 50 %.
- Las empresas también intercambiaron información comercial sensible sobre sus márgenes de beneficio en los contratos, los precios

de oferta a un cliente privado, su zona de influencia para operar, las licitaciones a las que se iban a presentar e, incluso, la contraseña y el certificado digital para acceder a la plataforma de contratación.

- El segundo cártel, formado por Femar y Leonesa de Patatas, S. L. (Leonesa), afectó a la entidad estatal Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (TPFE). En concreto, a los contratos para varios centros penitenciarios desde enero a marzo del 2022.
- El tercer cártel, formado por Femar, Hermanos Vidal, S. L. (Hnos. Vidal), y Frutícolas Ateca, S. L. (Ateca), afectó también a centros penitenciarios del Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo desde febrero a marzo del 2022.

Los cárteles segundo y tercero consistieron en dos acuerdos anticompetitivos que alcanzó Femar con Leonesa y dos empresas vinculadas entre ellas: Hnos. Vidal y Ateca, respectivamente. En el primer acuerdo, cuando los órganos de contratación las invitaban a participar en el concurso, Femar acordó con Leonesa la presentación recíproca de ofertas de cobertura repartiéndose los centros penitenciarios en función de su localización. En el segundo acuerdo, Femar también acordó con Hnos. Vidal y Ateca, vinculadas al tener los mismos administradores, presentar ofertas de cobertura para repartirse los contratos.

Este tipo de cárteles son particularmente dañinos porque impiden el acceso de las empresas al

mercado, merman la competitividad y afectan al presupuesto público. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispone de abundante documentación para orientar a las Administraciones Públicas en sus procesos de contratación. La Comisión agradece e invita a los órganos de contratación a que pongan en su conocimiento o en el de las autoridades de competencia autonómicas cualquier indicio de prácticas anticompetitivas en sus expedientes de contratación.

Las multas impuestas a las empresas ascienden a 3 137 500 euros por tres infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Y se distribuyen de la siguiente manera: Plataforma Femar, S. L.: 2 041 000 euros por la primera infracción, 244 000 euros por la segunda infracción y 163 000 euros por la tercera infracción; Acacio, S. L., 346 000 euros; Serviline Foods, S. L., 170 000 euros; Asesores Llangon, S. L., 3500 euros; Leonesa de Patatas, S. L., 45 000 euros; Frutícolas Ateca, S. L., 65 000 euros, y Hermanos Vidal, S. L., 60 000 euros.

Las multas impuestas a los directivos ascienden a 176 100 euros, que se distribuyen del siguiente modo: a don Fernando Marín Hernández (Femar y Acacio): 29 200 euros por la primera infracción, 21 100 euros por la segunda infracción y 21 000 euros por la tercera infracción. A don Alberto Marín Hernández (Femar): 25 800 euros. A don José Antonio Cebollada Andrés (Serviline): 31 000 euros. A don Miguel Ángel Cebollada Andrés (Serviline): 20 000 euros. A doña Nuria Llanos González (Llangon): 28 000 euros.

## Control de concentraciones

Durante este periodo se han autorizado veinticuatro operaciones de concentración económica:

veintitrés en primera fase, dos de ellas con compromisos (Ballenoil/Femsa y Arenal/Druni) y

una en segunda fase con compromisos (Smurfit/Artemis). En cuanto a su tipología: diecisiete son de toma de control exclusivo, dos de toma de

control conjunto, tres de creación de una empresa en participación y dos de adquisición de activos.

## Jurisprudencia

### Audiencia Nacional

#### Sentencias de 24 de junio del 2024: cártel de empresas de montaje y mantenimiento industrial

La empresa Imasa recurre la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, también, CNMC o «Comisión») de 1 de octubre del 2019 que condenó a diversas empresas por la realización de prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de fijación de precios, reparto de licitaciones públicas y presentación de acuerdos de cobertura en los concursos públicos para la contratación de servicios de montaje y mantenimiento industrial.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos: la ausencia de un expediente completo, la caducidad del procedimiento, la ilegalidad de la orden de registro domiciliario, la incorrecta delimitación del mercado relevante, la falta de pruebas de la infracción y la desproporción de la multa impuesta.

La sentencia de la Audiencia Nacional desestima el recurso en los siguientes términos:

a) Con respecto a la alegación de que no se dio vista del expediente completo, se rechaza por su inexactitud, ya que tuvo acceso a todo el expediente, incluido el documento de solicitud de clemencia y, por tanto, pudo ejercer su defensa con plenitud y sin merma de garantías.

b) No cabe invocar la caducidad del expediente porque sus suspensiones estuvieron justificadas: la primera, por la remisión de información a la Comisión Europea en cumplimiento del deber de cooperación entre autoridades de competencia cuando las conductas investigadas podían tener un efecto apreciable sobre el comercio interior y la segunda, por la necesidad de requerir a las empresas su volumen de negocios a efectos de imponer una sanción pecuniaria.

c) La orden de registro domiciliario cumplía todos los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para su validez; fue confirmada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y no fue recurrida en vía contencioso-administrativa y, además, porque, aunque pueda serlo en este momento procesal, no puede exigirse que la autoridad de competencia deba trasladar al investigado todos los datos que estén a su disposición ni una calificación precisa de las conductas investigadas. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección domiciliaria es conseguir pruebas para la apertura de un expediente sancionador, de modo que, a falta de éstas, no puede tampoco exigirse a la Comisión que actúe con el mismo rigor que cuando impone la sanción.

d) La resolución define correctamente el mercado relevante como el de prestación de servicios



de montaje y mantenimiento industrial, principalmente en los sectores petroquímico y energético. Conviene recordar que la incorrecta definición del mercado relevante no conlleva la nulidad de la resolución porque no es un elemento del tipo de la infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, además, es posible que una empresa que participe en la constitución del cártel y no comercialice productos en el mercado principal de referencia lo haga en algún mercado conexo.

- e) En cuanto a la prueba, en la resolución se constatan una serie de reuniones de intercambios de información sobre precios y la designación de coordinadores por zonas para garantizar su cumplimiento, así como compensaciones entre las empresas, una vez verificadas dificultades en su aplicación.
- f) Finalmente, la sanción se fija siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero del 2015, resultando un tipo general del 5,2 % que se ajusta posteriormente para cada empresa en función de su duración, volumen de negocios en el mercado afectado y porcentaje de participación en el total del volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Dicho porcentaje resulta proporcionado si se compara con el tipo impuesto a la empresa Imasa, que fue el 7,4 %, que tenía mayor porcentaje de facturación.

Hay otras seis sentencias de la misma fecha, de las cuales tres desestiman el recurso (empresas Nervión, Meisa, Enwesa) con similar motivación y tres lo estiman por falta de prueba directa (empresas Faysol, Acsa, Atrian).

## Sentencias de 24 de junio y 27 de junio del 2024: sanciones

### a directivos partícipes en el cártel de empresas de montaje y mantenimiento industrial

La Audiencia Nacional, en sentencia de 24 de junio, se refiere al caso de la sanción a un directivo de la empresa Navec a la que se le otorgó el beneficio de clemencia en el expediente del cártel de empresas de montaje y mantenimiento industrial (resolución de la Comisión de 1 de octubre del 2019). Sin embargo, dicho beneficio no se extendió a uno de sus directivos, que resultó multado al no haberlo incluido la empresa en el listado de beneficiarios de clemencia por haber dejado su puesto en la fecha de la resolución.

La sentencia considera a este respecto que la extensión de la exoneración de la multa por causa del otorgamiento de clemencia a la empresa se aplica *ipso facto* a todos los directivos y, en consecuencia, anula la resolución de la Comisión en este punto y reconoce el derecho del recurrente a la exención y al reintegro de la multa pagada.

La sentencia de 27 de junio se refiere también al caso de la sanción a un directivo de la empresa Meisa, que resultó condenada en el expediente sancionador del cártel de empresas de montaje y mantenimiento industrial (resolución de la Comisión de 1 de octubre del 2019).

Este directivo no discute las condiciones subjetivas (era director general de la empresa) ni objetivas (intervención en la conducta sancionada), pero recurre que la determinación de la cuantía de la multa impuesta se basase en el tipo sancionador aplicado a la empresa.

La sentencia considera que la citada determinación contraviene el principio de responsabilidad personal que impide que alguien sea sancionado por hechos ajenos y que en este caso se ha vulnerado al tomar en consideración la gravedad de la conducta de la persona jurídica a la que pertenece y que cometió la infracción, en lugar

de hacerlo sobre la base de su intervención en la infracción, lo que es incompatible con el derecho sancionador. En consecuencia, la sentencia estima el recurso y anula la resolución de la Comisión en cuanto a la multa impuesta al recurrente.

### **Sentencia de 2 de julio del 2024: cálculo de la multa**

La empresa Adveo había sido sancionada con una multa de 2 013 468 euros por la resolución de la Comisión de 15 de octubre del 2012 por una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (expediente «Exportación de sobres»). Esta resolución fue anulada por una sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio del 2014, la cual fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que, en sentencia de 20 de abril del 2017, resolvió estimar parcialmente el recurso por lo que tocaba a la cuantía de la multa y ordenó a la Comisión recalcularla y reducir su importe en un 40 % como beneficiario de la solicitud de clemencia.

En ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo, la Comisión dictó otra resolución el 24 de abril del 2018 que mantuvo la cuantía de la multa de la empresa Adveo; nuevamente fue recurrida ante la Audiencia Nacional por considerar que incumplía la obligación de ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo en sus propios términos.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio del 2024 desestima el recurso al considerar que la Comisión, al recalcular la multa en cuestión, dio como resultado una cifra de 12 200 000 euros,

cuantía muy superior al valor de referencia de proporcionalidad estimado para ella. Como la sentencia del Supremo obligaba a aplicar una reducción del 40 % por clemencia, la multa que correspondería a Adveo sería de 7 320 000 euros. Por esta razón, aplicando el principio de prescripción de la *reformatio in peius*, se debe mantener la primitiva multa.

### **Sentencia de 7 de mayo del 2024: prescripción**

La Audiencia Nacional estima el recurso de la empresa Derichebourg España S. A. U. contra la resolución de la Comisión de 12 de julio del 2018 en el que se solicitaba su anulación por haber prescrito la infracción sancionada antes de la incoación del expediente sancionador.

En efecto, la Dirección de Competencia acordó incoar el expediente sancionador el 23 de enero del 2017 tras haber llevado a cabo un registro domiciliario de las presuntas empresas infractoras el 15 de diciembre del 2015. Por otra parte, la única prueba inculpatoria del recurrente que obra en el expediente tiene fecha de noviembre del 2011, de modo que tiene una antigüedad de más de cuatro años, por lo que la conducta que se iba a perseguir ya estaba prescrita. Así pues, se ha podido constatar que, entre el último hecho relevante de la infracción perseguida y el inicio del procedimiento sancionador, habían pasado sin duda más de cuatro años, de modo que la Comisión había intentado abrir el procedimiento sancionador cuando las infracciones ya habían prescrito.

## **Tribunal Supremo**

### **Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio del 2024: recurso de casación en**

### **relación con el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia**

El Tribunal Supremo admite a trámite el recurso de casación interpuesto por Endesa Energía contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre del 2023 que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de junio del 2019, que declaró a la citada empresa responsable de una infracción grave de la Ley de Defensa de la Competencia por falseamiento de la libre competencia por actos desleales, porque el Tribunal Supremo considera que la cuestión planteada tiene un interés casacional objetivo.

Según el auto:

... el debate jurídico en instancia se ha centrado, en lo que a este auto de admisión interesa, en la interpretación del falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La Sala concluye que, para acreditar que la afectación de la conducta desleal sobre la libre competencia sea efectiva, ni del tenor literal, ni del elemento sistemático de interpretación del citado artículo cabe concluir que la expresión *falseamiento de la libre competencia* del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia no incluya conductas que tengan la aptitud para falsearla, bastando para ello demostrar la aptitud de la conducta para producir el mencionado efecto lesivo del interés público. Por su parte, la recurrente afirma que si la sentencia de la Audiencia Nacional hubiera aplicado e interpretado correctamente el artículo 62.3c, en relación con el artículo 3, de la Ley de Defensa de la Competencia, hubiera concluido que no es jurídicamente viable inculpar en el tipo infractor definido por aquél conductas que, siendo desleales, no han falseado la competencia, por mucho

que puedan tener aptitud en abstracto para falsearla.

Partiendo de lo anterior, el interrogante jurídico que se suscita en este recurso no carece manifiestamente de interés casacional objetivo y plantea cuestiones jurídicas relativas al ámbito del derecho de la competencia sobre lo que esta Sala se ha pronunciado en alguna ocasión (STS de 1 de octubre del 2018. RC 2924/2016) afirmando que no toda manifestación de competencia desleal será constitutiva de infracción sancionable por la CNMC pues para ello será necesario, como señala artículo 3 de la Ley 15/2007, que se trate de actos de competencia desleal «que por falsear la libre competencia afecten al interés público». Y ello sucederá cuando la propia entidad de la conducta o la[s] circunstancias concurrentes en su realización (piénsese, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes) permitan afirmar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público. Por tanto, nos corresponde discernir si para declarar la comisión de la infracción tipificada por el artículo 62.3c de la Ley de Defensa de la Competencia (actual art. 62.3a), en relación con el 3 del mismo cuerpo normativo, es precisa la efectiva existencia de un falseamiento de la competencia causado por el acto de competencia desleal, o basta demostrar la aptitud de la conducta para producir el mencionado efecto lesivo del interés público, por lo que procede la admisión del recurso por concurrir las

presunciones legales establecidas en el artículo 88.3a y d LJCA [Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa] y el supuesto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia previsto en el artículo 88.2c LJCA, también invocado por la recurrente.

### Sentencias de 22 de julio del 2024: indemnización de daños motivados por el cártel de camiones (cinco sentencias)

Las sentencias estiman los recursos de casación por infracción procesal presentados por las empresas fabricantes de camiones DAF, Renault, y MAN, explicitando los siguientes motivos sobre las cuestiones planteadas:

- a) Valoración ilógica del informe pericial del demandante: en efecto, la falta de idoneidad del mercado tomado como de referencia (el de camiones ligeros y como refuerzo el de furgonetas), la improcedencia de trasladar automáticamente la elevación de los precios brutos a los precios finales, la omisión de los datos correspondientes a 1997, las dudas sobre la selección de datos y las diferencias en las variables utilizadas en el modelo de regresión de camiones medianos y pesados y las utilizadas en los camiones ligeros hacen que una valoración que acepte el valor probatorio del informe pericial para cuantificar el sobreprecio, aun con correcciones, sea ilógica.
- b) Presunción del daño con base en los hechos descritos en la decisión de la Comisión que sancionó el cártel.
- c) Esfuerzo probatorio suficiente que permite fijar la indemnización con criterios estimativos. El daño no fue insignificante ni meramente testimonial, por lo que no existiendo prueba

admisible de que ese daño supere el 5 % del precio, procede fijar en esa magnitud la indemnización.

- d) Falta de idoneidad del informe pericial de la demandada para probar la inexistencia de prueba o que el daño fue inferior a esa magnitud.
- e) Prescripción de la acción: el *dies a quo* viene determinado por la fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la decisión de la Comisión Europea (el 6 de abril del 2017) y el plazo de prescripción es de cinco años.
- f) En cuanto a los intereses, procede su devengo desde la adquisición de los camiones.

En consecuencia, la sentencia estima el recurso de los fabricantes de camiones por lo que toca a la cuantía de la indemnización; considera, sin embargo, probada la existencia de un daño, pero, dadas las objeciones formuladas a los informes periciales presentados por las partes y pese a admitir la utilización de criterios estimativos por parte de los jueces y tribunales, anula la sentencia recurrida por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, que la fija ahora en el 5 % del precio de compra de los camiones más los intereses legales desde el momento de la adquisición.

### Sentencia de 22 de julio del 2024: indemnización de daños motivados por el cártel de camiones

En este caso, el Tribunal Supremo desestima el recurso por infracción procesal de la empresa fabricante (Iveco), que únicamente impugna la valoración del informe pericial aportado por ella y no el informe pericial aportado por la demandante, en cuyas conclusiones se basaba sustancialmente la sentencia recurrida para la cuantificación del daño. Asimismo, impugna el recurso de casación

del fabricante, por oponerse a la jurisprudencia de la Sala en esta materia.

Sin embargo, estima el recurso de casación de la adquirente de los camiones mediante un contrato de *leasing*, estableciendo que el devengo de los intereses procede desde la adquisición de los camiones, no desde el pago de cada cuota del contrato de *leasing*.

### **Sentencia de 10 de mayo del 2024: derechos audiovisuales de competiciones deportivas de fútbol**

La empresa Telefónica de España S. A. U. (Tesau) recurre la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre del 2021 que desestimó el recurso presentado por ella contra la resolución de la Comisión de 23 de julio del 2015 que la condenó a pagar una multa de 10 millones de euros por una infracción de los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haberse concertado con DTS para distorsionar la competencia en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015.

La recurrente sostiene que la resolución sancionadora y la sentencia que se impugna han conculcado la jurisprudencia sobre prueba indiciaria que se asienta sobre las premisas de que los indicios estén plenamente probados y que de ellos se infiera directamente la comisión de una conducta ilícita. Entiende que la valoración global de los hechos efectuada por la sentencia impugnada

carece de una explicación coherente y descarta la existencia de la explicación alternativa acreditada por Tesau sin prueba ni argumento objetivo alguno, otorgando una prevalencia absoluta a la valoración global de indicios y conculcando el principio de presunción de inocencia.

La jurisprudencia relativa a la prueba indiciaria en materia de defensa de la competencia establece que aquélla ha de basarse en hechos comprobados y ciertos de los que se derive directamente la conducta infractora; la valoración razonable y debidamente motivada de los hechos que se presente ha de ser más verosímil que las explicaciones alternativas.

Por lo que respecta a la admisibilidad de la prueba indiciaria, ha sido reiteradamente avalada tanto en el ámbito de la defensa de la competencia como en otros campos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, como reconoce la recurrente. En efecto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>1</sup> y a la jurisprudencia de dicha Sala<sup>2</sup>), el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria. Ahora bien, para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción, debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha

<sup>1</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, 175/1985 y 229/1988.

<sup>2</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo del 2015, rec. cas. 4422/2012; de 16 de febrero del 2015, recs. cas. 940/2012 y 4182/2012; de 6 de noviembre del 2013, rec. cas. 2736/2010, y las que en ésta se citan de 18 de noviembre de 1996, de 28 de enero de 1999 y de 6 de marzo del 2000.

vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

La sentencia, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, entiende que existen indicios y no meras probabilidades que permiten llevar a la convicción razonada de que DTS y Tesau llevaron a cabo una concertación en los mercados de adquisición, reventa y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol que fue contraria a la competencia al realizar conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y ello porque se produjo un alineamiento en las estrategias empresariales adoptadas por ambas empresas relativas a la comercialización, lo que supuso un importante control en el mercado de la televisión de pago y del mercado de las comunicaciones electrónicas que impidió el acceso de terceros operadores, toda vez que DTS favoreció a Tesau en las condiciones fijadas en las ofertas de comercialización para la emisión de los partidos de fútbol de la Liga de Campeones, de la Liga Nacional y de la Copa de Su Majestad el Rey. Y no apreciamos motivos de racionalidad económica que pudieran justificar el trato privilegiado dado a Tesau frente a terceros operadores cuando su entrada hubiera permitido,

precisamente, unas negociaciones más competitivas y beneficiosas para el mercado y los consumidores.

En definitiva, la Sala, en el examen global, que no aislado, del conjunto de los indicios que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha tenido en cuenta, nos lleva a concluir, al igual que la resolución sancionadora, que ha existido una actuación concertada contraria a la competencia entre DTS y Tesau que no puede tener amparo en la explicación dada por la recurrente con apoyo en el informe pericial de que ambas empresas habían actuado de forma independiente en el mercado al que se habían ido adaptando con arreglo a criterios de racionalidad económica. Al contrario, estamos ante actuaciones en las que ambas empresas han salido reforzadas y beneficiadas adquiriendo un control importante en el mercado de la televisión de pago en relación con la comercialización de los derechos audiovisuales de competiciones regulares de fútbol para las temporadas 2012/2013 a 2014/2015 y en el mercado de las comunicaciones electrónicas, precisamente, por las conductas concertadas llevadas a cabo.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia objeto de dicho recurso.

## Breves por sectores

### Ayudas de Estado

#### La Comisión Europea aprueba dos regímenes españoles de ayudas

En primer lugar, la Comisión Europea aprobó el 14 de mayo del 2024 un régimen de ayudas por valor de 120 millones de euros para apoyar

las inversiones en sectores estratégicos de la región de Asturias, del que se podrán beneficiar las empresas que produzcan equipos y componentes clave para la utilización y almacenamiento de carbono hasta el 31 de diciembre del 2025 (núm. as. SA. 113231).

En segundo lugar, la Comisión Europea aprobó el 26 de julio del 2024 un régimen de 1200 millones de euros para apoyar inversiones en la producción de hidrógeno renovable [incluidos a) la producción de combustibles renovables derivados del hidrógeno; b) el almacenamiento de hidrógeno renovable, y c) la producción de electricidad renovable] (núm. as. SA.114137).

### La Comisión Europea recaba opiniones sobre normativas en materia de ayudas estatales

En primer lugar, las partes interesadas tienen hasta el 20 de septiembre del 2024 para formular observaciones respecto al borrador de las nuevas directrices de la Comisión Europea sobre transporte terrestre o multimodal, así como de la propuesta de Reglamento de exención por categorías en el transporte.

En segundo lugar, entre el 7 de junio y el 21 de julio del 2024, la Comisión Europea puso en marcha una revisión específica del reglamento agrícola sobre las ayudas *de minimis*<sup>3</sup> proponiendo medidas como a) el aumento del límite máximo de ayudas que pueden percibir las empresas; b) el ajuste de los importes máximos que cada Estado miembro puede conceder a sus empresas, o c) la

introducción de un registro central obligatorio de las ayudas.

### La Comisión Europea modifica dos instrumentos de ayudas de Estado

En primer lugar, la Comisión Europea modificó el 31 de mayo del 2024 las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional<sup>4</sup>. Estas directrices contienen las condiciones que la Comisión Europea sigue para evaluar la compatibilidad de las ayudas de finalidad regional con el mercado interior y los criterios para definir las zonas geográficas susceptibles de recibir ayudas regionales de conformidad con el artículo 107, apartado 3, letras a y c del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En segundo lugar, tras consultar a los Estados miembros el 11 de abril del 2024, la Comisión Europea adoptó el 2 de mayo de ese mismo año una prórroga limitada de la sección 2.1 del Marco Temporal de Crisis y Transición para los sectores de la agricultura, la pesca y la acuicultura, a fin de permitir a los Estados miembros conceder ayudas a las empresas activas en estos sectores durante otros seis meses adicionales.

### La Comisión Europea aprueba dos proyectos importantes de interés común europeo

En primer lugar, la Comisión Europea aprobó el 28 de mayo del 2024 el proyecto IPCEI Hy2-Move, que fue elaborado y notificado conjuntamente por siete Estados miembros —Estonia,

<sup>3</sup> Reglamento (UE) núm. 1408/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* en el sector agrícola, publicado en el *Diario Oficial* L 352 de 24 de diciembre del 2013 (pp. 9-17).

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión: Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional 2021/C 153/01, publicada en el *Diario Oficial* C 153 de 29 de abril del 2021 (pp. 1-46).

Francia, Alemania, Italia, los Países Bajos, Eslovaquia y España— y permitirá a once empresas con actividad en uno o varios Estados miembros emprender trece proyectos innovadores. Las medidas se centran en desarrollar y apoyar tecnologías y soluciones relacionadas con el uso del hidrógeno en el transporte para alinearse con los objetivos ecológicos de la Unión Europea y tendrán un valor máximo de hasta 1400 millones de euros (núm. as. para el régimen español: SA.104435).

En segundo lugar, la Comisión Europea aprobó el 28 de mayo del 2024 el cuarto proyecto importante de interés común europeo (PIICE Med4Cure) por un valor de hasta 1000 millones de euros y con el objetivo de apoyar la investigación y la innovación en el sector farmacéutico. El PIICE Med4Cure fue elaborado conjuntamente por seis Estados miembros (Bélgica, España, Francia, Eslovaquia, Hungría e Italia) (núm. as. para el régimen español: SA.105098).

## Control de concentraciones

### La Comisión Europea autoriza dos concentraciones sujetas a condiciones

En primer lugar, la Comisión Europea autorizó el 3 de julio del 2024, sujeta a condiciones, la adquisición del control conjunto de ITA Airways («ITA») por parte de Deutsche Lufthansa AG («Lufthansa») y el Ministerio italiano de Economía y Finanzas («MEF»). La Comisión Europea había mostrado preocupaciones en el curso de la segunda fase de la investigación acerca de las posibilidades de que la entidad resultante de la transacción podría a) reducir la competencia en las rutas de corta distancia entre Italia y Europa central, en las de larga distancia entre Italia y los Estados Unidos y Canadá, o b) reforzar la posición dominante de ITA en el aeropuerto de Milán-Linate. Para resolver dichas inquietudes, las partes propusieron sendos compromisos: a) desinversión de los activos necesarios para operar algunos vuelos directos entre Roma o Milán y ciertos aeropuertos de Europa central; b) celebración de acuerdos con competidores para mejorar su competitividad en rutas de largo alcance (por ejemplo, acuerdos de

interlínea o intercambios de slots —frangas horarias reservadas por una compañía aérea para operar en un aeropuerto—, y c) desinversión de slots de despegue y aterrizaje en el aeropuerto de Milán Linate para rutas de corto alcance. La Comisión Europea aprobó la concentración al considerar que los compromisos resolvían sus preocupaciones (núm. as. M.11071).

En segundo lugar, el 1 de agosto del 2024 la Comisión Europea aprobó, sujeta a compromisos, la adquisición del control exclusivo de Viterra Limited («Viterra») por parte de Bunge Global S. A. («Bunge»). Para remediar las preocupaciones mostradas por la Comisión Europea (esto es, la reducción de la competencia en los mercados de semillas oleaginosas y productos relacionados en Europa central), las partes propusieron una serie de compromisos: la desinversión de la totalidad de los negocios de semillas oleaginosas en Hungría y Polonia, así como varios activos logísticos vinculados a estas operaciones (núm. as. M.11204).

### Se abandonan dos proyectos de concentración



En primer lugar, el 26 de junio del 2024, European Energy Exchange AG («EEX») anunció la terminación de su acuerdo de transacción con Nasdaq, en virtud del cual EEX pretendía adquirir el negocio nórdico de negociación y compensación de energía de Nasdaq. La Comisión Europea estaba revisando la concentración, que le había sido remitida por la autoridad danesa de

competencia en aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones<sup>5</sup>.

En segundo lugar, IAG anunció el 1 de agosto del 2024 la terminación de su proyecto de adquisición de control exclusivo de Air Europa. La concentración estaba siendo objeto de un análisis en profundidad por la Comisión Europea.

## Procedimientos sancionadores

### La Comisión Europea impone varias sanciones

En primer lugar, el 23 de mayo del 2024, la Comisión Europea multó a Mondelez por haber participado en veintidós acuerdos o prácticas concertadas contrarias al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los sectores del chocolate, las galletas y el café. Estas prácticas tenían como finalidad, mediante la restricción de ventas o imposición de precios, limitar los territorios o clientes con los que sus clientes mayoristas y distribuidores podían comerciar. Asimismo, conforme a la Comisión Europea, Mondelez infringió el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al negarse a suministrar a un intermediario en Alemania y cesar de suministrar tabletas de chocolate a los Países Bajos para impedir su importación o reventa en otros. La Comisión Europea fijó la multa en 337,5 millones de euros, teniendo en cuenta la cooperación activa y el reconocimiento de la infracción por parte de la empresa (núm. as. AT.40632).

En segundo lugar, la Comisión Europea multó a International Flavors & Fragrances («IFF») por obstruir la inspección llevada a cabo por la Co-

misión Europea a dicha empresa en el 2023. Durante la inspección, la Comisión Europea detectó que un empleado de la compañía había borrado mensajes de WhatsApp en los que se intercambiaba información empresarial confidencial con un competidor. Una vez detectada la infracción, IFF admitió los hechos y cooperó activamente en la recuperación de la información. De acuerdo con el Reglamento 1/2003, la Comisión Europea fijó la multa en 15,9 millones de euros teniendo en cuenta la cooperación activa por parte de la empresa (núm. as. AT.40882).

### La Comisión Europea abre una nueva investigación

El 23 de julio del 2024, la Comisión Europea abrió una investigación para evaluar si Delivery Hero y Glovo infringieron los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 53 del Acuerdo del Espacio Económico Europeo por, supuestamente, haberse repartido mercados geográficos, haber compartido información comercial sensible y haber acordado no captar a los empleados de la otra (núm. as. AT.40795).

<sup>5</sup> Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicado en el *Diario Oficial* L 024 de 29 de enero del 2004 (pp. 1-22).

## La Comisión Europea envía un pliego de cargos a Alchem por su participación en el primer caso de cártel farmacéutico en la Unión Europea

En el marco del cártel farmacéutico relativo al N-butilbromuro de escopolamina/hioscina («SNBB»), por el que la Comisión Europea ya había impuesto multas a otras empresas farmacéuticas en el 2023 tras llegar a un acuerdo de transacción (*settlement*), la institución prosiguió la investigación sobre Alchem siguiendo el procedimiento estándar de cártel (sin acuerdo) y decidió enviarle un pliego de cargos el 13 de junio del 2024. En éste, la Comisión Europea consideró preliminarmente que Alchem pudo haberse coordinado y haber acordado con otras empresas del mercado para fijar el precio mínimo de venta de dicho producto, así como haberse repartido el mercado e intercambiado información empresarial sensible con competidores (núm. as. AT.40636).

## La Comisión Europea lleva a cabo nuevas inspecciones

La Comisión Europea llevó a cabo el 18 de junio del 2024 inspecciones en los locales de una consultora en dos Estados miembros. Estas inspecciones se produjeron como consecuencia de las inspecciones que ya había efectuado a principios del 2024 en empresas del sector de los neumáticos. La Comisión Europea sospechaba que la consultora había podido facilitar o instigar la coordinación de precios entre fabricantes de neumáticos.

## La Comisión Europea acepta los compromisos presentados

## por compañías para terminar dos procedimientos sancionadores

En primer lugar, la institución envió a Apple un pliego de cargos en el 2022 en el que concluyó preliminarmente que la compañía abusaba de su posición dominante al negarse a dar acceso a los desarrolladores de billeteras móviles a la tecnología NFC, utilizada para los pagos sin contacto, y reservaba dicho acceso en iOS sólo a Apple Pay. Apple propuso unos compromisos (consistentes en permitir a los usuarios establecer aplicaciones HCE —*host card emulation*— como predeterminadas utilizando funcionalidades relevantes) para resolver las inquietudes de la Comisión Europea; ésta los aceptó el 11 de julio del 2024 (núm. as. AT.40452).

En segundo lugar, la Comisión Europea había remitido a Vifor un pliego de cargos en el que consideraba preliminarmente que la compañía podía haber restringido la competencia en el mercado del tratamiento intravenoso del hierro al haber difundido información potencialmente engañosa sobre la seguridad de Monofer, tratamiento que ofrece su principal competidor. Pues bien, Vifor ofreció una serie de compromisos que la Comisión aceptó el 22 de julio del 2024 para resolver sus inquietudes (núm. as. AT.40577).

## La Comisión Europea cierra una investigación

La Comisión Europea cerró el 25 de julio del 2024 la investigación incoada en el 2021 contra EPEX Spot SE por prácticas en el mercado de comercio intradía de electricidad en al menos seis Estados miembros, tras haber recibido una denuncia en mayo del 2020. Tras la retirada de la denuncia, la Comisión Europea ha decidido cerrar la investigación (núm. as. AT.40700).

## Reglamento de subvenciones extranjeras

### La Comisión abre una investigación en profundidad

La Comisión Europea abrió el 10 de junio del 2024 una investigación en profundidad con respecto a la adquisición del control exclusivo de PPF Telecom Group BV por parte de Emirates Telecommunications Group Company PJSC (e&) al sospechar que la empresa adquirente habría podido recibir subvenciones extranjeras que distorsionaban el mercado interior. La subvención financiera extranjera que preocupa a la Comisión Europea consistiría en la garantía ilimitada de los Emiratos Árabes Unidos y un préstamo bancario de

bancos controlados por dicho país que podrían facilitar la adquisición (núm. as. FS.100011).

### La Comisión Europea ofrece nuevas indicaciones sobre el reglamento de subvenciones extranjeras

La Comisión Europea publicó el 26 de julio del 2024 un documento de trabajo en que detalla cómo determinará la existencia de una distorsión en el mercado interior causada por subvenciones extranjeras y la aplicación de la prueba de sopeamiento al amparo del artículo 6 del reglamento de subvenciones extranjeras.

## Reglamento de mercados digitales

La Comisión Europea incoa varios procedimientos en virtud del Reglamento de mercados digitales:

- En primer lugar, la Comisión Europea designó el 13 de mayo del 2024 a Booking como guardián de acceso con respecto a su servicio de intermediación en línea Booking.com.
- En segundo lugar, el 13 de mayo del 2024 abrió una investigación de mercado para evaluar la refutación de X, conforme a la cual, en relación con su servicio de red social en línea, X no puede considerarse una puerta de acceso importante, al amparo del artículo 3 del referido reglamento.

- En tercer lugar, el 13 de mayo del 2024, la Comisión Europea decidió no designar X Ads y TikTok Ads como guardianes de acceso ya que, a pesar de alcanzar los umbrales cuantitativos definidos en la normativa, no pueden considerarse puertas de acceso importante.

En cuarto lugar, la Comisión Europea envió un pliego de cargos a Apple en el que concluye preliminarmente que sus normas sobre su tienda de aplicaciones (App Store) pueden infringir la citada normativa, puesto que no permiten a los desarrolladores de aplicaciones comunicarse con los clientes finales. Por otro lado, la Comisión Europea lanzó una investigación sobre las nuevas cláusulas contractuales de Apple para los desarrolladores de aplicaciones.

## Otros

La Comisión Europea solicita información acerca del Reglamento de exención por categorías de los vehículos de motor.

El 27 de mayo del 2024, la Comisión Europea lanzó una convocatoria para recabar opiniones sobre el alcance y el contenido que debe tener su futura evaluación del Reglamento de exención por categorías de los vehículos de motor<sup>6</sup> y sus directrices suplementarias<sup>7</sup>. Con la información recabada, la Comisión Europea preparará la consulta pública que espera lanzar hacia finales del 2024.

La Comisión Europea recaba información acerca del proyecto de directrices sobre las prácticas

de exclusión abusiva por parte de empresas dominantes.

La Comisión Europea inició el 1 de agosto una consulta pública sobre el borrador de las Directrices sobre las prácticas de exclusión abusiva por parte de empresas dominantes invitando a todas las partes interesadas a que presenten sus comentarios. El objetivo de las directrices es reflejar la interpretación de la Comisión Europea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su práctica en abusos excluyentes. Las partes interesadas pueden enviar sus comentarios sobre el borrador hasta el 31 de octubre del 2024; la Comisión Europea planea adoptar las directrices en el 2025.

---

<sup>6</sup> Reglamento (UE) núm. 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (*Diario Oficial* L 129 de 28 de mayo del 2010, pp. 52-57).

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión: Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor, publicadas en el *Diario Oficial* C 138 de 28 de mayo del 2010 (pp. 16-27).