

COMPETENCIA Y SECTORES REGULADOS

NÚMERO 73 – OCTUBRE 2009

SUMARIO

- Noticias españolas de competencia
- Noticias comunitarias y otras jurisdicciones
- Noticias sobre sectores regulados
- Comentarios breves, por Jesús Alfaro, Diego Gutierrez y Raúl López Petisco

NOTICIAS ESPAÑOLAS DE COMPETENCIA

RESOLUCIONES, ACUERDOS Y SENTENCIAS

► La CNC sanciona a PROPOLLO, INPROVO y CEO-PAN Asturias

La Organización Interprofesional de la Avicultura (Propollo), la Organización Interprofesional del Huevo (Inprovo) y la Asociación de Fabricantes de Pan del Principado de Asturias (Ceopan Asturias) emitieron en el seno de cada asociación una serie de notas de prensa durante el verano de 2007 en las que describían la situación del sector y sugerían repercutir el aumento de costes de las materias primas a los productos finales. La conducta ha sido considerada una recomendación colectiva de precios contraria al art. 1 LDC.

En el caso de Inprovo, ésta difundió dos notas de prensa que ponían de manifiesto la necesidad de repercutir el alza de los costes de producción en el precio de los huevos. En el caso de Propollo, ésta contrató a una agencia especializada para que difundiera la nota de prensa y su presidente y secretario general realizaron declaraciones a la prensa relativas al previsible aumento del precio del kilo de pollo. En el caso Ceopan Asturias, su presidente hizo declaraciones en el periódico *La Voz de Asturias* en las que advertía de la necesidad de fijar en Asturias el precio de la barra de pan en 90 céntimos antes de que finalizara el año 2007.

A juicio de la CNC, estas prácticas tienen por objeto o, al menos, so capaces de impedir, restringir o falsear la competencia estableciendo una "pauta común de actuación" y "eliminando la incertidumbre de que cada operador reaccione ante un aumento de los costes de producción como mejor considere" en un sector en el que "el precio es el principal elemento diferenciador". Las resoluciones de los tres expedientes iniciados de oficio sancionan a Propollo con 200.000 €, a Inprovo con 100.000 € y a Ceopan Asturias con 22.500. Según noticias de prensa, Inprovo y Propollo recurrirán la resolución a la AN. [Resolución PROPOLLO] [Resolución INPROVO] [Resolución CEOPAN Asturias]

► La CNC incoa expediente sancionador contra las eléctricas

El 01.10.2009, la CNC incoó expediente sancionador contra Iberdrola, Endesa, Gas Natural, Hidrocantábrico, E.On, Electrabel, Aceca, Elcogas y Nueva Generadora del Sur por un posible comportamiento anticompetitivo consistente en el desplazamiento de sus ofertas del mercado diario al **mercado de restricciones técnicas** en un periodo comprendido entre 2004 y 2008. También es objeto del expediente la actuación de Iberdrola por su retirada de demanda del mercado diario en el segundo semestre de 2006.

El mercado de restricciones técnicas entra en funcionamiento cuando existen limitaciones en la capacidad de red de transpor-

te de energía eléctrica. Únicamente determinadas centrale pueden resolver la restricción y lo hacen vendiendo la energía a un precio muy superior, por lo que la conducta de las eléctricas vendría motivada por los mayores ingresos que obtendrían.

Además, esta estrategia podría venir apoyada por la retirada de demanda seguida por las comercializadoras de los grupos imputados. La nota de prensa advierte que este comportamiento puede constituir bien un abuso de posición de dominio, individual o colectivo o bien una práctica conscientemente paralela.

El origen del expediente se encuentra en diversas investigaciones llevadas a cabo entre los años 2005 y 2008 a raíz de dos informes de la CNE sobre posibles prácticas abusivas por parte de las empresas eléctricas en los mercados de generación eléctrica a lo largo de 2004. La DI propuso el archivo de las investigaciones al no poder acreditarse que las empresas se hubieran autoexcluido intencionadamente del mercado diario para acudir a restricciones. Sin embargo, el Consejo, en su Resolución de 28.07.2008, se opone a la propuesta de archivo e insta a la DI a que extienda su investigación.

► Sentencia sobre los límites a los poderes de investigación de la DI

En su sentencia de 30.09.2009, la AN afirma que la DI se extralimitó en las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo en las sedes de diversas empresas y asociaciones sectoriales en el marco de la investigación de posibles prácticas restrictivas en el sector de los productos destinados a la peluquería profesional. El recurso fue planteado por la asociación STANPA contra la decisión de la CNC de 03.10.2008 y los actos materiales de investigación llevados a cabo el 19.06.2008 en la sede de la Asociación. En el recurso se alegan tres vulneraciones de derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente y, por último, el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados de la entidad actora).

En primer lugar, se plantea la cuestión de si se produjo un registro no amparado por las respectivas órdenes de entrada y registro (emitidas por el Director de Investigación de la CNC y el Juzgado Contencioso Administrativo nº 13 de Barcelona) por cuanto el registro afectó a ámbitos no relacionados con el sector investigado (el de productos de peluquería profesional). La AN considera acreditado que en el registro se aprehendieron documentos que no guardaban relación con el sector de productos de peluquería profesional. No obstante, la aplicación práctica de dicha afirmación es necesariamente limitada: puesto que los datos no han sido incorporados como elementos probatorios al expediente ni tampoco han sido usados en ninguna resolución de expediente sancionador, simplemente se ordena la devolución de tales documentos.

En cuanto a las otras dos vulneraciones alegadas, la AN desestima el recurso planteado por STANPA. Sobre la confidencialidad abogado-cliente, afirma que, para verse vulnerado el derecho de defensa (artículo 24.2 CE), debe haberse producido una acción u omisión por parte de la Administración que provoque indefensión material. En lo que a la violación del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados, niega que tal infracción tenga sustantividad propia dado que viene derivada de la extralimitación de la actuación inspectora sobre la que ya se pronuncia, por lo que no aprecia que la actuación de la Administración haya supuesto una intromisión en la intimidad de los empleados.

La Sentencia contiene un voto particular contrario a que hubiera una extralimitación del ámbito material de la Orden de Registro.

► Primera sentencia en España de indemnización por los daños causados por un cártel

La AP de Valladolid dictó Sentencia el 09.10.2009 condenando a Sociedad Cooperativa General Agropecuaria ACOR (productor de azúcar para uso industrial) a **indemnizar con más de un millón de euros a diversos fabricantes de productos alimentarios por los daños causados por su participación en un cartel de precios** entre septiembre de 1995 y julio de 1996 (aunque la duración en el caso de otros participantes fue mayor). La existencia del cartel se había considerado acreditada en una resolución del extinto TDC de 1999, posteriormente confirmada tanto por la AN como por el TS.

La AP contradice al Juzgado de Primera Instancia, que no consideraba acreditada la existencia de perjuicio alguno. La AP tiene en cuenta que la autoridad administrativa competente (el TDC) declaró la existencia del daño, por lo que su actuación debe ser la de evaluar y cuantificar dicho daño. A pesar de reconocer la dificultad que entraña esta labor, considera como adecuado el informe pericial presentado por los fabricantes de productos alimentarios, concediendo las cantidades reclamadas por éstos.

Puede consultar el texto de la Sentencia en el siguiente enlace: [\[SAP Valladolid 09.10.2009\]](#). También puede encontrar un comentario en la Sección de [Comentarios Breves](#) en este mismo número.

► Archivada una denuncia de Telecinco contra Mediapro / La Sexta

El Consejo de la CNC resolvió el 29.09.2009 **confirmar la propuesta de la DI de archivar la denuncia presentada por Telecinco contra Mediapro y La Sexta**, por un supuesto acuerdo para limitar la capacidad de terceros operadores nacionales de televisión en abierto para explotar los derechos audiovisuales de la Liga de fútbol en las temporadas 2007/08 y 2008/09. En dichas temporadas, Mediapro revendió a La Sexta los derechos de retransmisión en abierto de más partidos de los que se establecían en el acuerdo de 24 de julio de 2006 (conocido como AVS III) y en las condiciones de la subasta que previamente había realizado Mediapro y a la que invitó a participar a todos los operadores nacionales de televisión.

Para la DI y el Consejo, el hecho de que La Sexta ofreciera más de un partido en abierto por jornada, si bien puede vulnerar intereses privados como los de AVS/Sogecable, no afecta al interés público que defiende la LDC, dado que en dichas temporadas la posición de Mediapro en el mercado de reventa de derechos de retransmisión era limitada. Así mismo, considera a La Sexta como un nuevo entrante de la televisión en abierto, con una cuota del 7 por ciento. Por ello, entienden que la posibilidad de retransmitir varios partidos de Liga en abierto por jornada no puede tener efectos restrictivos sobre la competencia.

► La DI incoa un expediente sancionador en el mercado de resúmenes de prensa

El 30.09.2009, la DI acordó **incoar un expediente sancionador contra diversas empresas y asociaciones de prensa y *press clipping*** por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en obstaculizar el ejercicio de la actividad de *press clipping* por parte de las empresas denunciadas.

La denuncia tuvo lugar en enero de 2007, y según la misma, la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE) realizó una serie de comunicados de prensa a los medios de comunicación y potenciales clientes de la actividad de *press clipping* que debería ser considerado como una recomendación colectiva.

La denuncia se extendió con posterioridad a supuestas prácticas prohibidas por el artículo 3 LDC (falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal, en este caso, de engaño) y del artículo 2 (abuso de posición de dominio consistente en una supuesta negativa de suministro).

El Consejo discrepa parcialmente de la propuesta de archivo de la DI al entender que existen indicios de la primera de las infracciones denunciadas. Por ello, según el tenor literal de la Resolución, el Consejo "acuerda la incoación" del expediente a AEDE, la Asociación Española de Prensa Gratuita, la Asociación Federal de Empresas de Clipping y las empresas asociadas a esta última por una infracción del artículo 1 LCD. Este extremo resulta llamativo puesto que, de acuerdo con el artículo 27.2 RDC, lo que hace el Consejo es instar de la DI la incoación de expediente sancionador.

► La CNC sanciona a FIAB y otras asociaciones del sector alimentación

La CNC sanciona a nueve asociaciones del sector alimentación por realizar **recomendaciones colectivas** publicando notas de prensa durante los meses de julio y agosto de 2007 que alertaban sobre la situación de la industria alimenticia (déficit mundial, fuerte competencia por la entrada de economías como la China o la India, intervención de la Política Agraria Comunitaria, aumento de la demanda para biocombustible, etc). En concreto, las distintas asociaciones publicaron de forma consecutiva estos comunicados de los cuales se deducía, como única solución para reequilibrar la situación del sector, repercutir los incrementos de las materias primas a los precios finales de los productos.

Contrariamente a lo que ocurre en el caso de Propollo, Inprovo y Ceopan Asturias, la CNC considera oportuna la acumulación en un único expediente de todas las prácticas cometidas por las nueve asociaciones.

En la resolución de 14.10.2009, la CNC concluye que las asociaciones llevaron a cabo intercambios de información entre ellas para la elaboración y difusión de dichos comunicados, los cuales propician una "pauta común" de comportamiento, con el efecto de falsear la libre formación de precios en el mercado y restar la autonomía de las partes (incluida la gran distribución, como competidora directa con su marca blanca). Así, sanciona a cada una de las asociaciones por la comisión de una infracción muy grave con multas de 500.000 € a FIAB, 270.000 € a CEOPAN, 300.000 € a FEAD, 45.000 € a AEFH, 45.000 € a CHOCAO, 45.000 € a PPM, 52.000 € a AEFPA, 37.000 € a AEFS y CP y 15.000 € a AFHSE. Según noticias de prensa, algunas de las sancionadas pretenden recurrir la multa. [Resolución FIAB] [Resolución CEOPAN]

➤ Archivado el expediente Cerámicas del Principado

El expediente tuvo origen en la denuncia presentada por la Confederación Asturiana de la Construcción (CAC) contra Cerámica del Principado S.L. por supuestas conductas consistentes en el mantenimiento de una política predatoria de precios con venta a pérdida en el producto del ladrillo común.

El mercado relevante se ha definido como *fabricación y comercialización de ladrillos en el ámbito territorial del Principado de Asturias*. Se trata de un mercado con fuertes barreras de entrada cuyo principal factor para competir es el precio. La coyuntura de crisis en el mercado de la construcción por el exceso de oferta, hace que los precios hayan disminuido considerablemente. Ello unido a que la cuota de Cerámicas del Principado es inferior al 25%, a la existencia de competidores relevantes y potenciales y a la falta de indicios suficientes para probar que la conducta tenía como finalidad o podía excluir a uno o varios competidores, ha llevado al Consejo a negar la existencia de abuso de posición de dominio. Además, siguiendo la Comunicación de la CE sobre la aplicación del artículo 82, el sacrificio que entraña una venta a pérdida en un producto como el ladrillo no parece que pueda verse compensado por una posterior elevación abusiva de los precios. Tampoco se considera que la práctica tenga por objeto dañar a los competidores mediante medios desleales en perjuicio del interés general ya que los propios competidores afirman que la situación económica es extremadamente difícil y no hay suficiente evidencia para constatar que la empresa esté vendiendo el producto por debajo de su coste medio evitable. Por todo ello, mediante resolución publicada recientemente, se ha acordado no incoar procedimiento sancionador. [Texto de la Resolución]

BREVES

- La CNC celebró el 27.10.2009 sus III Jornadas Anuales, en el marco de las cuales presentó su Memoria de Actividad del periodo 2007-2009. Puede descargarse el texto

completo en el siguiente enlace: [\[Memorias CNC 2007-2009\]](#)

- La CNC ha comunicado que el 15.10.2009 llevó a cabo inspecciones en las sedes de empresas del sector de la contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, bajo la sospecha de posibles prácticas anticompetitivas en este sector.
- El 08.10.2009, la CNC confirmó la propuesta de archivar una denuncia de la Unión de Consumidores de España contra Telefónica Móviles (Movistar) y Vodafone por un supuesto acuerdo consistente en pactar la duración del periodo mínimo de permanencia y la correspondiente indemnización en caso de incumplimiento, pero la DI considera que la similitud en los planes de fidelización no es fruto de un acuerdo entre ambas compañías.
- Se ha archivado el expediente Cables, iniciado por un presunto acuerdo de reparto de mercado y fijación de precios en el suministro de cables eléctricos de alto voltaje o alta tensión, al estar la Comisión Europea investigando la misma práctica y según lo previsto en el artículo 13 del Reglamento 1/2003.
- La Resolución de 13.10.2009 acuerda archivar el expediente Carburos metálicos. Las empresas Carburos Metálicos, S.A. y Oximesa (filial de Praxair España, S.A.) supuestamente habían incumplido las condiciones que se les impuso para ser beneficiarias de la autorización singular consistente en la participación en una cooperativa de producción para la separación de aire y licuefacción de los gases. Dichas condiciones consistían básicamente en la independencia de sus políticas comerciales pero posteriormente las empresas se presentaron en UTE lo que llevó a considerar que se había podido incumplir la condición impuesta. La falta de indicios de infracción de las condiciones impuestas en la autorización singular de 6 de junio de 2007 ha supuesto el archivo de las actuaciones. [Texto de la Resolución]
- La Resolución de 07.10.2009 declara que Campoo Salas S.L. ha cumplido con las condiciones que le imponían la Resolución del antiguo TDC de 27.7.2006 por la realización de una práctica colusoria con el Ayuntamiento de Aguilar de Campoo en virtud de la cual se prohibía realizar exhibiciones cinematográficas en otros locales que no fueran los Cines Campoo. Tras un Informe de Vigilancia y un apercibimiento para que se cumpliera con lo dispuesto en la Resolución, el Consejo ha declarado finalizada la vigilancia del cumplimiento de la citada resolución. [Texto de la Resolución]
- Según noticias de prensa, el Tribunal de Competencia de la Comunitat Valenciana investiga un posible pacto de precios para la compra de arroz a los productores en virtud de la denuncia que formuló AVA-Asaja el pasado 24 de septiembre.
- El Tribunal de Defensa de la Competencia valenciano ha incoado expediente sancionador contra el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Valencia como consecuencia de la denuncia presentada contra éste por la remisión de

una circular a sus colegiados y de diversas cartas relativas a la función de peritaje judicial de los ingenieros industriales colegiados y la posibilidad de ser sancionado en caso de figurar en lista distinta a la del Colegio.

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Notificadas

Schweiter / Alcan Composites (fabricación de productos de plástico)

Autorizadas en primera fase:

Air Berlin / Negocio Citi Carrier de TUI Travel

Capio / Clínica Correias

Suntory / Black Lion

NOTICIAS COMUNITARIAS Y OTRAS JURISDICCIONES

DECISIONES Y SENTENCIAS

► La Comisión multa al cártel de transformadores eléctricos con €67,6 millones

El 07.10.2009, la Comisión impuso una multa de €67,6 millones a siete compañías del sector de transformadores eléctricos (ABB, AREVA T&D, ALSTOM, Fuji Electric, Hitachi y Toshiba) por participar entre 1999 y 2003 en un **cártel de reparto de mercado**, en virtud del cual las compañías japonesas se comprometían a no vender en Europa y las europeas a no vender en Japón. Destaca la exención total de la multa a Siemens quien, a pesar de haber participado en el cártel, denunció a la Comisión su existencia y pudo acogerse al programa de clemencia, por su parte, la multa de ABB se vio incrementada en un 50% por ser reincidente y haber participado en un cártel similar.

OTRAS NOTICIAS

► La Comisión analiza la cadena de suministro de productos alimenticios

El 28.10.2009, la Comisión publicó el **Documento de Trabajo** que acompaña a la Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las regiones que lleva por título **"A better functioning food supply chain in Europe"**. Entre las conclusiones de la Comisión destacamos las siguientes:

- La Comisión distingue entre las condiciones de la cadena de suministro de alimentación no procesada y las de la alimentación procesada, al presentar condiciones y estructuras de mercado muy diferentes.
- En cuanto a la cadena de suministro de alimentación no procesada, la Comisión destaca que está caracterizada por proveedores muy dispersos y fuertes compradores que actúan en muchos casos como intermediarios y, en ocasiones, como parte inevitable de la cadena de suministro. Esta circunstancia hace que se produzca un solapamiento de distintos niveles de distribución mayorista que pueden dar lugar a ineficiencias estructurales e influenciar negativamente en los precios finales a los consumidores.
- En relación con la cadena de suministro de alimentación procesada, las condiciones varían significativamente y las negociaciones tienen lugar normalmente de forma directa entre fabricantes y grandes distribuidores minoristas. En estos casos, la Comisión distingue entre los proveedores de marcas líderes, que tienen una fuerte posición negociadora frente a los distribuidores minoristas, y las PYMES del sector agroalimentario que también contratan directamente con

los distribuidores, si bien en este último caso pueden darse restricciones de competencia en función de la naturaleza de los acuerdos que se suscriban y el poder de mercado de las partes.

- La competencia entre grandes distribuidores minoristas es, en general, muy fuerte tanto entre supermercados tradicionales como entre otros tipos de distribuidores (incluyendo almacenes de descuento), lo que se ha traducido en márgenes operativos bajos y contribuido a precios más baratos para los consumidores a largo plazo, si bien las diferencias entre Estados miembros en este sentido son grandes.
- Que la mayor o menor capacidad de los proveedores y/o compradores de abusar de su poder de mercado se traduzca en un falseamiento de la competencia en detrimento de los consumidores depende principalmente del tipo de producción y de las condiciones del mercado local, que son el resultado de factores estructurales y barreras regulatorias propias de cada Estado miembro, por lo que las autoridades nacionales de competencia juegan un papel esencial para atajar eventuales restricciones a la competencia.
- La Comisión destaca ciertas prácticas comerciales que pueden plantear problemas de competencia, si bien advierte que deben ser analizadas caso por caso en función de las condiciones del mercado afectado. En este sentido, además de los tradicionales cárteles y las prácticas de mantenimiento de precios de reventa, deben tenerse en cuenta prácticas como los acuerdos de comercialización conjunta, ventas vinculadas (tying) y por paquetes (bundling), acuerdos de compras conjuntas (alianzas de compras) y el aumento de las marcas blancas, cuyas eficiencias hay que ponderar con cautela frente a sus efectos anticompetitivos. Así, el Informe destaca algunas eficiencias de dichas prácticas en función de la cadena de producción de que se trate y el poder de mercado de las partes.
- En particular, en lo referente a las marcas blancas, la Comisión pone de manifiesto que permiten a los distribuidores minoristas competir con los fabricantes de marca, ofreciendo a los consumidores productos más baratos alternativos a los de marca, permitiendo a los distribuidores acceder a sus proveedores directamente y participar en el proceso productivo. Sin embargo, también destaca que la generalización de las marcas blancas puede llevar a que los distribuidores y sus competidores de marca coordinen sus precios y estrategias de comercialización, incrementando así los

precios o reduciendo las posibilidades de elección de los consumidores.

En todo caso, dado que el análisis de estas prácticas requiere un conocimiento del mercado y sus circunstancias teniendo en cuenta el ámbito nacional o regional de los mismos, la Comisión destaca el papel de las autoridades nacionales para luchar contra las prácticas contrarias a la competencia en este sector, así como la labor de coordinación que se potencia desde la red de autoridades de competencia (ECN).

Market test sobre los compromisos de Microsoft

El 07.10.2009, la Comisión anunció la realización de un **market test sobre los compromisos ofrecidos por Microsoft** para deshacer su práctica de abuso de posición de dominio consistente en vincular su navegador de Internet (Internet Explorer) con su sistema operativo (Windows), de manera que los usuarios de Windows PC tengan la opción de poder usar otros navegadores. La Comisión se dirige así a consumidores, empresas de software, fabricantes de ordenadores y otros interesados para conocer su opinión al respecto. El sistema por el que ha optado Microsoft consiste en poner a disposición de los usuarios de Windows en el EEE durante 5 años un software mediante el cual éstos puedan elegir qué navegador instalar (junto con el Internet Explorer o en su lugar), permitiendo a los fabricantes de ordenadores instalar navegadores competidores de Microsoft en futuras versiones de Windows.

La Comisión lanza una consulta pública sobre la revisión del REC seguros

El 05.10.2009 lanzó una consulta pública sobre su propuesta de modificación del Reglamento de Exención por Categorías (REC) para el sector de seguros ante la inminente finalización del actual REC el 31.03.2010. A diferencia del actual REC que cubre (i) los acuerdos relativos a la determinación de condiciones estándar no vinculantes, (ii) el intercambio de información estadística para el cálculo de riesgos, (iii) la creación y explotación de agrupaciones de seguro, y (iv) los acuerdos sobre equipamientos de seguridad, el proyecto de nuevo REC limita la exención a los acuerdos sobre intercambios de información y la creación de agrupaciones de seguro, si bien propone ciertos cambios al respecto.

Así, en relación con los acuerdos de intercambios de información, la Comisión sugiere que este tipo de acuerdos sólo sea posible si son "necesarios", debiendo permitir el acceso a los datos comunes por terceros interesados (como organizaciones de consumidores), con excepción de los casos en que esté justificada su protección por motivos de seguridad pública. En cuanto a la exención relativa a las agrupaciones de seguros, la Comisión propone un cambio sobre las reglas de cálculo de la cuota de mercado para alinearlos con otras normas generales de competencia o sectoriales, aumentar el umbral de las cuotas de mercado de los partícipes en la agrupación (25 % en el caso de las agrupaciones de correaseguro y el 20 % en el caso de las agrupaciones de coaseguro), y una nueva definición del con-

cepto "nuevos riesgos". La fecha límite para realizar comentarios es el 30.11.2009.

La Comisión envía un pliego de cargos a tres miembros de Oneworld

El 02.10.2009, la Comisión confirmó el envío de un pliego de cargos a tres miembros de la alianza Oneworld (Iberia, British Airways y American Airlines) por considerar que sus acuerdos de colaboración relativos a la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros en rutas transoceánicas podrían ser contrarios al artículo 81 TCE. Según la Comisión, dichos acuerdos persiguen la gestión conjunta de horarios, precios y capacidad, así como el reparto de ingresos sobre ciertas rutas entre América del Norte y Europa. En paralelo, la Comisión informó que está investigando a otras alianzas del mismo sector, como Star Alliance y Skyteam.

BREVES

- El 29.10.2009, la Comisión envió a las autoridades eslovacas un dictamen motivado sobre el incumplimiento de una Decisión de 2008 que exigía a Eslovaquia la reapertura a la competencia del negocio de correos híbridos y la finalización de su monopolio en el sector, creado a partir de la regulación de esta actividad (el correo híbrido es un servicio postal por el que el contenido de una comunicación se transmite electrónicamente desde el remitente al proveedor del servicio que imprime y realiza el envío postal al destinatario).
- El 06.10.2009, la Comisión realizó inspecciones sorpresa en las instalaciones de algunas compañías farmacéuticas (también en España), dadas sus sospechas de prácticas restrictivas o de abuso de posición de dominio en el sector.

OTRAS JURISDICCIONES

- La Office of Fair Trading (OFT) ha publicado un estudio comparado en el que evalúa la eficacia del sistema sancionador para actuar como medio disuasorio para evitar los cárteles. El estudio compara el sistema sancionador del Reino Unido con otros cinco sistemas (CE, Alemania, Holanda, Estados Unidos y Australia) para concluir que, si bien las sanciones económicas son menores que en las otras jurisdicciones, otros aspectos de su régimen sancionador (penas personales – incluyendo penas de cárcel – o el diseño de su programa de clemencia) hacen que el sistema en su conjunto sea eficaz a la hora de disuadir a las empresas de participar en un cártel.
- El 12.10.2009 entró en vigor la **nueva Ley de Competencia de Chile**. La reforma se aprobó en el mes de julio y su objetivo es fortalecer la lucha contra los cárteles, al aumentar las multas, dotar de nuevos poderes de investigación a las autoridades competentes e introducir un programa de clemencia.
- La **Autorité de la Concurrence**, autoridad francesa de defensa de la competencia, ha sancionado a la Fed-

ración Francesa de Fútbol y a la empresa Sportfive por llevar a la práctica una serie de conductas que restringían la competencia en el mercado de comercialización de los derechos audiovisuales de los partidos de la Selección Nacional y de la Copa de Francia. Los acuerdos eran de larga duración e incluían cláusulas de exclusividad y renovación automática, entre otras, lo que suponía que el mercado estuviese cerrado por largos periodos (en algunos casos de 1985 a 2002). Además, en la subasta organizada por la Federación en 2001, se hallaron indicios de colusión con la intención de evitar que otra empresa pudiese competir en igualdad de condiciones en dicha subasta. La Federación ha propuesto una serie de compromisos para el futuro, por lo que ha visto reducida su sanción.

NOTICIAS SOBRE SECTORES REGULADOS

ENERGÍA

El Gobierno ultima el Real Decreto para el fomento del carbón nacional

En las próximas semanas, el Gobierno aprobará el Real Decreto que pretende fomentar el consumo de carbón autóctono por parte de las empresas eléctricas mediante el establecimiento de un precio regulado (Real Decreto por el que se crea el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro). El objetivo que pretende el Gobierno mediante este Real Decreto es acabar con el estancamiento del sector minero español y dar salida a las reservas carbón autóctono, poco competitivo con respecto al carbón importado.

Pese a que todavía no se he hecho público el texto definitivo del Real Decreto, noticias de prensa apuntan a que el borrador reserva un precio fijo para la electricidad producida en nueve plantas a partir de carbón nacional, que dejarán de participar en el mercado mayorista de electricidad –pool-, y que quedarán retribuidas gracias a un nuevo mecanismo de resolución de restricciones por garantía de suministro, siempre que se comprometan a adquirir carbón nacional con contratos en firme hasta 2012. Las centrales, cada una de las cuales tendrá un máximo unitario de producción, recibirán de media ponderada 57,32 euros por megavatio hora (MWh). Las plantas térmicas afectadas son dos de Endesa (Compostilla y Teruel), una de Endesa y Gas Natural-Unión Fenosa (Anllares), dos de Gas Natural-Unión Fenosa (Narcea y La Robla), dos de E.ON (Escucha y Puentenuevo), una de Iberdrola (Velilla) y otra de HC (Soto de Ribera). En cuanto a los efectos de esta medida sobre el resto de centrales eléctricas, el borrador del Real Decreto prevé que las centrales que casen en el mercado y resulten expulsadas tras el acomodo del carbón cobrarán el lucro cesante (fundamentalmente las centrales de ciclo combinado).

La CNE autoriza a Naturgas la adquisición del control exclusivo de Gas Natural Murcia y Gas Natural Cantabria

El 22/10/2009, la CNE autorizó, en el ejercicio de la Función 14, la adquisición por Naturgas Energía Distribución de participaciones en Gas Natural Murcia y en Gas Natural Cantabria que le otorgan el control exclusivo de dichas filiales del Grupo Gas Natural. Según el comunicado de prensa de la CNE, Naturgas Energía Distribución deberá garantizar la financiación de las inversiones que Gas Natural Murcia ha asumido en el Convenio Marco de Colaboración para el desarrollo de la gasificación en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de 30 de abril de 2004 y de la Adenda a este Convenio Marco de 22 de abril de 2005.

El convenio marco de colaboración entre la Consejería de Economía, Industria e Innovación de la Comunidad Autónoma de Murcia y el Grupo Gas Natural, establece un plan de actuación

complementarias de gasificación a desarrollar durante el período 2004-2012, que incluye las siguientes líneas de actuación: (i) la realización de las infraestructuras necesarias para permitir el acceso del gas natural a nuevos núcleos de población que no disponen de esta fuente de energía, así como el desarrollo de la distribución capilar dentro de los mismos; (ii) la construcción de diversos ejes de acceso a determinados municipios que disponen en la actualidad de plantas satélites de gas natural licuado, con el objetivo de sustituirlas y (iii) contribuir a la expansión del suministro de gas natural en la comunidad autónoma de la Región de Murcia y facilitar su acceso al 96% de la población.

Asimismo, según el comunicado de prensa de la CNE, la autorización dispone que Naturgas Energía Distribución deberá garantizar el desarrollo de gasoductos de transporte secundario incluidos en la Planificación de los Sectores de Electricidad y Gas 2008-2016.

En cuanto a la autorización desde el punto de vista de control de concentraciones, dicha operación fue autorizada el pasado 21/10/2009 por la CNC. Tanto el informe de la CNE como el de la CNC relativos a esta operación estará próximamente disponible en www.cne.es y www.cncompetencia.es.

Concentraciones comunitarias en el sector energético

El 22.10.2009 la Comisión aprobó el cambio de control de la joint venture Planta de Regasificación de Sagunto, S.A., (SAGGAS), cuyo capital social era titularidad al 50% de Infraestructuras de Gas, S.A. (sociedad holding de Unión Fenosa Gas) y 50% de Iniciativas de Gas, S.L. (sociedad participada por Iberdrola y Endesa). La operación ha consistido en la compra de las participaciones de Iberdrola en Iniciativas de Gas, S.L. por RREEF (fondo de inversión gestionado por Deutsche Bank), por lo que ésta pasa a ocupar la posición de control indirecto de Iberdrola en SAGGAS.

Del mismo modo, el 09.10.2009, la Comisión autorizó el cambio de control de la joint venture Bahía de Bizkaia Gas, S.L. (dedicada al desarrollo, promoción, construcción, gestión y mantenimiento de una planta de regasificación de gas en Vizcaya), cuyo capital social titularidad de Iberdrola, BP, Ente Vasco de la Energía y Repsol (cada una con el 25%) se vio modificado por la venta del 25% de Iberdrola a RREEF FUND (fondo de inversión gestionado por una filial de Deutsche Bank).

Como parte de una operación de intercambio para la desinversión de cierta capacidad de generación de electricidad de E.ON y Electrabel en Alemania y Bélgica respectivamente, la Comisión autorizó el 16.10.2009 la compra por Electrabel a E.ON de ciertas centrales de generación de electricidad en Alemania, junto con derechos de capacidad, y el 14.10.2009 autorizó la compra por E.ON a Electrabel de dos centrales de generación

de electricidad en Bélgica, así como de ciertos derechos de capacidad en Bélgica y Países Bajos.

El 07.10.2009 la Comisión aprobó la adquisición del control conjunto de la empresa checa Pražská teplárenská, a.s (dedicada esencialmente a la prestación de servicios de calefacción urbana, generación y distribución de electricidad, así como a la reparación y mantenimiento de equipamientos en el sector eléctrico) por la eléctrica alemana EnBW, la checa International Power Opatovice y el Ayuntamiento de Praga.

TELECOMUNICACIONES

➤ **Aprobado el Proyecto de Ley General Audiovisual**

Se ha aprobado el Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual, que traspone la Directiva 2007/65/CE, de Servicios de Comunicación Audiovisual, la cual se asienta sobre los principios de libre circulación de programas televisivos europeos en el mercado interior y la obligación de las cadenas de televisión de dedicar más de la mitad de su tiempo de emisión a las obras europeas. El Proyecto de Ley, que supone un paso más en la reforma audiovisual, incluye la mayor parte de las observaciones realizadas por la CNC en su Informe sobre el Anteproyecto (vid Gaceta 72).

Las principales novedades que introduce el Proyecto de Ley son las siguientes:

(i) Se crea una Autoridad Audiovisual Estatal, el **Consejo Estatal de Medios Audiovisuales** como órgano público regulador y supervisor con capacidad sancionadora;

(ii) Se introduce la **obligación para las televisiones de dedicar más de la mitad de su tiempo de emisión anual a las obras europeas**. Las televisiones deben reservar a obras europeas el 51% del tiempo de emisión anual, porcentaje que se calcula excluyendo programas informativos, deportes, juegos, publicidad, teletexto y teletienda. Dentro de la reserva del 51%, el 10% lo será para productores independientes y la mitad de ese 10% para producciones de no más de cinco años de antigüedad. En todo caso, al menos la mitad del 51% se hará en cualquiera de las lenguas oficiales de España.

(iii) Se refuerzan las **ayudas a la financiación de la producción europea**. Los que emitan canales de televisión deberán destinar el 5 % de sus ingresos del año anterior a financiar productos europeos incluyendo películas de cine, películas y series para televisión, así como documentales y productos de animación, con una antigüedad menor a siete años. Los prestadores de titularidad pública contribuirán con un 6% y lo dedicarán íntegramente a la producción de películas cinematográficas. La financiación de las obras audiovisuales podrá consistir en la participación directa en su producción o en la adquisición de los derechos de explotación de las mismas. Dentro de la cuota de financiación, el 60% estará destinado a películas cinematográficas. De este importe, al menos el 50% deberá aplicarse a obras de productores independientes. En todo caso, el 60% se destinará a la producción en cualquiera de las lenguas oficiales de España.

(iv) Se **protege a los menores** - prohibiendo la emisión en abierto de contenidos que puedan perjudicarles, en particular la pornografía y la violencia gratuita- y se **garantizan derechos para las personas con discapacidad visual o auditiva**;

(v) Se **armoniza la regulación básica de la publicidad** conforme a los criterios europeos;

(vi) Se **avanza en la liberalización y el pluralismo del mercado radiofónico y televisivo**. Los servicios de comunicación estatal dejan de ser un servicio público cuya prestación requería previa concesión administrativa a ser servicios de "interés general" que requieren licencia previa únicamente para los prestadores que utilizan espacio radioeléctrico público. Se amplía el periodo de concesión de la **licencia hasta 15 años** y se establece el derecho a renovar automáticamente dichas licencias así como a cederlas o arrendarlas en determinadas condiciones.

(vii) Se establecen **límites a la radio y la televisión pública**. Éstas no podrán participar en el capital social de prestadores privados ni podrán ostentar más del 25% del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de televisión en el ámbito estatal. Por lo general, no admitirán ninguna forma de publicidad.

(viii) Se **limita el derecho a poseer participaciones significativas en varios prestadores de servicios estatales** cuando se acumula más del 27% de la audiencia media durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición. Además, ningún titular podrá tener participaciones significativas en prestadores que acumulen más de dos múltiplex y debe garantizarse un mínimo de tres operadores privados con cobertura estatal. Igualmente se limitan las participaciones de países que no sean miembro del Espacio Económico Europeo en titulares nacionales.

(ix) Se regula la apertura de **nuevos modelos de negocio** como la TDT de pago y contempla **nuevas formas de comunicación** audiovisual como son la TV en movilidad, la Alta Definición y la Interactividad, permitiendo la posibilidad de decodificadores únicos que permitan acceder a los servicios interactivos de todas las ofertas.

➤ **Actividad de supervisión de la Comisión del sector de telecomunicaciones**

El 26.10.2009, la Comisión envió una carta **al regulador de telecomunicaciones esloveno** en la que le recordó que las medidas correctoras del sector deben imponerse sobre mercados definidos de manera adecuada. En este caso, las dudas de la Comisión residen en la distinción hecha por la autoridad eslovena que diferencia entre clientes residenciales y profesionales en relación con el mercado de acceso a bucles locales desagrupados y, en función de este criterio, fija tarifas diferentes para las líneas de fibra óptica de cada uno. Sin embargo, la Comisión considera que esta propuesta del regulador esloveno no está justificada y solicita a dicha autoridad que demuestre que el mercado mayorista de acceso por fibra óptica presenta características diferentes en función de la clientela.

El mismo día, la Comisión solicitó al **regulador de telecomunicaciones danés** que reconsiderase su regulación sobre terminación de llamadas a números no geográficos prestadas por proveedores de servicios que ofrecen tarifas premium a sus usuarios, ya que las recomendaciones de la Comisión sobre las tarifas de terminación de llamadas hacia prestadores de servicios están sujetas a condiciones de competencia diferentes de las de terminación de llamadas hacia usuarios finales, no requiriendo una reglamentación al respecto. Por ello, la Comisión invita al regulador danés a valorar si las medidas impuestas en este sentido al incumbente danés, como el control de precios, son proporcionales y están justificadas.

Ante la **posición de la OFCOM** de no regular los precios de los servicios de terminación de llamada de todos los operadores -sólo los de British Telecom y Kingstom Communications- ni imponer obligaciones de no discriminación, la Comisión considera que los operadores de redes fijas alternativas tienen un monopolio en la terminación de llamadas de sus redes y, por lo tanto, con capacidad e incentivos para imponer precios de terminación por encima de los precios de coste y establecer precios diferentes a sus competidores, creando desventajas competitivas. Por ello, el 16.10.2009, **la Comisión instó a la OFCOM** a imponer a todos los proveedores de comunicaciones un control adecuado de precios de terminación de llamadas ex ante y una obligación de no discriminación, invitándole a aplicar medidas que permitan establecer tarifas de terminación de llamadas orientadas a costes de manera efectiva para todos los operadores

Asimismo, el 05.10.2009 la Comisión manifestó al **regulador de telecomunicaciones austriaco** sus dudas sobre su propuesta de definición del mercado de acceso a la banda ancha (bitstream), al no coincidir con que las conexiones móviles de banda ancha puedan ser sustitutivos de las líneas fijas DSL y conexiones de cable, por lo que la Comisión pidió a dicho operador que se abstuviese de adoptar ninguna medida regulatoria en base a su propuesta de definición hasta que la Comisión no adopte una decisión al respecto.

COMENTARIOS BREVES

SENTENCIA QUE CONDENA A UN CARTELISTA A INDEMNIZAR LOS DAÑOS CAUSADOS A SUS COMPRADORES

Por Jesús Álfaro Águila-Real
Socio, CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Catedrático de Derecho Mercantil

Expansión publica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de octubre de 2009 en la que se condena a ACOR - una productora de azúcar - a indemnizar a clientes a los que suministró a precios supracompetitivos como consecuencia del cártel que había celebrado ACOR con las otras productoras de azúcar españolas. La sentencia de instancia había desestimado la demanda presentada colectivamente por fabricantes de dulces y galletas.

De la sentencia de apelación pueden destacarse algunos extremos. El primero es que se trata de un *follow-on case*, es decir, que los demandantes - en aplicación del previgente art. 13 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 - presentaron la demanda en reclamación de la indemnización tras haber sido declarada la existencia del cártel y que éste "produjo daños" (entiéndase, tuvo efecto sobre los precios del mercado) por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia habiéndose confirmado la resolución por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Los incrementos de precios consecuencia del cártel tuvieron lugar, pues, en 1995 y 1996 y la sentencia del Juzgado de primera instancia es de febrero de 2009. No hay problema, pues, de prescripción de la acción de daños. Tampoco ha habido problema alguno para agrupar las acciones: como los demandantes eran los compradores del producto cartelizado (no los consumidores finales) no se plantean problemas que el Derecho procesal "normal" no pueda resolver.

La sentencia aborda de pasada la cuestión del passing on, esto es, si los compradores habían trasladado a los consumidores finales de galletas y dulces el aumento de los precios de su materia prima consecuencia del cártel. No es un problema porque, en todo caso, y sea cual sea la opinión que se mantenga acerca de si es una defensa atendible, hubiera correspondido al demandado la prueba del traslado del aumento de costes.

La cuantificación de los daños es el tema central de la sentencia. El Tribunal declara que la resolución del TDC y las sentencias de la AN y del TS prueban que se produjo un aumento de precios anormal, no producto de la evolución normal del mercado y, por tanto, que los daños existieron. La peculiar posición de ACOR - no participó en el cártel durante toda la duración de éste, sino que se "incorporó" al mismo en un momento posterior al inicial - no le libera de responsabilidad. Aquí, dice la Sentencia que ACOR se sumó al acuerdo y subió sus precios en la cuantía necesaria para equipararlos a los de los otros miembros del cártel y, por lo tanto, a los efectos del cálculo de daños (o del beneficio indebidamente obtenido) da igual que no participara en la primera subida de precios acordada.

Solo es de lamentar que la Sentencia no reproduzca el informe pericial que acepta para el cálculo de los daños. Hubiéramos sabido, así, que criterios son los más razonables para hacerlo. No obstante, en el caso concreto, al tratarse de un cártel de precios con subidas pactadas en fechas determinadas, el aumento de precio debido al acuerdo es fácil de calcular. Si se tratase de un cártel de reparto de mercados o de reducción de la producción, las cosas serían algo más complicadas.

Conclusiones: Primera, es sensato que sean los compradores del producto cartelizado los que estén legitimados para demandar la indemnización de los daños. Por razones, sobre todo, de practicabilidad. Pretender la "justicia universal" otorgando legitimación activa a los consumidores finales cuando el producto cartelizado es una materia prima utilizada en la elaboración de un producto que acaba en manos de los consumidores finales tiene unos costes administrativos enormes. Segunda, incluso con la legislación previgente, las víctimas de cárteles pueden ser indemnizadas. Tercera, los tribunales pueden resolver estos casos fácilmente cuando van precedidos de una resolución administrativa que declara la existencia del cártel y los efectos que ha producido en el mercado. Cuarta, no necesitamos una directiva de armonización como la presentada por la Comisión Europea.

¿GARANTIZAR LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS FARMACÉUTICOS REQUIERE HACER RICOS A ALGUNOS BOTICARIOS?

Por Jesús Álfaro Águila-Real
Socio, CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Catedrático de Derecho Mercantil

No es frecuente que un Abogado General comience su opinión con una cita de Shakespeare ni que resuma el caso sobre el que tiene que dictaminar diciendo que "hasta qué punto garantizar la calidad de las prestaciones farmacéuticas requiere que algunos farmacéuticos se enriquezcan". Así empiezan las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro sobre la cuestión prejudicial

planteada por un tribunal asturiano en relación con la regulación de las farmacias de esta Comunidad Autónoma, publicadas el 30 de septiembre de 2009 (Joined Cases C 570/07 and C 571/07).

Que las Comunidades Autónomas han utilizado sus poderes normativos para proteger a determinados grupos a costa del bienestar general es algo que puede probarse como extendido. Pero que un Abogado General lo denuncie con tanta claridad resulta reconfortante. En otro paso de su Opinión, dice Poiares Maduro que:

Una legislación que concede ventajas económicas especiales a algunos operadores económicos frente a otros debe ser sometida a un examen pormenorizado. La pregunta planteada en este caso no deja traslucir una respuesta sencilla. Por un lado, proteger la salud humana reviste suma importancia, y el Tribunal de Justicia debe remitirse a los criterios de los Estados miembros en este complejo ámbito. Por otro lado, es deber de este Tribunal remediar situaciones en las que se han utilizado procesos políticos locales para proporcionar lucrativos beneficios a operadores locales ya establecidos a costa, entre otros, de nacionales de otros Estados miembros. No se puede renunciar a este deber simplemente porque un asunto plantee temas de salud pública. En realidad, la necesidad de un árbitro imparcial es mayor cuando los temas que están en juego se refieren no sólo a una ganancia económica, sino a la salud humana.

Esa misma proximidad puede también convertir a dichas entidades en objeto de «captación legislativa» por intereses especiales dominantes en dicha zona a costa de los intereses de los consumidores y de los potenciales competidores nacionales y extranjeros. Hay un motivo especial de preocupación en un caso como el presente, en el que la elección política realizada por el gobierno local proporciona beneficios lucrativos a operadores establecidos a expensas de los nuevos operadores en el mercado.

Tras examinar la jurisprudencia sobre libertad de establecimiento (requerir autorización para ejercer una actividad y limitar así el número de proveedores constituye una restricción señalada de la libertad de establecimiento) y los intereses generales de salud pública implicados en la regulación de las farmacias (garantizar que hay servicio de farmacias en zonas poco pobladas o poco atractivas comercialmente) concluye que la regulación asturiana restringe la libertad de establecimiento sin estar amparada en esos intereses generales porque no los persigue de forma coherente. Este es el núcleo del argumento del Abogado General. Así, en particular, resulta incoherente que se incentive a los farmacéuticos a abrir farmacias en zonas poco atractivas con el señuelo de que eso les dará puntos para acceder, en el futuro, a zonas mejores y, a la vez, se reconozca el derecho de propiedad de los titulares de farmacias de zonas óptimas y su derecho a transferirlas libremente cobrando todas las rentas económicas (de monopolio) que la misma regulación restrictiva de la apertura de farmacias les genera. Eso, al margen de que la normativa asturiana es, además, discriminatoria al primar el ejercicio de la profesión de farmacéutico en Asturias respecto a otras zonas geográficas.

El Gobierno asturiano debería avergonzarse. Y, tras la anterior sentencia sobre farmacias, el TJCE debería seguir la Opinión de Poiares Maduro.

Oxígeno para las farmacéuticas: el TJCE confirma que la defensa frente al comercio paralelo puede ser legal

Por Diego Gutierrez Gonzalez-Palacios y Raúl López Petisco Abogados, CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Antecedentes: la Decisión de la Comisión y la Sentencia del TPI. GlaxoSmithKline (GSK) notificó a la Comisión en 1998 sus Condiciones Generales de Venta (CGV) en España, con la intención de obtener una declaración de que dichas CGV no infringían el apartado 1 del artículo 81 TCE o, subsidiariamente, que estaban exentas de la prohibición en virtud de su apartado 3.

Estas CGV incluían un sistema de **doble precio** aplicable según los distribuidores que comprasen los medicamentos fuesen a vender los mismos en territorio español o fuera de él. Elevando el precio de los productos que iban a distribuirse fuera de España, GSK pretendía limitar las exportaciones por los importadores paralelos a aquellos Estados miembros con precio libre, donde la farmacéutica podía vender a precios más elevados (siempre que no tuviera que competir con los importadores paralelos). GSK aplicó dichas CGV en sus relaciones con los distribuidores españoles y fueron aceptadas por aproximadamente un 90% de los mismos. En 2001 la Comisión resolvió que mediante sus CGV, GSK había infringido el artículo 81.1 y, además, que no podía beneficiarse de la exención del 81.3.

En 2006 el TPI anuló parcialmente esta Decisión, afirmando que las CGV aplicadas por GSK eran susceptibles de beneficiarse de la exención individual. Así, la sentencia confirmó la Decisión en el sentido de que las CGV restringen la competencia, vulnerando el artículo 81.1 TCE, pero la anuló en relación con la desestimación de la solicitud de exención del artículo 81.3, señalando que la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta todas las alegaciones y pruebas presentadas por GSK sobre la existencia de eficiencias apreciables – fundamentalmente relacionadas con la reducción de las inversiones como consecuencia del comercio paralelo- que permitieran eximir al acuerdo de la prohibición.

La valoración del TJCE. El TJCE respalda la sentencia del TPI al afirmar que se produjo un incumplimiento del artículo 81.1, pero que, a la hora de aplicar el artículo 81.3, la Comisión no tuvo en cuenta diversas pruebas presentadas por GSK ni las especialidades del sector farmacéutico. Así, tanto el TPI como el TJCE admiten que la carga de la prueba de demostrar que un acuerdo puede beneficiarse de la exención individual recae sobre las empresas, pero una vez aportadas las pruebas por éstas, la Comisión debe refutarlas de manera adecuada.

No obstante, a diferencia del TPI, el TJCE recuerda que cualquier acuerdo dirigido a evitar el comercio paralelo **tiene por objeto una restricción de la competencia (con independencia del sector del que se trate, y el farmacéutico no es una excepción) y que, por lo tanto, siempre cae dentro de la prohibición del artículo 81.1.** En este punto rechaza, pues, la conclusión del TPI acerca de que la **prohibición del paralelo es restrictiva por su objeto sólo si causa un daño evidente a los consumidores** (recordemos que en España el precio de los medicamentos está regulado, por lo que para el TPI no existía tal daño), por lo que las CGV de GSK deberían analizarse si se incumplía el artículo 81.1 por sus efectos y no por su objeto. El TJCE, por el contrario, estima que ni la redacción del artículo 81.1 ni la jurisprudencia permiten deducir tal afirmación, de manera que el **artículo 81 está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia “en cuanto tal”.** Recuerda además que cuando queda acreditado que un acuerdo tiene como objeto la restricción de la competencia, no es necesario analizar sus efectos. No ha ido pues, tan lejos en su análisis como pretendía el TPI. Por ello, considera que el TPI cometió un error de derecho que, no obstante, no es suficiente para anular su sentencia.

Comentario. Esta Sentencia del TJCE es, junto con la sentencia de 06.01.2004 en los Asuntos Acumulados *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión de las Comunidades Europeas c. Bayer AG* y la de 16.09.2008 en los Asuntos Acumulados *Sot. Lélos kai Sia EE y otros c. GlaxoSmithKline*, un apoyo importante a las empresas –fundamentalmente, las del sector farmacéutico– para combatir el comercio paralelo.

Se recordará que en el caso Bayer, el TJCE dictaminó que un sistema impuesto de manera unilateral por una multinacional farmacéutica para “controlar” el destino de los medicamentos que suministra a sus mayoristas no puede violar el artículo 81 por cuanto que falta el concurso de voluntades (“acuerdo”) entre el fabricante y sus distribuidores, extremo que no había quedado suficientemente demostrado por la Comisión.

Por su lado, en el caso griego, sobre un supuesto abuso de posición de dominio (artículo 82) consistente en una negativa de suministro a distribuidores en Grecia, el TJCE comenzaba señalando que, incluso en los Estados miembros donde los medicamentos son objeto de regulación estatal, el comercio paralelo está en condiciones de ejercer presiones sobre los precios de dichos medicamentos, además de ampliar las posibilidades de abastecimiento. Sin embargo, el TJCE admitió en esta ocasión que una empresa dominante pudiera negarse a suministrar los pedidos de sus distribuidores nacionales cuando dichos pedidos excediesen las cantidades “normales” teniendo en cuenta los niveles de demanda del mercado nacional en cuestión, cerrando prácticamente la puerta a las exportaciones paralelas. De esta manera, se abría la puerta a que la negativa de suministro estuviera justificada en un sector como el farmacéutico.

Lo que hace ahora el TJCE, en el marco del artículo 81, es reprochar a la Comisión que llevase a cabo un examen insuficiente de los argumentos de GSK en el análisis de las CGV, para saber si podía beneficiarse de una exención individual bajo el de su apartado 3, dado que, dicho de la forma más sencilla posible, la limitación del comercio paralelo podría traducirse en mayores recursos destinados a I+D. No se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de una exigencia a la Comisión para que lleve a cabo ese examen detallado, que en ocasiones puede requerir tener en cuenta las particularidades del sector al que se aplica el acuerdo.

Es más, en dicho examen, dice el TJCE, no es necesario acreditar que el beneficio dejado de obtener por culpa del comercio paralelo se destinaría en su totalidad a la inversión en I+D. Así, el TJCE confirma la postura del TPI, y afirma que el fomento del progreso técnico entendido en el sentido del 81.3 no supone necesariamente que la totalidad de los ingresos adicionales se destinen a la financiación de I+D.

Desde luego, el pronunciamiento tiene consecuencias prácticas relevantes para el sector farmacéutico que, no obstante, deberá estar en condiciones de probar las eficiencias concretas que se deriven de sus prácticas destinadas a limitar las importaciones paralelas. Pero hay una segunda lectura de contenido más amplio: puede que el pronunciamiento se enmarque en un cambio de dirección hacia una mayor flexibilización en la evaluación de determinadas prácticas en línea, por ejemplo, con la propuesta de nuevo REC de acuerdos verticales, que introducen la posibilidad de que prácticas anteriormente vistas como restrictivas *per se* por su mero objeto (i.e. la fijación del precio de reventa) puedan ser excepcionalmente admitidas.

COMPETENCIA Y SECTORES REGULADOS
Número 73 – Octubre 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.).

Jesús Alfaro	Diego Crespo	Patricia Liñán	Diego Gutiérrez
María Arruñada	Raúl López	Laura Urbelz	

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.).

Félix Plasencia	Javier Torre de Silva	Pablo Dorronsoro	Beatriz Ruiz
José María Pernas			

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.