

Competencia y Sectores regulados

NÚMERO 72. SEPTIEMBRE 2009

SUMARIO

- Noticias españolas de competencia
- Noticias comunitarias y otras jurisdicciones
- Noticias sobre sectores regulados
- Comentarios breves, por Jesús Alfaro

CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

GÉNOVA 27, 28004 MADRID, TEL. 91 451 9300 FAX. 91 399 0632 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

■ Sanciones de la CNC por restricciones en los servicios portuarios complementarios

El 24.09.2009, la CNC dictó resolución en el expediente incoado de oficio en diciembre de 2007 contra la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores de la Mar (la Coordinadora), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y la Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB), por la firma y puesta en funcionamiento del *IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria*, por considerar que restringe la competencia en las actividades ligadas al tránsito, depósito, estiba, carga, descarga, desestiba y transbordo de mercancías realizadas en el espacio físico del puerto. Con el acuerdo, entiende la CNC, se obstaculizaba la prestación de labores complementarias a los servicios portuarios básicos que pudiesen realizar empresas o trabajadores no estibadores, pese a la pretendida liberalización introducida por la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

Las partes imputadas alegaron que el mencionado Acuerdo es un convenio colectivo y, como tal, está excluido de la aplicación de las normas de competencia, dado que acuerdos entre sindicatos y empresarios en ningún caso pueden considerarse acuerdos entre empresas a efectos de las normas de competencia y que, además, por tratarse de un acuerdo en el ámbito de la política social y de la negociación colectiva, los posibles efectos restrictivos están justificados y no deben ser evaluados desde el punto de vista de su incidencia sobre la competencia. La CNC reprocha a las partes que aporten una interpretación sesgada de la jurisprudencia comunitaria en la que se apoyan (STJCE de 21.09.1999 en el asunto Albano International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie), la cual no exime los convenios colectivos de la aplicación de las normas del TCE, sino que los considera sometidos a las mismas, salvo en determinados casos y bajo determinadas condiciones. En cuanto a la primera alegación, el Consejo recuerda que el TDC ya ha considerado a los sindicatos como operadores económicos a efectos de la aplicación de las normas de competencia.

El Consejo concluye que el IV Acuerdo está sujeto a las normas de competencia y que su objeto es anticompetitivo, lo que haría innecesario un análisis sobre su aplicación y efectos sobre el mercado. No obstante, el Consejo afirma que la existencia del Acuerdo ha ejercido un efecto disuasorio para cualquier empresa que hubiera querido entrar a prestar los servicios complementarios en los puertos de interés general.

Así, la CNC sanciona con multas de 901.518,16 euros a ANESCO, de 168.000 euros a la Coordinadora, de 3.900 euros a CIG y de 3.000 euros a LAB, y les insta a que en lo sucesivo se abstengan de la reali-

zación de prácticas similares. La Resolución contiene un Voto Particular en relación con las sanciones impuestas, por entender que no atienden a criterios homogéneos, al tratarse de importes muy diferentes para conductas similares.

■ El TDCCV sanciona a Gas Natural Cegas, S.A.

El su resolución de 11.09.2009, el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Valencia (TDCCV) sanciona a Gas Natural Cegas, S.A. por abuso de posición de dominio al obstaculizar la conexión de Iberdrola Distribución de Gas SAU a su red de 16 bar. de presión en el municipio de Segorbe (Castellón).

A la hora de analizar el mercado de referencia, el problema fue la doble funcionalidad de las redes de distribución de 16 bar. de presión, las cuales sirven tanto de red de distribución como red de transporte para otras distribuidoras que se conectan a ellas. En este caso concreto, los gasoductos de 16 bar. se asemejan a los de transporte primario o secundario, cuyo objetivo es conducir el gas desde estos hasta los núcleos de población. De este modo, Gas Natural se convertiría en "transportista" de gas natural para Iberdrola y estaría obligado a atender sus solicitudes de conexión, pudiendo únicamente oponerse a las mismas cuando no tenga capacidad disponible, lo cual no fue alegado en este caso concreto. De esta dualidad de funciones del gasoducto nace la definición de un mercado de "acceso a las redes", mercado en el que Gas Natural tiene posición de dominio y se le aplica la doctrina de las "essential facilities".

La conducta es considerada una infracción muy grave al darse en un mercado recientemente liberalizado. Por ello, el TDCCV sanciona a Gas Natural Cegas, S.A. con una multa de 308.171 euros e intima a la misma a abstenerse en el futuro de realizar conductas que impidan o dificulten la conexión a sus redes.

■ Archivado el expediente Tabaqueras

Con fecha 09.09.2009, la CNC archiva la denuncia interpuesta por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios ("Ausbanc Consumo") contra Altadis S.A., Philip Morris Spain, S.L., R.J. Reynolds Global Products España S.A. y British American Tobacco España, S.A. El motivo de la denuncia es la existencia de un "acuerdo o conducta conscientemente paralela consistente en la omisión de información determinante de la calidad del tabaco: la fecha de recogida de la cosecha, el lote, la fecha de manipulación, de envasado, fecha de consumo preferente o de caducidad de los cigarrillos". Según el denunciante, los denunciados no están compitiendo en un elemento esencial que determina la elección final del consumidor, como es la calidad del tabaco.

En su resolución, el Consejo discrepa de la valoración y fundamentación aportados por la DI para su propuesta de archivo. La DI se basa

en la no aportación de pruebas, la política comercial de las tabacalerías y la infracción de la normativa de defensa de consumidores y usuarios, lo que está fuera del ámbito de la CNC. Sin embargo, el Consejo acuerda el archivo del expediente argumentando que no existe concertación pues la denuncia fue presentada de forma confusa y difusa sin acreditar las conductas imputadas. **[Texto de la Resolución].**

► La CNC incoa tres expedientes sancionadores en el sector de envases de hojalata.

Según comunicado de 07.09.2009, la CNC ha incoado expediente tras haber observado indicios de prácticas contrarias al artículo 1 LDC en el sector de envases de hojalata por lo que ha abierto tres expedientes sancionadores contra (i) nueve fabricantes de envases de hojalata por fijación de condiciones comunes, (ii) ArcelorMittal por abuso de posición de dominio y (iii) una empresa conservera y la Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescados y Mariscos por establecer pautas de actuación comunes (ver Gaceta nº 70).

Los expedientes han tenido origen en una denuncia de la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB). Recientes informaciones de prensa ya anunciaban la intención del sector de la industria alimentaria de denunciar el incremento de un 50% el precio de la hojalata que se utiliza para la fabricación de los envases (ver Gaceta nº 65).

► Nuevo expediente sancionador a Mediapro

El 04.09.2009 se anunció la incoación de un nuevo expediente sancionador a Mediapro y Gol Televisión (100% propiedad de Mediapro), por entender que existen indicios de prácticas restrictivas de la competencia en la reventa de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey a operadores de televisión. De acuerdo con la información que la DI ha podido obtener, los paquetes de derechos configurados para subasta pueden ser contrarios a la LDC, sin que se den mayores detalles acerca de la posible infracción. Merece la pena recordar que en Italia, la autoridad nacional de competencia inició una investigación a la Liga Calcio por entender que los paquetes estaban configurados a medida de los dos principales compradores, eliminando la competencia entre ellos, así como la incertidumbre acerca de los ingresos a obtener por la Liga.

Además, a este expediente se ha acumulado la denuncia presentada por Canal Satélite Digital (CSD) contra Mediapro por la negativa a suministrarle la señal de partidos de Liga y Copa emitidos en PPV, al vincular este suministro a la contratación y comercialización del servicio "Gol Bar", destinado al sector de hostelería. CSD solicitó la adopción de medidas cautelares que obligaran a Mediapro al suministro de la señal en PPV. Al cierre de este número, la CNC no ha adoptado una decisión, si bien según noticias de prensa, ambas partes habrían alcanzado un acuerdo para emitir partidos en PPV a partir de la 2ª jornada de Liga.

► La Audiencia Provincial de Madrid se pronuncia sobre la fijación de precios en gasolineras

La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 05.03.2009 desestimó la reclamación de una estación de servicio que pedía la consideración de la relación que le vinculaba con Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. (Repsol) como una de compradora y posterior revendedora de productos petrolíferos, a la que sería aplicable el artículo 81 TCE. La estación de servicio acusaba a Repsol de imponerle los precios de reventa.

La AP examinó en primer lugar la naturaleza de la relación entre ambas partes, para concluir que no se trataba de un contrato de compraventa mercantil, puesto que el beneficio no estriba en la diferencia entre los precios de compra y posterior reventa de combustibles sino que, por el contrario, la demandante percibía una comisión sobre el combustible suministrado en la estación de servicio. Sin embargo, reconoce la AP que al soportar la demandante ciertos riesgos relevantes en la relación, el contrato puede ser calificado como de agencia "no genuino", basándose en la STCJE de 14 de diciembre de 2006, por lo que el acuerdo si entraría dentro del ámbito del artículo 81.

Una vez analizado este extremo, la AP estudia la supuesta imposición de precios a terceros por Repsol. La Sentencia establece que no puede existir fijación del precio de reventa si no existe una relación de compra y posterior reventa entre las partes. Además, al tratarse de un precio máximo, nada impedía a la estación de servicio efectuar una rebaja del precio con cargo a su comisión. No obstante, la estación de servicio presentó una serie de hechos que podrían considerarse como mecanismos indirectos de fijación de precios por parte de Repsol, en la línea de la reciente resolución de la CNC sancionando a Cepsa, BP y Repsol. Pero la Audiencia Provincial no admite estas nuevas alegaciones, por no haber sido invocadas en el texto de la demanda en Primera Instancia.

► El TGDC archiva un expediente aplicando la regla de mínimos

En su resolución de 05.08.2009, el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia (TGDC) aplicó la regla de *mínimis* (artículo 5 LDC) al considerar que un acuerdo de la Cofradía de Pescadores de la Isla de Arousa (Pontevedra) que imponía una cuota fija de 900 euros anuales a los mariscadores a flote no es restrictivo de la competencia. Dicha cuota se abonaba para sufragar diversos gastos, incluidos los del mantenimiento de la lonja de Isla de Arousa. Esta cuota debía ser pagada con independencia de que el producto se comercializara en otras lonjas, lo que para el TGDC tenía potencial para desincentivar y obstaculizar la venta del marisco en otras lonjas, limitando su distribución y disminuyendo su efecto equilibrador en los precios.

No obstante, la escasa amplitud del mercado afectado, entre otros factores, han llevado al TGDC a aceptar la propuesta del SGDC de no aplicar los artículos 1 a 3 LDC, puesto que considera que el acuerdo adoptado por la Cofradía no es susceptible de afectar de manera significativa la competencia. **[Texto de la Resolución]**

OTRAS NOTICIAS

► La CNC pide una mayor competencia en el sector de carburantes de automoción

El 03.09.2009 la CNC hizo público un Informe que analiza los principales problemas para la competencia detectados en el sector de carburantes de automoción. Puede consultar el texto completo en el siguiente enlace: [\[Texto del Informe\]](#).

El objetivo del Informe es analizar dicho sector con el fin de identificar aquellos elementos que pudieran constituir restricciones a la competencia y proponer las recomendaciones adecuadas para su corrección. Por ello, el informe se centra en (i) la distribución mayorista de carburantes y la capacidad de refino en España; (ii) la logística de transporte y almacenamiento; y (iii) la distribución minorista de carburantes en estaciones de servicio.

El Informe llega a la conclusión de que por un lado existen una serie de factores estructurales que reducen la presión competitiva entre las empresas presentes en el sector. Estos factores son la integración vertical de los operadores, el elevado grado de concentración existente y la existencia de barreras a la entrada. Esta falta de competencia habría causado un escaso dinamismo en el sector, por lo que, a pesar de la liberalización que ha experimentado el sector, muchos de los operadores entrantes con presencia en otros mercados no han conseguido consolidar su presencia en España.

Por otro lado, en lo que a la distribución minorista se refiere, el Informe advierte de las dificultades para abrir estaciones de servicios que no estén abanderadas por los operadores dominantes como, por ejemplo, estaciones de servicio propiedad de otros operadores al por mayor o hipermercados. En el primer caso, los operadores pueden optar por tres alternativas: captar estaciones de servicio abanderadas, abrir estaciones nuevas o adquirir redes a otros operadores. Las operaciones de adquisición han tenido un efecto limitado sobre la estructura del mercado, afectando muy poco a la posición de los competidores con mayores cuotas. En cuanto a la apertura de nuevas estaciones de servicio, existen grandes obstáculos en los procedimientos administrativos: en zonas urbanas, las licencias municipales necesarias suponen un freno para la entrada en el mercado; en carretera, la CNC observa una elevada concentración de estaciones de servicio suministradas por el mismo operador, por lo que propone reforzar los criterios de competencia en la adjudicación de estaciones de servicio en vías no urbanas.

En cuanto a las estaciones de servicio en hipermercados, su expansión en el mercado español se está viendo frenada por barreras administrativas y una regulación restrictiva contenida en la LOCM y en la legislación autonómica, a pesar de que serían las más preparadas para competir en precios.

En una línea similar, la CNE, en el primer Informe anual de supervisión del mercado de hidrocarburos líquidos, publicado unos días después, coincidió con esta visión de la CNC al considerar que las trabas administrativas para abrir nuevas estaciones de servicio, así como los

criterios que se siguen en los procesos de concesión ayudan a que se produzca una fuerte concentración en el sector.

► Informe sobre el Anteproyecto de Ley General de la comunicación audiovisual

La CNC acaba de publicar el Informe aprobado el 15.07.2009 sobre el Anteproyecto de Ley general de la comunicación audiovisual, que traspone la Directiva 2007/65/CE, de Servicios de Comunicación Audiovisual, que, además de aglutinar parte de la legislación vigente y normativa sectorial del sector audiovisual, menciona nuevas modalidades de prestación del servicio y crea un Consejo de medios audiovisuales (vid. Gaceta nº 70).

En su informe, la CNC valora por un lado las funciones atribuidas al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, las cuales pueden colisionar con las que ostenta la CNC, en contra de lo dispuesto en el art. 17 LDC. Por otro lado, evalúa las implicaciones para la competencia que pudieran derivarse de la regulación de los mercados audiovisuales sobre determinados aspectos y las modificaciones que, a juicio de la CNC, la Ley debería incorporar.

Debido a la relación de este Anteproyecto con la recientemente aprobada Ley de financiación de la corporación radiotelevisión española (vid. Gaceta nº 71), la CNC también aprovecha para pronunciarse respecto de la misma. En particular, el informe evalúa la procedencia de notificar el anteproyecto a la CE teniendo en cuenta la necesidad de que se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia europea y en la *Comunicación de la CE sobre la aplicación de las normas en materias de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión* para que la financiación de la Corporación no constituya una ayuda de Estado. [\[Texto del Informe\]](#)

BREVES

- Según comunicado de 22.09.2009, la CNC investiga el mercado de producción y suministro de cemento, mortero, hormigón y áridos por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la fijación de precios y el reparto del mercado, por lo que ha llevado a cabo inspecciones en empresas del sector. Además, la CE se ha unido a dichas investigaciones para determinar la existencia o no de un cártel en el sector.
- Según comunicado de 18.09.2009, la CNC incoa expediente sancionador contra la Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos y veintitrés empresas fabricantes y distribuidoras de bombas por indicios de que se han llevado a cabo conductas anticompetitivas y contrarias al artículo 1 LDC en el sector de suministros de bombas para fluidos.
- En la línea de su Resolución de 21.05.2009 en el asunto Spain Pharma, la CNC ha archivado una denuncia de European Association of Euro-Pharmaceutical Companies contra diversos laboratorios farmacéuticos que implantaron nuevos sistemas de distribución que, según la denunciante, equivaldrían a sistemas de doble precio, contrarios a los artículos 1 LDC y 81 TCE. **La Resolución, de 14.09.2009**, concluye que las empresas denunciadas en realidad implantaron un sistema de precio libre único, que

se convertiría en el precio intervenido fijado por Ley en caso de que los medicamentos se suministraran en España y estuvieran incluidos en el régimen de financiación pública. La CNC descartó también una concertación entre los laboratorios para implantar dichos sistemas y para excluir a determinados mayoristas.

- En una resolución de 17.07.2009, el TGDC archivó un expediente contra empresas productoras de energía eólica en relación con los alquileres que dichas empresas pagaban a los propietarios de los terrenos en los que se instalarían parques eólicos, por no apreciar indicios de conductas restrictivas. El expediente se inició de oficio después de unas declaraciones efectuadas por una asociación de propietarios de montes. **[Texto de la Resolución]**.

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Notificadas:

Suntory / Black Lion (fabricación de bebidas no alcohólicas y agua)
NH Hoteles / Hesperia (hoteles)
Capio / Clínica Coreysa (actividades hospitalarias)
Naturgas / Gas Natural (electricidad y gas)

Autorizadas en primera fase:

Mutua General de Seguros / Euromutua
Bon Preu / ITM Ibérica

UE Y OTRAS JURISDICCIONES - NOTICIAS DE COMPETENCIA

DECISIONES Y SENTENCIAS

La Comisión multa al cártel de barras para el reforzamiento del hormigón en Italia

En 2007 el TPI anuló una multa impuesta por la Comisión al cártel de barras de acero para el reforzamiento del hormigón en Italia por razones procedimentales, ya que la base jurídica para imponer la sanción fue el Tratado CEEA que expiró el 23.07.2002. No obstante, el 30.09.2009, la Comisión adoptó una nueva decisión por la que sancionó a los participantes en dicho cártel con € 83 millones, al haber fijado varios elementos del precio de dicho producto, así como limitado su fabricación y ventas. En esta ocasión, la Comisión justificó su decisión en el Reglamento nº 1/2003, aplicable al sector del acero desde la expiración del Tratado CEEA.

El TPI reduce la multa impuesta a Hoechst

En su **Sentencia de 30.09.2009**, el TPI admitió parcialmente el recurso de Hoechst contra la Decisión de la Comisión de 19.01.2005 en la que multaba a dicha empresa con 74'03 millones de euros por su participación en el cártel del ácido monocloroacético.

La Comisión no aplicó una reducción del 10 por ciento al entender que la circunstancia de que Hoechst no negara los hechos que se le imputaban en el pliego de cargos no implica una verdadera cooperación por parte de la empresa. En su escrito de respuesta al pliego, Hoechst indicó que no ponía en duda la veracidad de los hechos, y que solamente procedería a defender que las conclusiones jurídicas alcanzadas por la Comisión no eran correctas, tales como, por ejemplo, su papel de líder o la reincidencia. Según el TPI, la Comisión debería haber aplicado la mencionada reducción y, por tanto, el importe final de la multa debe fijarse en 66'63 millones de euros.

Hoechst también alegó que no debería imputársele la responsabilidad de la infracción, puesto que la división encargada de la actividad del ácido monocloroacético había sido vendida a Clariant (otro de los participantes del cartel, gracias al cual se iniciaron las investigaciones al solicitar clemencia). Sin embargo, el TPI considera que no debe aplicarse el principio de continuidad económica, y que la persona jurídica que dirigía la empresa de que se trata en el momento en que se cometió la infracción debe responder de ella, aun cuando en el momento de adoptar la Decisión por la que se declara la infracción, la explotación de la empresa se encuentre bajo la responsabilidad de otra matriz. Por ello, considera acertada la apreciación de la Comisión de que la participación de Hoechst en el cártel tiene lugar hasta el momento en que se desprende de la rama de actividad del ácido monocloroacético.

En lo que a otros participantes del cártel se refiere (Akzo Nobel, Elf Aquitaine y Arkema), el TPI mantiene la Decisión de la Comisión. En particular, recuerda que cuando una sociedad ostenta una participación del 100 por cien del capital social del infractor, se presume que la

matriz ejerce una influencia decisiva sobre la actuación de su filial, y que corresponde a la primera demostrar que el comportamiento de la segunda es independiente.

Responsabilidad de la matriz por hechos de su filial

El 10.09.2009 el TJCE dictó **Sentencia en el asunto C-97/08 P** relativo a un recurso presentado por Akzo Nobel contra una multa de la Comisión en virtud de la cual le hacía responsable conjunta y solidariamente de las acciones de sus filiales participantes en un cártel (a pesar de que por sí misma no hubiera participado en la práctica colusoria). La Comisión consideró que Akzo y sus filiales a las que se dirigía la decisión constituían una unidad económica, al poder ejercer Akzo Nobel una influencia decisiva sobre la política comercial de las mismas, por lo que éstas carecían de autonomía comercial. Con esta sentencia el TJCE mantiene su línea jurisprudencial en materia de responsabilidad de la matriz por actos de sus filiales, de manera que basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz posee la totalidad del capital de una filial para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial y, por lo tanto, considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado.

El TPI confirma el abuso de posición de dominio de Clearstream

En su **Sentencia de 09.09.2009**, el TPI confirmó una Decisión de la Comisión de junio de 2004 en la que multaba a Clearstream Internacional y a sus filiales en Alemania y Luxemburgo por un abuso de posición dominante consistente en negarse a prestar servicios de liquidación (clearing) y compensación (settlement) para la transmisión de acciones y el aplicación de precios discriminatorios por dichos servicios a Euroclear.

Los servicios de liquidación de las operaciones de compraventa de acciones requieren comprobar la propiedad de los valores con el objeto de garantizar la seguridad jurídica. Por su parte, la compensación es la operación que se efectúa entre la negociación y la liquidación, que garantiza que vendedor y comprador realizan una operación idéntica y que el vendedor está capacitado para vender los títulos en cuestión.

Clearstream y Euroclear son los dos únicos depositarios centrales de valores internacionales que actualmente operan en la Unión Europea. La filial alemana de Clearstream es el único banco que tiene autorización para operar como depositario en Alemania. Por ello, la Comisión consideró que dicho territorio constituye el mercado geográfico de referencia.

En su recurso ante el TPI, Clearstream esgrimió cuatro motivos: (i) una incorrecta definición del mercado y, por tanto, la inexistencia de posición dominante; (ii) la inexistencia de una conducta abusiva; (iii) la incorrecta imputación de la infracción a la sociedad matriz; y (iv) la imprecisión de la Decisión de la Comisión. Los cuatro fueron rechazados por el TPI.

En cuanto a los dos primeros, el TPI recuerda que la Comisión tiene un amplio margen de apreciación cuando su análisis implica apreciaciones económicas, como es el caso de la definición de mercado o la existencia de un abuso. En cuanto al tercer motivo, el Tribunal aplica la presunción de que cuando una sociedad matriz posee el 100% de la filial autora de la infracción, debe imputársele a la primera, salvo que esta pruebe el comportamiento autónomo de su filial (véase noticia anterior).

► **Derecho a la defensa ante la imputación de participación en un cártel**

En su **Sentencia de 03.09.2009 sobre el asunto C-322/07 P**, el TJCE anuló una decisión de la Comisión en virtud de la cual se estableció la responsabilidad de Bolloré por su implicación en un cártel como sociedad matriz de Copigraph, además de por su implicación personal en el mismo. La decisión fue recurrida por Bolloré ante el TPI que desestimó el recurso, si bien el TJCE ha dictado ahora sentencia a favor de Bolloré al entender que, de los términos del pliego de cargos, no se podía deducir que la Comisión tuviera la intención de imputarle también la infracción por su implicación personal y directa en las actividades del cártel, de modo que Bolloré no pudo defenderse en el procedimiento administrativo contra dicha imputación ni con respecto a tales hechos.

OTRAS NOTICIAS

► **Opinión del AG sobre libertad de establecimiento farmacias en Asturias**

El 30.09.2009 el Abogado General Miguel Poiares Maduro **se pronunció sobre dos cuestiones prejudiciales** (asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07), planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, relativas a la conformidad de la normativa de la CCAA asturiana sobre la autorización de apertura de farmacias con el artículo 43 TCE sobre libre establecimiento, ya que dichas autorizaciones están limitadas a restricciones de carácter cuantitativo, como son la restricción del número de farmacias en una zona en función de la población de dicha zona (2.800 habitantes por farmacia y, superada esa proporción, una nueva farmacia por cada 2.000 habitantes), y de carácter geográfico, al prohibir el establecimiento de una farmacia a menos de 250 metros de otra. A ello se suma que la asignación de farmacias en Asturias se determina sobre un sistema de puntos en función de la experiencia profesional y docente del farmacéutico, privilegiando a aquellos que hayan desempeñado la profesión en Asturias.

El AG considera que se incumple el primero de los requisitos necesarios para que, a la luz de la jurisprudencia Gebhard, una medida restrictiva de la libertad de establecimiento pueda considerarse admisible. En opinión del AG, al darse prioridad a quienes hayan ejercido la actividad en una parte del territorio de un Estado miembro, se discrimina a los comunitarios. La medida se considera discriminatoria aún cuando pueda haber nacionales no residentes en Asturias que también se vean perjudicados por el requisito de haber ejercido la actividad en dicha CCAA. En opinión del AG, también puede ser contrario al art. 43 TCE el criterio poblacional si con él no se beneficia claramente a quienes abren farmacias en zonas poco pobladas (no tan rentables) frente a quienes quieren abrirlas en zonas rentables.

► **La Comisión aprueba un nuevo Reglamento de exención por categorías para los consorcios de transporte marítimo de línea regular**

El 28.09.2009 la Comisión adoptó un **nuevo Reglamento de exención por categorías para los consorcios de transporte marítimo de línea regular**, dando continuidad al actual Reglamento sobre la materia que expirará en abril de 2010. El nuevo Reglamento tendrá una duración de 5 años y se aplicará cuando la cuota de mercado combinada de los miembros del consorcio de que se trate no exceda del 30% (actualmente el 35%). Quedan fuera de su ámbito de aplicación todos aquellos acuerdos que supongan: (i) fijación de precios del servicio, (ii) limitaciones de capacidad, salvo cuando consisten en ajustes temporales en respuesta a fluctuaciones de la demanda, y (iii) la asignación de mercados o clientes. Al igual que el actual Reglamento, los miembros del consorcio deberán tener la posibilidad de retirarse del mismo, aunque tanto los periodos máximos de preaviso como el periodo inicial a partir del cual los miembros pueden retirarse han sido ampliados. Dichos periodos son aún mayores en los consorcios altamente integrados, éstos son, según la versión del Reglamento aun en vigor, aquéllos que tienen un pool de ingresos o unos altos niveles de inversión dedicada a la adquisición de buques de manera específica para el consorcio. Se echa en falta, no obstante, una delimitación más precisa de lo que la Comisión considera un consorcio altamente integrado, a efectos de aportar mayor seguridad jurídica a las empresas participantes en el mismo.

► **Conclusiones de la AG sobre los compromisos ofrecidos por una empresa en el marco del artículo 82 TCE**

El 17.09.2009, la Abogada General Juliane Kokott presentó sus **Conclusiones** sobre un asunto (C-441/07 P) en el que se planteó qué exigencias se derivan del principio de proporcionalidad cuando, conforme al artículo 9 del Reglamento nº 1/2003, la Comisión acepta y declara vinculantes los compromisos de una empresa que afectan a los intereses de otra empresa. El caso en cuestión afecta a un compromiso formulado por la empresa De Beers 2006 (líder del comercio mundial de diamantes) para solventar la acusación de abuso de posición dominante, comprometiéndose a no comprar en el futuro más diamantes en bruto a Alrosa (segundo productor mundial), poniendo fin así a la relación comercial entre ambos grupos. La Comisión acep-

tó este compromiso y lo declaró obligatorio, sin embargo, Alrosa entiende que esa decisión es desproporcionada y, además, se siente vulnerada en su derecho procesal a ser oída. El TPI anuló la decisión de la Comisión, sentencia que ha sido recurrida en casación por la Comisión.

Pues bien, la AG considera que el principio de proporcionalidad a la hora de aplicar el artículo 9 del Reglamento nº 1/2003 no exige, por economía procesal, que para la valoración de alternativas a las medidas propuestas por el interesado deban realizarse investigaciones o evaluaciones de gran alcance y duración, de manera que tanto los compromisos efectivamente ofrecidos como sus eventuales alternativas deben ser manifiestamente adecuados para resolver los problemas de competencia, según el margen de apreciación de la Comisión. En cuanto al derecho a ser oído, la AG considera que a efectos de aplicar un procedimiento con arreglo al artículo 82 TCE, Alrosa no era una empresa afectada, por lo que no le asistía el derecho a acceder al expediente que sólo corresponde a las partes del procedimiento, del que Alrosa no era parte. Así, la AG propone al TJCE que anule la sentencia del TPI y desestime el recurso de anulación interpuesto por Alrosa contra la decisión de la Comisión.

BREVES

- El 29.09.2009, la Comisión aprobó la adquisición de Sanyo (Japón) por Panasonic (Japón), sujeta a condiciones de desinversión de ciertas fábricas de pilas.
- El 16.09.2009, la Comisión aprobó la toma de control exclusivo por Dragados del grupo polaco Pol-Aqua, dedicado a la prestación de servicios relacionados con actividades de ingeniería, tratamiento de desechos y construcción de carreteras y conductos.
- El 15.09.2009, la Comisión se mostró partidaria de la propuesta del Gobierno francés de reforma del su mercado eléctrico, caracterizado por la escasa competencia y el dominio de EDF. Los compromisos franceses pasan por eliminar las tarifas reguladas para grandes y medianas empresas tras un periodo transitorio, tarifas que están siendo actualmente investigadas por la Comisión por favorecer a ciertas empresas frente a sus competidores y, por lo tanto, susceptibles de ser consideradas ayudas de estado contrarias al Mercado Interior.
- El 07.09.2009, la Comisión ha vuelto a instar al regulador de telecomunicaciones eslovaco para que baje las tarifas de terminación de llamadas móviles entre operadores sobre la base de un modelo orientado a costes y facilitar así la competencia entre operadores de manera que puedan ofrecer precios más competitivos a los consumidores.
- Tras el examen de la notificación de la adquisición de Sun Microsystems por Oracle, ambas norteamericanas, con fecha 03.09.2009, la Comisión incoó un procedimiento para analizar con profundidad la operación y su efecto en el mercado de software de bases de datos. El Departamento de Justicia de Estados Unidos ya había aprobado la operación en el mes de agosto.

OTRAS JURISDICCIONES

- Suecia ha remitido al parlamento sueco una propuesta de modificación sobre la normativa de competencia por la que se pretende que las administraciones públicas compitan en igualdad de condiciones con el sector privado, evitando todo tipo de ventaja competitiva o práctica desleal por parte de éstas. Si el texto se aprueba, entraría en vigor en enero de 2010 (ver **Comentarios Breves** en este mismo número).
- Siguiendo la práctica de otras autoridades de competencia, como son Australia, Nueva Zelanda, Canadá, EEUU y Reino Unido, Sudáfrica modifica su legislación de competencia criminalizando los cárteles.
- La autoridad de competencia portuguesa impone su mayor sanción hasta la fecha a Portugal Telecom por abuso de posición dominante en su oferta de servicios de Internet en 2002 y 2003. La multa asciende a 53 millones, ocho de los cuales han sido impuestos a Zon, antigua filial de Portugal Telecom, por sus ofertas de banda ancha. Ambas anunciaron que recurrirán la multa.

NOTICIAS SOBRE SECTORES REGULADOS

ENERGÍA

Avances en la financiación del déficit de tarifa

El RDL 6/2009 por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social estableció un nuevo sistema de financiación del déficit tarifario (esto es, la diferencia entre la recaudación por las tarifas reguladas que fija el Gobierno y que pagan los consumidores y los costes reales asociados a dichas tarifas), cuyo elemento más relevante es la constitución del Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico. Así, mediante este sistema se prevé la cesión de los correspondientes derechos de cobro de las empresas eléctricas a dicho Fondo que, a su vez, emitirá sus correspondientes pasivos por medio de un mecanismo competitivo en el mercado financiero con la garantía del Estado, hasta un máximo de 10.000 mill. de euros (*vid. número 69, Noticias sobre sectores regulados*).

En desarrollo de lo anterior, el 08.09.09, la Comisión Interministerial del déficit de tarifa aprobó dos normas para la designación de la Sociedad Gestora del Fondo de Titulización: el pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnica (ambos documentos disponibles en [Texto de los Pliegos]).

Mediante el pliego de cláusulas administrativas, se establece el contenido mínimo de las ofertas a presentar por las sociedades gestoras interesadas (el plazo para la presentación de ofertas expiró el 17.09.09), así como los criterios de valoración de éstas y su ponderación. Para la valoración de las ofertas, la Comisión Interministerial estará asistida por un Grupo Técnico Asesor, formado por representantes de la CNMV, CNE, ICO, MITYC y MEH.

Por su parte, en el pliego de prescripciones técnicas, se establecen qué sociedades han podido optar a la Sociedad Gestora –aquellas que se rijan por el RD 926/1998- y las funciones que tendrá la misma: (i) la selección de las agencias de calificación del Fondo; (ii) realización de los trámites legales y administrativos; (iii) estructuración, colocación, aseguramiento del Fondo; (iv) gestión del Fondo; (v) obligaciones informativas y (vi) contratación de servicios y de operaciones financieras.

Asimismo, el 14.09.09, la Comisión Interministerial adoptó una Resolución relativa a las funciones del Comité de Seguimiento de la Sociedad Gestora, que será el encargado de velar por el correcto cumplimiento de las condiciones en que ésta deberá ejecutar las tareas que se le asignan en los pliegos, así como evaluar sus actuaciones y revisar con carácter previo aquellas actuaciones de la sociedad con trascendencia económica para el Fondo. Este Comité estará compuesto por miembros del MITYC y del MEH, así como por representantes de la CNE, del ICO y de la propia Sociedad Gestora, éstos últimos con voz pero sin voto.

BREVES Y OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

- El 30.09.09 se publicó en el BOE la Resolución de 29 de septiembre de la DGPEM por la que se hace pública la tarifa de último recurso de gas natural. Dichas tarifas son aplicables desde el 01.10.09 y son resultado de la actualización trimestral del coste de las materias primas, de acuerdo con las cotizaciones internacionales. La disminución del precio de referencia del gas y la apreciación del euro respecto al dólar permiten una ligera bajada de las tarifas. En cuanto a la tarifa de último recurso a la que se pueden acoger los consumidores domésticos, ésta baja de media un 1,24%, lo que equivale a una reducción de la factura mensual de un consumidor tipo de 0,32 euros al mes.
- El 23.09.2009 fue notificada la concentración consistente en la adquisición por EDF del 100% de Segebel, S.A. (sociedad holding del 51% de SPE, S.A., que es una empresa belga dedicada a la generación de electricidad en Bélgica -principalmente a través de centrales térmicas, hidroeléctricas y eólicas, así como centrales nucleares en las que tienen participación- y a la comercialización y suministro de electricidad y gas en Bélgica).
- El 17.09.2009 fue notificada a la Comisión la propuesta de cambio de control de la joint venture Planta de Regasificación de Sagunto, S.A., (SAGGAS), cuyo capital social es 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 consiste 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 pasará a ocupar la posición de control indirecto de Iberdrola en SAGGAS.
- El 16.09.09 se publicó en el BOE la Circular 5/2009, de 16 de julio, de la CNE, sobre obtención de información de carácter contable y económico financiera de las empresas que desarrollen actividades eléctricas, de gas natural y gases manufacturados por canalización. De acuerdo con la Circular, *“la información solicitada es necesaria para que la Comisión pueda desarrollar, entre otras, la relevante función de participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de los proyectos sobre determinación de tarifas y retribución de las actividades de los sectores energéticos. La información requerida es absolutamente necesaria para poder realizar un estudio respecto a la repercusión de las distintas hipótesis en los estados financieros de las compañías, así como en el cálculo del cash-flow de las mismas y de la posibilidad de generar recursos ante distintos escenarios”*.

- El 16.09.2009 fue notificada a la Comisión 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). La estructura del capital social de dicha empresa titularidad de Iberdrola, BP, Ente Vasco de la Energía y Repsol (cada una con el 25%) se ve modificado por la venta del 25% de Iberdrola a RREEF FUND (fondo de inversión gestionado por una filial de Deutsche Bank).
- El 14.09.09 la CNE publicó el Informe sobre el sobre el consumo de gas natural en el año 2008, en el que se analiza el comportamiento de los mercados y la participación de los consumidores de gas natural en el año 2008, presentando aquellos indicadores económicos que han definido la demanda en el citado año. Disponible en **[Informe sobre el consumo de gas natural en 2008]**
- 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, el 08.09.2009 fue notificada a la Comisión la compra por E.ON de ciertas centrales de generación de electricidad de Electrabel en Bélgica y el 11.09.2009 la compra por Electrabel de ciertas centrales de E.ON en Alemania.
- El 10.09.2009 fue autorizada por la Comisión la operación por la que ENI adquiere el control exclusivo de Toscana Energia Clienti S.p.A., en la que hasta la fecha tenía el control conjunto.

COMENTARIOS BREVES

POR JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL
SOCIO, CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL

EL PRECIO DE RESERVA EN LAS SUBASTAS ES LÍCITO Y, POR TANTO, NO HAY COMPETENCIA DESLEAL POR INFRACCIÓN DE NORMAS

Es una práctica casi universal en las subastas que el vendedor fije un precio de reserva (que, como su nombre indica se mantiene secreto para los licitadores) por debajo del cual, el objeto subastado no se adjudica. Se dice entonces que el objeto se "adjudica al vendedor" si la mayor puja no lo supera. Una empresa de subastas española demandó a Christie's alegando que la utilización de un precio de reserva suponía infracción de normas, concretamente, de los artículos 9 y 56 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 27 de marzo de 2009 ha rechazado que exista tal infracción legal y, por tanto, que su utilización constituya competencia desleal en el sentido del art. 15.2 LCD.

La cuestión es algo dudosa porque el art. 56 LOCM **define la subasta** como sigue: "*La celebración de una pública consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto*".

Decía Girón que al legislador, cuando define, como dogmático del Derecho, "no hay que seguirle". Salvo que la definición pretenda limitar la libertad contractual. Y es obvio que el legislador no pintaba nada definiendo lo que es una subasta. Hay formas de subasta que no están en el tenor literal (subastas a distancia, subastas mediante sobres, subastas en las que no se venden bienes sino que se adjudican contratos de obra o de servicios, subastas en las que se venden lotes de bienes y no bienes singulares...). Pero, sobre todo, no parece que el legislador quisiera modificar las reglas sobre formación de los contratos. Y, tras un siglo y medio de discusiones, parece que la "oferta" que realiza el subastador no es una oferta contractual en el sentido del art. 1262 CC, sino una **invitación a ofrecer** si existe precio de reserva, porque al comunicar su existencia, el subastador está indicando que las ofertas serán las pujas y que la aceptación solo se produce cuando el subastador adjudica el bien al mejor postor. Las pujas son las que han de calificarse como ofertas (porque si el subastador "acepta" se perfecciona el contrato y el licitador está obligado a pagar el precio ofrecido).

La sentencia dice algo de esto cuando afirma que

"si no se alcanza el precio de reserva no cabe hablar de revocación de la oferta pues la oferta sólo es irrevocable una vez se cubre dicho valor, aun cuando los licitadores sólo tengan la certeza de que se supera el precio de reserva si se alcanza la estimación baja del catálogo que es precio mínimo ofertado en el catálogo".

Pero resuelve la cuestión - como siempre, "pegándose" mucho al caso concreto - afirmando, con el Juez de instancia que

*"ningún precepto legal exige que el precio mínimo a partir del cual es irrevocable la oferta de venta sea el precio de salida. El artículo 56 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista lo que exige es que la oferta pública de venta sea **irrevocable a favor de la persona que ofrezca el precio más alto por encima de un mínimo fijado inicialmente** y dicha exigencia es cumplida por la entidad demandada desde el momento en que **publica la estimación mínima que, necesariamente es igual o superior al precio de reserva**, estimación a partir de la cual los compradores tienen la certeza absoluta de que la oferta es irrevocable. Que la subasta comience con un precio de salida inferior no implica incumplimiento legal alguno y en nada perjudica a los licitadores ni infringe el reiterado artículo 56 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista la posibilidad de que siendo el mejor precio ofrecido en la inferior a la estimación baja del catálogo y superior al precio de reserva, también quede perfeccionada la compraventa, pues existe un precio mínimo y conocido para los licitadores a partir del cual la oferta es irrevocable, otra cosa es que no se haya alcanzado y que también sea irrevocable la oferta de venta al superar el mejor precio ofrecido el precio de reserva pactado entre vendedor y la casa de subastas"*.

La norma legal ha de entenderse como una prohibición de engaño. Los que participan en una subasta tienen derecho a creer que si el bien se ha sacado a subasta es porque el subastador y el vendedor tienen una intención seria de vender. Pero no hay justificación alguna para obligar a alguien que quiere vender un bien en subasta a venderlo a cualquier precio, por muy bajas que sean las pujas o por poco interés que despierte

entre los potenciales licitadores el objeto. Interpretar el art. 56 LOCM en el sentido pretendido por la demandante supondría tanto como afirmar que la LOCM está **imponiendo una obligación de contratar** que, como sabemos, supone una restricción brutal de la autonomía privada que solo con una seria justificación (monopolio) puede imponerse a los particulares. El art. 9, (obligación de vender los artículos ofertados en un establecimiento abierto al público), es una regla interpretativa. El legislador presume que si un tendero tiene objetos expuestos, es porque está dispuesto a venderlos a quien entre en su establecimiento y esté dispuesto a pagar el precio. Por lo que no le obliga a venderlos, simplemente le obliga a aclarar expresamente (deshacer la apariencia creada) que el objeto no está a la venta y, por tanto, que la "aceptación" del cliente al ofrecer pagar el precio señalado para el objeto no celebra el contrato (1262 y 1258 CC).

PVP: UNA VOCAL DE LA FTC APOYA LA POLÍTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

Pamela Jones Harbour en una intervención ante el Congreso norteamericano:

I began my testimony today by quoting lawyers in Brussels. In closing, let me suggest that the Europeans may have better ideas about RPM than the Leegin Court. Under EC law, RPM is presumed unlawful, and thus prohibited, unless the RPM proponent can show that the "restriction is indispensable to the attainment of clearly defined pro-competitive efficiencies and that consumers demonstrably receive a fair share of the resulting benefits." American consumers are entitled to the same benefit of the doubt.

O sea, en la duda, prohibido. Yo creí que, en la duda, permitido (art. 38 CE, art. 10 CE). Si los norteamericanos, después de *Leegin* no saben cuándo está permitido y cuándo está prohibido imponer los precios de reventa, los europeos, aún después de la reforma del Reglamento de exención de los acuerdos verticales no saben cuándo estará permitido. De manera que si existe alguna eficiencia en los acuerdos de PVP, nunca lo sabremos porque no habrá abogados dispuestos a aconsejar a sus clientes que lo incluyan en sus contratos. La vocal se refiere a la época en la que estaba permitido en EE.UU. fijar el precio de reventa y a los estudios que demostraban que los productos con PVP fijo eran más caros. Pero ese argumento, que fue tenido en cuenta por el Tribunal Supremo norteamericano cuando decidió someter el PVP fijo a la *rule of reason*, no vale nada o vale muy poco. Porque los precios que habría que medir son los precios de los productos de ese tipo, no el aumento del precio del producto de marca. O sea, los bolsos, los zapatos, los vaqueros o las aspiradoras. No los bolsos de Prada, los zapatos de Camper, los vaqueros Levi's o las aspiradoras AEG. ¿Cómo se puede decir que los consumidores están peor porque paguen más por una aspiradora AEG si tienen a su disposición aspiradoras de otras cincuenta marcas distintas incluyendo de marca del distribuidor a un precio inferior? Por lo demás, la Sra. Jones afirma, sin prueba alguna, que el mantenimiento de la competencia intramarca es necesario para garantizar el bienestar de los consumidores. Los costes de la prohibición - en forma de mejora en la distribución de los productos, ampliación de los mercados, reducción de los costes de transacción, eliminación de distorsiones en las decisiones empresariales basadas no en la eficiencia sino en la regulación en forma de sustitución de distribuidores independientes por sucursales o tiendas propias... - no se incluyen en su cálculo.

CUANDO EL SECTOR PÚBLICO COMPITE CON EL PRIVADO

Suecia va a promulgar una norma legal de acuerdo con la cual, la autoridad de competencia podrá solicitar de los tribunales que prohíban a una Administración o empresa públicas realizar actividades comerciales cuando su actuación distorsione la competencia. En la *Noticia* se pone como ejemplo el de los gimnasios municipales: "*For example, publicly owned gyms have allegedly put local private gyms out of business by offering services at such a low cost that they cannot compete*". Curiosamente, en España hemos tenido varios casos de este tipo en donde se ha demandado a ayuntamientos por competencia desleal

Así, existen varias sentencias que resuelven demandas en las que titulares de gimnasios pretenden que los Ayuntamientos que ofrecen servicios semejantes a bajo precio (actividades deportivas) incurrirían en competencia desleal al ofrecer servicios semejantes a un precio muy inferior al que pueden practicar las empresas privadas (art. 15 LCD). En general, estas demandas se desestiman. Así, por ejemplo, en la SAP Castellón 14-II-2005, – que recoge otras anteriores de la misma Audiencia y SAP Orense 10-III-2004- niega que la conducta del ente municipal, poniendo a disposición de los usuarios de la piscina, la utilización de la Sala Fitness con aparatos de musculación, tonificación y cardiovasculares constituya competencia desleal por infracción de normas, aunque lo hace sobre la base de considerar que **"dentro de las competencias municipales en materia deportiva... se encuentra el fomento de la actividad físico-deportiva, ... Esto por sí solo explica que el precio que se abone por el uso del servicio que oferta el Ayuntamiento sea acorde con esta finalidad, sin que obedezca a ninguna estrategia de eliminación del competidor, ni siquiera con la consecuencia que denomina el apelante como «efecto colateral».... Desde esta perspectiva entendemos que en el caso enjuiciado no solamente no se ha demostrado que infrinja norma alguna, sino que aunque esto se hubiera constatado en el sentido que indica el recurrente, ello no podía tener la consecuencia que pretende, por no haberse prevalido en el mercado de una ventaja obtenida mediante la infracción de Leyes, ni tampoco se ha demostrado que se hayan infringido normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.... En tal sentido no podemos entender aplicable el contenido del párrafo 1º del artículo 86 de la Ley de Bases del Régimen Local cuando establece que las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, po-**

drá ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128-2 CE (RCL 1978, 2836), ya que esto no es el caso que nos ocupa, **donde la actividad que se desarrolla aunque tenga una vertiente económica tiene como finalidad la encomendada por la propia constitución, según ya hemos referido, a los poderes públicos**, incardinándose en la competencia de fomentar el deporte y si se ha producido alguna vulneración de alguna norma administrativa en tal actuación, lo que aquí desconocemos, ello no tiene la trascendencia de poder considerarse desleal esa conducta, por ser ajena y obedecer a fines diferentes a los concurrenciales, sin que tampoco podamos entender con ello infringido el art. 38 CE que reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado". Como se ve, parece que una norma legal semejante a la sueca podría ser de alguna utilidad ¿qué pinta el Ayuntamiento poniendo una sala de musculación para uso del público en general?

Y el Ministro sueco del ramo ha dicho que *"the public sector should not provide general commercial services, sticking instead to institutional ones such as providing hospital care and education"*. Como los suecos son modelo, incluso para los gobiernos de izquierda, y en tiempos de crisis económica no estaría mal que los Gobiernos regionales y los ayuntamientos se aplicasen esta regla. Que los particulares que prestan servicios tengan que competir con administraciones públicas supone un daño doble al desarrollo económico. Se impide el crecimiento empresarial (el "crowding out" famoso) y no se garantiza la eficiencia en la prestación del servicio (porque la Administración pública no se guía por reglas de eficiencia y coste de oportunidad en la asignación del capital). Y, con la demanda deprimida, lo que le falta a los empresarios es tener que competir por los clientes, también con la Administración.

Como muy bien dice el Ministro, esto no se aplica a los servicios universales que garantiza el Estado (educación y sanidad). La cuestión de si debe prestarlos directamente el Estado o hacerlo a través de empresas privadas es otro debate. Pero fuera de la educación - la obligatoria - y la sanidad y la asistencia social, la prestación masiva de servicios por parte de las Administraciones que podrían ser prestados en régimen de competencia por los particulares debería ser cosa del pasado (aeropuertos, televisión, radio, espectáculos, servicios jurídicos, transporte, enseñanza, hostelería...). De paso, reduciríamos el déficit público.

COMPETENCIA Y SECTORES REGULADOS
GACETA MENSUAL

Número 72

SEPTIEMBRE 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	Roberto Sánchez	Beatriz Ruiz
Juan Manuel Zapatero	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.