

## *Competencia y Sectores regulados*

NÚMERO 70      16 DE MAYO / 30 DE JUNIO 2009

### SUMARIO

- Noticias españolas de competencia
- Noticias comunitarias y otras jurisdicciones
- Noticias sobre sectores regulados
- Dos breves comentarios: La nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia y el “passing on defence” en materia de indemnizaciones de daños y perjuicios, por Jesús Alfaro.

CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

GÉNOVA 27, 28004 MADRID, TEL. 91 451 9300 FAX. 91 399 0632 [www.cms-asl.com](http://www.cms-asl.com)

AVDA. DE LA CONSTITUCIÓN 21, 41004 SEVILLA, TEL. 954 286 102 FAX 954 278 319

MARINA BANÚS, BLOQUE 4, 15-16, 29660, PUERTO BANÚS, MARBELLA, MÁLAGA, TEL. 952 907 320 FAX 952 907 319

## ESPAÑA - NOTICIAS DE COMPETENCIA

### RESOLUCIONES, ACUERDOS Y SENTENCIAS

#### ➤ **La CNC incoa nuevo expediente sancionador contra las empresas eléctricas y adopta medidas cautelares**

Según nota de prensa de 25.06.09, la CNC ha incoado un expediente sancionador contra Endesa, Iberdrola, Hidrocantábrico, Unión Fenosa y E.On por la suspensión temporal a terceros del acceso telemático a los datos necesarios para gestionar el cambio de compañía suministradora de los consumidores finales.

Con fecha 01.07.09, la CNC emitió un nuevo comunicado anunciando la adopción de medidas cautelares para obligar a las compañías investigadas a reestablecer el acceso telemático, ordenando provisionalmente el cese de las prácticas de suspensión de la gestión de solicitudes de cambio de suministrador y el reestablecimiento del servicio durante el tiempo de tramitación del expediente. [Nota de prensa CNC](#)

Recientemente la CNC sancionó a las mismas empresas por prácticas similares (ver Gaceta nº 69).

#### ➤ **La CNC sanciona al Consejo Regulador de Vinos de Jerez y amplía el expediente a dos Denominaciones**

El 04.06.09 la CNC dictó resolución sobre el expediente "Vino Jerez" imponiendo al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen "Jerez-Xérès-Sherry" y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda" una multa de €400.000 por haber adoptado tres acuerdos de establecimiento de cupos sobre ventas para las bodegas de esta denominación en función de datos históricos. La Resolución considera que la práctica infringe el art. 81 TCE (además del 1 LDC), pues una parte importante de la distribución de los vinos se desarrolla en otros países de la UE. [Texto de la Resolución](#)

El 18.06.09 la CNC emitió un comunicado en el que afirma que continúa la investigación en el sector del vino fino de Jerez y amplía el expediente a dos nuevas denominaciones. [Comunicado CNC](#)

#### ➤ **Autorizada la concentración de distribuidoras de publicaciones periódicas de la Comunidad de Madrid**

El 10.06.09 la CNC autorizó en 2ª fase la concentración de Distriutas, Siglo XXI, Gelosa y Logintegral, que operan en el mercado de la distribución de publicaciones periódicas en la Comunidad de Madrid.

Dado que la sociedad resultante alcanzaría elevadas cuotas en el mercado de referencia y a la vista de los problemas de competencia detectados, las notificantes presentaron un conjunto de compromisos dirigidos a asegurar a editores clientes y a puntos de venta minorista el mantenimiento de las actuales condiciones comerciales y de servicio durante un plazo determinado, y a que la nueva sociedad actuará como una plataforma abierta tanto a grupos editoriales terceros, como a los puntos de venta minoristas, de modo que en ambos casos tendrán condiciones de acceso objetivas y no discriminatorias.

#### ➤ **Archivada la denuncia contra Signus Ecovalor**

El 10.06.09 la CNC archivó un procedimiento sancionador contra Signus Ecovalor. El expediente se inició como consecuencia de una denuncia ante el extinto SDC presentada en octubre 2006 por una empresa gestora de residuos no peligrosos, entre los que se encuentran los Neumáticos Fuera de Uso (NFU).

Signus es una sociedad sin ánimo de lucro que actúa como un sistema integrado de gestión, con el objetivo de garantizar el correcto tratamiento de los neumáticos usados y optimizar los costes de gestión. Para ello selecciona a las empresas que le prestan servicios de recogida y clasificado mediante concurso público, de manera que el Recogedor Seleccionado tiene la obligación de recoger gratuitamente los neumáticos usados para clasificarlos entre Neumáticos Usados Reutilizables (NUR) y aquellos que no puedan ser reutilizados (los NFU). Éstos últimos son transportados al punto designado por Signus, quien le remunera por ello.

Según la denunciante, el sistema adoptado para la selección de los recogedores debe ser considerado como contrario a la LDC. Sin embargo, la DI no encuentra indicios de que dicha conducta sea contraria ni al artículo 7 antigua LDC (falseamiento de la libre competencia por actos desleales), por no ser susceptible de afectar al interés público, ni a su artículo 6 (abuso de posición dominante), ya que los supuestos efectos se producen en un mercado en los que no es operador, ni al artículo 1 (acuerdos entre empresas), puesto que los contratos entre Signus y los recogedores cumplen los requisitos del Reglamento 2790/1999 en cuanto a la duración de la cláusula de exclusividad. [Texto de la Resolución](#)

Hay que recordar que éste no es el único expediente en el que está involucrado Signus. En enero 2009, la DI incoó un procedimiento sancionador por la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas (ver Gaceta nº 67).

#### ➤ **La CNC publica un informe sobre el sistema de gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial**

El informe de 29.05.09 viene motivado por la Resolución en el expediente Confederación Nacional de Autoescuelas, dictada por la CNC el 13.11.2008, cuyo origen está en una denuncia contra la Confederación Nacional de Autoescuelas de España (CNAE) y la DGT, por supuestas prácticas restrictivas consistentes en un acuerdo para impartir cursos de rehabilitación y sensibilización a conductores que han perdido puntos para conducir. Aunque finalmente se decidió que no había infracción de la LDC, en la Resolución se hizo constar que era necesario analizar el régimen de concesión administrativa para organizar dicho sistema, pudiendo recurrirse a otros regímenes alternativos menos restrictivos de la competencia.

De este modo, se remitieron las actuaciones del expediente a la Dirección de Promoción de la Competencia para que analizara dicho sistema. En dicho análisis se han tenido en cuenta las novedades in-

roducidas por la Directiva de Servicios y sus dos normas principales de transposición en España. Ya en el informe de Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, la CNC señala que *“en aquellos servicios públicos sometidos a concesión administrativa debe revisarse la necesidad de mantener el régimen de concesión y, allí donde el mecanismo de mercado pueda garantizar la provisión del servicio, el sistema de concesión debe sustituirse por un régimen de autorización administrativa previa”*.

El sistema diseñado para la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial es un régimen de concesión de 5 años. Tras el análisis, la CNC ha apreciado que no existen motivos suficientes (ni económicos ni de interés público) que justifiquen que tal servicio se realice a través de un régimen de concesión, pues los costes de prestación no son elevados y actividades similares como las autoescuelas y las ITVs han optado por un régimen de autorización.

Así, la CNC considera que en este caso el régimen de concesión administrativa no se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad y de mínima distorsión, y recomienda un régimen alternativo como el de autorización administrativa o la comunicación previa. Asimismo, la CNC critica la Ley Ómnibus por no resultar suficiente para que el régimen de concesión sea sustituido por uno de los propuestos, ya que mantiene la atribución al Ministerio de Interior de la gestión de estos cursos, limitando las formas de gestión a las previstas en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. [Enlace al informe](#)

#### ➤ Archivada la denuncia contra entidades de crédito por ventas de seguros vinculadas a créditos hipotecarios

El origen del expediente se remonta a una denuncia presentada por AUSBANC ante el antiguo TDC contra Caja Madrid por subordinar la concesión de préstamos hipotecarios a la suscripción de un seguro de vida o de amortización de crédito con una aseguradora de su mismo grupo. La denuncia fue archivada por el extinto SDC, lo que luego fue confirmado por el TDC, siendo recurrida esta decisión ante la Audiencia Nacional, quien estimó el recurso pues consideró que había indicios suficientes para incoar un expediente contra Caja Madrid y las demás entidades financieras por incumplimiento del artículo 1 LDC, en el entendido de que podíamos estar ante una práctica generalizada entre las empresas del sector.

Así, la CNC incoó expediente contra Caja Madrid y otras entidades financieras que fueron objeto de diligencias previas, pero el 29.05.09 archivó el procedimiento por falta de pruebas que evidenciasen la existencia de un acuerdo entre las 21 entidades imputadas que tuviese por objeto la conducta denunciada. Al contrario, la investigación realizada le lleva a concluir que una buena parte de los clientes no contratan seguros junto con los préstamos que suscriben, habiéndolo hecho en algunos casos de manera voluntaria, por lo que no queda acreditado que la referida vinculación sea una práctica generalizada, ni que exista ningún tipo de acuerdo colusorio entre las entidades financieras a este respecto. [Texto de la Resolución](#)

#### ➤ La CNC y el TVDC imponen sendas multas en casos de recomendaciones de precios

La CNC y su homóloga autonómica del País Vasco recuerdan con estas resoluciones que las recomendaciones colectivas de precios son prácticas restrictivas de la competencia y, por tanto, perseguibles y sancionables.

En el caso de la CNC, en su Resolución de 27.05.09 sanciona a la Asociación Española de Veterinarios Especialistas en Équidos (AEVEE) con una multa de €6.000 por la distribución entre sus asociados de un tríptico de “Honorarios Mínimos Orientativos. Año 2007”. Para la CNC, ello constituye una decisión o recomendación colectiva de una agrupación de operadores económicos, cuyo objeto expresamente recogido es establecer honorarios unificados en todo el territorio nacional. Las tarifas mínimas llevan a que los precios de los servicios prestados por los veterinarios asociados se fijen en unos niveles que no son los que resultarían de la libre competencia. Entre otras alegaciones, la AEVEE expresó en que no ha desarrollado ningún seguimiento ni, en ningún caso, ha realizado acciones disciplinarias dirigidas a los asociados que hayan fijado precios inferiores a los recomendados. A pesar de reconocer que así ha sido, la CNC niega que la conducta no tuviera efectos, pues la recomendación de un precio mínimo tiene el efecto claro de elevación de los precios por encima de ese mínimo. [Texto Resolución CNC](#)

Por otro lado, el TVDC impuso al sindicato de transportistas autónomos HIRU una sanción de €25.000 por unas manifestaciones realizadas en una rueda de prensa en las que recomendaba a sus asociados un aumento en sus tarifas del 5%. Ello constituye para el TVDC una recomendación de precios, que tiene *por objeto* restringir la competencia y, por tanto, no requiere prueba de sus efectos.

La resolución del TVDC destaca por su terminación, al haber pactado con HIRU una reducción de la multa. HIRU reconoce haber llevado a cabo una conducta contraria a la LDC y renuncia a interponer recurso contra la resolución, además de comprometerse a no realizar conductas similares. [Texto Resolución TVDC](#)

#### ➤ La CNC resuelve sobre el asunto Pfizer

El 21.05.09, la CNC resolvió el Expediente 2623/05 Spain Pharma a favor de la farmacéutica Pfizer. Por un lado, considera no acreditada la existencia de un acuerdo con el mayorista Cofares para restringir las exportaciones paralelas. Por otro, entiende que el sistema de precio único establecido por Pfizer no es contrario a los arts. 81 TCE y 1 LDC. Este sistema consiste en establecer un precio libre único para todos sus distribuidores, independientemente del destino. Aquellos que acreditan, no obstante, la dispensación del medicamento en territorio español reciben entonces la diferencia entre el precio libre y el precio intervenido por la Administración (precio aplicable, según la normativa, sólo a los medicamentos sujetos a reembolso y dispensados en territorio nacional).

El efecto, se comprenderá, es idéntico al de la doble lista de precios de Glaxo (vid. más adelante las noticias comunitarias sobre las conclusiones del AG). Aunque la Resolución no entra expresamente a explicar cual es el motivo del trato distinto de una u otra prác-

tica, parece deducirse que, en este caso, Pfizer aplica una política unilateral al estilo del asunto *Bayer* y, por lo tanto, no hay acuerdo en el sentido del art. 81 del TCE (y 1 LDC).

### ➤ La CNC sanciona a Abertis por abuso de posición de dominio y abre un nuevo expediente sancionador

Según nota de prensa de 21.05.09, la CNC ha resuelto el expediente incoado en virtud de una denuncia de Red de Banda Ancha de Andalucía S.A. (Axión) contra Abertis Telecom por abuso de posición de dominio en el ámbito de los servicios de difusión de la señal de TDT.

Las conductas anticompetitivas identificadas son: (i) exigir sin justificación objetiva cuantiosas penalizaciones a Sogecable, Telecinco, Antena 3, Net TV y Veo TV en caso de rescisión anticipada de los contratos firmados en 2006, (ii) establecer una excesiva duración de los contratos con Veo TV en 2006 y con Sogecable, Telecinco y Net TV en 2008; y (iii) ofrecer, en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todas las placas regionales en que podría subdividirse el territorio nacional. Todas ellas tienen como efecto impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado.

Dado que dichas prácticas se producen en un mercado de reciente liberalización, la CNC ha considerado la conducta de Abertis especialmente grave y le ha impuesto una multa de €22,5 millones, y la obligación de reconocer a los clientes mencionados en (i) el derecho a resolver de forma anticipada sus contratos. [Texto de la Resolución](#)

Según noticias de prensa, Abertis ha confirmado que recurrirá la sentencia por "considerar desorbitada la multa".

Por otra parte, según nota de prensa de 08.06.09, la CNC recibió una denuncia de Axión contra Abertis por realizar ofertas a las sociedades concesionarias del servicio público de TDT de ámbito nacional para la ampliación progresiva de la cobertura de este servicio sin incremento del precio respecto de los servicios ya prestados por Abertis a estos radiodifusores para la cobertura del 80% de la población española, con el fin de excluir a Axión o cualquier otro competidor del mercado. Dicha denuncia fue presentada en el marco del expediente referido más arriba. No obstante, al recoger nuevos hechos distintos a los analizados, ha dado lugar a un nuevo expediente (Axión-Abertis II). La CNC afirma en su comunicado que de la información obtenida puede deducirse que existen indicios racionales de abuso de posición de dominio al ofrecer y aplicar descuentos en la prestación de los servicios de transporte y difusión de señales de TDT de ámbito nacional para las diferentes fases de extensión de la cobertura que por su cuantía y duración carecen de justificación objetiva y que podrían tener el efecto de excluir del mercado a potenciales competidores de Abertis. [Nota de prensa](#)

### ➤ El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia archiva el expediente Fomento de San Sebastián

El 20.05.09 el TVDC confirmó la propuesta del SVDC de no incoación de procedimiento sancionador en relación con la denuncia de Zineazpiegiturak Oiarzun (ZO) contra Fomento de San Sebastián (FS).

ZO basa su denuncia en que FS, participada por el Ayuntamiento de San Sebastián, había recibido fondos públicos para construir un polo audiovisual de las mismas características que las del construido por el denunciante y a menos de 10 km de distancia, considerando que se infringe la LDC por cuanto se está encubriendo la financiación con fondos públicos de una compañía privada competidora. El mercado relevante sería el de construcción de equipamientos industriales y servicios para el sector audiovisual, en el cual están presentes operadores de naturaleza tanto pública como privada, y donde la denunciada no tiene posición dominante.

El TVDC considera que no existen indicios de infracción de la LDC. No obstante, deja caer que dicha práctica podría incardinarse dentro de una ayuda de Estado por lo que, basándose en el artículo 11.5 LDC solicitó información a FS sobre las bases y requisitos publicados para que las empresas del sector de la industria audiovisual puedan ubicarse en el Polo de Innovación Audiovisual, cofinanciado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, dentro del Plan Avanza en el marco del Programa Ingenio España 2010. [Texto de la Resolución](#)

### ➤ Archivado expediente contra NISSAN IBERIA

El 04.05.09, la CNC archivó las actuaciones que tuvieron su origen en una denuncia por parte de Estrella Motor (Estrella) contra Nissan Iberia (Nissan). Estrella era desde 1986 un taller autorizado de la marca Nissan. No obstante Nissan llevó a cabo una reestructuración de su red en 2003 y decidió que Estrella pasaría a ser subconcesionario de la marca, dependiendo directamente en lo concerniente a la venta de coches nuevos del concesionario Autoagrícola Tudela (Autoagrícola). Estrella resolvió los contratos de taller autorizado y de subconcesión que le unían respectivamente con Nissan y Autoagrícola.

La denuncia acusa a Nissan de, con la excusa de la reestructuración de la red, infringir el Reglamento 1400/2002 y la LDC por cuanto para permanecer en la red de talleres de la marca, le exige vender la mayoría del capital de su sociedad al concesionario del que depende, esto es, a Autoagrícola, así como cumplir una serie de requisitos incluidos en el "Memorando de acuerdo entre Nissan Ibérica S.A. y Autoagrícola Tudela S.L."

La resolución concluye que la actuación de Nissan se ampara en el Reglamento 1400/2002 por respetar las formas y plazos de resolución contractual. Así, afirma que ha sido Estrella quien no ha querido ajustarse a los criterios de Nissan para incorporarse a la nueva red, prefiriendo romper la relación contractual que unía a ambas y no habiendo en ningún momento indicios de negativa injustificada de Nissan pues Estrella no cumplía con los requisitos de distribución selectiva cualitativa. Respecto al supuesto acuerdo entre Autoagrícola y Nissan para forzar a Estrella a vender el 51% del capital, no parece que de los contratos ni del Memorando se derive dicha intención. Además, deja caer que el objeto de la denuncia debe deferirse al orden jurisdiccional civil. [Texto de la Resolución](#)

### ➤ Desestimado recurso contra Gas Natural

El 04.05.09 la CNC desestimó el recurso interpuesto por Gas Alicante, Gas Aragón y Endesa Gas Distribución contra el acuerdo de la DI de

26.03.09 por el que se acordó el sobreseimiento parcial del expediente 2595/05, que tuvo su origen en un informe de denuncia remitido a la CNC por la CNE el 07.03.05. La conducta denunciada consistió en el abuso de posición de dominio de Gas Natural ante la negativa o distorsiones a la hora de dar acceso a su red de distribución de gas (construida o en proyecto) a distintos distribuidores locales del Grupo Endesa, comportamiento que produjo sus efectos en el mercado conexo de suministro final de gas natural a los consumidores finales.

Los conflictos objeto del expediente surgieron a partir de la entrada en vigor de la actual regulación gasista y de la escisión de Enagás y Gas Natural, quedándose la primera con la infraestructura de transporte y Gas Natural con las redes de distribución de 4 a 16 bar que pueden ser utilizadas para conectar redes de transporte con redes de distribución, lo que produjo en distintas zonas cierta integración vertical entre las actividades de Gas Natural de distribución al consumidor final y las actividades de transporte que posibilitasen el acceso al gas por redes de distribución de terceros.

Sin embargo, en su análisis la CNC observó que no se cumplía el criterio de esencialidad que hubiese obligado a Gas Natural a dar acceso a terceros a sus instalaciones (redes) de distribución, valorando las circunstancias particulares de cada conflicto bajo los siguientes criterios:

- Si se produjo una negativa de suministro a una instalación esencial, aplicando la doctrina *Oscar Bronner*: (i) que el titular de la instalación estuviese en posición de dominio, y (ii) que el acceso a la instalación fuese esencial para competir en el mercado afectado, de manera que la instalación no pudiese ser replicada en condiciones económicas racionales (facilidad en la duplicación), que el acceso a la instalación fuese factible y que la falta de acceso distorsionase las condiciones de competencia en el mercado.
- La intencionalidad exclusionista del comportamiento.
- La disponibilidad real de la infraestructura para la conexión.

Así, la CNC determinó en cada caso los motivos para desestimar el recurso objeto del expediente. [Texto de la Resolución](#)

## OTRAS NOTICIAS

### ➤ La CNC hace público su informe sobre el anteproyecto de Ley Ómnibus

El 18.06.09 la CNC hizo público su informe sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus, pieza angular del proceso de transposición de la Directiva de Servicios, cuyos objetivos son adaptar la normativa estatal de rango legal a las disposiciones de la futura ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios (la llamada Ley Paraguas).

La Ley Ómnibus tendrá efectos en muy diversos sectores (entre otros, Administraciones Públicas, servicios profesionales, servicios energéticos o de transporte), girando el eje de las reformas, con carácter general, en torno a la eliminación o reducción de los requisitos para el acceso a los servicios y la reducción de cargas administrativas; fundamentalmente la sustitución de los regímenes de autoriza-

ción o registro para acceder u operar un servicio por la obligación de comunicación previa o registro a los meros efectos de publicidad.

La CNC reconoce el esfuerzo en la elaboración del Anteproyecto. No obstante, considera que es posible hacerlo más ambicioso en varios sentidos.

Así, en algunos sectores, la CNC cree que la adaptación de los principios contenidos en la Ley Paraguas no se ha producido de manera satisfactoria. Por ejemplo, en materia de actividades de servicios relacionados con el transporte, todavía subsisten regímenes de autorización para el acceso a determinadas actividades náuticas o aéreas. En este mismo sector, en la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, la CNC recomienda eliminar el llamado “derecho de preferencia” del antiguo adjudicatario de la concesión en supuestos de similitud de ofertas. Otro ejemplo en que, en opinión de la CNC, se ha dado un paso atrás, es en materia de colegios profesionales. En concreto, el hecho de que en relación con la colegiación obligatoria no se hayan determinado de manera tasada los supuestos en los que ésta procede. El Anteproyecto tampoco ha recogido la observación de la CNC en el sentido de que se derogaran las normas colegiales relacionadas con los visados, publicidad, incompatibilidades, restricciones territoriales y baremos de honorarios. [Informe sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus](#)

### ➤ La CNC hace público su informe sobre la actividad de los procuradores

El 09.06.09 la CNC hizo público el informe que analiza las restricciones a la competencia en la normativa reguladora de la actividad de los Procuradores y que tiene su origen en la resolución del expediente “Procuradores Madrid”. Según la CNC, dicha regulación presenta algunos problemas desde el punto de vista de la competencia, sujeta a revisión en aplicación de la transposición de la Directiva de Servicios, y propone:

- Revisar la obligatoriedad de acudir a los Tribunales representado por un procurador.
- Eliminar la reserva de la actividad que, con carácter general, la normativa dispone a favor de los Procuradores, y la incompatibilidad de la profesión de Procurador con la de Abogado.
- Eliminar los aranceles cuasifijos;
- Suprimir las demarcaciones territoriales, pasando a un régimen de libre prestación en todo el territorio del Estado.

La CNC recuerda que continuará vigilando cualquier práctica anti-competitiva que pueda producirse en el ámbito de actividad de los Procuradores sin amparo legal, mediante la apertura de expedientes sancionadores, o mediante la legitimación que posee para impugnar actos y disposiciones de rango inferior a la Ley de los que se deriven obstáculos para la competencia efectiva. [Informe CNC](#)

### ➤ La CNC reitera que los regímenes de autorización deben eliminarse en la reforma de la LOCM

El 04.06.09 la CNC hizo público el informe sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), para adaptarse a los principios recogidos en la futura Ley sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio (la Ley Paraguas, que transpone la Directiva de Servicios). La reforma de esta ley se hará de forma separada a la del resto de textos legales afectados por la Ley Paraguas, que se revisarán de forma conjunta en la Ley Ómnibus.

La CNC ya se había pronunciado al respecto en un documento con ocasión de la previsible reforma de la LOCM (ver Gaceta nº 68). La CNC ha constatado que el Anteproyecto soluciona algunas de las preocupaciones señaladas en aquel momento, como la regulación de determinados registros o la eliminación de autorización previa para la venta automática. No obstante, la CNC considera que la propuesta de modificación del régimen de licencia comercial específica para las grandes superficies (el elemento más importante de la reforma) puede resultar insuficiente a la hora de eliminar el riesgo de cierre de mercado a los operadores interesados en la instalación de nuevos establecimientos comerciales, en particular grandes establecimientos. En el texto del Anteproyecto se establece que estas aperturas no estarán sujetas a regímenes de autorización, con la excepción de los que pueden prever las legislaciones autonómicas por razones de interés general (salvo las de índole económica, que se excluyen expresamente, de acuerdo con la Directiva). Según la CNC, esta nueva formulación deja a la determinación de las distintas legislaciones autonómicas la posibilidad de instaurar este tipo de regímenes de autorización y sus detalles. Por ello, la CNC propone que el Anteproyecto modifique la redacción de la LOCM de manera que la apertura de nuevos establecimientos en ningún caso quede sujeta a regímenes de autorización comercial, lo que redundará en beneficio de la seguridad jurídica, de la eficiencia de los mercados y de los consumidores. Además, según la CNC, el Anteproyecto no trata otros aspectos mencionados en su primer documento (reformas encaminadas a ir más allá de una mera transposición de la Directiva de Servicios), como la supresión de la limitación temporal de los periodos de rebajas o la regulación de la venta a pérdida. [Informe sobre reforma LOCM](#)

## BREVES

- Según noticias de prensa, el pasado 23.06.09 UPA Castilla La Mancha presentó una denuncia ante la Comisión Regional de la Competencia de Castilla-La Mancha contra las grandes cadenas de distribución por ventas a pérdida en el aceite de oliva. Consideran que la gran distribución está utilizando el aceite como producto gancho, utilizando un PVP inferior al coste de producción. La pasada primavera, la UPA-UCE Extremeña denunció esta situación a las autoridades extremeñas (ver Gaceta nº 69). Debe tenerse en cuenta que la venta a pérdida puede ser considerada como un acto desleal (así como una infracción de la LOCM), lo que en su caso podría considerarse como una infracción de la LDC. No obstante, y a la luz de la posición de la CNC en sus informes sobre la reforma de la LOCM, parece claro que el criterio que habrán de seguir las autoridades de competencia sobre estas prácticas será muy restrictivo.
- Según comunicado de prensa de 23.06.09, el Banco de España ha publicado un estudio titulado “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”. En él, evidencia los riesgos significativos que para variables como los precios, el empleo o la productividad, pueda generar la regulación del comercio minorista, utilizando bases de datos e indicadores de las principales restricciones al comercio presentes entre 1997 y 2007. Como conclusiones preliminares establece que en la actualidad existe una regulación más estricta que la que estaba en vigor a comienzos del período analizado. Además considera que existe una correlación entre una mayor regulación y una mayor inflación, una menor tasa de ocupación en el sector y una mayor densidad comercial.
- En el expediente incoado contra El Corral de la Flamenca (ver Gaceta nº 66), la denunciada habría desistido del recurso que presentó contra la decisión de la DI de no admitir la terminación convencional por considerar que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los efectos sobre la competencia derivados de la fijación del precio de reventa.
- Se desestima el recurso de Properly contra el Acuerdo de la DI de 23.04.08 de sobreseimiento del expediente 2685/06 incoado a consecuencia de la denuncia presentada contra BP Oil España por supuesta fijación, mediante acuerdos periódicos, de las condiciones comerciales a aplicar a la red de distribuidores de BP. El Consejo coincide con la DI en que no puede concluirse que se dé la imposición de condiciones por BP a la que alude el recurrente con el fin de fijar los precios de reventa mediante los acuerdos denunciados. [Texto de la Resolución](#)
- Según noticias de prensa, Gas Natural vende su 5% en Enagás a Omán Oil Holdings Spain (OOC), accionista de CLH y La Seda de Barcelona. Con ello cumplen con una de las desinversiones a las que se condicionó la operación de concentración de Gas Natural y Unión Fenosa. La venta se completará en el plazo de un mes y está sujeta a la aprobación de la CNC. [Noticia de prensa](#)
- El 29.05.2009 la CNC archivó el expediente “Electrodomésticos Canarias”, remitido por las autoridades canarias ante la denuncia presentada por el importador oficial de productos electrónicos de *Panasonic* contra distintos importadores por incumplimiento del artículo 3 LDC. La conducta denunciada, consistente en la importación de productos sin el marcado CE, fue calificada como desleal por el denunciante la tener que competir con otros importadores que, al no cumplir con las normas de etiquetado, pueden vender al comercio minorista a menor precio. En línea con la propuesta de las autoridades canarias, la CNC no apreció afectación al interés general, por lo que desestimó la denuncia.
- Según comunicado de 27.05.09, la CNC ha iniciado un expediente tras unas declaraciones del Presidente de la Asociación Española de Fabricantes de Masas Congeladas (ASEMAC) publicadas en julio de 2007 en EFEAGRO, cuyo contenido podría suponer una infracción del art. 1 LDC. [Comunicado de prensa](#)
- Según comunicado de 25.05.09, la Autoridad Portuaria de Cartagena formuló una denuncia contra la Coordinadora Estatal de

Trabajadores del Mar, entidad sindical que supuestamente acordó no prestar servicios a los barcos procedentes del Puerto de Cartagena en otros puertos de España. El supuesto acuerdo o recomendación colectiva es susceptible de infringir el art. 1 LDC al boicotear la actividad del Puerto. [Comunicado de prensa](#)

- Según comunicado de 20.05.09, la CNC ha llevado a cabo inspecciones en diversas empresas de la industria metalgráfica dedicadas a la fabricación de envases metálicos para la alimentación, así como en la Asociación del sector y en la sede de la principal empresa siderúrgica de España, por acuerdos o recomendaciones colectivas para la fijación de incrementos de precios en el sector (ver Gaceta nº 65). [Comunicado de prensa](#)
- El 19.05.09 el Consejo de la CNC no admitió a trámite por razones formales un recurso interpuesto por Urgencias y Emergencias CID contra el escrito de la DI en el que había decidido analizar una denuncia conforme a su función de vigilancia de una resolución sancionadora anterior en la que la empresa denunciada era la misma y los hechos muy similares y no como un expediente nuevo. La denunciante interpretó el escrito como una decisión de la DI de no incoar expediente sancionador. El Consejo resuelve que la DI actuó en consecuencia y que en ningún caso se produjo negativa de incoación de expediente sancionador, debiendo la DI incoar el correspondiente expediente si comprobase la existencia de otras conductas contrarias a la LDC.
- El 18.05.09 el Consejo de la CNC archivó una denuncia contra el Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias (COAA) por un Acuerdo de la Asamblea General Ordinaria de 2008 en relación a la expedición del visado obligatorio. La CNC entiende que existe pérdida del objeto de la denuncia, puesto que un Acuerdo del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España anuló el Acuerdo del COAA.

## OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

### ► Notificadas:

Parques Reunidos / Faunia (parques de atracciones y temáticos).  
Anselmo León/Electrodistribuidora C. Leonesa (distribución energía).  
Costa / Ibercrueros (transporte marítimo).  
Aelia / EMS Ship Supply (activos) (comercio al por menor).  
Comsa / EMTE (construcción de carreteras; instalaciones eléctricas).  
Cofares / Vicente Ferrer (comercio mayorista de proa. farmacéuticos).  
Assip / Cintra (actividades anexas al transporte e inmobiliarias).

### ► Autorizadas en primera fase:

Merck / Medicult  
Mercapital / Recoletas  
Reale / CAI / CAI Seguros  
BFBP / CNCE  
Sekisui / Negocio de PVA de Celanese  
Biovail / Cambridge Laboratoires  
Parques Reunidos / Faunia  
Costa / Ibercrueros

## UE Y OTRAS JURISDICCIONES - NOTICIAS DE COMPETENCIA

### DECISIONES Y SENTENCIAS

#### ➤ Operaciones de concentración en el sector energético sujetas a condiciones

El 23.06.09 la Comisión aprobó la adquisición de Essent (Holanda) por RWE (Alemania), sujeta a la condición de desinversión del accionariado de control de Essent en Stadwerke Bremen, ante los problemas apreciados por la Comisión en los mercados de distribución de electricidad y gas alemanes.

Del mismo modo, el 22.06.09 la Comisión autorizó la adquisición de Nuon Energy (Holanda) por Vattenfall (Suecia), sujeta a la condición de desinversión de los activos de Nuon para el suministro de electricidad a pequeñas empresas y clientes domésticos de Hamburgo y Berlín, por ser Vattenfall el suministrador incumbente en estas ciudades y Nuon su competidor más potente.

#### ➤ Multa de €20 millones a Electrabel por adquirir CNR sin la autorización previa de la Comisión

El 10.06.09 la Comisión multó a Electrabel por haber adquirido el control exclusivo de Compagnie National du Rhône (CNR) sin su autorización previa, ya que 4 años antes de su notificación Electrabel compró el 50% de las acciones de CNR, convirtiéndose en su accionista de referencia, dada la dispersión del capital y los bajos niveles de asistencia a las juntas de accionistas de CNR en los años previos. Según la Comisión, estas circunstancias hacían que Electrabel gozase de una mayoría de control estable, lo que sumado al carácter industrial de Electrabel frente al resto de accionistas, así como a su condición de gestor operativo de las centrales de generación y comercialización de energía de CNR, otorgaba a Electrabel el control de hecho exclusivo de CNR.

En cuanto a la determinación de la cuantía de la multa, la Comisión consideró que el incumplimiento tuvo una duración considerablemente larga, calificándolo como grave, ya que la obligación de supeditar la ejecución de una concentración a la aprobación de la Comisión es un elemento básico de la normativa de control de concentraciones. Asimismo, la Comisión apuntó que, al ser Electrabel una gran compañía con experiencia en materia de concentraciones, debería haber conocido su obligación de notificación, si bien también ponderó la inexistencia de efectos sobre la competencia y la notificación voluntaria de Electrabel para reducir el importe de la multa.

#### ➤ Según el TJCE una sola reunión puede dar lugar a una concertación de comportamientos entre empresas

En respuesta a una cuestión prejudicial (Asunto C-8/08 T-Mobile), con fecha 04.06.09 el TJCE concluyó que para valorar la existencia de una concertación no debe tenerse en cuenta el número de contactos o reuniones que tuvieran lugar entre partícipes, sino si ha sido

posible intercambiar información entre competidores para sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellos, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión.

### OTRAS NOTICIAS

#### ➤ Opinión del abogado general sobre el Asunto Glaxo

El 30.06.09 se publicó la opinión de la abogada general Trstenjak en relación con los recursos de casación interpuestos ante el TJCE contra la sentencia del TPI sobre el asunto Glaxo (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P).

La sentencia del TPI de 2006 resolvió sobre la impugnación de una Decisión de la Comisión de 2001 que declaraba la incompatibilidad de las Condiciones Generales de Venta (CGV) del fabricante de medicamentos GlaxoSmithKline (GSK) con el art. 81 TCE, por restringir el comercio paralelo de medicamentos al establecer precios diferentes en función de su comercialización en España o en otros Estados miembros. La sentencia confirmó la Decisión en el sentido de que las CGV restringen la competencia, vulnerando el art. 81.1 TCE, pero la anuló en relación con la desestimación de la solicitud de exención del art. 81.3 TCE, señalando que la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta todas las alegaciones y pruebas presentadas por GSK sobre la existencia de una ventaja competitiva apreciable que permitiera eximir al acuerdo de la prohibición.

La opinión de la AG respalda la sentencia del TPI. Discrepa, no obstante, de los argumentos de la sentencia respecto de la ausencia de objeto restrictivo de la competencia del sistema de doble precio de GSK. Entendía el TPI que el hecho de que el precio de los medicamentos para los consumidores finales estuviera controlado en buena medida por los poderes públicos impedía mantener la idea de que el comercio paralelo automáticamente incide favorablemente en el bienestar de los consumidores finales. Como consecuencia de lo anterior, el TPI sostenía que no cabía considerar que el sistema de dobles precios tuviera un objeto restrictivo de la competencia sino que era necesario analizar sus efectos (llegando a la conclusión de que, efectivamente, era un acuerdo restrictivo de la competencia). Para la AG, sin embargo, el hecho de que no hubiera un perjuicio directo a los consumidores derivado de la limitación del comercio paralelo no debería haber impedido al TPI considerar que el sistema de dobles precios tenía un objeto -no sólo un efecto- restrictivo de la competencia, en la medida que claramente pretendía o era apto para restringir la competencia intramarca en el nivel anterior de la distribución de medicamentos. Lo contrario, dice la AG, llevaría a sostener que no puede haber acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto en aquellos mercados aguas arriba alejados de los consumidores, en los que los efectos sobre estos son indirectos.

Vid. noticias españolas sobre la Resolución en el asunto Pfizer.

### ➤ Anuncio de compromisos de la IACS

El 10.06.09 la Comisión anunció los compromisos ofrecidos por la Asociación Internacional de Sociedades de Clasificación (IACS) ante la inquietud de la Comisión por un posible incumplimiento del artículo 81 TCE en el mercado de clasificación de barcos, al impedir la IACS la adhesión y participación de sociedades de clasificación a los grupos de trabajo de la Asociación y el acceso a documentación técnica de la misma. La Comisión invita a los interesados a realizar durante un plazo de 1 mes comentarios sobre dichos compromisos, consistentes principalmente en el establecimiento de criterios cualitativos, objetivos y transparentes para ser miembro de la Asociación y aplicarlos de manera no discriminatoria, así como la posibilidad de los no miembros de participar en los grupos de trabajo de la IACS y tener pleno acceso a sus resoluciones y documentación técnica.

### BREVES

- El 26.06.09 la Comisión autorizó la toma de control conjunto de Societa Iniziative Autostradali e Servizi S.p.A. y Atlantia S.p.A., sobre cinco compañías del Grupo Atlantia dedicadas a la gestión y servicios de autopistas en Chile.
- El 23.06.2009 fue notificada la operación de toma de control exclusivo de la norteamericana Chrysler por la italiana Fiat.
- El 22.06.2009 la Comisión autorizó la adquisición de SN Brussels Airlines por Lufthansa, sujeta a condiciones que responden a la preocupación sobre el efecto de la operación en rutas entre Bélgica y Alemania, y Bélgica y Suiza. Los compromisos se centran en la concesión de slots que permitan la entrada de nuevos operadores en las referidas rutas.
- El 20.05.09 la Comisión actualizó su resumen de las medidas nacionales adoptadas en respuesta a la crisis económica y financiera [Enlace](#)
- El 18.06.09 la Comisión anunció un recurso por incumplimiento contra España por no recuperar una ayuda de estado concedida a una filial del Grupo Magefesa, calificada como ilegal en 1998.
- El 18.06.09 fue notificada la operación por la que Mitsubishi Corporation adquiere de Acciona Energía Internacional, un 34,40% de las acciones de la compañía portuguesa Amper Central Solar, S.A., dedicada a la producción de electricidad.
- El 12.06.09 la Comisión abrió una investigación exhaustiva sobre la toma de control conjunto de la danesa DFDS, líder en la prestación de servicios marítimos en el Mar del Norte y Mar Báltico, por las danesas Vesterhavet y DSV, esta última empresa líder en el mercado de prestación de servicios de flete en Escandinavia, ante los efectos potenciales adversos sobre los competidores en el sector del flete.
- El 12.06.09 la Comisión anunció los compromisos ofrecidos por el diseñador de microchips Rambus de poner un máximo a sus royalties durante 5 años ante la preocupación por un posible abuso de su posición de dominio consistente en exigir royalties excesivos para el uso de ciertas de sus patentes, invitando a las partes interesadas a realizar comentarios al respecto.
- El 10.06.09 fue notificada la operación por la que EnBW (el tercer suministrador eléctrico alemán) propone adquirir el control indirecto, a través de su filial turca, del 50% de las acciones de Borusan Enerji Yatirimlari Ve Üretim A.Ş (sociedad turca).
- El 05.06.09 la Comisión autorizó la toma de control exclusivo de la prestadora de servicios de energía y gestión técnica Elyo Italia S.r.l. por el grupo energético francés GDF Suez.

## NOTICIAS SOBRE SECTORES REGULADOS

### ENERGÍA

#### ► Puesta en marcha de la SUR de electricidad

Mientras que el suministro de último recurso (SUR) de gas natural entró en vigor el 01.07.08, el SUR de electricidad se puso en marcha el 01.07.09, sustituyendo al sistema de tarifas reguladas vigentes hasta esa fecha.

Se estima que unos 25 millones de hogares (consumidores con una potencia contratada de hasta 10 kW) tendrán derecho a acogerse a esta modalidad de suministro que será realizado por los 5 comercializadores de último recurso (CUR) designados, los cuales aplicarán la tarifa de último recurso (TUR) fijada reglamentariamente.

La TUR se configura como un precio máximo, y ha sido fijada mediante Resolución de 29.06.09 de la DGPEM por la que se establece el coste de producción de energía eléctrica y las TUR a aplicar en el segundo semestre 2009. Dicha Resolución se adoptó con base en la Orden 1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado de tarifa al SUR de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las TUR aplicables a los consumidores de baja tensión con potencia contratada hasta 10 kW, sus peajes de acceso y el procedimiento de cálculo del coste de producción de energía eléctrica que incluirán las TUR y los costes de comercialización que le corresponden a cada uno de los CUR. Por su parte, la Orden 1723/2009 determinó los precios de los peajes a aplicar a partir del 01.07.09 a los consumidores conectados a baja tensión y con potencia contratada menor o igual a 10kW.

La Orden 1659/2009 establece además el mecanismo de traspaso al SUR de energía eléctrica de los clientes que tengan un contrato en vigor en el mercado a tarifa con un distribuidor. Dichos contratos se entenderán automáticamente extinguidos el 01.07.09, de manera que los consumidores podrán formalizar sus contratos con el CUR o con otro comercializador en el mercado libre. En caso de que no lo hagan antes, se entenderá que consienten en obligarse con el CUR que les corresponda, subrogándose el CUR en la obligación de suministro con los mismos parámetros técnicos y datos del anterior contrato de suministro a tarifa.

Las TUR de electricidad se componen de (i) un término de facturación en potencia, que será el término de potencia de la tarifa de acceso más el margen de comercialización fijo, (ii) otro de energía que será igual a la suma del término de energía de la correspondiente tarifa de acceso y el coste estimado de la energía, y en su caso, (iii) un término por la facturación de la energía reactiva. La TUR para cada consumidor se determina a partir de la tarifa de acceso asociada a su punto de suministro. Si bien la TUR es única, los consumidores con equipo de medida, pueden acogerse a la modalidad con discriminación horaria.

Como consecuencia de lo anterior, el recibo de la luz de los consumidores acogidos a la TUR se encarecerá de media un 2%, lo que implica pagar una media de 0,7 euros más al mes para un consumidor tipo. Asimismo, se han eliminado los recargos por exceso de consumo existentes en el modelo de tarifas integrales y los 12,5 kWh mensuales gratuitos que recibían los consumidores conforme al sistema de tarifas reguladas.

Asimismo, la Resolución de 26.06.09 de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se determina el procedimiento de puesta en marcha del bono social, congela a partir del 01.07.09 los precios de la tarifa eléctrica para los consumidores con una potencia contratada inferior a 3 kW, a los pensionistas con pensiones mínimas, a las familias con todos sus miembros en situación de desempleo y a las familias numerosas que estén suscritas a la TUR para sus viviendas habituales. Los solicitantes del bono social se beneficiarán del mismo desde el primer día del periodo de facturación en que lo soliciten.

#### ► El Gobierno fija la TUR de gas aplicable a partir del 1 de julio de 2009

Mediante la Orden 1660/2009, de 22 de junio, el MITYC estableció la metodología de cálculo de la TUR de gas natural que serán aplicadas por los CUR a los consumidores conectados a presiones inferiores a 4 bar con consumos anuales no superiores a 50.000 kWh/año.

En octubre de 2008, el MITYC dictó la Orden 2857/2008 por la que se establece la tarifa del SUR de gas natural, donde se determina la forma de cálculo de dicha tarifa a partir del 12/10/2008, la cual debía adaptarse conforme se desarrollara el procedimiento de subasta para la determinación del coste del gas natural considerado. La Orden 1660/2009 establece la forma de cálculo de la TUR (con un término fijo y otro variable), incorporando los resultados del procedimiento de subasta, junto con referencias internacionales sobre el coste de aprovisionamiento de gas natural. Por otra parte, la Orden 1724/2009, de 26.06.09, revisa los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir del 01.07.09.

Con base en lo anterior, mediante Resolución de 29.06.09 la DGPEM hace públicos los precios máximos de la TUR de gas natural, los cuales suponen una rebaja media de las tarifas del 4,2% (un 0,1% para los consumidores domésticos de menor consumo – menos de 5.000 kWh/año y un 5,4% para los que tengan calefacción – consumo de más de 5.000 kWh/año e inferior o igual a 50.000 kWh/año-).

La Resolución también establece la tarifa a aplicar a los consumidores de gases manufacturados por canalización situados en territorios insulares, en tanto no se disponga de suministros de gas natural, así como los precios máximos aplicables por un CUR a consumidores con consumos anuales superiores a 50.000 kWh/año e inferiores a 3GWh/año y suministrados a presiones iguales o inferiores a 4 bar que no hayan negociado con un comercializador un precio de suministro.

### ➤ Aprobada la regulación de la Oficina de Cambios de Suministrador

Como parte de las novedades regulatorias en el sector energético, el pasado 20.06.09 se publicó en el BOE el RD 1011/2009 por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador. De acuerdo con el RD, la Oficina asumirá, entre otras funciones:

- la supervisión de los cambios de suministrador en los sectores de gas y electricidad conforme a los principios de transparencia, objetividad e independencia;
- la promoción y en su caso la supervisión del intercambio telemático de la información entre distribuidores y comercializadores;
- proponer mejoras en relación con los procedimientos de cambio de suministrador;
- solicitar a las distribuidoras y comercializadoras la información relativa a cambios de suministro que no obra en las bases de datos de consumidores y puntos de suministro de gas y electricidad;
- solicitar cuanta información sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones en cuanto a los cambios de suministrador;
- elaborar informes periódicos y específicos; y
- verificar, mediante el sistema o sistemas creados o desarrollados por la Oficina, que los consumidores han otorgado su efectivo consentimiento al cambio de suministrador.

En el seno de la Oficina se crea además un centro de información que ofrecerá información gratuita sobre los procedimientos de cambios de suministrador. Por su parte, la CNE será quien resuelva los conflictos entre la Oficina y los distribuidores y comercializadores sobre la clase o contenido de la información que hayan de suministrar a la ésta así como la información que haya de intercambiarse entre ellos. Asimismo, la CNE será quien supervise el cumplimiento de la normativa los procedimientos relativos a los cambios de suministrador que se realicen, así como la actividad de la propia Oficina.

Se ha de recordar que la Oficina fue constituida como sociedad anónima bajo la denominación de OCSUM, S.A., habiendo sido autorizada por la Secretaría General de Energía el 20.08.08. Su capital social se distribuye entre las empresas distribuidoras y comercializadoras de gas y electricidad de acuerdo con los porcentajes de reparto legalmente establecidos.

## TELECOMUNICACIONES

### ➤ Anteproyecto de Ley General Audiovisual

El Consejo de Ministros de 26.06.09 recibió de la Vicepresidenta Primera y Ministra de la Presidencia un Informe sobre el Anteproyecto de Ley General Audiovisual que transpondrá la Directiva Europea de Servicios de Comunicación Audiovisual de 2007.

Entre las cuestiones más relevantes del Anteproyecto, podemos destacar las siguientes:

- La televisión dejará de ser considerada como servicio público, por lo que las actuales concesiones para la prestación del servicio público de televisión pasarán a ser licencias.
- Se permitirá ceder o arrendar las licencias correspondientes a terceros, con la autorización previa del Gobierno, que no será denegada si el nuevo operador cumple todas las condiciones para ser considerado un operador de televisión en España y asume expresamente las obligaciones del antiguo operador.
- La cesión o arrendamiento de las licencias no será posible antes de transcurridos cinco años desde la concesión de la licencia, sin perjuicio de lo cual no se permitirá arrendar más del 50% de la capacidad de la licencia (ancho de banda), prohibiéndose en todo caso el subarrendamiento de licencias.
- Se permitirán los canales de alta definición, siempre que respete los límites de capacidad asignados por cada licencia.
- La TDT de pago será posible, si bien no se podrán tener más de dos canales de pago por cada múltiplex de cuatro.
- No se permitirá emitir canales adicionales a los que se establezcan en la licencia por cada múltiplex (en contra de lo que sucede actualmente).

Es previsible que la nueva Ley General Audiovisual se apruebe en los próximos meses, en todo caso, antes del apagón analógico previsto para el mes de abril de 2010.

### ➤ Aprobado el RD para la protección de usuarios de telecomunicaciones electrónicas

El 22.06.09 el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 899/2009 por el que se aprueba la Carta de los Derechos del Usuario de los Servicios de Telecomunicaciones Electrónicas, pudiendo destacar las siguientes condiciones:

- El plazo máximo para la portabilidad (cambio de operador con mantenimiento del mismo número) se reduce a sólo un día.
- Se reduce de 15 a 2 días el plazo que el operador tiene para dar de baja a un cliente.
- Se amplían los poderes sancionadores de la Administración ante los casos de slamming (alta de un usuario con un operador sin el consentimiento del usuario)
- Se amplía el contenido que debe figurar en los contratos, los cuales no podrán modificarse unilateralmente por el operador si no se prevé expresamente en el contrato y, en todo caso, deberá comunicar al usuario los cambios con al menos un mes de antelación, teniendo el usuario el derecho a resolver el contrato sin penalización.
- Se refuerza el derecho a una indemnización por interrupción del servicio, de manera que la indemnización será automática en caso de avería (i) en las comunicaciones fijas y móviles, si la cuantía es superior a 1 euro, y (ii) en Internet por más de seis horas de interrupción entre las 8 y 22 horas.

El referido RD entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, esto es, el 23.09.2009. [Texto del RD](#)

### ► Consulta pública sobre reglamentación de redes NGA

El 12.06.09 la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre su propuesta de reglamentación del acceso a las redes de banda ancha de próxima generación (NGA – Next Generation Access) bajo la forma de una Recomendación que persigue la creación de un marco jurídico básico que guíe a los Estados miembros sobre el tipo de regulación necesaria para promover e incentivar las inversiones en redes de fibra óptica de alta velocidad, a la vez que se garantice el acceso efectivo a dichas redes por los competidores.

### ► La Comisión supervisa el sector de las telecomunicaciones

El 11.06.09 la Comisión respaldó la propuesta del regulador de telecomunicaciones francés de mantener las obligaciones sobre el principal operador de servicios de transmisión de emisiones televisivas terrestres en Francia (TDF), por las que éste debe dar acceso a sus competidores en condiciones no discriminatorias, transparentes y sobre tarifas orientadas a coste a sus infraestructuras que son imposibles o muy difíciles de replicar, de manera que dichos emisores de televisión digital y operadores de múltiplex puedan prestar servicios de transmisión competitivos a través de las redes terrestres de TDF, al menos hasta que consoliden su posición en el mercado, hayan creado sus propias redes y en la medida que el mantenimiento de dichas obligaciones regulatorias sean proporcionales y estén justificadas.

Igualmente, el 08.06.09 la Comisión mostró su conformidad con la decisión del regulador esloveno de mantener la reglamentación sobre el mercado de telefonía móvil por la que se exige al principal operador de Eslovenia (Mobitel) que continúe dando acceso a sus redes nacionales a sus competidores a precios regulados, siendo necesario que así sea hasta que los competidores de Mobitel puedan realizar las inversiones necesarias para desplegar de manera efectiva sus propias redes de ámbito nacional.

### ► Proyecto de Ley de Financiación de RTVE

El 05.06.09 se publicó en el Boletín de las Cortes el proyecto de Ley de Financiación de la Corporación de RTVE, remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes para su tramitación parlamentaria en procedimiento de urgencia.

Lo más destacable de la Ley es la imposibilidad de RTVE de financiarse a través de la publicidad, si bien establece cuáles serán las nuevas fuentes de financiación que en gran medida recaerán sobre las actuales concesionarias del servicio de público de televisión y sobre las prestadoras del servicio de televisión por satélite y cable que operen a nivel estatal o en más de una Comunidad Autónoma, así como los operadores de telecomunicaciones que operen en el mismo ámbito territorial, quienes deberán pagar un canon al efecto consistente en:

- un 3% de los ingresos de los operadores de televisión comercial en abierto,
- un 1,5% de los ingresos de los operadores de televisión de acceso condicional o de pago, y
- un 0,9% de los ingresos de los operadores de telecomunicaciones.

Asimismo, se establece que la Corporación RTVE perciba el 80% de lo recaudado por la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico, regulada en la Ley General de Telecomunicaciones, así como los ingresos obtenidos por el ejercicio de sus actividades y la comercialización de sus servicios y productos.

Entre las restricciones de uso de los ingresos públicos, la norma prevé que estos sólo podrán ser destinados a financiar actividades de servicio público y no podrán ser utilizados para sobrepasar frente a competidores por derechos sobre contenidos de gran valor. Así, no podrá exceder el 10% de su presupuesto anual de aprovisionamientos y compras para la adquisición de derechos de emisión de eventos deportivos, con excepción de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos. [Texto del proyecto](#)

## DOS COMENTARIOS BREVES:

### La nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia y el "passing on defence" en materia de indemnizaciones de daños y perjuicios.

Por Jesús Alfaro  
Socio, CMS Albiñana & Suárez de Lezo

#### ¿NO SON NECESARIAMENTE NULOS LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA?

En su Sentencia de 21 de mayo de 2009 el Tribunal Supremo ha sembrado dudas acerca de la aplicabilidad del art. 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que, como es sabido, declara nulos los acuerdos restrictivos y del art. 1306 CC (*in pari causa turpitudinis, melior est conditio possidentis*).

En el caso, se trataba de un acuerdo de reparto de ingresos entre corredores de comercio que uno de los firmantes incumplió. Después de desestimar otros motivos del recurso, concluye el Tribunal Supremo diciendo que:

*"Todo ello revela que la posible nulidad del convenio litigioso por contrario a la normativa sobre defensa de la competencia, ciertamente no descartable ni siquiera en su propio origen, es decir incluso antes de entrar en vigor las normas que se citan en este motivo, no puede beneficiar a quien, como el recurrente, se aprovechó del convenio mientras servía a sus intereses y dejó de cumplirlo cuando ya no fue así. Y aunque ciertamente una aplicación estricta de la regla 1ª del art. 1306 CC determinaría que los demandantes no pudieran exigir el cumplimiento del convenio por los demandados, no es menos cierto que en el presente caso concurrían dos circunstancias que, conjuntamente apreciadas, comportaban que el cumplimiento del convenio por los demandados sí fuera exigible: la primera, que la integración de los corredores de comercio en el cuerpo de notarios imponía ya por sí sola extinción del convenio en un tiempo próximo; y la segunda, que en el propio convenio los corredores firmantes se sometían especialmente a las normas reglamentarias y a las de actuación derivadas de las circulares del Consejo y de la Dirección General, siendo así que en el presente caso el convenio litigioso fue convalidado por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera hasta más allá de su extinción de hecho, debida a la ya mencionada integración de los corredores en el cuerpo de notarios. Si a todo ello se une, de un lado, que el art. 1 del RD Ley 6/1999 modificaba la D. Adicional 2ª de la Ley de 1974 sobre Colegios Profesionales en el sentido de que sus estatutos, reglamentos y demás normas tendrían que adaptarse a la nueva normativa y, de otro, que no hay el menor indicio de que el incumplimiento del convenio por los demandados respondiera a una finalidad de interés general de defensa de la competencia, sí habiéndolos en cambio de que respondía a un interés puramente particular y muy especialmente económico, la desestimación del motivo no viene sino a corroborarse, pues el art. 1256 CC no permite dejar la validez de los contratos al arbitrio de los contratantes, el art. 1258 del mismo Cuerpo legal obliga a los contratantes a todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, sean conforme a la buena fe y, en fin, la jurisprudencia de esta Sala aconseja prudencia y flexibilidad en la apreciación de nulidad de actos contrarios a la ley en función de la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados (SSTS 27-9-07, 25-9-06, 9-3-00 y 22-7-97 entre otras)".*

El Tribunal Supremo podrá ser "prudente y flexible" al determinar las consecuencias de la infracción de una norma por un contrato cuando la norma contrariada no prevea expresamente las consecuencias de su infracción. Pero la Ley de Defensa de la Competencia -la previgente también- prevé expresamente la nulidad del acuerdo restrictivo. Por tanto, nuestro Tribunal de Casación debió justificar que el acuerdo de reparto de ingresos no era un acuerdo prohibido para rechazar la aplicación (¡de oficio!) de la nulidad.

La finalidad preventiva del art. 1306 CC y del art. 1.2 LDC se ve frustrada si los contratantes pueden contar con que los tribunales no los aplicarán cuando no les guste el comportamiento del contratante que alega la nulidad. Ambos preceptos ya tienen en cuenta que los que demanden la nulidad no lo harán movidos por fines altruistas y de defensa del interés público. Se basan en que - como decía Adam Smith - el interés particular se ve guiado por una mano invisible para el logro del interés general (que no haya acuerdos restrictivos de la competencia).

PASSING ON DEFENSE Y COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO

En el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre aplicación privada del Derecho Antitrust se ha propuesto que los cartelistas puedan defenderse frente a una demanda de indemnización de los daños causados por el cártel alegando que el demandante – comprador del producto cartelizado - no ha sufrido daño como consecuencia del encarecimiento del producto cartelizado porque lo hubiera repercutido en sus precios y, por tanto, hubiera trasladado el incremento del precio a los compradores de su producto (eso sí, imponiendo la carga de la prueba del traslado del incremento del precio a los cartelistas demandados). Es la denominada *passing on defense*. Por ejemplo, el fabricante de caramelos vitaminados no habría sufrido un daño indemnizable como consecuencia del aumento del precio de la vitamina incluida en sus caramelos producto de un cártel entre fabricantes de vitaminas porque habría aumentado, a su vez, el precio de sus caramelos a los consumidores finales.

La regla del libro blanco - que parece que se incluye en el borrador de Directiva - es una mala regla. Contradice la mejor doctrina al respecto. Como ha explicado A. Soler en un reciente artículo en *Indret* sobre el deber del acreedor de mitigar el daño,

*"el deber de mitigar excluye del resarcimiento únicamente las pérdidas que no se evitaron convenientemente adoptando medidas de mitigación exigibles al acreedor del resarcimiento. No, por tanto, las que el acreedor haya logrado contrarrestar con medidas inexigibles. Este matiz... es esencial en orden a lograr la necesaria desvinculación del deber de mitigar de la que parece ser su "regla de cierre", y que no es sino la figura de la compensatio lucri cum damno".*

Es difícil de aceptar que elevar el precio del producto en el que se ha utilizado la materia prima cartelizada sea una "medida exigible" al fabricante de caramelos vitaminados. Que logre vender más caros sus caramelos no está vinculado causalmente con el aumento de precio de las vitaminas. Y, por tanto, el cartelista no puede alegar el *passing on* para reducir el quantum respondeatur. Y la regla es tanto más sangrante por cuanto el daño ha sido causado, normalmente en los casos de cártel, dolosamente por los cartelistas (en algunos países, producto de un delito).

Soler recuerda un caso inglés que refleja bien la cuestión (*Hussey v. Eels* [(1990) 2 Q.B. 227]:

*"Los demandantes habían adquirido un bungalow creyendo, negligentemente inducidos por los intermediarios, que no había sufrido hundimientos en su superficie. Con este convencimiento pagaron por él un precio que excedía en £17.000 del valor de mercado del inmueble en las circunstancias en que se encontraba. Una vez aclarado el error, decidieron los demandantes solicitar el permiso de obra necesario para reemplazar el citado inmueble por otros dos nuevos, en vez de reparar y revender inmediatamente el inmueble. Tras dos años y medio de gestiones, vendieron el terreno, el bungalow y el permiso de obra en £23.000 más que el precio de compra, y reclamaron al vendedor la indemnización correspondiente. En primera instancia se rechazó la pretensión considerando que, gracias a la reventa efectuada, los demandantes habían mitigado completamente las pérdidas. Esta decisión fue revocada por la Court of Appeal concediendo el resarcimiento pretendido, no sin antes preguntarse, y aquí radica el principal interés del caso, si verdaderamente coincide la causa del daño con la del pretendido lucro, pregunta cuya respuesta, en opinión de Mustill L.J., ha de ser negativa, por entender que el hecho de que la venta, celebrada dos años y medio después de la adquisición, fuera una opción que el incumplimiento del demandado brindó a los demandantes, no es razón suficiente para imputar el beneficio derivado de la misma al incumplimiento".*

Y cita igualmente una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998 en la que el Tribunal rechaza compensar los daños causados por el impago de una renta arrendaticia con el beneficio obtenido por el arrendador con la venta posterior del inmueble arrendado. Y, como en el caso inglés, la cuestión es que

*"la relación arrendaticia estaba extinguida al tiempo de efectuarse la venta pública, sin que sea relevante, a efectos de las obligaciones arrendaticias asumidas por la recurrente".*

Este problema es un buen ejemplo de los costes de la armonización positiva: podemos acabar con una mala regla igual para todos.

## COMPETENCIA Y SECTORES REGULADOS GACETA MENSUAL

Número 70

Mayo / Junio 2009

### ABREVIATURAS

**CNC:** Comisión Nacional de Competencia. **DI:** Dirección de Investigación. **TDC:** Tribunal de Defensa de la Competencia. **SDC:** Servicio de Defensa de la Competencia. **CM:** Consejo de Ministros. **CMT:** Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. **MEH:** Ministerio de Economía y Hacienda. **MITYC:** Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. **CNE:** Comisión Nacional de la Energía. **MMA:** Ministerio de Medio Ambiente. **AN:** Audiencia Nacional. **TS:** Tribunal Supremo. **LDC:** Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. **ALDC:** Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. **RD 378/2003:** Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, en materia de Exenciones por Categorías, Autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia. **RD 1443/2001:** Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en lo relativo al control de las operaciones de concentración económica. **TCE:** Tratado de la Comunidad Europea; **TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. **TPI:** Tribunal de Primera Instancia. **AG:** Abogado General; **Reglamento 139/2004:** Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones entre empresas. **Reglamento 2790/99:** Reglamento (CE) nº 2790/99 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. **LSH:** Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos; **LSE:** Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

**CMS Albiñana & Suárez de Lezo** es un despacho de abogados con más de 70 años de historia, que ofrece a sus clientes un servicio global que armoniza el concepto tradicional de la práctica de la abogacía con los nuevos retos que plantea la sociedad actual. El Despacho basa su operativa de trabajo en una relación personal, directa y de confianza con el cliente, adaptándose a las necesidades propias de cada uno. CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de CMS.

**CMS** es una organización de despachos de abogados europeos independientes de reconocido prestigio. La alianza CMS ofrece a sus clientes asesoramiento legal y fiscal de calidad en transacciones nacionales e internacionales. Combina de manera perfectamente coordinada una gran experiencia a nivel local con presencia significativa en toda Europa. Incluye 9 despachos miembros, más de 2.240 abogados en 48 ciudades y 28 países. La organización CMS está asociada con The Levant Lawyers (con oficinas en Beirut, Abu Dhabi, Dubai y Kuwait).

El **Área de Comunitario y Competencia** del Despacho presta servicios de asesoría a empresas nacionales e internacionales en todas aquellas cuestiones relacionadas con el Derecho de la Competencia, incluyendo la representación en cualquier expediente por prácticas restrictivas, abuso de posición de dominio o control de concentraciones ante las autoridades de competencia, así como la prestación de servicios de asesoría y consultoría en aquellas áreas de negocio de los clientes que se pueden ver afectadas por el Derecho de la Competencia (estrategias de distribución; acuerdos con competidores; política de precios; auditorías de competencia; etc.).

<a href="#">Jesús Alfaro</a>	<a href="#">Diego Crespo</a>	<a href="#">Patricia Liñán</a>	<a href="#">Diego Gutiérrez</a>
<a href="#">María Arruñada</a>	<a href="#">Raúl López</a>	<a href="#">Laura Urbelz</a>	

El **Área de Derecho Público y Sectores Regulados** del Despacho presta servicios de asesoría a empresas nacionales e internacionales en todas aquellas cuestiones relacionadas con el Derecho Administrativo (contratación pública, medioambiente, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, expropiación forzosa, derecho administrativo sancionador), desarrollando su actividad, de modo especial, en materias relacionadas con los sectores regulados (telecomunicaciones, audiovisual, energía, urbanismo, derecho público bancario y del mercado de valores, etc.).

<a href="#">José Giménez</a>	<a href="#">Félix Plasencia</a>	<a href="#">Javier Torre de Silva</a>	<a href="#">Roberto Sánchez</a>
<a href="#">Trinidad Cabrera</a>	<a href="#">Beatriz Ruiz</a>	<a href="#">Juan Manuel Zapatero</a>	<a href="#">José María Pernas</a>

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta gaceta, se pueden poner en contacto el [Departamento de Competencia](#), con la Responsable del Departamento de Documentación del Despacho [Ana Gimeno](#) o con cualquiera de las personas señaladas al número de teléfono (34) 91 451 93 00 o fax (34) 91 399 30 70.

Si no desea seguir recibiendo en el futuro esta revista, haga click [aquí](#)

Los asuntos tratados en la Revista han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos de los Departamentos de Competencia y de Derecho Público de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad del sector ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.