



Cuadernos de
Derecho y
Comercio

ESTUDIOS SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA EUROPEO Y ESPAÑOL

Extraordinario
2019



Cuadernos
de
Derecho
y
Comercio

Extraordinario 2019

«Estudios sobre Derecho de la competencia
europeo y español»

Fundación Notariado

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org, si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Todos los trabajos publicados son originales.

© Fundación Notariado
Silvano, 55 - 28043 Madrid
Correo de contacto: cdc@notariado.org

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

ISSN: 15757-4812
Depósito Legal: M-1339-1987

Preimpresión:
PRINTING '94, S. L.
C/ Orense, 4 (2.ª planta)
28020 Madrid

Imprime:
GRAMADOSA, S. L.
Avda. del Moncayo, 2, nave 3
28703 San Sebastián de los Reyes (Madrid)

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Prías Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real
Profesor titular de Derecho Mercantil
de la Universidad Autónoma de Madrid

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Alberto Alonso Ureba
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

M.^a Luisa Aparicio González
Profesor titular de Derecho Mercantil de
la Universidad Autónoma de Madrid

José M.^a de la Cuesta Rute
Catedrático emérito de Derecho Mer-
cantil de la Universidad Complutense de
Madrid

Alberto Díaz Moreno
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de Sevilla

José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de Valencia

Salvador Torres Ruiz
Notario de Granada

Gaudencio Esteban Velasco
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

José Manuel García Collantes
Notario de Madrid

Rafael Illescas Ortiz
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Carlos III de Madrid

Josep Massaguer Fuentes
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Pompeu Fabra de Barcelo-
na

Xavier O'Callaghan Muñoz
Catedrático de Derecho Civil. Magistra-
do de la Sala Primera del Tribunal Su-
premo

Santiago Ortiz Navacerrada
Catedrático de Derecho Procesal.

José Cándido Paz-Ares Rodríguez
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Rodríguez Artigas
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Angel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Patricio Toscano Romero
Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny	Rafael Morales Gordillo
Leticia Ballester Azpitarte	Blanca Palacios Guillén
María Teresa Barea Martínez	Juan Pérez Hereza
Ana Isabel Berrocal Lanzarot	Carlos Pérez Ramos
Luis L. Bustillo Tejada	Jorge Prades López
Antonio Domínguez Mena	Francisco Javier Ramírez González
Íñigo Fernández de Córdova Claros	Cristina Requena Torrecillas
María Teresa García Ludeña	Amanay Rivas Ruiz
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Rocío Rodríguez Martín
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Fernando Rodríguez Prieto
Miguel Llorente Gonzalvo	Luis Rojas Martínez del Mármol
Antonio Lopera Perales	Jorge Sáez-Santurtún Prieto
María López Mejía	Ernesto Tarragón Albella
Manuel Lora-Tamayo Villacieros	Manuel Gerardo Tarrío Berjano
Jesús Martínez-Cortés Gimeno	José Francisco Velasco Peche
Ignacio Martínez-Gil Vich	Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto
María del Rosario de Miguel Roses	Joaquín Zejalbo Martín
	María de Zulueta Segarra

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

Estudios sobre Derecho de la competencia europeo y español

Coordinador: Juan Ignacio Signes de Mesa

El control de legalidad en materia de cárteles ante los tribunales de la Unión, <i>por Juan Ignacio Signes de Mesa</i>	11
The preliminary reference procedure in the framework of competition law: where do we stand?, <i>por Daniele Domenicucci y Michele Laterza</i>	49
Le champ d'application territorial de l'article 101 TFUE: l'émergence progressive du critère des effets qualifiés, <i>por Nicolas Triart</i>	95
Derecho de la competencia y armonización europea del Derecho de reestructuración temprana, <i>por Juana Pulgar Ezquerro</i>	119
Derecho de la competencia y riesgo sistémico en el sector financiero, <i>por Alberto J. Tapia Hermida</i>	161
Selectividad en materia fiscal: consecuencias y limitaciones del método de las tres etapas, <i>por Nicolas Martinez</i> . Traducción realizada desde el francés al español por <i>Isabel María Cantos Padilla</i>	189
El régimen europeo de ayudas de Estado y fiscalidad española. Claves jurisprudenciales sobre el elemento de la selectividad, <i>por Santiago Jiménez García</i>	209

SUMARIO

Procedimientos de transacción en materia de defensa de la competencia. Reflexiones sobre una posible introducción de la figura en España, <i>por</i> <i>Álvaro Pascual Morcillo</i>	237
Las acciones de reclamación de daños y perjuicios por infracción del Dere- cho de la competencia en España, <i>por Paloma Martínez-Lage Sobredo</i>	257
Ejecución de las sentencias relativas a las sanciones impuestas por la Co- misión Nacional de los Mercados y de la Competencia, <i>por Irene Bonet</i> <i>Tous</i>	277
La actuación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competen- cia en materia de unidad de mercado, <i>por Miguel Bordiu García-Ovies</i>	299
El Derecho de la competencia y el sector agroalimentario: retos actuales, <i>por Cayetana Santaolalla Montoya</i>	327

EL CONTROL DE LEGALIDAD EN MATERIA DE CÁRTELES ANTE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN

JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA

Letrado del Tribunal General de la UE

Director de la Academia de Práctica Jurídica Europea¹

RESUMEN

El control de legalidad operado por los tribunales europeos en materia de cárteles pone de manifiesto una relativa estandarización en cuanto a los motivos de anulación invocados contra las decisiones de la Comisión. Si bien adaptados a las circunstancias específicas de cada caso, tales motivos suelen agruparse en tres bloques, éstos son, los tendentes a cuestionar, primero, la «legalidad externa» de la decisión sancionatoria; segundo, su «legalidad interna» y, tercero, el montante final de la multa. El presente estudio expone y examina la jurisprudencia más actual referida a algunos de los más recurrentes motivos formulados en el contencioso europeo sobre cárteles ante el Tribunal General y el Tribunal de Justicia.

Palabras clave: Control de legalidad, tribunales europeos, cárteles, recurso de anulación, motivos, multa.

¹ El presente estudio toma como punto de partida la ponencia impartida el 31 de mayo de 2018 con ocasión de la celebración del III Seminario «Reestructuración empresarial y Derecho de la competencia», organizado por el departamento de Derecho mercantil de la Universidad Complutense en el Tribunal de Justicia de la UE (Luxemburgo) en el marco del proyecto de investigación DER2015-68733-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Las opiniones expresadas pertenecen exclusivamente a su autor y no pueden ser atribuidas en modo alguno al TJUE. Todo comentario es bien venido en ignacio.signes@curia.europa.eu.

JUDICIAL REVIEW BY EUROPEAN COURTS IN THE FIELD OF CARTELS

JUAN IGNACIO SIGNES DE MESA

Réfèrendaire of the General Court of the European Union

Director of the Academy of European Legal Practice

ABSTRACT

Judicial review by European courts in the field of cartels reveals a certain standardization as regards the pleas for annulment made against Commission's decisions. Although adapted to the specific circumstances of each case, such pleas are usually grouped into three blocks challenging, first, the «external legality» of the decision, second, its «internal legality», and, third, the amount of the fine. This article exposes and examines the state of the case law referring to some of the most repeating pleas formulated in the area of cartels before the General Court and the Court of Justice.

Keywords: Judicial review, European courts, cartels, action for annulment, pleas, fine

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MOTIVOS RELATIVOS A LA «LEGALIDAD EXTERNA». 1. Obligación de motivación. 2. Violación de los derechos de defensa. 2.1. Acceso al expediente. 2.2. Principio del plazo razonable. 3. Competencia de la Comisión. 3.1. Facultades en el marco de la inspección. La FIT. 3.2. Competencia extraterritorial.—III. MOTIVOS RELATIVOS A LA «LEGALIDAD INTERNA». 1. Suficiencia de pruebas. 1.1. De la existencia de la infracción. 1.2. De la duración de la infracción. 1.3. Participación: una infracción única y continuada. 2. Error en la calificación jurídica. 3. Igualdad de trato en la constatación de una infracción. 4. Supuestos de imputabilidad de la infracción. 4.1. Responsabilidad solidaria de la sociedad matriz. A) Presunción del ejercicio de una influencia determinante. B) Influencia dominante sobre la base de elementos concurrentes. 4.2. Supuestos de cesiones y transformación societaria.—IV. MOTIVOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DEL MONTANTE DE LA MULTA. 1. Obligación de motivación. 2. Violación de las líneas directrices de 2006. 2.1. Valor de ventas. 2.2. Importe de base de la multa: la gravedad. 3. Violación de principios generales del Derecho. 3.1. Principio de proporcionalidad. 3.2. Principio de igualdad. 3.3. Confianza legítima. 4. Intereses de demora. 5. Repartición en cuotas.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Si la Unión Europea se enorgullece de haberse erigido y de comportarse ordinariamente como una Unión «de Derecho», ello es, entre otros aspectos, porque la acción de sus instituciones está sometida al control judicial. Dicha labor de control corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), institución que, desde Luxemburgo, está encargada de ejercer la potestad jurisdiccional en el seno de la Unión. Dotado de todas las características propias de un poder judicial imparcial e independiente tiene por cometido, en virtud del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE), «garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados». Según esta misma disposición, comprende, en esencia, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, que ejercen sus labores respectivas dentro del marco de competencias que el Tratado les encomienda.

Son varios los cauces procesales que permiten intervenir ante los tribunales de la Unión. Uno de ellos, de suma relevancia para la práctica jurídica europea, es el recurso de anulación, previsto en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En principio se plantea no ante el Tribunal de Justicia, sino ante el Tribunal General, creado a finales de los años 80 con una marcada vocación contencioso-administrativa. El recurso de anulación permite que el Tribunal General opere el control de legalidad sobre los actos y decisiones de la Comisión Europea destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Las causas de anulación recogidas en el propio artículo 263 TFUE son, por lo esencial, la incompetencia, los vicios sustanciales de forma, la violación de los Tratados y la violación de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución. Las sentencias del Tribunal General pueden ser recurridas en casación ante el Tribunal de Justicia, sobre el fundamento, como regla general, de la existencia de errores de Derecho en la resolución de primera instancia.

De entre las muchas materias económicas de las que conoce el Tribunal General, suscita un interés particular la competencia, en especial el contencioso que, cada vez con mayor frecuencia, se ha ido desarrollando en materia de cárteles (artículo 101 TFUE) como consecuencia a su vez de la lucha esforzada de la Comisión contra este tipo de prácticas en el mercado. De hecho, es en este ámbito donde, a nuestro entender, la normalización que caracteriza la actividad de los tribunales europeos en la actualidad se hace más palpable, dando lugar incluso a una cierta estandarización en los motivos de anulación invocados por parte de los demandantes en los recursos que presentan contra las decisiones de la Comisión.

Tales motivos de anulación, si bien adaptados a las circunstancias específicas de cada caso, suelen agruparse en tres bloques, éstos son: los tendentes a cuestionar, primero, la «legalidad externa» de la decisión administrativa; segundo, su «legalidad interna» y, tercero, el montante final de la multa, invocando a este último respecto la competencia jurisdiccional plena que corresponde al juez de la Unión en materia de sanciones. Los asuntos relativos a cárteles y acuerdos restrictivos son ciertamente atractivos, aunque también laboriosos por razón del examen exhaustivo que requiere el control de la legalidad de todos los aspectos sobre los que, de ordinario, ha de pronunciarse la Comisión en sus decisiones.

Dejando al margen las cuestiones relativas a la admisibilidad, el presente artículo aborda las líneas jurisprudenciales de mayor actualidad referidas a algunos de los motivos que recurrentemente se invocan en el contencioso europeo sobre competencia, fundamentalmente en el ejercicio de la acción directa de anulación ante el Tribunal General y en casación ante el Tribunal de Justicia.

II. MOTIVOS RELATIVOS A LA «LEGALIDAD EXTERNA»

Un grupo inicial de motivos de anulación habitualmente formulados para impugnar las decisiones de la Comisión sobre competencia se refiere a la denominada «legalidad externa» de la decisión en cuestión. Mediante estos motivos se pretende poner en tela de juicio aspectos relativos no ya al contenido sustantivo o fondo de la decisión, sino a su forma y al procedimiento en virtud del cual ha sido adoptada. Suele convenirse que forman parte de este género de motivos los siguientes: (i) los vicios relativos a la motivación de la decisión; (ii) la violación de los derechos de defensa durante el procedimiento administrativo, y (iii) la competencia de la Comisión, en particular para llevar a cabo ciertas labores de inspección o aplicar el artículo 101 TFUE a comportamientos que se ejecutan fuera del Espacio Económico Europeo (EEE). De acuerdo con la jurisprudencia constante, algunos de ellos, como el referido a la motivación, suscitan el control *ex officio* del juez de la Unión sin necesidad de que sean invocados por la parte demandante en el marco de su recurso.

1. Obligación de motivación

El artículo 41, apartado 2, de la Carta Europea de Derechos Fundamentales establece que el Derecho a una buena administración incluye en particular «[...] la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones». Por su parte, el artículo 296, apartado 2, TFUE dispone que «[l]os actos jurídicos deberán estar motivados [...]». La obligación de motivación prevista en ambas disposiciones constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo².

Según la jurisprudencia constante, una falta o insuficiencia de motivación es un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 263 TFUE y constituye, como señalado, un motivo de orden público que puede —e incluso debe— ser examinado de oficio por el juez europeo³. Al examinar de oficio tal motivo, sobre todo cuando no ha sido invocado por la parte demandante, el juez europeo no trasciende del marco del litigio del que conoce y no infringe tampoco las normas de procedimiento relativas a la presentación del objeto y de los motivos de la demanda.

La motivación exigida por el artículo 296 TFUE debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de modo que los interesados puedan conocer las razones de la decisión adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control⁴. En el marco de las decisiones individuales de competencia, es de reiterada jurisprudencia que el deber de motivar tiene la finalidad, además de permitir el control jurisdiccional, de proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez⁵. En principio, pues, la motivación debe ser notificada al interesado al mismo tiempo que la decisión lesiva. La falta de motivación no puede quedar subsanada por el hecho de que el interesado descubra los motivos de la decisión en el procedimiento ante las instancias de la Unión⁶.

La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e

² Sentencias de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, apartado 67, y de 22 de marzo de 2001, Francia/Comisión, C-17/99, EU:C:2001:178, apartado 35.

³ Sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartado 174.

⁴ Sentencia de 22 de marzo de 2001, Francia/Comisión, C-17/99, EU:C:2001:178, apartado 35.

⁵ Sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartado 462.

⁶ Sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408, apartado 463.

individualmente por el acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias necesarias debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas y principios que regulan la materia de que se trate⁷. Sin embargo, la motivación de un acto debe ser lógica y no presentar contradicciones internas que obstaculicen la buena comprensión de las razones subyacentes a dicho acto⁸.

Cuando una decisión de aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia afecta a varios destinatarios, dicha decisión debe estar suficientemente motivada en lo que respecta a cada uno de ellos, y en especial respecto a los que, según esa decisión, deben asumir las consecuencias de tal infracción. Así pues, respecto de una sociedad matriz considerada responsable del comportamiento infractor de su filial, dicha decisión debe contener, en principio, una exposición detallada de los fundamentos que pueden justificar la imputabilidad de la infracción a esta sociedad⁹. En relación más concretamente con una decisión de la Comisión que se basa exclusivamente, como veremos más adelante, en la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante, la Comisión está obligada a exponer de manera adecuada a dichos destinatarios las razones por las que los elementos de hecho y de Derecho invocados no han sido suficientes para refutar tal presunción. La obligación de la Comisión de motivar sus decisiones sobre este punto resulta en particular del carácter *iuris tantum* de dicha presunción, cuya refutación requiere que los interesados presenten una prueba acerca de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre las sociedades de que se trate. Siendo esto así, procede recordar, no obstante, que la Comisión no está obligada, en dicho marco, a definir su postura sobre elementos que estén manifiestamente fuera de contexto, carezcan de significado o sean claramente secundarios¹⁰.

Finalmente, de la jurisprudencia se desprende que, si bien una decisión de la Comisión que sea acorde con una práctica decisoria constante puede motivarse de forma sucinta, concretamente mediante una referencia a dicha práctica, cuando va sensiblemente más allá de las decisiones precedentes, la Comisión debe desarrollar su razonamiento de manera explícita¹¹.

⁷ Sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartados 166 y 178.

⁸ *Ibid.*, apartado 169 y jurisprudencia citada.

⁹ V., por analogía, sentencia de 2 de octubre de 2003, Aristrain/Comisión, C-196/99 P, EU:C:2003:529, apartados 93 a 101.

¹⁰ Sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, apartado 167.

¹¹ Sentencia de 11 de diciembre de 2008, Comisión/Département du Loiret, C-295/07 P, EU:C:2008:707, apartado 44.

2. Violación de los derechos de defensa

El respeto del derecho de defensa, que el artículo 41 de la Carta considera un elemento consustancial del derecho a una buena administración, debe ser observado en todos los casos, especialmente en todo procedimiento que pueda dar lugar a la imposición de sanciones. Como tal, éste exige que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a las empresas y asociaciones de empresas afectadas la posibilidad de manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegados por la Comisión¹².

Se desprende de la jurisprudencia que el derecho de defensa de las empresas involucradas en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de sanciones también debe ser respetado por la Comisión durante el desarrollo de los procedimientos de investigación previa, ya que ha de evitarse que el mencionado derecho quede irremediabilmente dañado en el marco de tales procedimientos, especialmente en las inspecciones, que pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de comportamientos de las empresas¹³.

Los motivos en virtud de los cuales se reprocha a la Comisión la violación de los derechos de defensa durante el procedimiento administrativo suelen concernir, entre otros varios supuestos, el acceso al expediente. También es frecuente en épocas recientes la invocación de la violación del principio de plazo razonable y su incidencia en el ejercicio de la defensa de las empresas concernidas por un procedimiento ante la Comisión.

2.1. Acceso al expediente

Según el artículo 27, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003¹⁴, antes de adoptar las decisiones en materia competencial previstas en dicho reglamento, la Comisión ha de ofrecer a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido por ella la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados. Esa misma disposición establece que *«la Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones»* y que *«los denunciantes participarán estrechamente en el procedimiento»*.

¹² Sentencia de 27 de septiembre de 2012, Shell Petroleum y otros/Comisión, T-343/06, EU:T:2012:478, apartados 82 y 88 y jurisprudencia citada.

¹³ Sentencia de 14 de noviembre de 2012, Nexans France y Nexans/Comisión, T-135/09, EU:T:2012:596, apartado 41.

¹⁴ Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, 4.1.2003, p. 1).

El acceso al expediente en los asuntos sobre competencia tiene por objeto, en particular, permitir a los destinatarios del pliego de cargos conocer los elementos de prueba que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que ésta haya llegado basándose en tales documentos¹⁵. En consecuencia, el acceso al expediente pertenece a la esfera de las garantías procesales destinadas a proteger el derecho de defensa y, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído.

De acuerdo con la jurisprudencia, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Ello comprende tanto las pruebas de cargo como las de descargo, a excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales¹⁶. No obstante, sólo al comienzo de la fase contradictoria administrativa la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento, y dispone del derecho de acceso al expediente para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. Por consiguiente, la respuesta al pliego de cargos de las demás partes, sobre todo en los asuntos relativos al artículo 101 TFUE, no está comprendida, en principio, en el conjunto de documentos del expediente de instrucción que las partes pueden consultar¹⁷.

Sin embargo, si la Comisión se propone basarse en un pasaje de la respuesta de una empresa al pliego de cargos para acreditar la existencia de una infracción en el contexto de un procedimiento, debe darse a las demás empresas implicadas en dicho procedimiento la oportunidad de pronunciarse sobre esta prueba. En estas circunstancias, el pasaje en cuestión constituye efectivamente una prueba de cargo frente a las diversas empresas que hubieran participado en la infracción¹⁸. Por analogía, si un pasaje de una respuesta a un pliego de cargos puede ser pertinente para la defensa de una empresa, porque permite que ésta alegue aspectos que no concuerdan con las deducciones realizadas por la Comisión en esa fase, tal pasaje constituye una prueba de descargo. En ese supuesto, la empresa afectada debe tener la posibilidad de examinar el pasaje o el documento considerado y manifestarse sobre él¹⁹.

¹⁵ Sentencia de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, EU:C:2003:531, apartado 125.

¹⁶ Sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartado 68 y jurisprudencia citada.

¹⁷ Sentencias de 30 de septiembre de 2009, Hoechst/Comisión, T-161/05, EU:T:2009:366, apartado 163, y de 12 de julio de 2011, Toshiba/Comisión, T-113/07, EU:T:2011:343, apartado 42, y Mitsubishi Electric/Comisión, T-133/07, EU:T:2011:345, apartado 41.

¹⁸ Sentencias de 12 de julio de 2011, Toshiba/Comisión, T-113/07, EU:T:2011:343, apartado 43, y Mitsubishi Electric/Comisión, T-133/07, EU:T:2011:345, apartado 42.

¹⁹ Sentencias de 12 de julio de 2011, Toshiba/Comisión, T-113/07, EU:T:2011:343, apartado 44, y Mitsubishi Electric/Comisión, T-133/07, EU:T:2011:345, apartado 43.

Debe recordarse, además, que el punto 8 de la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión²⁰ precisa que, en una investigación de competencia, el «expediente de la Comisión» abarca todos los documentos obtenidos, elaborados o reunidos por la Dirección General de Competencia de la Comisión durante la investigación. El punto 27 de dicha Comunicación establece lo siguiente:

«El acceso al expediente se concederá previa solicitud y, por regla general, una sola vez, tras la notificación del pliego de cargos de la Comisión a las partes, para velar por el principio de igualdad de armas y proteger sus derechos de defensa. Así pues, por regla general no se concederá acceso a las réplicas de las demás partes al pliego de cargos de la Comisión.»

No obstante, una parte obtendrá acceso a los documentos recibidos después de la notificación del pliego de cargos en una fase posterior del procedimiento administrativo, cuando tales documentos puedan constituir pruebas nuevas —ya sean incriminatorias o exculpatorias— referentes a las alegaciones relativas a esa parte contempladas en el pliego de cargos de la Comisión. Éste es especialmente el caso cuando la Comisión abriga la intención de basarse en pruebas nuevas.»

De lo anterior se deduce, según los tribunales de la Unión²¹, que corresponde a la Comisión llevar a cabo una primera apreciación de la posible utilización como elemento de descargo de la información contenida en los documentos recibidos tras la notificación del pliego de cargos cuando una empresa interesada solicite acceso a tales documentos.

2.2. Principio del plazo razonable

El respeto de un plazo razonable en la tramitación de los procedimientos administrativos en materia de política de la competencia constituye un principio general del Derecho de la Unión cuyo respeto garantiza el juez de la Unión²². El principio del plazo razonable de un procedimiento administrativo ha sido confirmado por el artículo 41, apartado 1, de la Carta, en virtud del cual *«toda persona tiene derecho a que las instituciones[,] órganos [y organismos] de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable»*²³. El carácter razonable de cada etapa del procedimiento debe apreciarse en función

²⁰ Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo (DO 2005, C 325, p. 7).

²¹ Sentencia de 12 de julio de 2018, Brugg Kabel y Kabelwerke Brugg/Comisión, T-441/14, EU:T:2018:453, apartado 72.

²² Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Heineken Nederland y Heineken/Comisión, C-452/11 P, EU:C:2012:829, apartado 97 y jurisprudencia citada.

²³ Sentencia de 5 de junio de 2012, Imperial Chemical Industries/Comisión, T-214/06, EU:T:2012:275, apartado 284 y jurisprudencia citada.

de las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de su contexto, del comportamiento de las partes durante el procedimiento, de la relevancia del asunto para las distintas empresas interesadas y de su grado de complejidad²⁴.

De la jurisprudencia se desprende que, cuando la vulneración del principio del plazo razonable ha tenido una posible incidencia en el resultado del procedimiento, tal vulneración puede acarrear la anulación de la decisión impugnada²⁵. Por lo que se refiere a la aplicación de las normas sobre la competencia debe precisarse que un plazo cuya duración exceda de lo razonable sólo puede constituir un motivo de anulación de decisiones en las que se declare la existencia de infracciones si se demuestra que la violación del principio del plazo razonable ha vulnerado el derecho de defensa de las empresas de que se trate. Aparte de este supuesto concreto, el incumplimiento de la obligación de pronunciarse en un plazo razonable no influye en la validez del procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento n.º 1/2003²⁶, aunque sí puede constituir el fundamento de una acción por responsabilidad contra la Comisión con arreglo a los artículos 268 y 340 TFUE.

El Tribunal de Justicia también ha declarado que, en materia de política de la competencia ante la Comisión, el procedimiento administrativo puede dar lugar al examen de dos periodos sucesivos, cada uno de los cuales tiene una lógica interna propia. El primer período, que se extiende hasta el pliego de cargos, tiene como punto de partida la fecha en que la Comisión, en el ejercicio de las facultades que le ha conferido el legislador de la Unión, adopta medidas que implican la imputación de una infracción y debe permitir a la Comisión adoptar una postura sobre la orientación del procedimiento. El segundo período se extiende desde la notificación del pliego de cargos hasta la adopción de la decisión final y debe permitir a la Comisión pronunciarse definitivamente sobre la infracción imputada²⁷.

Dado que el respeto del derecho de defensa reviste una gran importancia en los procedimientos, debe evitarse que el mencionado derecho quede irremediablemente dañado a causa de la excesiva duración de la fase de investigación y que esta duración pueda impedir la constitución de pruebas para negar la existencia de comportamientos susceptibles de generar la responsabilidad de las empresas afectadas. Por esta razón, el examen de la eventual vulneración del ejercicio del derecho de defensa no debe limitarse a la propia fase en la que este derecho produce plenos efectos, en concreto, la segunda fase del procedimiento administrativo. La apreciación del origen del posible debilitamiento de la eficacia del derecho

²⁴ Sentencia de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, EU:T:1999:80, apartado 126.

²⁵ Sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Technische Unie/Comisión*, C-113/04 P, EU:C:2006:593, apartado 48 y jurisprudencia citada.

²⁶ Sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión*, C-105/04 P, EU:C:2006:592, apartado 42.

²⁷ *Ibid.*, apartado 38.

de defensa debe extenderse al conjunto de este procedimiento y debe tener en cuenta su duración total²⁸.

Por último, de reiterada jurisprudencia se desprende que el deber general de prudencia, al que toda empresa o asociación de empresas está sometida, obliga a las demandantes a velar por una buena conservación en sus libros o archivos de los datos necesarios para reconstruir su actividad, principalmente a fin de disponer de las pruebas necesarias en caso de actuaciones judiciales o administrativas²⁹. Cuando las demandantes reciben solicitudes de información por parte de la Comisión, con arreglo al artículo 18 del Reglamento n.º 1/2003, están obligadas *a fortiori* a actuar con mayor diligencia y a adoptar todas las medidas oportunas para preservar las pruebas de las que podían disponer razonablemente³⁰. La violación de los derechos de defensa por el lapso de tiempo en la investigación de la Comisión no puede justificarse, pues, en la pérdida de pruebas y recuerdos supuestamente útiles para la defensa contra los comportamientos reprochados.

3. Competencia de la Comisión

Motivos de anulación que tienen por objeto cuestionar la competencia de la Comisión en el procedimiento administrativo sancionador pueden ser referidos a varios supuestos. En los últimos años, los dos más llamativos y más útiles a efectos de ilustración son, por un lado, los que se refieren a las facultades de que dispone la Comisión para emplear, en el marco de sus investigaciones, la denominada «tecnología de las herramientas para el análisis forense» (en lo sucesivo, «FIT»); y, por otro, los que se refieren a la aplicación extraterritorial del artículo 101 TFUE en el contexto de cárteles de envergadura mundial.

3.1. Facultades en el marco de la inspección. La FIT

La competencia de la Comisión, conforme al artículo 20 del Reglamento n.º 1/2003, para recurrir a la FIT en el marco de sus investigaciones ha sido el objeto de asuntos recientes resueltos por el Tribunal General³¹.

En esencia, la tecnología FIT consiste en realizar una copia imagen del disco duro de un ordenador o una copia de los datos almacenados en un soporte digital con el objetivo de buscar, con ayuda de un programa específico, la información pertinente sobre el objeto de la inspección. Esta investigación requiere una etapa

²⁸ *Ibid.*, apartado 50 y jurisprudencia citada.

²⁹ Sentencia de 16 de junio de 2011, Heineken Nederland y Heineken/Comisión, T-240/07, EU:T:2011:284, apartado 301 y jurisprudencia citada.

³⁰ Sentencia de 12 de julio de 2018, Nexans France y Nexans/Comisión, T-449/14, EU:T:2018:456, apartado 101.

³¹ Sentencias de 12 de julio de 2018, Nexans France y Nexans/Comisión, T-449/14, EU:T:2018:456 y Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi/Comisión, T-475/14, EU:T:2018:448.

previa llamada «indexación», durante la cual el programa informático distribuye en un catálogo el conjunto de letras y palabras que figuran en el disco duro del ordenador o en cualquier otro soporte de datos digitales. La duración de esta indexación depende del tamaño del soporte digital en cuestión, si bien por lo general se prolonga durante un lapso de tiempo considerable. En estas condiciones, los agentes de la Comisión realizan generalmente una copia de los datos contenidos en el soporte de datos digitales de la empresa objeto de la inspección para proceder a la indexación de los datos que se encuentran almacenados en el mismo. En el caso de un disco duro del ordenador, esta copia puede consistir en una «copia imagen». Esta copia imagen permite replicar exactamente el disco duro inspeccionado en el momento preciso en el que se realiza la copia, incluidos los ficheros aparentemente eliminados³².

Como señalado, en algunos de los asuntos más recientes de la primera instancia europea, los demandantes han puesto en cuestión la competencia de la Comisión para realizar «copias imagen» en los términos descritos. El Tribunal General, no obstante, ha recordado que el artículo 20, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003 establece que, para la realización de las tareas que le asigna dicho reglamento, la Comisión puede proceder a cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas. Por lo que respecta a las facultades de que dispone la Comisión, el artículo 20, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 precisa que *«[l]os agentes y demás personas acreditadas por la Comisión para proceder a una inspección estarán facultados para: [...] b) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material; c) hacer u obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación; [y] d) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección [...]»*.

Sobre esta base, el Tribunal General ha considerado que la realización de una «copia imagen» conforme a la FIT está comprendida en las facultades que el artículo 20, apartado 2, letras b) y c), del Reglamento n.º 1/2003 confiere a la Comisión. En efecto, según el propio tribunal, no se desprende de esta última disposición que la facultad de la Comisión de hacer u obtener copias o extractos de los libros y de la documentación profesional de una empresa inspeccionada quede limitada a los libros y a la documentación profesional que ya han sido controlados. Una interpretación contraria podría menoscabar el efecto útil del artículo 20, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1/2003, en la medida en que, en algunas circunstancias, el control de los libros y la documentación profesional de la empresa concernida puede necesitar que se realicen previamente copias de tales libros o de la documentación profesional para su inspección.

Cabe destacar que, en los asuntos mencionados, las demandantes criticaron además el hecho de haber trasladado a Bruselas las «copias imágenes» realizadas

³² *Ibid.*, apartado 49.

por la Comisión para buscar en ellos posteriormente los elementos pertinentes para la investigación. A este respecto, el Tribunal General añadió que el artículo 20, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1/2003 no establece que el control de los libros o de la documentación profesional de las empresas sometidas a inspección deba realizarse exclusivamente en los locales de éstas si la inspección no ha podido concluirse en el tiempo previsto inicialmente. Esta disposición únicamente obliga a la Comisión a respetar las mismas garantías respecto de las empresas inspeccionadas que las que le vienen impuestas durante un control *in situ*. En los asuntos concretos, dichas copias imágenes fueron transportadas a Bruselas en sobres precintados, la Comisión entregó a las demandantes una copia de esos datos, la apertura de los sobres que contenían las copias imágenes y su examen se realizaron en la fecha acordada con las demandantes y en presencia de los representantes de éstas, los locales de la Comisión en los que se realizó dicho examen se protegieron debidamente mediante la colocación de precintos, los documentos extraídos de esos datos que la Comisión decidió unir al expediente se imprimieron y se enumeraron en una lista, la copia de éstos se proporcionó a las demandantes y, al finalizar el control, las copias imágenes de que se trataba fueron suprimidas definitivamente. Habida cuenta de estas circunstancias, el Tribunal General concluyó que, durante la inspección, la Comisión no actuó más allá de las facultades que se le reconoce en el artículo 20, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003³³.

3.2. Competencia extraterritorial

Añadido a lo anterior, otro supuesto destacado por lo que se refiere a la competencia de la Comisión ha sido también el referido a la aplicación extraterritorial del artículo 101 TFUE. En efecto, la dimensión mundial de los comportamientos de empresas que hacen el objeto de las investigaciones de la Comisión, ya sea en el campo de los cárteles o del abuso de posición dominante, ha planteado cuestiones inéditas sobre dicha aplicación.

A modo de ilustración, cabe observar que algunas de las decisiones más notorias en materias de cárteles adoptadas en años recientes han sancionado acuerdos de repartición de mercados no ya europeos, sino mundiales, y compromisos entre empresas europeas e internacionales de respetar y no entrar en sus respectivos mercados domésticos. En este escenario, demandantes no europeos han intentado poner de relieve la ausencia de competencia de la Comisión para sancionar comportamientos que se ejecutan en territorios ajenos al EEE y que conciernen a mercados internacionales.

³³ Nótese que estas cuestiones hacen el objeto de un recurso de casación, pendiente ante el Tribunal de Justicia al escribir estas líneas: asuntos C-601/18 P y C-606/18 P.

Por lo que se refiere a la aplicabilidad territorial, el Tribunal General ha llevado a cabo una muy reseñable síntesis de la jurisprudencia existente en esta materia a propósito de este tema.

De entrada, ha de recordarse que la regla de competencia de la Unión definida en el artículo 101 TFUE prohíbe los acuerdos y las prácticas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia «dentro del mercado interior». Sobre esta base, el Tribunal General ha establecido que los requisitos de aplicación territorial del artículo 101 TFUE pueden cumplirse en dos supuestos.

En primer lugar, y tal y como era comúnmente conocido, la aplicación del artículo 101 TFUE está justificada cuando las prácticas a las que se refiere se llevan a cabo o ejecutan en el territorio del mercado interior con independencia del lugar donde se decidan o adopten. En efecto, si la aplicabilidad de las prohibiciones establecidas por el Derecho de la competencia dependiera del lugar de adopción del acuerdo colusorio, por ejemplo, ello supondría facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones³⁴.

En segundo lugar, y he aquí la clarificación de la jurisprudencia, la aplicación del artículo 101 TFUE también está justificada cuando es previsible que las prácticas a las que se refiere produzcan un efecto inmediato, previsible y sustancial en el mercado interior³⁵. A este respecto, debe señalarse que este enfoque persigue el mismo objetivo que el enfoque basado en la ejecución de un acuerdo en el territorio de la Unión, esto es, englobar comportamientos que ciertamente no han sido decididos en este territorio y ni siquiera puestos en marcha en él, pero cuyos efectos contrarios a la competencia pueden manifestarse en el mercado interior.

Debe observarse igualmente que, según el Tribunal General, los requisitos de aplicación del artículo 101 TFUE mencionados constituyen vías alternativas y no acumulativas a efectos de determinar la competencia de la Comisión para declarar la existencia de una infracción de esta disposición y reprimirla³⁶.

III. MOTIVOS RELATIVOS A LA «LEGALIDAD EXTERNA»

Habiendo expuesto los motivos de anulación más comunes por lo que se refiere a la legalidad externa de la decisión, cabe abordar los motivos de la conocida como «legalidad interna». Es mediante este tipo de motivos que la parte demandante intenta contestar los elementos de fondo de la decisión impugnada.

³⁴ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, EU:C:1988:447, apartado 16.

³⁵ Sentencia de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, apartado 11.

³⁶ Sentencia de 12 de diciembre de 2018, *Unichem Laboratories/Comisión*, T-705/14, EU:T:2018:915, apartado 102 y jurisprudencia citada.

Ello se traduce normalmente en alegaciones tendentes a hacer constatar un error de hecho o de Derecho por parte de la Comisión, contestando la validez tanto de las apreciaciones fácticas realizadas por la institución europea como de la calificación jurídica de dichas constataciones. A ellas se añade otras cuestiones suplementarias, como pueden ser las relativas a la imputabilidad de la infracción o a la violación de otros principios generales o derechos fundamentales, como se examina a continuación.

1. Suficiencia de pruebas

1.1. *De la existencia de la infracción*

El motivo más recurrente al que han de dar respuesta los tribunales de la Unión en su jurisprudencia es, qué duda cabe, el que pone en tela de juicio la propia existencia del comportamiento sancionado. Ello es sumamente evidente en materia de cárteles, lo cual no significa que este género de motivos no esté presente también en los recursos planteados contra las decisiones de la Comisión en materia de abuso de posición dominante. Ahora bien, en este último ámbito, la existencia de la conducta de la empresa de dominio no suele plantear dudas, al menos de manera manifiesta. La verdadera cuestión que se plantea, en cambio, es la de la calificación jurídica de dicha conducta como abusiva conforme al artículo 102 TFUE. Por el contrario, en el caso de los cárteles, dada la naturaleza clandestina de este tipo de comportamientos, la cuestión de la prueba adquiere un nivel de dificultad mucho más elevado para la Comisión, lo cual no obsta para que los tribunales de la Unión hayan de operar un control riguroso sobre los elementos probatorios en los que la Comisión fundamenta su decisión.

En lo que respecta a la aportación de prueba de la infracción recuérdese que incumbe a la Comisión aportar las pruebas que acrediten de modo jurídicamente suficiente la existencia de hechos constitutivos de una infracción del artículo 101 TFUE³⁷. La Comisión debe reunir pruebas precisas y concordantes a este respecto³⁸. Sin embargo, no es preciso que cada una de las pruebas aportadas por la Comisión se ajuste necesariamente a estos criterios en relación con cada uno de los componentes de la infracción. Basta con que satisfaga dicho requisito el conjunto de indicios invocado por la institución, valorado globalmente³⁹. Los indicios que la Comisión invoca en la decisión para demostrar la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE por una empresa no deben apreciarse de forma aislada, sino en su conjunto. Asimismo debe tenerse en cuenta el hecho de que las actividades contrarias a la competencia se desarrollan, como señalado, clandes-

³⁷ Sentencia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, EU:C:1998:608, apartado 58.

³⁸ Sentencia de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, EU:T:2000:180, apartado 43 y la jurisprudencia citada.

³⁹ Sentencia de 8 de julio de 2004, JFE Engineering/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, EU:T:2004:221, apartado 180 y la jurisprudencia citada.

tinamente y, por tanto, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia⁴⁰.

En lo que respecta al alcance del control jurisdiccional, según reiterada jurisprudencia, cuando el Tribunal General conoce de un recurso de anulación de una decisión adoptada en ejecución del artículo 101 TFUE debe ejercer un control completo sobre la cuestión de si concurren o no los requisitos de aplicación de dicha disposición⁴¹. La existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión conforme al principio de presunción de inocencia. Éste es un principio general del Derecho de la Unión que se aplica, con mayor rigor si cabe, a los procedimientos relativos a infracciones de las normas de competencia que puedan conducir a la imposición de multas o multas coercitivas⁴².

Finalmente, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos⁴³.

1.2. De la duración de la infracción

Como se ha señalado, en caso de controversia sobre la existencia de una infracción, la Comisión debe aportar pruebas adecuadas para demostrar suficientemente, con arreglo a Derecho, la existencia de los hechos que constituyen tal infracción. Ello también ha de entenderse aplicable a la constatación relativa a su duración, que, como veremos más adelante, es un factor que tiene una incidencia cardinal en el cálculo del montante final impuesto a la empresa sancionada.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57.

⁴¹ Sentencia de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T-41/96, EU:T:2000:242, apartado 62, y la jurisprudencia citada.

⁴² Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, EU:T:2006:271, apartados 60 y 61.

⁴³ Sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-389/10 P, EU:C:2011:816, apartado 121.

A propósito de la duración, la Comisión debe invocar al menos pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo que permitan admitir razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas⁴⁴. Además, el hecho de que no se haya aportado la prueba de la existencia de una infracción continuada para determinados periodos concretos no impide considerar que la infracción se haya prolongado durante un periodo global más amplio que aquéllos, siempre que dicha constatación se base en indicios objetivos y concordantes.

En el marco de una infracción que se prolonga a lo largo de varios años, la circunstancia de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en periodos diferentes, que pueden estar separados por lapsos de tiempo más o menos largos, no incide en la existencia de dicho acuerdo si las diferentes acciones que constituyen la infracción persiguen un único fin y se encuadran en el marco de una infracción de carácter único y continuado⁴⁵.

Por lo que se refiere a la fecha de terminación de la participación de una empresa en una infracción es preciso señalar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se requiere el distanciamiento público para que una empresa que ha participado en reuniones colusorias pueda demostrar que su participación no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia. A tal fin, la empresa en cuestión debe demostrar que había informado a sus competidores de que ella participaba en dichas reuniones con unas intenciones diferentes de las suyas⁴⁶.

El Tribunal de Justicia también ha declarado que la participación de una empresa en una reunión contraria a la competencia crea una presunción del carácter ilícito de dicha participación, presunción que esa empresa debe destruir mediante la prueba de un distanciamiento público percibido como tal por los demás participantes en el cártel⁴⁷. Ahora bien, por lo que se refiere a la participación no en reuniones individuales contrarias a la competencia, sino en una infracción que se prolongue varios años, de la jurisprudencia se deriva que la falta de distanciamiento público constituye sólo un factor entre otros que se han de tomar en consideración para demostrar que una empresa siguió participando efectivamente en una infracción o, por el contrario, dejó de hacerlo⁴⁸.

⁴⁴ Sentencia de 5 de abril de 2006, Degussa/Comisión, T-279/02, EU:T:2006:103, apartados 114 y 153.

⁴⁵ Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C-113/04 P, EU:C:2006:593, apartado 169.

⁴⁶ Sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada.

⁴⁷ V., en este sentido, sentencia de 3 de mayo de 2012, Comap/Comisión, C-290/11 P, EU:C:2012:271, apartados 74 a 76 y jurisprudencia citada.

⁴⁸ Sentencia de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 75.

1.3. Participación en una infracción única y continuada

La noción de «infracción única y continuada» tiene una relevancia trascendental a la hora de hacer responsable a varias empresas del conjunto de una sola infracción, independientemente de que la intervención de cada una de ellas se articule de un modo diferente y en distintos grados. En efecto, los acuerdos y las prácticas concertadas a que se refiere el artículo 101 TFUE son necesariamente el resultado del concurso de varias empresas, que son en su totalidad coautoras de la infracción, pero cuya participación puede revestir formas distintas, principalmente en función de las características del mercado de que se trate y de la posición de cada empresa en dicho mercado, de los fines perseguidos y de las modalidades de aplicación elegidas o previstas. La mera circunstancia de que cada empresa participe en la infracción de una forma propia a cada una no basta para excluir su responsabilidad por la totalidad de la infracción, incluyendo los comportamientos que son ejecutados materialmente por otras empresas participantes, pero que comparten un mismo objetivo o el mismo efecto contrario a la competencia⁴⁹.

Por consiguiente, una empresa que haya participado en una infracción única y compleja, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada en el sentido del artículo 101 TFUE, y que pretenden contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, puede igualmente ser responsable, durante todo el tiempo que duró su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en relación con la misma infracción⁵⁰.

No obstante, la existencia de una infracción única y continuada no significa necesariamente que pueda considerarse que una empresa que participe en una u otra de sus manifestaciones sea responsable de la totalidad de esa infracción. Para ello, es necesario que la Comisión demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia a escala europea de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas. La mera identidad de objeto entre un acuerdo en el que haya participado una empresa y una práctica colusoria global no basta para imputar a esa empresa la participación en la práctica colusoria global. En efecto, el artículo 101 TFUE no se aplica a menos que exista una concordancia de voluntades entre las partes interesadas⁵¹.

En consecuencia, sólo si, al participar en un acuerdo, la empresa sabía o debería haber sabido que con dicho comportamiento se integraba en un cártel global, su participación en el acuerdo de que se tratara podría expresar su adhesión a esa

⁴⁹ Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartados 79 y 80, y sentencia de 6 de marzo de 2012, UPM-Kymmene/Comisión, T-53/06, EU:T:2012:101, apartado 53.

⁵⁰ Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Participazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 83.

⁵¹ Sentencia de 19 de mayo de 2010, IMI y otros/Comisión, T-18/05, EU:T:2010:202, apartado 88 y jurisprudencia citada.

misma práctica colusoria⁵². En otras palabras, debe acreditarse que la referida empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por todos los participantes y que tenía conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que podía de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo⁵³. En este sentido, la empresa afectada debe conocer el alcance general y las características esenciales de la práctica colusoria global⁵⁴.

Habiéndose determinado la participación de una empresa en una infracción única y continuada, sólo puede tenerse en cuenta el hecho de que no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, cuando se determine el importe de la multa⁵⁵.

2. Error en la calificación jurídica

Según el artículo 101 TFUE, son incompatibles con el mercado común y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. De ordinario, la cuestión suscitada a propósito de la calificación jurídica de los hechos probados se ha referido a si el comportamiento en sí había de ser calificado como un acuerdo o como una práctica concertada en el asunto en cuestión.

Cabe recordar que, para que exista acuerdo a efectos del artículo 101 TFUE, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado⁵⁶. Puede considerarse que se ha concluido un acuerdo en el sentido del artículo 101 TFUE, cuando hay una voluntad concordante sobre el propio principio de restringir la competencia, aunque los puntos específicos de la restricción proyectada sigan siendo aún objeto de negociación.

El concepto de práctica concertada se refiere, por su parte, a una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un

⁵² Sentencia de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, EU:T:2011:701, apartado 144.

⁵³ Sentencia de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, C-444/11 P, EU:C:2013:464, apartado 50.

⁵⁴ Sentencia de 24 de marzo de 2011, Aalberts Industries y otros/Comisión, T-385/06, EU:T:2011:114, apartados 111 a 119.

⁵⁵ Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartado 90.

⁵⁶ Sentencia de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, EU:T:2002:70, apartado 199.

convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas⁵⁷. Con esta conducta se pone de manifiesto que el artículo 101 TFUE se opone a toda toma de contacto directo o indirecto entre operadores económicos susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto restringir la competencia⁵⁸. El hecho de comunicar información a los competidores con el fin de preparar un acuerdo contrario a la competencia basta para probar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 101 TFUE⁵⁹.

Según jurisprudencia consolidada, los conceptos de acuerdo y de práctica concertada, en el sentido del artículo 101 TFUE, reconocen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan⁶⁰. En el marco de una infracción compleja, en la que se han visto implicados diversos fabricantes durante varios años con un objetivo común, no puede exigirse a la Comisión que califique precisamente la infracción de acuerdo o de práctica concertada, puesto que, en cualquier caso, ambas formas de infracción están previstas en el artículo 101 TFUE⁶¹.

3. Igualdad de trato en la constatación de una infracción

El principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a menos que dicho trato esté justificado objetivamente⁶².

En contestación a múltiples alegaciones formuladas por las demandantes a propósito de la pretendida violación del principio de igualdad en asuntos recientes, los tribunales europeos han recordado que, si una empresa ha infringido con su comportamiento el artículo 101 TFUE, no puede eludir toda sanción alegando que no se ha impuesto multa alguna a otro operador económico. Efectivamente, una empresa a la que se ha impuesto una multa en razón de su participación

⁵⁷ Sentencia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, EU:C:1999:358, apartado 158.

⁵⁸ Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartados 116 y 117.

⁵⁹ Sentencia de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión, T-53/03, EU:T:2008:254, apartado 178.

⁶⁰ Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, apartados 131 y 132.

⁶¹ Sentencia de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, EU:T:1999:80, apartado 696.

⁶² Sentencias de 27 de junio de 2012, Bolloré/Comisión, T-372/10, EU:T:2012:325, apartado 85 y jurisprudencia citada, y de 19 de enero de 2016, Mitsubishi Electric/Comisión, T-409/12, EU:T:2016:17, apartado 108 y jurisprudencia citada.

en un cártel, contrario a las normas sobre la competencia, no puede reclamar la anulación de esa multa o la reducción del importe de ésta alegando que otro participante en el mismo cártel no ha sido sancionado, en parte o en todo, por su participación en dicho cártel⁶³.

A este respecto, cabe destacar que el respeto del principio de igualdad de trato debe conciliarse con el respeto del principio de legalidad, lo que implica que nadie puede invocar en su provecho una ilegalidad cometida en favor de otro. En efecto, una eventual ilegalidad cometida en relación con otra empresa no puede llevar al juez de la Unión a apreciar una discriminación y, por tanto, una ilegalidad en relación con las demandantes. Semejante postura equivaldría a consagrar el principio de «igualdad de trato en la ilegalidad» y a imponer a la Comisión, en casos de este género, la obligación de ignorar los elementos de prueba de que dispone para sancionar a la empresa que ha cometido una infracción punible, por el único motivo de que otra empresa que eventualmente se halla en una situación comparable ha escapado ilegalmente a tal sanción. Además, según se desprende claramente de la jurisprudencia relativa al principio de igualdad de trato, si una empresa ha infringido con su comportamiento el artículo 101 TFUE, no puede eludir toda sanción alegando que no se ha impuesto multa alguna a otros operadores económicos, cuando el juez de la Unión no ha sido llamado a conocer de la situación de estos últimos, como ocurre en la mayor parte de los asuntos⁶⁴.

4. Supuestos de imputabilidad de la infracción

4.1. Responsabilidad solidaria de la sociedad matriz

El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando esa filial, aunque tenga personalidad jurídica separada, no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades⁶⁵. Esto es así porque, en tal situación, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por ende, integran una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE. Por lo tanto, el hecho de que una sociedad matriz y su filial formen una única empresa en el sentido de dicho artículo permite que la Comisión remita una decisión que imponga multas a la sociedad matriz, sin que sea necesario establecer la implicación personal de ésta en la infracción⁶⁶.

⁶³ Sentencias de 16 de junio de 2016, Evonik Degussa y AlzChem/Comisión, C-155/14 P, EU:C:2016:446, apartados 58 y 59 y de 9 de marzo de 2017, Samsung SDI y Samsung SDI (Malaysia)/Comisión, C-615/15 P, EU:C:2017:190, apartados 37 y 38 y jurisprudencia citada.

⁶⁴ Sentencia de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, EU:T:2006:350, apartado 77.

⁶⁵ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartado 58 y jurisprudencia citada.

⁶⁶ *Ibid.*, apartado 59 y jurisprudencia citada.

Ahora bien, según la jurisprudencia, la imputación de responsabilidad a la sociedad matriz por una infracción cometida por su filial no es aplicable a los meros inversores financieros, a saber, los inversores que tienen participaciones en una sociedad con el fin de obtener un beneficio financiero, pero que no intervienen ni en la gestión ni en el control de la sociedad⁶⁷. Sin embargo, el hecho de ser «mero inversor financiero» no constituye un criterio jurídico, sino un ejemplo de una situación en que una sociedad matriz puede oponerse a la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante⁶⁸.

La imputación a una sociedad matriz de la responsabilidad de su filial por la violación del artículo 101 TFUE se puede establecer o bien sobre el fundamento de la presunción del ejercicio de una influencia determinante o bien mediante la prueba circunstancial de dicho ejercicio.

A) PRESUNCIÓN DEL EJERCICIO DE UNA INFLUENCIA DETERMINANTE

Según una jurisprudencia igualmente reiterada, en el caso particular de que una sociedad matriz participe al 100 % en el capital de su filial que ha infringido las normas de la Unión sobre la competencia, por un lado, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en el comportamiento de su filial y, por otro, existe la presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en el comportamiento de su filial⁶⁹.

En estas circunstancias basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquella ejerce una influencia determinante en la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria 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 mercado⁷⁰. Conviene añadir que, en contra de lo sostenido recurrentemente sobre esta cuestión, los tribunales de la Unión han considerado que el hecho de que sea difícil aportar la prueba en contrario necesaria para desvirtuar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante no implica, en sí, que esta sea irrefutable⁷¹.

⁶⁷ Sentencia de 12 de diciembre de 2012, 1. garantovaná/Comisión, T-392/09, no publicada, EU:T:2012:674, apartados 50 a 52.

⁶⁸ V., en este sentido, conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:262, punto 75.

⁶⁹ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartado 60 y jurisprudencia citada.

⁷⁰ *Ibid.*, apartado 61 y jurisprudencia citada.

⁷¹ *Ibid.*, apartado 44 y jurisprudencia citada.

La aplicación de la presunción referida es aplicable a los supuestos en el que la sociedad matriz disponga de la «cuasi-totalidad» del capital de la sociedad –no necesariamente el 100 %. Incluso, según el Tribunal General, cuando la sociedad matriz conserve el 100 % de los derechos de voto de la filial, independientemente de que no disponga del 100 % o de la «cuasi-totalidad» de sus acciones.

Por otro lado, ha de recordarse que, en el caso concreto de que una sociedad posea el 100 % del capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, la totalidad del capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión sobre la competencia, existe asimismo una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad ejerce una influencia determinante en el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de esta última, también sobre el comportamiento de dicha filial⁷².

A propósito de los principios de responsabilidad personal y de presunción de inocencia, cabe señalar que el juez de la Unión ha declarado en repetidas ocasiones que la Comisión no vulnera dichos principios al aplicar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante.

En efecto, debe recordarse para empezar que, según la jurisprudencia, el hecho de que la sociedad matriz de un grupo, que ejerce una influencia determinante en sus filiales, deba responder de forma solidaria por infracciones del Derecho de la competencia cometidas por éstas no supone en modo alguno una excepción al principio de responsabilidad personal, sino que es precisamente expresión de este principio, pues la sociedad matriz y las filiales que se encuentren bajo su influencia determinante son las titulares comunes de una misma empresa, en el sentido del Derecho de la Unión en materia de competencia, y han de responder por ella, y, si esa empresa incumple, deliberada o negligentemente, las normas sobre la competencia, se derivará de ello la responsabilidad personal conjunta de todos sus titulares en la estructura del grupo⁷³.

Por último, de reiterada jurisprudencia se desprende que la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante no vulnera el derecho a la presunción de inocencia por cuanto, por un lado, no implica una presunción de culpabilidad de ninguna de las sociedades de que se trate⁷⁴ y, por otro lado, la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante tiene carácter de presunción *iuris tantum*⁷⁵.

⁷² Sentencia de 8 de mayo de 2013, *Eni/Comisión*, C-508/11 P, EU:C:2013:289, apartado 48 y jurisprudencia citada.

⁷³ Sentencia de 27 de septiembre de 2012, *Nynäs Petroleum y Nynas Belgium/Comisión*, T-347/06, EU:T:2012:480, apartado 40 y jurisprudencia citada. V., igualmente, en este sentido, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Akzo Nobel y otros/Comisión*, C-97/08 P, EU:C:2009:262, punto 97.

⁷⁴ Sentencia de 26 de enero de 2017, *Villeroy & Boch/Comisión*, C-625/13 P, EU:C:2017:52, apartado 149 y jurisprudencia citada.

⁷⁵ Sentencia de 19 de junio de 2014, *FLS Plast/Comisión*, C-243/12 P, EU:C:2014:2006, apartado 27 y jurisprudencia citada.

B) INFLUENCIA DOMINANTE SOBRE LA BASE DE ELEMENTOS CONCURRENTES

Como ya ha sido señalado, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular cuando su filial, aunque tenga personalidad jurídica separada, no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades.

Según reiterada jurisprudencia, para comprobar si una filial determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, deben tomarse en consideración todos los elementos pertinentes relativos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esa filial con la sociedad matriz, los cuales pueden variar según el caso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva⁷⁶.

Cuando una sociedad matriz y su filial forman parte de una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE, lo que habilita a la Comisión a dirigir a la sociedad matriz la decisión que impone las multas no es necesariamente la existencia de una relación de instigación relativa a la infracción entre la sociedad matriz y la filial ni, con mayor motivo, una implicación de la primera en dicha infracción, sino el hecho de que las sociedades implicadas formen una única empresa en el sentido del artículo 101 TFUE⁷⁷.

Además es preciso indicar que, para poder imputar el comportamiento de una filial a la sociedad matriz, la Comisión no puede limitarse a declarar que la sociedad matriz tiene capacidad para ejercer una influencia determinante en el comportamiento de su filial, sino que también debe comprobar si tal influencia se ha ejercido efectivamente⁷⁸.

Habida cuenta de que, en virtud del artículo 263 TFUE, el Tribunal debe limitarse a controlar la legalidad de la decisión impugnada basándose en los motivos contenidos en dicho acto, el ejercicio efectivo de un poder de dirección de la sociedad matriz sobre la filial debe apreciarse únicamente en función de los elementos de prueba reunidos por la Comisión en la decisión que imputa la responsabilidad de la infracción a la sociedad matriz. Así pues, la única cuestión

⁷⁶ Sentencias de 14 de septiembre de 2016, Ori Martin y SLM/Comisión, C-490/15 P y C-505/15 P, EU:C:2016:678, apartado 60 y jurisprudencia citada, y de 9 de septiembre de 2015, Philips/Comisión, T-92/13, EU:T:2015:605, apartado 41 y jurisprudencia citada.

⁷⁷ Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ori Martin y SLM/Comisión, C-490/15 P y C-505/15 P, EU:C:2016:678, apartado 60 y jurisprudencia citada.

⁷⁸ Sentencias de 26 de septiembre de 2013, El du Pont de Nemours/Comisión, C-172/12 P, EU:C:2013:601, apartado 44 y jurisprudencia citada; de 26 de septiembre de 2013, The Dow Chemical Company/Comisión, C-179/12 P, EU:C:2013:605, apartado 55 y jurisprudencia citada, y de 9 de septiembre de 2015, Toshiba/Comisión, T-104/13, EU:T:2015:610, apartado 95 y jurisprudencia citada.

pertinente es la de saber si se aportó o no la prueba de la infracción a la vista de esos elementos de prueba⁷⁹.

4.2. *Supuestos de cesiones y transformación societaria*

El Derecho de la Unión en materia de competencia tiene por objeto las actividades de las empresas, y el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación. Cuando una entidad de este tipo infringe las normas sobre la competencia le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción⁸⁰.

El Tribunal de Justicia ha señalado que, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre la competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a esas normas de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades. En efecto, si las empresas pudieran eludir las sanciones simplemente por el hecho de que su identidad se hubiese visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a dichas normas y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas⁸¹.

De este modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquella transfirió sus actividades económicas sea sancionada. En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo, han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales⁸².

Si bien es necesario que, en la fecha de la transmisión, existan vínculos estructurales entre el cedente y el cesionario que permitan considerar, con arreglo al principio de responsabilidad personal, que las dos entidades forman una sola empresa, no es necesario, dada la finalidad perseguida por el principio de conti-

⁷⁹ Sentencia de 9 de septiembre de 2015, Toshiba/Comisión, T-104/13, EU:T:2015:610, apartado 98 y jurisprudencia citada.

⁸⁰ Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Comisión/Parker-Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apartado 39 y jurisprudencia citada.

⁸¹ *Ibid.*, apartado 40 y jurisprudencia citada.

⁸² *Ibid.*, apartado 41 y jurisprudencia citada.

nidad económica, que esos vínculos subsistan durante todo el período de la infracción restante o hasta la adopción de la decisión que sancione la infracción⁸³.

No cabe excluir una situación de continuidad económica de una empresa recién creada a la cual se transmiten los activos de determinada actividad económica y que es transmitida posteriormente a un tercero independiente⁸⁴.

IV. MOTIVOS RELATIVOS A LA DETERMINACIÓN DEL MONTANTE DE LA MULTA

En virtud del artículo 23, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 1/2003, mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas que hayan infringido, de forma deliberada o por negligencia, las disposiciones del artículo 101 TFUE, cuyo importe se determinará teniendo en cuenta tanto la gravedad de la infracción como la duración de ésta.

Las líneas directrices de la Comisión de 2006⁸⁵ precisan que, con el fin de alcanzar los objetivos del artículo precitado, conviene que, como base para la determinación de las multas, la Comisión se remita al valor de las ventas de bienes o servicios a que se refiere la infracción. La duración de la infracción también debe desempeñar, según las mismas, un papel significativo a la hora de determinar el importe adecuado de la multa, pues incide necesariamente en las posibles consecuencias de la infracción en el mercado. Así pues, se considera importante que la multa refleje también el número de años durante los cuales la empresa ha participado en la infracción. Asimismo, se considera conveniente incluir en la multa un importe específico, independiente de la duración de la infracción, con el fin de disuadir a las empresas de iniciar siquiera conductas ilícitas.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que, si bien es cierto que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 deja a la Comisión un margen de apreciación, no lo es menos que limita su ejercicio estableciendo criterios objetivos que ésta debe respetar. En particular, el ejercicio de la facultad de apreciación está limitado por las normas de conducta que la propia Comisión se ha impuesto a sí misma, en particular las líneas directrices de 2006. Siendo lo anterior así, los recursos planteados ante el Tribunal General aducen de ordinario la violación de tales líneas directrices, poniendo en cuestión cada uno de los elementos que permiten el cálculo final de la multa en cuestión. A ellos se añaden habitualmente alegaciones relativas a la violación de principios como el de proporcionalidad o de igualdad de trato.

⁸³ *Ibid.*, apartado 51.

⁸⁴ *Ibid.*, apartado 53.

⁸⁵ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1/2003 (DO C 210, 1.9.2006, p. 2).

Por otro lado, conviene precisar que el control de legalidad ante el Tribunal General se completa con la competencia jurisdiccional plena que el artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003 le reconoce conforme al artículo 261 TFUE. Esta competencia faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta. Procede no obstante señalar que el ejercicio de la competencia jurisdiccional plena no equivale a un control de oficio y recordar que el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de la Unión es contradictorio. Exceptuando los motivos de orden público que el juez debe examinar de oficio, como la falta de motivación de la decisión impugnada, corresponde a la parte demandante alegar los motivos contra tal decisión y aportar los elementos de prueba en apoyo de dichos motivos⁸⁶.

1. Obligación de motivación

De entrada, y como complemento a lo señalado en el apartado relativo a la legalidad externa de las decisiones, cabe señalar, por lo que se refiere a la fijación de multas, que la obligación de motivación se cumple cuando la Comisión indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración. Ahora bien, el artículo 296 TFUE no puede interpretarse en el sentido de que obliga a la Comisión a explicar en sus decisiones los motivos por los que, en lo relativo al cálculo del importe de la multa, no adoptó enfoques alternativos al efectivamente adoptado en la decisión impugnada⁸⁷.

En una decisión por la que se impone una multa, la Comisión está obligada a proporcionar una motivación, especialmente respecto al importe de la multa impuesta y al método empleado a este respecto⁸⁸. Le corresponde indicar en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin estar obligada a recoger en la misma una exposición más detallada o los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa⁸⁹. La Comisión debe, no obstante, explicar la ponderación y la evaluación que haya hecho de los elementos que haya tenido en cuenta⁹⁰.

Por otro lado, cuando la Comisión decide apartarse de la metodología general expuesta en las líneas directrices de 2006, basándose, en particular, en el aparta-

⁸⁶ Sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-389/10 P, EU:C:2011:816, apartados 130 y 131.

⁸⁷ Sentencia de 19 de mayo de 2010, IMI y otros/Comisión, T-18/05, EU:T:2010:202, apartados 152 y 153.

⁸⁸ Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T-43/02, EU:T:2006:270, apartado 91.

⁸⁹ Sentencia de 13 de julio de 2011, Schindler Holding y otros/Comisión, T-138/07, EU:T:2011:362, apartado 243.

⁹⁰ Sentencia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartado 61.

do 37 de las citadas líneas, esas exigencias de motivación son aún más necesarias⁹¹. Recordemos que, conforme a este apartado, «las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de [la] metodología [expuesta]». La motivación ha de ser tanto más precisa cuanto que el punto 37 de las líneas directrices se limita a una vaga referencia a las «características específicas de un determinado asunto» y, por tanto, deja un amplio margen de apreciación a la Comisión para proceder a una adaptación excepcional de los importes de base de las multas de las empresas afectadas. En tal caso, el respeto por parte de la Comisión de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos, entre ellas la obligación de motivación, reviste una importancia aún mayor⁹².

2. Violación de las líneas directrices de 2006

La violación de las líneas directrices de 2006 es normalmente invocada en relación con el cálculo del valor de ventas y el cálculo del importe de base de la multa.

2.1. Valor de ventas

En primer lugar, según el punto 13 de las líneas directrices, «*con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión utilizará el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta [...] con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo...*». Estas mismas líneas directrices precisan, en el punto 6, que «*la combinación del valor de las ventas en relación con la infracción y de la duración [de ésta] se considera un valor sustitutivo adecuado para reflejar la importancia económica de la infracción y el peso relativo de cada empresa que participa en la misma*».

Según la interpretación del Tribunal de Justicia, el punto 13 de las líneas directrices de 2006 tiene como finalidad que se tome como base para el cálculo de la multa que vaya a imponerse a una empresa un importe que refleje la importancia económica de la infracción y el peso relativo de esa empresa en la misma. En consecuencia, si bien el concepto de valor de las ventas a que se refiere ese punto 13 no puede extenderse hasta englobar las ventas realizadas por la empresa de que se trate que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del cartel imputado, sería contrario al objetivo perseguido por dicha disposición entender que este concepto

⁹¹ Sentencia de 13 de diciembre de 2016, *Printeos y otros/Comisión*, T-95/15, EU:T:2016:722, apartado 48.

⁹² Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 1991, *Technische Universität München*, C-269/90, EU:C:1991:438, apartado 14.

sólo se refiere al volumen de negocios realizado con las ventas respecto a las cuales se haya probado que han quedado realmente afectadas por dicho cártel⁹³.

Tal limitación minimizaría artificialmente la importancia económica de la infracción cometida por una empresa dada, puesto que el mero hecho de que sólo pudiera lograrse un número limitado de pruebas directas de las ventas afectadas realmente por el cártel tendría como consecuencia que se impusiera finalmente una multa sin relación real con el ámbito de aplicación de éste. Tal gratificación al secreto vulneraría también el objetivo de persecución y sanción efectiva de las infracciones contra el artículo 101 TFUE y, por tanto, no es admisible según el Tribunal de Justicia⁹⁴.

En todo caso, debe señalarse que la parte del volumen de negocios global procedente de la venta de los productos que son objeto de la infracción es la que mejor refleja la importancia económica de dicha infracción. Por tanto, no procede realizar una distinción entre esas ventas según que se realicen a terceros no vinculados o a entidades pertenecientes a una misma empresa. No tener en cuenta el valor de las ventas de esta última categoría equivaldría necesariamente a otorgar una ventaja, sin justificación alguna, a las sociedades integradas verticalmente al permitirles eludir una sanción proporcionada a su importancia en el mercado de los productos que son objeto de la infracción.

En efecto, además de la ventaja que cabe esperar de un acuerdo horizontal de fijación de precios aplicado a las ventas a terceros no vinculados, las empresas integradas verticalmente pueden beneficiarse también de tal acuerdo en el mercado posterior de los productos transformados en cuya fabricación se utilizan los productos que son objeto de la infracción, y ello de dos modos distintos. O bien esas empresas repercuten los aumentos del precio de los insumos, que se derivan de la infracción, en el precio de los productos transformados, o bien no los repercuten, lo que supone conferirles una ventaja en relación con los costes frente a los competidores que adquieren esos mismos insumos en el mercado de los productos objeto de la infracción. Esta es la razón por la cual los órganos jurisdiccionales de la Unión han desestimado siempre los motivos mediante los cuales los productores integrados verticalmente han intentado lograr que sus ventas internas quedasen excluidas del volumen de negocios que sirve de base para el cálculo de su multa⁹⁵.

Por lo demás, el punto 18 de las líneas directrices de 2006, que establece una excepción a la delimitación del sector geográfico previsto en el punto 13 de éstas, persigue el objetivo de reflejar lo mejor posible el peso y la capacidad económica

⁹³ Sentencia de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, C-444/11 P, EU:C:2013:464, apartado 76.

⁹⁴ Sentencia de 11 de julio de 2013, Team Relocations y otros/Comisión, EU:C:2013:464, apartado 77.

⁹⁵ Conclusiones del abogado general en el asunto relativo a la sentencia de 14 de mayo de 1998, KNP BT/Comisión, T-309/94, EU:T:1998:91, apartado 112.

de la empresa implicada en la infracción para asegurar un carácter suficientemente disuasorio de la multa. En asuntos relativos al acuerdo de empresas extranjeras a no entrar en el mercado doméstico de otra empresa, una interpretación del concepto de «sector geográfico en cuestión» que únicamente atendiera a los territorios afectados por el cártel ilícito se opondría al objetivo pretendido por el punto 18 de las líneas directrices de 2006, así como al artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1/2003.

2.2. *Importe de base de la multa: la gravedad*

En segundo término, de conformidad con los puntos 19 a 22 de las líneas directrices de 2006 para el cálculo de las multas, uno de los dos factores en los que reposa el importe de base de la multa es la proporción del valor de las ventas determinada en función del grado de gravedad de la infracción. La valoración de la gravedad se hará caso por caso para cada tipo de infracción, considerando todas las circunstancias pertinentes. Con el fin de decidir la proporción del valor de las ventas que debe tomarse en consideración en un determinado supuesto, la Comisión tendrá en cuenta una serie de factores, como la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la dimensión geográfica de la infracción y la aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas.

La Comisión dispone de un margen de apreciación al fijar el importe de las multas, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre la competencia⁹⁶. Sin embargo, en el control del importe de la multa, el juez no puede basarse en dicho margen de apreciación ni respecto a la elección de los elementos que se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar los criterios mencionados en las directrices de 2006 para el cálculo de las multas ni respecto a la evaluación de dichos elementos para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho⁹⁷. Del mismo modo, cada vez que la Comisión decide imponer multas en virtud del Derecho de la competencia tiene la obligación de respetar los principios generales del Derecho, entre los que figuran los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, tal como han sido interpretados por los órganos jurisdiccionales de la Unión⁹⁸.

Un porcentaje del 15 % queda justificado por la propia naturaleza de la infracción en asuntos que conciernen el reparto de los mercados. En efecto, tal infracción constituye una de las restricciones de la competencia más graves con arreglo al punto 23 de las líneas de 2006 y un porcentaje del 15 % corresponde al

⁹⁶ V. sentencias de 12 de diciembre de 2012, Novácke chemické závody/Comisión, T-352/09, EU:T:2012:673, apartado 43 y jurisprudencia citada, y de 14 de marzo de 2013, Dole Food y Dole Germany/Comisión, T-588/08, EU:T:2013:130, apartado 662 y jurisprudencia citada.

⁹⁷ Sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, EU:C:2011:810, apartado 102.

⁹⁸ Sentencia de 12 de diciembre de 2012, Novácke chemické závody/Comisión, T-352/09, EU:T:2012:673, apartado 44 y jurisprudencia citada.

porcentaje menos elevado dentro de la graduación de las sanciones prevista para tales infracciones en virtud de esas directrices⁹⁹.

A propósito de las alegaciones sobre la falta de incidencia de un determinado cártel en el mercado, procede recordar que, cuando la infracción constatada es una infracción por su objeto, según reiterada jurisprudencia, la Comisión no tiene obligación de demostrar los efectos de tal infracción¹⁰⁰. Además se desprende de la jurisprudencia que la aplicación, aunque sea parcial, de un acuerdo cuyo objeto es contrario a la competencia basta para descartar que se pueda concluir que dicho acuerdo no tiene repercusiones en el mercado¹⁰¹.

3. Violación de principios generales del Derecho

3.1. Principio de proporcionalidad

Procede recordar que el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos¹⁰².

En el marco de los procedimientos incoados por la Comisión para sancionar las infracciones de las normas sobre competencia, la aplicación del referido principio implica que las multas no deben ser desmesuradas respecto de los objetivos perseguidos, es decir, respecto del respeto de dichas normas, y que el importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción en materia de competencia debe ser proporcionada a la infracción, apreciada en su conjunto, habida cuenta, en particular, de la gravedad de ésta¹⁰³. En particular, el principio de proporcionalidad implica que la Comisión debe fijar la multa en proporción a los elementos tenidos en cuenta para apreciar la gravedad de la infracción y, a este respecto, debe aplicar dichos elementos de forma coherente y justificada objetivamente¹⁰⁴.

⁹⁹ Sentencia de 26 de enero de 2017, *Laufen Austria/Comisión*, C-637/13 P, EU:C:2017:51, apartado 65 y jurisprudencia citada.

¹⁰⁰ Sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Expedia*, C-226/11, EU:C:2012:795, apartado 35 y jurisprudencia citada.

¹⁰¹ Sentencia de 25 de octubre de 2005, *Groupe Danone/Comisión*, T-38/02, EU:T:2005:367, apartado 148.

¹⁰² Sentencia de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido/Comisión*, C-180/96, EU:C:1998:192, apartado 96.

¹⁰³ Sentencia de 12 de septiembre de 2007, *Prym y Prym Consumer/Comisión*, T-30/05, EU:T:2007:267, apartados 223 y 224, y la jurisprudencia citada.

¹⁰⁴ Sentencia de 28 de abril de 2010, *Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión*, T-446/05, EU:T:2010:165, apartado 171.

En lo referente, en primer lugar, a las alegaciones relativas al carácter desproporcionado de la multa respecto del valor total de las compras en el mercado de que se trata, procede señalar que ni del Reglamento n.º 1/2003 ni de las directrices se desprende que el importe de las multas deba determinarse directamente en función del tamaño del mercado afectado, dado que este factor no es un elemento obligatorio, sino solamente un elemento pertinente entre otros para valorar la gravedad de la infracción¹⁰⁵. Por tanto, estas disposiciones no obligan, como tales, a la Comisión a tener en cuenta el tamaño reducido del mercado del producto¹⁰⁶.

No obstante, según la jurisprudencia, para apreciar la gravedad de una infracción, la Comisión ha de tener en cuenta gran número de elementos cuyo carácter e importancia varían según el tipo de infracción de que se trate y las circunstancias particulares de cada infracción. Entre dichos elementos indicativos de la gravedad de una infracción no puede excluirse que pueda figurar, según cada caso, el tamaño del mercado del producto de que se trate¹⁰⁷.

Por consiguiente, si bien el tamaño del mercado puede constituir un elemento que ha de tomarse en consideración para determinar la gravedad de la infracción, su importancia varía en función del tipo de infracción y de las circunstancias particulares de la infracción de que se trate.

En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación relativa al carácter desproporcionado de la multa respecto del valor de las compras de Transcatlab en el mercado de que se trata, hay que señalar, para empezar, que el Derecho aplicable no contiene ningún principio de aplicación general según el cual la sanción deba ser proporcionada al volumen de negocios alcanzado por la empresa en el mercado de que se trata¹⁰⁸.

Además, según reiterada jurisprudencia, para determinar la multa se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa —que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfecta, del tamaño de ésta y de su potencia económica—, como la parte de este volumen que procede de las mercancías objeto de la infracción y que, por tanto, puede dar una indicación de la amplitud de ésta. No hay que atribuir a ninguna de estas cifras una importancia desproporcionada en comparación con los demás criterios de apreciación y, por consiguiente, la determinación de una multa adecuada no puede ser resultado de un simple cálculo basado en el volumen de negocios global. Ello es así sobre

¹⁰⁵ Sentencia de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión, C-407/04 P, EU:C:2007:53, apartado 132.

¹⁰⁶ Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Roquette Frères/Comisión, T-322/01, EU:T:2006:267, apartado 148.

¹⁰⁷ Sentencia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartado 120.

¹⁰⁸ Sentencia de 28 de abril de 2010, Gütermann/Comisión, T-456/05 y T-457/05, EU:T:2010:168, apartado 277.

todo cuando las mercancías afectadas sólo representan una pequeña fracción de ese volumen¹⁰⁹.

3.2. *Principio de igualdad*

A la hora de determinar la cuantía de las multas, la Comisión debe respetar el principio de igualdad de trato, principio general del Derecho de la Unión que, según reiterada jurisprudencia, sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado¹¹⁰.

No obstante, debe subrayarse al respecto que la práctica decisoria anterior de la Comisión no constituye por sí misma un marco jurídico de las multas en materia de competencia. El hecho de que la Comisión haya aplicado en el pasado multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarle de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento (CE) n.º 1/2003, si ello resulta necesario para aplicar la política comunitaria de la competencia¹¹¹.

Debe añadirse que la gravedad de las infracciones tiene que apreciarse en función de un gran número de factores, tales como, en particular, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y hacerlo sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta de modo obligatorio¹¹². Ahora bien, los datos pertinentes de los asuntos, como los mercados, los productos, los países, las empresas y los períodos considerados difieren según los casos. De ello resulta que la Comisión no está obligada a imponer a las empresas multas cuyo importe corresponda a idénticos porcentajes de sus volúmenes de negocios respectivos en los asuntos comparables por la gravedad de las infracciones¹¹³.

Dado que las multas constituyen un instrumento de la política de la Comisión en materia de competencia, esta institución debe disponer de un margen de apreciación al fijar su importe, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre la competencia¹¹⁴.

¹⁰⁹ Sentencia de 3 de septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, EU:C:2009:500, apartado 114.

¹¹⁰ Sentencia de 9 de julio de 2003, Cheil Jedang/Comisión, T-220/00, EU:T:2003:193, apartado 104.

¹¹¹ Sentencia de 7 de junio de 1983, Musique diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, apartado 109.

¹¹² Sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, EU:C:1997:375, apartado 33.

¹¹³ Sentencia de 13 de enero de 2004, JCB Service/Comisión, T-67/01, EU:T:2004:3, apartados 187 a 189.

¹¹⁴ Sentencia de 11 de diciembre de 1996, Van Megen Sports/Comisión, T-49/95, EU:T:1996:186, apartado 53.

3.3. *Confianza legítima*

Según reiterada jurisprudencia, este principio se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la administración le hizo concebir esperanzas fundadas, debiendo puntualizarse que nadie puede invocar la vulneración del citado principio a falta de garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables, que le haya dado la Administración¹¹⁵.

Ligado a lo anterior, aunque por lo que se refiere a la confianza legítima, es jurisprudencia constante que la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve en sí misma de marco jurídico a las multas en materia de competencia. La Comisión dispone, en el marco del Reglamento n.º 1/2003, de un margen de apreciación en la fijación del importe de las multas a fin de orientar el comportamiento de las empresas hacia el respeto de las reglas de la competencia. Por tanto, el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento n.º 1/2003, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de la competencia. La aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia exige por el contrario que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política.

De ello se deduce que las empresas participantes en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de una multa no pueden confiar legítimamente en que la Comisión no sobrepasará el nivel de las multas impuestas anteriormente. Por consiguiente, dichas empresas deben tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión decida en cualquier momento aumentar el nivel de las multas con respecto al que se aplicaba anteriormente.

Por otro lado, la confianza legítima ha sido invocada también en relación con la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación en materia de cárteles. En el marco de la determinación del importe de una multa por infracción de las normas de competencia de la Unión, la declaración, en el pliego de cargos, de que la Comisión contempla la posibilidad de conceder una reducción del importe de la multa al margen de la Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel no constituye una garantía precisa de la cuantía o del porcentaje de la reducción que podría concederse, en su caso, a las empresas de que se trata¹¹⁶. En consecuencia, una afirmación de este tipo no puede en modo alguno hacer concebir esperanzas fundadas en este sentido.

¹¹⁵ Sentencia de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comisión, T-236/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, EU:T:2004:118, apartado 152 y la jurisprudencia citada.

¹¹⁶ Sentencia de 13 de julio de 2011, General Technic-Otis/Comisión, T-141/07, T-142/07, T-145/07 y T-146/07, EU:T:2011:363, apartado 358.

4. Intereses de demora

Se desprende también de la jurisprudencia que la facultad que tiene la Comisión comprende la de fijar la fecha en que la multa será exigible y aquella en que empezará a devengar intereses de demora, fijar el tipo de estos intereses y establecer cómo deberá ejecutarse su decisión, exigiendo, en su caso, la prestación de un aval bancario en garantía del principal y de los intereses de la multa impuesta, dado que, si la Comisión no tuviera dicha facultad, la ventaja que podría reportar a las empresas el pago fuera de plazo de las multas produciría el efecto de atenuar las sanciones impuestas por la Comisión en el ejercicio de la función, que le ha sido atribuida, de velar por la aplicación de las normas sobre competencia¹¹⁷.

El Tribunal General ha declarado también que el hecho de que las multas devenguen intereses de demora se justifica para evitar que el efecto útil del Tratado quede comprometido por prácticas unilaterales de las empresas que demoren el pago de las multas a que han sido condenadas. De ello resulta que, de manera general, los intereses de demora tienen como única función restituir el retraso sufrido por el acreedor en el pago de su obligación pecuniaria, ya que la privación de una cantidad de dinero siempre genera un perjuicio.

5. Repartición en cuotas

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de Derecho de la Unión de solidaridad para el pago de la multa, en cuanto mera manifestación de un efecto de pleno Derecho del concepto de empresa, se refiere únicamente a la empresa y no a las sociedades que la componen¹¹⁸.

Si bien del artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, se desprende que la Comisión puede condenar solidariamente al pago de una multa a varias sociedades en la medida en que éstas formen parte de una misma empresa, ni la redacción de esta disposición ni el objetivo del mecanismo de solidaridad permiten considerar que esta potestad sancionadora engloba, además de la determinación de la relación externa de solidaridad, la posibilidad de determinar las cuotas de los codeudores solidarios en el marco de la relación interna entre éstos¹¹⁹.

Al contrario, el objetivo del mecanismo de solidaridad reside en su naturaleza de instrumento jurídico adicional que se pone a disposición de la Comisión para reforzar la eficacia de su acción recaudadora de las multas impuestas por la infracción del Derecho de la competencia, puesto que este mecanismo reduce el riesgo de insolvencia a que se enfrenta la Comisión en su condición de acreedora

¹¹⁷ Sentencia de 14 de julio de 1995, CB/Comisión, T-275/94, Rec, EU:T:1995:141, apartados 47 y 48.

¹¹⁸ Sentencia de 26 de enero de 2017, Villeroy & Boch/Comisión, C-625/13 P, EU:C:2017:52, apartado 150 y jurisprudencia citada.

¹¹⁹ *Ibid.*, apartado 151 y jurisprudencia citada.

de la deuda que representan estas multas, lo que contribuye al objetivo disuasorio por el que se orienta en general el Derecho de la competencia¹²⁰.

Pues bien, la determinación de las cuotas de los codeudores solidarios en la relación interna existente entre éstos no persigue este doble objetivo. Se trata, en efecto, de una cuestión que se plantea en un momento ulterior y que, en principio, ya no presenta ningún interés para la Comisión, en la medida en que ya ha recibido el pago íntegro de la multa de uno o varios de dichos codeudores¹²¹.

La alegación según la cual, en la fecha de la adopción de la decisión impugnada, las coadyuvantes ya no formaban una única entidad junto con ellas no puede invalidar la conclusión enunciada en el anterior apartado 155. Por un lado, debe señalarse que la aceptación de esta alegación iría en contra del propio concepto de responsabilidad solidaria. A este respecto es preciso indicar que el mecanismo de solidaridad implica, por definición, que la Comisión pueda dirigirse, bien a la sociedad matriz, bien a la sociedad filial, sin establecer cuotas en el sentido alegado por las demandantes, puesto que, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, no existe «prioridad» en lo que se refiere a la imposición de una multa a una u otra de esas sociedades¹²².

V. CONCLUSIÓN

El control de legalidad operado por los tribunales europeos en materia de cárteles pone de manifiesto una relativa estandarización en cuanto a los motivos de anulación invocados contra las decisiones de la Comisión. Es de hecho en este ámbito donde la estandarización que caracteriza la actividad de los tribunales europeos por lo que se refiere a lo mercantil se hace más evidente. Si bien adaptados a las circunstancias específicas de cada caso, tales motivos suelen agruparse en bloque tendentes a poner en cuestión, en primer lugar, la forma y procedimiento en que la decisión administrativa ha sido adoptada; en segundo lugar, el contenido y evidencia de las constataciones de la Comisión, así como la calificación jurídica del comportamiento reprochado; y, en último término, el cálculo de la multa, que habitualmente se critica aduciendo la violación de las líneas directrices de la Comisión y los principios de proporcionalidad e igualdad como señalan los asuntos relativos a cárteles son ciertamente atractivos, aunque también laboriosos, por razón del examen exhaustivo que requiere la verificación de las pruebas en las que se sustentan las constataciones de la Comisión y las evaluaciones económicas complejas que casi siempre llevan aparejadas. Ello explica igualmente la dilatada duración de su tratamiento.

¹²⁰ *Ibid.*, apartado 152 y jurisprudencia citada.

¹²¹ *Ibid.*, apartado 153 y jurisprudencia citada.

¹²² Sentencia de 18 de julio de 2013, Dow Chemical y otros/Comisión, C-499/11 P, EU:C:2013:482, apartado 49 y jurisprudencia citada.

Por otro lado, si bien hoy en día se encuentran probablemente mermados por el auge de las transacciones que las empresas involucradas en un cártel aceptan negociar con la Comisión en el marco del procedimiento administrativo sancionador, los asuntos relativos a acuerdos restrictivos han sido tradicionalmente fuente inagotable de cuestiones jurídicas. Temas de gran envergadura tratados por el Tribunal General en primera instancia y examinados, posteriormente, por el Tribunal de Justicia en casación son los concernientes, por ejemplo, a la presunción del ejercicio de influencia decisiva de una sociedad matriz sobre su filial, a la continuidad de la responsabilidad en caso de transformaciones societarias, a la duración e intensidad de la infracción, a la plena jurisdicción de los tribunales de la Unión en la imposición de sanciones, al secreto profesional de los abogados de empresa, al nivel de escrutinio de las apreciaciones de la Comisión a la luz del derecho a una tutela judicial efectiva y al principio de duración razonable de los procedimientos ante la Comisión y los tribunales de la Unión. Todas estas cuestiones y muchas otras más hacen de los cárteles y acuerdos restrictivos uno de los campos jurídicos europeos más sólidos desde el punto de vista jurisprudencial.

*(Trabajo recibido el 12/11/2019
y aceptado para su publicación el 25/11/2019)*

THE PRELIMINARY REFERENCE PROCEDURE IN THE FRAMEWORK OF COMPETITION LAW: WHERE DO WE STAND?

DANIELE P. DOMENICUCCI¹

Référéndaire of the General Court of the European Union

MICHELE LATERZA

Specialist Lawyer in Competition Law

ABSTRACT

The article examines the relationship between the mechanism of reference for a preliminary ruling and EU competition law. In the first part, the different aspects of the preliminary reference are taken into account, with particular attention to the Court of Justice's case-law in competition law. The second part gives an overview about the preliminary rulings dealt with by the Court following the “modernization” and the Damages Directive in order to understand the extent to which national courts have made use of the reference for a preliminary ruling mechanism in the implementation of EU competition law. The third part focuses on the role of national judges and the possible interactions between the mechanism of reference for a preliminary ruling and regulation n.º 1/2003.

Keywords: Competition law, preliminary ruling, national judge, admissibility, effects, regulation n.º 1/2003, damages directive,

¹ *The views expressed in this article are exclusively personal.*

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ¿EN QUÉ PUNTO NOS ENCONTRAMOS?

DANIELE P. DOMENICUCCI

Letrado del Tribunal General de la UE

MICHELE LATERZA

Abogado especialista en Derecho de la competencia

RESUMEN

El artículo examina la relación entre el mecanismo de la cuestión prejudicial y el Derecho de competencia de la UE. En la primera parte del estudio se tienen en cuenta los distintos aspectos de la cuestión prejudicial, con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en asuntos sobre competencia. En la segunda parte se ofrece una visión general de las cuestiones prejudiciales tratadas por el Tribunal de Justicia a raíz de la «modernización» del Derecho de la competencia y de la adopción de la Directiva de daños, con el fin de comprender hasta qué punto los tribunales nacionales han hecho uso del mecanismo de la remisión prejudicial en la aplicación de las normas europeas sobre competencia. La tercera parte se centra en el papel del juez nacional y las posibles interacciones entre el mecanismo de la cuestión prejudicial y el Reglamento n.º 1/2003.

Palabras clave: Derecho de la competencia, cuestión prejudicial, juez nacional, admisibilidad, efectos, Reglamento n.º 1/2003, directiva de daños.

SUMARIO: I. GENERAL INTRODUCTION.—II. OBJECT OF PRELIMINARY REFERENCES.—III. THE CONCEPT OF “COURT OR TRIBUNAL” AS ESTABLISHED IN THE COURT OF JUSTICE’S CASE-LAW.—IV. OPTION AND OBLIGATION TO REFER A QUESTION. 1. Exceptions to the obligation to refer a question for a preliminary ruling as they concern courts against whose decisions there is no judicial remedy under national law.—V. PRELIMINARY REFERENCES OF QUESTIONS OF VALIDITY. 1. The relationship between ascertaining validity through a reference for a preliminary ruling and actions for annulment.—VI. “CONSEQUENCES” FOR FAILURE TO COMPLY WITH THE OBLIGATION TO REFER A QUESTION FOR A PRELIMINARY RULING.—VII. CLEAR-CUT “DIVISION OF LABOUR” AND COOPERATION BETWEEN NATIONAL COURTS AND THE COURT OF JUSTICE. 1. The “inadmissibility” of questions referred for a preliminary ruling.—VIII. THE EFFECTS OF PRELIMINARY RULINGS. 1. Effects of preliminary ruling over time.—IX. THE FUNCTION OF THE PRELIMINARY REFERENCE MECHANISM IN COMPETITION LAW FOLLOWING THE MODERNIZATION AND THE DAMAGES DIRECTIVE.—X. THE POSSIBLE INTERACTION BETWEEN THE MECHANISM OF REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING AND REGULATION NO. 1/2003: THE ROLE OF THE NATIONAL JUDGE.

I. GENERAL INTRODUCTION

The reference for a preliminary ruling, which is governed by Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union “TFEU”, is undoubtedly the best known legal mechanism out of the whole range of jurisdictional remedies provided for by the EU legal system², and it is thanks to its widespread diffusion among national judges that the Court of Justice of the European Union in Luxembourg has been and still is able to contribute in a decisive way to building the legal system of the EEC and, now, the EU³.

² The preliminary reference procedure has been dealt with by a very large number of authors. Please refer to, amongst others: ANDERSON, David and DEMETRIOU, Marie: *References to the European Court*, 2nd ed., London, 2002; NAOMÉ, Caroline: *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, 2nd ed., Brussels, 2010; BARAV, Ami: *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Brussels, 2011; SOULARD, Christophe: “Renvoi préjudiciel”, in SOULARD, Christophe, RIGAUX, Anne and MUNOZ, Rodolphe (eds), *Contentieux de l'Union européenne/3. Renvoi préjudiciel. Recours en manquement*, Rueil-Malmaison, 2011, 19 ff.; VANDERSANDEN, Georges: *La procédure préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Brussels, 2011; D'ALESSANDRO, Elena: *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto e efficacia della pronuncia*, Turin, 2012; DITTERT, Daniel: “Article 267 TFEU”, in CURTI GIALDINO, Carlo (ed), *Co-dice dell'Unione europea operativo*, Naples, 2012, 1926 ff.; BROBERG, Morten and FENGER, Niels: *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2014; LENAERTS, Koen, MASELIS, Ignace and GUTMAN, Kathleen: *EU Procedural Law of the European Union*, London, 2014; WATHELET, Melchior: *Contentieux européen*, 2nd ed., Brussels, 2014; ROSAS, Allan: “The Interaction Between the European Court of Justice and National Courts in Preliminary Ruling Proceedings: Some Institutional and Procedural Observations”, in RUIZ FABRI, Hélène (ed), *International Law and Litigation. A look into procedure*, Baden Baden, 2019, 603-624.

³ The preliminary reference or preliminary ruling has been instrumental in the development of EU law, with most of the Court's better known judgments being delivered under this mechanism. Indeed, such rulings resulted in the judgments that confirmed the direct effect of EU law (Case 26/62 *van Gend & Loos* [1963]), the primacy (or supremacy) of the latter over national law (Case 6/64 *Costa* [1964]; Case 106/77 *Simmenthal* [1978]), and the non-contractual liability of the Member States for infringing community law (now: EU law) (Joined Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and others* [1991]; Joined Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du pêcheur and Factortame* [1996] or Case C-173/07 *Traghetti del Mediterraneo* [2006]). See also STONE SWEET, Alec and BRUNELL,

Essentially, the mechanism of reference for a preliminary ruling enables national judges to address the Court of Justice⁴ to obtain clarifications on the interpretation of EU law and/or on the validity of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the EU (“EU acts”) and, therefore, to contribute *de facto*, albeit indirectly, to the process of EU integration. Indeed, through this mechanism a direct cooperation is established between the national and the EU judiciaries. This is exemplified by the non-contentious nature of the proceeding, whereby the reference comes from the national judge(s) concerned and is not left to the parties’ initiative, the latter being merely invited, according to Article 23 (2) of the Statute, to submit “statement of case” or “written observations”⁵.

The main objective of the reference for a preliminary ruling is to ensure the uniform nature of EU law through an accurate and uniform construction and application by national judges⁶. Indeed, this uniform feature would be difficult to guarantee if the construction of EU law and, more importantly, the recognition of the validity of EU acts were only referred to national judges.

Thomas L.: “The European Court, National Judges and Legal Integration: A researcher’s Guide to the Data Set on Preliminary References in EC Law 1958-1998”, *European Law Journal*, 2000, Volume 6, Issue 2, 117. In particular, in a competition law context, it has been noted that “the preliminary reference procedure has had a disproportionately significant impact on the substantive development of EU competition law”, DEMETRIOU, Marie: “Preliminary References and Competition Law”, *Competition Law Journal*, 2002, 345. See, e.g. Cases C-234/89 *Delimitis* [1991]; C-126/97 *Eco Swiss* [1999]; C-344/98 *Masterfoods* [2000]; C-453/99 *Courage* [2001]; C-94/00 *Roquette Frères* [2002]; C-418/01 *Ims Health* [2004]. Furthermore, see Case C-198/01 *CIF* [2003] for specific reference to the obligation for national competition authorities, including national judges, to ensure the prevalence of EU law in national application of Articles 101 and 102 TFEU and therefore to disapply the incompatible domestic law.

⁴ According to Article 256(3) the General Court shall have jurisdiction to hear and determine questions referred for a preliminary ruling under Article 267, in specific areas laid down by the Statute, with the possibility of an exceptional review of its decisions by the Court of Justice. In the past years, a debate also concerned the possible transfer of preliminary ruling competences in relation to competition matters to the General Court [see in this regard *An EU Competition Court*, 15th Report of Session 2006-07, House of Lords papers 75, 49-52) and BAUDENBACHER, Carl: “Concentration of preliminary references at the ECJ or transfer to the High Court/CFI: some remarks on competition law”, in PERNICE, Ingolf et al (eds), *The future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Berlin, 2005, 267-272. In any case, to date the General Court has not been attributed any such preliminary cases. See also LIAKOPOULOS, Dimitris, “Legal Basis and “Trasversal” Interpretation of the Ultimate reform of the European Union Jurisdictional System”, *LESIJ*, Vol. 2, 2018, 80.

⁵ Case 44/65 *Singer* [1965]; Case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft* [1994], para 9, and Case C-210/06 *Cartesio* [2008], paras 90-91.

⁶ Case C-461/03 *Gaston Schul Douane-expéditeur* [2005], para 21; Case C-344/04 *IATA and ELFAA* [2006], para 27; Case C-404/06 *Quelle* [2008], para 22. The Court of Justice, in the Opinion 1/09 of 8 March 2011 *Draft Agreement on the European and Community Patents Court*, delivered pursuant to Article 218(11) TFEU, stated that “Article 267 TFEU, which is essential for the preservation of the Community character of the law established by the Treaties, aims to ensure that, in all circumstances, that law has the same effect in all Member States. The preliminary ruling mechanism thus established aims at avoiding inconsistencies in the interpretation of European Union law which the national courts have to apply and tends to ensure this application by making available to national judges a way of eliminating difficulties that may be occasioned by the requirement of giving European Union law its full effect within the framework of the judicial systems of the Member States [...]” (Opinion 1/09 [2011], para 83).

In view of its features and the fact that the national judge is its main driver, as he or she is the first judge of the European Union acting simultaneously under national and under EU law, the mechanism of reference for a preliminary ruling — which is essentially modelled on national systems for reviewing the constitutionality of domestic laws⁷ — has met with consistent and gradual success, so much so that the applications for preliminary rulings currently represent over two thirds of applications pending before the Court of Justice⁸.

Any national court (whether a civil, criminal, administrative or fiscal one) has the task of providing effective judicial protection for individuals under EU law and is under a duty to apply the latter of its own motion⁹, according to it primacy over conflicting provisions of national law, whether or not the latter pre-dated or post-dated the relevant EU legislation, without having to call for or wait for their prior removal through legislative channels or through any other constitutional procedure¹⁰. Nevertheless, it is the Court of Justice that has the authority to provide the correct interpretation of the EU legal provision and thus to guarantee its uniform application throughout the territory of the Member States, through a review mechanism, which is triggered upon the request of a national judicial authority seized of solving a specific dispute pending before it.

⁷ It is an historical fact that the proposal to introduce the preliminary reference mechanism in the Treaty of Rome came during the negotiations leading to that treaty from the Italian delegation, along the lines of the judgment of constitutionality provided for in the Italian constitution.

⁸ According to the Court of Justice, references for preliminary rulings constitute by far the largest category of cases brought before it and, in more than one respect, play a decisive role in the development of EU law and its integration into national law (see the “*Introductory explanatory notes to the Draft Rules of Procedure of the Court of Justice*”, 74). The most recent statistics published on the Court of Justice’s website (www.curia.europa.eu) indicate that at the end of 2018 there were 1001 pending cases, 709 of which were for preliminary ruling, whereas out of a total of 760 cases dealt with in 2018 no fewer than 520 were for preliminary ruling. The absolute data for cases lodged between 1953 and 2018 show that, out of a total of 22,368, 10,717 were questions lodged for preliminary ruling. It should also be noted that, in practice, the number of preliminary references differs considerably from Member State to Member State. Different factors might explain the variation in the number of references between courts in different Member States: (i) the countries’ sizes of population; (ii) the amount of cross-border activity; (iii) the level of compliance with EU law; (iv) the differences in litigation patterns. For an examination of these factors, see BROBERG, Morten and FENGER, Niels: *Preliminary references to the European Court of Justice*, *op. cit.*, 37-49.

⁹ Cf. FENNELLY, Nial: “The National Judge as Judge of the European Union”, in ROSAS, Allan, LEVITS, Egils and BOT, Yves (eds), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, 61-79, The Hague, 2013.

¹⁰ The Court has recalled that “in those circumstances, it is for the national court, hearing a dispute involving the principle of non-discrimination on grounds [...] to provide, within the limits of its jurisdiction, the legal protection that individuals derive from European Union law and to ensure the full effectiveness of that law, disapplying, if need be, any provision of national legislation contrary to that principle” (Case C-555/07 *Kücükdeveci* [2010], para 51). In this respect, it is also useful to note that when it was asked a question relating to the existence of an obligation for the national judge to disapply, pursuant to Article 6 of the Treaty on the Establishment of the European Union (“UET”), a national legal provision conflicting with the ECHR, the Court of Justice answered that the referral made by Article 6(3) UET to the ECHR did not impose any such obligation on the national judge; see Case C-571/10 *Kamberaj* [2012], para 63.

Article 267 TFEU thus constitutes a legal provision based on a clear-cut demarcation between the jurisdiction of the Court of Justice and that of the national courts. Whereas the Court of Justice alone has exclusive jurisdiction to supply the answer to questions referred by the national court or tribunal, it is the latter that have exclusive jurisdiction to determine its relevance as regards the specific solutions to the disputes pending before it.

Having obtained the ruling, it is always up to the adjudicating (or *a quo*) court or tribunal to issue its judgment in the main proceedings, while abiding by the ruling of the Court of Justice¹¹ in both the temporal sense, since it precedes the judgment by the national court or tribunal, and the functional sense, as it is instrumental in deciding the latter.

To conclude this introduction, the preliminary ruling mechanism can be summed up as one aiming to achieve a range of objectives: (i) first and foremost, it guarantees uniformity in the application of EU law through the national courts; (ii) it exists in addition to the instruments of direct action for reviewing the legality of EU acts, thereby providing legal protection for those who have limited standing to bring about actions for annulment themselves; and (iii) it ensures a form of review, albeit an indirect one, of the compatibility of domestic acts with EU law¹².

II. OBJECT OF PRELIMINARY REFERENCES

The Court of Justice holds jurisdiction to decide on questions referred to it for preliminary ruling on the interpretation of EU law and on the validity of the EU acts. This general jurisdiction is bestowed on it by Article 19(3)(b) TEU and Article 267 TFEU.

¹¹ On this point it is interesting to consider the data on the time taken by the procedure before the Court. In 2003, the average duration of a case was 25.5 months; in 2006 19.8 months; in 2009 17.1 months; in 2012 15.7 months; in 2015 15.3 months; in 2016 15 months; in 2016 15.7 months and in 2018 16 months. As from 2003, there has been a continuous reduction in the average duration of cases until 2014; from 2014 to date, the average length procedures is around 15.4 months. The reasons for the shortening of the average length of procedure meets the need already felt by the Court of Justice itself for some time to be able to conclude the cases pending before it within a reasonably short period of time. The undeniable success achieved in the course of the years mentioned in terms of cutting back the duration of cases is due to several factors aimed at improvement introduced from 2004 onwards (the year when the EU was enlarged to include ten new Member States; for a detailed description, please see Naomé, *op. cit.* pp. 35 and 36). To gain a better understanding of the time required for each of the various phases making up a procedure, it is useful to look into how each of these is handled. In 2018, the average durations of each of the individual phases were: (i) written procedure: 3.7 months; (ii) translation of the observations: 2.0 months; (iii) preparation of the preliminary report (known to insiders as the “*rapport préalable*”): 2.8 months; (iv) general meeting: 0.5 months; (v) setting the date for the hearing: 1 month; (vi) setting the date for the announcement of the submissions of the Advocate General: 1.9 months; (vii) deliberations: 4.2 months; in all, 16.1 months.

¹² CONDINANZI, Massimo and MASTROIANNI, Roberto: *Il contenzioso dell’Unione europea*, Turin, 2009, 188-190.

National courts can be seen as the devolved courts of EU jurisdiction (or as “ordinary courts” or even “natural courts”), in that they both may and must apply EU law within their jurisdiction and must guarantee the rights that individuals derive from EU law. The mechanism for preliminary ruling offers them the possibility of resolving any genuine (*i.e.* not a fabricate one) and reasonable doubt existing as to the correct interpretation or validity (which must also be relevant for the decision to be adopted in the main proceedings) of EU legal provisions.

Once the national judge has ruled, whether on its own motion or following the suggestion of the parties, he or she orders the stay of the proceedings pending before him or her¹³, initiating a particular form of procedure, which is frequently defined as “*judge to judge*”. In the course of this procedure, the parties to the main proceedings have an opportunity to submit their written and oral statements in an *inter partes* hearing, which is extended to include interventions by the institutions and by those Member States that want to take part in it. At the end of this procedure, the Court of Justice issues its ruling. This does not ensure the final adjudication sought by the parties to the main proceedings, but it provides the national court or tribunal with the interpretation principle for solving the question so as to decide on the dispute in a definitive manner.

Article 267 TFEU also makes the distinction between “questions of interpretation” and “questions of validity”. The former deals with the so-called primary law, *i.e.* the Treaty provisions (including any amending acts). On a par with these are the protocols annexed to the accession treaties of individual countries as well as the general principles of the Union’s law¹⁴ and the fundamental rights guaranteed at EU level, including the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has acquired the “same legal value as the Treaties”¹⁵ upon the entry into force of the Treaty of Lisbon. As far as the so-called secondary law is concerned, it too may be the subject-matter of questions referred for a preliminary ruling dealing with the interpretation of acts adopted by EU institutions, including the international agreements entered into by the EU¹⁶. Upon the entry into force of the Treaty of Lisbon, the acts of the institutions, bodies, offices and entities of the EU were added to the wording of article 267 TFEU. The mention of the acts of the institutions, within the meaning of Article 13(1) TEU, must be understood as encompassing the acts of the European Parliament, the European Council, the Council, the European Commission, the European Central Bank and the Court of Auditors. The Court of Justice’s own judgments and orders may also be the subject-matter of questions referred for interpretative preliminary rulings¹⁷.

¹³ The procedure has then to be resumed in compliance with the national procedural provisions.

¹⁴ See, e.g., Case C-144/04 *Mangold* [2005] and Case C-427/06 *Bartsch* [2008].

¹⁵ Cf. Article 6(1) TEU. On this point please see Case C-92/09 and C-93/09, *Volker und Markus Schecke and others* [2010] and, more recently, Case C-246/17 *Diallo* [2018].

¹⁶ Case C-12/86 *Demirel* [1987]; Case C-86/08 *Britta* [2010]; Case C-83/17 *KP* [2018] and Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* [2018].

¹⁷ Case 69/85 *Wünsche* [1986]; Case C-1/05 *Jia* [2007]; Case C-478/07 *Budejovický Budvar*

The Court of Justice's jurisdiction shall include all the acts likely to have an impact on the decision in the main proceedings — first of all the so-called “typical acts”, listed in Article 288 TFEU (regulations, directives and decisions) —, regardless of whether they are directly applicable¹⁸; second, more generally, any acts of the institutions, including atypical ones, such as the so-called *soft-law* acts, like resolutions¹⁹, recommendations, opinions and notices²⁰.

However, the Court of Justice's interpretative powers do not extend to national acts in ways that are not connected with the application of EU law, since the interpretation of national legal provisions is a matter for the national courts and not for the Court of Justice²¹. Whereas, where national law refers to the content of an EU legal provision in order to determine the provisions to be applied to a merely domestic situation in that member State, the Court of Justice has recognized its jurisdiction.²² In addition, the Court of Justice has no jurisdiction to

[2009]; Case C-110/13 *HaTeFo* [2014]. See also, for a question referred for a preliminary ruling concerning the meaning and import of a judgment of the Court of Justice issued at the outcome of an infringement proceeding, Case 314/81 *Waterkeyn* [1982]. Finally, see Case C-258/14 *Florescu a. o.* [2017] where the Court of Justice affirmed its jurisdiction over the interpretation of the Memorandum of Understanding between the European Community and Romania, concluded in Bucharest and Brussels on 23 June 2009, since (i) it is an act whose legal basis lies in the provisions of EU law, (ii) it was concluded, in particular, by the European Union, represented by the Commission and, therefore, (iii) it constitutes an act of an EU institution within the meaning of Article 267(b) TFEU.

¹⁸ See Case C-254/08 *Futura Immobiliare and others* [2009], para 34, and Case C-370/12 *Pringle* [2012] para 89.

¹⁹ Case 9/73 *Schluter* [1973]; Case C-110/13 *HaTeFo* [2014].

²⁰ Case C-322/88 *Grimaldi* [1989]; Case C-415/07 *Lodato Gennaro & C.* [2009] [concerning the interpretation of the “Guidelines on aid to employment” (OJ 1995, C 334, p. 4)]. It is worth noting that, as the Court of Justice has found, Commission notices in the area of EU competition law do not have a binding legal effect on national authorities and courts, see Case C-360/09 *Pfleiderer* [2011], para 21; similarly, Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to Case C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005], para 209, which states that measures adopted by the Commission may not be regarded as rules of law.

²¹ *Inter alia*, Case C-53/04 *Marrosu and Sardino* [2006], para 54; Case C-217/08 *Mariano* [2009] and Case C-507/15 *Agro Foreign Trade & Agency* [2017]. The same is true as concerns any judgments of compatibility of a national measure with EU law: see Case C-295/97 *Piaggio* [1999], para 29.

²² Joined Cases C-297/88 and C-197/89 *Dzodzi* [1990]. In the wake of this case-law, and notwithstanding the aversion shown by a number of Advocates General (see *infra*, footnote No. 103), the Court of Justice even declared to be competent to interpret an EU law provision made applicable in national law by a contractual clause: see Case C-88/91 *Federconsorzi* [1992] and also Case C-130/95 *Giloy* [1997]. See VANDERSANDEN, Georges: *La procédure préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Fn. 1 above, 43-44. With specific reference to competition law, see also case C-633/16 *Ernst & Young P/S* [2017] where the Court of Justice has been called to give preliminary ruling on questions issued from a dispute concerning the application of the Danish Law on competition, which contains no direct reference to the provisions of EU competition law whose interpretation was sought; in this respect, the Court affirmed its jurisdiction to rule over the case since: (i) the *travaux préparatoires* to the Danish Law on competition shows that the Danish legislature's intention was to harmonize national competition law in merger control with that of the European Union, since the national provisions, in essence, are based on Regulation No 139/2004; (ii) the Danish Law on competition introduces a prohibition on implementation of any concentration before it is notified or approved by the competent authorities, which is essentially identical to the

rule on the construction of international law rules binding on Member States, but falling outside the scope of EU law²³.

In relation to questions concerning the validity of acts, the acts mentioned above may be the ones concerned (but not those on the provisions of the Treaties, which function instead as “benchmarks” for assessing the validity of the other acts²⁴). In this respect it shall be noted that the TFEU provides for an efficient instrument for having the legality of such acts reviewed by either the Court of Justice or the General Court (depending on the nature of the applicant) through actions for annulment, pursuant to Article 263 TFEU²⁵.

Nonetheless, the effectiveness of the safeguard available through a direct action for annulment, the acceptance of which involves the declaration of voidance of the act *ex tunc*, is limited by the requirement for such an action to be commenced within a specific time period. However, it is perceived that the preliminary reference in matters of validity has become significant in protecting the rights of private individuals as it has gradually taken on the role of an instrument for the widespread review of legality of EU acts, extending its scope in a similar manner to the one provided for direct actions²⁶, without, however, suffering from the constraints inherent to the legal standing of private individuals.

prohibition provided for in Article 7(1) of Regulation No 139/2004; (iii) the referring court, in its assessment of the particular circumstances of the case pending before it and, in particular, the *travaux préparatoires* to the applicable national law on competition, had held that Danish law should be interpreted in the light, in particular, of the case-law of the Court of Justice.

²³ Case C-466/11 *Currà and others* [2012], para 15.

²⁴ The same is true for the rules of the Charter of Fundamental Rights, see Case C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats and others* [2011], which declared the invalidity of a directive on insurance as it conflicted with Articles 21 and 23 of the Charter of Fundamental Rights.

²⁵ This particular judicial remedy gives the judges in Luxemburg the opportunity of scrutinising the validity of the acts of the EU in actions brought by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission on grounds of “*lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of the Treaties or of any rule of law relating to their application or misuse of powers*” as well as actions brought by the Court of Auditors, by the European Central Bank and by the Committee of the Regions for the purpose of protecting their prerogatives. Such proceedings may also be instituted by any natural or legal person against an act addressed to that person or being of direct and individual concern to them, and against a regulatory act being of direct concern to them and does not entail any implementing measures [Article 267(4) TFEU].

²⁶ Incidentally, the reasons why the Court of Justice may declare an act to be invalid are identical to those laid down in the Treaty for the cases of setting acts aside. Therefore, the examination of the questions of validity is simply a transposition of the principle applied in an action for annulment to the context of the preliminary reference procedure. Thus, the legislative parameters are likewise identical in an examination of a question referred for a *preliminary ruling on validity and the judgment in an action for the annulment of EU act*.

III. THE CONCEPT OF “COURT OR TRIBUNAL” AS ESTABLISHED IN THE COURT OF JUSTICE’S CASE-LAW

Article 267 TFEU states that the competence to refer matters for preliminary ruling may only pertain to bodies that meet the definition of national “courts or tribunals”. The main difficulties encountered in defining the scope of this provision come from the fact that there are different organisational forms in the various national legal systems and differing ideas in each of them as to which courts should be eligible for referring questions.

In an effort to overcome the particularisms of the individual legal systems, given the need for uniformity, the Court of Justice has managed to define a “generic” concept of “court or tribunal”²⁷, in which it includes all the bodies that meet the following requirements²⁸: (i) they are established by law; (ii) they are permanent or they exercise judicial functions more than just occasionally; (iii) their jurisdiction is compulsory; (iv) their procedure is *inter partes*; (v) they apply rules of law rather than ruling in equity; (vi) they are independent and impartial vis-à-vis the parties in the case²⁹. Additionally, a national court may refer a question to the Court only if there is a case pending before it and it is called upon to give judgment in proceedings intended to lead to a decision of a judicial nature³⁰. On the basis of such principles, interpreted in a flexible manner, the Court of Justice has ruled as being admissible questions referred to it by bodies forming part of the national judicial system in the course of interim, summary, winding-up and enforcement proceedings³¹. The expression “legal proceedings” should be interpreted in a broad sense, but in such a way as to exclude the proceedings that are merely procedural in the exercise of administrative functions, even though they are performed by a judicial body (e.g. appointments or nominations), as well as the proceedings in which the referring body performs a function that is not typically judicial, but merely advisory³². By applying this benchmark, the right

²⁷ This has to do with the substantially jurisdictional nature of the functions carried out by the body and not with its *nomen iuris*, nor its position in the national judicial system.

²⁸ See Case 61/65 *Vaassen-Göbbels* [1966]; Case C-54/96 *Dorsch Consult* [1997]; Case C-205/08 *Umweltanwalt von Kärnten* [2009]; Case C-196/09 *Miles* [2011] (cfr. nevertheless the opinion delivered by Advocate-General Sharpston on 16 December 2010 in respect of this case, where she criticised the restrictive approach of the Court of Justice on the subject and suggested to interpret the provision in a teleological way, thus favouring a broader interpretation of the concept of jurisdictional body. This suggestion was not followed by the Court of Justice); joint Cases C-464/13 et C-465/13 *Oberto et O’Leary* [2015] and Case C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* [2017].

²⁹ The existence of such a question is in fact examined with a certain degree of flexibility. It should be considered that the issue was not even raised in the case of a question lodged by the Consiglio di Giustizia Amministrativa for the Sicilian Region (Case C-78/07 *Ispettorato Provinciale dell’Agricoltura di Enna and others* [2008]), although the latter also included members appointed by the President of the Region.

³⁰ Case C-178/99 *Salzmann* [2001], para. 14.

³¹ See GORI, Gianfranco: “La notion de juridiction d’un État membre au sens de l’article 234 CE”, in FENGER, Niels, HAGEL-SØRENSEN, Karsten and VESTERDORF, Bo (eds), *Claus Gulmann Liber Amicorum*, Copenhagen, 2007, 180 ff.

³² Case 318/85 *Greis Unterweger* [1986].

to submit preliminary references has been denied to bodies of a private nature or, more specifically, to bodies set up by autonomous professional organizations whose composition does not appear to be of such a kind as to provide a sufficient guarantee of impartiality³³. However, a National Bar Council established by law, which holds compulsory jurisdiction to rule on actions brought against decisions adopted by local Bar Councils by means of enforceable decisions, has been recognized as a “court or tribunal” for the purpose of Article 267 TFEU insofar as it applies rules of law, meets the requirements of independence and impartiality and it is called upon to give rulings within proceedings intended to result in a decision that is of a judicial nature, even though its members are lawyers elected by local Bar Councils³⁴. On the contrary, likewise, arbitration committees have been excluded from the above-mentioned notion³⁵, given that there exists the possibility of applying for a preliminary reference in the judicial phase that may follow the arbitration award or having a review of it performed at that stage³⁶. However, the Court of Justice has adopted a different attitude in the case of “quasi-arbitral” boards operating in the social, professional or commercial sectors, when these were established by law and endowed with compulsory jurisdiction³⁷. In the case of public authorities, the Court of Justice has come down in favour of the admissibility of preliminary references, but with a number of distinctions. It has considered as being admissible the preliminary references made to it by specific appeal bodies in matters of public contracts³⁸, but has declared inadmissible the reference by the Austrian supervisory body for the telecommunications sector³⁹.

The body wishing to refer a question must possess a jurisdictional quality not only in the institutional sense of the term, but also in the functional sense, which

³³ Case C-138/80 *Borker* [1980], and Case C-506/04 *Wilson* [2006] see, nevertheless, Case C-55/94 *Gebhard* [1995].

³⁴ Joined Cases C-58/13 and C-59/13 *Torresi* [2014].

³⁵ Case 102/81 *Nordsee* [1982]; Case C-125/04 *Denuit* [2005].

³⁶ Case C-393/92 *Almelo* [1994]; Case C-126/97 *Eco Swiss* [1999]. According to the latter *Eco Swiss* case, where domestic rules of procedure require a national court to admit an application for annulment of an arbitration award where such an application is based on the failure to comply with national rules of public policy, such national court must also admit that application where it is based on the failure to comply with the prohibition laid down in Article 101 TFEU. That provision constitutes a fundamental provision that is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the domestic market. Also, EU law requires that questions concerning the interpretation of the prohibition laid down in Article 101 should be open to examination by national courts when they are asked to determine the validity of an arbitration award and that it should be possible for those questions to be referred to the Court of Justice, if necessary, for a preliminary ruling. Finally, see case C-284/16 *Achmea* [2018] where the Court affirmed that an arbitral tribunal established in the framework of a bilateral investment treaty between two Member States is not part of the judicial system of those member States since its jurisdiction is characterized by an exceptional nature compared with that of the courts of those two Member States. Therefore, taken into account the characteristic of such tribunal, the Court concluded that it cannot in any event be classified as a court or tribunal ‘of a Member State’ within the meaning of Article 267 TFEU.

³⁷ Case 109/88 *Danfoss* [1989]; and Case 109/88 *Handels-ug Kontorfunktionaernes Forbund i Danmark* [1989].

³⁸ Case C-54/96 *Dorsch Consult* [1997]; and Case C-411/00 *Felix Swoboda* [2002].

³⁹ Case C-256/05 *Telekom Austria* [2005].

means that in dealing with the facts of the case it must genuinely carry out the function of a court and not that of an administrative authority⁴⁰.

Finally, it is worthwhile to mention two apparently conflicting positions that the Court of Justice has taken in relation to the jurisdictional nature of two national antitrust authorities. Indeed, while in 1992 the Court declared the admissibility of an application for a preliminary ruling submitted by the Spanish *Tribunal de Defensa de la Competencia* (which, despite its name, did not belong to the Spanish judicial system, but was the local competition authority)⁴¹, in the later judgment in *Syfait* of 2005⁴² the Court of Justice ruled (without mentioning the above-mentioned Spanish case, not even to deny any similarity between the two cases) that the Greek Competition Commission (*Epitropi Antagonismou*), which had made a reference for a preliminary ruling in a case concerning an alleged abuse of dominant position carried out by a pharmaceutical company that refused to handle certain orders so as to prevent and contain the parallel trade of pharmaceuticals, did not have a jurisdictional nature pursuant to Article 234 EC (now Article 267 TFEU). This was notwithstanding the opposite opinion given by the Advocate-General Jacobs in his Opinion concerning the same case⁴³.

In the light of the rationale followed by the Court of Justice,⁴⁴ which not only establishes whether the authority in question is independent enough of the political power, but also specifically refers to Regulation No. 1/2003 and, more specifically, to the power of the Commission to deprive the national authority of its competence (Article 11 (6) of such regulation), this case-law also seems to be applicable, *mutatis mutandis*, to the other national independent authorities having similar characteristics, precluding the right to refer a question to the Court

⁴⁰ Case 138/80 *Borker* [1980]; Case C-134/97 *Victoria Film* [1998]; Case C-497/08 *Amiraike Berlin* [2010].

⁴¹ Case C-67/91 *Asociación Española de Banca Privada and others* [1992].

⁴² Case C-53/03 *Syfait* [2005]. On this case see TAGARAS, Haris and WAELEBROECK, Michel: “Les autorités nationales de la concurrence et l’article 234 du traité. Un étrange arrêt de la Cour de justice”, *Cahiers de droit européen*, 2005, 465-492 as well as RAIMONDI, Luigi: “La nozione di giurisdizione nazionale ex Article 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2006, 369-405. VANDERSANDEN, Georges: *La procédure préjudicielle devant la Cour de Justice de l’Union européenne*, Fn. 1 above, 17-18, is also very critical in this respect.

⁴³ Opinion of Advocate-General Jacobs in Case C-53/03 *Syfait* [2005]. Among the various practical reasons in favour of admissibility, the Advocate-General had invoked the principle of the economy of judgment means to the extent that it would be preferable to grant such questions at the first possible stage, so that no further challenges are necessary to proceed with a reference for a preliminary ruling. From this point of view, according to Advocate-General Jacob, a competition authority having jurisdictional characteristics would be able to identify the relevant EU competition themes even better than a court in charge of reviewing its decisions.

⁴⁴ The Greek Competition Commission was to decide on the cases on the basis of recommendations prepared by a secretariat and this secretariat was also responsible for the investigation of the cases. The chairman of this Competition Commission was the head of the secretariat, and was thus formally responsible for its management. The Court of Justice found, among other things, that there was a functional link between the Competition Commission and its secretariat that was responsible for dealing with the cases referred to the Competition Commission for the latter’s decision. This was one of the factors that led the Court to hold that the Competition Commission was not a court or tribunal within the meaning of Article 267 (Case *Syfait*, *cit.*, paras 30 and 37).

of Justice for a preliminary ruling,⁴⁵ notwithstanding the key role that the above-mentioned Regulation No. 1/2003 attributes to them.

IV. OPTION AND OBLIGATION TO REFER A QUESTION

In the system of referring questions for preliminary rulings, the position in which the national courts find themselves varies depending on whether or not a judicial remedy is available under national law against the judgments those courts deliver. If so, the national court involved has the option to refer a question⁴⁶ (Article 267(2) TFEU); if not, the court has a genuine obligation to make a preliminary reference (Article 267(3) TFEU). On this point, the Court of Justice has made it clear that what counts for the purposes of identifying the obligation to refer is not the formal position of the court in the national judicial system, but rather the genuine likelihood that the judgments of that court would be the subject-matter of an ordinary form of appeal⁴⁷. As for EU competition law, as clarified by the Court of Justice⁴⁸, the prohibition for national judges to take decisions conflicting with decisions adopted or contemplated by the Commission under Article 16 of Regulation No. 1/2003 does not affect their ability or obligation to refer the case for a preliminary ruling⁴⁹.

In essence, should a national court or a tribunal not feel bound to make a reference, the parties must always be able to appeal its decision if it is capable of having direct repercussions on the relevant aspects of EU law⁵⁰. Conversely, a

⁴⁵ See also the case of the Austrian telecommunications control commission (Case *Telekom Austria*, cit.).

⁴⁶ On this point the Court has issued a reminder that the option recognised by Article 267(2) TFEU to ask for interpretation through a preliminary ruling before disapplying the national provision that is incompatible for EU law cannot, however, be transformed into a duty on account of the fact that national law does not grant such a court or tribunal the powers to disapply a domestic provision that it feels to be contrary to the Constitution, unless such provision has previously been declared unconstitutional by the constitutional court (Case *Küçükdeveci*, cit., para 54).

⁴⁷ Case C-99/00 *Lyckeskog* [2002]; Case C-495/03 *Intermodal Transports* [2005]; Case C-210/06 *Cartesio* [2008] and Case C-234/17 *XC a.o.* [2018]. It may not be ruled out that there might be certain actual cases of litigation where there is no court obliged to lodge a preliminary reference. This will happen every time that the party concerned does not take the matter as far as the court against whose decisions there is no judicial remedy under national law, by failing to exhaust all the available judicial remedies, and it may also happen that the lower court has given its ruling without opting to refer any question.

⁴⁸ Case C-418/01 *IMS Health* [2004].

⁴⁹ See also above under para 10.

⁵⁰ It seems hardly necessary to point out that domestic judicial remedies do not include review and third-party proceedings. As far as the review is concerned, the reason for its exclusion is simple and is based on ascertaining that such a remedy may be obtained for precise reasons, which are linked in some way with the possible subject-matter of the question referred for a preliminary ruling. Third-party proceedings, on the other hand, are no more than a possible instrument and are dependent on the initiative of a subject who has not acted as a party in the court action. Therefore, one may safely conclude that the qualification as a judicial body, as a body against whose decisions there is no judicial remedy under national law, with the duty to refer questions for preliminary rulings, may most certainly not depend on an external and merely hypothetical factor.

court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law shall have an obligation to make a reference, even if such a body is not at the top of the judicial system⁵¹.

1. Exceptions to the obligation to refer a question for a preliminary ruling as they concern courts against whose decisions there is no judicial remedy under national law

In interpreting the scope of the obligation to refer a question where it affects courts against whose decisions there is no judicial remedy under national law the Court of Justice has, nonetheless, introduced a number of elements of flexibility, thereby making the distinction between them and other courts less clear cut. Specifically, it is not necessary to refer a question to the Court of Justice when: (i) the question raised regarding EU law has no influence on the case being heard; (ii) the answer is to be found in settled case-law, independent of the nature of the proceedings in which the question has arisen (the so-called theory of “*acte éclairé*”); or (iii) the correct application of EU law is so obvious as to admit no scope for any reasonable doubt concerning the solution to be given to the question raised (so-called theory of “*acte clair*” derived from the well-known principle of “*in claris non fit interpretatio*”)⁵². The likely occurrence of such an eventuality has to be assessed in light of the inherent characteristics of EU law, the particular difficulties in interpreting it, especially as regards linguistic differences, and the risk of divergence in judgments within the Union. In the final analysis, the national court or tribunal deciding not to refer a question must be convinced that the seemingly obvious conclusion would have to be equally obvious to the courts and tribunals of the other Member States and to the Court of Justice itself⁵³. Naturally, the presence of one of the three conditions mentioned above does not prevent the court or tribunal concerned from seizing the Court of Justice, although such a court or tribunal might not be obliged to do so⁵⁴.

⁵¹ Based upon these remarks, in a well-known judgment the Court of Justice ruled that the Italian *Giudice conciliatore* had an obligation to make a reference, although an appeal to the Italian Court of Appeal against its judgment for breach of law was admissible (a challenge that in any case the Court of Justice deemed to be unlikely), see Case *Costa*, *cit.*.

⁵² Case 283/81 *Cilfit* [1982]; Case C-495/03 *Intermodal Transports* [2005]; Case C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito a. o.* [2015]; joint Cases C-72/14 et C-197/14 *X et van Dijk* [2015] and Case C-416/17 *Commission/France (précompte mobilier)* [2018].

⁵³ This, however, does not overcome the difficulty of applying such a criterion (formulated by the Court at a time when the Community still only had ten Member States only and far fewer official languages than it does today). This aspect was considered by the Working Group set up to study the preliminary reference procedure by the “General Assembly of the Association of the Councils of State and the Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union” on 14 May 2007, in which it emerged that the national courts often tended towards a reductionist interpretation of the criteria indicated in *Cilfit*, leading to the wish that, in a new decision, the Court of Justice would redraw the boundaries of the necessary action for a reference for a preliminary ruling (cf. conclusions of the Working Group available at www.juradmin.eu).

⁵⁴ Joined Cases C-428/06 and C-434/06 *UGT-Rioja*; Case C-260/07 *Pedro IV Servicios* [2009].

Finally, regarding the existence of a precedent of the Court of Justice relating to a question concerning the validity of an act, a distinction shall be drawn between two cases: i) if the precedent concerns a judgment declaring the EU act to be valid in its entirety, the national court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law has no reason not to abide by that ruling and draw the immediate consequences from it for its own judgment in the main proceedings (while maintaining its right to refer a new question to the Court of Justice); ii) if the precedent concerns a judgment declaring the invalidity of the act, there is no obligation to make a reference, neither for courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law nor, even less so, for bodies of lower degrees of jurisdiction.

V. PRELIMINARY REFERENCES OF QUESTIONS OF VALIDITY

Despite the fact that Article 267 TFEU does not impose an obligation on courts or tribunals against whose decisions there *is* a judicial remedy under national law to make preliminary references, the Court of Justice has ruled that they are not permitted to declare an EU act invalid, but have to ask the latter to rule on its validity⁵⁵. In support of this interpretation, the Court of Justice has stated that “differences between courts of the Member States as to the validity of [EU] acts would be likely to jeopardize the essential unity of the [Union’s] legal system and undermine the fundamental requirement of legal certainty”⁵⁶.

In the final analysis, although a domestic court or tribunal against whose decisions there *is* a judicial remedy under national law may abstain from submitting a question of interpretation to the Court of Justice, in cases where it is confronted with a question of validity, such a court or tribunal has two possibilities: (i) it must refer the question if it has any doubt whatsoever as to the validity of the EU act; (ii) it is not forced to do so if it has well-founded grounds for believing that the EU act is valid (nor is it forced to refer the question in cases where the Court has already declared the invalidity of the EU act concerned⁵⁷).

⁵⁵ Case C-314/85 *Foto-Frost* [1987]. The application of this case-law principle was explicitly mentioned in the *Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles [101 and 102 TFEU]* (OJ C 101 of 27.4.2004) with regard to the case where the national judge questions the legality of a decision adopted by the Commission (which it should abide by pursuant to Article 16, para 1, of Regulation No 1/2003, see below) and wishes not to be bound by such a decision. This is only possible where the Court rules against the decision, as the interpretation of the latter is not affected by the binding effect of the Commission’s decision. Therefore, if a national judge intends to rule against the decision, such judge shall necessarily refer the question to the Court for a preliminary ruling (*Commission Notice*, para 13).

⁵⁶ On this point cf. Case C-461/03 *Gaston Schul* [2005]; Case C-344/04 *IATA and ELFAA* [2006] and Case C-366/10 *Air Transport Association of America a.o.* [2011].

⁵⁷ Case 66/80 *International Chemical Corporation* [1981]; Case C-421/06 *Fratelli Martini and Cargill* [2007].

However, the Court of Justice has accepted that any national court having serious doubts as to the validity of an EU act may either suspend the implementation of the national act based on the EU act, provided that it refers the question of the validity of the latter to the Court and that applications were made for the national court to order interim relief⁵⁸, or suspend the application of such EU act⁵⁹. In this potentially awkward situation, the Court of Justice has again shown that it is particularly sensitive to the need to preserve the rights of private individuals, who would suffer a clear prejudice if the national court or tribunal were not able to grant them interim relief, having to wait for the final ruling of the Court of Justice as regards the validity. Considering the time needed to process a case (sixteen months on average in recent years), this would otherwise translate into the essential negation of the possibility of effectively invoking interim relief.

1. The relationship between ascertaining validity through a reference for a preliminary ruling and actions for annulment

It is barely worth reviewing the relationship between the reference for a preliminary ruling concerning an assessment of validity and the action for annulment pursuant to Article 263 TFEU as these are two complementary instruments,⁶⁰ both aiming at acknowledging the illegality of an EU act. Specifically, it is a matter of determining whether in a given situation admitting the admissibility of an application for a preliminary ruling “of validity” may be a way of eluding the provisions of Article 263 TFEU. Thereupon, the Court has made it clear that any applicant who failed to make use of the latter remedy against an act, despite being informed of and having the possibility of using it, would be precluded by the principle of legal certainty, after the end of the period allowed to commence an action for annulment, from challenging such act via a preliminary question to ascertain its validity⁶¹. However, this preclusion is only effective in practice if it

⁵⁸ Joined Cases C-143/88-C-92/89 *Zuckerfabrick* [1991].

⁵⁹ Case C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft and others* [1995]; Case C-304/09 *Commission/Italy* [2010].

⁶⁰ As pointed out by the Court, in the overall system of means of recourse and of the proceedings established by the Treaty to ensure the control of legality of the acts carried out by institutions (and by EU bodies and entities) natural and legal persons that may not, because of the admissibility requirements provided for at para 4 of Article 267 TFEU, directly challenge EU acts having a general import are entitled, as the case may be, to enforce the invalidity of such acts, whether incidentally pursuant to Article 277 TFEU before the EU judge or before national judges, inviting the latter, who are themselves not competent to judge the validity of such acts, to refer a question to the Court for a preliminary ruling, see Case C-491/01 *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco* [2002]; Case C-343/09 *Afton Chemical* [2010]; Case C-59/11 *Association Kokopelli* [2012].

⁶¹ Case C-188/92 *TWD* [1994] and Case C-239/99 *Nachi Europe* [2001]; as far as the Member States are concerned, see Case C-241/01 *National Farmers Union* [2002]. Such a situation may easily occur with respect to state aids, where the beneficiary of the aid declared by the Commission to be incompatible challenges the order of recovery before the national judge, invoking the illegality of the Commission’s decision without first challenging it before the EU Court pursuant to Article 263 TFEU; see the ‘*Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts*’, OJ C 85, 9.04.2009, 1-22.

may also be demonstrated *ex post* that a direct action for annulment under Article 263 TFEU beyond any doubt would manifestly be admissible⁶².

VI. “CONSEQUENCES” FOR FAILURE TO COMPLY WITH THE OBLIGATION TO REFER A QUESTION FOR A PRELIMINARY RULING

The failure by a last-instance court to make a reference for a preliminary ruling is not without consequences. Such failure can still constitute an infringement of Article 267 TFEU by the national judge even if the latter has correctly followed the procedure for considering whether or not a preliminary reference would be necessary. Such an infringement is likely to entail the liability of the Member State concerned, against which it is possible to initiate an infringement proceedings as provided for in Article 258 TFEU⁶³. A failure to fulfil the obligation to lodge a preliminary reference may also give rise to actions for compensation against the Member State concerned on the grounds of the extra-contractual liability of the latter. As the Court itself has clearly stated, “the principle that Member States are obliged to make good damage caused to individuals by infringements of [EU] law for which they are responsible is also applicable where the alleged infringement stems from a decision of a court adjudicating at last instance”⁶⁴. It shall be noted that the Court of Justice has made it clear that EU law precludes, on the one hand, any national legislation that generally excludes the liability of the Member State for damage caused to private individuals as a result of an infringement of EU law due to a court adjudicating at last instance (in the case in point the Italian Corte di Cassazione) and, on the other hand, also any national legislation limiting

⁶² Case C-241/95 *Accrington Beef and others* [1996]; Case C-346/03 and C-529/03 *Atzeni and others* [2006]; Case C-343/07 *Bavaria and Bavaria Italia* [2009]; Case C-232/14 *Portmeirion Group* [2016]; Case C-72/15 *Rosneft* [2017]. As pointed out by the Court in the recent Case C-135/16, *Georgsmarienhütte and Others* [2018], the exception is also justified where the recipient of the aid relies, before a national court, on the invalidity of the Commission decision before the expiry of the time limit for challenging that decision, provided for in the sixth paragraph of Article 263 TFEU.

⁶³ On the infringement proceedings, see generally PRETE, Luca and SMULDERS, Ben: “The Coming of Age of Infringement Proceedings”, *Common Market Law Review*, Issue 47, 2010, 9 —61. Although in the past the Commission took the first steps in various infringement proceedings on the basis of Article 258 TFEU on the grounds of failure to comply with the duty to make a preliminary reference (essentially in cases of abuse of the theory of *acte clair*) by national courts and tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law, none of these has to date given rise to any action before the Court of Justice. On this point, reference is made, among other things, to Case C-154/08 *Commission v. Spagna* [2009], paras 64-66. Within the meaning used by the German Constitutional Court, for instance, the Court of Justice is a “legal judge” of the parties pursuant to Article 101 of the German Constitutional Chart. Therefore, if a last-instance jurisdictional body does not make a reference for a preliminary ruling, in breach of Article 267 TFEU, the Constitutional Court shall have jurisdiction to overturn such a judgment for breach of the Constitution (see, for instance, the order of the Bundesverfassungsgericht dated 9 January 2001 relating to a decision of the Bundesverwaltungsgericht on the equality of men and women in the medical profession, BvR 1036/99).

⁶⁴ Case C-224/01 *Köbler* [2003]; Case C-681/13 *Diageo Brands* [2015]; Case C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito a. o.* [2015].

liability solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the national court or tribunal⁶⁵.

Finally, it is only worth mentioning that the European Court of Human Rights (unanimously) held that the Belgian Council of State's failure to make a preliminary reference to the Court of Justice, dismissing the application by one of the parties in that sense, did not constitute an infringement of Article 6 of the European Convention of Human Rights, concerning the principle of fair trial, because the Council of State had set out its reasons for not making a preliminary reference⁶⁶.

VII. CLEAR-CUT "DIVISION OF LABOUR" AND COOPERATION BETWEEN NATIONAL COURTS AND THE COURT OF JUSTICE

As already stated, the Court of Justice does not rule on whether a national law apparently in conflict with EU law is indeed precluded by it. Its competence is limited to providing the domestic court with the elements of interpretation to be drawn from EU law and helping to put it in a position to rule on such compatibility by giving its judgment in the main proceedings.

However, in going further than abstractly begging the question, the Court has rather circumvented the problem, but has managed to arrive at a substantially identical result by using formulae along the lines of: "*provision x of the Treaty (or regulation or directive) precludes a provision of national law that lays down that...*". The Court thereby transforms an abstract, hypothetical question into a problem of a conflict between two legal systems, which it is up to the national court to settle. It is thus possible to use the preliminary reference to obtain a ruling, albeit an indirect one, on the compatibility of the domestic legal provision with EU law, and the effects of this are not very different from those resulting from a judgment based on Article 258 TFEU as the outcome of infringement proceedings instituted by the Commission.

On the one hand, the Court of Justice provides the referring court with a binding interpretation of EU law and has also the monopoly of reviewing the validity of EU acts. However, it carries out these functions in a way that fully respects the jurisdiction of the referring court. Only the latter has jurisdiction to decide whether or not to refer the question,⁶⁷ compile the case file and state the facts of

⁶⁵ Case C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo* [2006].

⁶⁶ *Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium* ECHR [2011] of 20 September 2011 (Applications nos. 3989/07 and 38353/07). Indeed, the question of whether a national court's failure to make a preliminary reference constitutes a breach of Article 6 of the European Convention of Human Rights has arisen on several occasions, see on this point BROBERG, Morten and FENGER, Niels: *Preliminary references to the European Court of Justice*, *op. cit.*, 271-272.

⁶⁷ Therefore, in technical terms it is impossible to speak of a "request for a preliminary ruling"

the case and therefore interpret and apply national law as well as EU law to the case submitted to it.

The adjudicating national court or tribunal is also free to decide at what stage of its proceedings to refer a question to the Court of Justice⁶⁸, even though the latter has stated that it is preferable to wait to have all the necessary elements of fact and law available to the national court or tribunal, so that the latter is able to present a view of the main proceedings to the Court of Justice that will put it in a position to give a helpful ruling⁶⁹ and also to have the *inter partes* hearing conducted⁷⁰.

In the absence of any rules stating in advance what type of mechanism is to be used for referring questions for a preliminary ruling to the Court of Justice, there is an absolute freedom of form as to how this is to be done, and the national court is likewise free to decide on its contents.

In the dialogue created between the national court or tribunal and the Court of Justice it is therefore the former, the only court to have full knowledge of the facts of the case, which is in the more suitable position to assess the relevance of the questions of law that have been raised and the need to have a preliminary ruling before it can adjudicate⁷¹. It follows that, according to the Court of Justice,

by the parties to the case. In a case where both the Commission and one of the parties to the case requested the Court to rule not only on the current Article 106 TFEU, but also on the current Article 105 TFEU, the Court answered in the negative, pointing out that the national judge had only mentioned the former article in the order for reference and the plaintiff in the main case had nonetheless and explicitly requested to call on the Court also with respect to the interpretation of the current Article 105 TFEU, see Case 247/86 *Alsattel* [1988], para 8.

⁶⁸ Joined Cases 36/80-71/80 *Irish Creamery Milk Suppliers Association* [1981]; and Case C-470/03 *A.G.M.-COS.MET* [2007] (according to the Court of Justice, the decision as to the stage at which a question should be referred to the Court for a preliminary ruling falls within the unrestricted discretion of the national court). Concerning a case in which the Court decided to reply to the questions for preliminary rulings raised in the context of a preliminary hearing, reference is made to the Case C-303/06 *Coleman* [2008]. Furthermore, in joined Cases C-188/10-C-189/10 *Melki and Abdeli* [2010] the Court of Justice has reaffirmed, in giving its view on the compatibility with EU law of the procedural mechanism known as “priority question of constitutionality”, recently introduced in France, that the national court is free at any stage of the proceedings that it deems to be fit, and thus also at the end of incidental proceedings of constitutionality, to submit to the Court of Justice any question for a preliminary ruling that it considers as being necessary. In this way, it has found that Article 267 TFEU does not preclude national legislation establishing an incidental procedure for scrutinising the constitutionality of national laws, provided that the other national courts and tribunals remain free to: (i) call on the Court at any stage in the proceedings that they feel appropriate, including at the end of incidental proceedings of constitutionality; (ii) adopt any necessary measures to ensure the interim judicial protection of the rights bestowed by the legal system of the European Union; and (iii) disapply the national legal provision concerned at the end of the above-mentioned incidental procedure should they find it to be incompatible with EU law.

⁶⁹ Case C-14/86 *Pretore di Salò v X* [1987] and, more recently, Case C-112/13 *A* [2014] and Case C-5/14 *Kernkraftwerke Lippe-Ems* [2015].

⁷⁰ Case C-332/92 *Eurico Italia* [1994]; Case C-18/93 *Corsica Ferries* [1994]; Case C-430/15 *Tolley* [2017].

⁷¹ *Inter alia*, Case C-83/91 *Meilicke* [1992] and, more recently, Case C-97/16 *Pérez Retamero* [2017]; Case C-106/16 *Polbud* [2017]; Case C-39/16 *Argenta Spaarbank* [2017].

provided that the questions raised by the referring court or tribunal deals with the interpretation of EU law, such court or tribunal is required to issue a ruling as a matter of principle⁷². In this context the Court, driven by the desire to provide a useful answer, did not hesitate to act on the questions received, and it rephrased the questions asked in an obscure⁷³, improper⁷⁴ or incomplete⁷⁵ manner, grouped those that were too numerous or repetitive, or placed them in a hierarchical order or in a different logical order⁷⁶. Furthermore, the Court believes that in the presence of questions asked in an incorrect way⁷⁷ or falling outside the scope of its competence provided for by Article 267 TFEU, it should anyway identify the aspects of EU law worth interpreting (or the validity of which was worth assessing). Similarly, when a question of interpretation is referred to the Court, it would be illogical to prohibit it from giving a ruling on invalidity where the legal prerequisites are met⁷⁸ and the ruling may be used by the referring court⁷⁹. The “effet utile” (effectiveness) is the principle always at stake, corroborated by the one of judicial economy, which makes it legitimate for the Court to issue declaratory judgments on the invalidity of an EU legal provision on grounds of a different primary provision of EU law from the one indicated by the referring court or tribunal⁸⁰ — this is a clear departure from the well-known principle that the judicial decision must be commensurate with the request made by the parties⁸¹.

However, such a strict definition of roles would prevent the Court of Justice from checking the wording of the question referred by the national court or tribunal, from assessing the truthfulness and exactitude of the reconstruction made in the order for reference and, consequently, from judging the actual relevance of the question referred. It is a matter of fact that the Court of Justice has long been reluctant to examine the relevance of the questions submitted to it for preliminary rulings.

Despite that, the competence of the national court or tribunal cannot be considered as being exclusive and must be reconciled with the need to preserve the function assigned to the Court of Justice, which consists in contributing to the administration of justice in the Member States and not in giving opinions on general or hypothetical questions⁸². The Court of Justice has thus gradually established a

⁷² *Inter alia*, Case C-318/00 *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins* [2003]; C-295/17 *MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia* [2018].

⁷³ *Inter alia*, Case C-107/98 *Teckal* [1999], para 34.

⁷⁴ See, for instance, Joined Cases C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08 *Alassini and others* [2010], para 37.

⁷⁵ Case C-632/16 *Dyson* [2018], para 47.

⁷⁶ Case C-158/06 *ROM-Projecten* [2007], para 19.

⁷⁷ Case C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction et WISAG Produktionservice* [2010].

⁷⁸ On this point see Case 16/65 *Schwarze* [1965]; for the opposite hypothesis, see Case 29/69 *Stauder* [1969].

⁷⁹ Case C-383/98 *Polo Lauren* [2000], paras 23 ff.

⁸⁰ *Inter alia*, Case 62/76 *Strehl* [1977].

⁸¹ On this point see D’ALESSANDRO, Elena: *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto e efficacia della pronuncia*, Fn. 1 above, 101-114.

⁸² *Inter alia*, Case C-144/04 *Mangold* [2005]. See also Case C-478/07 *Budejovický Budvar* [2009]; Case C-131/16 *Archus et Gama* [2017]; Case C-354/16 *Kleinstauber* [2017].

number of requirements, which it also uses to evaluate the relevance of the questions referred and, if appropriate, to declare their inadmissibility⁸³ (in whole or in part, by order⁸⁴ or by judgment⁸⁵), or to declare that it does not have jurisdiction; or it has used the formula “no need to adjudicate” or “no need to reply”⁸⁶.

1. The “inadmissibility” of questions referred for a preliminary ruling

In this context the Court of Justice’s approach is controversial and has been criticised in legal literature⁸⁷. Indeed, on the one hand neither the Treaty nor the rules of procedure defined the minimum conditions the absence of which leads to declare the inadmissibility of a question referred for a preliminary ruling (see, however, Article 94 of the Rules of Procedure below). Whereas, the Court case-law on the subject seems, at first sight, to be casuistic and not very scientific and, therefore, difficult to predict and classify⁸⁸.

⁸³ For an exemplification of the various aspects of inadmissibility of the individual questions, see Case *Kamberaj*, *cit.*, paras 40-58.

⁸⁴ According to Articles 53(2) and 99 of the rules of procedure, where it is clear that the Court has no jurisdiction to hear and settle a case or where a request or an application is clearly inadmissible, the Court may decide to issue a decision by a reasoned order without taking any further steps in the proceedings. According to Article 99 of the rules of procedure, the Court may at any time, after hearing the Advocate General, decide to rule by reasoned order: (i) where a question referred to the Court for a preliminary ruling is identical to a question on which the Court has already ruled; or (ii) where the reply to such a question may be clearly deduced from existing case-law or (iii) where the answer to the question referred for a preliminary ruling admits of no reasonable doubt.

⁸⁵ In the case of orders, the questions are rejected in their entirety, whereas in the case of judgments some of the questions asked are rejected, while answers are given to the others.

⁸⁶ See, on this respect, WAHL, Nils, PRETE, Luca: “The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings”, Fn. 64 above, 511-547.

⁸⁷ It is worth noting that until the mid-1990s the Court of Justice adopted a mild approach and only in very rare cases did it refuse to issue rulings on references worded unsatisfactorily. A change in practice was introduced in 1993 with *Telemarsicabruzzo*, *cit.*, and since then the dismissal of defective reference has become the norm (see BROBERG and FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, *op. cit.*, 302; IANNONE, Celestina, “Le ordinanze di irricevibilità dei rinvii pregiudiziali dei giudici italiani”, *Il diritto dell’Unione europea*, 2018, n. 2, 249 ff. For an in-depth and critical study of the case law on inadmissibility see, in particular, VANDERSANDEN, Georges: *La procédure préjudicielle devant la Cour de Justice de l’Union européenne*, Fn. 1 above, 60-77, and also BARAV, Ami: *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l’Union européenne*, Fn. 1 above, 19-36 and 252-271. According to the Opinion of Advocate-General Jääskinen in Case C-393/08 *Sbarigia* [2010], in principle the questions referred for a preliminary ruling should not be declared to be inadmissible; rather, their merits should be examined. In this respect, Advocate-General Jääskinen pointed out that “the fact that the Court merely points out that the question is inadmissible could be perceived by national judges as a breach of the principle of cooperation with them — a fundamental principle, which regulates the relationship in question.”

⁸⁸ In the absence of a systematic availability of essential information on the subject (about the use of seemingly interchangeable expressions such as “inadmissibility”, “lack of jurisdiction” or “no need to reply”, it is impossible to understand, for instance, the proportion of the questions rejected because they are too generic, the proportion of those rejected because they are inaccurate, or are deemed to be irrelevant or concern similar matters already resolved.

Although it is far from easy to categorize the various types of inadmissibility orders issued by the Court of Justice, there are various recurring motifs in those rulings⁸⁹.

First of all, the Court of Justice has declared that questions referred for preliminary ruling are inadmissible if they are manifestly irrelevant for the solution of the main proceedings. On this point, it may be true that assessing the relevance of the questions (assumed to be relevant) should be left to the court or tribunal making the reference, but it is equally true that, in respect of the spirit of reciprocal cooperation, the Court of Justice does check that the referring court has not exceeded the limit of the discretionary power granted to it by law⁹⁰. Accordingly, preliminary questions have been declared inadmissible where: (i) they had no bearing on the actual circumstances or on the subject-matter of the main proceedings⁹¹; (ii) they concerned proceedings already closed⁹²; (iii) they were general and merely hypothetical in nature⁹³; (iv) they dealt with questions of interpretation, the solution of which was not necessary for adjudicating the main proceedings⁹⁴; or (v) they related to situations falling outside the scope of EU law⁹⁵.

Second, the Court of Justice has ruled as inadmissible those preliminary questions that while appearing in the reference document omit the necessary explanation of fact and law for it to be able to provide a helpful answer⁹⁶. Indeed, in the absence of such explanation, the Court is not in a position to protect the rights of the interested parties entitled to submit remarks or to supply the national court with an answer that is useful to it⁹⁷.

Third, the Court of Justice has ruled as inadmissible questions arising in the context of fabricated or friendly litigation⁹⁸. However, it has shown extreme caution in this respect, hesitating to consider pleas as being inadmissible on the grounds of the artificial nature of the national dispute⁹⁹. The admissibility of the preliminary reference has thus not been ruled out in cases where the parties were

⁸⁹ See, for instance, Case C-467/05 *Dell'Orto* [2007].

⁹⁰ Case C-380/05 *Centro Europa 7* [2008].

⁹¹ Case C-286/88 *Falciola* [1990].

⁹² Case 338/85 *Pardini* [1988].

⁹³ Case C-343/90 *Lourenço Dias* [1992].

⁹⁴ Case C-448/01 *EVN and Wienstrom* [2003].

⁹⁵ Cf. Case C-299/95 *Kremzow* [1997], in which the Court of Justice found no connecting factor with EU law, and Case C-302/04 *Ynos* [2006] dealing with a case of inapplicability of EU law *ratione temporis*.

⁹⁶ Cases C-295/05 *Asemfo* [2007]; joined Cases C-162/12 and C-163/12 *Airport Shuttle Express a.o.* [2014]; joined cases C-419/12 and C-420/12 *Crono Service and others* [2014]; Case C-335/13 *Ubria Packaging* [2013].

⁹⁷ Case C-320/90 *Telemarsicabruzzo* [1993]; Case C-134/03 *Viacom Outdoor* [2005]; C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional* [2009] I-7633; Case C-68/15 *Equitalia Nord* [2014]; Case C-190/18 *SNCB* [2018].

⁹⁸ Case 104/79 *Foglia v. Novello I* [1980]; and Case 244/80 *Foglia v. Novello II* [1981].

⁹⁹ Case 267/86 *Van Eycke* [1988]; Case C-144/04 *Mangold* [2005]; Case C-328/17 *Amt Azienda Trasporti Mobilita a.o.* [2018].

in agreement on the result to be obtained so long as the question *per se* dealt with an objective need to find the solution in the main proceedings¹⁰⁰.

However the Court of Justice will refuse to reply to questions asked by the referring court, when the EU provisions for which interpretation is sought are not applicable to the facts of the case and where it is a “purely domestic” situation (the latter, however, being a context in which it is difficult to draw the dividing line between admissible and inadmissible questions)¹⁰¹.

In this respect, in relation to questions raised for preliminary ruling that concern EU competition law provisions in purely domestic disputes, it is worth mentioning the interesting case-law (see also footnote No. 21 above) that has deemed questions for a preliminary ruling concerning an EU law provision to be acceptable even where such provision does not appear to apply to the case in point “in the specific case where the national law of a Member State refers to the contents of the rule in question to determine the rules to be applied to a situation existing merely within such Member State”¹⁰². Indeed, according to the Court of Justice, it is clearly in the interest of the EU legal system to ensure a uniform interpretation of all EU law provisions, irrespective of the conditions in which they will be applied, so as to avoid any future interpretation divergences, although it is then the responsibility of national judges to implement the provision interpreted by the Court of Justice, in view of the factual and legal circumstances of the case submitted to them, and also to determine the exact import of the reference to EU law.

The application of this case-law, which is highly criticized by some Advocates-General¹⁰³, has strongly established itself in the area of competition law¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Case C-412/93 *Leclerc-Siplec* [1995].

¹⁰¹ See, in various respects, Case C-393/08 *Sbarigia* [2010] (as well as the conclusions of Advocate-General Jääskinen in the same case, *cit.*); Case C-482/10 *Cicala* [2011]; Case C-122/13 *C.* [2014].

¹⁰² For instance, in Case C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and others* [2013] despite the purely domestic nature of the dispute at the centre of the main proceedings, the Hungarian Supreme Court deemed it advisable to submit a question concerning the interpretation of Article 101 TFEU as the qualification of such agreements, according to the Hungarian competition domestic law, is based on identical concepts, as to their contents, to those referred to by the above-mentioned Article 101 TFEU (see Advocate-General Cruz Villalón Opinion [2012]). In the same vein, see also the more recent Case C-633/16 *Ernst & Young* [2018].

¹⁰³ Cf. VANDERSANDEN, Georges: *La procédure préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Fn. 1 above, 43-46; see also Advocate-General Ruiz Jarabo Colomer Opinion in Case C-1/99 *Kofisa Italia* [2001], paras 22 ff.. For instance, Advocate-General Tesauro in his opinion in *Kleinwort Benson* (Case C-346/93 *Kleinwort Benson* [1995], concerning the ‘Brussels Convention’) argued that: «I do not believe that an Italian court could ask the Community judicature for an interpretation of Article 85 of the Treaty in order to apply the corresponding national provision; and I am even more certain that in any event it would not receive a reply from the Court that it was seeking». In this case, the Court of Justice, following the opinion of Advocate-General Tesauro, declined jurisdiction. The Court of Justice was, in fact, concerned to ensure that, as a matter of national law, the preliminary ruling would bind the interpretation of the relevant domestic provisions. Its conclusion was that such a binding effect would only be felt when national law contained a “direct and unconditional” reference to EU law.

¹⁰⁴ Cf. ATTEW, Mark: “National Competition Law and the Preliminary Ruling Procedure”, *European Journal of Law Reform*, 2000, Vol. 2, No. 2, 241-257.

Specifically, in the judgments *Oscar Bronner*¹⁰⁵, *Poseidon Chartering*¹⁰⁶, *ETI*¹⁰⁷ and *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*¹⁰⁸ the Court of Justice declared a number of questions for a preliminary ruling to be admissible where in principle the main proceedings remained outside the scope of application of EU law and in actual fact concerned only national competition rules¹⁰⁹.

In these cases, to defend its jurisdiction the Court of Justice also invoked the argument based upon the need to forestall future difference of interpretation on a given legal EU provision, depending on whether the latter is only applicable indirectly (through a reference by national law) or directly (as it falls within the scope of application of national law and of Article 101 TFEU)¹¹⁰.

Furthermore, in the presence of a gradual Europeanization of domestic competition law¹¹¹, which has taken vast proportions in the case of certain national legal systems — those essentially following EU law — the national judge may have some difficulties understanding the distinction between a situation where the question for a preliminary ruling is likely to be declared admissible and those where it is not.

It should only be in the presence of an explicit « direct and unconditional reference » to EU law¹¹² that questions for a preliminary ruling should be ruled

¹⁰⁵ Case C-7/97 *Oscar Bronner* [1998]. In this case the *Oberlandesgericht Wien* referred to the Court of Justice, asking whether the conduct complained of by Oscar Bronner, the publisher of an Austrian daily newspaper, claiming that a publisher of a rival newspaper had breached a provision of domestic law, based on Article 86 EC (now Article 102 TFEU), constituted an abuse of dominant position contrary to the latter. The Court of Justice ruled the reference to be admissible because the referring court was faced with a genuine question of Community Law, see on this point Attew, *National Competition Law and the Preliminary Ruling Procedure*, cit., 253-256.

¹⁰⁶ Case C-3/04 *Poseidon Chartering* [2006].

¹⁰⁷ Case C-280/06 *ETI and others* [2007].

¹⁰⁸ Case C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* [2006].

¹⁰⁹ Similarly, according to the Court the fact that the national court has not yet issued a final decision on the question as to whether national competition law alone should be applied or whether, on the contrary, EU law is also applicable is not an obstacle to the admissibility of its reference, see Case C-439/08 *VEBIC* [2010], para 45.

¹¹⁰ See Case *Oscar Bronner*, cit., paras 19-20; Case *Poseidon Chartering*, cit., para 16; Case *ETI and others*, cit., para 26 and Case *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, cit., para 20.

¹¹¹ According to ATTEW, Mark, *National Competition Law and the Preliminary Ruling Procedure*, cit., Fn. 104 above, 243, there are different ways in which domestic competition law draws on EU Law: (i) domestic law may transpose aspects of the Treaty and associated secondary legislation; (ii) domestic law may incorporate passages from EU case-law; (iii) domestic law may attribute EU principles a general role in matters of interpretation.

¹¹² On this aspect, see ARENA, Amedeo: *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019, pp. 186-197. As argued by the Court of Justice at para 19 of Case C-482/10 *Cicala* [2011], an interpretation of EU law provisions in purely domestic situations is justified because they are made applicable by national law in a direct and unconditional way (see, to that effect, Case C-346/93 *Kleinwort Benson* [1995], para 16, and Case C-280/06 *ETI and Others* [2007], para 25), so as to ensure that domestic situations and situations governed by EU law are treated in the

admissible where the reference by the national legislature concerns a provision of competition law.

Thus, the declaration of inadmissibility essentially remains the *extrema ratio*, with the result that, still from the point of view of the full cooperation inspiring the dialogue and the division of labour between the Court of Justice and the referring court or tribunal, the former may, after hearing the Advocate General, request clarification, so as to dispel any doubt about the admissibility of the question¹¹³ (on this point see Article 101 of the Rules of Procedure¹¹⁴).

Specifically, in order to solve the recurrent problem of the incompleteness of some questions referred for a preliminary ruling, which, as mentioned above, obliges the Court of Justice to declare them to be inadmissible in the event of the total absence of particulars on the legal or factual circumstances of the main case, or, exceptionally, for the lack of any question, the court has stated (in Article 94 of the Rules of Procedure) the minimum required contents that any question referred for a preliminary ruling must have¹¹⁵.

same way. In Case C-450/15 *Italsempione — Spedizioni Internazionali* [2016], the Court of Justice has ruled that it has no jurisdiction to reply to the reference for a preliminary ruling from the Italian Council of State, concerning the interpretation of the principles governing the quantification of fines in antitrust matters, in relation to fines imposed by the Italian Competition Authority (AGCM) on the basis of national competition rules. The Court of Justice took the view that it did not appear from the information provided by the referring court that AGCM should apply, in a general manner and without exception, the Guidelines on the method of setting fines adopted by the European Commission in 2006. According to the Court of Justice, even if that were the case, it should be held that the description of a national practice of the competition authority could not be regarded as a direct and unconditional reference to EU law.

¹¹³ Cases C-467/06 *Consel Gi. Emme* [2008], para 14; C-20/05 *Schwibbert* [2007]; C-384/08 *Attanasio Group* [2010]; C-393/17 *Kirschstein* [2019] In any case, the answer of the referring judge to the request for clarification did not necessarily result in the admissibility of the question for a preliminary ruling, see, *inter alia*, Case C-54/03 *Austroplant-Arzneimittel* [2004].

¹¹⁴ According to Article 101 ('Request for clarification'), the Court of Justice may request the national judge to provide additional information regarding facts if the order for referral is either ambiguous or incomplete on a given point which turns out to be relevant. In practice, this provision enables the Court of Justice to also enquire with the national judge whether the referral has lost its object (*cf.* Case C-134/94 *Esso Espanola* [1995], para 7), e.g. given the contents of a judgement the Court of Justice has handed down in the meantime (*cf.* Case C-254/06 *Zürich Versicherungs-Gesellschaft* [2007]; see WÄGENBAUR, Bertrand: *Court of Justice of the EU — Commentary on Statute and Rules of Procedure*, Munich, Oxford, Baden-Baden, 2013, 340-342; and NAOMÉ, Caroline: "Comment on Article 101 of the Rules of Procedure", in AMALFITANO, Chiara, CONDINANZI, Massimo, IANNUCELLI, Paolo (eds), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Fn. 1 above, pp. 637 — 643.

¹¹⁵ According to Article 94 ("Content of the request for a preliminary ruling") of the Rules of Procedure of the Court of Justice, in addition to the wording of the questions referred to the court for a preliminary ruling, the request for a preliminary ruling shall contain: (a) a summary of the subject-matter of the dispute and the relevant factual findings as determined by the referring court or tribunal, or, at least, an account of the facts on which the questions are based; (b) the tenor of any national provisions applicable in the case and, where appropriate, the relevant national case-law; (c) a statement of the reasons that prompted the referring court or tribunal to inquire about the interpretation or validity of certain provisions of European Union law and the relationship between those provisions and the national legislation applicable to the main proceedings.

As regards the subject-matter of cases dealt with, by far the largest number of questions rejected by the Court of Justice has concerned the interpretation of the provisions concerning competition and/or State aids, often in conjunction with or as an alternative to asking for interpretation of the provisions concerning free movement¹¹⁶.

Otherwise, the fact that until very recently the decisions to refer a matter for a preliminary ruling were not made public constituted a barrier to analysis from the outside¹¹⁷.

By way of conclusion, the case-law of the Court of Justice has not facilitated the already difficult task of the national judge. Indeed, on the one hand, orders are often not sufficiently grounded when not copied from other orders; on the other hand, the Court of Justice's attitude in relation to admissibility has not always been very consistent¹¹⁸. There is the impression that the Court of Justice wishes to maintain a degree of flexibility in determining whether or not the questions submitted to it may be accepted, and is more or less strict and rigorous according to the situation.

VIII. THE EFFECT OF THE RULING

The effectiveness of preliminary rulings is not dependent on any particular enforcement mechanism. In the absence of any details in the Treaty in this respect, the question of effectiveness needs to be examined from two different points of view: (i) within the main proceedings, i.e. with reference to the same proceedings as those in which the question was raised and possible higher instances dealing with the same matter later on; and (ii) beyond the relevant proceedings, i.e. with reference to all the other national proceedings in which the EU legislation exam-

¹¹⁶ See, e.g., Case *Sbarigia*, Fn. 89 above, where the regional administrative tribunal of Lazio (Italy) asked the Court of Justice, in relation to the matter of the opening hours of pharmacies, to assess the compatibility of the Italian legislation in this respect with the provisions on freedom of establishment and free provision of services, on competition and on public health.

¹¹⁷ Only in November 2019, the Court of Justice decided to make publicly available orders for reference made after July 1st 2018 (see Press Release of the Court of Justice No. 135/19 available at www.curia.europa.eu).

¹¹⁸ One case that springs to mind, for instance, is that of the two questions referred by a judge (Giudice di Pace) in Bitonto (Italy) concerning compensation for the losses suffered by consumers at the hands of insurance companies guilty of purportedly taking part in an agreement endorsed by the Italian competition authority, allowing them to fix the premiums for third-party motor insurance policies. In that matter, despite the fact that the orders were substantially similar, the Court did not feel inclined to reject them a second time, notwithstanding the exceptions invoked by the parties (please refer, first and foremost, to Joined Cases C-438/03, C-439/03, C-509/03 and C-2/04 *Cannito and others* [2004] and then to Case C-295/04 to C-298/04 *Manfredi and others*, *cit.*). In fact, on the occasion of the second reference, the background to the situation had changed, as the Commission had already launched a series of initiatives regarding the possibility of legislative intervention in the field of private enforcement of antitrust law. Therefore, the questions submitted for preliminary ruling by the Bitonto judge turned out to be particularly propitious as they offered the Court of Justice the opportunity to rule on a number of aspects concerning private enforcement.

ined by the Court is also applied. As regards the former, the effect of the judgment is clearly obtained by it being completely binding on the referring court (as well as on the other courts that may be called on to hear the same dispute should this go on to appeal or even Supreme Court level) and, indirectly, on the parties too¹¹⁹. In this case, the only possible action open to the referring court or tribunal is to address the Court of Justice again to seek clarification of the answers given in response to the original request¹²⁰, or to put a new question of law or new elements for appraisal to the Court, which might lead it to give a different answer to a question already raised. However, it cannot challenge the validity of the judgment¹²¹.

It is clear that if ever the Court of Justice were to regard it as necessary to resolve more questions than those actually referred to it by the national court or tribunal, then the binding effect would not necessarily extend to those additional rulings, given that the adjudicating national court or tribunal might feel that these other rulings were not relevant to the solution of the specific dispute. By doing so, the national court or tribunal maintains its own exclusive competence to check, according to its own judgment, the relevance of the question for the solution of the dispute brought before it¹²². The binding effect of the Court's ruling is absolute in its operative part. The same applies to the grounds for the decision, in all the passages linked to the conclusion expressed in the operative part, whereas the frequent *obiter dicta* aimed, by their nature, at being effective and apt to solve any matters that may arise in future national proceedings essentially take on their relevance beyond the specific proceedings.

¹¹⁹ Cases 52/76 *Benedetti* [1977]; C-446/98 *Fazenda Pública* [2000]; C-173/09 *Elchinov* [2010]; and C-62/14, *Gauweiler a.o.* [2014]. In conforming with the interpretation supplied by the Court of Justice, the adjudicating court or tribunal must, if necessary, disregard the legal ruling of other national courts and tribunals, even higher instance ones.

¹²⁰ As stated by the Court of Justice itself in the Case C-14/86 *Pretore di Salò v. X* [1987], a further request for a preliminary ruling may be justified whenever the national court or tribunal is faced with difficulties in understanding and applying the ruling. As only the national judges can determine whether they believe they are sufficiently enlightened by the preliminary ruling issued at their request or whether they deem it necessary to address the Court of Justice again, the parties to the main proceedings may not invoke Article 44 of the Statute or Article 159 of the Rules of Procedure to request the repeal of the judgments issued pursuant to Article 267 TFEU. Only the referring judge could, if necessary, submit to the Court of Justice new elements for consideration that may lead it to provide a different answer to a question already raised; see Case C-116/96 *REV Reisebüro Binder* [1998]. For the same reasons, the parties (or an EU institution proving its interest in the matter) may not invoke Article 43 of the Statute or Article 158 of the Rules of Procedure to request the interpretation of a judgment arisen from a reference for a preliminary ruling, see Case 40/70 *Sirena* [1979]. In this respect, please note that the Rules of Procedure in force, adopted in 2012, have, for the avoidance of doubt, introduced a new provision, namely Article 105 (bearing the heading "*Interpretation of preliminary rulings*"), where it is explicitly pointed out that the article relating to the interpretation of judgments and orders does not apply to the decisions issued by the Court of Justice in reply to a question for a preliminary ruling. Indeed, as already mentioned, as there are no actual parties in preliminary ruling proceedings, the Court of Justice has no reason to interpret its decision.

¹²¹ Cases C-69/85 *Wünsche* [1986]; and C-14/86 *Pretore di Salò v. X*, *cit.*.

¹²² Case C-222/78 *ICAP* [1979].

Concerning judgments that deal with the validity of an EU act, the construction of an EU act made by the Court of Justice to declare its validity has the same binding effect as that of the final decision as it is intrinsically linked with that decision. Where the Court of Justice finds that an act of the Union is indeed valid, the effect is strictly limited to the case in point and the specific reasons for the action. Conversely, whenever the Court of Justice's ruling is one of invalidity of the challenged act, it must be impossible for the court or tribunal lodging the question, as well as for any other court or tribunal, to be able to apply the act declared invalid. If it were to be otherwise, the decision taken by the latter would be irredeemably thwarted and would leave considerable latitude for abuse. For the same reason, a decision of validity supported by a specific interpretative reasoning shall bind the judge to whom the question was referred to make the same interpretation as the one provided by the Court. Whenever the Court's ruling on the question of validity is issued with reference to a particular "relevant provision", this will not prevent the national court or tribunal from bringing up the question again at a later stage, but with a link to any other provision not considered the first time round.

As far as the effects beyond a specific case are concerned, it is now established that the existence of a precedent from the Court of Justice removes the obligation for the court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law to refer the matter for a preliminary ruling¹²³, even if it has also been established that such court or tribunal maintains the option of submitting the question to the court's scrutiny to provoke the latter to *overrule*¹²⁴ a precedent, when it has doubt about what precisely this precedent means. However, given the very nature of judgments and orders issued through the preliminary reference procedure, which takes the form of rulings on points of law, it is impossible to deny the substantially binding scope of the provisions interpreted by the Court of Justice and, therefore, the fact that such judgments and orders do indeed produce effects towards everybody¹²⁵. Furthermore, the fundamental purpose of ensuring the uniform application of EU law at the very heart of the preliminary reference procedure would be thwarted if the Court of Justice's interpretative rulings were

¹²³ On the other hand, the possibility of staying national proceedings while waiting for a ruling from the Court of Justice in reply to a question submitted to it by another court or tribunal that turns on the same issue, is governed by the national procedural order.

¹²⁴ Indeed, turnarounds are very rare in the Court case-law (see, e.g., Case C-127/08 *Metock and others* [2008], para 58, compared with Case C-109/01 *Akrich* [2003]).

¹²⁵ On the other hand, the substantially binding nature of the precedent on all national courts and tribunals, whether adjudicating at first or last instance, is indirectly confirmed by Article 99 of the Rules of Procedure of the Court of Justice, which makes provision for changing the procedure before the court itself in the event of a question being referred that is "manifestly identical" to one on which the court has already ruled. In such a case the Court of Justice, after hearing any observations of the parties concerned and informing the court or tribunal making the reference, will actually be able to give its decision by a reasoned order (it is also possible to follow this procedure "where the answer to the question (...) admits of no reasonable doubt"). Furthermore, the Court of Justice's ruling is also a precedent for administrative authorities (see Case C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] and Case C-2/06 *Kempter* [2008]).

to have an impact solely in the national dispute that was at the origin of the questions lodged with the Court.

However, it should be highlighted that the judgment declaring the EU act invalid does not, by right, produce those same effects towards everybody as those of the judgment declaring an act void in an action for annulment. In other words, the incidental judgment of invalidity does not produce the constitutive effect *per se* of disapplying the act, although it is certainly of *de facto* relevance

1. The temporal effect of the ruling

Preliminary rulings have a retroactive or *ex tunc* effect, in the sense that the EU legal provision that was the subject-matter of the question referred will have to be interpreted in compliance with the Court of Justice's clarification going right back to the time when it entered into force. The basis of this is the underlying assumption that the Court of Justice merely clarifies and spells out the scope of the legal provision, which must or should have been understood and applied in that way by the referring court or tribunal to legal relationships established before the interpretative judgment¹²⁶. This principle does not allow for exceptions with regard to its effects within the specific proceedings. As regards the extent of the effects produced beyond the specific case, the retroactivity rule may be mitigated by certain conditions, such as the principle of legitimate expectations and the "innovation" in scope brought about by the preliminary ruling. In a number of cases, the Court of Justice has reserved the power to set time limits for the application of its own judgments in both interpretative and validity questions¹²⁷ (by a similar application of Article 264(2) TFEU), particularly when its rulings, if applied retroactively, would be risk causing financial consequences because a significant number of legal arrangements have been established on the basis of the legal provision that has now been found incompatible with EU law¹²⁸. Therefore, only in exceptional circumstances does the Court of Justice, in application of the general principle of legal certainty inherent in the EU legal order, have the option of restricting for any person concerned the opportunity of relying upon a provision that it has interpreted with a view to calling in question legal relationships established in good faith¹²⁹. At the very most, the Court of Justice's interpretation might be effective for those, companies and individuals, who had

¹²⁶ Case 61/79 *Denkavit italiana* [1980]; Case C-347/00 *Barreira Pérez* [2002]; Case C-110/15 *Microsoft Mobile Sales International a.o.* [2016]; Case C-510/16 *Carrefour Hypermarchés* [2018]. It is hardly necessary to point out that the retroactive effect of a preliminary ruling interpretation is that, under certain conditions, it tramples an administrative act definitively confirmed by a judgment having the force of *res judicata* (Case *Kühne & Heitz*, *cit.*, para 28).

¹²⁷ For instance, by temporarily keeping alive certain effects of the act declared void, cf. Joined Cases C-38/90-C-151/90 *Lomas and others* [1992]; Joined Cases C-92/09-C-93/09 *Schecke and others* [2010]; Joined Cases C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 and C— 391/14 à C-393/14 *Borealis Polyolefine* [2014]; Case C-585/15 *Raffinerie Tirlemontoise* [2017].

¹²⁸ Case 112/83 *Société des produits de maïs* [1985].

¹²⁹ See, e.g., Case C-104/98 *Buchner and others* [2000], para. 39.

already filed their claims before a court or tribunal before the preliminary ruling became known¹³⁰.

The Court of Justice has exclusive jurisdiction to place temporal limits on the effects of a preliminary ruling, and any such limit must be stated as such in the judgment providing the interpretation requested or declaring the act that was challenged to be invalid¹³¹. National courts and tribunals, however, are not permitted to apply considerations of legal certainty or protection of legitimate expectations with regard to the *ex tunc* effect of preliminary rulings¹³².

IX. THE FUNCTION OF THE PRELIMINARY REFERENCE MECHANISM IN COMPETITION LAW FOLLOWING THE MODERNIZATION AND THE DAMAGES DIRECTIVE

As mentioned above, the preliminary reference procedure in the context of competition law has been critical for the development of the latter.¹³³ The majority of the current competition rights have been recognized by the Court of Justice in the exercise of its competence under Article 267 TFEU. Most of these rights have been subsequently “codified” in Regulation No. 1/2003 and in the Commission “modernization package”¹³⁴.

¹³⁰ *Inter alia*, Case C-262/96 *Sürül* [1999].

¹³¹ Case C-292/04 *Meilicke* [2007]; and Case C-475/03 *Banca popolare di Cremona* [2006].

¹³² Case C-409/06 *Winner Wetten* [2010].

¹³³ A very interesting analysis of the importance of the preliminary references in the context of competition law can be found in RODGER, Barry (ed.), *Article 234 and Competition Law. An analysis*, op. cit.; RODGER, Barry: “Article 234 and competition law: a comparative analysis”, *Maastricht journal of European and comparative law*, Vol. 15, 2008; and RODGER, Barry: “Competition law preliminary rulings: a quantitative and qualitative overview post regulation 1/2003”, *Global Competition Litigation Review*, No. 2, 149-191. More in general, see TIZZANO, Antonio: “Il contributo dei giudici dell’Unione europea allo sviluppo del diritto della concorrenza”, in LIGUSTRO, Aldo, SACERDOTI, Giorgio (eds), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell’economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Naples, 2011, 787-800; IANNUCELLI, Paolo: “La responsabilisation des juges nationaux dans le cadre du renvoi préjudiciel: un bon exemple en droit de la concurrence”, *Revue des affaires européennes*, 2013, p.553-562; STUYCK, Jules: “The Role of Preliminary References in the Uniform Application of EU Competition Law”, in ALMÄAN, Adriana, WHELAN, Peter (eds), *The Consistent Application of EU Competition Law: Substantive and Procedural Challenges*, Cham, 2017, 177-191. See also generally MILCHIOR, Richard: “Droit de la concurrence et renvoi préjudiciel”, in GRARD, Loïc and SAINTOURENS, Bernard (eds), *La libre concurrence face aux juges*, Bordeaux, 2010, 175-219; GENCARELLI, Bruno and CRESPI, Serena: “Regole di concorrenza e giudice dell’Unione europea”, in FRIGNANI, Aldo and BARIATTI, Stefania (eds), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, 639-644; TOADER, Camelia: “The National Judge and Preliminary Rulings: Recent CJEU Case Law on Articles 101 and 102 TFEU” in ALMÄAN, Adriana, WHELAN, Peter (eds), *The Consistent Application of EU Competition Law: Substantive and Procedural Challenges*, Cham, 2017, 165-177.

¹³⁴ See, amongst other, Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, OJ C 101, 27.04.2004, p. 54, and Commission notice — Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ C 101 of 27.4.2004, p. 81.

In the context of the modernization process set up by Regulation No. 1/2003 the national judge is attributed a major role in the enforcement of competition law¹³⁵.

As a result, an increasing number of requests for preliminary rulings were expected from national courts in the post-modernization period, although the Commission took the view upon introducing Regulation No. 1/2003 that, while an initial increase in preliminary references could be expected, a significant increase was unlikely because most litigation before national courts would concern areas where the law has been clearly established¹³⁶.

Two main factors indicated that a significant increase of preliminary rulings in competition cases would take place¹³⁷.

First, Regulation No. 1/2003, entered into force on 1 May 2004, decentralized the application of EU competition law by giving national courts the power to apply Article 101 TFEU and raised a number of complex legal issues, such as the interrelationship between EU and national competition law¹³⁸. These elements should have prompted the national judges to address more preliminary references to the Court of Justice than they did prior to the entry into force of the Regulation.

Second, following the entry into force of Regulation No. 1/2003, twelve Member States joined the EU (in 2005 and 2007) and a new one (Croatia) joined

¹³⁵ Under recital 7 of the Regulation, national courts have an essential role in applying EU competition rules, in particular in private enforcement disputes, which complements that of the national competition authorities. Article 6 highlights the powers of national courts to apply Articles 101 and 102 TFEU, while Articles 15 and 16 establish the principles of cooperation between the national courts the Commission and the national competition authorities and of the uniform application of competition law.

¹³⁶ Proposal for a Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty and amending Regulations (EEC) No 1017/68, (EEC) No 2988/74, (EEC) No 4056/86 and (EEC) No 3975/87 ('Regulation implementing Articles 81 and 82 of the Treaty'), COM(2000)0582 final, OJ C 365E, 19.12.2000, p. 284, para 2 (b).

¹³⁷ BARBIER DE LA SERRE, Eric: "Competition law cases before the EU Courts: is the well running dry?", in MEROLA, Massimo and DERENNE, Jacques (eds), *The role of the Court of Justice of the European Union in competition law cases*, 2012, 94-96.

¹³⁸ As Advocate-General Mazák mentioned in para 13 of his Opinion in Case C-375/09 *Tele 2 Polska* [2011], the decentralisation of the enforcement of EU competition law goes further than simply requiring NCAs and national courts to apply Articles 101 and 102 TFEU. To enable the decentralisation to be properly implemented, Regulation No 1/2003 provides for at least three distinct mechanisms: (i) the conferral of power on NCAs and the national courts, with a resultant decrease in the Commission's direct enforcement activity; (ii) the requirement for the NCAs and the national courts to apply Articles 101 and 102 TFEU within a system regulating the relationship between national and EU law; and, last but not least, (iii) arrangements to facilitate cooperation and control of the work of the NCAs and the national courts in order to safeguard a uniform and coherent application of the EU competition rules. As we will see below, a consequence of the important role which NCAs (and the national courts) play in the functioning of the new system is that, under Regulation No 1/2003, they are subject to strict rules as regards both the powers conferred on them and the exercise of those powers.

in 2013. In less than three years the number of Member States nearly doubled. Even assuming that the courts of the new Member States might need some time to become fully aware of their rights and obligations under Article 267 TFEU, there was a strong potential for an increase in the number of preliminary references. Indeed, the total number of preliminary references has significantly increased since 2004 along with the size of the EU (from 249 in 2004 to 520 in 2018¹³⁹).

However, despite the above factors, the number of preliminary references in competition law has actually decreased considerably since 2004 both in absolute terms and as a proportion to the overall number of preliminary references made to the Court of Justice¹⁴⁰, while, during the period 1995-2003, 109 requests have been brought in competition law cases (including 57 related cases)¹⁴¹, since the entry into force of Regulation No. 1/2003 to date¹⁴², only 126 such requests have been brought. In proportion to the overall number, preliminary references in competition law fell from approximately 7-8% in 1997 to 1,2% in 2017 and 0,7% in 2018.

The following paragraphs provide an overview of the preliminary references brought to the Court of Justice since the entry into force of Regulation No. 1/2003 in 2004.

In 2004, the Court received nine requests for preliminary rulings, all of which submitted by the Italian courts. Five of these requests were submitted by the same judge in related cases, concerning competition law enforcement¹⁴³, including the landmark *Manfredi* ruling discussed above¹⁴⁴. Four more requests concerned the compatibility of Italian national legislation with different provisions of EU competition law, including the *Cipolla* referral on lawyers' fees regulation¹⁴⁵.

¹³⁹ In 2019, 568 references for preliminary rulings introduced to date.

¹⁴⁰ RODGER, Barry: *Art. 267 TFEU preliminary rulings: An overview of EU and national case-law*, op. cit., 1-2.

¹⁴¹ In detail, out of 109 cases referred during the period 1995-2003: 9 were referred in 1995, including two sets of related cases (respectively, two and three cases); 15 in 1996, including two sets of related cases (four and three); 19 in 1997 including three sets of related cases (respectively, two, two and six); 15 in 1998, including two sets of related cases (two and five); nine in 1999 (two related cases); six in 2000; 20 in 2001, including five sets of related cases (respectively, for, five, three, two and two); two in 2002; 14 in 2003, including two sets of related cases (five and three).

¹⁴² This survey takes into account preliminary references brought until September 30th, 2019 and Court's decisions up to the same date.

¹⁴³ For a full analysis on preliminary rulings concerning competition law enforcement, see IANNUCELLI, Paolo: "The European Court of Justice and the shaping of private enforcement of EU antitrust law through preliminary rulings", in CORTESE, Bernardo: *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, 223 ff.

¹⁴⁴ These requests came from the judge in Bitonto, Italy (see footnote 116 above).

¹⁴⁵ Joined Cases C-94/04 and C-202/04 *Cipolla and others* [2006], on referrals from the Corte di Appello di Torino and the Tribunale di Roma. The others were Cases C-410/04 *ANAV* [2006], from the Tribunale Amministrativo Regionale Puglia, and C-149/04 *Fava (fallimento IMEG)* [2005], from the Corte di Cassazione.

In 2005, the Court received seven requests, five of which concerned vertical restraints of competition under Article 101 TFEU¹⁴⁶. The other two requests concerned a horizontal agreement on information exchange under the same provision¹⁴⁷ and the compatibility of State regulation with Article 101 TFEU and related provisions¹⁴⁸.

In 2006, the Court received fourteen requests, eleven of which related to the application of Article 102 TFEU in joined cases concerning obstacles to parallel imports of pharmaceutical products in Greece¹⁴⁹, while the three remaining cases concerned Article 101 TFEU, two of which on vertical restraints and one on a horizontal agreement¹⁵⁰.

In 2007, the Court received nine requests. Three of these concerned the compatibility of State legislation with EU competition law¹⁵¹. Three more requests concerned the application of Article 101 TFEU, two of which in relation to horizontal agreements and the other to vertical restraints of competition¹⁵². Two requests concerned the application of Article 102 TFEU (including one on the combined application of Articles 102 and 106 TFEU)¹⁵³. The remaining request (the “X” case), concerned competition law enforcement and is of importance: the Court established that, under Article 15(3) of Regulation No. 1/2003, the Commission could submit, on its own initiative, written observations to a national court in a competition law case (concerning the deductibility from taxable profits of the amount of a fine or a part thereof imposed by the Commission for infringement of Articles 101 or 102 TFEU)¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Case C-125/05 *Vulcan Silkeborg* [2006], from the Østre Landsret (Denmark); Case C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* [2006], from the Tribunal Supremo (Spain); Cases C-376/05 and C-377/05 *Brünsteiner and Autohaus Hilgert* [2006], from the Bundesgerichtshof (Germany); Case C-421/05 *City Motors Groep* [2007], from the Rechtbank van koophandel Brussel (Belgium).

¹⁴⁷ Case C-238/05 *Asnef-Equifax and Administración del Estrado* [2006], from the Tribunal Supremo (Spain).

¹⁴⁸ Case C-446/05 *Doulamis* [2008], from the Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgium).

¹⁴⁹ Joined Cases C-468/06-C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia and others* [2008], from the Efeteio Athinon (Greece).

¹⁵⁰ Respectively, Case C-273/06 *Auto Peter Petschenig* [2007], from the Handelsgericht Wien (Austria); Case C-279/06 *CEPSA* [2008], from the Audiencia Provincial de Madrid (Spain); Case ETI, footnote 106 above, from the Consiglio di Stato (Italy).

¹⁵¹ Case C-350/07 *Kattner Stahlbau* [2009], from the Sächsisches Landessozialgericht (Germany); Case C-386/07 *Hospital Consulting and others* [2008], from the Consiglio di Stato (Italy), declared inadmissible by the Court; Case C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft* [2009], from the Oberster Gerichtshof (Austria).

¹⁵² Respectively, Case C-209/07 *Beef Industry Development Society and Barry Brothers* [2008], from the Supreme Court (UK); Case *Pedro IV Servicios*, cit., from the Audiencia Provincial de Barcelona (Spain); Case C-506/07 *Lubricarga* [2009], from the Audiencia Provincial de la Coruña (Spain), declared inadmissible by the Court.

¹⁵³ Case C-49/07 *MOTOE* [2008], from the Diokitiko Efeteio Athinon (Greece); and Case C-52/07 *Kanal 5 and TV 4* [2008], from the Marknadsdomstolen (Sweden).

¹⁵⁴ C-429/07, *X*, [2009], from the Gerechtshof te Amsterdam (The Netherlands).

In 2008, the Court of Justice received only four requests, two of which were on the compatibility of State legislation with EU competition law¹⁵⁵, one on the application of Article 101 TFEU to a horizontal agreement¹⁵⁶, and one on enforcement¹⁵⁷.

In 2009, the Court of Justice received six requests, including two on the compatibility of State regulation¹⁵⁸, two on enforcement¹⁵⁹ (including the landmark *Pfleiderer* ruling on access to documents and information provided under a national leniency programme), one on the application of Article 101 TFEU to a distribution agreement¹⁶⁰ and the landmark *TeliaSonera* ruling on the application of Article 102 TFEU to “margin squeeze” practices by an incumbent telecommunication operator¹⁶¹.

In 2010, the Court of Justice received five requests, three of which were related and concerned the compatibility of State regulation with EU competition law¹⁶², one concerned enforcement¹⁶³, and the remaining case concerned the application of Article 102 TFEU to rebates applied by a dominant postal operator to competitor’s customers (the *Post Danmark* ruling)¹⁶⁴.

In 2011, the Court of Justice received eight requests. Four of these concerned enforcement issues¹⁶⁵, including the interesting *Expedia* ruling on the application by a national competition authority of Article 101(1) TFEU to a “*de minimis*”

¹⁵⁵ Case C-91/08 *Wall* [2010], from the Landgericht Frankfurt am Main (Germany); and Case *Sbarigia*, footnote 89 above, from the Tribunale Amministrativo Regionale Lazio (Italy).

¹⁵⁶ Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands and others* [2009], from the College van Beroep voor het bedrijfsleven (The Netherlands).

¹⁵⁷ Case *VEBIC*, footnote 108 above, from the Hof van Beroep te Brussels (Belgium).

¹⁵⁸ Case C-338/09 *Yellow Cab Verkehrsbetrieb* [2010], from the Unabhängiger Verwaltungssenat Wien (Austria); Case C-437/09 *AG2R Prévoyance* [2011], from the Tribunal de grande instance de Périgueux (France); and Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* [2011], from the Cour d’appel de Paris (France).

¹⁵⁹ Case C-360/09 *Pfleiderer* [2011], from the Amtsgericht Bonn (Germany); and Case C-375/09 *Tele 2 Polska* [2011], from the Sąd Najwyższy (Poland).

¹⁶⁰ Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* [2011], from the Cour d’Appel de Paris (France). It is worth noting that in this case, the French judges, not satisfied with the brief submitted, on the basis of Article 15 (3) of Regulation No. 1/2003, by the Commission acting as *amicus curiae*, decided to submit a request for preliminary ruling to the Court of Justice; see CORTESE, Bernardo “Defining the roles of the Court and administrative bodies in private enforcement in Europe — United in diversity?”, in CORTESE, Bernardo: *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 145.

¹⁶¹ Case C-52/09 *TeliaSonera Sverige* [2011], from the Stockolms tingsrätt (Sweden).

¹⁶² Joined Cases C-97/10 to C-99/10 *AG2R Prévoyance* [2011], from the Tribunal d’instance de Dax (France) (these cases were related to the previous Case C-437/09 *AG2R Prévoyance*, footnote 156 above).

¹⁶³ Case C-17/10 *Toshiba Corporation and others* [2012], from the Krajský soud v Brně (Czech Republic).

¹⁶⁴ Case C-209/10 *Post Danmark* [2012], from the Højesteret (Denmark).

¹⁶⁵ Case C-226/11 *Expedia* [2012], from the Cour de Cassation (France); C-536/11 *Donau Chemie and Others* [2013], from the Oberlandesgericht Wien (Austria); and C-681/11 *Schenker and others* [2013], from the Oberster Gerichtshof Wien (Austria).

agreement, and the *Schenker* ruling on antitrust liability of an undertaking that erred with regard to the lawfulness of its conduct. Two more cases concerned the application of Article 101 TFEU to vertical restraints¹⁶⁶. A further case concerned the combined application of Articles 101 and 102 TFEU¹⁶⁷, while the remaining case concerned the compatibility of State legislation with EU law¹⁶⁸.

In 2012 the Court received thirteen requests. Most of these (seven) were referred in two cases on the compatibility with Articles 101 and 102 TFEU of Italian legislation concerning, respectively, para-pharmacies¹⁶⁹ and car-and-driver hire services¹⁷⁰. Three more cases concerned the compatibility of State legislation, one of which was cancelled following the withdrawal of the request¹⁷¹, another concerned national legislation imposing minimum tariffs on bodies responsible for verifying and attesting the compliance of potential subcontractors for public works with conditions laid down in law¹⁷², and the third case concerned rules on training credits adopted by a professional association of chartered accountants¹⁷³. Two other cases in 2012 concerned the application of Article 101 TFEU to horizontal and vertical restraints of competition¹⁷⁴, and the remaining case concerns both enforcement issues, including the scope of the obligation on courts of final instance to make a reference for a preliminary ruling, and the application of Article 101 TFEU and secondary legislation to a code of conduct of a professional geologists' association prohibiting fees lower than the specified standards¹⁷⁵.

In 2013, the Court received thirteen requests. One of these concerned enforcement issues¹⁷⁶. One more case, the interesting *Huawei Technologies* ruling, concerned the obligations under Article 102 TFEU of a dominant undertaking holding a patent essential to a standard established by a standardisation body¹⁷⁷. Two

¹⁶⁶ Case *Allianz Hungária Bistositó*, from the Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága (Hungary), footnote 101 above; and Case C-158/11 *Auto 24* [2012], from the Cour de Cassation (France).

¹⁶⁷ Case C-603/11 *Fontaine* [2012], from the Juge de Proximité de Chartres (France).

¹⁶⁸ Case C-138/11 *Compass-Datenbank* [2012], from the Oberster Gerichtshof (Austria).

¹⁶⁹ Joined Cases C-159/12 to C-161/12 *Venturini and others* [2013], from the Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia (Italy).

¹⁷⁰ Joined Cases C-162/12 and C-163/12 *Airport Shuttle Express and others* [2014], and Joined Cases C-419/12 and C-420/12 *Crono Service Scarl and others* [2014], all from the Tribunale Amministrativo Regionale Lazio (Italy).

¹⁷¹ Case C-364/12 *Miguel Fradera Torredemer a.o.* [2013], from the Audiencia Provincial de Barcelona (Spain).

¹⁷² Case C-327/12 *Soa Nazionale Costruttori* [2013], from the Consiglio di Stato (Italy).

¹⁷³ Case C-1/12 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* [2013], from the Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal).

¹⁷⁴ Respectively, Case C-68/12 *Slovenská sporiteľňa and* [2013], from the Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slovak Republic); and Case C-117/12 *La Retoucherie de Manuela* [2013], from the Spanish Audiencia Provincial de Burgos (Spain).

¹⁷⁵ Case C-136/12 *Consiglio Nazionale dei Geologi* [2013], from the Consiglio di Stato (Italy).

¹⁷⁶ Case C-451/13 *Gigaset* [2014], from the German Bundesgerichtshof (Germany). Following to the delivery on 19 July 2012 of judgment in Case C-591/10, *Littlewoods Retail and Others* [2012], the Bundesgerichtshof informed the Court that it did not intend to maintain its reference for a preliminary ruling.

¹⁷⁷ Case C-170/13 *Huawei Technologies* [2015], from Landgericht Düsseldorf (Germany).

cases concerned the application of Article 101 TFEU to vertical restraints¹⁷⁸. Two more cases concerned the application of Articles 101 to collective labour agreements¹⁷⁹ and to national regulation laying down minimum tariffs for a specific category of professionals (*i.e.* Spanish *Procuradores de los Tribunales*)¹⁸⁰, while the remaining seven cases, which were related and therefore joined for the purposes of the procedure and the judgment, concerned the compatibility of State legislation with EU law¹⁸¹.

In 2014 the Court received seven requests. Four of these related to anticompetitive agreements under Article 101 TFEU¹⁸². One more case, the *Post Danmark* ruling, concerned the exclusionary effects of a rebate scheme in the market for the distribution of bulk mail and its compliance with art. 102 TFEU¹⁸³, while the interesting *DHL* ruling concerned enforcement issues and, in particular, the relationships among leniency applications filed to both the European Commission and National Competition Authorities¹⁸⁴. The remaining case concerned the application of Article 101 TFEU to patent license agreements¹⁸⁵.

In 2015, the Court received seven requests. Two of them concerned enforcement¹⁸⁶, three of them — of which two related — concerned the compatibility of State regulation with EU competition law¹⁸⁷, while one of them concerned the application of Article 101 TFEU to the concertation of prices and selling quantities between organisations of agricultural producers¹⁸⁸. The remaining one, which was declared manifestly inadmissible by the Court, concerned the compatibility of UEFA's financial Fair Play Regulations with EU competition law¹⁸⁹.

¹⁷⁸ Case C-142/13 *Bright Service* [2014], from the Audiencia Provincial de Barcelona; and Case C-384/13 *Estación de Servicio Pozuelo 4* [2014], from the Tribunal Supremo (Spain).

¹⁷⁹ Case C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media* [2014], from the Gerechtshof te 's-Gravenhage (Netherlands)

¹⁸⁰ Case C-276/13 *Acosta Padín* [2013], from the Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (Spain), withdrawn by the referring jurisdiction.

¹⁸¹ Joined Cases C-184/13 to C-187/13, C-194/13, C-195/13 and C-208/13, *API and Others* [2014], from the Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italy).

¹⁸² Case C-74/14 *Eturas* [2016], from the Lietuvos vyriausiosis administracinis teismas (Lithuania); Case C-172/14 *ING Pensii* [2015], from the Înalta Curte de Casație și Justiție (Romania); Case C-345/14 *Maxima Latvija* [2015] from the Augstākā Tiesa (Latvia); and Case C-542/14 *VM Remonts and Others* [2016], from the Augstākā tiesa (Latvia).

¹⁸³ Case C-23/14 *Post Danmark* [2015], from the Sø— og Handelsretten (Danimarca)

¹⁸⁴ Case C-428/14 *DHL Express e DHL Global Forwarding* [2016], from the Consiglio di Stato (Italy).

¹⁸⁵ Case C-567/14 *Genentech* [2016], from the Cour d'appel de Paris (France).

¹⁸⁶ Case C-450/15 *Italsempione — Spedizioni Internazionali* [2016], from the Consiglio di Stato (Italy); and Case C-483/15 *Albini & Pitigliani* [2016], from the Consiglio di Stato (Italy). In Case C-450/15, the Court declared itself manifestly incompetent to decide since the request concerned the interpretation of national law (in particular, Italian legislation concerning fines applied by the Italian Antitrust Authority).

¹⁸⁷ Case C-221/15 *Etablissements Fr. Colruyt* [2016], from the Hof van beroep te Brussel (Belgium); and joined Cases C-532/15 and C-538/15 *Eurosaneamientos and Others* [2016], from the Audiencia Provincial de Zaragoza and the Juzgado de Primera Instancia de Olot (Spain).

¹⁸⁸ Case C-671/15 *APIVE and Others* [2017], from the Cour de cassation (France).

¹⁸⁹ Case C-299/15 *Striani and Others* [2015], from the Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgium).

In 2016, the Court received ten requests. Most of these (six) concerned the compatibility of State regulation with EU competition law¹⁹⁰; in particular, four requests, two of which were related, concerned national legislations establishing minimum tariffs for the provision of legal services. Two more cases concerned respectively the application of Article 102 TFEU to discriminatory prices applied by a dominant undertaking¹⁹¹ and to allegedly unfair prices applied by national copyright management organisations¹⁹². Furthermore, a very interesting case concerned selective distribution to internet sales in the luxury sector (the *Coty* case) while the remaining one concerned enforcement issues with reference to national courts prerogatives in declaring void anticompetitive agreements¹⁹³.

In 2017, the Court received six requests. Following the adoption of Directive 2014/104/EU on rules governing actions for damages under national law for infringements of competition law (the “Damages Directive”)¹⁹⁴ and its implementation in Member States’ legislation, the Court received the first two preliminary ruling requests concerning the interpretation of the Damages Directive¹⁹⁵, the first one concerning its application *ratione temporis* and the second one concerning the conditions governing private liability with particular reference to parent companies. Two more requests concerned the allocation of jurisdiction for the enforcement of competition law¹⁹⁶ and the application of *ne bis in idem* principle to competition infringements¹⁹⁷ while the two remaining cases concerned the compatibility of national legislation with EU competition law¹⁹⁸.

¹⁹⁰ Case C-112/16 *Persidera* [2017], from the Consiglio di Stato (Italy); C-121/16 *Salumificio Murru* [2016], from the Tribunale civile e penale di Cagliari (Italy); Case C-269/16 *Barba Giménez* [2017], from the Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Terrassa (Spain); C-352/16 *Instituto de Religiosas Oblatas del Santísimo Redentor* [2017], from the Audiencia Provincial Navarra (Spain); and joined Cases C-427/16 and C-428/16 *CHEZ Elektro Bulgaria* [2018], from the Sofiyski rayonen sad (Bulgaria). Concerning the mentioned Case C-352/16, following to the delivery on 8th December 2016 of judgment in joint Cases C-532/15 and C-538/15 *Eurosaneamientos and others* [2016], the Audiencia Provincial Navarra informed the Court that it did not intend to maintain its reference for a preliminary ruling.

¹⁹¹ Case C-525/16 *Meo — Serviços de Comunicações e Multimédia* [2018], from the Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal).

¹⁹² Case C-177/16 *Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība* [2018], from the Augstākā tiesa (Latvia).

¹⁹³ Case C-547/16 *Gasorba and Others* [2017], from the Tribunal Supremo (Spain).

¹⁹⁴ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1 (the “Damages Directive”). The Directive entered in force in 2014 and set 27 December 2016 as the deadline to Member States for its transposition.

¹⁹⁵ Case C-637/17 *Cogeco Communications* [2019], from the Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa (Portugal); and Case C-724/17 *Skanska Industrial Solutions e a.* [2019], from the Korkein oikeus (Finland).

¹⁹⁶ Case C-595/17 *Apple Sales International and Others* [2018], from the Cour de cassation (France).

¹⁹⁷ Case C-617/17 *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* [2018], from the Sąd Najwyższy (Poland);

¹⁹⁸ Case C-152/17 *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi* [2018], from the Consiglio di Stato (Italy); and Case C-426/17 *Barba Giménez* [2018], from the Juzgado de lo Social de Terrassa.

In 2018, the Court received only four requests, one of which concerned private enforcement with reference to claims preceding the adoption of the Damages Directive¹⁹⁹, one concerning the application of Article 101 TFEU to patents in the pharmaceutical sector²⁰⁰ and one infringement of Article 101 TFEU restricting competition ‘by object’ or ‘by effect’ in the credit card payments’ sector²⁰¹. The remaining request, which concerned the compatibility of national legislation with EU competition law, has been withdrawn by the referring jurisdiction²⁰².

In the first part of 2019²⁰³, the Court received three requests, one of which concerned the compatibility of national legislation with EU competition law²⁰⁴, one concerned enforcement issues²⁰⁵ while the remaining one — which has been withdrawn by the referring jurisdiction — concerned the application of Article 102 TFEU to collective management of copyright and related rights²⁰⁶.

The above picture is not encouraging, particularly in two respects: first, the scarcity and declining number of requests, many of which were also related (39 out of 126 over the whole period)²⁰⁷; second, the imbalance with reference to Member States from which the questions originated. Only courts from 23 countries (out of 28 from 2013 to date) referred preliminary questions in competition matters. Furthermore, while some Member States are “frequent” originator of preliminary rulings — the most active jurisdictions in terms of referrals emerge to be France, Italy, Belgium, the Netherlands and Spain — jurisdictions from other Member States, and in particular from the new members of the EU, rarely refers preliminary requests to the Court of Justice.

This disappointing outcome, whose reasons are not easily identifiable, hasn’t matched expectations nor the human and financial investments devoted over the years to give national judges responsibility for the implementation of competition law and increase their awareness of the legal and economic tools available.

While the overall number of preliminary references in competition law does not constitute, as such, an indication of the effective enforcement of the latter, the

¹⁹⁹ Case C-435/18 *Otis Gesellschaft and Others*, pending, from the Oberster Gerichtshof (Germany).

²⁰⁰ Case C-307/18 *Generics (UK) and Others*, pending, from the Competition Appeal Tribunal (United Kingdom).

²⁰¹ Case C-228/18 *Budapest Bank and Others*, pending, from the Kúria (Hungary).

²⁰² Case C-284/18 *Equitalia centro*, pending, from the Corte Suprema di Cassazione (Italy).

²⁰³ As anticipated, this survey takes into account preliminary references published in the Official Journal of the European Union until 30th September 2019.

²⁰⁴ Case C-434/14 *Poste Italiane*, pending, from Corte Suprema di Cassazione (Italy).

²⁰⁵ Case C-308/19 *Whiteland Import Export*, pending, Înalta Curte de Casație și Justiție (Romania).

²⁰⁶ Case C-372/19 *SABAM*, pending, from the Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Netherlands).

²⁰⁷ Related cases were as follows: five in 2004; two in 2005; eleven in 2006; three in 2010; seven in 2012, including two groups of cases (four and three, respectively); seven in 2013; two in 2015; and two in 2016.

regular increase of the overall number of preliminary references over a number of years led to the expectation of a corresponding “physiological” increase in competition law cases.

While venturing into a far-reaching interpretation of the above statistics would be mistaken, these factors do nevertheless raise some concerns about the current performance of competition law enforcement by national judges, in light of the crucial role the “modernization” entrusts to national judges and also national competition authorities, whose decisions are ultimately subject to judicial review of the former²⁰⁸. This additional responsibility increases the potential for preliminary reference by national judges, in both damages actions and appeals against national competition authorities’ decisions.

From a forward-looking perspective, it must be taken into account that the entry into force of the Damages Directive and its recent transposition in national law by Member States may give rise to an increase in the number of requests for preliminary ruling to the Court of Justice issued in the framework of civil antitrust damages actions²⁰⁹. The Directive, which is aimed at allowing victims of anti-competitive conduct to effectively obtain compensation for their loss in all EU countries, sets out a partial harmonisation — and not a full one — of selected aspects of substantive and procedural law governing competition-based damages actions and is founded on a delicate balance between Member States’ procedural autonomy and the principles of effectiveness and equivalence²¹⁰. In such a frame-

²⁰⁸ See, e.g. Case C-439/08 *VEBIC* [2010] (which has been referred in proceedings brought by the Flemish Federation of Bakers (VEBIC), seeking annulment of a decision by which the Belgian Competition Council found there to be pricing agreements between artisan bakers and imposed a fine on VEBIC); Case C-375/09 *Tele 2 Polska* [2011] (which has been referred in proceedings between the President of the Office of Competition and Consumer Protection and Tele2 Polska, concerning a decision taken by the former pursuant to Article 82 EC) and Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* [2011] (which has been referred in an action for annulment against a decision of the French Competition Authority).

²⁰⁹ It is worth noting that, to date, substantial aspects of the Damages Directive have been subject to interpretation in two recent judgments of the Court of Justice: Case C-637/17 *Cogeco Communications* [2019]; and Case C-724/17 *Skanska Industrial Solutions e a.* [2019] (See FRATEA, Caterina: “Il principio della continuità economica applicato al private antitrust enforcement: il caso Skanska”, *I Post di AISDUE*, I, 2019, available at www.aisdue.eu). In both cases, the Directive was not applicable *ratione temporis* to the case but it was taken into account by the Court in so far as it reflects the developments of its case-law on private enforcement (the temporal scope of Directive 2014/104 is limited by Article 22 to the effect that a general prohibition of retroactive effect applies in respect of substantive provisions relating to the transposition, while all other national transposition provisions — namely procedural provisions — are applicable to facts predating the entry into force of the Directive, but only in the context of actions that were themselves brought after the Directive had entered into force). In the same vein, see Advocate General Kokott in its Opinion in Case C-435/18 *Otis Gesellschaft and Others*, pending.

²¹⁰ *Inter alia*, the Directive contains provisions concerning: the disclosure of evidence included in the file of competition authorities and its limits (Artt. 5-8); the effect of national decisions (Art. 9); limitation periods (Art. 10); the regime of joint and several liability of undertakings which have infringed competition law through joint behaviour (Art. 11), the passing-on of overcharges and the passing on defense (Artt. 12 — 14); and the actions for damages by claimants from different levels in the supply chain quantification of harm (Art. 15). On the legal grounds of the Directive and its

work, the Directive neglects some relevant aspects which are left for national laws and Courts and which will be dealt with under EU law and the Court of justice' case law²¹¹. It is possible, therefore, that also in consideration of the potential widespread diffusion of private antitrust litigation in future years, the Court of Justice will play a guiding role for national judges interpreting the Damages Directive's provisions and filling its normative gaps by means of the enhancement of the *effet utile* of EU law provisions²¹². Moreover, since the Directive is an EU act, also preliminary reference requests issued in the framework of purely internal antitrust damages-related situations will be admitted without being necessary for the national judges to prove the existence of other admissibility conditions.

In conclusion if, on the one hand, the review of data above shows that the number of competition law related referrals to the Court of Justice is lower than what was expected following the modernization, on the other hand it cannot be determined the impact that the Damages Directive will have on this trends but, considering that it will have a strong influence on competition-based damages actions in member States, it is likely that it will cause a new significant strand of referrals to the Court of Justice.

X. THE POSSIBLE INTERACTION BETWEEN THE MECHANISM OF REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING AND REGULATION NO. 1/2003 IN THE LIGHT OF THE CHALLENGES RAISED BY THE DAMAGES DIRECTIVE: THE ROLE OF THE NATIONAL JUDGE

A further aspect that deserves attention concerns the interference and the interaction between Regulation No. 1/2003, which assigns national judges a signifi-

the partial-harmonization regime see RODGER, Barry, SOUSA FERRO, Miguel and MARCOS, Francisco: "Promotion and Harmonization of Antitrust Damages Claims by Directive 2014/104/EU?", in RODGER, Barry, SOUSA FERRO, Miguel and MARCOS, Francisco (eds): *The EU Antitrust Damages Directive: transposition in the member States*, Oxford, 2018. On the balance between Member States' procedural autonomy and the principles of effectiveness and equivalence in the Directive, see HAVU, Katri, TARKKILA, Liisa: "EU competition litigation and Member State procedural autonomy — current issues", *Global Competition Litigation Review*, 2018, 11(2), 65-71. Finally, see FORRESTER, Ian S.: "The role of the CJEU in interpreting Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions", *ERA Forum*, 2017, 67 —77.

²¹¹ Indeed, a full harmonization of liability rules in antitrust damages directive, such as a codification, would have implied a deep intrusion in Member State's procedural autonomy with the consequent risk of serious interferences in national tort laws.

²¹² Nevertheless, see MONTI, Giorgio: "Liability issues not codified by the Damages Directive", in PARCU, Pier Luigi, MONTI, Giorgio and BOTTA, Marco (eds), *Private Enforcement of Competition Law. The impact of the Damages Directive*, Cheltenham — Northampton, 2018, 42, which argues that a large recourse to the instrument of preliminary references for "filling the gaps" left by the Directive should be avoided since "hitting the pause button on every damages action when a point of EU law requires discussion risks slowing litigation down so much as to make it unattractive". Conversely, according to the author a new "dynamic of conversation" might be enhanced among national judges by means a more frequent refer to case law from other European jurisdictions also by means of a productive exchange among national competition authorities in the framework of the European Competition Network (ECN).

cant role in the decentralized application of antitrust law²¹³ (specifically Articles 15 and 16)²¹⁴, and the mechanism for preliminary ruling²¹⁵.

Two features of Regulation No. 1/2003 are significant in this respect.

First, Article 15(1) of Regulation No. 1/2003²¹⁶ enables national judges to ask the Commission for *amicus curiae* opinions on matters relating to the application of competition rules which, according to the ‘Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States’²¹⁷, may also concern matters of law²¹⁸. This instrument is concurrent with, if not complementary to, the reference for a preliminary ruling²¹⁹.

²¹³ See the ‘Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles [101 and 102 TFEU]’, OJ C 101 of 27.4.2004. Cf also KOMNINOS, ASSIMAKIS P.: *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC Competition Law by national courts*, Oxford and Portland, 2008, 90-139, and RAFFAELLI, Enrico Adriano: “National judges and the application of Regulation 1/2003: remarks and proposals”, *International Antitrust Law & Policy*, 2010, 237-274.

²¹⁴ Articles 15 and 16(1) of Regulation No. 1/2003 are the provisions governing the relationship between national judges and the European Commission. For a general overview of these Articles see WHISH, Richard: *Competition Law*, 2015, 320-323.

²¹⁵ Cf KOMNINOS, Assimakis P., “Article 234 EC and national competition authorities in the era of decentralisation”, *European Law Review*, 2004, No. 1, 106-114.

²¹⁶ See VALLINDAS, Georges: “Amicus curiae: an overview of EU and national case law”, *e-Competitions Special Issue Amicus Curiae*, November 2018; and KALLIRIS, Athanasios and PIKE, Richard: “The role of the European Commission as an intervener in the private enforcement of competition law”, *Global Competition Law Review*, 2018, No 11(4), 138-144. So far the EU judge has not had an opportunity to rule on the application of Article 15(1) of Regulation No. 1/2003. On the other hand, the Court has been able to rule on the application of article 15(3), clarifying for instance that the third sentence of the first sub-para of Article 15(3) of Regulation No. 1/2003 must be interpreted so as to allow the Commission to submit written observations on its own initiative to a court of a Member State in proceedings relating to the deductibility from taxable income of the amount of a fine or part thereof imposed by the Commission for the infringement of Article 101 TFEU or of Article 102 TFEU, see Case *X*, footnote 152 above. For a case concerning a Commission decision on the sending of certain documents to a national court for use in evidence in proceedings brought against the applicant, which were submitted by it to the Commission during the investigation in a competition case, see Case T-164/12 *Alstom v. Commission* and the Order of the President of the General Court of 29 November 2012 in Case T-164/12 R.

²¹⁷ Even though the area of State aid law is beyond the remit of this article, it is worth noting that a similar power of the national judge is also provided for in such area; see ‘Commission Notice on the enforcement of State aid law by national courts’, OJ C 85 of 9.4.2009. In particular, national courts may request the Commission’s opinion on relevant issues concerning the application of the State aid rules. According to para 90 of the Notice such opinions may, in principle, cover all economic, factual or legal matters arising in the context of national proceedings. Naturally, matters concerning the interpretation of Community law can also lead the national court to ask for a preliminary ruling of the Court of Justice. Where no further judicial remedy exists against the court’s decision under national law, the use of this preliminary reference procedure is, in principle, mandatory.

²¹⁸ See para 27 of the Notice.

²¹⁹ On the website of the Commission’s DG Competition (http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html) guidelines may also be viewed in order to draft opinion requests. First of all, it is recommended to keep opinion requests as short as possible and to use simple, clear and concise language, in view of the frequent need for the Commission to translate them. To ensure that the Commission has a clear understanding of the factual and legal context of the proceedings, the request for an opinion should: i) include a brief account of the subject-matter of the dispute and the

According to the above-mentioned *Notice*²²⁰, judges may resort to this instrument if they cannot infer from the already available sources of EU law (case-law, guidelines, Commission notices) any clearer indications as to the specific economic and/or legal issues that may be useful for the purpose of settling the dispute pending before them.

Essentially, this is a preliminary and informal instrument available to the judge to address legal and economic issues concerning the application of EU law.

In view of the short time frame for issuing the opinion (four months as of receipt of the relevant request or of any supplemental information²²¹), such an instrument could sometimes constitute, for the national judge, a valid alternative to the more lengthy preliminary ruling proceedings, especially when it concerns specific and limited matters. Additionally, the use of this mechanism does not affect the possibility or the obligation, as the case may be, to refer a question to the Court for a preliminary ruling²²². This is the case, for instance, where the opinion is not entirely satisfactory or leaves certain questions unanswered.

The significance of the questions asked to date by the national judges who have requested the Commission's opinion shows that such an instrument has been used as a surrogate of the reference for a preliminary ruling and has to a certain extent mirrored the questions referred to the Court of Justice for preliminary ruling²²³. Unlike the Court of Justice's judgment, the opinion of the Commission does not legally bind the national court²²⁴. Despite this, the latter will have to handle the opinion in accordance with the relevant national rules of procedure, which have to abide by the general principles of EU law²²⁵. From the point of view of domestic law, the opinion is an important tool to convince the judge, who, if intending to rule differently, would probably have to explain the reasons for such disagreement with the Commission's opinion²²⁶ or, most likely, refer a question for preliminary ruling to the European Court of Justice in order to seek

relevant findings of fact, or, at least, set out the factual situation on which the question referred is based; ii) explain the reasons that prompted the national court to request an opinion, and iii) include, where appropriate, a summary of the main arguments of the parties. To facilitate the reading of the request it is also recommended to number the points or areas of the opinion request and to include the question(s) of the request in a clearly identified section.

²²⁰ See paras 27-30 of the *Notice*.

²²¹ See para 28 of the *Notice*.

²²² See para 27 of the *Notice*.

²²³ Opinion requests (which are actually few) are usually available on the website of DG Competition (<https://ec.europa.eu/competition/>) and are also systematically reported on the latest 'Annual Reports on Competition Policy' published by the Commission. However, it should be noted that so far this instrument has not been used widely, in general, and has been completely neglected.

²²⁴ See para 29 of the *Notice*.

²²⁵ See para 30 of the *Notice*.

²²⁶ According to RAFFAELLI, Enrico Adriano: "National judges and the application of Regulation 1/2003: remarks and proposals", cit., Fn. 212, 252, even though the opinions of the European Commission are not binding on national courts, it is undeniable that the outcome of the opinion does ultimately influence the national judge in a significant way. The few opinions delivered by the Commission and published on the DG Competition website so far would confirm this assumption.

binding determination on the matter at stake. Indeed, the submission of notes as *amicus curiae* by the European Commission does not prevent national courts from issuing request for preliminary ruling by the European Court of Justice²²⁷. The two mechanisms are, therefore, complementary²²⁸.

As a second significant feature of the regime introduced by Regulation No. 1/2003, Article 16 of Regulation provides for an explicit obligation for national judges to comply with the decisions adopted or to be adopted by the Commission, should they have to rule on the same matter. With this provision, the EU legislator takes a significant step towards the uniform and consistent application of EU competition law, both centrally and at decentralized level, also in compliance with the principle of legal certainty.

This provision is paramount for follow-on cases²²⁹. Conversely, in stand-alone cases²³⁰ the judge has only a duty not to adopt a decision conflicting with a potential Commission decision in the context of proceedings commenced by the latter²³¹.

Notably, this is not a true innovation within the system of cooperation of the Commission with national courts. On the one hand, a similar mechanism was already foreseen in the ‘*Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*’²³². However, the Court had already intervened to specify with increasing precision how Commission decisions were binding on national courts²³³.

²²⁷ On three different occasions national Courts issued requests for preliminary ruling following the intervention as *amicus curiae* of the European Commission: Case C-671/15 *APVE a.o.* [2017]; Case C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde* [2013]; Case C-681/11 *Schenker & Co. a.o.* [2013]; Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* [2011].

²²⁸ Such a complementarity was recognized by the European Commission which, in its written observations as *amicus curiae* before the Cour d’Appel of Paris in case *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, recommended that the Cour d’Appel should have referred a question for preliminary ruling to the Court of Justice in case of further doubts.

²²⁹ Follow-on actions are actions for damages based on an illegal distortion of competition previously found by an antitrust authority (e.g. the Commission) in a formal decision. These actions follow on from the decision of the antitrust authority and are substantially based upon it.

²³⁰ These are the actions for damages commenced by the claimant in the absence of a previous finding of the competition law infringement by the antitrust authority. Therefore, the judge involved must ascertain (based upon the mere allegations of the parties) whether or not the alleged breach of competition rules took place.

²³¹ For a clear distinction between these two types of actions, see IANNUCELLI, Paolo: “The European Court of Justice and the shaping of private enforcement of EU antitrust law through preliminary rulings”, cit., Fn. 142.

²³² OJ C 39, 13/02/1993, 6. See, in particular, paras 17 ff.

²³³ Case C-234/89 *Delimitis* [1991], para 47, and, even more clearly, Case C-344/98 *Masterfoods and HB* [2000], paras 52 e 60. As recently highlighted by the Court of Justice (see Case C-199/11 *Otis and others* [2012], para 50), article 16 of Regulation No. 1/2003 is a codification of the Court’s case-law (see Case *Masterfoods and HB*, cit., para 52).

In particular, the Court has pointed out that Commission decisions pursuant to competition law are binding on all those — whether authorities or judges — who have to apply Articles 101 and 102 TFEU in the territory of a Member State, establishing the following principles.

First, national judges, when ruling on agreements, decisions or practices that may be the subject-matter of Commission decisions, have to avoid issuing judgments that are incompatible with a decision that the Commission intends to adopt pursuant to Articles 101 and 102 TFEU. Secondly, should national judges rule on cases that were already decided by the Commission, such judges may not adopt any decisions conflicting with the one adopted by the Commission, even if this is in conflict with a decision issued by a national judge of first instance²³⁴. This principle also applies when national courts are hearing an action for damages for loss sustained as a result of an agreement or practice which has been found by a decision of the Commission to infringe Articles 101 or 102 TFEU²³⁵.

Also, in the above-mentioned *Masterfood and HB* judgment it is stated that the acts of EU institutions are in principle presumed to be lawful until such time as they are annulled or withdrawn (point 53 of the judgment), and that, when in doubt as to the interpretation or validity of an EU act, the national judge may or must refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling (point 54 of the judgment)²³⁶. Such a principle was first explicitly implemented and codified by Regulation No. 1/2003, which also, by its nature, enhanced its importance and the guarantee that it would be complied with by national judges. Article 16 of the Regulation was later strengthened and further explained in the Notice, with reference to the cases of “*parallel or consecutive application of [EU] competition rules by the Commission and by national courts*”²³⁷.

As the national judge may not adopt any judgment conflicting with Commission decisions (for instance in the context of follow-on actions), in the event of doubt as to the legality of a Commission decision that, for any reason, has not yet been confirmed by the General Court, and ultimately by the Court of Justice, the judge cannot avoid the binding effects of that decision without a ruling to the contrary by the Court of Justice (as in the *Foto-Frost* judgment²³⁸).

²³⁴ V. Cases *Delimitis*, cit., para 47, and *Masterfood e HB*, cit., paras 51 e 52.

²³⁵ Case *Otis and others*, cit., point 51. However, in this respect it should be noted that whilst the obligation of the national judge not to adopt any decisions conflicting with a Commission decision ascertaining an infringement obliges the judge to admit the existence of a forbidden agreement or practice, it will be the national judge’s responsibility to establish the existence of a prejudice and the direct causal link between such prejudice and the forbidden agreement or practice and, if necessary, to determine the damage caused to each of the persons who commenced an action for damages (Case *Otis and others*, cit., paras 65 and 66). This assessment is not in conflict with Article 16 of Regulation No. 1/2003.

²³⁶ Case *Masterfoods and HB*, cit., paras 53-54.

²³⁷ See section C of the Notice, paras 11 and ff..

²³⁸ See footnote No. 54 above.

Therefore, a judge of any court or at any degree of jurisdiction having to rule on a matter already being the subject-matter of a Commission decision with which such judge does not wish to comply must refer a question for a preliminary ruling pursuant to Article 267 TFEU.

Finally, if the Commission decision is challenged before the General Court pursuant to Article 263 TFEU and the outcome of the dispute before the national court depends on the validity of the Commission decision, the national court should stay its proceedings pending until final judgment in the action for annulment before the EU Courts unless it considers, even in this case, that a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling on the validity of the Commission decision is warranted²³⁹. In both cases of stay of the proceedings pending the judgment of the EU judge, the national judge will have to consider whether or not to adopt interim measures to protect the parties' interests²⁴⁰.

*(Trabajo recibido el 12/11/2019
y aceptado para su publicación el 25/11/2019)*

²³⁹ See para 13 of the Notice.

²⁴⁰ See para 14 of the Notice.

LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE L'ARTICLE 101 TFUE: L'ÉMERGENCE PROGRESSIVE DU CRITÈRE DES EFFETS QUALIFIÉS

NICOLAS TRIART

Référendaire au Tribunal de l'Union européenne¹

RESUMEN

Frente a las críticas surgidas a propósito de la aplicación territorial del Derecho de la competencia de la UE, los tribunales de la Unión han sido siempre cautelosos a la hora de definir el ámbito territorial del Artículo 101 TFUE. Los tribunales de la Unión se han mostrado comprometidos con el absoluto respeto del principio de territorialidad mediante el reconocimiento a su vez del criterio sobre la implementación de las prácticas disputadas en el territorio de la Unión Europea. Sin embargo, ante la necesidad de asegurar un efecto pleno al Artículo 101 TFUE, el juez europeo ha admitido gradualmente la posibilidad de hacer uso del test de los efectos cualificados. Finalmente, en resoluciones recientes, ha llegado a establecer que el criterio de los efectos cualificados constituye una alternativa al criterio de la implementación.

Palabras clave: Ámbito territorial, cárteles, criterio de la implementación, test de los efectos cualificados.

TERRITORIAL SCOPE OF ARTICLE 101 TFEU: THE PROGRESSIVE EMERGENCE OF THE CRITERION OF QUALIFIED EFFECTS

NICOLAS TRIART

Référendaire of the General Court of the European Union

ABSTRACT

Faced with criticism of an extraterritorial application of European Union competition law, the EU Courts were very careful in defining the territorial scope of Article 101

¹ Docteur en droit, Référendaire au Tribunal de l'Union européenne. Les opinions exprimées dans cette contribution sont purement personnelles et n'engagent aucunement la Cour de justice de l'Union européenne.

TFEU. The EU courts have long shown themselves committed to absolute respect for the principle of territoriality by applying the criterion of the implementation of the contested practices in the territory of the European Union. However, faced with the need to ensure full effect of Article 101 TFEU, the judge gradually admitted the possibility of resorting to the qualified effects test. Finally, he recently devoted the criterion of qualified effects as an alternative criterion to the criterion of implementation.

Key words: Territorial scope, cartels, criterion of the implementation, qualified effects test.

SUMARIO: I. INTRODUCTION.—II. LA DÉFINITION INITIALE TRÈS LARGE DU CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE L'ARTICLE 101 CEE.—III. LE RETOUR À UNE APPROCHE PLUS PRUDENTE.—IV. LES HÉSITATIONS JURISPRUDENTIELLES NÉES DE L'ARRÊT *GENCOR*.—V. LA «MISE EN ŒUVRE» ET LES «EFFETS QUALIFIÉS» COMME CRITÈRES ALTERNATIFS DU FONDEMENT DE L'APPLICATION TERRITORIALE DE L'ARTICLE 101 TFUE.—VI. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

La question des limites territoriales dans lesquelles un État peut prétendre à voir son droit s'appliquer est ancienne. Dans son arrêt du 7 septembre 1927, rendu dans la célèbre affaire du Lotus², la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a précisé que si le droit international exclut, sauf règle permissive contraire découlant du droit international coutumier ou d'une convention internationale, l'exercice par un État de sa puissance sur le territoire d'un autre État, il ne s'oppose pas à ce qu'un État exerce dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. La CPJI a ainsi précisé que, loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leurs juridictions, à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. La CPJI a ensuite relevé que cette liberté avait conduit à une grande variété de règles que les États avaient pu adopter sans opposition ou réclamation de la part des autres États, à laquelle les mêmes États cherchaient à remédier par la conclusion de conventions internationales visant à limiter les conflits de compétence nés de cette situation. La CPJI en a conclu que, «[...] dans ces conditions, tout ce qu'on p[ouvai]t demander à un État [était] de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence [...]» et qu'«[...] en deçà ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouv[ait] dans sa souveraineté [...]». La CPIJ s'est ensuite interrogée sur la question de savoir si ce principe général du droit international était également applicable au droit pénal. Après avoir examiné les arguments des gouvernements français et turc, la CPIJ en est venue à la conclusion que, d'une part, le principe de territorialité du droit pénal, largement

² Arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 7 septembre 1927, affaire du «Lotus», Recueil CPJI 1927, série A, n° 10, p. 25.

reconnu en droit international, n'était pas absolu, de nombreux États ayant étendu le champ d'application de leur législation pénale à des faits commis hors de leur territoire, soit en raison de la nationalité de la victime, soit au motif que les effets de l'infraction s'étaient fait sentir sur leur territoire et, d'autre part, il n'existait aucune règle de droit international s'opposant à ce qu'un État procède à une telle extension et cela même si cette situation conduisait dans le cas d'espèce à une concurrence de compétence entre la législation pénale turque et la législation pénale française.

Ce rappel historique permet de comprendre pourquoi la question du champ d'application territorial des législations nationales visant à réprimer les comportements anticoncurrentiels a été le sujet de nombreuses controverses. Si ces dernières ont d'abord concerné le droit antitrust des États unis et, en particulier, la portée territoriale du *Sherman Act* à la suite de l'arrêt de la cour d'appel de second circuit dans l'affaire *Alcoa*, elles ont également accompagné le droit de la concurrence des Communautés européennes puis de l'Union. Devant la diversité et, parfois même l'opposition des approches en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles, qui rendent la perspective du développement d'un droit de la concurrence mondial pour le moins incertaine³, la prévention des risques liés à l'application de différents droits de la concurrence à des mêmes faits revêt une importance particulière. À cet égard, les juridictions américaines, conscientes du problème, ont fait preuve de retenue en faisant application du principe de droit international de courtoisie dans l'application du droit antitrust américain⁴. La réponse du législateur a pris la forme du *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*. Par ailleurs, les États-Unis ont adopté une politique consistant à conclure des accords bilatéraux avec certaines autorités de la concurrence dont l'objet était d'organiser le principe de droit international de courtoisie dans le domaine du droit de la concurrence⁵. De l'autre côté de l'Atlantique, la Commission européenne n'est pas restée inactive. Outre l'accord avec la Federal Trade Commission du Department of Justice des États unis, la Commission a conclu des accords ou des mémoranda d'entente avec pas moins de 88 autorités en charge de la concurrence au sein d'États tiers ou d'organisation régionales, allant du simple dialogue sur la politique de concurrence, à un accord sur l'application des règles de concurrence respectives, en passant par l'échange d'information et le renforcement des capacités⁶. Toutefois, l'interdiction des ententes et la prohibition de l'abus de

³ En dépit des efforts conduits dans le cadre des initiatives telles que l'International Competition Network et le Comité de la concurrence de l'OCDE.

⁴ Voir pour un exemple récent de retenue le cas du cartel des vitamines.

⁵ Un premier accord avait été conclu avec la Commission européenne en 1991, puis renouvelé en 1998. Voir à cet égard la Décision du Conseil et de la Commission du 29 mai 1998 relative à la conclusion de l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (JO C 138).

⁶ Voir, par exemple, l'accord entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (JO L 347, p. 3) entré en vigueur le 1^{er} décembre 2014, l'accord de 1999 entre les Communautés européennes et le gouvernement du Canada concernant l'application de leurs droits de la concurrence (JO L 175, p. 49),

position dominante étant directement inscrites dans les traités constitutifs, c'est naturellement le juge de l'Union qui, au travers de l'encadrement de leur mise en œuvre par la Commission a progressivement défini les limites du champ d'application territorial de ces dispositions. Nous verrons ainsi qu'après avoir initialement défini le champ d'application territorial de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne⁷, de façon très large, en s'appuyant sur le critère des effets (II), la Cour a adopté une approche plus prudente, en privilégiant le critère de la mise en œuvre (III), avant que des hésitations dans la jurisprudence du Tribunal nées de l'arrêt GENCOR (IV) la conduise finalement à clarifier sa position, en consacrant le critère des effets et celui de la mise en œuvre comme des voies alternatives pour (V).

II. LA DÉFINITION INITIALE TRÈS LARGE DU CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE L'ARTICLE 101 CEE

L'article 101, paragraphe 1⁸, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prescrit que «[...] [s]ont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur [...]». Cette disposition énumère, de façon non limitative, les comportements visés. Il s'agit, notamment, de ceux qui consistent à «[...] fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions [...]», à «[...] limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements [...]», à «[...] répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement [...]», à «[...] appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans le commerce [...]» et à «[...] subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de liens avec l'objet de ces contrats [...]». Eu égard à sa rédaction, l'article 101, paragraphe 1, TFUE est susceptible de trouver à s'appliquer dans une grande variété de situations.

l'accord de 2003 entre la Communauté européenne et le gouvernement du Japon concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles (JO L 183, du 27 juillet 2003, p. 12), l'accord de 2009 entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République de Corée concernant la coopération en matière de pratiques anticoncurrentielles (JO L 202, du 8 avril 2009, p. 35). La Direction Générale de la concurrence a également signé des mémorandums d'accord visant, notamment, à réduire les risques d'application concomitante des règles de la concurrence avec les autorités de la concurrence du Brésil, de l'Inde, du Mexique et de la Fédération de Russie que l'on peut retrouver à l'adresse suivante: <https://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>

⁷ Ci-après l'«article 85 CEE», devenu successivement l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne, puis l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸ Anciennement l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne et précédemment l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne.

Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, cette disposition doit cependant être interprétée à la lumière du principe de droit international de territorialité. Dans l'affaire *Béguelin*, la Cour était saisie dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel fondée sur l'article 173 CEE⁹ initiée par le Tribunal de commerce de Nice (France), notamment, de la question de la validité au regard de l'article 85 CEE et de l'opposabilité aux tiers d'un accord par lequel un producteur établi dans un pays tiers concédait à une entreprise établie dans un État membre le droit exclusif de distribuer ses produits sur le territoire de cet État. Sur cette question, la Cour a d'abord rappelé que «[...] pour être incompatible avec le marché commun et interdit aux termes de l'article 85 [CEE], un accord doit être 'susceptible d'affecter le commerce entre États membres' et 'avoir pour objet ou pour effet' de porter atteinte au 'jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun'»¹⁰. Elle a ensuite ajouté que «[...] le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du marché commun»¹¹. Pour finir, la Cour a précisé qu'«[...] un accord d'exclusivité passé entre un producteur ressortissant à un pays tiers et un distributeur établi dans le marché commun réunit les deux critères susindiqués lorsqu'il fait obstacle en droit ou en fait, à ce que le distributeur réexporte les produits en cause dans d'autres États membres, ou à ce que ces produits soient importés d'autres États membres dans la zone protégée, et y soient distribués, par des personnes autres que le concessionnaire ou ses clients»¹². Il ressort de ce passage de l'arrêt de la Cour que, pour qu'un accord ou une pratique visé à l'article 85 CEE entre dans le champ d'application de l'interdiction édictée par cette disposition il n'est pas nécessaire que celui-ci soit mis en œuvre dans le territoire du marché commun, ni même qu'il soit le fait d'une entreprise établie dans un État membre de la Communauté. Il semble en effet suffisant à cet égard que l'accord ou la pratique en question produise ses effets anticoncurrentiels sur le territoire du marché commun et affecte le commerce entre États membres. La Cour adoptait ainsi une définition particulièrement large du champ d'application territorial de l'article de l'article 85 CEE.

La Cour allait toutefois très rapidement revenir à une approche plus prudente en privilégiant, sans exclure formellement le critère des effets, le recours à un critère moins controversé, à savoir la mise en œuvre des accords et des pratiques prohibés par l'article 85 CEE à l'intérieur du territoire du marché commun.

III. LE RETOUR À UNE APPROCHE PLUS PRUDENTE

Seulement quelques mois après avoir adopté une approche large quant à la définition du champ d'application territorial de l'article 85 CEE à l'occasion de l'affaire *Béguelin*, la Cour allait adopter une approche plus prudente dans l'affai-

⁹ Devenu l'article 277 TFUE.

¹⁰ Arrêt du 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, point 10.

¹¹ *Ibid.*, point 11.

¹² *Ibid.*, point 12.

re *ICI*¹³. Dans cette dernière affaire, la requérante, dont le siège social était situé à Londres, à l'époque en dehors du marché commun, faisait valoir que la Commission n'avait pas compétence pour lui infliger une amende au titre d'une infraction à l'article 85, paragraphe 1, CEE en raison des seuls effets produits dans le marché commun par des actes qu'elle aurait commis à l'extérieur de la Communauté. Dans ses conclusions, l'avocat général Mayras avait expressément invité la Cour à consacrer les effets produits dans le marché commun par les pratiques visées par la décision attaquée comme critère d'application de l'article 85 CEE¹⁴. La Cour s'est toutefois montrée prudente à cet égard. Elle a en effet relevé que, d'une part, les pratiques en cause avaient été réalisées directement à l'intérieur du marché commun et, d'autre part, elles résultaient d'une décision prise par la requérante que celle-ci avait pu faire appliquer sur le marché commun en se prévalant de son pouvoir de direction sur ses filiales établies dans le marché commun. La Cour a ensuite écarté un autre argument de la société requérante pris de ce que les pratiques en cause étaient le fait de ses filiales et non pas d'elle-même. À cette fin, la Cour a relevé que la circonstance que la filiale avait une personnalité juridique distincte ne suffisait pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère. La Cour a précisé que tel pouvait être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère. En effet, selon la Cour, lorsque la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, les interdictions édictées par l'article 85, paragraphe 1, [CEE] peuvent être considérées comme inapplicables dans les rapports entre elle et la société mère, avec laquelle elle forme une unité économique. Selon la Cour, en considération de l'unité du groupe ainsi formé, les agissements des filiales peuvent, dans certaines circonstances, être rattachés à la société mère, ce qui était le cas en l'espèce¹⁵. Il est notable que la Cour a ensuite appliqué cette logique de l'unité économique pour justifier l'application de l'article 86 CEE, prohibant l'abus de position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci, à des entreprises ayant leur siège social en dehors de la Communauté dans l'affaire *Europemballage et Continental Can*¹⁶, ainsi que dans l'affaire *Istituto Chemioterapico Italiano*¹⁷. Toutefois, le recours au concept d'unité économique n'était qu'un substitut très imparfait au critère des effets pour justifier l'application de l'article 85 CEE à des accords ou des pratiques imputables à des opérateurs économiques ayant leur siège social en dehors du territoire de la Communauté. En effet, d'une part, il exigeait que ces accords ou pratiques aient été mis en œuvre dans le territoire de la Communauté et, d'autre part, que les opérateurs économiques ayant leur siège social en dehors de la Communauté

¹³ Arrêt du 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries/Commission*, 48/69, EU:C:1972:70.

¹⁴ Voir les conclusions de l'avocat général Mayras dans l'affaire *Imperial Chemical Industries/Commission*, 48/69, EU:C:1972:3.

¹⁵ *Ibid.*, points 125 à 142.

¹⁶ Arrêt du 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, EU:C:1973:22, points 14 à 17.

¹⁷ Arrêt du 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission*, 6/73 et 7/73, EU:C:1974:18, points 36 à 41.

aient mis en œuvre lesdits accords ou pratiques dans le territoire de la Communauté par l'entremise de filiales ou des succursales établies dans ce territoire.

Dans la célèbre affaire dite du cartel de la *Pâte de bois*¹⁸, la Cour fut confrontée à la situation dans laquelle les opérateurs économiques auxquels était imputée l'infraction à l'article 85, paragraphe 1, CEE n'avaient pas mis en œuvre les pratiques qui leur étaient reprochées dans le marché commun par l'entremise de filiales ou de succursales établies dans la Communauté, ce qui s'opposait à l'application de la théorie de l'unité économique. Dans cette affaire, les infractions consistaient, notamment, dans une concertation entre les producteurs de pâte de bois sur les prix annoncés trimestriellement aux clients établis dans la Communauté et sur les prix de transaction pratiqués effectivement à leur égard. Dans le cadre de leurs recours en annulation dirigés contre la décision de la Commission, les producteurs de pâte de bois et deux associations d'entreprise, qui avaient tous leur siège social en dehors de la Communauté, faisaient valoir que la Commission avait fait une appréciation erronée du champ d'application territorial de l'article 85 CEE. Ils relevaient à cet égard que dans l'affaire *ICI* la Cour n'avait pas souscrit à la théorie des effets et s'était attachée à la circonstance qu'il y avait eu un comportement restrictif de la concurrence à l'intérieur du marché commun en raison de l'activité de filiales qui pouvait être imputée aux sociétés mères. Ils ajoutaient que, à supposer même que l'application de l'article 85 CEE à leur égard trouve un fondement dans le droit communautaire, l'acte d'application de la règle ainsi interprétée serait contraire au droit international public, étant donné que, premièrement, celui-ci s'opposait à ce que la Communauté prétende régir des comportements restrictifs de la concurrence adoptés en dehors de son territoire en raison des seules répercussions économiques qu'ils y ont produites et, deuxièmement, une telle application serait contraire aux principes de non-intervention et de courtoisie reconnus par le droit international. En réponse à ces arguments, la Cour a d'abord relevé que les principales sources d'approvisionnement en pâte de bois étaient situées en dehors de la Communauté, à savoir au Canada, aux États-Unis, en Suède et en Finlande, et que le marché avait, en conséquence, une dimension mondiale. Ainsi, selon la Cour, lorsque des producteurs de pâte de bois établis dans ces pays effectuaient des ventes directement à des acheteurs établis dans la Communauté et lorsqu'ils se livraient à une concurrence de prix pour emporter les commandes de ces clients, il y avait concurrence à l'intérieur du marché commun. Dès lors, pour la Cour, lorsque ces producteurs se concertaient sur les prix qu'ils consentiraient à leurs clients établis dans la Communauté et mettaient en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, ils participaient à une concertation qui avait pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 CEE. La Cour en concluait que la Commission n'avait pas fait une application erronée du champ d'application territorial de l'article 85 CEE, en appliquant, dans les conditions de l'espèce, les règles de concurrence du traité à l'égard d'entreprises

¹⁸ Arrêt du 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, EU:C:1988:447.

ayant leur siège social en dehors de la Communauté. Afin de répondre plus précisément à l'argument tiré de ce que la Commission ne pouvaient pas faire reposer l'application de l'article 85 CEE à des comportements adoptés en dehors de la Communauté sur les seuls effets produits par ces comportements dans le marché commun, la Cour a souligné qu'une infraction à l'article 85 CEE, telle que la conclusion d'un accord qui a eu pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun, implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre et que faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Dans ces conditions, selon la Cour, ce qui était déterminant c'était le lieu où l'entente était mise en œuvre. La Cour a ensuite relevé que, les producteurs ayant mis en œuvre leur entente de prix à l'intérieur du marché commun, la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements était couverte par le principe de territorialité et il importait peu à cet égard que lesdits producteurs aient fait appel ou non à des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans la Communauté en vue d'établir des contacts entre eux et les acheteurs qui y étaient établis. Il ressortait donc de cet arrêt que, d'une part, les accords portant sur les prix de produits vendus à l'intérieur du marché commun devaient être regardés comme ayant à la fois pour objet et pour effet de restreindre la concurrence à l'intérieur dudit marché et que, d'autre part, lorsque de tels accords étaient le fait d'opérateurs économiques établis en dehors de la Communauté, leur seule mise en œuvre dans le marché commun suffisait à les faire entrer dans le champ d'application territorial de l'article 85 CEE et ce, indépendamment du lieu de leur formation. Il en découlait, a contrario, que le constat qu'un accord ou une pratique imputable à un opérateur économique établis hors de la Communauté avait pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ne suffisait pas pour fonder l'application territoriale de l'article 85 CEE, celle-ci dépendant de la circonstance que l'accord ou la pratique en question soit mis en œuvre dans la Communauté. Si ce raisonnement a pu être guidé par la volonté de la Cour d'écarter l'argument des requérants tiré de ce que les pratiques en cause, en particulier les discussions sur les prix, avaient lieu en dehors de la Communauté, il n'en reste pas moins qu'il a confirmé un net retour en arrière quant à la possibilité de fonder l'application territoriale de l'article 85 CEE sur les seuls effets produits par un accord ou une pratique concertée à l'intérieur du marché commun. Ce recul était d'autant plus notable que l'avocat général Darmon, à l'instar de l'avocat général Mayras dans l'affaire *ICI*, avait expressément invité la Cour à fonder l'application territoriale de l'article 85 CEE en l'espèce sur les effets «substantiels, directs et prévisibles» produits par les accords en cause dans le marché commun¹⁹.

¹⁹ Voir les conclusions de l'avocat général Darmon dans les affaires jointes *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 et 125/85 à 129/85, EU:C:1988:258.

Les enseignements de l'arrêt rendu à l'occasion de l'affaire *Pâte de bois* ne s'arrêtent toutefois pas là. Dans cet arrêt, la Cour s'est en effet attachée à rejeter les arguments tirés de la violation du principe de non-intervention et du principe de courtoisie. S'agissant, du principe de non-intervention, les requérants s'étaient référés à une règle selon laquelle, lorsque deux États ont compétence pour édicter et pour exécuter des normes et que leurs normes aboutissent à ce qu'une personne se voit imposer des ordres contradictoires quant au comportement qu'elle doit adopter, chaque État serait tenu d'exercer sa compétence avec modération²⁰. Les requérants faisaient ici référence à la législation des États-Unis qui ne prohibait pas les cartels à l'exportation conclus par des entreprises établis sur le territoire américain. À cet égard, la Cour a relevé que, pour autant qu'une telle règle existe en droit international, les conditions de son application n'étaient pas remplies en l'espèce.²¹ Ainsi, selon la Cour, d'une part, il n'y avait pas de contradiction entre le comportement prescrit par les États-Unis, où l'association d'entreprise qui avait soulevé cet argument avait son siège, et celui prescrit par la Communauté, dans la mesure où «[...] la loi Webb-Pomerene se born[ait] à exempter de l'application des lois antitrust américaines la conclusion de cartels d'exportation, sans imposer la conclusion de tels accords»²². D'autre part, la Cour soulignait que les autorités des États-Unis n'avaient pas soulevé d'objection tirées d'un éventuel conflit de compétence lorsqu'elles avaient été consultées par la Commission, conformément à la recommandation du Conseil de l'OCDE du 25 octobre 1979 concernant la coopération des États membres en cas de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux²³. S'agissant de l'argument tiré de la violation du principe de la courtoisie internationale, la Cour s'est en revanche contentée de relever que cet argument revenait à remettre en cause la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à des comportements tels que ceux constatés en l'espèce et que, en tant que tel, cet argument avait déjà été rejeté²⁴.

L'application par le Tribunal de la jurisprudence consacrant le critère de la mise en œuvre dans le territoire de la Communauté, pour fonder l'application territoriale de l'article 85 CEE, initiée par la Cour dans l'affaire *ICI* et confirmée à l'occasion de l'affaire du cartel de la *Pâte de bois*, allait être marquée par d'importantes hésitations et le retour progressif du critère des effets.

IV. LES HÉSITATIONS JURISPRUDENTIELLES NÉES DE L'ARRÊT *GENCOR*

Le critère des effets, qui avait été sensiblement écarté par la jurisprudence de la Cour pour définir le champ d'application de l'article 85 CEE a fait son retour

²⁰ Ibid., point 19

²¹ Ibid., point 20.

²² Ibid., point 20.

²³ Ibid., point 21.

²⁴ Ibid., point 22.

dans l'arrêt²⁵ rendu par le Tribunal dans le cadre d'un recours en annulation introduit à l'encontre d'une décision portant sur une concentration au sens du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises²⁶. La requérante, Gencor, société de droit sud-africain, et une société établie au Royaume-Uni projetaient de prendre en commun le contrôle d'une autre société sud-africaine et de ses filiales actives dans le secteur des platinoïdes. La Commission avait déclaré l'opération de concentration incompatible avec le marché commun et le fonctionnement de l'Espace économique européen, en application de l'article 8, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89, parce que le résultat de l'opération aurait été la création d'une position dominante duopolistique sur le marché mondial du platine et du rhodium avec comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun. Gencor, qui demandait l'annulation de la décision de la Commission devant le Tribunal de première instance des Communautés²⁷, soutenait que le règlement n° 4064/89 n'était pas applicable à l'opération de concentration en cause, dès lors que celle-ci concernait des activités économiques menées sur le territoire d'un pays tiers, la république d'Afrique du Sud, et qu'elle aurait été approuvée par les autorités de ce pays. Selon la requérante, le règlement ne s'appliquait qu'aux opérations de concentration effectuées dans la Communauté. Gencor, qui renvoyait à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Pâte de bois*, soutenait que cette analyse était conforme au principe général de droit international public de territorialité que la Communauté devrait respecter dans l'exercice de ses compétences. En réponse à cette argumentation, le Tribunal a distingué la question de savoir si des concentrations comme celle en cause tombaient dans le champ d'application du règlement n° 4064/89, de la question de savoir, dans l'affirmative, si son application à ce type de concentration était contraire au droit international public.

S'agissant de la première question, le Tribunal a d'abord rappelé que, conformément à son article 1^{er}, le règlement n° 4064/89 s'appliquait à toutes les opérations de concentration de dimension communautaire, c'est-à-dire à toutes les concentrations entre entreprises qui ne réalisaient pas individuellement plus de deux tiers de leur chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre, dont le chiffre d'affaires total combiné réalisé sur le plan mondial représentait un montant supérieur à 5 milliards d'écus et dont le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux d'entre elles représentait un montant supérieur à 250 millions d'écus. Le Tribunal a ensuite relevé que cette disposition n'exigeait pas, pour qu'une opération de concentration soit considérée comme étant de dimension commu-

²⁵ Arrêt du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, EU:T:1999:65.

²⁶ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1), remplacé par le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1).

²⁷ Devenu depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le Tribunal de l'Union européenne.

nautaire, que les entreprises en cause soient établies dans la Communauté ni que les activités de production faisant l'objet de la concentration s'exercent sur le territoire de la Communauté. L'opération de concentration envisagée remplissant le critère du chiffre d'affaire, le Tribunal a constaté que ladite opération relevait du champs d'application du règlement n° 4064/89. À cet égard, il a également écarté l'argument de Gencor selon lequel il ressortait des considérants du règlement n° 4064/89 et de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Pâte de bois* que le critère déterminant pour établir les limites du champs d'application territorial dudit règlement était celui de la localisation des activités de production, qui en l'espèce étaient situées en Afrique du sud. Le Tribunal a ainsi relevé que la thèse de la requérante était contredite par le texte du 11^{ème} considérant du règlement n° 4064/89 aux termes duquel il y avait concentration de dimension communautaire «[...] lorsque les concentrations sont réalisées par des entreprises qui n'ont pas leur domaine principal d'activité dans la Communauté, mais qui y déploient des activités substantielles». De la même manière, le Tribunal a souligné que la thèse de la requérante ne pouvait pas s'appuyer sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Pâte de bois*. Le Tribunal a en effet relevé que le critère de la mise en œuvre d'une entente en tant qu'élément de rattachement de celle-ci au territoire de la Communauté, loin d'aller dans le sens proposé par la requérante, ne faisait que l'écarter dès lors que, selon l'arrêt *Pâte de bois*, ce critère est satisfait par la simple vente dans la Communauté, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et des installations de production.

S'agissant de la seconde question, à savoir si la décision attaquée était contraire au droit international public, le Tribunal a commencé par rappeler que si l'opération de concentration en cause avait été réalisée, les rapports de concurrence préexistants entre deux des sociétés concernées, notamment en ce qui concerne leurs ventes dans la Communauté, auraient été éliminés. Selon le Tribunal, cela aurait modifié la structure de la concurrence à l'intérieur du marché commun, dès lors que, au lieu de trois fournisseurs sud-africains de platinoïdes, il n'en serait resté que deux. La mise en œuvre de la concentration projetée aurait entraîné non seulement la fusion des activités d'extraction et de production des platinoïdes des parties exercées en Afrique du Sud, mais aussi celle de leurs activités de commercialisation partout dans le monde et plus particulièrement dans la Communauté, où ces sociétés réalisaient des ventes non négligeables. Le Tribunal a ensuite relevé que lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produira un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement est justifiée au regard du droit international public» avant de constater, après un examen approfondi, que ces trois conditions étaient remplies en l'espèce²⁸.

Les développements consacrés par le Tribunal au rejet de l'argumentation de Gencor tiré de la violation du droit international public étaient particulièrement notables, non seulement par ce qu'ils constituaient la première application concrète du critère des effets qualifiés, mais également parce que le Tribunal

²⁸ Arrêt du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, EU:T:1999:65, points 90 à 108.

aurait très bien pu se limiter à constater que l'opération de concentration étant mise en œuvre dans le territoire du marché intérieur par les ventes qui y étaient réalisées par les parties à la concentration, l'application du règlement n° 4064/89 était justifiée au regard du principe de droit international de territorialité.

Loin de considérer que la portée de ces développements devait être limitée à la détermination du champ d'application territorial du règlement n° 4064/89, le Tribunal n'a pas hésité à y faire référence dans le cadre d'un arrêt rendu à l'occasion d'un recours introduit à l'encontre d'une décision de la Commission par laquelle celle-ci avait constaté l'existence d'une entente sur le marché mondial du fluorure d'aluminium portant sur la fixation des prix et sur la répartition des marchés à l'échelle mondiale en violation de l'article 81 CE et imposé des amendes aux entreprises impliquées. Ainsi, dans l'affaire *ICF*²⁹, la requérante, une société tunisienne, faisait grief à la Commission d'avoir exclu l'application des règles de concurrence de l'accord euro-méditerranéen au profit de l'application exclusive de l'article 81 CE en violation, notamment, du principe de courtoisie internationale. En réponse à cet argument, le Tribunal a rappelé, à titre liminaire, en renvoyant aux arrêts de la Cour dans les affaires *Béguelin* et *Pâte de bois* que «[...] le droit de la concurrence de l'Union est applicable à une entente qui produit ses effets sur le territoire du marché intérieur, indépendamment du fait que l'une des entreprises participant à un accord est située dans un pays tiers»³⁰. Puis, après avoir exclu l'application de l'accord euro-méditerranéen aux faits de l'espèce, le Tribunal a précisé, en réponse à l'argument de la requérante tiré de la violation du principe de courtoisie internationale que la Commission étant compétente pour poursuivre et sanctionner des infractions à l'article 81 CE concernant le marché européen et ayant établie une telle infraction en l'espèce, sa compétence pour appliquer les règles de concurrence de la Communauté à de tels comportements était avérée au regard des règles du droit international public en se référant, d'une part, à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Pâte de bois* ainsi que, d'autre part, par analogie, aux passages de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Gencor* relatifs aux «effets qualifiés»³¹.

Toutefois, moins d'une année plus tard, à l'occasion de l'affaire *InnoLux*³², le Tribunal a rendu un arrêt dont le raisonnement concernant les champs d'application territorial de l'article 101 TFUE était directement inspiré de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la *Pâte de bois*. Cette affaire concernait la légalité de la décision par laquelle la Commission a constaté l'existence d'une entente entre six grands fabricants internationaux d'écran d'affichage à cristaux liquides à matrice active (LCD) concernant certains LCD pour les technologies de l'information, tels que ceux pour les ordinateurs portables compacts et les moniteurs d'ordinateurs et les LCD pour les téléviseurs. La requérante, une société de droit taiwanais productrice d'écrans LCD, condamnée par la Commission à une amende de 300

²⁹ Voir arrêt du 18 juin 2013, ICF/Commission, T-406/08, EU:T:2013:322.

³⁰ Ibid., point 210.

³¹ Ibid., point 216.

³² Arrêt du 27 février 2014, InnoLux/Commission, T-91/11, EU:T:2014:92.

millions d'euros pour sa participation à l'entente contestait, notamment, la façon dont la Commission avait calculé le montant de cette amende. Plus particulièrement, elle faisait grief à la Commission d'avoir eu recours à la notion de ventes directes dans l'EEE par l'intermédiaire de produits transformés pour constater l'infraction et calculer l'amende en question. En effet, en l'espèce, la requérante, qui était une entreprise verticalement intégrée, incorporait, à l'extérieur de l'EEE, des écrans LCD qui faisaient l'objet de l'entente dans des produits finis vendus dans l'EEE. Selon la requérante, en considérant que les ventes ainsi réalisées dans l'EEE faisaient partie de l'infraction unique et continue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la Commission avait artificiellement déplacé le lieu où ces ventes s'étaient effectivement déroulées et ainsi violé les limites de sa compétence territoriale. C'est dans ce contexte que, après avoir rappelé les principes énoncés par la Cour dans l'arrêt *Pâte de bois*, le Tribunal a précisé que s'il avait été relevé dans l'arrêt *Gencor* que lorsqu'il est prévisible qu'une concentration projetée produise un effet immédiat et substantiel dans l'Union, l'application des dispositions du droit de l'Union relatives au contrôle des concentrations était justifiée au regard du droit international public, il avait également été souligné dans le même arrêt *Gencor* que le critère de la mise en œuvre d'une entente en tant qu'élément de rattachement de celle-ci au territoire de l'Union est satisfait par la simple vente au sein de cette dernière du produit cartellisé, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et des installations de production. Le Tribunal en concluait que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Gencor* ne remettait pas en cause la jurisprudence issue de l'arrêt *Pâte de bois*³³. Le Tribunal a ensuite vérifié si la notion de ventes directes dans l'EEE par l'intermédiaire de produits transformés était compatible avec les principes énoncés par l'arrêt *Pâte de bois*. Dans ce cadre, le Tribunal a commencé par énoncer que «[...] lorsqu'une entente de portée mondiale a un objet anticoncurrentiel, elle est mise en œuvre dans le marché intérieur, au sens de l'arrêt *pâte de bois* [...], du simple fait que les produits cartellisés sont commercialisés sur ce marché»³⁴. Le Tribunal a précisé à cet égard que la mise en œuvre d'une entente n'implique pas nécessairement qu'elle produise des effets réels. Ainsi, selon le Tribunal, en réalité, la question de savoir si l'entente a eu des effets concrets sur les prix pratiqués par les participants n'est pertinente que dans le cadre de la détermination de la gravité de l'entente, aux fins du calcul de l'amende, pourvu que la Commission décide de se fonder sur ce critère parmi ceux qu'elle peut prendre en considération dans ce contexte³⁵. En ce sens, le Tribunal a précisé que la circonstance que les participants à l'entente ne se soient pas toujours tenus aux décisions prises en matière de prix était sans importance. En se fondant sur une jurisprudence antérieure³⁶, le Tribunal a rappelé que la fixation d'un prix, même simplement indicatif, affecte le jeu de la concurrence par le fait qu'il permet à tous les participants à l'entente de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix

³³ Ibid., points 58 à 64.

³⁴ Ibid., point 66.

³⁵ Ibid., point 67.

³⁶ Arrêt du 9 juillet 2003, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, T-224/00, EU:T:2003:195, point 120.

poursuivie par leurs concurrents³⁷. Plus généralement, selon le Tribunal, de telles ententes comportent une intervention directe dans les paramètres essentiels de la concurrence sur le marché concerné³⁸. En effet, en exprimant une volonté commune d'appliquer un certain niveau de prix à leurs produits, les producteurs concernés ne déterminent plus de manière autonome leur politique sur le marché, portant ainsi atteinte à la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence³⁹. Le Tribunal a ensuite cherché à éclaircir davantage le concept de mise en œuvre au sens de l'arrêt *Pâte de bois* en observant que ce concept se fonde en substance sur la notion d'entreprise en droit de la concurrence à laquelle doit être reconnu un rôle déterminant dans la fixation des limites de la compétence territoriale de la Commission pour appliquer ledit droit⁴⁰. Selon le Tribunal, en particulier, si une telle entreprise a participé à une entente conçue en dehors de l'EEE, la Commission doit pouvoir poursuivre les répercussions que le comportement de cette entreprise a eu sur le jeu de la concurrence dans le marché intérieur et lui infliger une amende proportionnée à la nocivité de cette entente sur le jeu de la concurrence dans ledit marché. Ainsi, le Tribunal a constaté que, dans le cas d'espèce, dès lors que les écrans LCD cartellisés réalisés par la requérante avaient été intégrés dans des produits finis par des sociétés relevant de la même entreprise que la requérante et que ces produits finis ont été vendus dans l'EEE par cette entreprise, il convenait de considérer que l'entente avait affecté les transactions qui se s'étaient déroulées jusqu'au moment de cette vente inclus⁴¹. Le Tribunal en a conclu que la Commission n'avait pas illégalement étendu sa compétence territoriale pour poursuivre les infractions aux règles de la concurrence énoncées dans les traités en comptabilisant les ventes réalisées directement dans l'EEE par l'intermédiaire de produits finis⁴².

Alors que, dans l'arrêt *Innolux*, le Tribunal avait semblé, à nouveau, écarter le critère des effets qualifiés au profit du critère de la mise en œuvre pour définir le champ d'application territorial de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il allait adopter une approche différente dans l'arrêt *Toshiba*⁴³. Le Tribunal était saisi d'un recours en annulation introduit par la société japonaise Toshiba, à l'encontre de la décision de la Commission par laquelle celle-ci avait constaté que les principaux producteurs à l'échelle mondiale de tubes à rayons cathodiques (CRT), dont la requérante, avaient enfreint l'article 101 TFUE et l'article 53 de l'accord sur l'EEE en participant à deux infractions séparées, constituant chacune une infraction unique et continue et condamné les participants à ces ententes à des amendes. Ces infractions concernaient, d'une part, le marché des tubes couleur pour écrans d'ordinateur (CDT) et, d'autre part, le marché des tubes couleur pour téléviseurs (CPT). Selon la Commission, ces ententes s'étaient traduites par des

³⁷ Arrêt du 27 février 2014, *InnoLux/Commission*, T-91/11, EU:T:2014:92, point 68.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, point 69.

⁴¹ *Ibid.*, point 70.

⁴² *Ibid.*, point 75.

⁴³ Arrêt du 9 septembre 2015, *Toshiba/Commission* (T-104/13, EU:T:2015:610)

accords et des pratiques concertées entre les producteurs de CRT ayant pour objectifs de fixer les prix, de partager les marchés et les clients par l'attribution de volumes de ventes, de clients et de parts de marché, de restreindre la production, d'échanger des informations commerciales sensibles et de contrôler la mise en œuvre des accords collusoires. La requérante avait participé à la production et à la commercialisation de CRT, tant directement que par le biais de ses filiales situées en Europe, en Asie et en Amérique du Nord. Dans le cadre de son recours, Toshiba faisait valoir, notamment, que les preuves sur lesquelles s'était appuyée la Commission ne démontraient pas que l'une de ses filiales, détenue en commun avec un autre producteur de CRT, aurait violé l'article 101 TFUE en participant à certaines réunions dès lors que ces réunions ne concernaient pas le marché européen mais les CRT destinés à être vendus aux clients asiatiques, et qu'aucun accord sur les prix, la production ou les parts de marché dans l'EEE n'aurait été conclu lors desdites réunions. Selon Toshiba, il en découlait qu'aucun accord mis en œuvre dans l'EEE ou y ayant eu un effet immédiat, prévisible et substantiel n'avait été conclu lors de ces réunions et que la Commission avait commis une erreur en s'estimant compétente pour constater une infraction. En réponse, le Tribunal a commencé par revenir sur les enseignements de l'arrêt *Pâte de bois*. Ainsi, il a rappelé que lorsque des entreprises, établies en dehors de l'EEE, mais qui produisent des biens qui sont vendus dans l'EEE à des tiers, se concertent sur les prix qu'elles consentent à leurs clients établis dans l'EEE et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, elles participent à une concertation qui a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché intérieur, au sens de l'article 101, TFUE, et que la Commission est territorialement compétente à poursuivre⁴⁴. Puis, le Tribunal a rappelé qu'une infraction à l'article 101 TFUE implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre et que faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions. Ce qui comptait était donc le lieu où l'entente était mise en œuvre. Par ailleurs, afin de déterminer si ce lieu se situait dans l'EEE, il importait peu que les participants à l'entente aient fait appel ou non à des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans l'EEE en vue d'établir des contacts entre eux et les acheteurs qui y sont établis⁴⁵. Ainsi, selon le Tribunal, «[...] dès lors que la condition relative à la mise en œuvre est satisfaite, la compétence de la Commission pour appliquer les règles de concurrence de l'Union à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public»⁴⁶. Le Tribunal a encore rappelé que «[...] le critère de la mise en œuvre de l'entente en tant qu'élément de rattachement de celle-ci au territoire de l'Union est satisfait par la simple vente dans l'Union du produit cartellisé, indépendamment de la localisation des sources d'approvisionnement et des installations de production»⁴⁷.

⁴⁴ Ibid., point 154.

⁴⁵ Ibid., point 155.

⁴⁶ Ibid., point 156.

⁴⁷ Ibid., point 157.

Le Tribunal a ensuite adopté une approche novatrice. En effet, s'il a considéré que c'est en application de ces principes que la Commission s'est estimée, à bon droit, compétente en l'espèce aux fins de l'application de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE, il a fondé cette conclusion sur un développement inédit s'agissant d'un accord portant sur les prix. Il a ainsi relevé qu'il ressortait de la décision attaquée que, «[...] même si certaines des entreprises concernées étaient établies, au moment de l'infraction, en dehors du territoire de l'Union et si elles n'avaient pas de filiales implantées sur ce territoire, les pratiques collusoires ont été mises en œuvre sur ledit territoire et ont exercé un effet immédiat, prévisible et substantiel dans ladite Union»⁴⁸. Le Tribunal a précisé à cet égard que la Commission avait retenu que, «[...] en dépit du fait que les accords de l'entente avaient été formés à l'extérieur de l'EEE et que leur objectif principal n'était pas l'Europe, les participants à ces accords avaient néanmoins exercé un impact sur les clients dans l'EEE par le biais de leurs ventes de CPT sur ce territoire ou de mesures influençant ces dernières»⁴⁹.

Le Tribunal s'est ensuite livré, pour la première fois, à un examen circonstancié des effets de l'infraction à l'article 101 TFUE. Ainsi, il a relevé, premièrement, que la Commission avait considéré à juste titre, que l'infraction avait immédiatement affecté l'EEE, étant donné que, d'une part, les accords collusoires avaient directement influencé la fixation des prix et la fixation des volumes de CRT fournis sur ce territoire, soit directement, soit par le biais de produits transformés, et que, d'autre part, tant les CDT que les CPT avaient été fournis et expédiés directement dans l'EEE à partir d'installations de production des membres de l'entente situées dans d'autres parties du monde. Deuxièmement, le Tribunal a relevé que la Commission avait estimé, à bon droit, que l'effet de l'infraction sur l'EEE était prévisible, puisque les prix et les volumes cartellisés avaient eu un impact évident sur la libre concurrence tant entre les producteurs de CRT que sur le marché en aval. Par ailleurs, le Tribunal a constaté, à l'instar de l'appréciation de la Commission, que les participants à l'entente CPT ne s'étaient pas seulement entendus sur les prix, mais qu'ils avaient également mis en œuvre une limitation coordonnée de la production, qui réduisait ainsi l'offre disponible dans l'EEE, à partir d'usines implantées sur ce territoire ou en dehors de celui-ci. Il a en outre relevé que, comme l'avait constaté la Commission, l'entente en cause avait eu des effets immédiats et prévisibles sur l'EEE également s'agissant des fournisseurs verticalement intégrés, tels que la requérante, y compris par le biais des livraisons par les entreprises communes aux sociétés mères respectives. Troisièmement, le Tribunal a observé que la Commission avait constaté, à juste titre, que l'effet de l'entente CPT avait été substantiel en raison de la gravité de l'infraction, de sa durée prolongée et du rôle joué par les parties à ladite entente sur le marché européen s'agissant des CRT et des produits transformés⁵⁰.

⁴⁸ Ibid., point 158.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., point 159.

Paradoxalement, c'est à nouveau par l'entremise d'une affaire ne concernant pas directement l'application de l'article 101 TFUE que le juge de l'Union allait apporter les clarifications rendues nécessaires par les hésitations nées de l'arrêt *Gencor*, en consacrant la mise en œuvre et les effets qualifiés comme critères alternatifs du fondement de l'application territoriale de l'article 101 TFUE.

V. LA «MISE EN ŒUVRE» ET LES «EFFETS QUALIFIÉS» COMME CRITÈRES ALTERNATIFS DU FONDEMENT DE L'APPLICATION TERRITORIALE DE L'ARTICLE 101 TFUE

C'est la célèbre affaire *Intel*⁵¹, qui donna l'occasion au juge de l'Union de clarifier les relations entre le critère de la mise en œuvre et celui des effets qualifiés. Dans cette affaire, Intel contestait la légalité de la décision de la Commission par laquelle cette dernière avait constaté qu'elle avait commis une violation unique et continue de l'article 82 CE et de l'article 54 de l'accord EEE, en mettant en œuvre une stratégie visant à exclure un concurrent, à savoir AMD, du marché des microprocesseurs (CPU) d'architecture x86 et avait infligé en conséquence une amende d'un milliard d'euros à Intel. Intel faisait valoir, notamment, que le champ d'application territorial des articles 81 CE et 82 CE n'est pas illimité et que, dès lors, afin de se déclarer compétente aux fins de l'appréciation d'un comportement adopté en dehors de l'Union, la Commission devrait établir un lien de causalité direct avec le territoire de l'Union, en fournissant des preuves solides que la mise en œuvre effective des pratiques en cause produit un effet substantiel sur la concurrence au sein de l'Union⁵². Il soutenait également que, en présence d'échanges commerciaux avec des pays tiers, et ce même lorsque la mise en œuvre des pratiques en cause est effectuée à l'intérieur de l'Union, la Commission doit aussi prouver que leurs effets dans l'Union sont immédiats, substantiels, directs et prévisibles⁵³. En réponse à cette argumentation, le Tribunal avait affirmé que le juge de l'Union avait suivi deux approches pour établir la compétence de la Commission au regard des règles de droit international public, la première, dans l'arrêt *Pâte de bois*, fondée sur le principe de territorialité et qui faisait du lieu de la mise en œuvre de l'entente le critère déterminant, la seconde, dans l'arrêt *Gencor*, fondée sur l'existence d'effets substantiels, directs et prévisibles. Selon le Tribunal, ces deux approches n'étaient pas cumulatives, mais bien alternatives, de sorte que pour justifier la compétence de la Commission au regard du droit international public, il suffisait d'établir soit les effets qualifiés de la pratique, soit sa mise en œuvre dans l'Union⁵⁴. Le pourvoi introduit par Intel à l'encontre de l'arrêt par lequel le Tribunal avait rejeté son recours allait donner à la Cour l'occasion d'apporter des précisions inédites à cet égard. En effet, si la Cour annula l'arrêt du Tribunal sur un autre point de droit, elle ne censura pas les développements relatifs à la compétence de la Commission, bien au contraire.

⁵¹ Arrêt du 12 juin 2014, *Intel/Commission*, T-286/09, EU:T:2014:547.

⁵² *Ibid.*, point 221.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, points 231 à 244.

En suivant les conclusions de l'avocat général Wahl, La Cour allait clairement trancher en faveur du raisonnement du Tribunal. Ainsi, la Cour a jugé que «[les règles de concurrence de l'Union énoncées aux articles 101 et 102 TFUE tendent à appréhender les comportements, collectifs et unilatéraux, des entreprises qui limitent le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. En effet, tandis que l'article 101 TFUE interdit les accords et les pratiques qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence 'à l'intérieur du marché intérieur', l'article 102 TFUE prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante 'sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci'»⁵⁵. La Cour a ensuite rappelé, en renvoyant à l'arrêt *Béguelin*, qu'il a été jugé «[...] s'agissant de l'application de l'article 101 TFUE que le fait pour une entreprise participant à un accord d'être située dans un État tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, dès lors qu'un tel accord produit ses effets sur le territoire du marché intérieur»⁵⁶. La Cour a rappelé, par ailleurs, en renvoyant par analogie à l'arrêt *Pâte de bois*, que, «[...] afin de justifier l'application du critère de la mise en œuvre, la Cour a souligné que faire dépendre l'applicabilité des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire auxdites interdictions»⁵⁷. Or, selon la Cour, «[...] le critère des effets qualifiés poursuit le même objectif, à savoir appréhender des comportements qui n'ont certes pas été adoptés sur le territoire de l'Union, mais dont les effets anticoncurrentiels sont susceptibles de se faire sentir sur le marché de l'Union»⁵⁸. Dans ce même arrêt, la Cour allait également confirmer un autre point du raisonnement du Tribunal concernant l'application du critère des effets qualifiés en jugeant que «[...] c'est au regard du comportement de l'entreprise ou des entreprises en cause, pris dans son ensemble, qu'il convient de déterminer si la Commission dispose de la compétence nécessaire pour appliquer, dans chaque cas, le droit de la concurrence de l'Union»⁵⁹.

Le Tribunal a fait pour la première fois application de cette jurisprudence *Intel* dans le contexte de l'application par la Commission de l'article 101 TFUE, à l'occasion d'une série d'affaires initiées par les destinataires d'une décision de la Commission qui avait constaté leur participation à une entente dans le domaine des câbles électriques et les avait condamnés à des amendes en conséquence. La Commission avait ainsi constaté que plusieurs entreprises avaient participé à une infraction unique et continue à l'article 101 TFUE dans le « secteur des câbles électriques à (très) haute tension souterrains et/ou sous-marins ». En substance, la Commission avait constaté que, à partir de février 1999 et jusqu'à la fin de janvier 2009, les principaux producteurs européens, japonais et sud-coréens de câbles électriques sous-marins et souterrains avaient participé à un réseau de réunions multilatérales et bilatérales et établi des contacts visant à restreindre la concu-

⁵⁵ Arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 42.

⁵⁶ *Ibid.*, point 43.

⁵⁷ *Ibid.*, point 44.

⁵⁸ *Ibid.*, point 45.

⁵⁹ *Ibid.*, point 50.

rence pour des projets de câbles électriques souterrains et sous-marins à (très) haute tension sur des territoires spécifiques, en se répartissant les marchés et les clients et en faussant ainsi le processus concurrentiel normal. Dans la décision attaquée, la Commission avait considéré que l'entente revêtait deux configurations principales qui constituaient un ensemble composite. Plus précisément, selon elle, l'entente se composait de deux volets. Le premier volet correspondait à la « configuration A/R de l'entente », qui regroupait les entreprises européennes, généralement appelées « membres R », les entreprises japonaises, désignées en tant que « membres A », et, enfin, les entreprises sud-coréennes, désignées en tant que « membres K ». Ladite configuration permettait de réaliser l'objectif d'attribution de territoires et de clientèles entre producteurs européens, japonais et sud-coréens. Cette attribution se faisait selon un accord sur le « territoire national », en vertu duquel les producteurs japonais et coréens s'abstenaient d'entrer en concurrence pour des projets se déroulant sur le « territoire national » des producteurs européens, tandis que ces derniers s'engageaient à rester en dehors des marchés du Japon et de la Corée du Sud. S'ajoutait à cela l'attribution de projets dans les « territoires d'exportation », à savoir le reste du monde à l'exception notamment des États-Unis, qui, pendant une certaine période, respecta un « quota 60/40 », signifiant que 60 % des projets étaient réservés pour les producteurs européens et les 40 % restants pour les producteurs asiatiques. Le second volet correspondait à la « configuration européenne de l'entente », qui impliquait l'attribution de territoires et de clients par les producteurs européens pour des projets à réaliser sur le « territoire national » européen ou attribués à des producteurs européens. La Commission avait estimé que la condition tenant à la mise en œuvre de l'entente dans l'EEE ainsi que celle relative aux effets qualifiés produits par celle-ci dans l'EEE étaient en l'espèce toutes les deux réunies, de sorte que sa compétence pour poursuivre l'infraction à l'article 101 TFUE était établie.

Deux producteurs européens NKT A/S et sa filiale à part entière NKT Verwaltungen GmbH, sociétés danoise et allemande actives dans le secteur de la production et de la fourniture de câbles électriques souterrains et sous-marins⁶⁰, ainsi que Kabelwerke Brugg AG Holding et sa filiale à part entière Brugg Kabel AG, sociétés suisses actives dans le secteur de la production et de la fourniture de câbles électriques souterrains contestaient l'application territoriale de l'article 101 TFUE en l'espèce⁶¹. Brugg et Nkt soutenaient que la Commission n'était pas compétente pour appliquer l'article 101 TFUE aux pratiques survenues en dehors de l'EEE et aux projets à réaliser en dehors de l'EEE dès lors que ceux-ci n'avaient pas d'incidence dans l'EEE. Selon ces entreprises, en l'absence de preuve que les pratiques relatives à chacun de ces projets avaient des effets immédiats, substantiels et prévisibles dans l'EEE, au sens de la jurisprudence, la Commission ne pouvait pas simplement les rattacher à l'infraction unique et continue pour fonder sa compétence extraterritoriale, sauf à lui permettre de conférer à cette dernière un caractère illimité. Viscas Corp, société japonaise détenue à parts

⁶⁰ Arrêt du 12 juillet 2018, NKT Verwaltungs et NKT/Commission, T-447/14, EU:T:2018:443.

⁶¹ Arrêt du 12 juillet 2018, Brugg Kabel et Kabelwerke Brugg/Commission, T-441/14, EU:T:2018:453.

égales par deux autres sociétés japonaises, Furukawa Electric Co. Ltd et Fujikura Ltd, à laquelle ces dernières avaient transféré leurs activités de conception et de vente de câbles électriques souterrains et sous-marins pour des projets hors du Japon, lors de sa création le 1^{er} octobre 2001, tout en conservant leurs capacités de production et les ventes, tant au Japon qu'à l'étranger, à des clients japonais, contestait également la compétence de la Commission pour appliquer l'article 101 TFUE aux pratiques constatées dans la décision attaquée. Selon Viscas, dès lors que les arrangements relatifs aux « territoires d'exportation » ne concernaient pas des ventes dans l'EEE, ils ne pouvaient pas être considérés comme étant « mis en œuvre » dans l'EEE au sens de la jurisprudence. Au demeurant, même si le critère des « effets » appliqué par le Tribunal dans l'arrêt *Gencor*, pour l'interprétation du règlement relatif au contrôle des concentrations, était applicable pour interpréter le champ d'application de l'article 101 TFUE, la Commission aurait dû établir dans la décision attaquée qu'il était prévisible que l'accord sur les ventes dans les « territoires d'exportation » produirait un effet immédiat et substantiel dans l'Union européenne, ce qu'elle n'aurait pas fait⁶².

Après avoir rappelé que les conditions d'application territoriale de l'article 101 TFUE étaient réunies lorsque soit les pratiques en cause étaient mises en œuvre sur le territoire du marché intérieur, soit il était prévisible que ces pratiques produisent un effet immédiat et substantiel sur le marché intérieur, le Tribunal a relevé que s'agissant de la mise en œuvre des pratiques de l'entente relatives à des projets à réaliser en dehors de l'EEE, l'accord sur les « territoires d'exportation », en application duquel les producteurs européens et les producteurs asiatiques se partageaient des projets à réaliser dans lesdits territoires, avait été mis en œuvre sur le territoire de l'EEE. En revanche, le Tribunal a relevé que le comportement des entreprises européennes consistant, en application de l'accord sur « le territoire national », à ne pas entrer en concurrence pour des projets à réaliser sur le « territoire national » des entreprises asiatiques n'avait, par définition, pas été mis en œuvre sur le territoire de l'EEE. Toutefois, selon le Tribunal, il ne s'ensuivait pas que la Commission aurait dû rapporter la preuve que chacun des projets à réaliser en dehors de l'EEE, en application de l'accord sur le « territoire national », avait une incidence suffisante dans l'Union pour justifier l'applicabilité territoriale de l'article 101 TFUE, dès lors que la Commission pouvait fonder cette applicabilité sur les effets prévisibles immédiats et substantiels de l'infraction unique et continue telle que définie dans la décision attaquée. À cet égard, le Tribunal a relevé que l'article 101 TFUE est susceptible de s'appliquer à des pratiques et accords servant un même objectif anticoncurrentiel, dès lors qu'il est prévisible que, pris ensemble, ces pratiques et accords ont des effets immédiats et substantiels dans le marché intérieur. En effet, selon le Tribunal, il ne saurait être permis aux entreprises de se soustraire à l'application des règles de concurrence de l'Union en combinant plusieurs comportements poursuivant un objectif identique, dont chacun, pris isolément, n'est pas susceptible de produire un effet immédiat et substantiel dans ledit marché, mais qui, pris ensemble, sont

⁶² Arrêt du 12 juillet 2018, Viscas/Commission, T-422/14, EU:T:2018:446.

susceptibles de produire un tel effet. Le Tribunal a ensuite rappelé que l'objectif unique de l'entente consistait à restreindre la concurrence pour les projets de câbles électriques sous-marins et souterrains à (très) haute tension à réaliser dans des territoires spécifiques en convenant de l'attribution de marchés et de clients et, ainsi, en faussant le processus concurrentiel normal dans l'EEE et en a conclu que, contrairement à ce que soutenaient les requérantes, c'est au regard des effets, pris ensemble, des différentes pratiques décrites dans la décision attaquée, y compris celles relatives aux projets à réaliser en dehors de l'EEE, qu'il convenait d'apprécier si l'article 101 TFUE était applicable en l'espèce. Or, selon le Tribunal, en l'espèce, la Commission n'avait pas commis d'erreur en considérant que les effets sur la concurrence dans l'EEE, en ce compris le marché intérieur, des pratiques et accords auxquels les membres de l'entente ont participé étaient prévisibles, substantiels et immédiats. Le Tribunal a précisé à cet égard, premièrement, qu'il suffisait de tenir compte des effets probables d'un comportement sur la concurrence pour que la condition tenant à l'exigence de prévisibilité soit remplie. Deuxièmement, s'agissant du caractère immédiat des effets des pratiques en cause sur le territoire de l'Union, le Tribunal a observé que celles-ci avaient nécessairement eu une influence directe sur la fourniture de câbles électriques à haute et très haute tension à réaliser dans ledit territoire, puisque tel était l'objet des différentes réunions et contacts entre les participants à l'entente. En outre, selon le Tribunal, la répartition effectuée entre les parties à l'entente, à la fois directement à l'intérieur et à l'extérieur de ce territoire, avait eu des effets prévisibles sur la concurrence au sein dudit territoire. Troisièmement, quant au caractère substantiel des effets dans l'Union, le Tribunal a relevé le nombre et l'importance des producteurs ayant participé à l'entente, qui représentaient la quasi-totalité du marché, ainsi que la large gamme de produits touchés par les différents accords et la gravité des pratiques en cause. Il a également relevé la durée importante de l'infraction unique et continue, qui s'était poursuivie durant dix ans. Selon le Tribunal, tous ces éléments, appréciés dans leur ensemble, concouraient à démontrer le caractère substantiel des effets des pratiques en cause sur le territoire de l'Union⁶³.

Le Tribunal a depuis rappelé les principes issus de la jurisprudence *Intel* dans l'arrêt du 12 décembre 2018, *Unichem Laboratories/Commission*, T-705/14⁶⁴, concernant la légalité de la décision de la Commission ayant constaté l'existence d'une infraction à l'article 101 TFUE sur le marché du Périndopril, ainsi que dans les arrêts du 12 juillet 2019, *Quanta Storage/Commission*, T-772/15⁶⁵ et *Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Commission*, T-8/16⁶⁶ concernant l'existen-

⁶³ Arrêts du 12 juillet 2018, *Brugg Kabel et Kabelwerke Brugg/Commission*, T-441/14, EU:T:2018:453, points 94 à 112, *NKT Verwaltungs et NKT/Commission*, T-447/14, non publié, EU:T:2018:443, points 78 à 97 et *Viscas/Commission*, T-422/14, EU:T:2018:446, points 98 à 115.

⁶⁴ Arrêt du 12 décembre 2018, *Unichem Laboratories/Commission*, T-705/14, non publié, EU:T:2018:915, points 99 à 102.

⁶⁵ Arrêt du 12 juillet 2019, *Quanta Storage/Commission*, T-772/15, EU:T:2019:519, points 43 à 46.

⁶⁶ Arrêt du 12 juillet 2019, *Toshiba Samsung Storage Technology et Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Commission*, T-8/16, EU:T:2019:522, points 165 à 168.

ce d'une infraction sur le marché des lecteurs de disques optiques. Toutefois, il importe de noter que dans ces affaires le Tribunal n'a pas eu l'occasion de prendre plus avant position sur le respect du critère des effets qualifiés, la Commission ayant, chaque fois, choisi de faire application du critère de la mise en œuvre.

VI. CONCLUSION

Près de quarante-six ans séparent les arrêts rendus par la Cour dans les affaires Béguelin et Intel. C'est le laps de temps qui aura été nécessaire pour affirmer progressivement et non sans hésitations que le champ d'application territorial de l'article 101 TFUE peut être fondé sur deux critères alternatifs, celui de la mise en œuvre et celui des effets qualifiés. Cette évolution rendue nécessaire pour permettre à l'article 101 TFUE d'être pleinement efficace face à des pratiques collusoires de plus en plus souvent organisées à l'échelle du globe et non plus seulement à celle d'un continent ne laisse pas de soulever de nouvelles questions. Celles-ci concernent, en particulier, la définition concrète des effets qualifiés, au-delà des simples formules de style, la nature de la preuve qui sera exigée de la Commission et le degré de contrôle qui sera exercé par le juge de l'Union à cet égard. Les questions trouveront sans nul doute leurs réponses au fil de la mise en œuvre par la Commission du critère des effets qualifiés et des contestations qu'elle ne manquera pas de susciter devant le juge de l'Union.

*(Trabajo recibido el 17/12/2019
y aceptado para su publicación el 27/12/2019)*

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO DE REESTRUCTURACIÓN TEMPRANA¹

JUANA PULGAR EZQUERRA
Catedrático de Derecho Mercantil UCM

RESUMEN

El marco de relaciones entre el Derecho de la Competencia y el Derecho de la Insolvencia se está viendo modificado en conexión con el nuevo paradigma reestructurador introducido en la Directiva UE 2019/1023 de reestructuración temprana y mecanismos de segunda oportunidad, que puede constituir un primer paso en la construcción de un Derecho Europeo de Reestructuraciones.

En el presente trabajo se analizan las posibles distorsiones de la competencia en sentido vertical, que puede conllevar la reestructuración cuando precise de apoyo público (ayudas de Estado, salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis), así como en sentido horizontal, en relación con los incentivos legales introducidos para propiciar la reestructuración, con particular atención a las capitalizaciones de deuda y las denominadas «concentraciones empresariales sanatorias y cambios de control».

Palabras clave: reestructuración, Derecho de la Competencia, ayudas de Estado, distorsiones verticales y horizontales competencia, Directiva UE 2019/1023.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación sobre «Reestructuración Empresarial y Derecho de la Competencia» (DER 2015-68733P).

COMPETITION LAW AND EUROPEAN HARMONISATION OF EARLY CORPORATE RESTRUCTURING AND SECOND CHANCE

JUANA PULGAR EZQUERRA
Professor of Commercial Law at UCM

ABSTRACT

The Directive UE 2019/1023 on early corporate restructuring and second chance, as well as the 2015 recast of the European Insolvency Regulation (EIR) has introduced a new paradigm in the field of insolvency law.

In this new approach, the modern goal of insolvency law increasing danger to interfere with European Competition law intention. This paper analyzes the collisions between insolvency/corporate restructuring and competition law through the study of the Directive UE 2019/1023 on early corporate restructuring and the guidelines on state aid for rescuing and restructuring

Keywords: restructuring, competition law, state aid, horizontal competition rules, vertical competition rules, Directive EU 2019/1023.

SUMARIO: I. HACIA LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO DE REESTRUCTURACIONES. 1. De la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 a la Directiva UE 2019/1023 sobre reestructuración temprana y mecanismos de segunda oportunidad. 2. Derecho Europeo de Reestructuraciones y Derecho de la competencia: la viabilidad de la compañía.—II. REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL Y APOYO PÚBLICO: EVENTUALES DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA EN SENTIDO VERTICAL. 1. Régimen europeo de ayudas de Estado. 2. Ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis. 2.1. «Flexibilización» y crisis económica. 2.2. Fundamento de política jurídica: empresas financieras y no financieras. 2.3. Tipología de ayudas estatales a empresas en crisis. 2.4. Compatibilidad de las ayudas de salvamento y reestructuración con el TFUE: criterios.—III. INCENTIVOS A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: REFORMAS LEGALES Y EVENTUALES DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA EN SENTIDO HORIZONTAL. 1. La trasposición de la Directiva UE 2019/1023 y los incentivos a la reestructuración. 2. La eventual utilización «estratégica» de los incentivos legales a las reestructuraciones empresariales. 3. Derecho de la Competencia e intervención estatal por el legislador. 4. Capitalizaciones de deuda, cambios de control y concentraciones empresariales.—IV. CONCLUSIONES.

I. HACIA LA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO DE REESTRUCTURACIONES

1. De la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 a la directiva UE 2019/1023 sobre reestructuración temprana y mecanismos de segunda oportunidad

El Derecho de la Insolvencia constituye una de las ramas jurídicas esenciales para promover el desarrollo económico, pues sólo en la medida en que se regulen predecibles, eficaces y expeditivos mecanismos de «entrada» y «salida» del mercado de operadores personas físicas y jurídicas, se incentivará el inicio de la actividad económico-empresarial y así se ha resaltado en reiteradas ocasiones desde instancias internacionales (Banco Mundial, Uncitral, Fondo Monetario Internacional, UNCTAD).

Aparece así una consustancial conexión entre el Derecho de la Insolvencia, regulador de las crisis y dificultades económicas de los operadores y, por tanto, en su caso de su salida del mercado, y el Derecho de la Competencia, que persigue el establecimiento de un marco normativo regulador del comportamiento de los operadores en el mercado, orientándose por tanto ambas disciplinas, en última instancia, a procurar la eficiencia del mercado.

No obstante, no nos encontramos ante un marco fijo y «cerrado» de relaciones entre estos dos sectores normativos, viniendo esta relación condicionada y determinada en gran medida por la correlativa evolución en la función asignada en el mercado a los institutos concursales, así como en las vías o medios a través de los que alcanzar dicha finalidad, y todo ello en conexión con el marco constitucional-económico determinante de la concreción de la finalidad de los institutos concursales².

² TIRADO MARTÍ, I.: «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (ideas para la cons-

En este sentido, las tradicionales «quiebras» en un marco privatista ligado al liberalismo político y económico se presentaban desde una perspectiva institucional-económica como institutos concursales solutorios-liquidativos, toda vez que perseguían la satisfacción de los acreedores (finalidad solutoria consustancial al Derecho Concursal) a través de la liquidación del patrimonio del deudor, eliminándose así del mercado «empresas ineficientes», coherentemente con la idea liberal de autorregulación del mercado. Desempeñaban así estos institutos concursales una doble función selectiva dentro del mercado, de un lado de unidades ineficientes, y de otro lado de los propios operadores del mercado sobre la base de los rigurosos efectos personales que producía la quiebra sobre el deudor.

Posteriormente, a través de un largo y complejo proceso cuyo análisis no abordaremos en profundidad en esta ocasión, ese Derecho Concursal esencialmente liquidativo derivó en distintos momentos temporales del siglo XX hacia un Derecho que propiciaba la conservación de empresas, aun cuando en el marco tradicional privativo de prevalencia de los intereses en el cobro de los acreedores, en el marco del tránsito desde un marco constitucional económico-liberal al modelo llamado de «economía social de mercado»³.

Sin embargo, no ha sido hasta el período comprendido entre los años 2007 y 2015 cuando realmente se puede hablar de un cambio de paradigma en el tratamiento de las crisis económicas, motivado en cierta medida, pero no sólo, por la crisis económica generalizada que «asoló» Europa durante ese período temporal.

Como se sabe, hasta el momento y no obstante haber constituido un objetivo perseguido por la Comisión Europea desde hace ya algún tiempo⁴, no se ha armo-

trucción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores»), *ADC*, tomo LXII, 2009, págs. 1.055-1.103.

³ *Vid.* sobre esta evolución los ya clásicos trabajos de GARCÍA VILLAVARDE: «Instituciones concursales y paraconcurso: el ámbito de una reforma», en «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», *RFDUC*, número monográfico 8/1985, págs. 189 y ss.; GONDRA ROMERO: «Convenio y reorganización en la nueva ley concursal, a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en *AAVV Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I., Madrid 2005, págs. 4.577-4.601. *Vid.* también PULGAR EZQUERRA, J.: primero en *La reforma del Derecho Concursal Comparado y Español*, Madrid 1994, págs. 31-51; más tarde en *Preconcurabilidad y Reestructuración empresarial*, 2.ª edición, *La Ley* 2016.

⁴ A nivel europeo se ha perseguido esta armonización desde el año 2000 (Reglamento CE n.º 1346/2000 del Consejo) sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia. Así, hay que citar en conexión con el informe de INSOL Europe (2010) «Harmonisation of Insolvency Law at EU Level European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs PE429.633», la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Parlamento Europeo, con recomendaciones a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho Europeo de sociedades [European Parliament Committee on Legal Affairs, report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law (A7-0355/2011, 17 october 2001) and related resolution of the European Parliament of 15 november 2011 (2011/2006 [INI])]; la comunicación sobre el Acta del Mercado Único II [COM (2012), 573 final], con la que la Comisión emprendió la modernización de las normas sobre insolvencia en la Unión Europea. *Vid.*, además, Directiva 2001/23CE, que regula los derechos de

nizado sustantivamente en el marco europeo el Derecho de la Insolvencia, esto es, de tratamiento de las crisis económicas del deudor, existiendo por tanto tantos derechos de insolvencia como países miembros integran la UE. No obstante, si se ha alcanzado una armonización en esta materia en un ámbito procesal, a través del Reglamento de Insolvencia Transfronteriza (Reglamento CE n.º 1346/2000 del Consejo), que regula cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia y reformado en 2015 (Reglamento UE 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, que entró en vigor el 26 de junio de 2017)⁵.

Esta ausencia de armonización comunitaria en materia de insolvencia, cuya consecuencia es la existencia de sustanciales diferencias en el régimen jurídico en los distintos países miembros, contrasta con el grado de armonización europea en materia de Derecho de la Competencia, lo que en gran medida se explica dada la inicial vertebración de esta unión en torno a la construcción de un mercado común europeo. Son muchas las consecuencias derivadas de esta ausencia de armonización, pero resaltaremos en esta ocasión aquella que puede tener incidencia en el Derecho de la competencia y es el riesgo de «forum shopping». En efecto, el deudor o los acreedores «eligen» la normativa más favorable desde el punto de vista de sus intereses (normativa concursal pro deudor/pro acreedor), lo que, aun cuando es lícito, conlleva una indeseable incertidumbre jurídica y los consiguientes «costes» para los inversores en la búsqueda del forum más favorable⁶.

Por todo ello, la armonización sustantiva en materia de insolvencia se presenta como una necesidad sobre la que se insistió en 2015 en el Libro Verde sobre Unión y mercados de capitales como vía de protección del crédito desde su origen mismo⁷. En este ámbito ha de situarse como un primer paso la Directiva UE 2019/1023 sobre reestructuración temprana y mecanismos de segunda oportunidad.

los trabajadores en supuestos de transmisión de empresas y en particular el artículo 5, relativo a los procedimientos insolvencia. Así mismo, hay que citar el estudio de la Comisión de 2012 «European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: A new European approach to business failure and insolvency [COM (2012) 724, 12 december 2012]», que dió paso después a la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 centrada en la pre-insolvencia y la reestructuración.

⁵ Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?OJ%3AJOL_2015_141_R_0002.

⁶ Vid. CARPUS CARCEA/CIRIACI/CUERPO/LORENZANI/PONTUCH: «The economic impact of rescue and recovery frameworks in the EU», *European Commission Discussion paper 004*. September 2015; GUZMÁN, A.: «An economic analysis of transnational bankruptcies», 42 *Journal of Law and Economics* (1999) 775.

⁷ Vid. European Commission, Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency, C(2014) 1500 final. Recommendations are not binding on the Member States: Article 288 TFEU. Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Action Plan on Building a Capital Markets Union», COM(2015) 468(final), Brussels, 30 september 2015, 25.

En efecto, dicha directiva representa un paso decisivo en dicha armonización y lo ha hecho sobre la base de un cambio de paradigma en el tratamiento de las dificultades económicas que conlleva el tránsito desde una concepción liquidativa del Derecho Concursal a un Derecho de Reestructuración de empresas viables con dificultades en principio financieras (apalancamientos financieros). Ello se acompaña de la introducción de mecanismos exoneratorios de pasivo insatisfecho de personas físicas, excepcionándose con ello el marco de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 Cc, con el fin de permitir el «fresh start» y evitar la exclusión social de quienes por causas no imputables tienen dificultades económicas.

La justificación de política jurídica subyacente a la construcción de un Derecho Europeo en torno a la reestructuración y la regulación de mecanismos exoneratorios parece clara si se combinan en un modo triangular las ventajas y virtudes intrínsecas consustanciales a la reestructuración y la exoneración de pasivo, en conexión con el contexto económico en que se produce el referido tránsito, y todo ello en el marco de planteamientos de gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia.

En efecto, la reestructuración conlleva la modificación de la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo de los deudores o una combinación de estos elementos con el objeto de permitir la continuación en su totalidad o en parte de la actividad de los deudores, lo que conlleva importantes ventajas frente a una concepción tradicionalmente liquidativa de los institutos de tratamiento de crisis económica.

En este marco, la reestructuración empresarial, que conecta en última instancia con la institucionalización de las sociedades de capital y el incremento del sector terciario económico («know how», fondo de comercio, prestigio, penetración de mercado, clientela) permite separar unidades rentables de las que no lo son y aprovechar el denominado «fond du commerce» o el «avviamento» italiano (valores inmateriales de la empresa), manteniendo puestos de trabajo. Pero, sobre todo, permite adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales que cambian en supuestos de dificultades económicas, evitando la declaración de un procedimiento concursal y los costes económicos, temporales y reputacionales (*stigma*) vinculados a éstos⁸.

Por su parte, la «conveniencia» de la introducción de mecanismos exoneratorios de pasivo para personas físicas perseguiría incentivar el inicio de la actividad empresarial, atenuando el temor al fracaso en conexión con el carácter de riesgo consustancial a la actividad empresarial y la aplicación de la responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 Cc. Ello conecta con la idea de la segunda oportunidad norteamericana («second chance») y la necesidad de propiciar un «fresh

⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Madrid 2016 (2.ª edición), págs. 51-84.

start» respecto de personas físicas, en particular empresarios de «buena fe» que, tras haber contribuido al sistema, se ven «arrojados» de éste por causas ajenas a su voluntad, que les colocan en «dificultades» cuando no en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, conllevando a su vez este «fresh start» empresarial un efecto reflejo protector frente a la exclusión social.

Pues bien, si ello se pone en conexión con el contexto de crisis económica generalizada que desde 2007 «asoló» Europa con una amplitud y gravedad paralela y en gran medida superadora de la Gran Crisis de 1929, se explica que a las ventajas intrínsecas de la «reestructuración» y el «fresh start» se añada la «utilidad» y ventajas que éstas conllevan en dicho período de crisis económica. Y es que, en este contexto, los «cimientos» del clásico Derecho Concursal «anclados» en la prevalente satisfacción de los intereses crediticios de los acreedores por vías liquidativas, como mecanismo de salida y limpieza del mercado, tuvieron que ser necesariamente replanteados. En efecto, en el referido contexto de crisis económica se advirtió la necesidad de proteger no solo a los acreedores, sino también otros intereses vinculados y afectados por aquélla y también necesitados de legítima protección, en tanto en cuanto permiten la continuidad de la actividad a largo plazo, en particular cuando nos encontramos ante empresas cuya desaparición podría conllevar un riesgo sistémico o que podrían ser relevantes por razón de sus dimensiones o la índole de su actividad. Nos referimos a los intereses de los denominados en terminología societaria «stakeholders» (trabajadores, accionistas, inversores, fondos, ...) que reclamaban una adecuada composición de intereses en juego de la que en gran medida dependía la recuperación económica europea y cuya protección podía encontrar su fundamento de política jurídica en un planteamiento de gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia, en el marco de la responsabilidad social corporativa, categoría doctrinal heredera en gran medida de la tradicional «función social de la empresa»⁹ y que aflora en supuestos en que la sociedad que se encuentre con dificultades económicas revista grandes dimensiones o tenga relevancia sistémica.

No obstante, la necesaria armonización de un Derecho Europeo de Reestructuración de empresas viables con dificultades económicas y en particular financieras plantea, entre otras, dos cuestiones claves: de un lado, se suscita el instrumento legislativo comunitario más adecuado a través del que abordar la armonización comunitaria y, de otro, se plantea una opción de política legislativa en torno al modelo de reestructuración sobre la base del cual vertebrar la construcción de un Derecho Europeo de Reestructuración.

⁹ ESTEBAN VELASCO: «Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el gobierno corporativo», en AAVV *Liber Amicorum*, Juan Luis Iglesias, Navarra, 2014, págs. 271-297; *vid.* comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo sobre la estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre responsabilidad social corporativa en la que se define ésta como «la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad», resaltándose en relación a Pymes que, en función del tamaño de la empresa y la índole de sus actividades, es probable que para éstas esta responsabilidad sea un proceso formal e intuitivo.

Inicialmente, la Comisión Europea se inclinó por una opción legislativa en el ámbito del «soft law», materializado esencialmente a través de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y el fracaso empresarial¹⁰.

El nuevo paradigma reestructurador recogido en la Recomendación de la Comisión Europea motivó, de un lado, una nueva versión del Reglamento Europeo de Insolvencia Transfronteriza de 20 de marzo de 2015 (UE 2015/848), que entró en vigor el 26 de junio de 2017. En este ámbito se advirtió también un tránsito desde los planteamientos tradicionalmente liquidatorios a un planteamiento «pro rescate» o «pro reestructuración» de empresas viables con fuerte apalancamiento financiero, particularmente en sede preconcursal. De ahí la ampliación del ámbito material de aplicación del Reglamento, no sólo como venía siendo tradicional a los procedimientos de insolvencia de cualquier deudor, cuando su estado de origen sea un estado europeo, esto es, cuando su centro de intereses principales (COMI) se sitúe en un estado miembro de la UE, sino también, bajo ciertas condiciones, a los procedimientos preconcursales de reestructuración, denominados en ocasiones en un ámbito internacional «hybrid proceedings», enumerados en el anexo A del Reglamento y a los que se dota de eficacia extraterritorial¹¹. De otro lado, la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 tuvo incidencia en la regulación de las ayudas de Estado, motivando dicha Recomendación, en gran medida, una nueva versión de las directrices sobre salvamento y reestructuración de empresas en crisis, de 31 de julio de 2014, dictadas tan solo cuatro meses después de la publicación de la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014.

Como se sabe, las recomendaciones del Consejo y de la Comisión, los dictámenes, así como las comunicaciones de la Comisión, no son jurídicamente vinculantes frente a terceros, ni obligatorias en su cumplimiento (art. 288 TFUE), lo que no impide su calificación como instrumentos integrantes del ordenamiento comunitario, que en ocasiones pueden cumplir, como ha resaltado la doctrina, una función de «sondeo», preparando el camino para la introducción de nue-

¹⁰ Texto disponible en http://ec.europa.eu/justice/civil/files/C_2014_500_en.pdf. Vid. CARPUS-CARCEA: «La Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial» (traducción de Eva Recamán Graña), *RcP* 22/2015, págs. 299-303; EIDENMÜLLER/VAN ZWIETEN: «Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a new approach to Business failure and insolvency», en http://papers.ssrn.com/Sol3/papers.cfm?abstract_id=2662213, pág. 29.

¹¹ Reglamento (EU) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_141_R_000. 2. No obstante, la referida eficacia extraterritorial de los procedimientos preconcursales de reestructuración resulta limitada en lo que se refiere a la paralización de ejecuciones reales encomendada por la Comisión, en tanto en cuanto se negocia un acuerdo de reestructuración sobre la base del art. 8 de la nueva versión del Reglamento Europeo de Insolvencia, que establece que la apertura de un concurso o precurso no afecta a los derechos reales sobre activos situados en un tercer estado miembro distinto de aquel en el que se abrió el procedimiento principal, lo que debería ser replanteado con el fin de no restar virtualidad a la eficacia extraterritorial de los procedimientos preconcursales de reestructuración.

vos paradigmas¹². Por tanto, no seguir estas recomendaciones y directrices no conlleva directamente sanción jurídica alguna, aun cuando «indirectamente» los países miembros pueden encontrar un «incentivo» en adecuarse y seguir dichas recomendaciones y comunicaciones adaptando a éstas su normativa, dado que la Comisión actuará en la práctica siguiendo los criterios contenidos en dichas recomendaciones y comunicaciones y el acto formal que adopte en base a éstas sí será jurídicamente relevante.

No obstante, esta «obligatoriedad» indirecta de recomendaciones y directrices no fue suficiente en el caso de la implementación en las legislaciones de los estados miembros de los criterios recogidos en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, no habiendo adaptado todos los estados miembros, ni en igual medida, su normativa a dichos criterios, ámbito éste en el que destacó el elevado grado de adaptación del Derecho Español en materia de acuerdos de refinanciación¹³.

Por ello, probablemente, la opción de la Comisión Europea por abordar la construcción de un Derecho Europeo de Reestructuraciones, sobre la base de recomendaciones «soft law», fue replanteada. Ello no sólo sobre la base del referido escaso seguimiento por los estados miembros del contenido de ésta, sino también por la necesidad de dar un paso más en la construcción de un eficiente Derecho Europeo de Reestructuraciones, de algún modo coincidiendo en el tiempo con la decisión de Reino Unido de «salir» de la Unión Europea a través del Brexit.

En este marco, el 26 de junio de 2019 se publicó en el DOUE la Directiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración temprana, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que persigue «normalizar» y «desestigmatizar» la reestructuración, no vinculándola necesariamente, ni en todo caso a la insolvencia.

La otra cuestión clave que se suscita es determinar hacia qué modelo de reestructuración orientar la armonización europea. Y es que, aun cuando la idea de «reestructuración» se puede reconducir a un concepto unitario, pueden distinguirse, sin embargo, distintos modelos de reestructuración empresarial en el ámbito comparado europeo, que básicamente se diferencian en tres aspectos clave: normativa y momento en el que en relación a un eventual procedimiento judicial concursal ha de abordarse la reestructuración, papel del juez y «sacrificios» o función de los accionistas en la reestructuración¹⁴.

¹² Vid. ALONSO GARCÍA, R.: «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública* 154/2001, págs. 63-94, hablando de esta función de sondeo y resaltando que la ausencia de efectos vinculantes de estos instrumentos no implica «per se» ausencia de efectos jurídicos.

¹³ Vid. Evaluación de la implementación de la Recomendación de 12 de marzo de 2014, realizada el 30 de septiembre de 2015, en http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm.

¹⁴ Vid. sobre estos modelos PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y reestructuraciones e insolvencias: la encrucijada de la armonización europea», *RcP* 24/2016, págs. 387-399.

De un lado, el modelo alemán, de carácter judicial y formal, que, sobre la base del Chapter 11 del Bankruptcy Code Norteamericano, regula en sede concursal en el marco de la Inso la reestructuración de empresas en dificultades, situándola en el marco del convenio inserto en un procedimiento concursal, teniendo por tanto la reestructuración un carácter judicial en cuyo marco el juez puede incluso llegar a sustituir, en las condiciones legalmente establecidas, la voluntad de los socios reunidos en Junta (art. 245 Inso).

De otro lado, el modelo informal y desjudicializado de reestructuración de empresas en crisis de Reino Unido, a través de los «schemes of arrangement» (en adelante, SoA) regulados en sede societaria y no concursal, en la Parte 26 del Companies Act de 2006, constituyendo por tanto un instrumento de Derecho Societario Inglés, caracterizado por su naturaleza de composición amistosa y anterior a la declaración de un procedimiento concursal.

En la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, la opción se decantó inicialmente por el modelo de los «schemes of arrangement», justificándose esta opción en la eficiencia en la práctica de un modelo que funciona sobre la base de la superación de la relatividad contractual y el sometimiento de las garantías reales a un acuerdo adoptado por la mayoría de los acreedores divididos en clases, y para cuyo cálculo computarán exclusivamente como pasivo aquellas clases de acreedores que resulten afectadas por la refinanciación, permitiendo extender los efectos, alcanzadas dichas mayorías, a los acreedores disidentes dentro de cada clase¹⁵.

Precisamente esos «elementos» flexibles de los SoA fueron los que determinaron la «emigración» hacia este modelo de importantes reestructuraciones financieras internacionales realizadas por sociedades que tenían su centro principal de interés (COMI) en estados miembros distintos del Reino Unido (Rodenstock, Telecom, Apcoa Parking Holdings o las españolas La Seda, Colonial, Metrovacesa, ...), lo que vino propiciado por la flexibilidad de los criterios sobre la base de los cuales los tribunales ingleses podían declararse competentes para conocer de un «scheme of arrangement» («sufficient connection»).

En la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, que persigue proporcionar una «caja común» de herramientas de reestructuración flexibles, rápidas y eficientes, sigue manteniéndose la inspiración anglosajona en el diseño de la reestructuración, pero sobre la base de una mixtura entre los «schemes of arrangement» de UK y piezas claves de modelo norteamericano de reestructuración regulado en el chapter 11 del Bankruptcy Code, en el marco de la armonización mínima que se introduce (directiva de mínimos) y que propiciará una competencia legislativa entre estados¹⁶.

¹⁵ Vid. JENNIFER PAYNE: «Cross-border schemes of arrangement and Forrum Shopping» 14 EBOR (2013) 563.

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J.: «Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores», *RcP* 30/2019, págs. 36-40; EIDENMÜLLER,

Así, en la Directiva se permite la opción por un modelo informal/desjudicializado o por un modelo formal/judicializado, exigiéndose no obstante en ambos supuestos, desde una perspectiva garantista con salvaguarda de derechos de los intervinientes en la reestructuración, una mayor intervención judicial de la que se contemplaba en la inicial Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 si se quiere vincular a la reestructuración determinados efectos (p. e., en supuestos de reestructuración forzosa «cross-class-cramdown»).

2. Derecho Europeo de Reestructuraciones y Derecho de la competencia: la viabilidad de la compañía

Son diversas las cuestiones que pueden suscitarse en torno al Derecho Europeo de la Reestructuración de empresas en crisis, caracterizado, como no podía ser de otro modo, por las notas de la «transversalidad» e «interdisciplinariedad» con distintas disciplinas jurídicas (Derecho de Sociedades, Derecho de la Competencia, Derecho de Contratos, Derecho Fiscal). En este marco se produce en ocasiones por razón de la reestructuración un desplazamiento de estas disciplinas jurídicas afectadas desde lo concursal¹⁷, planteándose en ocasiones como necesaria la superación de clásicos paradigmas que pueden lastrar la reestructuración (principio de relatividad contractual, cesión «ex lege» de contratos, conexión en un ámbito societario entre propiedad y responsabilidad)¹⁸.

Centrándonos en esta ocasión en las conexiones entre Derecho Concursal/ Reestructuraciones y Derecho de la Competencia, hay que resaltar que éstas están implícitas en la construcción misma europea en torno a un eficiente mercado único, lo que requiere eficientes mecanismos de «entrada» y salida de este mercado, operando en este ámbito en un modo esencial, como se analizará a continuación, el Derecho Concursal.

Buena prueba de ello es la excepción al marco europeo de concentraciones empresariales en virtud de la doctrina de la «failing company» o empresa desfalleciente a través de la que desde hace ya algún tiempo se materializó y explicitó, como se analizará más adelante, la posible contraposición de intereses entre el mantenimiento en todo caso de la competencia en el mercado y el mantenimiento con vida de empresas, viables pero fuertemente apalancadas¹⁹.

H., habla de un sector especial de gobierno corporativo en contextos de insolvencia: «Comparative corporate insolvency law», European Corporate Governance Institute (ECGI) Law, Working Paper n.º 319/2016.

¹⁷ Vid. SCHMIDT: «¿Desbanca el Derecho Concursal al Derecho de Sociedades? Disputas societarias. Debt to equity swap y take over», *RcP* 22/2015. Traducción de Borja Alcázar, págs. 313-330.

¹⁸ Vid. sobre áreas jurídicas en colisión, PAULUS: «The erosion of a fundamental contract law principle: pacta sunt servanda vs modern insolvency law», en *Festschrift für Michael-Joachim Bonell*, 2016.

¹⁹ Vid. SIGNES DE MESA, I.: *Derecho de la Competencia y crisis económica*, Aranzadi, 2013.

Lo que sí es cierto es que en un contexto de crisis económica generalizada, como el que aconteció entre 2007-2014, se puso de manifiesto que de algún modo las reformas que se introduzcan en el ámbito concursal, sobre todo si favorecen la reestructuración, pueden actuar como «vaso comunicante» respecto del Derecho de la Competencia en un sentido positivo y negativo, pudiendo a su vez el Derecho de la Competencia «lastrar» o «dificultar» las posibilidades de reestructuración empresarial.

En efecto, no se puede incentivar la reestructuración de empresas en crisis sin «afectar» de algún modo el Derecho de la Competencia en sentido vertical, cuando la reestructuración precise de apoyo público en lo relativo a eventuales ayudas públicas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, así como, en su caso, en sentido horizontal en relación a los incentivos legales que se introducen para favorecer la reestructuración, que pueden conllevar, en conexión con el presupuesto objetivo al que se vincule la reestructuración, como se analizará más adelante, ventajas competitivas frente a quienes no precisan de reestructuración.

En este marco, partiendo de estas premisas, una de las cuestiones claves que pueden plantearse sería analizar en qué medida el nuevo paradigma reestructurador de empresas en crisis puede alterar la función de limpieza del mercado de empresas ineficientes encomendada tradicionalmente al Derecho Concursal, suscitándose si la referida incentivación de soluciones preconcursales de reestructuración podría entrar en «colisión» con los fines perseguidos por el Derecho de la Competencia y el principio básico del mercado de crecimiento de las empresas eficientes a costa de las empresas ineficientes.

La cuestión central en torno a este tema parece situarse no tanto en un modo apriorístico en la incorporación a los institutos preconcursales y concursales de una finalidad de reestructuración de empresas en crisis, de modo que ello en sí y por sí mismo pueda eliminar la función de barrera de salida del mercado de empresas ineficientes, cuanto en el **criterio económico determinante de la reestructuración de empresas en crisis**.

En efecto, dicha «función de limpieza» del mercado a través de la liquidación sólo quedaría eliminada si se tratara de reestructurar a toda costa y con independencia de la situación económica subyacente en la empresa a reestructurar, esto es, si la reestructuración mantuviese en el mercado lo que podríamos calificar como «empresas zombies» («empresas muertas vivientes»). Sin embargo, si la reestructuración se condiciona a la viabilidad económica de la empresa con arreglo a un plan de viabilidad, vinculándose a crisis financieras conectadas a fuertes apalancamientos que pongan o puedan poner en peligro la solvencia de la empresa, la «función de limpieza» de los institutos concursales no se elimina, sino que se «matiza» o «compatibiliza», de modo que la liquidación operaría respecto de empresas no viables, reservándose la reestructuración a las empresas viables.

Desde este punto de vista, la reestructuración, lejos de entrar en contradicción con los fines asignados al Derecho de la Competencia, coadyuvaría a la consecución

ción de éstos, dado que permitiría que empresas viables y productivas que se vean «lastradas» por fuertes apalancamientos financieros puedan sobrevivir y seguir funcionando en el mercado. Se situaría así en la «**viabilidad empresarial**» la solución al conflicto de intereses entre el marco competencial y la continuidad de las empresas.

Esto es, precisamente, lo que acontece en la Directiva UE 2019/1023, en la que, dentro del marco de armonización mínima que se introduce en ésta, parece partirse en el art. 4 de una situación anterior a la insolvencia, a la que se designa como «likelihood of insolvency», renunciándose no obstante a introducir un concepto armonizado de ésta, remitiéndose en el art. 2 de la directiva su determinación a las legislaciones de los estados miembros, que en su concreción podrán oscilar entre un mero riesgo de insolvencia a una amenaza que actualiza ya ese riesgo hasta la «insolvencia inminente» muy próxima a la insolvencia, a la que se alude en la versión española de la directiva. No obstante ello, tampoco parece cerrarse en la directiva la posibilidad de que los institutos de reestructuración temprana puedan desencadenarse ante una situación de insolvencia actual, en cuyo caso perseguían no tanto la evitación de una insolvencia que ya se habría actualizado cuanto la declaración de un procedimiento concursal.

Así, si se analiza el art. 4 en conexión con el art. 7.3 de la directiva, regulador de la protección de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración a través de la suspensión de ejecuciones y prórroga del plazo de exigibilidad del deber del deudor de solicitar el concurso, se alude al supuesto en que «el deudor sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas al vencimiento», lo que es indicativo de un estado de insolvencia actual, lo que podría cuestionar que los nuevos institutos de reestructuración no interfieran en la labor de «limpieza» del sistema de empresas insolventes.

No obstante, en todo caso, la reestructuración se condiciona en la directiva a la viabilidad de la compañía (arts. 2, 4, 19 directiva), resaltándose en el considerando 3) de la directiva la necesidad de que las empresas no viables, sin perspectivas de supervivencia, deban liquidarse lo antes posible. La viabilidad, aun cuando no se define, conllevaría que el valor de la empresa en funcionamiento como «going concern» es superior a su valor en liquidación, lo que es compatible no solo con una insolvencia inminente sino también, en ocasiones, con una situación de insolvencia actual, residiendo en este ámbito el elemento esencial en la valoración de la compañía, que constituye un elemento clave de la directiva en el marco de la aproximación económico-financiera de los problemas económicos del deudor, de la que se parte.

Así, en el art. 8.1.H de la directiva se alude a esta viabilidad como contenido del plan, pudiendo establecerse que ello se «valide» por un experto en reestructuraciones.

Se trataría, por tanto, de mantener en funcionamiento empresas en el mercado, no a toda costa, sino en tanto en cuanto sean viables, sin romper por tanto el

principio básico del Derecho de la competencia de no crecimiento de empresas ineficientes a costa de las eficientes.

No obstante, si bien es cierto que el nuevo paradigma reestructurador no altera, en principio, al condicionarse a la viabilidad de la empresa, los fines de limpieza del mercado encomendados a los institutos concursales, no es menos cierto que, de un lado, el carácter preconcursal y extrajudicial por el que se puede optar respecto de los procedimientos de reestructuración puede dificultar la comprobación de la efectiva y real viabilidad de la empresa a reestructurar. Y en este marco de verificación y comprobación de la viabilidad de la compañía parece partirse en la directiva de tres posibilidades: de un lado, se parte del control de la viabilidad por los propios acreedores, que en principio solo aceptarán un acuerdo de reestructuración que puede conllevar para ellos quitas y/o esperas si entienden que la compañía es o puede ser viable tras la realización del plan de reestructuración, optando de otro modo por la liquidación.

De otro lado, se ofrece la posibilidad a los estados miembros, en el art. 4.3 de la directiva, de introducir un control *a priori* de la viabilidad, de carácter judicial o administrativo, a través de un opcional «test de viabilidad», lo que puede dificultar la celeridad y rapidez y, por lo tanto, la eficiencia que se persigue respecto de un acuerdo de reestructuración.

Junto a este control *a priori*, la otra opción para los países miembros es una vía de control *a posteriori*, a través de la impugnación del plan alcanzado por los afectados por éste y que no votaron el acuerdo (cramdown/cross-class-cramdown), lo que conlleva la necesidad de establecimiento de un eficaz sistema de recursos y el establecimiento de la viabilidad como causa legal de impugnación del plan de reestructuración alcanzado, pareciendo más compatible este sistema de comprobación de la viabilidad con la necesaria rapidez de la reestructuración.

En todo caso, lo que sí parece claro en esta última opción es que se deja a los operadores del tráfico, y en particular a los acreedores, el control de que a través de la reestructuración no se rompa la barrera de limpieza del mercado de empresas ineficientes e inviables, encomendada tradicionalmente al Derecho Concursal.

Es precisamente por esta indefinición del presupuesto económico al que se conecta la reestructuración temprana en la directiva y del sistema de comprobación de la viabilidad de la compañía, por lo que existe el riesgo de que, en su caso, la incentivación legal de la reestructuración de empresas en crisis pueda conllevar —o en su caso intencionadamente perseguir— su «uso estratégico» por parte de empresas en dificultades, que, acudiendo a dichos procedimientos, podrían renacer en el mercado como el «Ave Fénix»²⁰, frente a empresas que no han atravesado por dichas dificultades económicas, disfrutando de los «incentivos legales» de los que

²⁰ Vid. PAULUS: «Reestructuración empresarial y Derecho de la Competencia. El Derecho Europeo en busca de un equilibrio», en *RcP* 23/2015, págs. 319-329.

en algunos países miembros se ha rodeado la regulación de los procedimientos de reestructuración, en orden a propiciar ésta (p. e., en el modelo español, con el fin de propiciar la capitalización de deuda con fines de reestructuración, exención de la obligación de lanzar OPA cuando se superen los límites de adquisición conectados a la capitalización en acuerdos homologados de refinanciación).

Ello, en definitiva, puede en su caso conllevar ventajas competitivas y una consiguiente distorsión de la competencia en sentido horizontal, esto es, en lo que se refiere a la protección de la relación entre competidores, suscitándose en su caso la compatibilidad de dichos incentivos legales con el Derecho Europeo de la Competencia. Así mismo, estas ventajas podrían también en ocasiones manifestarse cuando la reestructuración precise de apoyo público, lo que podría conllevar, en su caso, una lesión a la competencia en sentido vertical, esto es, en lo que se refiere a la protección de la competencia como tal y no tanto a los competidores.

En este sentido ha de resaltarse que el nuevo paradigma reestructurador no ha dado lugar a un nuevo Derecho Europeo de la Competencia especial o de excepción de ámbito de aplicación general a empresas en crisis. En efecto, se mantiene el marco general regulador de la prohibición de ayudas de estado en el art. 107 TFUE en los tradicionales términos, habiéndose acompañado ello no obstante de una nueva versión de las directrices de salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis, que aun cuando no constituyen una novedad, pues se venían regulando desde 1999, recibieron una nueva formulación más «avanzada» y acorde con la entonces Recomendación Europea sobre un nuevo enfoque al fracaso empresarial de 2014.

No obstante, una excepción en este marco la constituye la reestructuración del sector financiero, ámbito en el que sí podría hablarse de un Derecho de la Competencia de excepción. Ello encontraría su justificación de política jurídica en el fin de propiciar dicha reestructuración y evitar el «riesgo sistémico» que conllevaría la liquidación de estas entidades financieras, lo que permitiría hablar de la introducción en este ámbito de un Derecho de la Competencia excepcional o de emergencia configurado en torno a la Directiva 2014/59 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un específico marco para la reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión²¹.

²¹ Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F.: «Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y Derecho de la Competencia», en http://www.bde.es/f/webbde/secciones/publicaciones/informes/Boletin_Revistas/Revista_Estabilidad_Financiera/10/May/Fic/ref0518.pdf, hablando en este ámbito de un Derecho de la Competencia de excepción o excepcional? Vid., sobre medidas destinadas al sector financiero, ESTOA PÉREZ, A.: «Ayudas de Estado y crisis actual: orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español», en *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 34/2010. Aranzadi, págs. 11 y ss.; TAPIA HERMIDA: «Las crisis bancarias», *RcP* 24/2012, págs. 67-81; PULGAR EZQUERRA, J.: «Resolución bancaria y bail-in: no creditor worse off», *RDM* n.º 134/2019.

Analizaremos a continuación el marco normativo regulador de las ayudas de estado a empresas no financieras en dificultad, como excepción a la regla general, de la incompatibilidad de las ayudas de estado con el mercado común y los criterios fijados por la Comisión Europea en las referidas directrices, con el fin de «minimizar» las eventuales **distorsiones en la competencia en sentido vertical** que ello podría en su caso conllevar. Posteriormente abordaremos las eventuales **distorsiones de la competencia en sentido horizontal**, esto es, en la relación entre competidores, que en su caso podría conllevar la trasposición de la Directiva UE 2019/1023 sobre reestructuración temprana, y con anterioridad a ésta algunas de las reformas aprobadas en algunos estados miembros de la UE, como España, en orden a propiciar la temprana reestructuración de empresas viables con dificultades económicas.

II. REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL Y APOYO PÚBLICO: EVENTUALES DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA EN SENTIDO VERTICAL

1. Régimen europeo de ayudas de Estado

Como es sabido, el proyecto común europeo se ha estructurado desde un momento inicial en torno a la construcción de un mercado único, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales resulte garantizada, y de ahí la importancia de proteger el normal desarrollo del mercado y la competencia.

En este marco, la intervención de los poderes públicos en la economía, en particular a través del instrumento de las «ayudas públicas» comprensivas en un sentido amplio de diversas figuras como los anticipos, avales, subvenciones, beneficios fiscales²² interfieren negativamente en el desarrollo del mercado y de la competencia, siendo por concepto capaces de distorsionar ésta en la necesidad de impulsar la productividad y el crecimiento, así como en el mantenimiento de la igualdad entre las empresas y en la «lucha» contra el proteccionismo nacional.

Ello explica la regla general de su incompatibilidad con el mercado común y su prohibición, en tanto en cuanto afecten a los intercambios comerciales entre estados miembros y falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (arts. 107 a 209 TFUE).

El concepto de ayuda de Estado se encuentra recogido comunitariamente en el art. 107.1 TFUE, estructurándose en torno a los siguientes elementos: intervención del estado o mediante fondos estatales, en el sentido de todos los medios

²² Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», *Revista Española de Derecho Administrativo* 154/2012, págs. 19-48. Con anterioridad, su monografía, que constituye referencia obligada en la materia «El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea», Civitas, 1993.

económicos que las autoridades públicas pueden utilizar, efectivamente para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del estado²³; afectación en virtud de esta intervención de los intercambios comerciales entre los estados miembros; concesión de una ventaja selectiva a su beneficiario que ejerza una actividad económica, independientemente de su forma jurídica y modo de funcionamiento²⁴ (ayudas selectivas) y que falsee o amenace falsear la competencia. En la delimitación y concreción de los elementos integrantes del concepto de ayuda de estado y de su alcance ha sido clave el papel del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que efectúa un control sobre el respeto de las decisiones que adopte la Comisión Europea a la legalidad comunitaria²⁵.

Son precisamente este concepto comunitario de ayuda de estado recogido en el art. 107.1 TFUE, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre la materia, las referencias que se invocaron en la comunicación de la Comisión Europea sobre concepto de ayuda de estado, de 19 de mayo de 2016, que perseguía clarificar los elementos constitutivos de la noción de ayuda²⁶.

Nos encontramos, por tanto, ante un concepto comunitario de ayuda de estado amplio, abierto y expansivo, de carácter material y no formal, que abarca todo tipo de ayuda otorgada a las empresas con cargo a recursos estatales o sobre los que el estado tenga un poder de decisión y concedida bajo cualquier forma (subvenciones, aportaciones de capital, ventajas fiscales, créditos blandos) que alivien las cargas que recaen normalmente sobre las empresas con la consiguiente reducción de los ingresos del presupuesto estatal. Ello permite hablar de ayudas de estado concedidas en forma directa, si conllevan una salida de fondos a favor de un particular (p. e., subvenciones que pueden destinarse no sólo a empresas sino también a particulares) o de forma indirecta, cuando no supongan un desembolso

²³ STJUE de 13 de marzo de 2001 (Preussen Elektra).

²⁴ Así, *vid.*, respecto de entidades eclesásticas, asunto Scuola Maria Montessori/Comisión (T220/13), y respecto de empresas medioambientales (STJUE de 12 de septiembre de 2013 RFA/Comisión).

²⁵ *Vid.* en la doctrina sobre el concepto de ayuda de Estado, HANCHER, L./OTTERVANGER, J./SLOT, P.: «State aids», Sweet & Maxwell 2006. Entre nosotros, GARCÍA FARRERES, G.; SIGNES DE MESA, J. I.: «El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero», Aranzadi 2013, págs. 44-53.

En la mayor parte de los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), así como del Tribunal General en materia de ayudas de Estado, se incide en modo directo o incidental sobre la noción de ayuda y sus cinco elementos. Así, entre otras, sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 (Case C-405/11P «Buczek», 24 de enero de 2013 (Case C-73/11P) (Frucona Kosice A.S.V. Commission). En ambas resoluciones se destaca que el concepto de ayuda incluiría no sólo beneficios positivos, tales como subsidios, sino también medidas que en diferentes formas «mitiguen» las cargas que pesan sobre las empresas. En esa línea, *vid.* también STJUE de 5 de febrero de 2015, Air Lingus/Comisión del Tribunal General; 3 de abril de 2014 (Case C-559/12P French Republic V Commission La Poste), resaltando la necesidad de concurrencia de una ventaja económica para estimar la existencia de ayuda de Estado.

²⁶ *Vid.* precedente en proyecto de comunicación de la Comisión, relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al art. 107, apartado 1 TFUE, publicado el 17 de enero de 2014.

directo de fondos del estado (p. e., ventajas fiscales)²⁷ y en su caso quitas y/o esperas en el marco de un convenio concursal)²⁸.

No obstante, la regla general de su incompatibilidad con el mercado común y consiguiente prohibición de éstas, podemos distinguir **ayudas prohibidas por ser originaria o devenidamente incompatibles con el mercado común, ayudas compatibles «pro iure»** de manera automática (art. 107.2 TFUE)²⁹ y **ayudas que podrían ser compatibles** (p. e., art. 107.3 TFUE previa notificación por los estados y autorización de la Comisión ex art. 108 TFUE), que determinará si la previsión o modificación de una ayuda podría acogerse a los supuestos excepcionales de compatibilidad con el mercado interior (Reglamento CE 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen normas para la aplicación del art. 108 TFUE).

Por tanto, el sistema de compatibilidad de las ayudas de estado con el Tratado «se monta» sobre la base de dos pilares: de un lado, **sistema de notificación** en todo caso a la Comisión, revistiendo en este ámbito su competencia carácter principal o central (Freistaatsachsene a.v Commission 24 marzo 2011 T443/08 y T455/08) y excepcionalmente al Consejo ex art. 108.2 (Comisión v. Consejo 29 junio 2004, asunto C-110/02), previsión esta última a la que, hasta el momento, no se ha recurrido en la práctica; de otro lado, **sistema de devolución o recuperación de la ayuda** declarada incompatible mediante su devolución por los beneficiarios, lo que genera un crédito a favor del estado que concedió la ayuda, sin que se regule un procedimiento comunitario específico para la recuperación, por lo que lo establecen los propios estados, y que, como se ha señalado, no operaría a modo de sanción, siendo clave en este ámbito el papel del TSJUE³⁰.

Pues bien, este marco general de incompatibilidad de las ayudas de estado con el mercado único europeo, se mantuvo, no obstante la crisis financiera manifestada en Europa a partir de 2007, en el convencimiento de que precisamente es

²⁷ Vid. ESTOA PÉREZ, A.: «Ayudas de Estado y crisis actual: orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español», *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 34/2010, Aranzadi, pág. 3.

²⁸ Me he ocupado de las ayudas de Estado indirectas en el marco de un convenio concursal que conlleve quitas, en PULGAR EZQUERRA, J.: «El contenido dilatorio y remisivo del convenio concursal y las ayudas de Estado», Ed. La Ley, *RcP* 1/2004; GARCÍA MARRERO, J.: «Las ayudas públicas en el concurso», en AAVV *Las administraciones públicas en el concurso*, Dir. Mar Hernández Rodríguez, Aranzadi 2016; LÓPEZ SENOVILLA, A.: «Ayudas de Estado y concurso de acreedores aplicación del test del acreedor privado a las administraciones públicas», *RcP* 25/2016, págs. 221-229.

²⁹ Ayudas para reparar perjuicios o catástrofes, ayudas de carácter social destinadas a consumidores individuales.

³⁰ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de octubre de 2014. TSJUE de 10 de octubre de 2013 (asunto Comisión/Italia C-353-12, en la que se recoge la obligación de recuperar la ayuda de Estado a través de todas las medidas que sean necesarias, sin que sea óbice para ello que la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento concursal) (STJUE de 11 de diciembre de 2012 Comisión/España, caso C-610/10 REC, párrafo 71); STJUE de 24 de enero de 2013 (asunto Comisión Europea contra España. Asunto C-509/2009 — Magefesa—). La Comisión podría, además, solicitar imposición de multa coercitiva o suma a tanto alzado para que el Estado miembro cumpla con la obligación de devolución ex art. 260 TJUE.

en contextos de crisis económicas en los que las reglas de la competencia deben funcionar «acortando» la duración de la crisis la existencia de un mercado único competitivo y las reglas de competencia.

No obstante, no es menos cierto que la referida crisis económica conllevó, en cierta medida, un replanteamiento del papel de la administración en la economía, en la medida en que en ocasiones las empresas sin ayuda pública no podían superar sus dificultades económicas, conllevando ello una flexibilización» y en cierto modo una «relajación» de la Comisión Europea en sus decisiones sobre la ilegalidad de ayudas estatales concedidas a empresas en dificultades económicas.

Este «replanteamiento» se proyectó inicialmente respecto del sector financiero, sobre la base del *riesgo sistémico* que la eventual desaparición de empresas de este sector podía conllevar, intentando evitarse que las crisis de éstas trasladasen sus efectos a la economía (pensemos en Northern Rock³¹ y Lehmann Brothers en 2008), dando lugar a una normativa específica que, como se ha adelantado, podría calificarse como Derecho de la Competencia excepcional o de excepción. En este marco se situaron las llamadas comunicaciones especiales de ayuda al sector financiero desde 2008 a 2011 (comunicaciones de crisis de la Comisión Europea) que recogían los requisitos para considerar estas ayudas compatibles con el mercado interior³². Posteriormente, ante la constatación de que ello era insuficiente para frenar el avance de la crisis económica, la flexibilización se trasladó también a otros sectores no financieros, dando todo ello lugar a la tácita corrección del plan de acción en materia de ayudas estatales de 2005, que encontraba su fundamento en la denominada «Estrategia de Lisboa», establecida en el Consejo Europeo celebrado en dicha ciudad en 2000 y relanzada por la Comisión en 2005, por el Plan Europeo de recuperación económica de 26 de noviembre de 2008, teniendo todo ello incidencia en el régimen de directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas³³.

³¹ Decisión sobre la ayuda a Northern Rock (DOC 43, de 16 de febrero de 2008, y aprobación en octubre de 2009 por la Comisión de un plan de reestructuración de esta entidad. *Vid.* en http://www.ec.europa.eu/community_law/state_aids) (<http://www.europa.eu>).

³² *Vid.* URÍA FERNÁNDEZ, F.: «Crisis financiera, mecanismos de apoyo a las entidades de crédito en dificultades y Derecho de la Competencia», en http://www.bde.es/f/webbde/secciones/publicaciones/informes/Boletín_Revistas/Revista_Estabilidad_Financiera/10/May/Fic/ref0518.pdf, hablando en este ámbito de un Derecho de la Competencia de excepción o excepcional. *Vid.*, sobre medidas destinadas al sector financiero, ESTOA PÉREZ, A.: «Ayudas de estado y crisis actual: orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español», en *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 34/2010. Aranzadi, págs. 11 y ss.; TAPIA HERMIDA: «Las crisis bancarias», *RcP* 24/2012, págs. 67-81. *Vid.*, sobre estas directrices comunitarias, CAMPUZANO, A.: «Las directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis», en *ADCo* n.º 3/2004, págs. 379-382.

³³ *Vid.* SIGNES DE MESA, I.: «Derecho de la Competencia y crisis económica», *op. cit.*, págs. 39-44.

2. Ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis

2.1. «Flexibilización» y crisis económica

Las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis respecto de las que la Comisión Europea adoptó sus primeras directrices comunitarias, en 1994, con posteriores versiones de 1999, 2004 y 2009, habían venido siendo consideradas por dicha Comisión como excepcionales, pues a juicio de ésta constituían en la práctica unos de los tipos de ayudas estatales que potencialmente más falsean la competencia³⁴.

En efecto, de un lado, cuanto menos cuestionan el clásico paradigma de crecimiento de las empresas, más eficientes y tecnológicamente avanzadas a expensas de las que son menos eficientes. De otro lado, la perspectiva de ayudas de salvamento y reestructuración para una empresa determinada puede «reducir artificialmente» su coste de capital, dándole una ventaja competitiva indebida en el mercado e incrementando la conexión entre crisis económicas y deuda soberana.

A ello debe añadirse, además, el conocido como «riesgo moral» (*moral hazard*) que pueden conllevar las ayudas estatales de salvamento y reestructuración, en la medida en que las empresas que sepan que «probablemente» podrán ser rescatadas cuanto tengan problemas económicos emprenderán estrategias empresariales más arriesgadas. Así se reconoce expresamente en los apartados 6 y 9 de la introducción a las directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis.

No obstante, como se ha adelantado, la posición de la Comisión Europea respecto de estas ayudas se ha visto en algún modo replanteada y sobre todo «flexibilizada» en el contexto de crisis económica generalizada desencadenado desde 2007.

Este nuevo «enfoque» de las ayudas de salvamento y reestructuración, orientado en un primer momento, como se ha adelantado, hacia empresas financieras se ha extendido respecto de empresas no financieras en crisis y culminado hasta el momento con la versión de las directrices sobre ayudas estatales de Salvamento y Reestructuración de 2014 (2014/C249/01). Esta nueva versión, dictada en un momento temporal próximo a la entonces Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, vino a «acompañar» al nuevo paradigma reestructurador contemplado en la citada Recomendación las condiciones en las que las ayudas estatales concedidas a empresas no financieras en dificultades económicas serían compatibles con el Mercado Único Europeo³⁵.

³⁴ Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DOC 368 de 23-12-1994; 283 de 19-9-1997; 288 de 9-10-1999; 244 de 1-10-2004 (la validez de estas directrices se prorrogó hasta el 9 de octubre de 2012 y posteriormente hasta su sustitución por nuevas normas); 156 de 9-7-2009 y 296 de 2-10-2012).

³⁵ *Vid.*, entre nosotros, CAMPUZANO, A.: «Las Directrices Comunitarias sobre ayudas estatales de

Las directrices de 2014 fijaron su ámbito subjetivo de aplicación en relación a empresas no financieras en crisis, no existiendo un concepto comunitario de «empresa en crisis», pero precisándose en el número 2.2 de las directrices el concepto de empresa en crisis por referencia a aquellas inmersas en un procedimiento de quiebra o insolvencia o que reúnan los criterios establecidos en su derecho nacional para ser sometidas a dichos procedimientos, a solicitud de los acreedores³⁶.

2.2. *Fundamento de política jurídica: empresas financieras y no financieras*

Una de las cuestiones que se suscitan en torno a las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis en general, y en particular en el nuevo marco de flexibilización interpretativa adoptado por la Comisión Europea en un contexto de crisis económica, es el fundamento de política jurídica que justifique la «compatibilidad» con el mercado único de un apoyo público a empresas en crisis, cuanto más al no haberse producido un cambio de modelo económico en conexión con la referida crisis económica.

Cuando se aborda el tema de la oportunidad y justificación de política jurídica de una «eventual intervención» de los poderes públicos en la reestructuración de empresas en crisis es preciso partir de una distinción fundamental sin la cual no puede entenderse la racionalidad del sistema europeo.

En efecto, hay que partir en el período de crisis financiera comprendido entre 2007-2014, que determinó la necesidad de apoyo público a la reestructuración

salvamento y de reestructuración de empresas en crisis», en *ADCo*. Comunicación de la Comisión Europea 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM (2010) 2020 final. La modernización del control de las ayudas estatales persigue básicamente tres objetivos: impulsar el crecimiento en un mercado interior competitivo, examen «ex ante» de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia en el mercado interior y acelerar la toma de decisiones, racionalizándose las normas. Todo ello, en definitiva, persigue el fortalecimiento del mercado interior, una mayor eficacia en el gasto público, limitar al mínimo necesario las ayudas y evitar los efectos negativos de éstas sobre la competencia y el mercado.

³⁶ Respecto de la delimitación material de lo que deba entenderse por procedimiento de quiebra o insolvencia, no existiendo armonización comunitaria sobre esta materia hasta el momento, resulta obligada la referencia al Reglamento Europeo del Consejo de Insolvencia Transfronteriza, versión de 20 de mayo de 2015, que amplía su ámbito material de aplicación no sólo a los tradicionales procedimientos de insolvencia, sino también a los procedimientos concursales («hybrid proceedings») que, a efectos de rescate, reestructuración y reorganización o liquidación, conlleven: despostramiento del deudor con nombramiento de administrador concursal y sometimiento de sus bienes a control judicial o en los que un órgano judicial acuerde o se establezca por ministerio de la ley una suspensión de ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones entre deudor y acreedores, enumerándose los «hybrid proceedings» en el anexo A del Reglamento.

En este ámbito y con referencia al Derecho Interno Español, se incluyen el concurso de acreedores, acuerdos concursales de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos y comunicación ex art. 5 bis LC.

Vid. sobre estos temas, recientemente, LÓPEZ SENOVILLA, A.: «Ayudas de Estado y concurso de acreedores. Aplicación del test de acreedores privado a las administraciones públicas», *RcP* 25/2016, págs. 221-229.

de empresas (Orange, La Post Valleriche Bandesbank, ...) de la distinción entre empresas financieras —a las que en dicho período se inyectaron 3 billones de euros sin previa autorización de la Comisión Europea— y no financieras, siendo éstas segundas las destinatarias de las directrices europeas sobre salvamento y reestructuración de empresas³⁷.

En este marco, las referidas ayudas públicas al sector financiero encontraron su fundamento en el art. 107.3.b) TFUE (ayudas para remediar una perturbación grave en un estado), con el fin de evitar el **riesgo sistémico** que su desaparición podría conllevar, en conexión con la estabilidad financiera y que se traduciría en una crisis de confianza en el sistema, lo que también podría acontecer en otros sectores (sector de la energía, aeronáutico, ...) ³⁸.

Ello, no obstante la opción por la que se decantaron modelos como el islandés, en el que no se apoyó por vías públicas la reestructuración bancaria, «cayendo» los bancos que no eran rentables, a pesar de lo cual el sistema no sólo pervivió sino que se saneó.

Frente a ello, el fundamento de las ayudas públicas a empresas no financieras se situó inicialmente, hasta el año 2008, en la previsión contenida en el apartado C del art. 107 TFUE, relativa a *«ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común»*.

Posteriormente, dicho fundamento, a partir de 2008, en el contexto de recrudecimiento de la crisis económica, se situó en el apartado b) del referido art. 107.3 del Tratado, relativo a *«las ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un estado miembro»*, no obstante no concurrir respecto de empresas no financieras el riesgo sistémico que su desaparición podría conllevar, ni siquiera cuando se trate de empresas que revistan grandes dimensiones.

³⁷ En este contexto, en ocasiones la Comisión Europea se ha limitado a entender compatibles en algunos casos estas ayudas con el mercado único europeo, sin destruir y en ocasiones sin ni siquiera analizar porque, no obstante concurrir los elementos tipificadores del concepto de ayuda pública, éstas son consideradas en supuestos concretos compatibles con el mercado único, habiendo calificado en ocasiones o posteriormente un sector doctrinal como con un cierto tono «voluntarista» la decisión de la Comisión Europea sobre compatibilidad de las ayudas en algunas ocasiones. Así, *vid. acertadamente ESTOA PÉREZ: op. cit.*, págs. 5-6, calificando en este sentido la decisión de la Comisión Europea sobre «Northern Rock», cuyo plan de reestructuración se aprobó por dicha Comisión en 2009 en la que se justifica la compatibilidad de esta ayuda con el mercado único europeo en razones ajenas a la destrucción de la concurrencia de los elementos tipificadores de la ayuda de Estado, tales como que la institución era solvente, que el Banco Central cobró un interés «penalizador» al beneficiario y que la iniciativa de la medida procedía del Banco Central. En este marco no se analizaba por la Comisión el origen estatal de los fondos, ni las ventajas que la ayuda conlleva, la selectividad o la distorsión de la competencia.

³⁸ *Vid. SIGNES DE MESA: op. cit.*, págs. 54-96; TAPIA HERMIDA: *Manual de Derecho del mercado financiero*, Madrid 2015; «Las crisis bancarias», *RcP* 24/2016, págs. 67-81.

Sin embargo, dicho precepto del Tratado, si bien fundamenta desde un punto de vista jurídico-positivo la compatibilidad de estas ayudas con el Tratado, nada establece respecto del criterio de política jurídica que justifica la compatibilidad de estas ayudas que, como se ha adelantado, más distorsionan o pueden llegar a distorsionar la competencia en el mercado. Dicho criterio de política jurídica, sin embargo, vendrá dado por la última versión de 2014 de las directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis.

Pues bien, en este marco, el fundamento del apoyo público al saneamiento y reestructuración de estas empresas no se situaría, de forma general y apriorística, en evitar a toda costa, sobre la base de un principio de conservación de empresas y mantenimiento del empleo, la desaparición de cualquier empresa en crisis, lo que alteraría la función básica de «limpieza» del mercado asignada a los procedimientos concursales, no siendo justificación suficiente para la concesión de la ayuda *«impedir simplemente que una empresa abandone el mercado»*.

Es preciso, conforme se deriva del apartado 3.1 (43) de las directrices, que la ayuda persiga un objetivo de interés común claramente definido, pretendiendo *«evitar problemas sociales, en cuyo ámbito se situarían elevadas tasas de desempleo en una región/es o suplir deficiencias del mercado, restableciendo la viabilidad a largo plazo de la empresa»* (objetivos horizontales de interés común).

No se trataría, por tanto, de propiciar con apoyo público la continuidad de cualquier empresa, sino solo de aquellas cuya desaparición podría ser contraria al interés común.

Sustituye así el «interés común» y la «viabilidad» al «riesgo sistémico» determinante del apoyo público a empresas financieras, moviéndonos en ambos supuestos en un ámbito de conceptos jurídicos indeterminados carentes de concreción legal, lo que dificulta la delimitación de lo que se entiende por «interés común» frente al «riesgo sistémico».

En efecto, por riesgo sistémico entendemos aquello que impide al sistema económico cumplir sus funciones, conllevando este riesgo, al menos en teoría, la desaparición de empresas financieras, del sector de la energía y algunos fondos.

Más difícil, sin embargo, puede resultar el criterio que hace que la desaparición de unas empresas no financieras pueda ser contraria al interés común, centrándose en el número 3.1 de las directrices, ello, como se ha adelantado, en evitar problemas sociales y suplir deficiencias del mercado que podría conllevar la desaparición de empresas viables, sin que ello se vincule en un modo directo y específico a las grandes dimensiones de la empresa (tradicional paradigma *«too big to fail»*), aun cuando sí a las pequeñas dimensiones de éstas, como se analizará mas adelante.

Por tanto, no se trataría en la versión de 2014 de las directrices de reestructurar toda empresa no financiera cuya desaparición podría ser contraria al interés común, sino sólo aquellas que, pudiendo encuadrarse en este ámbito, sean viables a largo plazo. Ello se concreta en relación a empresas capaces de obtener un rendimiento del capital adecuado y previsto, tras haber cubierto todos sus costes, incluida la amortización y cargas financieras, derivando ello de un plan de viabilidad. en tanto en cuanto se hayan agotado las posibilidades de reestructuración sin ayuda estatal, mediante acuerdos entre deudor y acreedores.

Podemos concluir, por tanto, que la disyuntiva clave que determina la compatibilidad de la ayuda pública a una empresa en crisis no es *«ayuda a la empresa o se muere»*, sino más bien *«si la empresa es viable y no recibe ayuda pública desaparece y ello afecta al interés común»*.

2.3. Tipología de ayudas estatales a empresas en crisis

Las directrices de 2014 no recogen una genérica categoría de ayudas estatales a empresas en crisis, regulándose una tipología de ayudas en tres clases: ayudas de salvamento, ayudas de reestructuración y apoyo temporal de reestructuración a Pymes.

Las ayudas de salvamento se regulan con carácter temporal y excepcional, debiendo limitarse al mínimo imprescindible, dado que se parte de que el salvamento por el estado de una empresa en crisis no puede constituir la norma. Su presupuesto objetivo se sitúa en la concurrencia de una grave crisis de liquidez o insolvencia técnica y su finalidad radica en la concesión de un plazo limitado de *«standstill»* durante el que la empresa pueda mantenerse en activo. Ello como vía para determinar y comprobar el grado de recuperabilidad y reestructuración de la empresa, residiendo una de las más relevantes novedades introducidas en la versión de las directrices de 2014 en la *«compatibilidad»*, en su caso, entre ayudas de salvamento y reestructuración.

En efecto, inicialmente se entendía que una empresa que estaba siendo objeto de ayudas de salvamento no podía en esa fase reestructurarse, pues podía entenderse que concurría una *«ventaja competitiva»* al emplearse los fondos destinados inicialmente a un salvamento para proceder a una reestructuración.

En la versión de las directrices de 2014, sin embargo, se admite que en la práctica frecuentemente **salvamento** y **reestructuración** no constituirían sino dos fases de una única operación, admitiéndose que durante la fase de salvamento el beneficiario pueda adoptar medidas urgentes, incluidas medidas de carácter estructural y reorganizativo³⁹.

³⁹ Vid. análisis de esta compatibilidad en la versión de las directrices sobre ayudas estatales de

Las **ayudas de reestructuración**, que frente al carácter temporal de las ayudas de salvamento presentan la nota de la permanencia, tienen como finalidad restablecer la viabilidad a largo plazo, sobre la base de un plan de reestructuración a través del que se persigue que la ayuda no se limite a una intervención financiera destinada tan sólo a cubrir pérdidas sin abordar el análisis de las causas que las han originado.

En efecto, sobre la base de este plan se persigue, de un lado, la reorganización de las actividades del beneficiario, sobre una base más eficiente, lo que en ocasiones conlleva que la empresa tenga que desprenderse de sus actividades deficitarias o reestructurar sus actividades orientándose en ocasiones hacia nuevas actividades. De otro, se persigue la reestructuración financiera que conlleva en la práctica la reducción de la deuda por parte de los acreedores existentes y en ocasiones inyecciones de capital («fresh money») por parte de los accionistas existentes o, en su caso, por los nuevos accionistas.

No obstante, los temas más relevantes que se suscitan en torno al plan de reestructuración y restablecimiento de la viabilidad a largo plazo es la valoración de este plan a efectos de autorizar la ayuda pública y, de otro lado, es el relativo a su ejecución y el éxito de la reestructuración.

Respecto del papel de la Comisión Europea en la valoración del plan de reestructuración, ésta sustituye al control judicial clásico de los referidos planes, habiendo entendido el TSJUE que la Comisión debe aplicar en su valoración un «*test de suficiencia*» y no de necesidad y, por tanto, no está obligada, sobre la base del art. 101, a establecer ni a imponer las medidas que a su juicio serían necesarias para lograr la reestructuración⁴⁰.

En este marco es frecuente que los estados presenten en la práctica, sometiendo a la autorización de la Comisión, planes de reestructuración «*en cascada*» de menos a más, hasta que la Comisión adopte una decisión sobre la compatibilidad con el mercado único de éstos, siendo más frecuentes las «quejas» por haber autorizado la Comisión la ayuda que frente a la decisión negativa.

La concesión de ayudas públicas para la reestructuración se supedita a la ejecución con éxito del plan de reestructuración (compatibilidad condicionada) y en este sentido deben reflejarse en el plan los resultados esperados de la reestructuración en hipótesis de base e hipótesis pesimistas (atendiendo a la evolución previsible de la oferta y la demanda en el mercado), debiendo facilitar el beneficiario un estudio de mercado, parámetros rectores de los resultados del beneficiario y factores futuros de riesgo.

salvamento y de reestructuración, en CAMPUZANO, A.: «Las directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis», *op. cit.*

⁴⁰ STJ de 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa C-441/07P, EU:C:2010;377, ap. 41.

No obstante, el tema clave es si, en supuestos en que el plan finalmente no pueda ejecutarse o su ejecución no conduzca a la recuperación con éxito de la empresa, operaría la obligación de devolución de la ayuda o se admitiría la modificación de las condiciones en que se alcanzó dicho plan, con el fin de que finalmente pueda ejecutarse con éxito.

En el fondo, lo que se debate es si una empresa que disfruta del apoyo de una ayuda pública para su reestructuración debería tener, no obstante el principio de ayuda única que analizaremos más adelante, una «segunda oportunidad» para reestructurarse por la vía de la modificación de las condiciones del plan de reestructuración.

Lo cierto es que, en la práctica, algunos de estos planes no se cumplen o no se ejecutan, se vuelve a replantear la cuestión a la Comisión Europea y ésta opta por dar «segundas oportunidades» de ejecución del plan, imponiendo una nueva condicionalidad, no obstante lo cual lo cierto es que estas empresas finalmente terminan desapareciendo.

Ello cuanto menos cuestiona la conveniencia y finalidad del apoyo público a la reestructuración de empresas en crisis, pues dicha ayuda, lejos de reestructurar, puede terminar convirtiéndose en una prolongación artificial con vida de empresas que tienen dificultades económicas. Quizá el tema radique en los «controles» sobre la verdadera viabilidad y posibilidades de reestructuración a largo plazo de las empresas que, en principio, sólo se apoyan en las consideraciones de la propia empresa, sin que ello se acompañe de un informe de un experto independiente, ni de una valoración de fondo por parte de la Comisión sobre la verdadera viabilidad de la empresa, suscitándose en este ámbito, en su caso, la eventual responsabilidad de los administradores sociales de la empresa respecto del incumplimiento o inejecución del plan de reestructuración.

Finalmente, junto a las ayudas de salvamento y reestructuración, se distinguen en las directrices de 2014 **ayudas para el apoyo temporal a la reestructuración de Pymes** (SMEs). Con ellas, se persigue abordar, con el fin de garantizar la viabilidad a largo plazo de la empresa, el importante problema del difícil acceso a la financiación de estas empresas, puesto de manifiesto en la reunión del G20, Leaders Communiqué Antalya Summit de 16 de noviembre de 2015, siendo característica en este ámbito la pasividad bancaria, que en la práctica no se involucra en la financiación de las Pymes, lo que termina ocasionando un problema de liquidez que puede desembocar en insolvencia.

Éste es el único supuesto en que la ayuda pública a la reestructuración se regula en función del tamaño de la empresa, resaltándose con ello a nivel comunitario la importancia que en Europa tienen las Pymes generadoras de cuatro de cada cinco empleos en algunos países europeos. Frente a ello no hay previsiones expresas para grandes empresas, a las que, en la práctica, sigue aplicándose el principio «too big too fail», no obstante el replanteamiento de ello que en cierta medida supuso la «caída» de Lehman Brothers.

2.4. *Compatibilidad de las ayudas de salvamento y reestructuración con el TFUE: criterios*

Las ayudas públicas de saneamiento y reestructuración a empresas no financieras en dificultades económicas son constitutivas de ayudas de estado y, por tanto, en principio están prohibidas y no son compatibles con el TFUE ni con el funcionamiento del mercado interior.

Lo que sucede es que, en virtud de las directrices redactadas por la Comisión Europea sobre salvamento y reestructuración de empresas en crisis, en su versión de 31 de julio de 2014, se declaran exentas de sanción ciertas formas de ayudas de estado a empresas en dificultades, en tanto en cuanto cumplan los requisitos de compatibilidad de estas ayudas con el TFUE recogidos en las referidas directrices. Ello conlleva el implícito reconocimiento de que esta clase de ayudas produce un impacto en la competencia y puede otorgar a sus beneficiarios una «ventaja» frente a sus competidores, pero no obstante ello, si concurren en éstas los referidos requisitos de compatibilidad con el TFUE, se convierten en ayudas legalmente aceptadas por la Unión Europea.

No obstante, ello no se produce en un modo automático, subsistiendo también respecto de estas ayudas de salvamento y reestructuración la obligación de su notificación por el estado miembro a la Comisión Europea, con el fin de que, efectuando un «control de legalidad» sobre la concurrencia en la ayuda en cuestión de los criterios de incompatibilidad con el mercado interior, la autorice, siendo de otro modo ilegal.

Los criterios de compatibilidad de las ayudas de salvamento y reestructuración con el TFUE y con el mercado interior, recogidos en las directrices de 2014, persiguen en última instancia «atenuar» o «minimizar», en la medida de lo posible, las distorsiones sobre la competencia que éstas podrían —al menos potencialmente— conllevar y sobre todo que no se usen estas ayudas para competir con ventajas.

En este marco se fijan en las directrices de 2014, con claridad, cinco criterios de compatibilidad de las ayudas a empresas en crisis con el mercado común, que operan cumulativa y no alternativamente:

- **Contribución a un objetivo bien definido de interés común**, conforme al art. 107.3 del Tratado, lo que se traduce en evitar problemas sociales o, en su caso, suplir las deficiencias del mercado, permitiendo la viabilidad a largo plazo. A ello subyace la idea de que no se trata de impedir en todo caso que una empresa abandone el mercado, pues ello conectaría negativamente con el proceso de crecimiento de la productividad, sino sólo en tanto en cuanto dicha conservación contribuya a un objetivo de interés común (p. e., en determinados supuestos, conservación de empresas, mantenimiento del empleo).

- **Necesidad de la intervención estatal:** los estados miembros que tengan la intención de conceder una ayuda a empresas en crisis deben demostrar que los objetivos perseguidos no se alcanzarían o se alcanzarían en menor grado si no se produjera una intervención estatal, una vez que los operadores hayan agotado todas las opciones del mercado.
- **Idoneidad de la ayuda,** lo que se traduce, partiendo de la libertad de los estados miembros para elegir la forma a través de la que se canalizará la ayuda, en que ésta no sería compatible si otras medidas menos falseadoras de la competencia permitiesen alcanzar objetivos iguales.

La adecuación de la ayuda a este requisito se producirá en tanto en cuanto concurren los requisitos exigidos por la Comisión y que difieren en función de que se trate de ayudas de salvamento, en las que la idoneidad aparece estrechamente conectada al carácter temporalmente limitado de estas ayudas, o ayudas de reestructuración.

- **Efecto incentivador,** sobre la base del cual el estado miembro ha de probar que, sin la ayuda, el beneficiario habría sido reestructurado, vendido o liquidado en forma en que no habría podido obtenerse el objetivo de interés común.
- **Proporcionalidad de la ayuda,** limitándose temporal y sustantivamente al mínimo necesario (seis meses para las ayudas de salvamento).
- **Principio de impacto mínimo:** lo que significa que el estado no debe intervenir hasta que accionistas e inversores hayan hecho todos sus esfuerzos, esto es, se exige que el sacrificio exigido a los accionistas sea similar al de los poderes públicos. Ello «reabre» el debate sobre la contribución de acreedores, accionistas e inversores a la reestructuración de empresas en crisis y plantea, como cuestión esencial, hasta qué punto se puede «diluir» la posición de los accionistas y éstos deben aceptar esta dilución, en aras de la reestructuración de la empresa, pudiendo en su caso suscitarse la legitimación de los accionistas para impugnar decisiones de la Comisión relacionadas con ayudas de estado que pudieran perjudicarles⁴¹.
- **Principio de ayuda única,** sobre la base del cual, atendiendo a preservar la competencia en un sentido horizontal y con el fin de evitar el mantenimiento artificial de empresas en el mercado, se exige que el sacrificio demandado a los accionistas sea similar al de los poderes públicos. Ello conlleva que las ayudas de salvamento y reestructuración sólo deben concederse una vez cada diez años, pudiendo entenderse, si se concede una ayuda de salvamento a una empresa que ya recibió ayuda de reestructura-

⁴¹ *Vid.*, respecto del papel de los inversores, el caso paradigmático de ING-Comisión Países Bajos C224/12 y Guestfaliche (T45709).

ción, que la crisis del beneficiario tendría carácter recurrente y las intervenciones reiteradas del estado falsean la competencia en modo contrario al interés común.

- Finalmente, pero no por ello menos importante, se exige al beneficiario que aporte una **contribución sustancial y real a la reestructuración**, siendo éste el «coste» para el beneficiario de la ayuda, que por tanto no se concede a cambio de nada.

Esta **contribución exigida al beneficiario** (punto 66 de las directrices) persigue evitar distorsiones en la competencia mediante un reparto de cargas y demostrar que el restablecimiento de la viabilidad de la empresa es factible en un plazo razonable y que el mercado cree en la factibilidad de este restablecimiento de la viabilidad⁴².

En este marco se entiende que concurre este requisito si el beneficiario procede a una remuneración parcial por la ayuda recibida, a una reducción de su capacidad o presencia en el mercado, o a una desinversión de activos, no conceptuándose como medidas compensatorias la venta de activos que generaban pérdidas.

III. INCENTIVOS A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: REFORMAS LEGALES Y EVENTUALES DISTORSIONES DE LA COMPETENCIA EN SENTIDO HORIZONTAL

1. La trasposición de la Directiva UE 2019/1023 y los incentivos a la reestructuración

Que la incentivación de la reestructuración temprana en sede preconcursal es un objetivo que hay que perseguir, por las analizadas ventajas que conlleva en un contexto de proximidad a la insolvencia del deudor, frente a los tradicionales procedimientos concursales, parece claro.

También resulta claro que el recurso a los fondos públicos, vía ayudas de estado, no es la solución, dados los negativos efectos que ello conlleva, desde el punto de vista de desvío de recursos públicos hacia empresas deficientes e incentivación de tradicionales paradigmas, en cuestión de algún modo en el momento actual, tales como «too big to fail» o la incentivación del riesgo de «moral Hazard».

⁴² El «reparto de cargas» o «comunidad de sacrificios» es esencial en el marco del tratamiento de las crisis económicas del deudor común, no sólo en un ámbito comunitario, sino también de Derecho Interno. Así, es interesante, en el marco de la jurisprudencia española, citar el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6, de 1 de septiembre de 2015, que aplicando el principio comunitario contenido en las directivas sobre salvamento y reestructuración de empresas en crisis, relativo al «reparto de cargas», inadmite un convenio que conllevaba quitas del 100%.

Parece, por tanto, que la vía adecuada para promover la reestructuración, en el ámbito de la UE, se situaría en la armonización de una caja común de herramientas de reestructuración flexibles, eficaces y expeditivas, que permitan la continuidad y mantenimiento en el mercado de empresas viables con dificultades económicas. Y ello es lo que se persigue precisamente a través de la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración temprana y segunda oportunidad, cuyo plazo máximo de trasposición por los países miembros se sitúa en el 17 de julio de 2021, con la posibilidad de prórroga máxima de un año respecto de aquellos países que «experimenten especiales dificultades para aplicar la presente directiva» (art. 34.2 directiva), entre lo que, desde luego, no se situaría España, que desde el año 2009 tiene una regulación sobre acuerdos preconcursales de refinanciación (art. 71 bis y DA 4.^a LC 22/2003) muy avanzada y que en gran medida se adecua al marco diseñado en la directiva, aun cuando la trasposición de ésta conllevará, entre otros aspectos, el «salto» desde los actuales «acuerdos de refinanciación» en los que sólo reestructuramos deuda, esto es, el pasivo, a los «acuerdos de reestructuración», que en la directiva permiten no sólo reestructurar pasivos sino también, en su caso, el activo.

No obstante, no hay que esperar que la trasposición de la Directiva UE 2019/1023 conlleve un auténtico Derecho Europeo de Reestructuraciones armonizado, dado el marco mínimo de armonización que introduce y al que ya se ha hecho referencia, pudiendo sostenerse que seguirá habiendo tantos derechos de reestructuración temprana como países miembros, constituyendo las opciones de política legislativa en esta materia y por tanto el modo en que se trasponga la directiva un potente elemento de atracción de la inversión, dado que el «forum shopping» no desaparecerá en esta materia.

Lo que sí está claro es que la Directiva permite al menos alcanzar el objetivo de que los países miembros regulen marcos de reestructuración temprana preconcursales, enumerándose los temas que, dentro de las diversas opciones que se permiten, han de ser objeto de regulación por los estados miembros, y entre estos temas se sitúa la regulación de «incentivos legales» para propiciar dicha reestructuración, indicándose las «áreas» en las que podrían operar, pero sin concretarlas en su ejecución material, lo que requiere de una opción de política legislativa en cada estado miembro.

En la Directiva UE 2019/1023, los «incentivos» reestructuradores se focalizan a título «ejemplificativo» en los siguientes aspectos:

- Propiciación de la negociación, a través de la introducción de una moratoria, paralización temporal de ejecuciones, incluidas ejecuciones de garantías reales y efectos sobre contratos necesarios para la continuidad de la actividad, en tanto en cuanto se «negocie» el plan de reestructuración, a lo que se añade la suspensión del deber del deudor de solicitud de concurso cuando se encuentre en una situación de insolvencia actual, en aquellos modelos, como el español, en los que se regula dicho deber (art. 5 LC).

- Incentivación de la nueva financiación puente, «financiación provisional» en términos de la directiva, suministrada entre la negociación del acuerdo y su homologación judicial o administrativa, así como de la necesaria nueva financiación para la ejecución del plan de reestructuración, por dos vías; de un lado, protección frente a una eventual rescisión en un potencial concurso de acreedores y eventuales demandas de responsabilidad (p. e., por concesión abusiva de crédito) y de otro con el reconocimiento de un privilegio a la nueva financiación («fresh money»).
- Posibilidad de «elegir» a los acreedores con los que se adoptará el plan de reestructuración («cherry Picking»), que será normalmente la «estructura de capital», esto es, los acreedores financieros a largo plazo frente a los que la empresa viable tiene dificultades económicas (fuertes apalancamientos) (considerandos 16, 22, 24 y 30 directiva), pudiendo no obstante optarse por involucrar también a acreedores de circulante con el que se hace frente al día/día de la compañía (acreedores comerciales, proveedores, acreedores públicos, ...) (considerando 28), lo que constituye una opción para los estados miembros.

No obstante y aun siendo importantes los incentivos señalados para propiciar las reestructuraciones, el incentivo más potente y «revolucionario» de la directiva se sitúa en introducir, sobre la base del modelo del chapter 11 norteamericano, la posibilidad de reestructuraciones forzosas, no sólo para los acreedores, sino también respecto del propio deudor, esto es, de los socios que en muchas ocasiones tienen en su mano la «llave» de la reestructuración, a través de la adopción en Junta de los acuerdos sociales de los que depende ésta (p. e., conversión de deuda en capital y aumento de capital por compensación de créditos).

Pues bien, en la Directiva se establece, de un lado, la necesidad de división de los acreedores en clases con posibilidad de «arrastre» de acreedores dentro de cada clase (*cramdown*), con arreglo al «best interest creditors test», y de clases completas de acreedores (*cross-class-cramdown*), pudiendo optarse en este ámbito por la regla de prioridad absoluta o relativa (*absolute/relative priority rule*), pudiendo optarse, como se analizará más adelante, por considerar a los socios como una clase de acreedores con sometimiento, por tanto, a las reglas del «arrastre» en su caso.

Este potente incentivo de «arrastre» para superar el tradicional «holdout» de socios y acreedores en las reestructuraciones conlleva la superación del tradicional principio de relatividad contractual, así como de la consideración del accionista como propietario de la compañía, que determinará importantes reformas no sólo en el ámbito concursal, sino también en el societario, evidenciando ello la conexión existente entre ambas disciplinas jurídicas⁴³.

⁴³ PULGAR EZQUERRA, J.: «Holdout accionarial, reestructuración forzosa y deber de fidelidad del socio», RCP 27/2017, págs. 43 y ss.; THERY, A.: «Estructura de capital, reestructuración y gobierno

Precisamente el Derecho Español ha sido, como se ha adelantado, uno de los Derechos Europeos que en mayor medida han incorporado, en el período comprendido entre los años 2013-2015, a su Derecho Interno incentivos preconcursales vía acuerdos de refinanciación a la reestructuración de empresas viables con dificultades económicas, siguiendo en gran medida la entonces Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 y en ocasiones avanzando aún más de lo que se avanzó en el marco de aquélla.

En efecto, en el modelo español no sólo se incentivan las reestructuraciones a través de acuerdos de refinanciación, que en su vertiente homologada ex DA 4.^a LC puede extenderse a acreedores disidentes o no participantes, incluidos los titulares de garantías reales, privilegiándose y protegiéndose de una eventual rescisión concursal la nueva financiación inyectada para ejecutar el plan de reestructuración (art. 84.2.11.º LC), sino que, además, se regulan otros potentes incentivos reestructuradores, particularmente en torno a la capitalización de deuda, encontrándose no obstante ausente de regulación hasta el momento los mecanismos directos de reestructuración forzosa de los socios, aun cuando se contempla un incentivo negativo e indirecto centrado en la responsabilidad personal e ilimitada de los socios, en el marco de una eventual sección de calificación, cuando se nieguen sin «causa razonable» a convertir deuda en capital (art. 165.2 LC 22/2003).

2. La eventual utilización «estratégica» de los incentivos legales a las reestructuraciones empresariales

Pues bien, aun resultando en principio valorable positivamente la regulación legal de incentivos para propiciar reestructuraciones tempranas de empresas, también hay que resaltar que los incentivos legales de carácter reestructurador a las dificultades económicas del «deudor común» pueden afectar al sistema competitivo, dado que estos incentivos, en los aspectos recogidos en la directiva, así como otros que en su caso pudieran introducirse en las legislaciones de los estados miembros, conllevan en ocasiones un «desplazamiento» desde lo preconcursal o concursal de lo establecido en otras normativas (p. e., Derecho de sociedades, normativa fiscal, Derecho de Contratos, ...).

De ello pueden derivarse ventajas competitivas, para quienes optan por iniciar un proceso de reestructuración de los tipificados legalmente, frente al competidor eficiente que no ha tenido que acudir a la reestructuración, aun cuando ello pudiera no ser perseguido en un modo directo por los operadores que acuden a estos mecanismos. Ello puede, en su caso, lesionar el marco de la competencia en sentido horizontal, esto es, en lo que se refiere a la protección de los operadores y relaciones entre ellos (no es lo mismo que se paralicen las ejecuciones singulares

corporativo», RcP 31/2019 y, con anterioridad, en «Los marcos de reestructuración preventiva en la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016», RcP 27/2017, págs. 57-97.

o que no se paralicen, ni negociar individualmente un acuerdo con cada acreedor que poder imponer su contenido a disidentes o no participantes, ...), existiendo además el «riesgo» de un «uso estratégico» de estos mecanismos reestructuradores, no sólo para reestructurar sino también para obtener otros fines en el mercado (p. e., expulsión del co-administrador socio minoritario, disconforme)⁴⁴. El problema de una eventual «utilización abusiva» de estos procedimientos es, en última instancia, un problema de control, siendo posible dos opciones en esta materia: de un lado, un control *a priori* introduciéndose cláusulas antiabuso que operarían *ex ante*, lo que podría lastrar la operatividad de los institutos de reestructuración; de otro, un control *a posteriori* sobre la base del tradicional marco del abuso de derecho ex art. 6 Cc, en los casos en que éste se hubiera producido. En las iniciales versiones de la Directiva UE 2019/1023, el tema de un eventual abuso en la utilización de los institutos de reestructuración y su control estaba ausente. No obstante, en la versión aprobada de ésta, ha sido precisamente la necesidad de establecer mecanismos de control lo que ha conllevado que, en la versión aprobada respecto de versiones iniciales de la directiva, la intervención judicial o en su caso administrativa se haya intensificado, cuando se quiera vincular al acuerdo efectos que puedan restringir derechos de socios y acreedores (p. e., caso de paralización general de ejecuciones o reestructuración vía «cramdown» o «cross-class-cramdown»), incluso cuando la opción procedimental se decante por procedimientos informales y extrajudiciales de reestructuración.

Es cierto que este riesgo de «utilización estratégica» de los mecanismos reestructuradores y de sus incentivos vendrá en cierta medida condicionado en el marco europeo por el ámbito preconcursal, en el que se centra la Directiva UE 2019/1023 o concursal (modelo alemán) en el que se introduzcan dichos mecanismos, en conexión con el tradicional «stigma» social que los procedimientos concursales revisten en el ámbito europeo. Ello sobre todo en la Europa del Sur, frente a la «normalización» que estos procedimientos concursales tienen en Estados Unidos, en el que en el Chapter 11 del Bankruptcy Code, que constituye el procedimiento reestructurador por excelencia, se contemplan también «incentivos reestructuradores» que han potenciado el uso estratégico de estos mecanismos. A ello se añade, a su vez, en el ámbito europeo el marco de calificación concursal y eventual responsabilidad concursal de los administradores sociales conectados a los procedimientos concursales, lo que podría no «compensar» un uso estratégico de los mecanismos reestructuradores⁴⁵.

⁴⁴ En este contexto no puede dejar de citarse el célebre caso en Alemania de la editorial Suhrkamp, en el que, tras la entrada en vigor en 2012 de la denominada ESUG, el deudor que se encontraba en insolvencia inminente solicitó, sobre la base del art. 270.d de la InsO, el denominado «schutzschirm» paralelo al «debtor in possession» norteamericano. En este marco se presentó un plan de pago de la deuda, uno de cuyos puntos principales era la transformación societaria en sociedad anónima, neutralizando por esta vía los derechos y privilegios del socio minoritario disconforme. *Vid.* SCHMIDT: «¿Desbalance el Derecho Concursal al Derecho de Sociedades? Disputas societarias, Debt-to-equity-swap y take over», en *RcP* 22/2015, págs. 306-308, traducción de Borja ALCÁZAR PÉREZ. Eidenmüller «Der insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches universalwerkzeug» *Neue juristische wochenschrift [NJW]* 2013; S.17ff.

⁴⁵ No obstante ello, ha de recordarse en Alemania el uso que en la reestructuración de la Edito-

Así mismo, el «uso estratégico» con eventual incidencia en la competencia de estos incentivos a la reestructuración vendrá, de algún modo, determinado al menos por otros dos elementos. De un lado, en función del presupuesto objetivo de la reestructuración que se incentiva. En efecto, como se ha analizado, en la Directiva UE 2019/1023 y en modelos como el español, se incentiva la reestructuración temprana de empresas con dificultades económicas, en un momento anterior a la insolvencia (p. e., insolvencia inminente), aun cuando no se excluya en situaciones de insolvencia actual. Ello puede incrementar el riesgo de uso estratégico, dado que, al no concurrir insolvencia actual, el riesgo de concurso no concurre y una empresa cuyas dificultades económicas no sean graves podría acudir a los mecanismos reestructuradores y consiguientes incentivos para obtener dichas ventajas.

De otro lado, el «uso estratégico» de dichos incentivos vendrá determinado en gran medida por el sujeto, deudor o acreedores, en cuyo poder esté en última instancia la reestructuración. El riesgo más elevado se produciría cuando, como acontece en el modelo español, los acreedores pueden «controlar» la reestructuración, su contenido e incentivos (DA 4.^a LC les permite solicitar la homologación de un acuerdo de refinanciación, incluso contra el parecer del deudor, lo que puede permitirles capitalizaciones de deuda y cambios en la estructura de control favorables a ellos, con un desplazamiento de los requisitos societarios y un aligero de éstos (p. e., en régimen de mayorías) desde lo concursal.

El riesgo, sin embargo, parece menor si es sólo el deudor el que controla la reestructuración, salvo en modelos como el alemán, en el que el juez puede sustituir la voluntad de los socios reunidos en Junta y por esta vía se podría neutralizar por el deudor un eventual «holdout» de accionistas.

3. Derecho de la Competencia e intervención estatal por el legislador

Estos «incentivos», aun cuando puedan conllevar ventajas económicas, no son ilegales en tanto en cuanto se han incorporado a las normativas de algunos estados miembros y aun cuando puedan incidir en el ámbito del Derecho de la Competencia no son determinantes de un abuso de posición dominante (art. 102 TFUE), ni serían encuadrables en el marco del art. 106 TFUE, en el que se tipifican determinados acuerdos como contrarios al mercado interior.

En este marco, sin embargo, se suscita si las reformas ya aprobadas que conllevan las referidas «ventajas competitivas» y las que podrían aprobarse en el marco de la trasposición de la Directiva UE 2019/1023 podrían conllevar una suerte de intervención del estado por la vía legislativa en la reestructuración de

rial «Surkhan» se hizo del marco incentivador de ésta para «neutralizar» a la minoría societaria. Vid. Eidenmüller: «Der insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches universalwerkzeug» Neue juristische wochenschrift [NJW] 2013; S.17ff.

empresas en crisis, que podría reconducirse al ámbito de las ayudas de estado incompatibles con el TFUE.

Es ésta una cuestión que se ha planteado en la práctica. No obstante, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha entendido que **una medida regulatoria en un marco de reformas legislativas que pueda beneficiar a unos operadores frente a otros no sería constitutiva de ayuda de estado**. En efecto, como ha resaltado el Tribunal, **faltaría en estos supuestos la «transferencia de fondos estatales»** que constituye uno de los elementos claves en la noción de ayuda de estado, conforme al art. 107.1 TFUE⁴⁶.

No obstante, en ocasiones, algunas de estas medidas regulatorias en general y en particular incentivadoras de las reestructuraciones de empresas en dificultades económicas podrían en su caso ser «atacables» sobre la base de las libertades y derechos fundamentales, y en particular del derecho de propiedad de accionistas y acreedores en el supuesto en que resultaran afectadas (p. e., en su caso, capitalizaciones de deuda y «dilución» de la posición de accionistas en relación con la incentivación de esta medida negativamente, en conexión con la calificación culpable del concurso, como acontece en el modelo español).

Así mismo, ha de resaltarse que, aun cuando ello no sería constitutivo de ayudas de estado, las iniciativas legislativas sí constituirían intervenciones públicas, pudiendo conllevar esta normativa, al menos potencialmente, restricciones de la competencia y es en este punto en el que entraría en juego el papel de las autoridades nacionales de competencia, esto es, en lo que se refiere al Derecho Español, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC).

En efecto, centrándonos en el Derecho Español, a la CNMC se le encomiendan funciones, en el art. 11 LDC, acertadamente calificadas como consultivas, en el marco de los arts. 25 y 26 LDC, que conectan con una función de control de las políticas de ayudas de estado desde la perspectiva de la competencia y el impacto de dichas ayudas en este ámbito, no obstante haber sido autorizadas en su caso por la Comisión⁴⁷.

Pero esto no es todo, porque, además, sobre la base del art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), antiguo art. 12.3 de la LDC, *«La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción*

⁴⁶ *Vid.* C-275/13 Elcogas (22-10-2014) en relación al concepto de «transferencia de fondos estatales»; C-379/98 (13-03-2001), exigiendo el TSJUE que resulten implicados recursos o fondos estatales, entendiendo que de otro modo toda normativa en el fondo podría conllevar, en su caso, ventajas competitivas.

⁴⁷ *Vid.*, resaltando que no se atribuyen a la CNMC instrumentos efectivos de intervención en los regímenes de ayudas, pudiendo sólo impropriadamente hablarse de control de las ayudas públicas por los órganos de defensa de la competencia, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Comentario al artículo 11 LDC», en AAVV *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, dir. Massaguer y otros, Aranzadi, 4.ª edición, 2015.

competente actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva de los mercados».

En este ámbito podrían haberse situado las reformas encaminadas a propiciar la reestructuración de empresas en crisis, que se abordaron en el modelo español por la vía del real decreto posteriormente convalidado como real decreto-ley, sobre los que la CNMC podría ejercer un análisis sobre su impacto en el Derecho de la Competencia y, en su caso, impugnar esa normativa en tanto en cuanto de ésta pudieran derivar obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

Ello conlleva un potencial examen «ex post» de la normativa, con incidencia en el Derecho de la Competencia, que podría, además, combinarse con un «control ex ante» de los proyectos regulatorios (normativos) en aquellos casos en que el Ministerio de Justicia decida remitir el proyecto legislativo en cuestión a la CNMC, lo que, sin embargo, es facultativo (art. 25 LDC).

No obstante, estas funciones de la CNMC, ex art. 5.4 de la LCNMC, aun cuando en la práctica la CNMC las ejerce, se ven dificultadas, de un lado, por la ausencia de parámetros de legalidad a nivel nacional, lo que podría suplirse invocando principios de eficiencia, transparencia, mínima distorsión y no discriminación. De otro, por la ausencia de instrumentos de análisis.

Así mismo, hay que resaltar que las propuestas que pudiera formular la CNMC, en orden al mantenimiento de la competencia, por su propia naturaleza carecerían de eficacia jurídica directa.

4. Capitalizaciones de deuda, cambios de control y concentraciones empresariales

Hay, sin embargo, dos operaciones de las que en ocasiones depende el éxito de un procedimiento de reestructuración a las que no se ha prestado particular atención en la Directiva UE 2019/1023.

Nos referimos a la capitalización de deuda y, en su caso y con ocasión de ello, a cambios duraderos y permanentes en la estructura de control de una empresa, pudiendo operar en ocasiones estas operaciones de concentración como instrumentos anticrisis.

La conversión de deuda en capital, en acciones o participaciones de la sociedad deudora de la totalidad o parte de los créditos, en particular financieros, que se ostenten frente al deudor («debt to equity swap») constituye, como es sabido, una técnica de financiación empresarial y, a la vez, de saneamiento financiero.

En efecto, aun cuando en virtud de esta capitalización la sociedad no incrementa su activo a través de la entrada de nuevos recursos al patrimonio social, no es menos cierto que, en virtud de dicha operación, se produce un incremento del patrimonio neto, dado que disminuye el pasivo inmediatamente exigible, en particular si son exigibles a largo plazo, lo que permite la disponibilidad de recursos que de otro modo la sociedad habría tenido que destinar al cumplimiento de sus obligaciones⁴⁸.

De ahí la inclusión, en el marco de la directiva europea de la conveniencia de introducir reformas que propicien la capitalización como vía de financiación respecto de empresas viables, pero con fuerte apalancamiento financiero.

Así, en la directiva se incluye, en el marco de la protección de la nueva financiación, la capitalización de la deuda, incentivándose ésta por la vía de proteger esta operación de una eventual declaración de nulidad, anulabilidad o rescisión concursal si la capitalización forma parte de un plan de reestructuración judicialmente homologado.

Sin embargo, aun siendo importante este incentivo para propiciar capitalizaciones de deuda, resulta insuficiente, siendo preciso introducir incentivos que, de un lado, «motiven» al acreedor a convertir su opción de presente como acreedor en una opción de futuro como socio de una sociedad que puede o no culminar con éxito su proceso de reestructuración⁴⁹. De otro lado, hay también que motivar a los socios a adoptar el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos que conlleva toda capitalización de deuda, pudiendo dicha capitalización, en función de las condiciones en que se pacte, «diluir» la posición de los socios y conllevar en ocasiones tomas de control que motiven un «holdout» de accionistas, quedando en el Derecho de Sociedades tradicional privatista en manos de los socios «la llave» de la reestructuración. En este sentido en la Directiva UE 2019/1023 de reestructuración temprana queda claro que el Derecho de Sociedades no debe ser en modo alguno un obstáculo para la reestructuración (Considerando 96), admitiéndose que la incentivación de la primera conllevará cambios en el Derecho de Sociedades regulado en la II Directiva. En particular, en lo que se refiere a la posibilidad de reestructuración forzosa no sólo respecto de acreedores, sino también del deudor, lo que podría hacerse a través de las dos vías que ofrece la directiva. De un lado, sin alteración del marco competencial de la Junta general de socios, a través de la posibilidad de constituir a los socios como una clase de acreedores a la que poder «arrastrar» conforme a las reglas del «cramdown» y «cross-class-cramdown»; de otro lado, la otra opción que permite

⁴⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: «Capitalización y refinanciación de deuda: incentivos legales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2016, págs. 1-24. GALLEGO CÓRCOLES, A.: *La capitalización de créditos mediante aumento del capital social*, Aranzadi 2019.

⁴⁹ P. ej., en el modelo español, en la DA 4.^a 3.b).3.º LC y aun cuando se parte del necesario consentimiento del acreedor a la capitalización de deuda, se «fuerza» a éstos a aceptar la capitalización, sobre la base de una obligatoria opción disyuntiva entre una quita equivalente al importe nominal de las acciones o participaciones que le correspondería suscribir y la capitalización de deuda.

la directiva y que sí conllevaría alteración del marco competencial de la Junta sería la regulación de la posibilidad de que, en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones, sea el juez quien sustituya a los socios reunidos en Junta en la adopción de decisiones de las que dependa la reestructuración de la compañía, a través de medidas como por ejemplo la conversión de deuda en capital, que conlleva necesario acuerdo de los socios reunidos en Junta de aumento de capital por compensación de créditos⁵⁰.

Así mismo, en ocasiones, la capitalización de deuda puede conllevar un cambio duradero y permanente en la estructura de control de una empresa, pudiendo funcionar a veces éstas como operaciones de concentración en el sentido de lo que ha sido acertadamente calificado por la doctrina como «instrumentos anticrisis»⁵¹, permitiendo la conservación por vías de reestructuración de empresas que, de no ser por esta operación de concentración estarían abocadas a su desaparición en el mercado.

En este marco, en el Derecho Antitrust Europeo pueden funcionar, como medidas de protección y reacción frente a las dificultades económicas empresariales, lo que podríamos denominar «*concentraciones de recuperación o saneamiento económico*», que podrían coadyuvar a la reestructuración, propiciadas por la Directiva Europea 2019/1023, aun cuando ello no se ha acompañado de una excepción o modificación del Reglamento Europeo de Concentraciones (Reglamento 139/2004)⁵².

En este ámbito podría resultar operativa la doctrina de la denominada «empresa desfalleciente» («*failing company*» «*ailing firm defence*»), que, aun cuando no se contempla en el Reglamento Europeo de Concentraciones, ha sido tenida en cuenta por la Comisión Europea en la evaluación de concentraciones económicas cuando las empresas están en crisis, como una excepción al régimen de concentraciones⁵³.

⁵⁰ En el modelo español, para propiciar capitalizaciones de deuda que puedan conllevar tomas de control empresarial en el ámbito de las sociedades cotizadas, de un lado se «aligeran» las mayores requeridas para la adopción del acuerdo de los socios de aumento de capital por compensación de créditos que conlleva toda conversión de deuda en capital. De otro lado, se incentiva por vías indirectas a los socios para que adopten dicho acuerdo, regulándose su responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales si se niegan, sin causa razonable, a convertir deuda en capital (art. 165.2 LC); así mismo, se reformó el art. 8 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre régimen de ofertas públicas de adquisición de valores y se contempla, en el marco de los acuerdos homologados de refinanciación ex DA 4.ª LC respecto de quienes capitalizan una exención de la obligación que recae sobre el adquirente de formular una OPA cuando se superen los límites legales de adquisición, sin necesidad de dispensa de la CNMV, siempre que la operación hubiera sido favorablemente informada por un experto independiente.

⁵¹ Vid. MIRANDA, L./PÉREZ MOLINA, M.: «El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea (veinticinco años de experiencia antitrust)», en *RDM* n.º 294, octubre-diciembre 2014, págs. 146-148.

⁵² Vid. SIGNES DE MESA, J. I.: *op. cit.*, págs. 155 y ss., analizando el fenómeno de las concentraciones en el sector bancario en el contexto de la crisis y el modo en que se ha superado la «rigidez» del régimen comunitario de concentraciones.

⁵³ La Comisión ha aplicado la excepción de la empresa en crisis, p. e., en el asunto Nynas/Shell/

Sobre la base de esta doctrina se declaran lícitas las reestructuraciones empresariales que conlleven en su caso una concentración económica y que, pese a plantear problemas de competencia, permitan reestructurar empresas que de otro modo estarían abocadas a desaparecer del mercado. Ello encontraría su fundamento de política jurídica en el propio sistema de economía social de mercado constitucionalizado en el marco de la Unión Europea, no habiendo cambiado esta opción no obstante la crisis económica generalizada, por la que atravesó Europa desde 2007, que de algún modo replanteó el sistema, pero sin procederse a un cambio de modelo.

En efecto, el sistema de economía social conlleva la existencia de empresas competitivas y reestructurables, excepcionándose o al menos «relajándose» el Derecho Antitrust Europeo respecto de operaciones que aun cuando puedan conllevar restricciones en la competencia permitan mantener en funcionamiento empresas viables con dificultades financieras, con la consiguiente conservación de puestos de trabajo en beneficio en última instancia del sistema.

No obstante, la doctrina de la «failing company» no dispensa de la notificación de la operación a la autoridad de competencia (CNMC), en el caso del Derecho Español, ni consiguiente suspensión e «incertidumbre» sobre la decisión de la autoridad de competencia, lo que se compadece mal con las necesidades de reestructuración de una empresa en dificultades económicas y en la que el tiempo es una cuestión esencial.

Se plantea, por tanto, en aras de la incentivación de reestructuraciones de empresas en dificultades económicas, por la vía de una eventual concentración empresarial, un debate sobre la conveniencia de una revisión del Reglamento Europeo de Concentraciones que, sin menoscabar el control sobre la operación que corresponda a las autoridades nacionales de competencia, pueda «aligerar» los tiempos en aras de la reestructuración. En particular, en lo relativo a la suspensión de la operación y levantamiento de dicha suspensión, dada la importancia decisiva que los «tiempos» tienen en el marco de procesos de reestructuración.

IV. CONCLUSIONES

El nuevo paradigma reestructurador de empresas viables con dificultades financieras conlleva diversas cuestiones en torno a la función asignada en el mercado a los procedimientos concursales y, entre otros aspectos, un nuevo marco de relaciones con el Derecho de la Competencia, con el que comparte como objetivo

Harburg Refinery, de 2 de septiembre de 2013; Asunto Aegean Olympic II, Decisión de 9 de octubre de 2013, asunto COMP/M 6796. *Vid.* en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-927_en.htm.

ASSIMAKIS, K./JERAM, J.: «Changing mind in changed circumstances: Aegean/Olympic II and the failing firm defence», en *Jornal of European Competition Law & Practice* n.º 9/2014, págs. 605-615.

común propiciar la eficiencia del mercado a través de los «mecanismos de salida» de éste.

Desde esta premisa, ha de valorarse positivamente que, no obstante las analizadas eventuales distorsiones de la competencia que la incentivación de la reestructuración de empresas en dificultades económicas podría conllevar en sentido horizontal y en su caso en sentido vertical, cuando la reestructuración precise apoyo público, el nuevo paradigma reestructurador no haya dado lugar a un Derecho Europeo de la competencia especial o de excepción, salvo en el sector bancario financiero, por razones conectadas al riesgo sistémico que la desaparición de las entidades pertenecientes a dicho sector podría conllevar.

Y es que es conveniente «normalizar» en un ámbito europeo el recurso a la reestructuración de empresas como mecanismo que permite adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales, propiciándolo desde diversas disciplinas jurídicas dada su transversalidad, y en particular desde el Derecho de la Competencia. Ello no sólo en un contexto de crisis económico-financiera como el que atravesó Europa desde 2007, sino también en conexión con la necesidad de configurar mecanismos estables de autocomposición por las partes de las dificultades económicas, sobre todo en una fase temprana, cuando éstas no sean irreversibles⁵⁴.

Ello permite mantener empresas en funcionamiento y preservar puestos de trabajo a través de mecanismos alternativos a los tradicionales procedimientos concursales de carácter judicial, a los que se conectan elevados costes económicos temporales y sobre todo «reputacionales».

En este marco y partiendo de la ausencia hasta el momento de armonización europea del Derecho de la Insolvencia, han de valorarse positivamente los esfuerzos de la Comisión Europea por impulsar la aprobación de reformas legales en los países miembros que incentiven la reestructuración de empresas viables con dificultades económicas, aun cuando pueda abrirse un debate sobre la conveniencia de haber optado, como hace la Comisión, por el modelo anglosajón de reestructuración en sede preconcursal, frente al modelo alemán, que sitúa en sede concursal dicha reestructuración.

No obstante, en el estado actual del proceso armonizador europeo de los procedimientos de reestructuración empresarial de empresas en crisis, han de tomarse en consideración dos aspectos. De un lado es necesario eliminar actuales distorsiones existentes entre la Directiva Europea sobre reestructuración temprana y el Reglamento Europeo de Insolvencia de 20 de marzo de 2015. Ello particularmente en lo relativo a la paralización de ejecuciones frente a bienes del deudor, en tanto en cuanto se negocia un acuerdo de reestructuración, y que encuentra en

⁵⁴ Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: «Preconcursalidad y reestructuración empresarial» (2.^a edición), *op. cit.*

el art. 8 del referido Reglamento una cuestionable limitación en lo relativo a derechos reales sobre activos situados en un tercer estado miembro distinto de aquel en el que se abrió el procedimiento preconcursal o concursal, con la consiguiente limitación a la eficacia extraterritorial de dicha paralización.

De otro lado, parece conveniente incidir en los incentivos legales a la reestructuración de empresas en crisis, por una parte, introduciendo «salvaguardas» que eviten o al menos minimicen el riesgo de eventual «utilización estratégica» y abusiva de dichos incentivos, que pueden conllevar ventajas económicas y que, aun siendo legales como se ha analizado, en tanto en cuanto se han incorporado a la normativa de los países miembros, pueden distorsionar la competencia en el mercado.

Ello en particular, en la medida en que se opte por el modelo preconcursal reestructurador informal y desjudicializado que permite la directiva europea sobre reestructuración temprana, en el que no hay control «a priori» de los presupuestos económicos de la reestructuración, frente al modelo alemán en el que la opción por un modelo de reestructuración en sede concursal y no preconcursal minimiza los riesgos de utilización estratégica y abusiva de dichos incentivos, dada la intervención judicial y comprobación de la situación económica del deudor conectada a ésta.

Así mismo, parece conveniente propiciar, como ha sido analizado, la reestructuración de empresas con dificultades económicas por la vía de una eventual concentración empresarial a través de las denominadas por la doctrina «*concentraciones de recuperación o saneamiento económico*», mediante un «aligeramiento» de los tiempos relativos al control de la concentración a través de la suspensión de la operación y levantamiento de ésta. Ello, sin menoscabar el control sobre la operación que corresponda a las autoridades nacionales de competencia, propiciaría la reestructuración, siendo conveniente abrir un debate sobre la conveniencia de una revisión del Reglamento Europeo de Concentraciones.

*(Trabajo recibido el 05/11/2019
y aceptado para su publicación el 25/11/2019)*

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y RIESGO SISTÉMICO EN EL SECTOR FINANCIERO

ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

Este estudio examina el cambio del «statu quo» de la competencia en el mercado financiero a causa del impacto sucesivo de la crisis de 2008 y de la digitalización (fintech). En primer lugar examina los efectos de la crisis financiera de 2008 sobre la solvencia de los bancos, la regulación de las crisis bancarias y las ayudas de Estado conforme a la teoría de los «vasos comunicantes» entre la limitación y el control de las ayudas estatales a los bancos en crisis y la competencia efectiva en el mercado bancario europeo. En particular expone dos casos paradigmáticos en la jurisprudencia (con el comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2016) y en la práctica (con la referencia a la autorización por parte de la Comisión Europea de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander). En segundo lugar examina la competencia en el mercado bancario digitalizado exponiendo algunas de sus manifestaciones estructurales, con la irrupción en el mercado bancario de nuevos intermediarios digitales (en particular, los bancos Fintech) y de sus manifestaciones funcionales, como la digitalización de los servicios de pago.

Palabras clave: competencia en el mercado financiero, digitalización financiera, tecnofinanzas, crisis bancaria, ayudas de Estado, concentraciones bancarias transfronterizas.

COMPETITION LAW AND SYSTEMIC RISK IN THE FINANCIAL SECTOR

ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA

*Professor of Commercial Law
Complutense University of Madrid*

ABSTRACT

This study examines the change in the «status quo» of competition in the financial market because of the successive impact of the 2008 crisis and digitalization (fintech). First, it examines the effects of the financial crisis of 2008 on the solvency of banks, the regulation of banking crises and state aid according to the theory of «communicating vessels» between the limitation and control of aid state to banks in crisis and effective competition in the European banking market. In particular, it exposes two paradigmatic cases in jurisprudence (with the comment of the Judgment of the Court of Justice of the European Union of July 19, 2016) and in practice (with reference to the authorization by the European Commission of the acquisition of Banco Popular by Banco Santander). Second, it examines competition in the digitalized banking market by exposing some of its structural manifestations, with the emergence in the banking market of new digital intermediaries (in particular, Fintech banks), and of its functional manifestations, such as the digitization of payment services.

Keywords: competition in the financial market, financial digitization, fintech, banking crisis, state aid, cross-border banking concentrations.

SUMARIO: I. EL CAMBIO DEL «STATU QUO» DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FINANCIERO A CAUSA DEL IMPACTO SUCESIVO DE LA CRISIS DE 2008 Y DE LA DIGITALIZACIÓN (FINTECH). 1. Las dos revoluciones sucesivas en la competencia en el mercado financiero. 2. La crisis financiera de 2008, las ayudas de Estado y la teoría de los vasos comunicantes entre el nuevo paradigma regulatorio de las crisis bancarias y la preservación de la competencia en el mercado bancario de la UE. 3. La digitalización financiera (Fintech) y la competencia en el mercado financiero.—II. LOS EFECTOS DE LA CRISIS FINANCIERA DE 2008 SOBRE LA SOLVENCIA DE LOS BANCOS, LA REGULACIÓN DE LAS CRISIS BANCARIAS Y LAS AYUDAS DE ESTADO. 1. Las ayudas de Estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera. 2. El cambio del paradigma regulatorio europeo de las crisis bancarias. 2.1. Ordenamiento comunitario. 2.2. Ordenamiento español. 3. La teoría de los «vasos comunicantes» entre la limitación y el control de las ayudas estatales a los bancos en crisis y la competencia efectiva en el mercado bancario europeo. 3.1. La interacción entre los dos fenómenos. 3.2. Los dos niveles de competencia entre los Estados miembros y las entidades de crédito implicadas. 3.3. El efecto directo en forma de control y limitación de las ayudas públicas a los bancos en crisis. 3.4. El efecto indirecto en forma de incremento de la competencia efectiva en el mercado bancario. 4. Concentraciones bancarias transfronterizas, eventuales ayudas estatales y competencia en el mercado bancario de la UE. 4.1. Concentraciones bancarias transfronterizas intracomunitarias y extracomunitarias: un futuro anunciado. 4.2. Bancos sanos y enfermos y eventuales ayudas estatales como parte del tratamiento. 4.3. Concentraciones

bancarias transfronterizas y control de la competencia en el mercado bancario de la UE.—III. CASOS PARADIGMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA PRÁCTICA. 1. Jurisprudencia: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2016 (asunto c-526/14). 1.1. Supuesto de hecho. 1.2. Conflicto jurídico. 1.3. Doctrina jurisprudencial. 1.3.1. Aspectos de Derecho de la competencia: la Comisión puede establecer los criterios para evaluar la compatibilidad de las ayudas estatales a los bancos en crisis con la competencia efectiva en el mercado bancario. 1.3.1.1. El método: La competencia de la Comisión. 1.3.1.2. El fondo: los criterios de reparto de las cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados. 1.3.2. Los aspectos de Derecho de sociedades: la compatibilidad de las medidas de gestión de instrumentos híbridos de capital con las competencias de las juntas generales de los bancos rescatados. 1.3.2.1. La regla general de la competencia de la junta general de las sociedades anónimas para decidir sobre la constitución, mantenimiento y modificaciones de su capital. 1.3.2.2. La excepción justificada en caso de crisis graves de solvencia de los bancos con consecuencias sistémicas en el sistema financiero. 2. Práctica: La autorización por parte de la Comisión Europea de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander por considerarla como una concentración compatible con la competencia bancaria en el espacio económico europeo.—IV. COMPETENCIA EN EL MERCADO BANCARIO DIGITALIZADO. 1. Manifestaciones estructurales: la irrupción en el mercado bancario de nuevos intermediarios digitales. En particular, los bancos Fintech. 1.1. La Guía del BCE de 2018. 1.2. Condiciones subjetivas exigibles a los bancos Fintech. 1.3. Condiciones objetivas exigibles a los bancos Fintech. 1.4. Condiciones funcionales exigibles a los bancos Fintech. 2. Manifestaciones funcionales: la digitalización de los servicios de pago.

I. EL CAMBIO DEL «STATU QUO» DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO FINANCIERO A CAUSA DEL IMPACTO SUCESIVO DE LA CRISIS DE 2008 Y DE LA DIGITALIZACIÓN (FINTECH)

1. Las dos revoluciones sucesivas en la competencia en el mercado financiero

Desde el año 2008, el «statu quo» de la competencia financiera se ha visto sacudido por el impacto de dos fenómenos sucesivos que han obligado, obligan y obligarán en el futuro a adaptar los paradigmas clásicos de la regulación y la supervisión públicas del mercado financiero a las nuevas circunstancias para garantizar su eficiencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Hay que destacar que, si bien ambos fenómenos han acaecido de forma sucesiva en el tiempo, coexisten en la actualidad porque las crisis de solvencia de algunos bancos tradicionales conviven con su «lucha por la supervivencia» frente a los gigantes tecnológicos (conocidos por su acrónimo GAFA)¹. Es más, esta última competencia —especialmente en el mercado de los servicios de pago— puede ser la causa futura de algunas crisis de solvencia de los bancos tradicionales que no adapten sus estructuras para competir con aquellas compañías o con los denominados bancos Fintech. En este epígrafe introductorio procedemos a presentar ambas revoluciones competenciales que desarrollaremos en los epígrafes sucesivos de este estudio.

¹ Ver las entradas de nuestro blog (ajtapia.com) de 16.01.2017 sobre «FACEBOOK se registra en el Banco de España como entidad de dinero electrónico: consecuencias sobre la competencia en el mercado bancario a resultas del FINTECH» y de 13.06.2018 sobre «Competencia o colaboración entre bancos y fintech».

2. La crisis financiera de 2008, las ayudas de Estado y la teoría de los vasos comunicantes entre el nuevo paradigma regulatorio de las crisis bancarias y la preservación de la competencia en el mercado bancario de la UE

El examen de las sucesivas Comunicaciones emitidas por la Comisión Europea en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2013 fijando las pautas para compatibilizar las ayudas estatales² a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera, con la competencia efectiva en el mercado bancario, puso de manifiesto un cambio de paradigma regulatorio de las crisis bancarias basado en la necesidad de establecer mecanismos preventivos de las mismas, de tal manera que si éstas, a pesar de todo, llegan a producirse existan mecanismos de resolución que no precisen de recursos públicos. En definitiva, se trató de implantar una distribución adecuada de las cargas que implican aquellos rescates bancarios para que no sean los contribuyentes quienes finalmente tengan que cubrir las crisis bancarias causadas, en muchas ocasiones, por gestores ineptos o rapaces, sino que sean los accionistas y los acreedores de aquellos bancos quienes soporten el coste del eventual rescate.

Y este nuevo paradigma busca un efecto colateral esencial consistente en preservar la competencia en el mercado bancario europeo porque, a menores y más controladas ayudas estatales, más competencia transparente entre bancos radicados en los diferentes Estados e, indirectamente, entre los propios Estados comunitarios, eliminando los efectos perniciosos del arbitraje regulatorio.

Por lo anterior, hemos recurrido a la metáfora de los «vasos comunicantes» porque, siguiendo una regla de proporcionalidad inversa, podemos afirmar que, en términos generales: a menor ayuda estatal, mayor competencia en el mercado bancario³.

² En este sentido es relevante reparar en la «Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (2016/C 262/01, DOUE 19.7.2016 C 262.1 y ss.) que, partiendo de que el art. 107, apartado 1, del TFUE define las ayudas estatales como «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones»; busca aclarar los distintos elementos constitutivos del concepto de ayuda estatal: la existencia de una empresa, la imputabilidad de la medida al Estado, su financiación mediante fondos estatales, la concesión de una ventaja, la selectividad de la medida y su efecto sobre la competencia y los intercambios comerciales entre Estados miembros. Además, dada la necesidad de orientaciones específicas, expresada por los Estados miembros, la Comunicación ofrece aclaraciones específicas con respecto a la financiación pública de infraestructuras.

³ En este sentido compartimos el diagnóstico general que hace Ignacio Signes de Mesa en su obra «Derecho de la Competencia y Crisis Económica: El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero», Madrid 2013, pág. 25, en el sentido de que «el derecho de la competencia no hace parte del problema, sino que contribuye a su solución, puesto que, por un lado, evita que los Estados miembros entren en una espiral de subsidios que ponga en evidencia aún más su capacidad presupuestaria, y, por otro, impide la creación de altos niveles de concentración en el sector bancario que puede dar lugar a situaciones de abuso en el futuro y conducirnos nuevamente al “dilema too big to fail”».

3. La digitalización financiera (Fintech) y la competencia en el mercado financiero

La segunda revolución de la competencia en el mercado financiero y, en especial, en el mercado bancario que obliga a revisar los mecanismos de regulación y supervisión reside en la digitalización financiera o en las denominadas tecnofinanzas (Fintech).

Sin perjuicio de la referencia detallada que haremos a este fenómeno en el apartado IV de este artículo procede hacer, ahora, una referencia inicial al «Estudio sobre el impacto en la competencia de las nuevas tecnologías en el sector financiero o Fintech» (E/CNMC/001/18), publicado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 13 de noviembre de 2018, que, partiendo de la base de la importancia neurálgica del sector financiero en la economía en general, analiza, desde la perspectiva de la autoridad de competencia, las oportunidades y desafíos del fenómeno Fintech en sectores tales como los sistemas y servicios de pago; las tecnologías de registro distribuido, como el blockchain; el asesoramiento y gestión de activos; la financiación participativa (crowdfunding) e insurtech⁴.

II. LOS EFECTOS DE LA CRISIS FINANCIERA DE 2008 SOBRE LA SOLVENCIA DE LOS BANCOS, LA REGULACIÓN DE LAS CRISIS BANCARIAS Y LAS AYUDAS DE ESTADO

1. Las ayudas de Estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera

La crisis financiera global iniciada en los EEUU en 2007, que eclosionó y se extendió plenamente a Europa en 2008, produjo como uno de sus efectos principales una grave crisis de solvencia de las entidades de crédito y la consiguiente necesidad de que estas recibieran ayudas de Estado para evitar los efectos poten-

⁴ En este estudio, la CNMC realiza las siguientes recomendaciones (págs. 90 y ss.): «1.^a La regulación debe evitar frenar las innovaciones Fintech, a no ser que existan *motivos de necesidad y proporcionalidad*. 2.^a Debe reevaluarse la necesidad y proporcionalidad de los distintos requisitos regulatorios de entrada y ejercicio a las actividades financieras, bajo la idea de que Fintech puede corregir o mitigar fallos de mercado. 3.^a La regulación debe enfocarse a actividades —no entidades— y evitar en lo posible reservas de actividad. El ecosistema Fintech debe contar con el máximo margen de actuación posible para poder aprovechar eficiencias. Los fallos de mercado están generalmente ligados a una actividad determinada y no a una forma de organización de la misma. 4.^a La regulación debe aprovechar las nuevas tecnologías para el cumplimiento normativo (Regtech), para reducir las cargas que implica la actividad de regulación y supervisión. 5.^a Es recomendable adoptar un banco de pruebas regulatorio (sandbox), para que los modelos más innovadores puedan desarrollarse y se puede valorar cuál es su impacto en el mercado, en lugar de adoptar de antemano y de manera definitiva una respuesta regulatoria restrictiva. 6.^a Es conveniente apostar por iniciativas de open-banking & insurance para asegurar la aplicación de principios de neutralidad tecnológica y no discriminación donde el acceso a ciertos factores pueda efectuarse en términos razonables» er. la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 19.11.2018 sobre «FINTECH y competencia: Estudio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)».

cialmente catastróficos de su insolvencia sobre las economías de los Estados de la UE.

La cuestión de la compatibilidad de las ayudas de Estado al rescate de las entidades de crédito con la competencia en el mercado bancario europeo se manifestó —en cuanto a nuestro país respecta— en la actuación de la Comisión Europea con ocasión de la gravísima crisis de las Cajas de Ahorros que vivió nuestro sistema financiero; crisis que modificó profundamente su fisonomía⁵ y cuya solución exigió la inyección muy notable de fondos públicos y la adopción de medidas de gestión de instrumentos híbridos de capital por virtud de los cuales tanto los titulares de participaciones preferentes como de deuda subordinada emitida por las Cajas rescatadas soportaron su cuota parte de sacrificio. Las respectivas decisiones de la Comisión Europea avalaron la compatibilidad con la competencia en el mercado interior de estos procesos de reestructuración de una parte sustancial de nuestro sistema financiero conforme al modelo de reparto del coste de las crisis bancarias adoptado por dicha Comisión en sus Comunicaciones Bancarias emitidas desde 2008⁶.

2. El cambio del paradigma regulatorio europeo de las crisis bancarias

2.1. Ordenamiento comunitario

Según hemos indicado, las Comunicaciones emitidas por la Comisión Europea en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2013 fijando las pautas para compatibilizar aquellas ayudas estatales a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera, con la competencia efectiva en el mercado bancario, muestran la intención de que las cargas derivadas de las necesidad de rescatar o liquidar determinados bancos afectados por la crisis financiera global iniciada en 2007, a fin de preservar el objetivo de interés público esencial de la estabilidad financiera, se repartan de tal modo que sean los accionistas y acreedores de dichas entidades quienes absorban tales cargas, antes de transferírselas a los Estados reclamando ayudas públicas⁷.

⁵ Ver SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La crisis de las cajas y la respuesta legislativa» en el volumen *Las Cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito* (dirs. COLINO MEDIAVILLA, J. L./GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.), Granada (2015), pp. 1 y ss. y UREÑA SALCEDO, J. A.: «La crisis del sistema financiero español y la transformación de las Cajas de Ahorros en España», en MUÑOZ MACHADO, S./VEGA SERRANO, J. M. (Dirs.), BOBES SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, Madrid 2013, pág. 367 y ss.

⁶ Ver nuestros estudios sobre «Las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada», n.º 2014/85 (marzo 2014) en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, depositados en el Archivo institucional E.Prints Complutense y «La gestión de los instrumentos híbridos de capital en la Ley de reestructuración y resolución de entidades de crédito», con Adolfo SEQUEIRA MARTÍN, en *Las Cajas de ahorros y la prevención y tratamiento de la crisis de las entidades de crédito* (dirs. COLINO MEDIAVILLA, J. L./GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C.), Ed. Comares, Granada (2015), pp. 343 a 384.

⁷ DE KOK, J.: «Competition Policy in the Framework and Application of State Aid in the Banking Sector», *European State and Law Quarterly* (EStAL 2/2015), pág. 224, señala que las decisio-

De forma congruente con estas Comunicaciones⁸ se promulgaron las dos disposiciones comunitarias básicas que han creado el Mecanismo Único de Resolución, a saber: el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014⁹ y la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014¹⁰.

En definitiva, la crisis financiera internacional iniciada en el año 2007 ha llevado a cambiar el paradigma de tratamiento de las crisis en el sector bancario —que puede hacerse extensivo al sector financiero en general— en el seno de la UE que ha pasado de un modelo que contemplaba como una hipótesis no significativa —por excepcional— la de que las entidades de crédito pudieran entrar en situaciones de insolvencia y asumía, en tales ocasiones, los costes de estas crisis excepcionales con cargo, básicamente, a los recursos públicos para evitar crisis sistémicas del sistema financiero; a un nuevo modelo que, admitiendo aquellas hipótesis como significativas, a la vista del rango de probabilidad dadas las desgraciadas experiencias en el sector bancario europeo (donde destaca, sin ser el único, el mercado bancario español con la crisis de las cajas de ahorros), se centra en reducir la probabilidad de que se produzcan aquellas crisis bancarias y en lograr que, cuando se produzcan, no supongan costes significativos para las arcas públicas, sino que tales costes sean asumidos, sustancialmente, por los accionistas y acreedores de aquellas entidades de crédito.

2.2. Ordenamiento español

La Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión inserta el régimen de las crisis bancarias, previo contenido en la Ley 9/2012¹¹, en el marco del Mecanismo Único de

nes de la Comisión Europea se han asentado sobre los tres pilares siguientes: viabilidad, distribución de cargas y competencia.

⁸ Sobre la relación de congruencia y continuidad entre el marco trazado por las Comunicaciones de la Comisión y las disposiciones del derecho positivo comunitario se pronuncia Kok, J.: «Competition Policy», cit. pág. 225.

⁹ Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.

¹⁰ Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹¹ Sobre esta regulación pueden verse los estudios siguientes contenidos en la obra COLECTIVA MUÑOZ MACHADO, S./VEGA SERRANO, J. M. (Difs.), BOBES SÁNCHEZ (Coord.): *Derecho de la Regulación Económica. X. Sistema Bancario*, Madrid 2013: CARRILLO DONAIRE, J. A., «Intervención de entidades de crédito en crisis: alcance y límites», pág. 781 y ss. y RODRÍGUEZ PELLITERO, J., «Resolución de crisis bancarias», pág. 827 y ss. También pueden verse los estudios de PINILLOS,

Resolución (MUR) de la UE basado en el Reglamento (UE) n.º 806/2014 y en la Directiva 2014/59/UE antes mencionados.

En lo que a nuestro interés actual afecta, el cambio de paradigma regulatorio de las crisis bancarias se reflejó en los objetivos y principios de esta nueva regulación, que hemos clasificado conforme a los dos criterios siguientes¹²:

- a) Según el sentido de la acción. Conforme a este primer criterio, los objetivos y principios del nuevo régimen pueden clasificarse en dos categorías: Primero, objetivos y principios positivos o proactivos, entre los que podemos mencionar el de asegurar la continuidad de aquellas actividades, servicios y operaciones cuya interrupción podría perturbar la prestación de servicios esenciales para la economía real o la estabilidad financiera (art. 3.a) o el de asegurar la utilización más eficiente de los recursos públicos, minimizando los apoyos financieros públicos que, con carácter extraordinario, pueda ser necesario conceder (art. 3.c). Segundo, objetivos y principios negativos o preventivos de efectos adversos, tales como los de evitar efectos perjudiciales para la estabilidad del sistema financiero, previniendo el contagio de las dificultades de una entidad al conjunto del sistema y manteniendo la disciplina de mercado (art. 3.b) o minimizar el coste de la resolución y evitar toda destrucción de valor, excepto cuando sea imprescindible para alcanzar los objetivos de la resolución (art. 3.2.º).
- b) Según los sujetos implicados. Conforme a este segundo criterio, los objetivos y principios del nuevo régimen pueden clasificarse en dos categorías: Objetivos y principios referidos a los sujetos agentes, tales como el FROB (en este sentido destaca el principio de que «*el FROB no se considerará en ningún caso incluido entre los accionistas, socios o acreedores*» art. 4.2) o las restantes autoridades implicadas, como, por ejemplo el principio de adecuación de su conducta conforme al cual «*el supervisor y las autoridades de resolución competentes, al aplicar los instrumentos o exigir el cumplimiento de las obligaciones y requisitos contemplados en esta Ley, tendrán en cuenta las circunstancias singulares de cada entidad derivadas, entre otros, de su estructura, naturaleza y perfil de actividad*» (art. 4.2). Segundo, objetivos y principios referidos a

A.: «Tratamiento jurídico de las crisis bancarias», en ZUNZUNEGUI, F. (Dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Madrid, 2012, pág. 113 y ss. y de RODRÍGUEZ SANTAMARÍA, J. M.: «Las crisis bancarias: el Fondo de Garantía de Depósito de Entidades de Crédito. El Fondo de Reestructuración ordenada Bancaria», en CAMPUZANO, A. B./CONLLEDO, F./PALOMO, R. J. (Dir.) *Los mercados financieros*, Valencia, 2013, págs. 290 y ss.

¹² Ver nuestros estudios sobre «Las líneas básicas de la nueva regulación de las crisis bancarias: la Ley 11/2015», en *La Ley Mercantil* n.º 16, Sección banca y seguros (2015), pág. 51 y ss.; «La regulación de la insolvencia de las entidades de crédito en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Concursal», en *La Ley Mercantil* n.º 18, Sección banca y seguros (2015) y «Las crisis bancarias en el sistema concursal español», en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 24 (2016), pp. 67 a 81.

los sujetos pacientes, en concreto, a las entidades y, dentro de ellas, cabe diferenciar aquéllos que afectan: a sus socios, cuando se dice que los accionistas o socios, según corresponda, de las entidades serán los primeros en soportar pérdidas, (art. 4.1.a); a sus gestores, cuando se establece que los administradores y los directores generales o asimilados de la entidad serán sustituidos, salvo que, con carácter excepcional, se considere su mantenimiento estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de la resolución (art. 4.1.e) y cuando se dice que aquellos gestores deberán prestar toda la asistencia necesaria para lograr los objetivos de la resolución (art. 4.1.f); a sus acreedores, cuando se establecen los principios de que estos acreedores de las entidades soportarán, en su caso, pérdidas derivadas de la resolución después de los accionistas o socios y de acuerdo con el orden de prelación establecido en la legislación concursal, con las salvedades establecidas en esta Ley (art. 4.1.b) y que los acreedores del mismo rango serán tratados de manera equivalente, salvo cuando en esta Ley se disponga lo contrario (art. 4.1.c).

3. La teoría de los «vasos comunicantes» entre la limitación y el control de las ayudas estatales a los bancos en crisis y la competencia efectiva en el mercado bancario europeo

3.1. La interacción entre los dos fenómenos

El nuevo paradigma regulatorio de las crisis bancarias instaurado, primero, mediante las Comunicaciones de la Comisión y reflejado, después, en el Derecho positivo comunitario y nacional conlleva un control más riguroso y homogéneo de las ayudas de Estado y su limitación para desplazar el coste de los rescates sobre los hombros de las entidades de crédito rescatadas, sus accionistas y sus acreedores (tal y como hemos descrito en el epígrafe precedente). Y ello tiene un efecto colateral esencial consistente en preservar la competencia en el mercado bancario europeo porque: a menores y más controladas ayudas estatales, más competencia transparente entre bancos radicados en los diferentes Estados e, indirectamente, entre los propios Estados comunitarios, eliminando los efectos perniciosos del arbitraje regulatorio. Y es por ello por lo que hemos recurrido a la metáfora de los «vasos comunicantes», ya que, siguiendo una regla de proporcionalidad inversa, podemos afirmar que, en términos generales, a menor ayuda estatal, mayor competencia en el mercado bancario¹³.

Dado que ya hemos expuesto el primer fenómeno de cambio del paradigma regulatorio de las crisis bancarias, con la consiguiente limitación y control de las

¹³ Anticipamos esta metáfora en la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) del 19.05.2016 sobre «Reestructuración del sector financiero y Derecho de la Competencia: Jornada de 18 de mayo organizada por la revista de Derecho Concursal y Paraconcursal» y del 08.06.2016 sobre «Los vasos comunicantes entre la regulación de las crisis bancarias y la competencia en el mercado bancario: Ponencia en el Seminario de Luxemburgo de 2 de junio de 2016».

ayudas de Estado, pasamos a exponer a continuación sus efectos —benéficos— sobre la competencia en el mercado bancario europeo.

3.2. *Los dos niveles de competencia entre los Estados miembros y las entidades de crédito implicadas*

Dada la complejidad del mercado financiero y, particularmente, del bancario y los efectos multiplicadores que tiene la estabilidad financiera para la economía de la UE en general, podemos apreciar dos niveles de competencia:

- a) Un primer nivel de competencia macroeconómica o regulatoria entre los Estados miembros porque el nivel de ayudas estatales prestadas a los bancos o de las expectativas de tales ayudas en caso de crisis de solvencia de aquellos puede actuar como uno de los incentivos para la ubicación de entidades de crédito que valoren un riesgo futuro de insolvencia. Creándose, de este modo, una especie de arbitraje regulatorio en pos del rescate menos traumático para los propios bancos, sus accionistas y sus acreedores que, en caso de crisis de solvencia, preferirán estar ubicados en Estados más proclives a darles ayudas públicas que reduzcan los sacrificios de estos sujetos directamente implicados.
- b) Un segundo nivel de competencia microeconómica o empresarial entre los bancos porque es manifiesto que las ayudas estatales actuarán, en algunos casos, como una suerte de inyecciones atípicas de recursos propios o ajenos que distorsionarán la competencia entre los bancos beneficiados por tales ayudas y los que no cuentan con ellas.

Pues bien, el cambio de paradigma regulatorio que hemos explicitado en el apartado previo produce efectos benéficos sobre la competencia efectiva en el sector financiero a los dos niveles señalados¹⁴.

3.3. *El efecto directo en forma de control y limitación de las ayudas públicas a los bancos en crisis*

En este sentido, debemos comenzar por recordar que el art. 107 del TFUE (antiguo art. 87 TCE) comienza diciendo que *«salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otor-*

¹⁴ En este sentido, la Comunicación bancaria de 2013 comienza diciendo —en su apartado 2— que *«las Comunicaciones de crisis proporcionan un marco global para una acción coordinada en apoyo del sector financiero con el fin de garantizar la estabilidad financiera, minimizando al mismo tiempo las distorsiones de competencia entre las entidades bancarias y todos los Estados miembros dentro del mercado único»*. Ver al respecto LOWE, P.: «State Aid policy in the context of the financial crisis», en *Competition Policy Newsletter*, Number 2/2009, pág. 3.

gadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Para seguir tipificando, a continuación, los tipos de ayudas compatibles con el mercado interior (art. 107.2) y acabar señalando las categorías de ayudas que «podrán considerarse compatibles con el mercado interior» entre las que señala, en cuanto a nuestro interés afecta, «*las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*» (art. 107.3.b). Basándose en esta última referencia, la Comisión publicó las Comunicaciones en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2013 fijando las pautas para compatibilizar aquellas ayudas estatales a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera con la competencia efectiva en el mercado bancario.

3.4. *El efecto indirecto en forma de incremento de la competencia efectiva en el mercado bancario*

El nuevo paradigma mejora la competencia efectiva dentro de la UE tanto entre las entidades de crédito como entre los Estados miembros, porque dicha competencia no se verá distorsionada por las interferencias de las ayudas públicas¹⁵. En efecto, recordemos que las concentraciones de entidades de crédito —tanto sean voluntarias como forzosas— tienen un impacto manifiesto en el nivel de competencia efectivo en el mercado bancario en dos formas fundamentales: Primero, porque pueden implicar o provocar conductas colusorias o abusivas prohibidas tanto por nuestro ordenamiento (en los arts. 1 y ss. de nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia) como por el comunitario (art. 101 TFUE).; y, segundo, porque constituyen concentraciones económicas, cuya compatibilidad con la competencia debe ser valorada —dependiendo de su dimensión o impacto en el mercado bancario— por las autoridades españolas (según lo previsto en los arts.7 y ss. de nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia) o comunitarias (Reglamento CE n.º 139/2004, de 30 de enero de 2004).

4. **Concentraciones bancarias transfronterizas, eventuales ayudas estatales y competencia en el mercado bancario de la UE**

4.1. **Concentraciones bancarias transfronterizas intracomunitarias y extracomunitarias: un futuro anunciado**

En los últimos tiempos, tanto el BCE como el FMI han insistido en la necesidad de que los bancos europeos inicien nuevos procesos de concentración que —por la masa crítica que se estima necesaria para competir en el mercado

¹⁵ Al respecto, puede verse la entrada de nuestro blog (ajatapia.com) del 30.05.2016 sobre las «Concentraciones bancarias transfronterizas y competencia en la UE. A propósito de los anuncios recientes del BCE y del FMI».

financiero global— deberán ser transfronterizas, bien sean intracomunitarias o extracomunitarias. Y esta advertencia del BCE y del FMI viene motivada por un contexto de circunstancias que parecen conformar una suerte de «tormenta perfecta» en el mercado bancario, donde deberán subsistir las entidades de crédito. El efecto combinado del estrechamiento de los márgenes de tipos de interés entre las operaciones activas y pasivas, de las exigencias crecientes de los requisitos de solvencia por parte del BCE y de la competencia de las plataformas de internet que prestan dinero (las denominadas «Fintech») hacen que el modelo de la actividad bancaria se vea obligado a adaptarse a este nuevo contexto que, lejos de parecer transitorio, se presenta como permanente y que exigirá procesos de concentración de los bancos en nuestro país en busca de que las sinergias consiguientes permitan reducir costes fijos (por ejemplo, en oficinas)¹⁶.

Las concentraciones bancarias pueden clasificarse en dos categorías: domésticas, cuanto intervienen bancos radicados en un mismo Estado miembro; y transfronterizas, cuando los bancos intervinientes radican en diferentes Estados. Y estas últimas, a su vez, pueden dividirse en intracomunitarias, cuando estén implicados varios Estados miembros de la UE; o extracomunitarias, si implican a bancos radicados en Estados de la UE (porque este es el punto de conexión relevante a nuestros efectos) y en Estados extracomunitarios¹⁷.

4.2. Bancos sanos y enfermos y eventuales ayudas estatales como parte del tratamiento

Debemos comenzar recordando que, en las operaciones de concentración bancaria, pueden intervenir bancos «sanos» o «enfermos» en cuanto a su solvencia. En efecto, las reestructuraciones de las empresas bancarias se realizan fundamentalmente mediante su concentración y pueden obedecer a dos impulsos: la libre voluntad de los bancos solventes que quieren aprovechar las sinergias verticales u horizontales que tales concentraciones les permiten o la necesidad que impone la concentración —vía absorción— de bancos con problemas de solvencia por parte de bancos solventes.

¹⁶ Ver las entradas de nuestro blog de 25.05.2016 sobre «Contabilidad bancaria en tiempos revueltos: la Circular 4/2016 del Banco de España y de 30.05.2016 sobre «Concentraciones bancarias transfronterizas y competencia en la UE. A propósito de los anuncios recientes del BCE y del FMI».

¹⁷ A estos efectos, es interesante recordar que nuestros bancos más importantes han absorbido bancos tanto comunitarios como extracomunitarios mediante el método del intercambio forzoso de acciones. Así ha sucedido con las absorciones de hecho, por el banco español, BANCO DE SANTANDER SA de los bancos británicos ABBEY NATIONAL BANK PLC en el año 2004 y ALLIANCE & LEICESTER en el año 2008 y del banco estadounidense SOVEREIGN BANCORP INC en el año 2009. Sobre estas operaciones, pueden verse nuestras obras *Fusiones y OPAs transfronterizas*, 1.ª edición, Cizur Menor (2007), e «Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y régimen jurídico aplicable. Fusiones extracomunitarias» en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, *Transformación, Fusión, Fusiones transfronterizas intracomunitarias* (Díez RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y otros), tomo I, Madrid (2009), pp. 807 a 850.

Estos últimos bancos «enfermos» de solvencia pueden padecer una enfermedad normal que los haga viables y reactivos a un tratamiento de recuperación o una enfermedad terminal que los haga inviables y requieran una eutanasia adecuada en forma de resolución o liquidación ordenada.

En este último sentido procede recordar que la estructura de la regulación de las crisis de los intermediarios financieros que establece nuestra Ley 11/2015 —incorporando los mandatos de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014— contempla dos tipos de tratamientos o medidas para los bancos enfermos de solvencia que son, en función de sus expectativas de curación o viabilidad (art. 2)¹⁸:

- a) Para las entidades viables, la recuperación mediante las medidas de actuación temprana, definida como el procedimiento aplicable a una entidad cuando incumpla —o existan elementos objetivos conforme a los que resulte razonablemente previsible que no pueda cumplir— con la normativa de solvencia, ordenación y disciplina, pero se encuentre en disposición de retornar al cumplimiento por sus propios medios.
- b) Para las entidades inviables, la resolución, legalmente definida como la reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad que sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo. Además, deben concurrir las siguientes circunstancias: primera, que no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación; y, segunda, que resulte necesario evitar su liquidación concursal, por razones de interés público y estabilidad financiera.

Pues bien, tanto las medidas de recuperación o actuación temprana de los bancos enfermos viables como —en mayor medida— las de resolución de los bancos enfermos inviables pueden conducir a operaciones de concentración bancaria o bien requerir de ayudas estatales en algún modo y, en este punto, procede retornar a las condiciones la compatibilidad de estas eventuales ayudas estatales con la competencia.

4.3. Concentraciones bancarias transfronterizas y control de la competencia en el mercado bancario de la UE

A lo anterior debemos de añadir que las concentraciones bancarias voluntarias o forzosas pueden seguir dos métodos básicos que son las fusiones —mediante la creación de bancos nuevos o la absorción de bancos insolventes o en dificultades por parte de bancos solventes— o las adquisiciones de participaciones de unos bancos en otros.

¹⁸ Ver nuestro estudio sobre «Las líneas básicas de la nueva regulación de las crisis bancarias: la Ley 11/2015», cit. pág. 4.

Si bien ambos procedimientos tienen sus regulaciones materiales propias, comparten el concepto básico de concentración de empresas —principalmente con vestidura societaria— que está contenido en el Reglamento n.º 139/2004, de concentraciones que, en su art. 3, parte del mínimo común denominador del «*cambio duradero de control*» mediante la posibilidad de ejercer una «*influencia decisiva*» en una empresa y establece los dos métodos de concentración por referencia a la fusión o la toma de participaciones.

Poniendo en relación los anteriores conceptos, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- a) Las concentraciones bancarias —tanto domésticas como transfronterizas— de bancos sanos o solventes estarán sometidas a los controles normales de las concentraciones de empresas en los términos del Reglamento n.º 139/2004 o de nuestra Ley de 2007, dependiendo de su dimensión doméstica o comunitaria.
- a) Las concentraciones bancarias —tanto domésticas como transfronterizas— de bancos enfermos —leves o terminales— de insolvencia estarán sometidas a controles especiales porque, cuando las medidas de recuperación o resolución adoptadas impliquen ayudas estatales, a los comunes aplicables a las concentraciones de empresas en los términos del Reglamento n.º 139/2004 o de nuestra Ley de 2007, se unirán los propios de este tipo de ayudas en los términos del art. 107.3.b) del TFUE y de las Comunicaciones bancarias de la Comisión Europea antes citadas.

III. CASOS PARADIGMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA PRÁCTICA

1. Jurisprudencia: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2016 (asunto c-526/14)

Procedemos a exponer esta sentencia del TJUE de 19 de julio de 2016 dictada en el asunto C-526/14 (Tadej Kotnik y otros/Državni zbor Republike Slovenije)¹⁹, en la que el TJUE mantiene que no infringe el Derecho de la Unión la Comunicación de la Comisión sobre las ayudas al sector bancario en general y, en particular, en cuanto al reparto de las cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados como condición para la autorización por la Comisión de las ayudas

¹⁹ Ver nuestro comentario «Ayudas de estado a los bancos en el contexto de la crisis financiera. Comentario a la sentencia del TJUE de 19 de julio de 2016 (asunto c 526/14) sobre la validez de la comunicación bancaria de la Comisión de 2013», en *La Ley Unión Europea* n.º 41 (2016), p. 106 y ss. y la entrada de nuestro blog de 27.07.2016 sobre «Ayudas estatales al sector bancario europeo: sentencia del TJUE de 19 de julio de 2016 (asunto C 526/14) sobre la validez de la Comunicación de la Comisión y Comunicación de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016 sobre el concepto de ayuda estatal».

de Estado a favor de un banco deficitario. Procedemos a exponer su contenido conforme al esquema que solemos utilizar.

1.1. Supuesto de hecho

El supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la sentencia comentada puede resumirse del modo siguiente:

- a) A raíz de la crisis financiera mundial iniciada en 2007 y agravada en 2008, el Banco de Eslovenia constató, en septiembre de 2013, que cinco bancos eslovenos presentaban un déficit de capital cuya cuantía no permitía que aquellos bancos, por sí mismos, dispusieran de activos suficientes para pagar a sus acreedores y cubrir los importes de sus depósitos.
- b) Por lo anterior, el 17 de diciembre de 2013 el Banco de Eslovenia adoptó una decisión de medidas extraordinarias para la recapitalización, el rescate y la liquidación de esos bancos, según los casos.
- c) El 18 de diciembre de 2013 la Comisión Europea autorizó las ayudas de Estado destinadas a los cinco bancos afectados que habían notificado previamente las autoridades eslovenas. Las medidas discutidas, adoptadas con fundamento en la Ley del sector bancario, comprendían la cancelación de las acciones de los socios y de los instrumentos de deuda subordinada.

1.2. Conflicto jurídico

El conflicto jurídico que resuelve la sentencia que comentamos surge de la solicitud al TJUE —por parte del Tribunal Constitucional de Eslovenia, con ocasión del enjuiciamiento de varias solicitudes de control de constitucionalidad de la Ley del sector bancario— de un pronunciamiento sobre la validez y la interpretación de las disposiciones de la Comunicación bancaria de la Comisión, que se adoptó —en concreto— para ofrecer orientaciones sobre los criterios de compatibilidad con el mercado interior de las ayudas de Estado concedidas al sector financiero durante la crisis financiera.

1.3. Doctrina jurisprudencial

1.3.1. ASPECTOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA COMISIÓN PUEDE ESTABLECER LOS CRITERIOS PARA EVALUAR LA COMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS ESTATALES A LOS BANCOS EN CRISIS CON LA COMPETENCIA EFECTIVA EN EL MERCADO BANCARIO

En primer lugar y de forma directa, la sentencia incide en el Derecho de la competencia y, en concreto, en las facultades de la Comisión Europea para establecer directrices sobre la compatibilidad de las ayudas estatales con la competencia en el mercado bancario. En este sentido, el TJUE se pronuncia sobre los aspectos siguientes:

1.3.1.1. El método: La competencia de la Comisión

En cuando al método, señala que la Comisión puede establecer —en ejercicio de su facultad de apreciación— directrices para enunciar los criterios sobre cuya base se propone evaluar la compatibilidad con el mercado interior de las medidas de ayuda proyectadas por los Estados miembros.

La sentencia comentada rodea esta declaración de las cautelas o matizaciones siguientes:

- a) En primer lugar, aclara que la Comunicación de la Comisión no obliga a los Estados cuando en el apartado 1 de su fallo dice que *«la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria») debe interpretarse en el sentido de que no tiene efecto obligatorio para los Estados miembros»*.

Esta declaración conduce a la sentencia a advertir del riesgo regulatorio en que incurrirán los Estados que no observen los criterios de las Comunicaciones bancarias de la Comisión que consiste en que las ayudas estatales que presten a los bancos rescatados puedan declararse incompatibles con el mercado interior²⁰.

²⁰ En este sentido, los apartados 99 y 100 dicen: «99. De ello se sigue que la circunstancia de que una medida de ayuda de Estado se ajuste a los criterios establecidos en el punto 44 de la Comunicación bancaria constituye una condición suficiente en principio, pero no estrictamente necesaria, para que la Comisión la declare compatible con el mercado interior. 100. Un Estado miembro no está obligado por tanto a exigir a los bancos en dificultades, antes de la concesión de una ayuda de Estado, que conviertan los instrumentos subordinados en capital o que reduzcan su valor contable, ni a imponer que esos instrumentos contribuyan plenamente a la absorción de las pérdidas. En tal supuesto, la ayuda de Estado proyectada no se podrá considerar limitada al mínimo necesario, como exige el punto 15 de la Comunicación bancaria. El Estado miembro, así como los

- b) En segundo lugar, la sentencia añade que la Comisión —al adoptar esas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas— se autolimita en el ejercicio de esa facultad de apreciación, en el sentido de que, si un Estado miembro notifica a la Comisión un proyecto de ayuda de Estado que se ajusta a esas reglas, la Comisión debe autorizar en principio ese proyecto.
- c) Por último, la sentencia aclara que la adopción de una comunicación, como es la Comunicación bancaria, no libera a la Comisión de su obligación de examinar las circunstancias específicas excepcionales que un Estado miembro invoque.

1.3.1.2. El fondo: los criterios de reparto de las cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados

En cuanto a los criterios de la Comisión sobre la condición del reparto de las cargas entre los accionistas y los acreedores subordinados para la autorización de una ayuda de Estado, el TJUE destaca que la Comunicación se adoptó con fundamento en una disposición del TFUE según la cual la Comisión puede considerar compatibles con el mercado interior las ayudas dirigidas a remediar una grave perturbación de la economía de un Estado miembro²¹.

En efecto, las medidas de reparto de las cargas —que han de comprenderse en las «medidas de saneamiento» de la Directiva 2001/24/CE— tratan de garantizar que, antes de la concesión de cualquier ayuda de Estado, los bancos que presentan un déficit de capital se esfuercen, junto con sus inversores, en disminuir ese déficit. Este sacrificio —que debe ser previo a cualquier ayuda estatal— se plasma, en especial, a través de la contribución de sus accionistas y de sus acreedores subordinados, medidas esas que pueden limitar la cuantía de la ayuda de Estado concedida.

Añade la sentencia que una solución contraria podría provocar distorsiones de la competencia, ya que los bancos cuyos accionistas y acreedores subordinados no hubieran contribuido a la disminución del déficit de capital obtendrían una ayuda de Estado de mayor cuantía que la que habría sido suficiente para subsanar el déficit residual de capital. Por otro lado, al adoptar esa Comunicación, la Comisión no invadió las competencias atribuidas al Consejo de la Unión Europea.

bancos beneficiarios de las ayudas de Estado proyectadas, asumen el riesgo de que la Comisión dicte una decisión que las declare incompatibles con el mercado interior».

²¹ En este sentido, el apartado 2) del fallo declara: «Los artículos 107 TFUE a 109 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a los puntos 40 a 46 de la Comunicación bancaria, en cuanto éstos prevén una condición de reparto de las cargas entre los accionistas y los titulares de instrumentos subordinados para la autorización de una ayuda de Estado».

A la vista de los argumentos expuestos, el apartado 3 del fallo de la sentencia declara que *«el principio de protección de la confianza legítima y el derecho de propiedad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a los puntos 40 a 46 de la Comunicación bancaria, en cuanto éstos prevén una condición de reparto de las cargas entre los accionistas y los titulares de instrumentos subordinados para la autorización de una ayuda de Estado»*.

1.3.2. LOS ASPECTOS DE DERECHO DE SOCIEDADES: LA COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS DE GESTIÓN DE INSTRUMENTOS HÍBRIDOS DE CAPITAL CON LAS COMPETENCIAS DE LAS JUNTAS GENERALES DE LOS BANCOS RESCATADOS

En segundo lugar y de forma colateral, la sentencia incide en el Derecho de sociedades mercantiles y, más en concreto, en la compatibilidad de las medidas adoptadas de gestión de instrumentos híbridos de capital con el respeto de las competencias de las Juntas generales de los bancos afectados respecto de su capital social. Aspecto este que también se ha planteado en las operaciones de rescate de algunos pequeños bancos españoles²².

En este punto, la sentencia opera conforme al método de la regla general y la excepción justificada a la misma. En efecto:

1.3.2.1. La regla general de la competencia de la Junta general de las sociedades anónimas para decidir sobre la constitución, mantenimiento y modificaciones de su capital

En cuanto a la regla general, el TJUE comienza por recordar que la Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre la equivalencia de garantías para proteger los intereses de los socios en la constitución, mantenimiento y modificaciones del capital de la sociedad anónima prevé que todo aumento o reducción del capital de las sociedades anónimas debe subordinarse a una decisión de la Junta general de la sociedad.

1.3.2.2. La excepción justificada en caso de crisis graves de solvencia de los bancos con consecuencias sistémicas en el sistema financiero

En cuanto a la excepción justificada, el TJUE considera que el hecho de que la Comunicación Bancaria de la Comisión prevea que algunas modificaciones del capital social de los bancos rescatados no tienen que ser decididas o aprobadas por su Junta general no significa que esa Comunicación sea incompatible con la referida Directiva. Y ello porque se trata de una excepción admisible porque la grave perturbación que las crisis bancarias no resueltas adecuadamente pue-

²² A este respecto, pueden verse nuestros estudios citados en la nota 2.

den ocasionar en la Economía de un Estado miembro justifica que los Estados miembros, en una situación específica de grave crisis de sus bancos, pueden ser dirigidos por la Comisión a adoptar aquellas medidas de reparto de las cargas sin el consentimiento de la Junta general.

El propio razonamiento del tipo regla-excepción justificada exige que, para considerar que la Comunicación de la Comisión es válida y no contradice la Directiva 2012(30/UE²³), resulta imprescindible que se acrediten dos circunstancias sobre la causa y el efecto de aquellas medidas:

- a) Primero, en cuanto a su causa, que dichas medidas se han adoptado en un contexto de perturbación grave en la economía de un Estado miembro y con el fin de evitar un riesgo sistémico y garantizar la estabilidad del sistema financiero.
- b) Segundo, en cuanto a su efecto, que las medidas han tenido el impacto mínimo imprescindible para solventar la crisis del banco porque —tal y como señala el apartado 5 del fallo de la sentencia: *«La Comunicación bancaria debe interpretarse en el sentido de que las medidas de conversión o de reducción del valor contable de los instrumentos híbridos y de los instrumentos subordinados como las previstas en el punto 44 de esa Comunicación no deben ir más allá de lo necesario para eliminar el déficit de capital del banco»*.

Se trata, en definitiva, de una excepción bancaria justificada que confirma la regla general de la competencia de la Junta general para adoptar las decisiones que afecten a las sociedades anónimas. En este caso, a un tipo de sociedades anónimas especiales, cuales son los bancos, en situaciones excepcionales de crisis de su solvencia, con consecuencias potencialmente sistémicas para el sistema financiero²⁴.

²³ En este sentido, el apartado 4 del fallo de la sentencia declara que *«los artículos 29, 34, 35 y 40 a 42 de la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a los puntos 40 a 46 de la Comunicación bancaria, en cuanto éstos prevén una condición de reparto de las cargas entre los accionistas y los titulares de instrumentos subordinados para la autorización de una ayuda de Estado»*.

²⁴ Este método de razonamiento de la regla-excepción justificada se pone de manifiesto con particular claridad en los apartados 87 y 88 que dicen: *«87. La Directiva 2012/30 se integra en el marco de la realización de la libertad de establecimiento en el mercado interior; con la finalidad principal de proteger los intereses de los socios y de terceros. Pretende asegurar a los inversores que sus derechos serán respetados en el conjunto del mercado interior por los órganos de las sociedades en las que han invertido, en especial en las operaciones de constitución de una sociedad y de aumento y de reducción de su capital social. Por consiguiente, las medidas que la Directiva 2012/30 prevé para garantizar esa protección conciernen al funcionamiento ordinario de las sociedades anónimas. 88. En cambio, cuando las autoridades competentes imponen medidas de reparto de las cargas*

2. **Práctica: La autorización por parte de la Comisión Europea de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander por considerarla como una concentración compatible con la competencia bancaria en el espacio económico europeo**

Tenemos dicho en otras ocasiones que la resolución de la crisis del Banco Popular es un caleidoscopio de múltiples regulaciones diferentes e interrelacionadas²⁵ que ha producido efectos colaterales por la aplicación de la regulación sobre la competencia. En este sentido, el proceso que ha culminado con la autorización de 8 de agosto de 2017 de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander por la Comisión Europea por considerarla como una concentración compatible con la competencia bancaria en el EEU ha pasado por dos etapas²⁶:

La primera etapa se reflejó en la publicación en el DOUE de 20 de julio de 2017 (C 234/14) de la «Notificación previa de una operación de concentración (Asunto M.8553 — Banco Santander/Grupo Banco Popular, 2017/C 234/06) en la que se daba cuenta de que el 14 de julio de 2017 la Comisión recibió la notificación —realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 139/2004— de un proyecto de concentración por el cual el Banco Santander, S. A., adquiere el control de la totalidad de Banco Popular Español, S. A. mediante la adquisición de acciones. En esta notificación se describen las actividades comerciales de los dos bancos del modo siguiente: Banco Santander opera en los servicios de banca, tesorería y seguros, y es la sociedad matriz de un grupo internacional de compañías bancarias y financieras que operan principalmente en España, en otros países europeos, incluidos Portugal y el Reino Unido, en América Latina y en los Estados Unidos. Banco Popular es la sociedad matriz del grupo BPE, que incluye las entidades financieras siguientes: Banco Pastor, BPE Banca Privada, Total Bank y Banco BPE Portugal. BPE posee asimismo una participación en Targobank y WiZink. BPE presta servicios bancarios y de seguros, tanto en España como en Portugal. BPE cotiza en las bolsas de Madrid,

entre los accionistas y los acreedores subordinados, éstas constituyen medidas excepcionales. Sólo pueden ser adoptadas en un contexto de perturbación grave en la economía de un Estado miembro y con el fin de evitar un riesgo sistémico y garantizar la estabilidad del sistema financiero».

²⁵ Sobre esta crisis bancaria pueden verse las siguientes entradas de nuestro blog (ajtapia.com): 08.06.2017, «La resolución de la crisis del Banco Popular mediante su venta al Banco Santander. Del «bail-out» al «bail-in». El primer paso de un largo camino»; 12.06.2017, «Crisis bancarias. Posiciones bajistas. Especuladores ricos. Accionistas pobres. Reflexiones a propósito de una tesis doctoral»; 16.06.2017, «Las acciones civiles y penales derivadas de la crisis del Banco Popular. El seguro de D&O. Los sistemas de gestión del «compliance penal»: Causas y efectos»; 21.06.2017, «El «factor humano» en las crisis bancarias. ¿Quién debe soportar el coste del rescate? Reflexiones a propósito del Informe del Banco de España sobre la crisis financiera y bancaria en España (2008-2014)»; 23.06.2017, «La crisis del Banco Popular. Génesis oscura. Resolución clara. Información privilegiada»; 30.08.2017, «Banco Popular. Evaluación del BCE publicada el 15 de agosto de 2017. De cómo el «efecto manada» en forma de fuga de depósitos precipitó la crisis de liquidez que derivó en crisis de solvencia»; y 15.09.2017, «Banco Popular. Su resolución por crisis de liquidez, por crisis de solvencia o por inviabilidad. Aclarando algunas nociones».

²⁶ Ver la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 23.08.2017 titulada: «Banco Popular. La Comisión Europea autoriza su adquisición por Banco Santander por considerarla compatible con la competencia en el mercado bancario europeo».

Barcelona, Bilbao y Valencia. La notificación sigue expresando la opinión de la Comisión en el siguiente sentido: «Tras un examen preliminar, la Comisión considera que la operación notificada podría entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones. No obstante, se reserva su decisión definitiva al respecto». Y la notificación acababa diciendo que «La Comisión invita a los terceros interesados a que le presenten sus posibles observaciones sobre el proyecto de concentración».

La segunda y definitiva etapa consistió en la autorización de 8 de agosto de 2017 por las Comisión Europea de la adquisición del Banco Popular por el Banco Santander por haber llegado a la conclusión de que la operación propuesta no plantea problemas de competencia en el Espacio Económico Europeo. En particular, tras señalar que Banco Santander y Banco Popular son bancos universales que prestan servicios de banca comercial y de inversión mayorista y minorista, así como servicios de seguros, en España y Portugal; se constata que la Comisión ha investigado la incidencia de la operación en los mercados nacionales y regionales españoles y portugueses de servicios bancarios minoristas y empresariales, de arrendamiento financiero, de factorización y de prestación de servicios de cajero automático; llegando a la conclusión de que la operación no plantea problemas de competencia. Ya que las cuotas de mercado conjuntas de las partes son, por lo general, limitadas (menos del 25 %) y seguirá habiendo competidores fuertes en todos los mercados afectados. Por lo tanto, en cumplimiento de su obligación de evaluar las concentraciones y adquisiciones en las que participen empresas con un volumen de negocios que supere determinados umbrales fijados en el artículo 1 del Reglamento sobre concentraciones, la Comisión ha autorizado la concentración de ambos bancos al considerar que no obstaculiza de forma significativa la competencia efectiva en elEEE o en una parte importante del mismo.

IV. COMPETENCIA EN EL MERCADO BANCARIO DIGITALIZADO

1. Manifestaciones estructurales: la irrupción en el mercado bancario de nuevos intermediarios digitales. En particular, los bancos fintech

1.1. *La Guía del BCE de 2018*

El análisis de las relaciones entre la banca tradicional y las nuevas entidades financieras digitales debe tomar en consideración que, desde el punto de vista estructural, fintech abarca dos tipos de entidades financieras que son las entidades financieras digitales que operan sobre estructuras exclusivamente tecnológicas y las entidades financieras tradicionales que incorporan estructuras digitales. En este sentido, la «*Guía para las evaluaciones de las solicitudes de autorización de las entidades de crédito fintech*» («*Guide to assessments of fintech credit institution licence applications*»)²⁷ que publicó el BCE/ECB en marzo de 2018 parte

²⁷ Véase la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 2.10.2018 sobre «Banca digital: desafíos en su regulación, supervisión y competencia».

de la base de definir la noción de «banco fintech» como una entidad de crédito basada en «*un modelo de negocio en el cual la producción y entrega de productos y servicios bancarios se asientan en la innovación tecnológica*». Se trata de una definición amplia que pretende abarcar la variedad de instituciones y tecnologías utilizadas en todos los países que participan en el Mecanismo Único de Supervisión europea. De tal manera que esta definición abarca: Por un lado, los bancos tradicionales existentes que evolucionan e integran la innovación tecnológica mediante el desarrollo interno de soluciones fintech, bien adquiriendo compañías fintech o bien participando en alianzas estratégicas con ellas (a través de «white labeling», outsourcing, etc.). Y, por otro lado, los nuevos bancos fintech que adoptan la innovación tecnológica para competir con los bancos ya establecidos en toda la cadena de valor, así como con el resto de proveedores de servicios financieros ya existentes (por ejemplo, instituciones de pago, empresas de inversión, instituciones de dinero electrónico, etc.); que amplían su alcance para incluir actividades bancarias y que, por lo tanto, pueden considerarse nuevos participantes en el mercado que requieren una licencia bancaria.

Para valorar las relaciones de competencia entre los bancos tradicionales y los bancos fintech, habrá que tomar en consideración los criterios de evaluación de solicitudes de autorización de los «bancos fintech», a los que —conforme establecía la Guía del BCE— se les exigirá el cumplimiento de una serie de condiciones subjetivas, objetivas y funcionales específicas.

1.2. Condiciones subjetivas exigibles a los bancos fintech

Estas condiciones subjetivas que se refieren a:

- a) La idoneidad de los miembros de su órgano de administración, a quienes se requerirá una doble competencia o capacidad: la tradicional financiera y bancaria y la nueva tecnológica; amén de recomendar que, en la comisión ejecutiva de estos nuevos bancos fintech, se nombre un consejero jefe de la tecnología de la información (*chief information technology officer*).
- b) La idoneidad de los accionistas, a los cuales, además de la idoneidad ética y financiera exigida hasta ahora, se les requerirá que acrediten una reputación y solvencia financiera en orden a mostrar una capacidad de obtener financiación para el nuevo banco fintech, habida cuenta de las necesidades típicas de financiación que este tipo de bancos tienen, especialmente en su «minoría de edad» (período inicial de implantación de tres años).

1.3. Condiciones objetivas exigibles a los bancos fintech

Estas condiciones objetivas se refieren a:

- a) Capital inicial, ya que la fase de puesta en marcha de una entidad fintech podría plantear un mayor riesgo de pérdidas financieras, que pueden reducir progresivamente la cantidad de fondos propios disponibles. La Guía del BCE plantea dos escenarios como ejemplos de casos en los que podría requerirse un nivel de capital adicional por encima de los requisitos mínimos: Primero, una entidad fintech nueva que accede a un mercado desarrollado en el que existen varios participantes con marcas consolidadas. Su plan de negocio en la fase de puesta en marcha podría incluir una estrategia de precios agresiva para ganar cuota de mercado, por ejemplo, tipos de interés elevados para captar depósitos, lo que haría necesario disponer de capital adicional en consonancia con el previsible aumento de los volúmenes de préstamo concedidos. Segundo, a medida que una entidad fintech va familiarizándose con su entorno operativo, cabe la posibilidad de que cambie su modelo de negocio para responder a las necesidades del mercado a fin de mantener la rentabilidad en lo que suele ser un segmento nicho. En la transición al nuevo modelo de negocio, los riesgos específicos a los que haga frente la entidad podrían cambiar significativamente. Dichos riesgos deberán identificarse y someterse a un seguimiento adecuado para prevenir pérdidas imprevistas.
- b) Liquidez porque, durante la fase de puesta en marcha, una entidad fintech podría tener que hacer frente a mayores riesgos de liquidez, por ejemplo, porque los depositantes *online* pueden mostrar un comportamiento más sensible al precio y, por tanto, mayor probabilidad de retirar sus depósitos y transferirlos a un competidor que ofrezca mayor remuneración. En consecuencia, los depósitos *online* de las entidades fintech podrían ser más volátiles y menos estáticos que los depósitos bancarios tradicionales. Por ello, si una entidad fintech depende en gran medida de la financiación interbancaria, su falta de rentabilidad, en particular en las fases iniciales de su actividad, podría influir en el coste de financiación.

1.4. Condiciones funcionales exigibles a los bancos fintech

Estas condiciones funcionales se refieren a:

- a) Estructura organizativa adaptada a la actuación en sectores emergentes del mercado financiero, en los que el análisis de la solvencia de la clientela —basado en su identidad, su capacidad de devolución de los fondos prestados y su voluntad de hacerlo— resulta esencial.
- b) Programa de actividades, por cuanto estos nuevos bancos Fintech deben acreditar planes de implantación en un período inicial de tres años y planes de salida que protejan los depósitos de sus clientes para supuestos de experiencias fallidas.

- c) Gobernanza y gestión del riesgo de crédito y de los demás riesgos típicamente tecnológicos, como la ciberseguridad. En este sentido, el BCE considera que dos de las áreas de riesgo de TI más habituales e importantes identificadas en el ámbito de la supervisión bancaria europea son los riesgos cibernéticos, como la ciberdelincuencia, y la dependencia cada vez mayor de servicios externalizados, como los servicios en la nube (cloud computing). La intervención de una amplia gama de participantes incrementa la vulnerabilidad a los ciberataques. Señala el BCE que la propensión de las entidades fintech a una mayor externalización de servicios hace necesario el intercambio de datos entre un conjunto más amplio de participantes, lo que aumenta su vulnerabilidad a los ciberataques. Estos podrían causar interrupciones del servicio, pérdidas de datos de clientes, operaciones financieras fraudulentas y caídas de los sistemas.
- d) Externalización, incluidos los servicios en la nube, por cuanto estos bancos fintech tienen un altísimo grado de dependencia operativa de sus proveedores externos de servicios tecnológicos, sobre los que, en consecuencia, deben reforzar sus controles y asumir la responsabilidad última frente a su clientela bancaria.

2. Manifestaciones funcionales: la digitalización de los servicios de pago

La aplicación —desde el 13 de enero de 2018— de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior (DSP 2) —incorporada a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre— ratifica la digitalización del mercado bancario en una actividad esencial para la banca tradicional, como es la prestación de servicios de pago²⁸. Y esta digitalización de los servicios de pago se manifiesta en la DSP 2 de dos formas: Primero, en la tipificación de elementos digitales como, por ejemplo, la definición de «contenido digital» (art. 4.43) como un «*bien o servicio producido y suministrado en formato digital, cuya utilización o consumo se limita al empleo de un dispositivo técnico y no incluye en modo alguno la utilización o consumo de bienes o servicios físicos*». Segundo, en dos efectos esenciales de la digitalización de los servicios de pago en la competencia entre banca tradicional y banca fintech que son, por una parte, la externalización de servicios de pago —especialmente, en la nube— por las entidades de crédito; y, por otra parte, el acceso forzoso y la comunicación de

²⁸ Ver nuestros estudios TAPIA HERMIDA, A. J.: «La segunda Directiva de servicios de pago» en la Revista de *Estabilidad Financiera* (Banco de España, Eurosistema) n.º 35, 11/2018, pp. 57-80. The second payment services Directive. Financial Stability Review. Issue n.º 35, pp. 57-78 y «La regulación de los servicios de pago por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre. Una visión panorámica.», *RDBB* n.º 155, 2019, pág. 9 y ss. Así como la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 13.09.2018 sobre «Servicios de pagos digitales paneuropeos: competencia de la banca tradicional con los gigantes digitales y con bitcoin. Posición del BCE».

datos a las nuevas entidades fintech que preocupan, respectivamente, a los supervisores y a los bancos, por ser parte esencial de su negocio bancario.

En este último sentido, el desembarco de las grandes plataformas digitales multinacionales (las denominadas GAFA: Google, Amazon, Facebook y Apple) en el mercado financiero, especialmente ofreciendo servicios de pagos de alcance paneuropeo, puede causar —según indica el BCE— un riesgo regulatorio porque la jurisdicción extraterritorial pudiera afectar, en determinadas situaciones, al funcionamiento de esas empresas e interrumpir los pagos entre contrapartes europeas. Por lo tanto, la cesión por los bancos europeos de gran parte del negocio de pagos paneuropeos incrementa la dependencia de compañías no europeas, fundamentalmente estadounidenses, aun cuando estas compañías extracomunitarias cumplan la legislación europea.

*(Trabajo recibido el 23/09/2019
y aceptado para su publicación el 30/09/2019)*

SELECTIVIDAD EN MATERIA FISCAL: CONSECUENCIAS Y LIMITACIONES DEL MÉTODO DE LAS TRES ETAPAS

NICOLAS MARTINEZ

Letrado del Tribunal General de la UE¹

Traducción realizada desde el francés al español por Isabel María Cantos Padilla

Revisada por Juan Ignacio Signes de Mesa

RESUMEN

La selectividad es una de las condiciones para identificar las ayudas públicas estatales. Una medida nacional es selectiva si beneficia a ciertas empresas o producciones. La selectividad juega un papel importante en materia fiscal. El Tribunal de Justicia ha establecido a este respecto un método de análisis dividido en tres etapas. Este método conduce a una ampliación significativa de la noción de ayuda estatal. A veces también puede dar lugar a incertidumbres, en particular en lo que respecta a la primera etapa, relativa a la determinación del marco de referencia.

Palabras clave: Ayudas estatales, condiciones, selectividad, medida general, medida selectiva, fiscalidad, método de las tres etapas.

SELECTIVITY IN THE FIELD OF TAXATION: CONSEQUENCES AND LIMITATIONS OF THE THREE-STEP METHOD

NICOLAS MARTINEZ

Référéndaire of the General Court of the European Union

ABSTRACT

Selectivity is one of the conditions for identifying State aid. A national measure is selective if it benefits certain undertakings or the production of certain goods. Selectivity

¹ Las opiniones expresadas en el presente artículo son exclusivamente personales y no vinculan en modo alguno al Tribunal de Justicia de la UE.

plays an important role in tax matters. The Court of Justice has established a three-step method in this connection. This method results in an enlargement of the concept of State aid. It can also sometimes cause uncertainty, in particular as regards the first step, relating to the determination of the reference framework.

Key words: State aid, conditions, selectivity, general measure, selective measure, tax law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MÉTODO EN TRES ETAPAS.—III. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES. 1. El test de comparabilidad realizado a la luz del objetivo del régimen. 2. Una tercera etapa poco adecuada para evitar la calificación de ayuda de Estado. 2.1. Objetivos inherentes al sistema tributario. 2.2. La carga de la prueba recae en el Estado miembro. 2.3. ¿Un control de proporcionalidad?—IV. ¿ÚLTIMAS AMPLIACIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES? 1. Objetivos que se tienen en cuenta en la segunda etapa: ¿inherentes o ajenos al sistema fiscal? 2. ¿Qué se está comparando: empresas u operaciones?—V. DIFICULTADES PARA DETERMINAR EL MARCO DE REFERENCIA. 1. Objetivos que se tienen en cuenta en la segunda etapa: ¿son inherentes al sistema fiscal o ajenos al mismo? 2. ¿Qué se está comparando: empresas u operaciones?—V. DIFICULTADES PARA DETERMINAR EL MARCO DE REFERENCIA.—VI. CONCLUSIÓN: ¿HACIA UN MÉTODO MENOS ABSTRACTO?—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo vuelve a abordar el tema de la distinción en materia fiscal entre medidas generales y medidas selectivas. Para que una medida nacional pueda considerarse ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE debe tratarse, en primer lugar, de una intervención del Estado o mediante recursos estatales; en segundo lugar, ha de poder afectar al comercio entre Estados miembros; en tercer lugar, ha de falsear o amenazar con falsear la competencia; y, en cuarto lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario.

En la mayoría de los casos, en el ámbito de la fiscalidad, los tres primeros elementos no plantean dificultades y algunos autores han considerado incluso que se presume que se cumplen². No ocurre lo mismo con el elemento relativo a la ventaja selectiva, para el que conviene distinguir dos condiciones: por una parte, la existencia de una ventaja económica y, por otra, el carácter selectivo de la medida que concede dicha ventaja³.

La condición de selectividad de una medida adoptada por un Estado miembro permite diferenciar las ayudas estatales de las medidas de política general, en particular las de naturaleza fiscal. Las primeras están prohibidas, en principio, por el Derecho de la Unión, que las considera como un obstáculo al mercado interior, mientras que las segundas resultan de la competencia «natural» de los Estados miembros. La condición de selectividad se encuentra, pues, en la intersección entre la competencia de la Unión para proteger el mercado interior y la de los Estados miembros en el ámbito de la fiscalidad.

² SADOWSKY, Marilyne: *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, éditions Larcier, Bruxelles, 2013, apartado 200.

³ WAHL, Nils: «Une même carte de route pour un terrain différent: de quelques propos sur la notion d'avantage sélectif dans la jurisprudence récente de la Cour de justice», en WILDEMEERSCH Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 769 a 772.

La línea divisoria entre estas competencias es obvia para algunas medidas. Así, por ejemplo, en el caso de las ayudas individuales, se presume su carácter selectivo (sentencia de 4 de junio de 2015, Comisión/MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, apartado 60). También existen medidas generales que se aplican a todas las empresas y que, en principio, no constituyen ayuda, aunque, como veremos, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia parece permitir que ciertas medidas que proporcionan beneficios accesibles a todas las empresas de un Estado miembro puedan ser consideradas selectivas conforme al artículo 107 TFUE.

Entre estos dos tipos de medidas existen medidas fiscales cuyo ámbito de aplicación, aunque muy amplio, se limita a determinados sectores de la economía nacional. Es en esta «zona gris» donde es más apremiante la necesidad de criterios sólidos que permitan distinguir fácilmente las ayudas estatales de las medidas generales de política fiscal.

Cada año los Estados miembros adoptan numerosas medidas fiscales aplicables a las empresas, susceptibles de ser agrupadas en una ley tributaria que defina el presupuesto del Estado miembro en cuestión mediante la previsión de gastos e ingresos para el año siguiente. No obstante, los Estados miembros tienen la obligación de notificar a la Comisión cualquier nueva medida de ayuda y de aplazar su aplicación hasta que la institución europea haya adoptado una decisión sobre la existencia de la ayuda y su compatibilidad con el mercado interior.

Aunque muchas ayudas están exentas de la obligación de notificación⁴, el Estado también debe cumplir una serie de condiciones⁵ que no serán tenidas en cuenta (y, probablemente, tampoco respetadas) si la medida propuesta no se percibe, en el momento de su concepción, como una ayuda estatal. Además, como señaló la Comisión en su Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DO 1998, C-384, p. 3, en lo sucesivo, la «Comunicación de 1998», apartado 32), las disposiciones sobre bonificaciones fiscales no están vinculadas a la ejecución de proyectos específicos. Reducen los gastos corrientes de la empresa sin que sea posible evaluar el volumen exacto en el marco del examen previo efectuado por la Comisión. Por último, a menudo constituyen ayudas de funcionamiento que, en principio, están prohibidas. Por lo tanto, ni siquiera desde la entrada en vigor

⁴ Véanse los artículos 1 y 2 del Reglamento (UE) n.º 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DO L 248, p. 1).

⁵ Por ejemplo, el artículo 3 del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que determinadas categorías de ayuda se declaran compatibles con el mercado interior en virtud de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187, p. 1). Los regímenes de ayudas, las ayudas individuales concedidas con arreglo a regímenes de ayudas y las ayudas *ad hoc* serán compatibles con el mercado interior a tenor del artículo 107, apartados 2 o 3, del Tratado, y quedarán exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado, siempre que dichas ayudas cumplan todas las condiciones establecidas en el capítulo I del presente Reglamento, así como las condiciones específicas aplicables a la categoría pertinente establecidas en el capítulo III del presente Reglamento.

del Reglamento n.º 651/2014, que flexibilizó las obligaciones de notificación de los Estados miembros, está claro que una medida fiscal sectorial sea compatible con el mercado interior o que pueda ser objeto de una evaluación previa para determinar de antemano su compatibilidad (en particular, por lo que se refiere a los umbrales de notificación que pueden determinar dicha compatibilidad).

Además, los costes y dificultades asociados a la recuperación de las ayudas concedidas se multiplican cuando se trata de normas fiscales potencialmente aplicables a muchas empresas, que a veces son difíciles de identificar.⁶ La necesidad de previsibilidad en la distinción entre medidas de ayuda y medidas generales es, por lo tanto, indispensable, en particular en el caso de las medidas fiscales aplicables a numerosas empresas y adoptadas en el contexto de la legislación presupuestaria, cuya aplicación es necesaria para el buen funcionamiento de los Estados miembros.

A la luz de las consideraciones anteriores, el análisis de la selectividad en materia fiscal puede estructurarse en torno a dos cuestiones. La primera, que tiene un alcance institucional, o incluso político, se refiere al reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión en materia fiscal. La segunda, que tiene un alcance más técnico y jurídico, se refiere a la previsibilidad o no de la calificación de una medida como selectiva. A título liminar, no obstante, conviene recordar qué criterio utiliza el Tribunal de Justicia para distinguir entre las medidas generales de las medidas selectivas.

II. EL MÉTODO EN TRES ETAPAS

En dos sentencias relativamente recientes de Gran Sala en materia fiscal (sentencias de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros, C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981, apartados 54, 57 y 58; y de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, apartados 35, 36 y 44), el Tribunal de Justicia ha recordado⁷ solemnemente qué método debe aplicarse para determinar si una medida fiscal nacional es selectiva.

Es este método el que permite distinguir las medidas generales de política fiscal de las ayudas estatales. Es útil recordar aquí la redacción de las sentencias

⁶ A este respecto, cabe pensar en el asunto que dio lugar a las sentencias de 6 de noviembre de 2018, Comisión/Scuola Elementare Maria Montessori y Comisión/Ferracci (C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873), y de 15 de septiembre de 2016, Scuola Elementare Maria Montessori/Comisión (T-220/13, EU:T:2016:484), en el que se trataba de una medida de exención en favor de entidades eclesíásticas reconocidas como personas jurídicas de derecho civil y clubes deportivos aficionados, cuando realizaban, en particular, actividades en el ámbito del hospedaje. Aunque el Tribunal de Justicia la censuró a este respecto, es sorprendente que la propia Comisión considerara que las ayudas en cuestión no podían ser objeto de medidas de recuperación, porque era imposible, según ella, obtener la información necesaria de las bases de datos catastrales y fiscales italianas.

⁷ El método en tres etapas es anterior a estas dos sentencias, aunque éstas lo han sintetizado y consagrado.

en cuestión porque, como veremos más adelante, ciertas palabras son importantes y es probable que variaciones que pueden parecer insignificantes conduzcan a resultados opuestos.

«La apreciación del requisito relativo a la selectividad de la ventaja de que se trate, que constituye el concepto de “ayuda de Estado” en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, requiere una apreciación de si, en el marco de un régimen jurídico determinado, la medida nacional en cuestión puede favorecer a “determinadas empresas o producciones” en detrimento de otras que, habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable y que, por lo tanto, reciben un trato diferenciado, en esencia, que puede calificarse de discriminatorio.

En el contexto de las medidas fiscales, calificar una medida fiscal nacional como “selectiva” implica, en un primer momento, identificar el régimen tributario común o “normal” aplicable en el Estado miembro de que se trate y demostrar, en un segundo momento, que la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido régimen común, en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho régimen común, se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas comparables.

No obstante, el concepto de “ayuda de Estado” no se refiere a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que, en relación con el objetivo perseguido por el régimen jurídico en cuestión, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable y que, en consecuencia, son a priori selectivas cuando el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se inscriben.»

El método en cuestión se basa en tres etapas: la determinación de un régimen fiscal común aplicable en el Estado miembro de que se trate, la demostración de la existencia de una excepción a dicho régimen introducida por la medida en cuestión y, por último, la posibilidad de que dicho Estado miembro, en caso de que exista tal excepción, demuestre que está justificada, cuando se derive de la naturaleza o de la economía del sistema en el que se incluye la medida.

Se trata de un método basado en el principio de igualdad de trato y, por tanto, en un razonamiento comparativo. De este modo permite evaluar si las empresas que se encuentran en situaciones comparables reciben un trato diferente. En estos supuestos se infringe el principio de igualdad de trato a menos que la diferencia de trato esté debidamente justificada. Es también un método basado en la noción de «excepción» a un régimen «normal». Se establece una relación de equivalencia entre estos dos enfoques (principio de igualdad y derogación), asimilándose la derogación a la aplicación de un trato diferente a las empresas en situaciones comparables. El uso de este método conduce, en nuestra opinión, a una ampliación del ámbito de aplicación de las ayudas estatales y también plantea ciertas dificultades en términos de previsibilidad.

III. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES

Esta ampliación sigue esencialmente dos vías, por una parte, la ampliación de la posibilidad de comparar situaciones y, por otra, la reducción del efecto útil de la tercera etapa.

1. El test de comparabilidad realizado a la luz del objetivo del régimen

Un enfoque basado en el principio de igualdad de trato lleva a evaluar si la existencia de la medida da lugar a la aplicación de un tratamiento diferente a situaciones comparables. En el caso de las ayudas estatales, en principio, la diferencia de trato se debe claramente a la medida en sí misma. Por el contrario, la constatación según la cual las situaciones son comparables puede plantear dificultades significativas.

A este respecto debe subrayarse que la determinación de la posibilidad de comparar determinadas situaciones implica necesariamente la identificación de un tercer elemento que sirva de guía para el análisis. De hecho, las situaciones que se tienen en cuenta incluyen innumerables características. Por lo tanto es imposible compararlas en términos absolutos, es decir, sin determinar qué características son relevantes a efectos de comparación⁸. Como escribe el abogado general Wahl en sus conclusiones sobre la sentencia de 28 de junio de 2018 en el asunto *Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comisión* (C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartado 99), la comparación entre situaciones «sólo tiene sentido si se realiza a la luz de un criterio de referencia»⁹.

El objetivo de la medida calificada de ayuda estatal parecía inicialmente un criterio de referencia evidente para examinar la posibilidad de comparación entre la situación de las empresas que se benefician de la ventaja conferida por la medida y la de las empresas que no se benefician de ella (sentencia de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, EU:C:2001:598, apartado 41). Es cierto, sin embargo, que este objetivo no difiere necesariamente del objetivo del impuesto al que se aplicaría esta medida (apartado 52).

⁸ PÉLISSIER, Gilles: «Le principe général d'égalité, principe de régulation du pouvoir normatif de l'administration», *Revue Juridique de l'Économie Publique*, n.º 696, abril de 2012. Véase también SZUDOCZKY, Rita: «Convergence of the analysis of national tax measures under the EU state aid rules and the fundamental freedoms», *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2016, p. 364.

⁹ Véase también, a este respecto, LENAERTS KOEN: «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *Cahiers de Droit Européen*, 1991, pág. 9: «[...] es mediante una evaluación de la naturaleza comparable o diferente de los diversos casos en cuestión que será necesario determinar si esta distinción está prohibida o es necesaria. En efecto, esta apreciación no sólo es difícil, sino que también depende en gran medida del objetivo, legítimo por hipótesis, que persigue la legislación que establece la distinción» (traducción libre).

Posteriormente, la jurisprudencia evolucionó al distinguir de la propia medida un régimen normal (o común), llamado «marco de referencia», cuyo objetivo debía tenerse en cuenta (sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos* y otros, C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550). Se trata, pues, de un objetivo claramente diferenciado del de la propia medida, el objetivo del régimen normal o común (o del marco de referencia), que ha de tenerse en cuenta.

Esta evolución no está exenta de impacto, ya que el marco de referencia es una norma distinta de la propia medida, que por lo tanto puede definirse de manera muy amplia. Sin embargo, cuanto más amplio sea el marco de referencia, más probable es que el objetivo que se tenga en cuenta para el test de comparabilidad se confunda con objetivos muy generales, como la imposición de beneficios, los cuales son inherentes al sistema fiscal¹⁰. Con este enfoque cualquier exención impositiva basada en un objetivo ajeno al sistema fiscal parece introducir una diferencia de trato entre empresas en situaciones comparables.

Por consiguiente, una medida no puede dar un trato diferente a las empresas, aunque se encuentren en situaciones diferentes en cuanto al objetivo fuera del sistema fiscal que persigue la medida, sin que este trato se perciba como una excepción. Por ejemplo, una medida de exención del impuesto de sociedades basada en un objetivo medioambiental de favorecer a las empresas con una actividad menos contaminante constituiría necesariamente una excepción, ya que trataría de manera diferenciada situaciones comparables en relación con el objetivo del impuesto de sociedades, es decir, la imposición de los beneficios de las empresas¹¹. Incluso cuando la medida en cuestión es una exención de un impuesto específico no es seguro que el marco de referencia se limite a ese impuesto¹².

Como resultado, el margen de maniobra de los Estados miembros se reduce a este respecto. Dicha reducción parece ser más significativa cuanto más limitada sea el efecto útil de la tercera etapa, a la que nos referimos a continuación.

2. Una tercera etapa poco adecuada para evitar la calificación de ayuda estatal

Conviene recordar que, desde el principio, el Tribunal de Justicia admitió la posibilidad de una exención sectorial justificada en razón de la naturaleza o la economía del sistema general en cuestión (asunto 173/73, *Italia/Comisión*,

¹⁰ MICHEAU, Claire: «Tax selectivity in European law of state aid: legal assessment and alternative approaches», *European Law Review*, n.º 40, 2015, p. 337.

¹¹ El objetivo del impuesto de sociedades se define de la siguiente manera en la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos* y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 54).

¹² Véase el enfoque propuesto por el abogado general Darmon en sus conclusiones en los asuntos adjuntos *Slooman Neptun* (C-72/91 y C-73/91, EU:C:1992:130, apartado 80) y el abogado general Wahl en sus conclusiones en el asunto *Andres* (*faillite Heitkamp BauHolding*)/Comisión (C-203/16 P, EU:C:2017:1017, apartado 109).

EU:C:1974:71, apartado 33). Sin embargo, los objetivos que pueden invocarse han tenido un campo de aplicación limitado.

2.1. Objetivos inherentes al sistema fiscal

En su Comunicación de 1998, la Comisión distinguía, por una parte, entre los objetivos asignados a un régimen fiscal determinado y que son ajenos al mismo (objetivos sociales, regionales, medioambientales, etc.) y, por otra, los objetivos inherentes al propio sistema fiscal (lógica redistributiva del impuesto, objetivo de optimización de la recuperación, objetivo de racionalidad económica, etc.).¹³ Según la Comisión, sólo estos últimos pueden, en la tercera etapa, justificar una excepción introducida por una medida fiscal (véanse los apartados 23 a 27).

La distinción hecha por la Comisión fue recogida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 81) y en sus sentencias de 8 de septiembre de 2011 en el asunto Paint Graphos y otros. (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 69) y de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 48).

En la Comunicación sobre el concepto de «ayuda estatal» a la que hace referencia el artículo 107, apartado 1, del TFUE (DO 2016, C-262, p. 1, en lo sucesivo denominada «Comunicación de 2016», apartados 138 y 139), la Comisión confirmó este enfoque y estableció una lista, aunque no exhaustiva, sí bien parece bastante completa, de posibles justificaciones, a saber, la lucha contra el fraude o la evasión fiscal, la necesidad de tener en cuenta requisitos contables específicos, las razones de una buena gestión administrativa, el principio de neutralidad fiscal, el carácter progresivo del impuesto sobre la renta y su lógica redistributiva, la necesidad de evitar la doble imposición y el objetivo de optimizar la recaudación de las deudas fiscales.

Las excepciones permitidas por la Comisión y la jurisprudencia son «técnicas» y no «políticas». Ya en la Comunicación de 1998, la Comisión afirmaba a este respecto que la «racionalidad económica» de estas medidas debería hacerlas «necesarias o funcionales en relación con la eficacia del sistema fiscal» (véase el apartado 23). El margen de maniobra de los Estados es tanto más limitado en la tercera etapa, cuanto más pese sobre los mismos la carga de la justificación de la medida.

¹³ En el informe de 9 de febrero de 2004 sobre la aplicación de la Comunicación de 1998 figuran también ejemplos de la necesidad de tener en cuenta requisitos contables específicos. Así pues, se permite una exención del impuesto predial sobre las tierras agrícolas debido al papel específico del propietario en la producción agrícola (apartado 36). Del mismo modo, la Comisión considera que una autorización para que las entidades de crédito provisionen por adelantado las pérdidas inherentes a los riesgos de crédito está directamente relacionada con las características específicas de las transacciones bancarias o financieras (véase la nota al pie n.º 27).

2.2. *La carga de la prueba recae en el Estado miembro*

El Tribunal de Justicia inició este planteamiento en el asunto que dio lugar a la sentencia de 29 de abril de 2004, Países Bajos/Comisión (C-159/01, EU:C:2004:246). El caso se refería a un impuesto sobre las pérdidas de nitrógeno y fosfato vertidas al medio ambiente por las explotaciones agrícolas, y la medida preveía una exención de este impuesto para las explotaciones agrícolas que cultivaban en invernaderos o sobre sustratos. Los Países Bajos alegaron que la Comisión nunca había explicado claramente sus objeciones específicas a la exención para el cultivo en invernadero o en sustrato (véanse los apartados 9, 11 y 40). Por el contrario, la Comisión alegó que los Países Bajos no habían demostrado que la exención concedida estuviera efectivamente justificada por unos índices de absorción de nitrógeno y fosfato más elevados para los cultivos en cuestión (apartado 41).

El Tribunal de Justicia, tras recordar la jurisprudencia establecida por la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, UE:C:1974:71), según la cual no se reconoce la existencia de una ayuda si la diferenciación introducida por la medida se deriva de la naturaleza y de la economía del sistema de cargas de que se trata, resolvió la dificultad a la que se enfrentaba al hacer recaer la carga de la prueba en el Estado miembro en cuanto a la existencia de una justificación de la diferenciación introducida por la medida en cuestión (apartados 42 y 43).

En sus conclusiones sobre el asunto, el abogado general Léger basó este enfoque en la existencia del deber de cooperación leal que los Tratados imponen a los Estados miembros respecto de las instituciones de la Unión y que se recuerda en el preámbulo del Reglamento (CE) n.º 659/1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 88 del Tratado CE (DO L 83, p. 1), reemplazado por el Reglamento (UE) 2015/1589, precitado.

Es interesante observar que lo que estaba en juego en esta ocasión no era lo que corresponde a la tercera etapa del método, sino más bien a la segunda etapa. De hecho, el gobierno holandés argumentó que las plantas de invernadero absorben más nitrógeno y fosfato, lo que limita las pérdidas al medio ambiente. Por lo tanto, la cuestión no era la justificación de una diferencia de trato aplicada a situaciones comparables, sino la existencia misma de tal diferencia de trato, ya que, según el Gobierno neerlandés, los productores de invernaderos no se encontraban en una situación comparable a la de otras explotaciones.

No obstante, la solución iniciada por la presente sentencia ha sido interpretada sistemáticamente por la jurisprudencia en el sentido de que se aplica en la tercera fase del método (sentencias de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 81; de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 65; Comisión/World Duty Free Group y otros, apartado 58, y A. Braueri, apartado 48).

Ahora se acepta que la carga de la prueba de la justificación de la diferenciación prevista en la tercera etapa recaiga en los Estados miembros. Esta carga podría parecer el corolario de la carga de la prueba de la Comisión a la hora de establecer la existencia de una diferencia de trato o de una excepción. Sin embargo, el equilibrio que se persigue de este modo se ve perturbado, en la medida en que el establecimiento de la excepción queda patente en muchos casos por el hecho de que la prueba de la posibilidad de comparación se lleva a cabo en relación con el objetivo de un régimen común que puede definirse de forma muy amplia.

Además, a la carga de la justificación de la excepción que pesa sobre el Estado miembro parece añadirse ahora una etapa suplementaria, a saber, un control de proporcionalidad, que tendría lugar antes de que pudiera aceptarse tal excepción.

2.3. ¿Un control de proporcionalidad?

Resulta de la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros* (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 75) que, para que una medida que introduzca una diferencia de trato sea inherente a la naturaleza o a la economía del sistema fiscal del Estado miembro de que se trate, dicha diferencia de trato debe también respetar el principio de proporcionalidad. Esta sentencia parece seguir directamente aquí el enfoque aplicado al control de las restricciones unilaterales de la libertad de circulación de los Estados miembros, que, además de tener que perseguir objetivos de interés general para ser aceptadas, no deben restringir las libertades más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos¹⁴.

Sin embargo, este control adicional no parece haber sido asumido explícitamente por la jurisprudencia, aunque el término «necesario», que puede considerarse que implica un control de la proporcionalidad, aparece regularmente en las sentencias del Tribunal de Justicia cuando se hace referencia a los mecanismos inherentes al sistema fiscal que son «necesarios» para su aplicación¹⁵. Parece que la aplicación de la tercera etapa del método dificulta mucho más la justificación de una excepción y que la fase final de un control de la proporcionalidad dejaría de tener un objetivo real.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones expuestas en los tres apartados anteriores puede concluirse que la eficacia de la tercera etapa se ha reducido con-

¹⁴ Véase también SZUDOCZKY, Rita: «Convergence of the analysis of national tax measures under the EU state aid rules and the fundamental freedoms», *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2016, p. 358, y PARTSCH, P.-E.: «State aid of a fiscal nature and selectivity: d'Adria-Wien à Banco Santander Autogrill», en WILDEMEERSCH, Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, apartado 10.

¹⁵ Sentencias de 19 de diciembre de 2018, *A-Brauerei* (C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 81); de 9 de octubre de 2014, *Ministerio de Defensa y Navantia* (C-522/13, EU:C:2014:2262, apartado 43); de 26 de abril de 2018, *ANGED* (C-233/16, EU:C:2018:280, apartado 43); y de 19 de diciembre de 2018, *A-Brauerei* (C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 48).

siderablemente. Esto ha llevado a algunos autores a abogar por un enfoque más abierto de la tercera etapa que, en particular, evite fomentar una cierta forma de conservadurismo fiscal que el método en tres etapas parece promover mediante la sanción de nuevas políticas fiscales de manera bastante sistemática¹⁶.

Sin embargo, es posible que la delimitación final del ámbito de aplicación de las ayudas estatales no esté completamente finalizada, ya que todavía son posibles algunas ampliaciones de este ámbito de aplicación.

IV. ¿ÚLTIMAS AMPLIACIONES EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES?

En primer lugar, el tipo de objetivos aceptados en la segunda etapa para llevar a cabo el test de comparabilidad de las situaciones podría limitarse aún más.

1. Objetivos tenidos en cuenta en la segunda etapa: ¿inherentes o externos al sistema fiscal?

En su Comunicación de 2016, la Comisión indica en la sección «Excepción al sistema de referencia», dedicada a la segunda etapa del método, que debe determinarse si la medida en cuestión puede favorecer a ciertas empresas o producciones en comparación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable en relación con el objetivo «inherente» del sistema de referencia. Precisa que los Estados miembros no pueden invocar objetivos «ajenos» al sistema, como los objetivos de política regional, medioambiental o industrial, para justificar un trato diferenciado de las empresas. Distingue muy claramente este paso del tercero, el de la justificación, al que se dedica otra parte, titulada «Justificación por la naturaleza o la economía del sistema». La Comisión se remite, como base para su planteamiento, a la sentencia de 18 de julio de 2013, P(C-6/12, EU:C:2013:525, apartado 27 y siguientes). No obstante, el apartado 27 de esta sentencia parece irrelevante para la cuestión de que se trata, ya que se refiere a las consecuencias de la existencia de un poder discrecional de la administración nacional para examinar el requisito de selectividad¹⁷.

¹⁶ PARTSCH, P.-E.: «Aides d'État de nature fiscale et sélectivité: d'Adria-Wien à Banco Santander Autogrill», en WILDEMEERSCH, Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, apartado 12.

¹⁷ Por otra parte, si las autoridades competentes disponen de un amplio margen de apreciación para determinar los beneficiarios y las condiciones de la medida concedida sobre la base de criterios ajenos al sistema fiscal, como el mantenimiento del empleo, debe considerarse que el ejercicio de esta facultad de apreciación favorece a «determinadas empresas o producciones» en detrimento de otras que, habida cuenta del objetivo perseguido, se encontrarían en una situación fáctica y jurídica comparable (véase, en este sentido, la sentencia Comisión y España/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, antes citada, apartado 75).

Sin embargo, dado que el objetivo del sistema común o del marco de referencia es ahora el pertinente para el test de comparabilidad llevada a cabo en la segunda fase, resulta difícil en cualquier caso tener en cuenta objetivos ajenos al sistema fiscal. De hecho, cuanto más se tenga en cuenta el objetivo de un conjunto normativo amplio, más probable será que este objetivo no sea ajeno al sistema tributario. Por ejemplo, pese a que una exención del impuesto de sociedades pueda tratar de alcanzar un objetivo medioambiental, éste no es el caso del propio impuesto de sociedades¹⁸. Por lo tanto, la Comisión parece limitarse a extraer las conclusiones de la consideración progresiva del objetivo del sistema común (y no del de la propia medida) para el test de comparabilidad utilizado en la segunda etapa del método.

De forma más sorprendente aún, la limitación del margen de maniobra de los Estados miembros se ve incrementada por el hecho de que la operación de comparación llevada a cabo para la segunda etapa ya no parece tener lugar necesariamente entre empresas (o producciones).

2. ¿Qué estamos comparando: empresas u operaciones?

En los asuntos que dieron lugar, en particular, a la sentencia *World Duty Free Group*, se trataba de una medida que establecía que las sociedades domiciliadas fiscalmente en España podían beneficiarse de una amortización del fondo de comercio resultante de la adquisición de participaciones en sociedades extranjeras que reducían la base imponible sujeta al impuesto. En su sentencia de 7 de noviembre de 2014, *Banco Santander y Santusa/Comisión* (T-399/11, EU:T:2014:938, apartados 56 a 66), el Tribunal General sostuvo que la ventaja prevista en la medida estaba «a priori» a disposición de cualquier empresa, ya que la mera compra de acciones de sociedades extranjeras no impone ningún cambio en la actividad de la empresa adquirente y sólo implica, para esta última, una responsabilidad limitada por la inversión realizada¹⁹. En tal caso consideró que el carácter selectivo de una medida fiscal nacional de aplicación general no podía dar lugar, a falta de identificación de una categoría de empresas excluidas del beneficio de dicha medida, a la mera existencia de una excepción o a la derogación de un marco de referencia²⁰.

¹⁸ Como se ha mencionado anteriormente, el objetivo de un impuesto nacional de sociedades se define así en la sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos y otros* (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 54).

¹⁹ A diferencia, por ejemplo, de una actividad de exportación en la que la empresa exportadora puede, en caso de daño, ser plenamente responsable.

²⁰ La noción de «categorías» de empresas no está totalmente ausente del panorama jurisprudencial. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 26 de septiembre de 1996, *Francia/Comisión* (C-241/94, EU:C:1996:353, apartado 22); de 8 de septiembre de 2011, *Comisión/Países Bajos* (C-279/08 P, EU:C:2011:551, apartado 66); y de 19 de diciembre de 2018, *A-Brauerei* (C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 33). Véase también, lo que es más sorprendente, el apartado 77 de la sentencia *World Duty Free Group*, antes citada. También puede hacerse referencia al apartado 117 de la Comunicación de 2016 («Para estar incluida en el ámbito del artículo 107, apartado 1, del Tratado, una medida estatal debe favorecer a “determinadas empresas o producciones”». Por tanto,

Una de las dificultades para interpretar la solución adoptada finalmente por el Tribunal de Justicia en este caso es la ambigüedad de la expresión «*a priori*» (accesible). Esta expresión puede significar «en primer análisis» o incluso «tras un análisis superficial». También puede significar «antes de la decisión de la empresa de proceder a la transacción cuya realización es una condición para la concesión de la ventaja». No obstante, a la luz del razonamiento expuesto en el punto anterior, el Tribunal de Justicia se refería a la segunda interpretación. Un autor ha resumido así la situación en este caso: «La medida estaba abierta a todas las empresas. Todos podían adquirir una participación del 5% en una empresa extranjera. Es cierto que los que llevaban a cabo la operación tenían una ventaja. Pero la diferencia de trato no es atribuible a la medida estatal, sino a la elección de los operadores económicos para llevar a cabo la operación o no. En otras palabras, cuando se concede una ventaja a una transacción accesible a cualquier empresa establecida en el territorio nacional, la medida no es selectiva, sino de alcance general» (traducción libre)²¹.

El Tribunal de Justicia anuló el razonamiento del Tribunal General recordándole la necesidad de aplicar el método de las tres etapas, incluso en circunstancias como las del presente caso (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros, C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981, apartados 76 a 87). Por lo tanto, parece que una medida nacional puede ser selectiva incluso cuando cualquier empresa puede optar por llevar a cabo la operación que condiciona la concesión de la ventaja. Así pues, cuando una empresa decide llevar a cabo tal operación, se ve favorecida, en el marco delimitado por la misma, frente a cualquier otra empresa que decida no llevarla a cabo (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros, C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981, apartados 76 a 87)²². El test comparativo ya no se llevaría a cabo entre empresas, sino entre operaciones. Por ejemplo, en este caso, las inversiones de capital en empresas extranjeras se compararían con las inversiones de capital en empresas nacionales.

Esto podría parecer contrario a la letra del Tratado, así como al enfoque adoptado en la sentencia de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión (C-75/97, EU:C:1999:311, apartados 28 a 31). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia

no todas las medidas que favorecen a operadores económicos entran en el concepto de ayuda, sino solo aquellas que conceden una ventaja de manera selectiva a determinadas empresas o categorías de empresas o a determinados sectores económicos»).

²¹ PARTSCH, P.-E.: «Aides d'État de nature fiscale et sélectivité: d'Adria-Wien à Banco Santander Autogrill», en J. WILDEMEERSCH, Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, apartado 18.

²² Véase, en particular, el apartado 87 de la sentencia: «Además, como pone de relieve el Tribunal General en las sentencias recurridas, aun cuando la ventaja fiscal que implica la medida controvertida puede obtenerse sin que se invierta un importe mínimo y, por lo tanto, de hecho, esta medida no reserva su disfrute a las empresas que disponen de suficientes recursos económicos, tales circunstancias no se oponen a que quepa reconocer un eventual carácter selectivo de dicha medida por otras razones, como el hecho de que las empresas residentes que adquirirían participaciones en las sociedades fiscalmente domiciliadas en España no podían conseguir esa ventaja».

desestimó toda posibilidad de selectividad basada únicamente en el trato diferenciado entre operaciones²³. Esta evolución, de confirmarse, constituiría un cambio importante que alejaría el control de la ayuda de un ejercicio de comparación «entre empresas o producciones».

Más allá de las incertidumbres que se acaban de mencionar, es principalmente la aplicación de la primera etapa del método lo que plantea importantes dificultades.

V. DIFICULTADES PARA DETERMINAR EL MARCO DE REFERENCIA

La primera etapa del método, relativa a la determinación del sistema común o del marco de referencia, puede ser particularmente compleja. Mientras que la noción de «marco de referencia» es un concepto fácil de entender para el examen de la selectividad geográfica o administrativa²⁴, es más difícil de entender para el examen de la selectividad material.

Así, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de junio de 2018, *Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comisión* (C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartados 4 a 8) se cuestionaba una norma que establecía que las pérdidas sufridas en un ejercicio fiscal podían trasladarse a ejercicios fiscales posteriores, y que la base imponible de los ejercicios posteriores se reducía deduciendo las pérdidas («norma de traslado de pérdidas»). Se estableció una limitación cuando se había producido una adquisición de al menos el 25% de las acciones de la empresa deficitaria, con el fin de evitar la adquisición de dichas empresas con fines puramente fiscales («norma de cancelación de pérdidas»). Sin embargo, la norma de cancelación no se aplicaba cuando se cumplían determinadas condiciones relativas, en particular, al mantenimiento de las actividades de la empresa deficitaria, ya que esta nueva excepción se calificaba de «cláusula de saneamiento». Por lo tanto, había una regla (la norma de traslado de pérdidas), una excepción a esta regla (la norma de cancelación de pérdidas) y una excepción a la excepción (la cláusula de saneamiento).

²³ Véase, en particular, el apartado 28: «el hecho de limitar las medidas controvertidas a los trabajadores manuales y, más aún, a aquellos cuyo tiempo de trabajo supere un número de horas determinado no basta para llegar a la conclusión de que existe una ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado».

²⁴ Fue en el ámbito de la selectividad geográfica donde se hizo muy explícita una primera etapa basada en la determinación del marco de referencia (sentencia de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 56). El razonamiento derivado del examen de la selectividad geográfica se aplica también a las entidades públicas especializadas que, por lo tanto, no tienen competencia política o administrativa general en un territorio determinado. Éste es el caso de los aeropuertos, que pueden determinar de forma autónoma las tasas que les abonan las compañías aéreas (sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartados 61 y 62).

Según la Comisión, la cláusula de saneamiento constituía una ayuda estatal. Para llegar a esa conclusión consideró que la primera excepción, a saber, la norma de cancelación de pérdidas, era el marco de referencia. El Tribunal General confirmó este enfoque. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que este razonamiento era incorrecto. En particular, declaró, sin más aclaraciones a este respecto, que un examen global del contenido de las disposiciones en cuestión debería haber demostrado que la cláusula de saneamiento tenía por efecto definir una situación que entraba en el ámbito de aplicación de la norma general del traslado de pérdidas (apartado 102). Añadió que el marco de referencia no puede consistir en unas pocas disposiciones que hayan sido tomadas artificialmente de un marco normativo más amplio (apartado 103).

La lectura de la sentencia no nos permite comprender plenamente cómo se podría determinar el verdadero marco de referencia en este caso y cómo se puede determinar en otros contextos. Por lo que se refiere a las explicaciones que figuran en las conclusiones del abogado general Wahl (apartados 136-146), parece que la razón principal para considerar que el marco de referencia era la norma de traslado de pérdidas es que la legislación nacional, en su forma inicial, no estaba estructurada con arreglo a tres niveles de normas, sino únicamente con arreglo a dos niveles, siendo la cláusula de reestructuración parte integrante de la norma de cancelación de pérdidas. En particular, el abogado general declaró lo siguiente: «[...] la (nueva) norma de cancelación de pérdidas tan sólo limita la posibilidad de deducir las pérdidas en que se haya incurrido en ejercicios anteriores en el futuro en situaciones estrictamente definidas que se refieren a la modificación del accionariado. Salvo esta excepción, la posibilidad de trasladar pérdidas sigue siendo posible [...]. Por consiguiente, materialmente, la cláusula de saneamiento tan solo limita el ámbito de aplicación de la norma de cancelación de pérdidas. En este sentido, la cláusula de reestructuración constituye una parte indisoluble de la norma general, a saber, la norma de traslado de pérdidas» (apartados 144 y 145).

La vinculación de la cláusula de saneamiento a la norma de cancelación de pérdidas parece razonable, pero no más, ni menos, que su vinculación con la norma del traslado de pérdidas. Además, el hecho de que la legislación anterior no estuviera estructurada conforme a tres niveles de normas, sino sólo según dos niveles de normas, es contingente y, por lo tanto, no nos ayuda a conformar a una cierta previsibilidad. A esta dificultad se añade el hecho de que la propia norma del traslado de pérdidas podría considerarse una excepción a la regla (implícita) de que los beneficios de una empresa se examinan anualmente. Podemos ver aquí lo difícil que es delimitar el marco de referencia. Dado que un sistema tributario se compone a menudo de excepciones entrelazadas, como las muñecas rusas, puede parecer difícil reconocer, entre estas muñecas la que puede considerarse que constituye el marco de referencia²⁵.

²⁵ SZUDOCZY, Rita: «Convergence of the analysis of national tax measures under the EU state aid rules and the fundamental freedoms», *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2016, p. 363: «El sistema fiscal consiste en reglas abstractas que se aplican a un conjunto de hechos distintos y

Asimismo, la medida no siempre se presenta como una excepción a una regla. Por lo tanto, es aún menos obvio identificar una regla cuya medida sería la excepción. En efecto, esta búsqueda puede dar lugar a un examen del conjunto de la legislación nacional de que se trate²⁶. Así pues, existe el riesgo de que la técnica normativa elegida por el Estado miembro pueda influir en la dificultad de determinar el marco de referencia, ya que una medida que se presenta formalmente como una excepción puede percibirse más fácilmente como selectiva.

Además, es más difícil determinar el objetivo de un marco de referencia, que puede consistir en un conjunto de medidas diversas, que determinar el objetivo de una medida que sea lo suficientemente coherente internamente como para que la Comisión la haya aislado de un conjunto de otras normas y haya concluido que se trata de una ayuda.

Es cierto que en la sentencia de 19 de diciembre de 2018, *A-Brauerei* (C-374/17, EU:C:2018:1024), el Tribunal de Justicia identificó sin dificultad el marco de referencia, así como el objetivo que perseguía (apartados 37 y 39), mientras que el caso en cuestión puede parecer tan complejo como el que dio lugar a la sentencia *Andres*, antes comentada. En este caso, de conformidad con el ordenamiento nacional en cuestión, la transmisión de la propiedad de un bien inmueble dio lugar al pago de un impuesto. La medida preveía una exención, en particular, en caso de fusión entre una sociedad matriz y su filial, cuando ésta fuera propietaria de bienes inmuebles y, en el momento de su integración en el grupo, ya se hubiera pagado el impuesto.

No obstante, debe subrayarse que este asunto no era un recurso directo, sino una petición de decisión prejudicial, lo que no carece de importancia para la cuestión que se examina. En efecto, tanto el marco de referencia como su objetivo se definieron sobre la base de una presentación del Derecho nacional realizada en la decisión de remisión²⁷, mientras que, según el abogado general Saugmandsgaard Øe, en sus conclusiones sobre el asunto (apartados 126 y 130 a 134), la determinación del marco de referencia y su objetivo fueron objeto de enfoques contradictorios por parte de las partes interesadas. Habría sido más difícil, en el contexto de una acción directa, ignorar los enfoques opuestos de las partes en la controversia. Así, fuera del «universo pacífico» de la cuestión prejudicial preliminar, las dificultades planteadas por la primera etapa del método están probadas y

específicamente circunscritos entre los cuales es muy difícil distinguir las reglas generales y las excepciones» (traducción libre).

²⁶ El abogado general Darmon, en sus conclusiones en los asuntos adjuntos *Sloman Neptun* (C-72/91 y C-73/91, EU:C:1992:130, apartados 50, 53 y 58), consideró necesario determinar si existía una norma general en la legislación del Estado miembro en cuestión que implicaba que la legislación laboral del Estado de abanderamiento debía aplicarse a los contratos de trabajo de los marineros no residentes que son nacionales de terceros países (apartado 80).

²⁷ De los apartados 37 a 40 de la sentencia se desprende que el Tribunal de Justicia se basa en gran medida en la presentación que le ha hecho el órgano jurisdiccional nacional (apartados 37 y 39), así como en el objetivo enunciado por la legislación nacional (apartado 39).

no parecen poder solucionarse ni siquiera con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia.

VI. CONCLUSIÓN: ¿HACIA UN MÉTODO MENOS ABSTRACTO?

Parte de la doctrina ha criticado la capacidad del método para predecir, de algún modo, posibilidades²⁸. Un comentario del abogado general Wahl muestra la dificultad de definir el método y, en particular, su primera etapa, a saber, la identificación de un régimen fiscal común o normal aplicable en el Estado miembro de que se trate (o marco de referencia), para que comience a calificarse no como «una serie de vacíos» (lo que se desprende de la utilización, en la cita siguiente, de numerosos elementos negativos): «Además, la definición del marco de referencia depende necesariamente de las circunstancias específicas de cada medida estatal en cuestión. Esta definición no puede normalizarse y no se presta a un enfoque formalista. [...] La elección [del sistema de referencia] no puede ser arbitraria: en todos los casos debe basarse en un examen objetivo y detallado» (traducción libre)²⁹.

A la vista del extracto anterior, cabe temer que el método pueda «diluirse» en los detalles específicos de cada caso. Así pues, el alto nivel de abstracción del método y su irreprochable lógica formal conduciría, paradójicamente, a un enfoque caso por caso, que se adaptaría mal a los retos y requisitos de previsibilidad esbozados anteriormente. Por lo tanto, podría ser apropiado buscar un nivel intermedio de generalidad para asegurar cierta previsibilidad de la regla.

A este respecto podría resultar útil un balance detallado y cronológico de la construcción progresiva del método por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que pondría en tela de juicio la propuesta del abogado general Wahl de que el examen en tres etapas «es y sigue siendo la norma»³⁰. El objetivo sería

²⁸ Véanse los comentarios al respecto en el artículo de MICHEAU, Claire: «Tax selectivity in European law of state aid: legal assessment and alternative approaches», *European Law Review*, n.º 40, 2015, p. 337 («en términos más generales, algunas publicaciones jurídicas han subrayado la dificultad de evaluar la selectividad en materia fiscal dada la sutil y compleja jurisprudencia desarrollada por el Tribunal [...] Algunos comentaristas jurídicos han pedido, por lo tanto, que se revise la Comunicación sobre ayudas estatales relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas para aclarar estas cuestiones [...]». De ello se deduce que, de acuerdo con la bibliografía jurídica, la aplicación de la selectividad fiscal está sujeta a consideración...)» (traducción libre). Véase igualmente el artículo de PEIFFERT, Olivier: «Comparaison n'est pas raison : pour une clarification du critère de sélectivité d'une aide d'État», *Concurrences*, n.º 3, 2017, apartados 27-44.

²⁹ WAHL, Nils: «Une même carte de route pour un terrain différent: de quelques propos sur la notion d'avantage sélectif dans la jurisprudence récente de la Cour de justice», en WILDEMEERSCH Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 778 y 779.

³⁰ WAHL, Nils: «Une même carte de route pour un terrain différent: de quelques propos sur la notion d'avantage sélectif dans la jurisprudence récente de la Cour de justice», en WILDEMEERSCH, Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 767-784.

identificar grupos de asuntos con características comunes que, debido a precisamente dichas características comunes, han sido objeto de un enfoque similar por parte del Tribunal. Por lo tanto, un trabajo de ese tipo tendería a la elaboración de una tipología.

VII. BIBLIOGRAFÍA

LENAERTS, Koen: «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *Cahier de Droit Européen*, n.º 27, 1991, pp. 3-41.

MICHEAU, Claire: «Tax selectivity in European law of state aid: legal assessment and alternative approaches», *European Law Review*, n.º 3, 2015, pp. 323-348.

PARTSCH, P.-E.: «Aides d'État de nature fiscale et sélectivité: d'Adria-Wien à Banco Santander Autogrill», en WILDEMEERSCH, Jonathan (dir.), *L'Europe au présent!-Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 597-611.

PÉLISSIER, Gilles: «Le principe général d'égalité, principe de régulation du pouvoir normatif de l'administration», *Revue Juridique de l'Économie Publique*, n.º 696, avril 2012, pp. 39-43.

PEIFFERT, Olivier: «Comparaison n'est pas raison: pour une clarification du critère de sélectivité d'une aide d'État», *Concurrences*, n.º 3, 2017, pp. 52-63.

SADOWSKY, Marilyne: *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, Larcier, Bruxelles, 2013.

SZUDOCZKY, Rita: «Convergence of the analysis of national tax measures under the EU state aid rules and the fundamental freedoms», *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, 2016, pp. 357-380.

WAHL, Nils: «Une même carte de route pour un terrain différent: de quelques propos sur la notion d'avantage sélectif dans la jurisprudence récente de la Cour de justice», en WILDEMEERSCH, Jonathan (dir.), *L'Europe au présent! – Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruylant, Bruxelles, 2018, pp. 767-784.

(Trabajo recibido el 06/09/2019
y aceptado para su publicación el 30/09/2019)

EL RÉGIMEN EUROPEO DE AYUDAS DE ESTADO Y FISCALIDAD ESPAÑOLA. CLAVES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ELEMENTO DE LA SELECTIVIDAD

SANTIAGO JIMÉNEZ GARCÍA

Abogado del Estado. Agente del Reino de España ante el TJUE

RESUMEN

En este trabajo se exponen y analizan los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia y del Tribunal General en el ámbito de las ayudas de Estado, en particular por lo que se refiere al elemento de la selectividad y su interpretación en asuntos relativos a disposiciones fiscales españolas o en los que el Reino de España ha intervenido. En efecto, las cuestiones fiscales plantean regularmente dificultades en cuanto a la aplicación del criterio de selectividad de las ayudas estatales. En este contexto es preciso distinguir dos hipótesis, a las que dedicamos siguientes apartados del presente estudio. La primera hipótesis se refiere a las medidas de excepción al régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión. La segunda hipótesis, que puede ser más compleja, se refiere a las medidas que no se apartan del régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión.

Palabras clave: Ayudas de Estado, Derecho de la competencia, Tribunal de Justicia de la UE, jurisprudencia, fiscalidad, selectividad, carga de la prueba.

EUROPEAN REGIME FOR STATE AID AND SPANISH TAXATION. RELEVANT CASE-LAW DECISIONS REGARDING SELECTIVE MEASURE

SANTIAGO JIMÉNEZ GARCÍA

State Attorney. Spanish Representative at the CJUE

ABSTRACT

This paper sets out and analyses the most recent rulings of the Court of Justice and the General Court in the field of State aid, in particular as regards the element of selectivity

and its interpretation in cases relating to Spanish tax provisions or in which the Kingdom of Spain has intervened. Indeed, tax issues regularly give rise to difficulties as regards the application of the State aid selectivity criterion. In this context, it is necessary to distinguish two hypotheses, to which we devote the following sections of this study. The first scenario concerns measures derogating from the common or 'normal' tax system applicable in the Member State concerned. The second scenario, which may be more complex, concerns measures which do not depart from the common or 'normal' tax system applicable in the Member State concerned.

Keywords: State aid, Competition Law, Court of Justice of the European Union, Case-Law, taxation, selective measure, burden of proof.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA SELECTIVIDAD EN EL ARTÍCULO 107 TFUE.—II. LA SELECTIVIDAD Y LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN FISCAL COMÚN O «NORMAL» APLICABLE.—III. LA SELECTIVIDAD Y EL RÉGIMEN FISCAL COMÚN O «NORMAL» APLICABLE.—IV. CARGA DE LA PRUEBA.—V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA SELECTIVIDAD EN EL ARTÍCULO 107 TFUE

El régimen europeo de ayudas de Estado, previsto en lo fundamental en los artículos 107 a 109 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), tiene como finalidad asegurar el mantenimiento de condiciones equitativas en el mercado, procurando que los operadores económicos concurren conforme a sus propios méritos y con independencia de la asistencia financiera de los poderes públicos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) vela por que las decisiones adoptadas por la Comisión en este ámbito sean conformes con el Derecho europeo y asiste, además, a los tribunales nacionales en la interpretación de las disposiciones europeas en esta materia. La jurisprudencia del TJUE sobre ayudas públicas aclara y matiza aspectos importantes de este singular régimen, el cual ha llegado a representar de su actividad anual, en los últimos años¹, cerca del 10% en procedimientos iniciados y del 14% en asuntos resueltos.

El presente estudio tiene por objeto exponer y analizar los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia y del Tribunal General en el ámbito de las ayudas de Estado, en particular por lo que se refiere al elemento de la selectividad y su interpretación en asuntos relativos a disposiciones fiscales españolas o en los que el Reino de España ha intervenido.

Conviene recordar que, tal y como resulta de reiterada jurisprudencia, el artículo 107, apartado 1, del TFUE exige, como uno de sus elementos de aplicación, que se determine si la medida nacional examinada puede favorecer a una «empresa» o, al menos, a un «grupo de empresas individualizables» en relación

¹ V. el informe anual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Panorámica del año (2018), pp. 44 y 45.

con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen².

Asimismo, en el caso de medidas fiscales, presenta una enorme importancia definir el «marco de referencia», esto es, el régimen jurídico pertinente, puesto que la propia existencia de una ventaja solo puede apreciarse en relación con una imposición considerada «normal». Por tanto, para apreciar si una medida fiscal tiene carácter selectivo es necesario examinar si, habida cuenta del marco de referencia, dicha medida constituye una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable³. Sin embargo, aunque exista en el marco de referencia una diferencia de trato entre situaciones fácticas y jurídicas comparables, según jurisprudencia reiterada, el concepto de ayuda de Estado no se refiere a las medidas estatales que establecen una diferenciación entre empresas, y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando esta diferenciación resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema de cargas en el que se inscriben.

De lo anterior resulta que la calificación de una medida fiscal nacional como «selectiva» presupone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal general o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate. A la luz de este régimen fiscal general o «normal» debe apreciarse, en un segundo momento, el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate, asegurándose de que dicha medida supone una excepción al referido régimen general en la medida en que introduce distinciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable⁴. En su caso, en un tercer momento, procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe⁵.

En todo caso, las cuestiones fiscales plantean regularmente dificultades en cuanto a la aplicación del criterio de selectividad de las ayudas estatales, debiendo observarse que la exigencia de selectividad diverge según que la medida en cuestión se prevea como un régimen general de ayuda o como una ayuda indivi-

² Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, Comisión (C-106/09 P) y Reino de España (C-107/09 P) contra Gobierno de Gibraltar y Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, EU:C:2011:732, apartado 75, y la jurisprudencia citada, y de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 54, y la jurisprudencia citada; sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2013, Salzgitter/Comisión, T-308/00 RENV, apartado 116.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 56.

⁴ Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2012, British Aggregates c. Comisión, T-210/02 RENV, EU:T:2012:110, apartado 49.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 53.

dual⁶. En este contexto es preciso distinguir dos hipótesis, a las que dedicamos siguientes apartados del presente estudio.

La primera hipótesis se refiere a las medidas de excepción al régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión. A título de ejemplo, el Tribunal de Justicia tuvo ante sí una disposición fiscal alemana que permitía trasladar a ejercicios posteriores las pérdidas sufridas en un ejercicio fiscal en caso de adquisición de una empresa en crisis, con vistas a su «reorganización». Según el Derecho fiscal alemán, la norma de derecho común es la de arrastrar las pérdidas de un ejercicio al siguiente. Existe una estricta excepción de «compensación de pérdidas» a esta norma, que limitaba la posibilidad de trasladar las pérdidas de un año al siguiente; en estos casos, la disposición fiscal en cuestión constituía una excepción a la excepción para las empresas en crisis. La Comisión, cuya decisión fue confirmada posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia, consideró que la medida en cuestión constituía una excepción a la norma de compensación de pérdidas y que, por lo tanto, era selectiva.

Cuando se le sometió el asunto, el Tribunal de Justicia^{7, 8} tuvo la oportunidad de precisar los procedimientos de evaluación del concepto de «régimen fiscal común o normal», señalando que la selectividad de una medida fiscal no puede apreciarse a la luz de unas pocas disposiciones que se han suprimido artificialmente de un marco legislativo más amplio. Por lo tanto, en el presente caso, el carácter selectivo de la medida no podía apreciarse a la luz de la norma de «compensación de pérdidas», que constituía una excepción a la norma general, sino más bien a la propia norma general, la del traslado de pérdidas. Concluye que el Tribunal de Primera Instancia, al igual que la Comisión, incurrió en un error de Derecho al apreciar el carácter selectivo de la medida de que se trata, lo que debería conducir a la anulación de sus decisiones respectivas.

La segunda hipótesis, que puede ser más compleja, se refiere a las medidas que no se apartan del régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión. A este respecto, debe seguirse un razonamiento en dos fases: en primer lugar, identificar el régimen fiscal común o normal aplicable en el Estado miembro de que se trate; en segundo lugar, determinar si la medida fiscal en cuestión introduce diferencias entre operadores que, en relación con el objetivo asignado al sistema fiscal de ese Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2015, Comisión c. MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, apartado 60.

⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding) c. Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505; Alemania c. Comisión, C-208/16 P, EU:C:2018:506; Alemania c. Comisión, C-209/16 P, EU:C:2018:507; Lowell Financial Services c. Comisión, C-219/16 P, EU:C:2018:508.

⁸ Sentencias del Tribunal General de 4 de febrero de 2016, Heitkamp BauHolding c. Comisión, T-287/11, EU:T:2016:60; y SinnLeffers c. Comisión, T-620/11, EU:T:2016:59.

II. LA SELECTIVIDAD Y LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN FISCAL COMÚN O «NORMAL» APLICABLE

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, Comisión c. España y otros, C-128/16 P, EU:C:2018:591

En esta sentencia se analizó el régimen fiscal preferencial aplicable a determinados contratos de arrendamiento financiero para la adquisición de buques españoles celebrados por Agrupaciones de Interés Económico («AIE»).

A partir de mayo de 2006, la Comisión recibió varias denuncias contra el denominado «sistema español de arrendamiento fiscal» («SEAF»). En esas denuncias se afirmaba que este sistema permitía que las compañías navieras obtuvieran unos descuentos de entre un 20% y un 30% al adquirir buques construidos por astilleros españoles, en detrimento de las ventas de los astilleros de otros Estados miembros.

El SEAF se basaba en una estructura jurídica y financiera *ad hoc* organizada por un banco, que actuaba como intermediario entre una compañía naviera (comprador) y un astillero (vendedor). El banco hacía intervenir en la venta del buque a una sociedad de arrendamiento financiero (*leasing*) y a una agrupación de interés económico (AIE) constituida por el banco. Este último vendía a inversores participaciones de la AIE, que tomaba en arrendamiento el buque de la sociedad de arrendamiento financiero desde el inicio de su construcción, para arrendarlo posteriormente a la compañía naviera mediante un contrato de fletamento a casco desnudo. La finalidad de este montaje era generar ventajas fiscales en favor de los inversores agrupados en la AIE y trasladar parte de estas ventajas (entre el 85% y el 90%) a la compañía naviera en forma de un descuento sobre el precio del buque, mientras que los inversores conservaban los demás beneficios fiscales como rendimiento de su inversión (un 10%-15%). Las ventajas eran el resultado de cinco medidas fiscales, aplicables a los contratos de arrendamiento financiero (amortización acelerada y —con autorización previa— amortización anticipada de determinados bienes), a las AIE (transparencia fiscal) y a las actividades marítimas (régimen especial de tributación por tonelaje).

Mediante decisión de 17 de julio de 2013⁹, la Comisión estimó que tres de las cinco medidas fiscales examinadas constituían una ayuda de Estado a las AIE y a sus inversores, ejecutada ilegalmente por España desde el 1 de enero de 2002¹⁰.

⁹ Decisión 2014/200/UE de la Comisión, de 17 de julio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 (ex NN/11) ejecutada por España — Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero, también conocidos como Sistema español de arrendamiento fiscal (DO 2014, L 114, p. 1).

¹⁰ España modificó algunas disposiciones fiscales aplicables al SEAF en 2012, antes de que se adoptara la Decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013. A la vista de las modificaciones introducidas, la Comisión estimó que las nuevas normas no constituían una ayuda de Estado en su Decisión de 20 de noviembre de 2012 sobre la ayuda estatal SA.34736 (12/N), referente a la aplicación por el Reino de España de un sistema fiscal que permite la amortización anticipada de determinados

La ayuda fue declarada parcialmente incompatible con el mercado interior. Por respeto al principio de seguridad jurídica, la Comisión sólo exigió que se recuperase la ayuda concedida a determinadas operaciones. Esta recuperación se ordenó únicamente de los inversores, sin que estos beneficiarios pudieran transferir a otras personas la carga de la recuperación de la ayuda.

España, Lico Leasing (establecimiento financiero que invirtió en un cierto número de AIE que participaron en el SEAF) y Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión (sociedad que coopera con los astilleros pequeños y medianos para la adecuada consecución de sus fines industriales) solicitaron al Tribunal General de la Unión Europea que anulase esta Decisión de la Comisión. Mediante sentencia de 17 de diciembre de 2015, el Tribunal General anuló dicha Decisión (sentencia de 17 de diciembre de 2015, España/Comisión y Lico Leasing, S.A., y Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reconversión, S.A./Comisión, asuntos acumulados T-515/13 y T-719/13, EU:T:2015:1004). La Comisión solicitó entonces al Tribunal de Justicia la anulación de la sentencia del Tribunal General.

Mediante su sentencia el Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal General y ordena devolver el asunto a este último Tribunal.

El Tribunal de Justicia indica, en primer lugar, que el Tribunal General aplicó erróneamente el artículo 107, apartado 1, del TFUE sobre las ayudas de Estado prohibidas. En efecto, el Tribunal General concluyó que las AIE no podían ser las beneficiarias de una ayuda de Estado por el único motivo de que, debido a la transparencia fiscal de estas agrupaciones, eran los inversores, y no las AIE, quienes se habían beneficiado de las ventajas fiscales y económicas derivadas de las medidas fiscales en cuestión. Ahora bien, dado que las AIE ejercían una actividad económica constituían empresas en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Eran las AIE quienes, por una parte, solicitaban a la administración tributaria que se les concediera la amortización anticipada de activos arrendados, y era a ellas a quienes se les concedía dicho beneficio y, por otra parte, eran las AIE quienes renunciaban al régimen ordinario del impuesto sobre sociedades y optaban por el régimen de tributación por tonelaje. También eran las AIE quienes conseguían las ventajas fiscales en dos fases, mediante la combinación de las medidas fiscales en cuestión. Si bien es cierto que las ventajas económicas resultantes se transferían íntegramente a los socios de las AIE, no lo es menos que las medidas fiscales controvertidas se aplicaban a las AIE y que éstas eran las beneficiarias directas de las ventajas derivadas de dichas medidas. Estas ventajas favorecían la actividad de adquisición de buques mediante contratos de arrendamiento, concretamente con vistas a su fletamento a casco desnudo y su posterior reventa, actividad que

activos adquiridos mediante un contrato de *leasing* (DO 2012 C 384, p. 1). El Tribunal General de la Unión Europea desestimó un recurso contra esta decisión en su sentencia de 9 de diciembre de 2014, Netherlands Maritime Technology Association/Comisión (T-140/13). Esta sentencia fue objeto de un recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal de Justicia (asunto C-100/15 P, Netherlands Maritime Technology Association/Comisión, EU:C:2016:254).

ejercían las AIE. Al descartar que las AIE pudieran ser las beneficiarias de ayudas de Estado atendiendo únicamente a su forma jurídica y a las normas relativas a la tributación de los beneficios vinculados a éstas, el Tribunal General no tuvo en cuenta la jurisprudencia según la cual la calificación de una medida como «ayuda de Estado» no puede depender del estatuto jurídico de las empresas afectadas ni de las técnicas utilizadas.

El Tribunal de Justicia señala que el análisis llevado a cabo por el Tribunal General en su sentencia se basa en la premisa errónea de que sólo los inversores, y no las AIE, podían considerarse beneficiarios de las ventajas derivadas de las medidas fiscales controvertidas. Por consiguiente, el requisito relativo a la selectividad se examinó erróneamente con respecto a los inversores y no con respecto a las AIE. Además, en su examen de este requisito, el Tribunal General se basó también en dos sentencias que había dictado el 7 de noviembre de 2014 (asuntos Banco Santander y Santusa/Comisión y Autogrill España/Comisión)¹¹, que el Tribunal de Justicia anuló posteriormente mediante sentencia de 21 de diciembre de 2016. 7. Por tanto, el Tribunal General cometió un error de Derecho al considerar que las ventajas obtenidas por los inversores que participaron en las operaciones del SEAF no podían considerarse selectivas por el hecho de que podía participar en ellas, en las mismas condiciones, cualquier empresa sin distinción, sin haber averiguado si la Comisión había demostrado que, debido a sus efectos concretos, las medidas fiscales controvertidas establecían un tratamiento diferenciado entre operadores, cuando los operadores que se beneficiaban de las ventajas fiscales y los que estaban excluidos de las mismas se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable en relación con el objetivo perseguido por dicho régimen fiscal.

Por último, el Tribunal de Justicia declara que, al contrario de lo que consideró el Tribunal General, la Decisión de la Comisión no adolece de falta de motivación ni de motivación contradictoria.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Comisión c. World Duty Free Group y Comisión c. Santander, asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981

Por lo que se refiere al régimen fiscal preferente aplicable a las participaciones en sociedades adquiridas en sociedades extranjeras por sociedades sujetas al impuesto en España, el Tribunal de Justicia considera que la medida en cuestión, que concede una ventaja cuya concesión está supeditada a la realización de una operación económica, debe considerarse selectiva, aunque cualquier sociedad pueda optar libremente por llevarla a cabo¹².

¹¹ Sentencias del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014 (asuntos Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11) y Autogrill España/Comisión T-219/10).

¹² Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018, Deutsche Telekom c. Comisión, T-207/10, EU:T:2018:786; Banco Santander v. Comisión, T-227/10,

En los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P se analizó por el Tribunal de Justicia el método de amortización del fondo de comercio recogido en la legislación española. Los antecedentes de hechos son los siguientes.

De acuerdo con la Ley española del impuesto sobre sociedades, cuando la adquisición de participaciones de una empresa que tributa en España en una «sociedad extranjera» es de al menos un 5% y se posee de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio financiero resultante de esta adquisición de participaciones puede deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades adeudado por la empresa. La Ley precisa que, para ser calificada como «sociedad extranjera», una sociedad debe estar sujeta a un impuesto similar al impuesto aplicable en España, y sus rendimientos deben proceder esencialmente de la realización de actividades en el extranjero.

De acuerdo con el Derecho tributario español, la adquisición de participaciones por una empresa que tributa en España en una sociedad domiciliada en España no permite contabilizar por separado, a efectos fiscales, el fondo de comercio financiero resultante de esa adquisición. En cambio, el fondo de comercio financiero puede ser amortizado en caso de reagrupación de empresas.

A raíz de una denuncia de un operador privado acerca de si dicha norma de deducción aplicable a las adquisiciones de participaciones en sociedades extranjeras debería calificarse de ayuda de Estado, la Comisión inició un procedimiento formal de investigación en octubre de 2009. El procedimiento relativo a las adquisiciones de participaciones realizadas dentro de la Unión Europea concluyó mediante Decisión de 28 de octubre de 2009 (Decisión 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 7, p. 48) y el relativo a las adquisiciones de participaciones fuera de la Unión terminó mediante Decisión de 12 de enero de 2011 (Decisión 2011/282/UE, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 135, p. 1). Esta Decisión fue objeto de dos correcciones publicadas en el *Diario Oficial* el 3 de marzo de 2011 y el 26 de noviembre de 2011.). Estas Decisiones declaran incompatible con el mercado interior el régimen establecido por la Ley española y disponen la recuperación por parte de España de las ayudas otorgadas.

EU:T:2018:785 [recurso de casación: asunto ante el Tribunal de Justicia C-52/19 P]; Sigma Alimentos Exterior v. Comisión, T-239/11, EU:T:2018:781; Axa Mediterranean c. Comisión, T-405/11, EU:T:2018:780 [recurso de casación: asunto ante el Tribunal de Justicia C-54/19 P]; Prosegur Compañía de Seguridad c. Comisión, T-406/11, EU:T:2018:793; Banco Santander y Santusa contra Comisión, T-399/11, EU:T:2018:787 [recurso de casación: asunto ante el Tribunal de Justicia C-53/19 P]).

Tres empresas residentes en España, World Duty Free Group (anteriormente, Auto Grill España), Banco Santander y Santusa Holding solicitaron al Tribunal General que anulara las Decisiones de la Comisión. Mediante sus sentencias de 7 de noviembre de 2014, el Tribunal General anuló las dos Decisiones de la Comisión, al estimar que no habían demostrado el carácter selectivo del régimen español (sentencias del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España, S.A./Comisión (T-219/10) y Banco Santander, S.A., y Santusa Holding, S.L./Comisión (T-399/11), EU:T:2014:938). Posteriormente, la Comisión interpuso recurso de casación ante el Tribunal de Justicia con el fin de que se anularan las dos sentencias del Tribunal General. Invoca al respecto un error de Derecho del Tribunal General al interpretar el requisito de selectividad.

Mediante su sentencia, el Tribunal de Justicia anula ambas sentencias del Tribunal General y le reenvía los asuntos.

El Tribunal de Justicia declara que, al aplicar el requisito de selectividad, uno de los requisitos que deben cumplirse para poder calificar una medida como «ayuda de Estado», en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al anular las Decisiones controvertidas de la Comisión aduciendo que ésta no había identificado una categoría de empresas que fuera la única favorecida por la medida fiscal. El Tribunal de Justicia recuerda que el único parámetro pertinente para demostrar el carácter selectivo de una medida fiscal nacional consiste en comprobar si ésta puede favorecer a determinadas empresas en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable en relación con el objetivo del régimen fiscal general de que se trate y que, de este modo, están sujetas a un trato diferenciado que puede calificarse de discriminatorio. Contrariamente a lo declarado por el Tribunal General, no se deriva de la jurisprudencia que, con objeto de demostrar el carácter selectivo de una medida nacional, la Comisión esté en cada caso obligada a identificar una categoría particular de empresas que sea la única que disfruta de la medida.

El Tribunal de Justicia señala que la Comisión basó el carácter selectivo de las medidas en el hecho de que establecen una excepción al régimen general español del impuesto sobre sociedades y discriminan entre empresas que se encuentran en una situación comparable en relación con el objetivo perseguido por ese régimen. En efecto, las sociedades residentes españolas que adquieren una participación del 5% en otra sociedad residente no pueden acogerse a la ventaja fiscal que confiere la medida controvertida. En cambio, el beneficio de la medida de que se trata se reserva únicamente a las empresas que efectúan una adquisición de participaciones de al menos el 5% en una empresa extranjera. El Tribunal de Justicia indica, además, que un requisito de aplicación de una ayuda puede fundamentar su carácter selectivo si revela una discriminación respecto a las empresas que son excluidas de ella. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia considera que el Tribunal General incurrió en error de Derecho dado que, sin haber comprobado si la Comisión había demostrado el carácter discriminatorio de la medida en cuestión, concluyó que no existía selectividad de la medida, ya que la Comisión no había

identificado una categoría particular de empresas que fuera la única favorecida por la medida fiscal en cuestión.

3. Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018, Banco Santander, S.A., y Santusa Holding, S.L., c. Comisión Europea, T-399/11 REENV, EU:T:2018:787 (recurso de casación pendiente ante el Tribunal de Justicia [C-53/19 P])

Como consecuencia de la sentencia de Gran Sala antes citada, se dictó por el Tribunal General la sentencia de 15 de noviembre de 2018, por la cual se confirman las Decisiones de la Comisión Europea en las que se calificó de ayuda de Estado incompatible con el mercado interior el régimen fiscal español de amortización del fondo de comercio financiero.

Una medida es selectiva cuando favorece a determinadas empresas en relación con otras, al impedir que estas últimas puedan beneficiarse de ella o bien, según el método de análisis en tres etapas cuya importancia recordó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 2016, cuando trata de modo diferente empresas que se encuentran en situaciones comparables, sin que esta diferencia de trato esté justificada. Según dicho método, para calificar de selectiva una medida fiscal nacional la Comisión debe identificar, primero, el régimen tributario común o general aplicable en el Estado miembro de que se trate y, a continuación, demostrar que la medida fiscal en cuestión supone una excepción a ese régimen común. Sin embargo, el concepto de «ayuda estatal» no se aplica a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen jurídico en cuestión, medidas que, por tanto, son *a priori* selectivas si el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que esa diferenciación está justificada porque deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se enmarcan dichas medidas.

Aplicando este método en tres etapas, el Tribunal General concluye que la medida controvertida es selectiva, a pesar de que todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en España puedan acceder a la ventaja que establece dicha medida. Sobre este punto, el Tribunal General pone de relieve, entre otras cosas, que cuando las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en España adquieren participaciones en sociedades fiscalmente domiciliadas en España, no pueden obtener en virtud de esas operaciones la ventaja prevista en el mecanismo de deducción de que se trata, a diferencia de lo que ocurre con las empresas que adquieren participaciones en el extranjero. El Tribunal General deduce de ello que una medida fiscal nacional como la medida controvertida, que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar esa operación. A este respecto hace constar que a partir de ahora, según el Tribunal

de Justicia, una medida puede ser selectiva aunque la diferencia de trato derivada de ella se base en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las empresas que optan por no realizarlas, y no en la distinción entre empresas en función de sus características propias.

Para llegar a la conclusión de que la medida fiscal controvertida es selectiva, el Tribunal General considera, al igual que la Comisión, que dicha medida establece unas diferencias de trato entre las empresas que no están justificadas por la naturaleza y la estructura del régimen de tratamiento fiscal del fondo de comercio aplicado en España.

4. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2011, Comisión (C-106/09 P) y Reino de España (C-107/09 P) contra Gobierno de Gibraltar y Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, EU:C:2011:732

En esta sentencia se analizó si un régimen fiscal concebido de forma que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a imposición constituye un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado interior

En agosto de 2002, el Reino Unido notificó a la Comisión la reforma prevista por el Gobierno de Gibraltar en relación con el impuesto de sociedades. Dicha reforma comprendía, en particular, la derogación del antiguo sistema fiscal y el establecimiento de tres impuestos aplicables a todas las sociedades de Gibraltar, a saber: una tasa de registro, un impuesto sobre el número de empleados y un impuesto por superficie ocupada (*business property occupation tax*, en adelante, «BPOT»), debiendo tenerse en cuenta que la carga impositiva correspondiente a los dos últimos impuestos no podría ser superior al 15% de los beneficios.

En 2004, la Comisión decidió que las propuestas notificadas para la reforma del sistema del impuesto de sociedades en Gibraltar constituían un régimen de ayudas de Estado incompatible con el mercado común y que, en consecuencia, dichas propuestas no podían ser aplicadas. En efecto, la Comisión consideró que tres aspectos de la reforma fiscal eran selectivos desde el punto de vista material: 1) el requisito de que las empresas obtuvieran beneficios antes de estar sometidas al impuesto sobre el número de empleados y al BPOT, ya que este requisito favorecería a las empresas que no lograsen beneficios; 2) el límite máximo del 15% de los beneficios aplicado a efectos del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT, ya que dicho límite máximo favorecería a las empresas que para el ejercicio fiscal de que se trate tuviesen beneficios bajos en relación con su número de empleados y los locales que ocupan; 3) el impuesto sobre el número de empleados y el BPOT, ya que ambos impuestos favorecerían, debido a su naturaleza, a las sociedades extraterritoriales que no tuviesen presencia real en Gibraltar y que, por ello, no son sujetos pasivos del impuesto de sociedades. Además, consideró que la reforma propuesta era selectiva desde el punto de vista regional, en

la medida en que instauraba un sistema que gravaba a las sociedades de Gibraltar generalmente con un tipo inferior al del Reino Unido.

A raíz de los recursos interpuestos por el Gobierno de Gibraltar y por el Reino Unido, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión de la Comisión el 18 de diciembre de 2008. En su sentencia dicho Tribunal estimó que la Comisión no había seguido un método de análisis correcto en relación con la selectividad material del proyecto de reforma. En efecto, según el Tribunal de Primera Instancia, para demostrar el carácter selectivo del régimen fiscal en cuestión, la Comisión habría debido demostrar que algunos de sus elementos revestían un carácter excepcional con respecto al régimen común o «normal» de Gibraltar. De este modo, la Comisión no podía, como hizo en su Decisión, considerar selectivas medidas fiscales generales habida cuenta de sus efectos. Además, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el marco de referencia para apreciar la selectividad regional de la reforma correspondía exclusivamente a los límites del territorio de Gibraltar y no a los del Reino Unido.

En este contexto, la Comisión y España recurrieron en casación ante el Tribunal de Justicia al objeto de obtener la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia estima que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que el proyecto de reforma fiscal no confiere ventajas selectivas a las sociedades extraterritoriales.

En efecto, el Tribunal de Justicia considera que una carga fiscal diferente resultante de la aplicación de un régimen fiscal «general» no basta, en sí misma, para demostrar la selectividad de una imposición. Sin embargo, estima que esta selectividad existe cuando, como en el caso de autos, los criterios de imposición adoptados por un sistema fiscal permiten caracterizar a las empresas beneficiarias en virtud de sus propiedades específicas como una categoría de empresas privilegiada.

De este modo, el Tribunal de Justicia observa que el régimen fiscal de Gibraltar se caracteriza, en particular, por la combinación del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT como únicas bases imponibles, lo que conduce a una imposición que depende del número de trabajadores y del tamaño de los locales ocupados. Debido a la inexistencia de otras bases imponibles, la combinación de esas dos bases imponibles (que se basan en criterios, por sí mismos, de carácter general) excluye totalmente de cualquier imposición a las sociedades extraterritoriales, pues éstas no tienen empleados y tampoco ocupan local alguno. Estos criterios llevan a cabo por tanto una discriminación entre sociedades que se encuentran en una situación comparable a la luz del objetivo perseguido por el proyecto de reforma fiscal, a saber, el establecimiento de un sistema general de imposición para todas las sociedades establecidas en Gibraltar.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia concluye que la circunstancia de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a imposición en Gibraltar no es una consecuencia aleatoria del régimen de que se trata, sino la consecuencia ineluctable del hecho de que los dos impuestos sobre sociedades (en particular, sus bases imponibles) estén precisamente concebidos de forma que las sociedades extraterritoriales, que por su naturaleza no tienen empleados ni ocupan locales no estén sujetas a imposición. En consecuencia, el hecho de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a la imposición, precisamente debido a las características propias y específicas de dicha categoría, permite considerar que aquéllas se ven favorecidas por ventajas selectivas.

En particular, el Tribunal de Justicia recuerda que, contrariamente al razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia, la calificación de un sistema fiscal como «selectivo» no está supeditada al hecho de que esté concebido de forma que el conjunto de empresas estén sujetas a las mismas cargas fiscales, pero algunas de ellas se beneficien de normas que establezcan excepciones y les concedan ventajas selectivas. Tal interpretación del criterio de selectividad presupondría que, para que un régimen fiscal pudiera calificarse de selectivo, debería estar concebido con arreglo a una determinada técnica jurídica. Este enfoque daría lugar a que las normas fiscales nacionales no estuvieran sujetas al control en materia de ayudas de Estado por el mero hecho de haber recurrido a otra técnica jurídica aunque produjesen los mismos efectos.

Toda vez que el proyecto de reforma fiscal es materialmente selectivo en la medida en que concede ventajas selectivas a las sociedades extraterritoriales, el Tribunal de Justicia estima que no es pertinente examinar si el proyecto de reforma es selectivo desde el punto de vista regional.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia decide anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y confirmar la Decisión de la Comisión, que considera que el proyecto de reforma fiscal constituye un régimen de ayudas de Estado que el Reino Unido no está autorizado a ejecutar.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) y otros contra Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya y otros, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, EU:C:2008:488

En materia de selectividad regional, podemos traer a colación esta sentencia del tribunal de Justicia cuyos antecedentes de hecho son los que siguen.

La Comunidad Autónoma del País Vasco está compuesta por tres Territorios Históricos que constituyen entidades administrativas territoriales: Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. La estructura política e institucional de dicha Comunidad Autónoma comprende dos niveles diferentes, a saber, el de las instituciones comunes al

conjunto del País Vasco y el de las instituciones u órganos «forales» dotados de competencias limitadas a los Territorios Históricos.

En 2005, cada una de las tres autoridades forales vascas adoptó una norma tributaria que fija con carácter general en el 32,5% el tipo del impuesto sobre sociedades y prevé una serie de deducciones fiscales en el marco de dicho impuesto. Por su parte, la legislación común del Estado español aplicable en esta materia fija en el 35% el tipo general del impuesto sobre sociedades y no prevé las referidas posibilidades de deducción. Frente a la adopción de esas normas forales, un sindicato (UGT de La Rioja) y dos Comunidades Autónomas limítrofes (La Rioja y Castilla y León) interpusieron un recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco con la finalidad de que se anularan esas normas tributarias forales.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco pregunta al Tribunal de Justicia si las medidas tributarias forales deben considerarse medidas selectivas que favorecen a determinadas empresas o producciones y, por ende, ayudas de Estado incompatibles con el mercado común, por el mero hecho de que no se apliquen en todo el territorio del Estado miembro de que se trata.

Con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia indica que hay que tomar como referencia al mismo tiempo a los Territorios Históricos y a la Comunidad Autónoma del País Vasco para determinar si la entidad infraestatal constituida tanto por estos Territorios Históricos como por la referida Comunidad tiene suficiente autonomía como para constituir el marco de referencia a la luz del cual hay que apreciar la selectividad de una medida adoptada por uno de esos Territorios Históricos.

A continuación, el Tribunal de Justicia declara que, para determinar si ciertas normas adoptadas por una entidad infraestatal constituyen una ayuda de Estado selectiva, se requiere verificar si dicha entidad tiene una autonomía institucional, de procedimiento y económica suficiente para que una norma adoptada por ésta dentro de los límites de las competencias que tiene otorgadas sea considerada como de aplicación general en la referida entidad infraestatal y no tenga carácter selectivo. Sin embargo, incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar, sobre la base de los elementos examinados por el Tribunal de Justicia y de cualesquiera otros elementos que aquél estime pertinentes, si los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco gozan de tal autonomía, lo que tendría como consecuencia que las normas adoptadas dentro de los límites de las competencias otorgadas a dichas entidades infraestatales no tienen carácter selectivo, en el sentido de la disposición del Tratado CE que prohíbe las ayudas de Estado. Además, el Tribunal de Justicia precisa que dicha verificación únicamente puede efectuarse tras un control previo que permita garantizar que los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco respetan los límites de sus competencias, puesto que las reglas relativas, en particular, a las transferencias financieras se elaboraron en función de esas competencias.

Por lo que atañe al criterio de autonomía institucional, el Tribunal de Justicia constata que entidades infraestatales como los Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco cumplen dicho criterio, ya que poseen un estatuto político y administrativo distinto al del Gobierno central.

En cuanto a la autonomía en materia de procedimiento, el Tribunal de Justicia recuerda que dicho criterio se cumple en la medida en que la decisión de la autoridad infraestatal haya sido adoptada sin que el Gobierno central pudiera intervenir directamente en su contenido. A este respecto, el Tribunal de Justicia aporta determinadas precisiones. Por un lado indica que este criterio no excluye que se establezca un procedimiento de conciliación, como el previsto por la legislación española en el seno de la Comisión de Coordinación y Evaluación Normativa, con el fin de prevenir eventuales conflictos normativos, siempre que, como sucede en el presente caso, la decisión final tomada al término de dicho procedimiento sea adoptada por la entidad infraestatal y no por el Gobierno central. Por otro lado, el Tribunal de Justicia señala que no cabe concluir que el Gobierno central español pueda intervenir directamente en el proceso de adopción de una norma foral para imponer la observancia de principios como el de solidaridad o el de armonización fiscal, que las entidades infraestatales de que se trata deben tomar en consideración a la hora de adoptar una norma tributaria. Corresponde, sin embargo, al órgano jurisdiccional nacional realizar las verificaciones necesarias.

Por lo que se refiere al criterio de autonomía económica y financiera, éste exige que las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo nacional aplicable a las empresas localizadas en la región no se vean compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central. Así, al examinar el método de cálculo del cupo que la Comunidad Autónoma del País Vasco paga al Estado español para cubrir los importes de las cargas asumidas por el Estado correspondientes a las competencias no asumidas por la referida Comunidad Autónoma, el Tribunal de Justicia observa que uno de los datos esenciales para calcular dicho cupo es el coeficiente de imputación. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que si bien dicho coeficiente debe reflejar, en principio, el peso relativo de la economía vasca en el conjunto de España, se fija, sin embargo, en el marco de negociaciones esencialmente políticas. De ello se deduce que, en consecuencia, una decisión de reducción del tipo impositivo no tiene necesariamente que influir en el porcentaje de ese coeficiente. Por otra parte, el Tribunal de Justicia señala que una infravaloración de dicho coeficiente tan sólo puede constituir un indicio de una falta de autonomía económica de los Territorios Históricos. En efecto, para que pueda constatarse efectivamente esa falta de autonomía debe existir una compensación, es decir, una relación de causa a efecto entre una medida tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia indica que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si tal proceso de fijación del coeficiente de imputación tiene por objeto permitir al Gobierno central compensar el coste

de una medida tributaria favorable a las empresas adoptada por los Territorios Históricos. De igual modo, le corresponde verificar si, debido a la metodología adoptada y a los datos económicos tomados en consideración, el cálculo del cupo puede tener como efecto que el Estado español compense las consecuencias de una medida tributaria adoptada por las autoridades forales.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia no excluye que una decisión de reducción de impuesto adoptada por la entidad infraestatal pueda tener como consecuencia mayores transferencias financieras en beneficio suyo, debido a los métodos de cálculo utilizados para determinar los importes que deben transferirse. Corresponde, en este sentido, al órgano jurisdiccional nacional examinar si determinadas normas forales adoptadas por los Territorios Históricos pueden implicar compensaciones ocultas en sectores como la Seguridad Social o la garantía por parte del Estado español de un servicio público mínimo, o incluso en el funcionamiento del Fondo de Compensación Interterritorial.

III. LA SELECTIVIDAD Y EL RÉGIMEN FISCAL COMÚN O «NORMAL» APLICABLE

En este ámbito podemos traer a colación las sentencias de 26 de abril de 2018, en los asuntos C-233/16 a C-237/16, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) c. Generalidad de Cataluña (C-233/16, EU:C:2018:280), Consejería de Economía y Hacienda del Principado de Asturias (C-234/16, EU:C:2018:281), Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (C-235/16, EU:C:2018:281), Diputación General de Aragón (C-236/16, EU:C:2018:291) y Diputación General de Aragón (C-237/16, EU:C:2018:291), en las cuales se analizó la compatibilidad con el Derecho de la Unión de unos impuestos autonómicos que gravan en España los grandes establecimientos comerciales.

Tres Comunidades Autónomas españolas, Cataluña (asunto C-233/16), Asturias (asuntos C-234/16 y C-235/16) y Aragón (asuntos C-236/16 y C-237/16), habían gravado con impuestos autonómicos los grandes establecimientos comerciales situados en sus respectivos territorios. La finalidad de estos impuestos era compensar el impacto sobre el territorio y el medioambiente que puede tener la actividad de los grandes establecimientos comerciales, estando los ingresos afectos a la realización de planes de actuación medioambientales y a la mejora de las infraestructuras.

La Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución («ANGED»), una asociación que agrupa a escala nacional grandes empresas de distribución, impugnó ante la Justicia española y la Comisión la legalidad de los impuestos controvertidos. El Tribunal Supremo español, que ha de resolver los recursos de la ANGED, alberga dudas acerca de la compatibilidad de estos impuestos autonómicos con la libertad de establecimiento. El referido órgano jurisdiccional se pre-

gunta también si las exoneraciones previstas por los tres impuestos autonómicos pueden ser constitutivas de ayudas de Estado prohibidas con arreglo al TFUE.

El Tribunal de Justicia declara que ni la libertad de establecimiento ni el Derecho en materia de ayudas de Estado se oponen a impuestos como los controvertidos, que gravan los grandes establecimientos comerciales.

Por lo que respecta a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia declara, para empezar, que el criterio de la superficie de venta del establecimiento, elegido para determinar los establecimientos gravados con el impuesto, no establece ninguna discriminación directa. Añade que no parece que este criterio perjudique en la mayor parte de los casos a nacionales de otros Estados miembros o a sociedades que tengan su domicilio social en otros Estados miembros.

A continuación, el Tribunal de Justicia examina si las exoneraciones previstas en el marco de los impuestos autonómicos de que se trata constituyen ayudas de Estado en el sentido del TFUE. Señala que no cabe excluir, a priori, que el criterio de tributación de la superficie de venta favorezca, en la práctica, a determinadas empresas o producciones, aliviando sus cargas respecto de aquellas que están sujetas a los impuestos en cuestión. El Tribunal de Justicia explica que debe determinarse, por tanto, si los establecimientos comerciales excluidos del ámbito de aplicación de estos impuestos se hallan o no en una situación comparable a la de los establecimientos sujetos a ellos.

El Tribunal de Justicia destaca que los impuestos controvertidos tienen como objetivo contribuir a la protección del medioambiente y a la ordenación del territorio, tratando de corregir y de compensar el impacto de la actividad de los grandes establecimientos comerciales (debido, en especial, a los flujos de circulación generados) mediante la contribución de estos establecimientos a la financiación de medidas en favor del medioambiente y de la mejora de las infraestructuras.

Por lo que respecta a la exoneración resultante del criterio de tributación basado en las dimensiones de los establecimientos (las normativas fiscales fijan un umbral máximo por debajo del cual los establecimientos están exonerados del pago de los impuestos), el Tribunal de Justicia afirma que es innegable que el impacto medioambiental de los establecimientos comerciales depende en gran medida de sus dimensiones, porque cuanto mayor es la superficie de venta, mayor es la afluencia de público, lo que se traduce en mayores efectos negativos sobre el medioambiente. El Tribunal de Justicia considera que es coherente con los objetivos perseguidos un criterio que se basa en la superficie de venta para diferenciar entre las empresas según que su impacto medioambiental sea más o menos intenso. También es evidente que la implantación de dichos establecimientos supone un reto particular en términos de política de ordenación del territorio, con independencia de su ubicación. El Tribunal de Justicia estima que un criterio de sujeción a los impuestos basado en la superficie de venta como el que es objeto de los litigios principales permite diferenciar dos categorías de establecimientos

que no se encuentran en una situación comparable desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por la legislación. Por consiguiente, no cabe considerar que la exoneración fiscal de la que disfrutaban los establecimientos comerciales cuya superficie de venta es inferior al umbral establecido les confiera una ventaja selectiva, de modo que no puede constituir una ayuda de Estado.

En cuanto a las exoneraciones previstas para algunas de las actividades ejercidas por los establecimientos, como, por ejemplo, las actividades de los viveros, la venta de vehículos o de materiales de construcción (así como, en el caso del impuesto catalán, la reducción del 60% de la base liquidable también en el caso de determinadas actividades), los Gobiernos autonómicos alegan que las actividades de que se trata, por su propia naturaleza, requieren grandes superficies de venta, que no están destinadas a atraer al mayor número posible de consumidores ni aumentan el flujo de compradores que se desplazan a ellas en vehículos privados. Precisan que, de este modo, estas actividades tienen un menor impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio que las actividades de los establecimientos sujetos a los impuestos controvertidos. El Tribunal de Justicia considera que esta circunstancia puede justificar la distinción que establecen los referidos impuestos, de modo que no atribuirían ventajas selectivas en favor de los establecimientos comerciales exonerados. Sin embargo, corresponde al Tribunal Supremo comprobar si efectivamente ocurre así.

El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que no constituyen ayudas de Estado en el sentido del TFUE las exoneraciones en función de las dimensiones o de la naturaleza de la actividad del establecimiento, previstas por impuestos como los controvertidos, cuando los establecimientos exonerados no generen un impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio tan intenso como los otros.

No obstante, por lo que respecta a Cataluña, el criterio de diferenciación fiscal relativo al carácter individual del establecimiento comercial tiene como efecto exonerar del impuesto a los grandes establecimientos comerciales colectivos cuya superficie de venta sea igual o superior al umbral de sujeción al impuesto. El Tribunal de Justicia considera que este criterio establece una diferenciación entre dos categorías de grandes establecimientos comerciales que se encuentran objetivamente en una situación comparable por lo que respecta a los objetivos de protección medioambiental y de ordenación territorial. En consecuencia, la no sujeción al impuesto de los establecimientos colectivos reviste carácter selectivo y constituye una ayuda de Estado, puesto que se cumplen los demás requisitos enumerados en el TFUE.

IV. CARGA DE LA PRUEBA

Finalmente, haremos una referencia a la importancia del *onus probandi* de la ilegalidad de la ayuda de Estado.

En primer lugar, en la sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2019, Fútbol Club Barcelona c. Comisión, T-865/16, EU:T:2019:113 (recurso de casación pendiente ante el Tribunal de Justicia [C-362/19 P]) y en la sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2019, Athletic Club c. Comisión, T-679/16, EU:T:2019:112, se estudió la decisión de la Comisión que calificaba de ayuda estatal el régimen fiscal de cuatro clubes de fútbol profesional españoles.

Una Ley de 1990¹³ obligó a todos los clubes deportivos profesionales españoles a reconvertirse en sociedades anónimas deportivas (en lo sucesivo, las «S.A.D.»), con objeto de fomentar una gestión más responsable de su actividad. Se estableció sin embargo una excepción: los clubes deportivos profesionales que hubieran obtenido resultados económicos positivos en los ejercicios anteriores a la aprobación de la Ley podían optar por seguir funcionando bajo la forma de clubes deportivos. Cuatro clubes de fútbol profesional españoles se acogieron a esta posibilidad: el Fútbol Club Barcelona (Barcelona), el Club Atlético Osasuna (Pamplona), el Athletic Club (Bilbao) y el Real Madrid Club de Fútbol (Madrid). Como personas jurídicas sin ánimo de lucro, a diferencia de las S.A.D., estos clubes tuvieron así derecho a un tipo de gravamen específico sobre sus rendimientos, que hasta 2016 fue inferior al tipo de gravamen aplicable a las S.A.D.

En una decisión de 2016¹⁴, la Comisión declaró que España había establecido ilegalmente una ayuda en forma de privilegio fiscal en el impuesto de sociedades en favor de los cuatro clubes de fútbol profesional mencionados. Según la Comisión, este régimen no era compatible con el mercado interior, por lo que ordenó a España que lo suprimiera y que recuperase con carácter inmediato y efectivo de los beneficiarios el importe de la ayuda otorgada.

El Fútbol Club Barcelona y el Athletic Club recurrieron contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal General de la Unión Europea.

En el asunto T-865/16, Fútbol Club Barcelona/Comisión, el Tribunal General anula la decisión de la Comisión. En cambio, el Tribunal General desestima el recurso del Athletic Club en el asunto T-679/16.

En primer lugar, el Tribunal señala que el examen de un régimen de ayudas debe incluir un examen de las diversas consecuencias de ese régimen, a la vez favorables y desfavorables para sus beneficiarios, cuando el carácter no unívoco de la supuesta ventaja resulte de las propias características del régimen.

El Tribunal pone de relieve que la medida objeto de la decisión impugnada consiste simplemente en un estrechamiento del ámbito de aplicación personal, en

¹³ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte (BOE n.º 249, de 17 de octubre de 1990, p. 30397).

¹⁴ Decisión (UE) 2016/2391, de 4 de julio de 2016, relativa a la ayuda estatal SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concedida por España a determinados clubes de fútbol (DO 2016, L 357, p. 1).

el sector del deporte profesional español, del régimen de las entidades sin ánimo de lucro vigente cuando se adoptó la Ley de 1990. Analiza, pues, si la Comisión acreditó suficientemente que el régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro, considerado en su conjunto, era de tal naturaleza que colocaba a sus beneficiarios en una situación más ventajosa que si hubieran debido operar bajo la forma de S.A.D.

El Tribunal observa que, como la Comisión había indicado en su decisión, a los cuatro clubes beneficiarios del régimen controvertido se les aplicó, desde 1990 a 2015, un tipo nominal de gravamen preferente, en comparación con los clubes que operaban bajo la forma de S.A.D.

Sin embargo, el examen de la ventaja resultante no puede disociarse del examen de los demás componentes del régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro. A este respecto, el Tribunal recalca que, en el procedimiento administrativo tramitado por la Comisión, el Real Madrid Club de Fútbol había afirmado que la deducción fiscal por reinversión de beneficios extraordinarios era más importante para las S.A.D. que para las entidades sin ánimo de lucro. El Real Madrid había alegado que esa deducción podía ser muy importante como consecuencia de la práctica de traspaso de jugadores, pues los beneficios podían reinvertirse en la adquisición de nuevos jugadores, y que de este modo, entre 2000 y 2013, el régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro había resultado «mucho más desfavorable» para él que el régimen de las S.A.D.

No obstante, la Comisión había negado que la ventaja relativa derivada de la aplicación a las S.A.D. de un límite máximo de deducciones fiscales más elevado contrarrestara el tipo de gravamen preferente aplicable a las entidades sin ánimo de lucro, principalmente porque no se había probado que dicho sistema de deducciones fiscales «sea, en principio y a largo plazo, más ventajoso». Ahora bien, según el Tribunal, la Comisión, en quien recaía la carga de probar la existencia de una ventaja derivada del régimen fiscal de las entidades sin ánimo de lucro, sólo podía afirmar que existía una ventaja si demostraba, dentro de los límites de sus obligaciones de investigación, que el establecimiento de un límite máximo de deducciones fiscales menos ventajoso para las entidades sin ánimo de lucro que para las S.A.D. no llegaba a compensar la ventaja resultante de un tipo de gravamen nominal inferior.

La Comisión se había basado igualmente en unas cifras que figuraban en un estudio aportado por el Reino de España en el procedimiento administrativo, y había afirmado sobre esa base que, en la mayoría de los ejercicios, la imposición efectiva de los clubes de fútbol profesional que tributaban como entidades sin ánimo de lucro era inferior a la de entidades comparables sujetas al régimen fiscal general. Ahora bien, esas cifras correspondían a datos agregados, referidos indistintamente a todos los sectores y a todos los operadores, y sólo abarcaban cuatro ejercicios, mientras que el período de aplicación del régimen controvertido se había extendido de 1990 a 2015. El Tribunal deduce de ello que la Comisión cometió un error en la apreciación de los hechos.

A continuación, el Tribunal verifica si, a pesar de ese error, la Comisión podía legítimamente basarse sólo en los datos aportados por España para concluir que existía una ventaja. A este respecto indica que tales datos debían confrontarse con los demás datos de hecho comunicados a la Comisión, como la información presentada por el Real Madrid Club de Fútbol sobre la importancia de las deducciones fiscales para los clubes de fútbol profesional, en relación con la práctica de traspaso de jugadores. A juicio del Tribunal, la Comisión disponía pues, en el momento en que adoptó su decisión, de datos que ponían de manifiesto la especificidad del sector de que se trata en cuanto a la importancia de las deducciones fiscales, lo que habría debido llevarla a dudar de la posibilidad de aplicar a dicho sector las constataciones efectuadas, refiriéndose indistintamente a todos los sectores, sobre la tributación respectiva de las entidades sin ánimo de lucro y de las entidades sometidas al régimen fiscal general. Por consiguiente, el Tribunal hace constar que la Comisión, a quien incumbía la carga de la prueba, no acreditó suficientemente con arreglo a Derecho que la medida controvertida confiriese una ventaja a sus beneficiarios.

En segundo lugar, en la sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2019, *Real Madrid Club de Fútbol c. Comisión*, T-791/16, EU:T:2019:346, se analizó si constituía ayuda de Estado ilegal, aquella ayuda concedida por las autoridades españolas a un club de fútbol profesional mediante un acuerdo destinado a compensar la inejecución de una cesión de terrenos inicialmente convenida entre un ayuntamiento y el club de fútbol.

El Real Madrid solicitó ante el Tribunal General que se anulara la decisión (UE) 2016/2393 de la Comisión de fecha 4 de julio de 2016 recaída en el asunto SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN). En diciembre de 1991, el Ayuntamiento de Madrid, la Gerencia Municipal de Urbanismo de este Ayuntamiento y el Real Madrid Club de Fútbol firmaron un convenio relativo a la remodelación del Estadio Santiago Bernabéu. En noviembre de 1996, el Real Madrid y la Comunidad de Madrid suscribieron un convenio de permuta de suelo. En mayo de 1998, el Real Madrid y el Ayuntamiento de Madrid firmaron un convenio con el fin de ejecutar la permuta prevista en el convenio de 1996. Este convenio estipulaba que el Real Madrid cedería ciertos terrenos al Ayuntamiento de Madrid y que, en contrapartida, este último cedería al club de fútbol terrenos por un importe equivalente al de las obligaciones que había contraído con el Real Madrid —unas parcelas por un valor aproximado de 13,5 millones de euros—. Se decidió así que el Ayuntamiento de Madrid cedería las parcelas situadas en la zona Julián Camarillo Sur (parcelas 33 y 34) y la parcela B-32 de Las Tablas («parcela B-32»). A efectos de esta permuta, los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid estimaron el valor de esta última parcela en 595.194 euros. En julio de 2011, el Ayuntamiento de Madrid y el Real Madrid suscribieron un acuerdo transaccional para resolver una controversia jurídica entre ellos con respecto al convenio de 1991 y a la permuta de bienes inmuebles objeto del convenio de 1996 y del convenio de ejecución de 1998. Según dicho acuerdo, ambas partes reconocieron la imposibilidad jurídica de ceder la parcela B-32 al Real Madrid, y como consecuencia de ello el Ayunta-

miento de Madrid decidió compensarle abonándole una cantidad equivalente al valor de la parcela B-32 en 2011. En un informe de 2011, los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid estimaron el valor de la parcela B-32 en 22.693.054,44 euros. Las partes en el acuerdo decidieron que la compensación se abonaría sustituyendo la cesión de la parcela B-32 por la cesión al Real Madrid de otras parcelas: una propiedad de 3.600 m², varios terrenos con una superficie total de 7.966 m² y una superficie de 3.305 m², cuyo valor conjunto se estimó en 19.972.348,96 euros. Las partes acordaron igualmente compensar sus deudas mutuas. Así, a la deuda para con el Real Madrid por la parcela B-32, de 22.693.054,44 euros, se le sumó un importe de 92.037,59 euros, correspondiente al impuesto sobre bienes inmuebles abonado por el Club desde 2002 por la parcela B-32, y se le restó un importe de 2.812.735,03 euros que debía abonar en virtud del convenio de 1991, lo que arrojó un saldo a su favor de 19.972.357 euros. Este saldo se compensó con el importe de 19.972.348,96 euros, correspondiente al valor de las propiedades que se había previsto ceder al Real Madrid para compensarle de la imposibilidad de ceder la parcela B-32, y el resultado fue un crédito neto restante de 8,04 euros a favor del Club frente al Ayuntamiento de Madrid. En virtud de un convenio urbanístico celebrado en septiembre de 2011 entre el Ayuntamiento de Madrid y el Club, éste se comprometió a devolver ciertos bienes inmuebles. En el contexto de esta transacción, el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad de Madrid modificaron el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.

En diciembre de 2011 la Comisión Europea fue informada de la existencia de unas presuntas ayudas estatales en favor del Real Madrid en forma de una transmisión ventajosa de ciertos bienes inmuebles, por lo que en diciembre de 2013 inició un procedimiento de investigación. La Comisión llegó a la conclusión preliminar de que la compensación concedida al Real Madrid por el Ayuntamiento de Madrid en virtud del acuerdo transaccional de 2011 constituía una ayuda estatal en favor del Club, e invitó a España y a los interesados a que facilitaran información pertinente para determinar si la cesión al Real Madrid de la parcela B-32 con arreglo al convenio de ejecución de 1998 era efectivamente imposible para el Ayuntamiento de Madrid y sobre las potenciales consecuencias de esa imposibilidad con arreglo al Derecho español. La Comisión solicitó igualmente precisiones sobre el valor de las parcelas incluidas en el acuerdo transaccional de 2011 y en el convenio urbanístico de 2011. En su citada decisión de 4 de julio de 2016 la Comisión declaró incompatible con el mercado interior la ayuda estatal por importe de 18.418.054,44 euros, concedida ilegalmente el 29 de julio de 2011 por España al Real Madrid, infringiendo el artículo 108, apartado 3, del TFUE. La Comisión dispuso que España debía recuperar del Real Madrid la mencionada ayuda y estimó además que un operador en una economía de mercado en una situación comparable a la del Ayuntamiento de Madrid no habría celebrado el acuerdo transaccional de 2011. En primer lugar consideró que, habida cuenta de las incertidumbres jurídicas existentes en 2011 en torno a la cuestión de si el Ayuntamiento de Madrid era responsable de compensar al Real Madrid por no haber podido entregarle la parcela B-32 en virtud del convenio de ejecución de 1998, un operador en una economía de mercado en la misma situación que el

Ayuntamiento de Madrid habría recabado asesoramiento jurídico antes de suscribir el acuerdo transaccional de 2011, con el fin de determinar la probabilidad de ser efectivamente declarado responsable de ese incumplimiento, algo que el Ayuntamiento de Madrid no hizo. En segundo lugar, a su juicio, un operador en una economía de mercado en una situación similar a la del Ayuntamiento de Madrid no habría aceptado pagar al Real Madrid una compensación de 22.693.054,44 euros en virtud de tal convenio, puesto que esta cantidad superaba con creces el grado máximo de su responsabilidad jurídica por incumplimiento de la obligación de ceder la parcela B-32. La Comisión examinó en la decisión impugnada la tasación de los terrenos efectuada por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Madrid, así como la recogida en un informe del Ministerio de Hacienda español de 2011, la del informe que presentó el Real Madrid tras encargarlo a una consultora inmobiliaria y la del informe encargado por la Comisión a un centro de estudios inmobiliarios. Su conclusión fue que este último informe contenía una comparación detallada y cuidadosa y seleccionó como valor de la parcela B-32 en 2011 el estimado en dicho informe, que era de 4.275.000 euros. La Comisión concluyó que la cesión de terrenos entre el Real Madrid y el Ayuntamiento de Madrid constituía una ayuda de Estado, en la medida en que los terrenos afectados por la transacción se sobrevaloraron en 18,4 millones de euros.

El Real Madrid alegó que la Comisión (i) se equivocó al declarar que el acuerdo transaccional de 2011 dio lugar a una ventaja económica y, en consecuencia, a una ayuda de Estado en favor del Club; (ii) cometió graves errores de apreciación al basar su conclusión en un informe pericial carente de valor probatorio y rechazar el resto de tasaciones de la parcela B-32, y (iii) no estimó el valor de los inmuebles cedidos al Real Madrid en virtud del Acuerdo Transaccional de 2011 en concepto de indemnización, sino que aplicó el valor atribuido a los mismos por el Ayuntamiento, a pesar de que la propia Comisión rechazó de plano otras tasaciones (como la de la parcela B-32) realizadas por el Ayuntamiento con base en esta misma metodología.

En su sentencia, el Tribunal General anula la decisión de la Comisión.

El Tribunal General desestima las dos primeras alegaciones del Real Madrid. En cambio, considera que la Comisión no probó de modo satisfactorio que la medida de que se trata hubiese conferido una ventaja al Real Madrid. La concesión de una ventaja al beneficiario es una de las condiciones acumulativas necesarias para que una medida pueda ser calificada de ayuda de Estado. Al no cumplirse, la Comisión no podía considerar que hubo una ayuda de Estado ilegal.

El Tribunal General destaca que la Comisión reconoce haber examinado la posible existencia de una ayuda de Estado derivada de la compensación concedida por el Ayuntamiento de Madrid en el marco del acuerdo transaccional de 2011. Conforme a éste, las partes habían convenido que la compensación se llevaría a cabo sustituyendo la cesión de la parcela B-32 por la cesión al Real Madrid de otras parcelas por parte del Ayuntamiento, así como mediante la compensación

de sus deudas mutuas. El resultado había sido un crédito neto de 8,04 euros a favor del Real Madrid, adeudado por el Ayuntamiento. Por lo tanto, el acuerdo transaccional de 2011 no se refería únicamente al reconocimiento de la deuda derivada del hecho de que no se cediera la parcela B-32, sino que también estaba destinado a compensar al Club por ese hecho cediéndole otras parcelas y compensando deudas mutuas. El Tribunal General señala a este respecto que las parcelas cedidas en lugar de la parcela B-32 no fueron objeto de una tasación por parte de la Comisión, sino que ésta dio por buenos los valores que constaban en el acuerdo transaccional de 2011. El Real Madrid había puesto de relieve durante el procedimiento administrativo la diferencia entre los valores de las parcelas cedidas con arreglo a dicho acuerdo y el valor de las mismas indicado en el informe de la consultora inmobiliaria, y por ende de la posible sobrevaloración de esas parcelas. Además, el Club había subrayado que el informe del centro de estudios inmobiliarios no contenía ninguna tasación de dichas parcelas. Por lo tanto, el Tribunal General considera que, al ceñirse a examinar el valor de la parcela B-32, la Comisión no tuvo en cuenta todos los elementos de la operación controvertida y su contexto, como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así pues, no pudo cumplir con su obligación de llevar a cabo un análisis completo de todos los elementos pertinentes con el fin de demostrar no sólo la cuestión de la evaluación del importe de la ayuda, sino también —y sobre todo— la de la propia existencia de una ventaja derivada de la medida en cuestión considerada a la luz de todos sus elementos.

V. CONCLUSIÓN

De reiterada jurisprudencia se desprende que, para que una medida pueda, como ayuda de Estado, estar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE, en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia, bien entendido que todos estos requisitos deben cumplirse acumulativamente.

Centrándonos en el tercero de estos requisitos, esto es, la selectividad de la medida, ya desde antiguo, este criterio es una de las cuestiones más controvertidas en materia de ayudas de Estado, especialmente en el caso de las medidas fiscales.

En particular, el Tribunal de Justicia ha tenido que interpretar los términos «favoreciendo a determinadas empresas o producciones» utilizados en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, y determinar si la selectividad puede derivarse de la mera comprobación de que se ha establecido una excepción a un régimen común o «normal» de imposición o, si es necesario en todos los casos identificar igualmente una categoría de empresas, que son las únicas favorecidas por la medida que exceptúa el régimen común en cuestión.

Se desprende de las diversas sentencias del TJUE que a partir del momento en que una medida fiscal sea una excepción al régimen fiscal «normal» o de referencia y favorezca a las empresas que realizan las operaciones contempladas en perjuicio de otras que realizan operaciones análogas y que se encuentran, por consiguiente, en una situación equiparable, dicha medida es, por su propia naturaleza, discriminatoria o selectiva, salvo que la diferenciación creada por la medida se justifique por la naturaleza o la estructura general del sistema en que se inscribe. Asimismo, el hecho de que los requisitos exigidos a los operadores objeto de la medida fiscal de excepción sean relativamente fáciles de cumplir y que el beneficio de esta medida sea, por ello, accesible a numerosas empresas no cuestiona su carácter selectivo, sino únicamente el grado de selectividad.

Ahora bien, así en ese supuesto como en el de aquel en el que la medida no se aparta del régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro, corresponde a la Comisión probar este carácter selectivo; debe realizar un análisis completo de todos los elementos pertinentes con el fin de demostrar no sólo la cuestión de la evaluación del importe de la ayuda, sino también —y sobre todo— la de la propia existencia de una ventaja derivada de la medida en cuestión considerada a la luz de todos sus elementos.

Finalmente, huelga señalar que no obstante toda la jurisprudencia reseñada en este artículo, así como la restante existente, ello no empece para que el Tribunal de Justicia siga desarrollando el concepto de ayuda de Estado y profundizando en el criterio de la selectividad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBERS, M.: «Gibraltar: a rock solid interpretation of the selectivity criterion», *European State aid law quarterly*, vol. 16 (2017), n.º 3, págs. 495-499.

BENGOETXEA CABALLERO, J.: *El criterio de selectividad en relación con la fiscalidad regional directa y las ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)*, Concierto Económico vasco y Europa. 2007, págs. 401-438.

CALVO VÉRGEZ, J.: «Una nueva “vuelta de tuerca” al tratamiento del fondo de comercio financiero en el IS tras la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (Ass. C-20/15 y C-21/15)», en RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C., *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, 2018, págs. 175-193.

PANCI, L.: «Latest developments on the interpretation of the concept of selectivity in the field of corporate taxation» *European State aid law quarterly: EStAL*. Vol. 17 (2018), n.º 3, págs. 353-367.

SIGNES DE MESA, J. I.: «Ayudas de Estado y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Quoi de neuf?», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 66, 2016, págs. 99-136.

TEMPLE LANG, J.: «Autogrill España and Banco Santander: the Concept of “General” Tax Measures Clarified for State Aid», *European law review*, ISSN 0307-5400, n.º 5, 2015, págs. 763-768.

*(Trabajo recibido el 16/10/2019
y aceptado para su publicación el 28/10/2019)*

PROCEDIMIENTOS DE TRANSACCIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. REFLEXIONES SOBRE SU POSIBLE INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA

ÁLVARO PASCUAL MORCILLO

*Abogado
Socio, Baño León*

RESUMEN

Este artículo estudia determinadas facetas del procedimiento de transacción establecido en el Reglamento (CE) 773/2004 para los casos de cárteles de empresas, con el fin de analizar algunas cuestiones escogidas en relación con la posible inclusión de dicha figura en la Ley de Defensa de la Competencia.

Palabras clave: transacción, cárteles de empresa, procedimiento de transacción comunitario, Derecho de competencia.

SETTLEMENT PROCEDURES IN COMPETITION LAW. REFLECTIONS CONCERNING THEIR POSSIBLE INCLUSION IN SPAIN

ÁLVARO PASCUAL MORCILLO

*Lawyer
Partner, Baño León*

ABSTRACT

This article examines certain aspects of the transaction procedure established in Regulation (EC) 773/2004 for cartel cases, with the aim of analysing some selected issues regarding the potential inclusion of that procedure in Spain's competition law.

Keywords: transaction, cartel, Community transaction procedure, competition law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN COMUNITARIO. 1. Ámbito de aplicación. 2. Objeto y procedimiento de transacción. 2.1. Actividad exigida al interesado: admisión de responsabilidad y renuncia a garantías procesales. 2.2. Contraprestación de la Comisión Europea: reducción de la sanción.—III. CONSIDERACIONES DE PRINCIPIO EN RELACIÓN CON LA POSIBLE INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA EN ESPAÑA. 1. Inserción de la transacción comunitaria en las categorías dogmáticas del ordenamiento español. 1.1. Terminación convencional de procedimientos sancionadores. 1.2. Terminación convencional y transacción. 2. Necesidad de proporción entre la sanción y la reducción. 3. Control jurisdiccional.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la competencia es uno de los campos del Derecho administrativo sancionador en los que mayor nivel de detalle alcanza el régimen sancionador en su vertiente aplicativa. Hablamos de esa vertiente porque no nos referimos a la tipificación de infracciones y sanciones: obviamente, existen otras normas administrativas que no solo contienen catálogos de infracciones mucho más profusos, sino que son también considerablemente más prolijas al determinar los distintos tipos objetivos de infracción (en contraste con la inevitable llamada a conceptos jurídicos indeterminados en los tipos de las normas de competencia). Aludimos, por el contrario, a los distintos mecanismos que en esta rama del Derecho, ya sea en España o en el ámbito comparado, otorgan a la Administración una gran flexibilidad —utilicemos de momento esta expresión genérica, que concretaremos más adelante— a la hora de determinar e imponer la sanción por infracciones, formalmente constatadas o meramente sospechadas, de las normas sustantivas de defensa de la competencia.

En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, «LDC»), esos mecanismos son principalmente dos¹.

¹ Decimos principalmente porque en la LDC se pueden encontrar otras manifestaciones, más sutiles, de esa flexibilidad; en el procedimiento, por ejemplo. Así, la información reservada que puede realizarse con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen dicha incoación, es un trámite que en otras normas administrativas sancionadoras (singularmente, las disciplinarias) no ha suscitado grandes debates. En cambio, en el ámbito de la defensa de la competencia (lo prevé expresamente el artículo 49.2 de la LDC), dicho trámite ha adquirido en la práctica una sustantividad propia, al haber descubierto la CNMC en él un medio muy eficaz de realizar un análisis previo de un volumen de prueba normalmente muy cuantioso, sin sujeción a los plazos y garantías propias del procedimiento sancionador; siendo así que la ausencia de publicidad y la no sujeción a plazo permite además a la CNMC influir en cierta medida en la presentación de segundas y sucesivas solicitudes de clemencia. Sobre esta cuestión, *vid.* PASCUAL MORCILLO, Álvaro: «La información reservada. ¿Un

Por una parte, el artículo 52 de la LDC permite al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, «CNMC»), a propuesta de la Dirección de Investigación de dicho organismo, «resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público». Acudiendo a la terminación convencional, la CNMC declina ejercer la potestad sancionadora —concretamente, pone fin al procedimiento sancionador sin pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia de infracción— a cambio de que el interesado asuma determinadas obligaciones que resuelvan las posibles restricciones de competencia identificadas por aquélla. Nótese que la CNMC tiene declarado que no terminará convencionalmente los procedimientos sancionadores cuando se investigue una conducta que se agote en sí misma (es decir, una conducta pasada que ya no hace falta interrumpir) o un cártel².

En el ámbito del Derecho sancionador de la competencia (hacemos esta puntualización porque, como veremos, la terminación convencional se permite con carácter general en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Organización y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), la figura de la terminación convencional es importación a nuestro Derecho de la herramienta que pocos años antes incorporó el Derecho comunitario, a través del artículo 9 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; en adelante, «TFUE»).

La otra figura a la que aludimos es la comúnmente conocida como «clemencia» o —por utilizar una expresión no solo más precisa, sino también despojada de una cierta significación autoritaria, pues no se trata de un perdón graciosamente otorgado— exención o reducción de multas a aquellas empresas o personas que aporten elementos de prueba sobre unas determinadas infracciones de la LDC, concretamente las de su artículo primero y, dentro de éste, únicamente los cárteles de empresas³.

Dicha posibilidad (exención o reducción de la sanción a cambio de la incriminación propia y ajena), expresamente reconocida en los artículos 65 y 66 de la LDC, es también resultado de la incorporación de este instituto a nuestro Derecho

mero “trámite”?), en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia 2014*, Civitas/Thomson Reuters, 2014.

² «Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores», publicada por la CNMC en octubre de 2011.

³ Según se definen en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC. Sobre las controversias que han acompañado a dicha definición y que finalmente han conducido a la modificación del precepto, vid. BERENGUER FUSTER, Luis: «El nuevo concepto de cártel en la Ley de Defensa de la Competencia tras el Real Decreto Ley 9/2017», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Coord.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia 2018*, Civitas/Thomson Reuters, 2018.

interno en procedencia del Derecho comunitario⁴, el cual a su vez adoptó la figura a la vista de su probada eficacia en el Derecho norteamericano.

Es en este escenario donde se ha venido planteando la necesidad o no de añadir más instrumentos a la panoplia de los que, como acabamos de ver, ya se encuentran a disposición de la CNMC a efectos de obtener, en cada caso y con los requisitos que marca la ley, algún tipo de colaboración por parte del interesado a cambio de no imponer sanción o imponer una sanción reducida. Concretamente, algunos autores⁵ se han pronunciado a favor de la incorporación de otra figura más en procedencia del Derecho comunitario de la competencia: los llamados «procedimientos de transacción», figura que permite, en los procedimientos sancionadores de aplicación del artículo 101 del TFUE en casos de cártel, que la Comisión Europea y cada uno de los interesados lleguen a un entendimiento sobre el alcance de la infracción, así como respecto a la horquilla en la que se inscribirá la sanción resultante, sobre la base del cual el interesado se compromete a cooperar en la tramitación del procedimiento y obtiene a cambio una reducción del 10% sobre la sanción. A esta figura (a la que por comodidad expositiva nos seguiremos refiriendo como «procedimiento de transacción») dedicamos los siguientes apartados de este trabajo.

II. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN COMUNITARIO

Para valorar la posible inclusión de la figura del procedimiento de transacción en la LDC —y dado que previsiblemente dicha inserción se basaría en gran medida, como ha sucedido con la terminación convencional y con la clemencia, en el modelo comunitario— conviene entrar en el detalle de dicho procedimiento, pues contiene muy interesantes peculiaridades, tanto en lo relativo a sus aspectos procedimentales como respecto al contenido de la transacción propiamente dicha.

El procedimiento de transacción se incorpora al Derecho comunitario de la competencia por el Reglamento (CE) 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) 773/2004 en lo que respecta

⁴ Los requisitos y procedimiento para la exención y reducción de multas por infracción de las normas comunitarias de competencia se detallan en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (*Diario Oficial de la UE* 2006/C 298/11), modificada por otra Comunicación de 2015 (*Diario Oficial de la UE* 2015/C 256/01).

⁵ MAÍLLO, Jerónimo: «Transacciones en casos de cártel en la UE y en España: logros y expectativas, beneficios y riesgos», en CASES, Lluís (Dir.): *Anuario de la competencia 2017*, Fundación ICO/Marcial Pons 2018, pág. 161; DE GUINDOS TALAVERA, Beatriz: «Propuestas de reforma de la Ley de competencia», en *Regulación de mercados y competencia, Revista de Economía ICE*, núm. 905, noviembre-diciembre 2018, pág. 121. Para un punto de vista más matizado, vid. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María: «La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2016*, Fundación ICO/Marcial Pons 2016, pág. 441.

al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel⁶. La nueva redacción del Reglamento CE 773/2004 viene acompañada por la adopción, también en 2008, de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo en casos de cártel (en adelante, la «Comunicación»)⁷. Tanto las disposiciones del Reglamento (CE) 773/2004 relativas a la transacción como la Comunicación fueron objeto de algunas modificaciones en 2015, entre otros propósitos para reforzar los incentivos a la presentación de solicitudes de transacción mediante la limitación de los derechos de acceso al expediente por parte de terceros a efectos fundamentalmente de su utilización en acciones civiles de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la infracción de las normas comunitarias de competencia⁸.

1. Ámbito de aplicación

El título del artículo 10 bis del Reglamento (CE) 773/2004 aclara que el procedimiento de transacción se prevé únicamente para los cárteles, es decir, solo una de las posibles tipologías de infracción del artículo 101 del TFUE (por oposición a otros acuerdos horizontales, así como a los acuerdos verticales)⁹. Nótese que este procedimiento no es incompatible con el de exención o reducción de sanciones, por lo que el solicitante de clemencia exitoso puede beneficiarse de una reducción adicional de la multa si se dan los presupuestos del artículo 10 bis del Reglamento (CE) 773/2004¹⁰.

En cambio, la transacción es incompatible con el procedimiento de terminación convencional porque en ésta la decisión que pone fin al procedimiento no se pronuncia sobre la existencia o inexistencia de infracción, mientras que en la transacción se parte del presupuesto de la comprobación de la infracción. Además, dado que el procedimiento de transacción solo se prevé para los casos de cártel, tampoco cabría presentar compromisos, pues en esos casos no solo se está,

⁶ Como su propio nombre indica, el Reglamento (CE) 773/2004, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, es la norma que regula el procedimiento de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE ante la Comisión Europea, en desarrollo del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁷ *Diario Oficial de la UE* 2008/C 167/01.

⁸ Reglamento (UE) 2015/1348, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE; Comunicación de la Comisión — Modificación de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo en casos de cártel (*Diario Oficial de la UE* 2015/C 256/02).

⁹ Si bien la Comisión ha otorgado reducciones de multa en asuntos verticales en atención a la colaboración del interesado (por ejemplo, en la Decisión de 17 de diciembre de 2018, asunto AT.40428 – Guess).

¹⁰ Apartado 33 de la Comunicación.

normalmente, ante una infracción ya consumada y agotada, sino que además en nada o muy poco puede remediarse un cártel de empresas¹¹.

Por otra parte, la reserva del artículo 10 bis del Reglamento (CE) 773/2004 únicamente a los cárteles impide también a la Comisión Europea acudir al procedimiento de transacción en relación con los abusos de posición dominante, prohibidos por el artículo 102 del TFUE. Esta es una opción del legislador comunitario, pues en principio nada impide a un órgano de competencia transar en casos de abuso de posición de dominio, como de hecho es posible en algunos Estados miembros de la Unión Europea¹².

A este respecto, es interesante mencionar las cuestiones que plantea el caso *Alstoft Recycling*¹³, un procedimiento sancionador por abuso de posición dominante que culmina con una Decisión de la Comisión Europea que, aun cuando declara la comisión de una infracción del artículo 102 del TFUE e impone un remedio estructural a dicha empresa (concretamente, la desinversión de ciertos activos), le reduce la sanción por su cooperación en el procedimiento (cooperación consistente precisamente en proponer el remedio finalmente impuesto por la Comisión).

Desde un punto de vista formal, no estamos ante una terminación convencional en el sentido del artículo 9 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, puesto que el procedimiento termina con la declaración de la existencia de infracción y la imposición de una multa; en cambio, si no es una transacción (reducción de la sanción en reconocimiento a la cooperación facilitada por la parte), se le parece mucho. Sin embargo, la reducción de la sanción a la vista de la cooperación ofrecida por la parte no se basa en el artículo 10 bis del Reglamento (CE) 773/2004 (puesto que dicho precepto solo permite la transacción en casos de cártel), sino en la previsión genérica que contienen las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas impuestas por infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado¹⁴, cuyo apartado 29, inciso cuarto, permite a la Comisión apreciar una circunstancia atenuante y reducir en consecuencia el importe de la sanción cuando el interesado «coopere efectivamente con la Comisión, fuera del ámbito de aplicación de la

¹¹ Vid. apartado 116 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE, *Diario Oficial de la UE* 2011/C 308/06.

¹² En Francia, por ejemplo, la *procédure de transaction* está regulada en el artículo L. 464-2 III del *Code de commerce*, introducido por la *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* (Ley «Macron») de 6 de agosto de 2015, que viene a sustituir a la anterior *procédure de non-contestation des griefs*, siendo así que la *Autorité de la Concurrence* considera que dicho precepto le permite hacer uso del procedimiento de transacción en relación no solo con infracciones de sus normas nacionales de defensa de la competencia, sino también con las de los artículos 101 y 102 del TFUE (*Communiqué de procédure du 21 décembre 2018 relatif à la procédure de transaction*, disponible en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cque_transaction_dec18.pdf, apartado 7).

¹³ Decisión de 20 de septiembre de 2016, asunto AT.39759 — ARA Foreclosure.

¹⁴ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1/2003 (*Diario Oficial de la UE* 2006/C 210/02).

Comunicación sobre la clemencia y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar».

Desde una perspectiva material, en cambio, el caso *Alstoft Recycling* se aproxima más a una terminación convencional que a una transacción (entendida ésta como reducción de la sanción por la cooperación de la parte durante el procedimiento consistente en no negar los hechos), en la medida en que la justificación última de la reducción de la sanción no reside en la aceptación de los hechos, sino en el remedio ofrecido por la parte. Sin embargo, al subsistir la declaración de infracción a pesar del ofrecimiento de compromisos y al contrario que en una terminación convencional normal, se plantean interesantes cuestiones respecto a la futura repetición de esta técnica e incluso su plasmación formal en el Reglamento (CE) 773/2004, puesto que se reducen los incentivos de la parte para proponer remedios y también resulta difícil prever si ello redundará en una menor litigiosidad en relación con la decisión adoptada.

Por lo demás, como ya hemos mencionado al hablar de los cárteles, la combinación de una sanción reducida con la declaración de obligatoriedad de compromisos ofrecidos por el interesado solo tendría sentido en un caso de abuso de posición dominante que subsistiera en el momento de terminar el procedimiento sancionador y no en el supuesto de infracciones ya agotadas.

2. Objeto y procedimiento de transacción

El Reglamento (CE) 773/2004, ya desde su título y sus apartados 1 y 2, evita distinguir claramente entre, por una parte, el objeto de la posible transacción entre la Comisión Europea y el interesado en un procedimiento sancionador por cártel y, por otra, el procedimiento que debe seguirse para llegar a tal acuerdo.

Es posible deducir de una lectura completa de dicho Reglamento que el objeto de la transacción se circunscribe, por parte del interesado, a que éste —si es que quiere beneficiarse de la reducción de la multa— reconozca expresamente la infracción y su participación en la misma¹⁵, así como renuncie total o parcialmente a una serie de garantías procesales (información sobre la acusación, acceso al expediente, derecho de audiencia e idioma del pliego de cargos)¹⁶. Por parte de la Comisión Europea, en reconocimiento a la colaboración descrita, una vez calcu-

¹⁵ No cabe entender cumplido este requisito cuando la parte se limita a contestar los requerimientos de información formulados por la Comisión y a no negar los hechos. Así se deduce analógicamente de lo que ha declarado el Tribunal General respecto a la posibilidad de apreciar una circunstancia atenuante en ese caso (sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08 *Putters International NV c. Comisión*, apartado 85). Por lo demás, dado que el procedimiento de transacción exige una admisión expresa de la infracción y la colaboración de la parte en muchos más aspectos del procedimiento que la mera contestación a los requerimientos de información, difícilmente podrá alegarse una colaboración de esa naturaleza a efectos de beneficiarse de la reducción de sanción propia del procedimiento de transacción.

¹⁶ Apartado 20 de la Comunicación.

lada la multa con arreglo a las directrices para el cálculo de multas¹⁷, habiéndose respetado el límite máximo del 10% del volumen de negocios de la empresa en el ejercicio anterior¹⁸, se reducirá su importe en un 10%.

Sin embargo, es en el análisis del procedimiento donde encontraremos los matices que nos llevarán a una más precisa definición de la naturaleza de la transacción como forma de terminación del procedimiento sancionador de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

2.1. *Actividad exigida al interesado: admisión de responsabilidad y renuncia a garantías procesales*

El que la norma prevea la autoinculpación (como sucede, de manera más o menos directa, en el ámbito de la clemencia) no plantea problemas de compatibilidad con el artículo 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE desde el momento en que dicha autoinculpación es voluntaria. Dicha asunción de responsabilidad, en todo caso, no exime a la Comisión Europea de la carga de probar la infracción, lo cual se traduce en la necesidad de adoptar un pliego de cargos¹⁹ y, posteriormente, una Decisión motivada respecto a la existencia de infracción; tampoco le libera de motivar el cálculo de la sanción²⁰.

La Comunicación parte de la rotunda afirmación de que «la Comisión, en tanto que autoridad investigadora y guardiana del Tratado habilitada para adoptar decisiones de aplicación de la legislación sujetas a control judicial por parte de los tribunales comunitarios, no negocia la existencia o inexistencia de una infracción de la legislación comunitaria ni la sanción que debe imponerse» (apartado 2)²¹. Sin embargo, no se puede obviar que existe un cierto margen, si no para la negociación, al menos sí para que el interesado ponga de manifiesto ciertas cuestiones que puedan llevar a la Comisión a acotar la imputación y, consiguientemente, modular la sanción; esta es realmente la faceta más interesante de este procedimiento.

¹⁷ Apartado 32 de la Comunicación.

¹⁸ Artículo 23.2 del Reglamento (CE) 1/2003.

¹⁹ Artículo 10 bis, apartado 3, del Reglamento (CE) 773/0004.

²⁰ Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2016, asunto T-95/15 Printeos y otros c. Comisión, apartados 32 a 58.

²¹ Esta declaración de principios pretende subrayar la diferencia fundamental que la propia Comisión Europea se ha encargado de enfatizar en múltiples foros, entre el procedimiento comunitario de transacción y el *plea bargaining* norteamericano, consistente en que la transacción es un mecanismo que permite acortar y simplificar la tramitación del procedimiento sancionador previa constatación material y formal (mediante el pliego de cargos) de la infracción por parte de la Comisión, mientras que el *plea bargaining* es esencialmente un mecanismo de investigación que permite al interesado que, por llegar en segundo lugar, no ha podido beneficiarse de la clemencia, obtener reducciones de pena a cambio de la admisión de determinados hechos.

Ello es así particularmente en la fase inmediatamente anterior al inicio formal del procedimiento (que en Derecho comunitario se produce directamente con el pliego de cargos), período en el que tanto el artículo 10 bis del Reglamento (CE) 773/2014 como los apartados 14 a 17 de la Comunicación permiten un tanteo previo entre la Comisión y los interesados respecto a la posibilidad de emprender el camino de la transacción. Empleamos la palabra «tanteo» porque se trata justamente de eso: el intento de averiguar si la otra parte estaría dispuesta a llegar a un acuerdo en los términos en que se le presenta. De ahí que los citados apartados de la Comunicación describan una concatenación de trámites acompañada de un gran aparato formal, si bien impregnada en el fondo de una enorme flexibilidad.

Así, se lee que «si alguna de las partes [...] solicita el inicio de conversaciones con vistas a una transacción», la Comisión «podrá decidir proseguir el procedimiento de transacción mediante contactos bilaterales» (apartado 14), contactos que, se nos aclara, consisten en «conversaciones» (apartado 15); si dichas conversaciones progresan (no se sabe en qué sentido), entonces la Comisión puede divulgar a la parte los elementos probatorios del expediente y «la multa potencial» (apartado 15 también). Los interesados podrán entonces «hacer valer de forma efectiva su opinión sobre las objeciones potenciales en su contra y tomar una decisión fundada sobre la conveniencia o no de la transacción» (apartado 16)²². La cristalización de este tanteo se produce, por fin, «cuando los progresos alcanzados durante las conversaciones con vistas a la transacción lleven a un entendimiento común sobre el alcance de las objeciones potenciales y la estimación de la franja en que se situarán las probables multas de la Comisión» (apartado 17); es entonces, siempre que «la Comisión considere preliminarmente a la luz del avance general alcanzado que resulta probable obtener eficiencias procedimentales» (apartado 17), cuando se concede a la empresa la posibilidad de presentar una solicitud formal de transacción con el contenido reglado en el apartado 20 de la Comunicación; solicitud que es irrevocable por la parte (apartado 22).²³ A partir de ese momento, el procedimiento se simplifica y acelera: se adopta el pliego de cargos (que se ha podido ir elaborando durante las citadas conversaciones y cuyo nivel de detalle se ha podido modular en atención a la expectativa de acuerdo), el interesado simplemente confirma expresamente que dicho pliego refleja el contenido de su solicitud²⁴ y la Comisión adopta una decisión poniendo fin al procedimiento.

²² Nótese que la flexibilidad a la que aludimos está no sólo en el procedimiento en su conjunto, sino en la propia definición de cada uno de sus trámites: parece que la referencia a «hacer valer de forma efectiva su opinión» debe interpretarse en el sentido habitual de que la parte puede, sencillamente, presentar alegaciones, pero la paráfrasis es realmente curiosa.

²³ Que toda esta sucesión de trámites, con las evidentes consecuencias que tienen sobre los derechos y garantías de los interesados en un procedimiento de naturaleza sancionadora, se plasme en unas directrices es, como mínimo, llamativo; dice mucho, desde luego, de la escasa distancia que separa en el Derecho comunitario a la *soft law* de la ley propiamente dicha.

²⁴ Si no es así, se tiene por no realizada la solicitud de transacción, que no podrá utilizarse como prueba contra ninguno de los interesados y se retoma el procedimiento sancionador normal.

En definitiva, el procedimiento descrito en la Comunicación permite, al menos en cierta medida, que la Comisión y los interesados acuerden la definición concreta de la infracción y, correlativamente, la cuantía de la sanción, por mucho que insista la Comunicación en que la Comisión no negocia dichas cuestiones. Como mínimo, puede afirmarse que no se conviene por mera adhesión del interesado a la propuesta que le formula la Administración, sino que aquél tiene la oportunidad de discutir en una muy limitada medida —sería ilusorio pretender otra cosa— algunos extremos de su responsabilidad individual (no, por ejemplo, la *configuración general* del cártel en cuanto a su ámbito geográfico, de producto y temporal). Esta discusión sobre los perfiles concretos de la imputación parece lógica en los casos de cártel por comparación con otros tipos de infracciones administrativas mucho menos complejas en cuanto a su ámbito subjetivo, material y temporal.

El corolario de la admisión de responsabilidad en los términos descritos es la renuncia del interesado a las garantías procesales antes mencionadas: una vez admitida la responsabilidad por la infracción no tiene sentido defender lo contrario en el seno del mismo procedimiento administrativo. Ahora bien, la cuestión es si dicha renuncia debe extenderse a una posterior impugnación de la decisión ante los Tribunales, pues *a priori* ello chocaría con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 47 de la Carta.

Desde luego, permite dicha impugnación el artículo 263 del TFUE, que somete todos los actos de la Comisión Europea, sin distinción, al control de legalidad del Tribunal de Justicia; también el artículo 31 del Reglamento (CE) 1/2003 en relación con el artículo 261 del TFUE, en la medida en que los procedimientos de transacción culminan con la imposición de una sanción, si bien reducida. La propia Comunicación lo reconoce en su apartado 41.

El alcance práctico de este derecho plantea más dudas: una vez que el interesado ha reconocido voluntariamente su participación en la infracción, difícilmente podrá sostener en un eventual recurso ante los Tribunales lo contrario de lo libremente aceptado ante la Comisión Europea. Podrá, sin embargo, poner de manifiesto con más probabilidad de éxito otras infracciones del ordenamiento jurídico por parte de la Comisión Europea, particularmente en cuestiones de procedimiento. Ello incluye el propio procedimiento de transacción: una cosa es que no tenga coherencia rebatir la infracción ya admitida y otra distinta es que el procedimiento en el que se ha realizado dicha admisión adolezca de algún defecto capaz de invalidar la decisión.

Así sucede, por ejemplo, con el control de arbitrariedad. La Comisión dispone de un margen discrecional no solo a efectos de apreciar la idoneidad de iniciar el procedimiento de transacción²⁵ y de determinar «la idoneidad y el ritmo

²⁵ Sentencia del Tribunal General de 20 de abril de 2015, asunto T-456/10, Timab Industries y CFPR c. Comisión, apartado 64; en el mismo sentido se expresa, si bien en un *obiter dictum*, la

de las conversaciones bilaterales mantenidas con cada empresa con vistas a la transacción»²⁶, sino incluso a efectos de poner fin al procedimiento una vez iniciado e incluso cuando se encuentra en un estado muy avanzado.

En efecto, conforme al apartado 27 de la Comunicación, la Comisión puede adoptar un pliego de cargos que no refleje el contenido de las solicitudes de transacción presentadas por las partes (las cuales, recordémoslo, se presentan teniendo en cuenta el «entendimiento común» entre la Comisión y la parte que prevé el apartado 17 de la Comunicación como base para la solicitud de transacción). Es más, conforme al apartado 29, la Comisión puede adoptar una decisión que se aparte de la posición preliminar que haya expresado en un pliego de cargos que suscriba las solicitudes de transacción de las partes, una vez adoptado tanto dicho pliego de cargos como el dictamen del Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas. Es posible que en estos casos de abandono del procedimiento, cuando en un principio se daban todos los requisitos para la transacción y la propia Comisión había decidido emprender esa vía, se reduzca el ámbito de discrecionalidad de la Comisión y sea más factible, teóricamente, impugnar dicha decisión ante los Tribunales con más fortuna que cuando se impugna la no iniciación del procedimiento²⁷.

2.2. *Contraprestación de la Comisión Europea: reducción de la sanción*

La Comisión decide si ofrece al interesado la posibilidad de transar. No existe, como ya hemos visto, un derecho subjetivo a la transacción. Por otra parte, aunque la Comisión debe respetar el principio general de igualdad de trato ofreciendo a todas las partes la posibilidad de transar (apartado 6 de la Comunicación), no tiene por qué acabar transando efectivamente con todas ellas, si bien eso es lo más interesante a efectos de obtener las ventajas prácticas que se predicen del procedimiento; ventajas que se reducen cuando alguno de los interesados renuncia a la transacción y opta, al contrario que el resto de empresas, por la continuación normal del procedimiento sancionador (supuesto en el que nos encontramos ante los denominados casos «híbridos»)²⁸. En todo caso, la Comunicación permite expresamente a la Comisión optar por finalizar el procedimiento de transacción prácticamente a cada paso de éste.

Con la sanción sucede lo mismo que con la infracción: aun cuando se niega categóricamente su negociación, se prevé la celebración de «conversaciones» que

sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2011, asunto T-343/08 *Arkema France c. Comisión*, apartado 191.

²⁶ Apartado 15 de la Comunicación.

²⁷ Como ejemplo, véase en la sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2016, asunto T-265/12, *Schenker c. Comisión* (apartados 430 a 438) el fallido despliegue de argumentos frente a la decisión de la Comisión Europea de no iniciar el procedimiento de transacción en aquel caso.

²⁸ Sobre los problemas que plantean esos casos, *vid.* ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María: *op. cit.*, pág. 449.

pueden llevar a una reducción de la que inicialmente correspondería, en función de que dichas conversaciones lleven a acotar el ámbito de la imputación respecto a la hipotéticamente formulada por la Comisión.

Por lo demás, conviene realizar varios apuntes sobre el importe de la reducción de la multa en los procedimientos de transacción. Aunque una reducción del 10% no parezca a priori especialmente incentivadora de la transacción, téngase en cuenta que esta reducción puede resultar muy sustanciosa, en términos absolutos, en aquellos cárteles que se prolongan durante un largo período de tiempo y que por tanto conllevan una sanción muy elevada.

Por otra parte, la reducción del 10% es lógicamente menor que la que se puede obtener en el marco de la clemencia, por la obvia razón de que en la transacción la admisión de responsabilidad se produce una vez que la Comisión Europea ha investigado y puesto de manifiesto los hechos al interesado, mientras que en la clemencia es el solicitante de exención o reducción de la multa el que pone los hechos en conocimiento de la Comisión.

Finalmente, cabe preguntarse si la Comisión puede conceder una reducción inferior al 10%. Aunque la Comunicación parece estricta en su planteamiento al establecer que la Comisión «reducirá en un 10% el importe de la multa» (apartado 32), si no existe un derecho subjetivo del interesado a la transacción y acogiéndonos al aforismo de que el que puede lo más puede lo menos, nada impide que la Comisión conceda una reducción inferior, si bien ello es improbable en la práctica, puesto que sería reflejo de una menor cooperación de la parte que reduciría en gran medida el valor de la transacción para la Comisión. En todo caso, como es obvio, la decisión de reducir la multa menos de un 10% debería ser motivada.

II. CONSIDERACIONES DE PRINCIPIO EN RELACIÓN CON LA POSIBLE INTRODUCCIÓN DE LA FIGURA EN ESPAÑA

1. Inserción de la transacción comunitaria en las categorías dogmáticas del ordenamiento español

1.1. Terminación convencional de procedimientos sancionadores

Como ya hemos mencionado, el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, permite a las Administraciones Públicas poner fin a los procedimientos mediante la celebración de convenios con otras Administraciones²⁹ o con sujetos de Derecho privado, siempre que el convenio no afecte a materias no susceptibles de transacción y con ello se satisfaga el interés público encomendado a esa concreta Administración Pública.

²⁹ Esto es relevante por existir supuestos en los que se ha sancionado a órganos de la Administración por infringir la LDC o coadyuvar a la infracción de sujetos privados.

Dogmáticamente se admite que la Administración pueda acudir al pacto como alternativa al acto administrativo a efectos de la resolución del procedimiento administrativo, incluido el sancionador y en particular el de defensa de la competencia³⁰. El ejemplo que primero nos viene a la mente es precisamente la terminación convencional del artículo 52 de la LDC. En el ámbito sancionador, esta posibilidad es especialmente útil si se admite la relevancia del principio de oportunidad, pero también del de eficacia, en el ejercicio de la potestad sancionadora; principios estos que modulan, en este como en otros campos del Derecho administrativo sancionador, la estricta aplicación del principio de legalidad en el ejercicio del *ius puniendi*, el cual exigiría que, una vez incoado el procedimiento sancionador, se sancionara en todo caso al responsable por los hechos que quedarán subsumidos en el tipo correspondiente.

En el campo concreto de la defensa de la competencia, la existencia de mecanismos que antes hemos denominado «de flexibilidad» responde a varias causas, la más directa e inmediata de las cuales, como hemos expuesto en apartados anteriores en relación con la terminación convencional y la clemencia, es la importación a nuestro ordenamiento de instrumentos que han demostrado sobradamente su utilidad para los órganos administrativos competentes para una aplicación no solo más plena, sino también más eficaz, de las normas de defensa de la competencia.

En efecto, son razones de utilidad las que justifican la clemencia, dada su eficacia para poner en conocimiento de la Administración las conductas que no sólo son consideradas las más perjudiciales para el bien jurídico protegido por la LDC (los cárteles de empresas), sino que además suelen ser las más difíciles de detectar; y son también consideraciones de orden pragmático, particularmente en los casos en los que la infracción es poco clara, las que se encuentran tras la renuncia a sancionar a cambio de que el interesado se obligue a modificar su conducta en el mercado en el sentido acordado con la Administración.

A su vez, la utilidad y consiguiente idoneidad —para la Administración en todo caso, y para los administrados en función de las circunstancias— de incorporar dichos instrumentos al Derecho sancionador de competencia es consecuencia de las especiales características de éste.

Una de ellas es, sin duda, la ya señalada indeterminación de los tipos de infracción, particularmente cuando esos tipos genéricos se enfrentan cada vez con mayor frecuencia a una progresiva sofisticación de los modelos de negocio, difícilmente comparables a los casos clásicos de cártel o de restricciones verticales (piénsese, por ejemplo, en las llamadas «plataformas» y los «mercados de dos caras», las restricciones de competencia en los mercados *online*, etc.). Ante esas

³⁰ HUERGO LORA, Alejandro: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas 1998; BAÑO LEÓN, José María: «Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Dir.): *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pág. 255.

realidades, es comprensible que la Administración se contente con acordar con el interesado una serie de obligaciones básicas y espere a conocer la evolución del mercado antes de decantarse por sancionar, con el riesgo no solo de impugnación ante los Tribunales, sino, sobre todo, de coartar conductas o influir en situaciones que, a largo plazo, puedan resultar beneficiosas para la competencia (los denominados «falsos negativos»).

También conduce a la utilización de estos instrumentos la elevada cuantía de las sanciones, característica del Derecho de la competencia (si bien, cada vez más, otros ámbitos del Derecho administrativo sancionador también contemplan multas muy sustanciales); en efecto, a mayores sanciones, mayores incentivos para la presentación de solicitudes de clemencia, como es obvio, pero también (tanto para el interesado como para la propia Administración) para la terminación convencional de los procedimientos sancionadores evitando largos y costosos litigios ulteriores.

Consideraciones parecidas a las que justifican la clemencia y la terminación convencional sirven, obviamente, de apoyo a los que se muestran a favor de introducir la transacción de manera expresa en la LDC.

1.2. *Terminación convencional y transacción*

Admitido el convenio como modo de terminación del procedimiento administrativo sancionador nada impide, conceptualmente, que dicho convenio incluya acordar el importe de la sanción³¹. En el ámbito de la defensa de la competencia siguió este razonamiento, con expresa mención al artículo 52 de la LDC, el extinto Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia durante una época en la que resolvió algún procedimiento sancionador de aplicación de la LDC previa propuesta de multa por parte del interesado³². A nuestro entender, el recurso del Tribunal Vasco a la figura de la terminación convencional para pactar la sanción era correcto conceptualmente, pero se enfrentaba a la literalidad del artículo 52 de la LDC, que exige que la parte presente compromisos que resuelvan los efectos anticompetitivos de la conducta (cosa que no se consigue pactando una sanción, que es retribución de una infracción pasada).

Por tanto, una primera opción para la integración de la transacción comunitaria en nuestro ordenamiento sería la de ampliar los supuestos en los que cabe la terminación convencional del artículo 52 de la LDC para incluir aquellos en los que se verifica la infracción (y por tanto existirá una declaración formal en ese

³¹ Así lo deduzco de BAÑO LEÓN, José María: «Artículo 52. Terminación convencional», en MASSAGUER FUENTES, José; SALA ARQUER, José Manuel; FOLGUERA CRESPO, Jaime y GUTIÉRREZ, Alfonso (Dirs.): *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 5.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, 2017.

³² Resoluciones de 30 de diciembre de 2008, Expediente 03/2008, ASFALTOS-ASFALTOAK y de 20 de mayo de 2009, Expediente 01/2009 HIRU.

sentido) y simplemente se pacta la sanción; o se podría directamente tener un artículo 52 que no condicionara en modo alguno los supuestos en los que la CNMC pudiera terminar convencionalmente los procedimientos sancionadores, dando así cabida no solo a la terminación convencional y a la transacción (entendida cada una en el sentido explicado hasta ahora), sino también a otros posibles pactos, incluidos los que supusieran una mezcla de ambas técnicas.

La otra opción existente es la del artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que permite con carácter general la terminación del procedimiento de carácter sancionador con reducción de la sanción en caso de que el infractor reconozca su responsabilidad y proceda al pago en cualquier momento anterior a la resolución. Esta previsión, novedosa respecto al régimen de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, generaliza una posibilidad que no es en absoluto extraña en normas administrativas especiales; los ejemplos más conocidos de esta técnica —cuya constitucionalidad queda fuera de toda duda desde la tantas veces citada sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, relativa a la conformidad con las actas de inspección en el ámbito fiscal— son los de las normas tributarias, las relativas a infracciones del orden social y las de tráfico de vehículos a motor y seguridad vial.

La aplicación de esta norma en los procedimientos sancionadores de la LDC, en cambio, parece más problemática.

Es cierto que *a priori* lo permite el artículo 45 de la LDC, que prevé la aplicación supletoria de —hoy— la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a dichos procedimientos³³. Sin embargo, si el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es elevación a categoría de una posibilidad que en las normas especiales parece encontrar su justificación en la gestión de las infracciones masivas —y de ahí que su apartado 3 prevea la reducción de la sanción por adhesión del particular a la sanción propuesta— entonces no parece ser el patrón sobre el que diseñar la transacción en España, si es que su naturaleza debe ser la de la transacción del Derecho comunitario: como hemos visto, por mucho que la Comisión insista en que no negocia ni la imputación ni la sanción, en realidad todo el procedimiento de transacción está dirigido a negociar —en un grado muy limitado, no nos engañemos— los contornos de la infracción y la horquilla de la sanción, yendo más allá de una mera adhesión a una propuesta de multa.

³³ Siendo el correlativo de dicho precepto el artículo 11 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En mi opinión, no impide dicha aplicación supletoria el que el inciso primero de la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establezca, con mejorable redacción, que «los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales». Esta disposición adicional, corolario del artículo 1.2 de la Ley, se refiere, como éste, a la existencia o inexistencia de «trámites» adicionales en los procedimientos especiales, por lo que no creo que quepa entenderla referida a la reducción de la sanción, prevista con vocación de generalidad en el artículo 85.

2. Necesidad de proporción entre la sanción y la reducción

Precisamente la evocación de los ejemplos de transacción ya existentes en nuestro ordenamiento, y en particular el de las normas de tráfico, nos lleva a nuestra siguiente reflexión: la de si es exigible, desde algún punto de vista, una cierta proporción entre la sanción y la reducción obtenible en caso de admisión de los hechos.

Siguiendo sobre este particular la exposición de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO³⁴ a partir de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Deweer*³⁵, si en el ámbito sancionador el legislador puede perfectamente ponderar principios que entran en colisión (el de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución *versus* el de eficacia administrativa del artículo 103.1) y como resultado optar por la rebaja de la sanción si, por ejemplo, media algún tipo de cooperación del interesado, dicha ponderación debe reflejarse también en los términos de la alternativa que se ofrece a éste y en particular en el grado de la rebaja; el perjuicio que se deriva de la atenuación de uno de esos principios debe venir compensado por un beneficio de igual calibre en la realización del otro principio.

Ello explica, según el mismo autor, que el juicio de ponderación del legislador sea erróneo cuando a una elevada sanción, que en principio debe reflejar un daño a un bien jurídico público de gran relevancia, anuda una elevada reducción³⁶. Como acertadamente subraya, si se da ese caso, el problema no reside en una posible lesión de un derecho fundamental (un derecho subjetivo), puesto que obviamente cuanto mayor sea la desproporción —es decir, la reducción— mayor es el beneficio para el interesado. El problema es de naturaleza objetiva, esto es, de desproporción entre la importancia que el legislador dice otorgar a un determinado bien jurídico y la sanción que, mediando la aceptación temprana o la cooperación del interesado, se acaba imponiendo; en definitiva, el reproche es de arbitrariedad³⁷.

Aplicado este razonamiento a la posible discusión sobre cuál debería ser el porcentaje de reducción de la sanción en caso de incorporarse la transacción a la LDC, éste debe reflejar las economías de procedimiento que se producirían,

³⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», en *Revista de Documentación Administrativa*, núms. 284-285, mayo-diciembre 2009, pág. 162.

³⁵ Sentencia de 27 de febrero de 1980, *Deweer c. Bélgica*, recurso 6903/75.

³⁶ En nuestra doctrina, el ejemplo ya clásico de esa desproporción es el de HUERGO (*op. cit.*), en referencia a algunas antiguas Ordenanzas Reguladoras de Aparcamiento (ORA) que preveían sanciones de 10.000 pesetas, si bien se podía evitar la incoación del procedimiento sancionador mediante el pago de unas 300 pesetas.

³⁷ La cuestión entonces es cómo puede atacar el particular, en el caso concreto, ese defecto de la regulación. En el caso *Deweer* (en el que el supuesto de hecho consistía en que, tras una inspección en la carnicería del Sr. Deweer en la que se detectaron ciertas infracciones en materia de precios, el *procureur du Roi* ofreció a aquél una transacción consistente en el pago de una sanción de 10.000 francos belgas a cambio de que no se procediera al cierre de su establecimiento), el TEDH apreció una violación del artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo).

teniendo en cuenta el diseño actual de dicho procedimiento. Se debe recordar que el procedimiento sancionador de la LDC está sujeto a un plazo de caducidad realmente corto (18 meses), por lo que es difícil vislumbrar un ahorro sustancial de recursos con la transacción, al menos desde un punto de vista estrictamente temporal. Teniendo en cuenta que para que la CNMC y los interesados puedan valorar la oportunidad de iniciar conversaciones con vistas a una transacción deberán tener acceso a una información mínimamente ordenada sobre las conductas que podrían imputarse en un pliego de cargos, sería sin duda necesario prever en la LDC la suspensión del procedimiento durante la instrucción a efectos de poder mantener dichas conversaciones,³⁸ pero entonces se produciría la paradoja de que, con la transacción, se perjudicaría la actual economía procedimental —considerada estrictamente desde la perspectiva de la duración del procedimiento— de la LDC.

Por su parte, el porcentaje de reducción de la sanción del 10% previsto en el Reglamento (CE) 773/2004 ha sido establecido teniendo en cuenta las características del procedimiento sancionador comunitario, que no está sujeto a plazo y que, de hecho, suele dilatarse durante años. Además, en los procedimientos sancionadores por cártel ante la Comisión Europea, el número de interesados no suele ser elevado, mientras que en España se han llegado a dar procedimientos sancionadores por cártel con más de cien imputados;³⁹ la misma perplejidad que causa el que cien empresas puedan ponerse de acuerdo para fijar precios causaría, a mi modo de ver, que esas cien empresas optaran unánimemente por la transacción. Es cierto, no obstante, que en esos supuestos la CNMC, en perfecto uso de su discrecionalidad, seguramente declinaría acudir a la transacción.

Dicho esto, no podemos olvidar que la otra cara de la moneda de la transacción es que debe resultar interesante al administrado, es decir, que la transacción debe ser más beneficiosa para él que la continuación del procedimiento sancionador y, en su caso, el posterior recurso contencioso-administrativo. Por consiguiente, si bien en España la economía procedimental derivada de la transacción puede no ser significativa, el porcentaje del 10% previsto en el Reglamento (CE) 773/2004 parece situarse en el mínimo necesario para resultar atractivo para el interesado.

3. Control jurisdiccional

Independientemente de lo que, *lege data*, resulta en el ámbito comunitario respecto a la posibilidad que tiene el interesado que ha transado la multa de recurrir la correspondiente decisión ante el Tribunal General de la UE, cabe plantearse *lege ferenda* si al incorporar, en su caso, la transacción comunitaria a nuestro ordenamiento sería imprescindible permitir el recurso contencioso-administrativo

³⁸ Salvo que lo que suceda en la práctica es que la CNMC acabe dilatando aún más la fase de información reservada con el fin de anticipar todo lo posible el trabajo de instrucción.

³⁹ Expediente S/0471/13 CONCESIONARIOS AUDI/SEAT/VW (Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de mayo de 2015).

contra una transacción entre la CNMC y un interesado o si, por el contrario, dicho recurso podría limitarse.

Aun cuando parezca a primera vista que el derecho a la tutela judicial exige en todo caso la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo, lo cierto es que no existiría inconveniente en que la LDC desincentivara dicho recurso frente a una resolución transaccional, haciendo que el recurrente perdiera el beneficio obtenido por la transacción: con una previsión de este tipo, no se prohíbe el acceso al juez, pero si se recurre se pierde el beneficio derivado del acuerdo con la Administración⁴⁰.

Desde luego, razones de eficacia y también de seguridad jurídica justifican una condición resolutoria de esa naturaleza, puesto que ningún ahorro procedimental se conseguiría de lo contrario, particularmente en el caso de la LDC, donde el interés de la transacción para la CNMC se desplaza claramente hacia el posterior recurso contencioso-administrativo porque, como ya hemos visto, existe poco margen, en términos de tiempo (no necesariamente de trámites) para obtener economías procedimentales en el actual procedimiento administrativo sancionador de aplicación de la LDC.

En cualquier caso, aun cuando el acceso al juez fuera ilimitado, lo cierto es que, como de hecho sucede en el contencioso comunitario relativo a los procedimientos de transacción ante la Comisión Europea, difícilmente podrá el interesado sostener pretensiones o incluso alegaciones contrarias a lo voluntariamente aceptado ante la Comisión, particularmente en relación con la imputación, sin ir contra sus propios actos. Como en todo convenio, sin embargo, los motivos de impugnación podrán referirse a toda cuestión que afecte a su validez; por ejemplo, a un vicio en el consentimiento si éste se hubiera prestado sobre la base de información falsa o parcial facilitada por la CNMC en el marco de la transacción.

Finalmente, en mi opinión, la impugnación del convenio podrá proceder también de terceros ajenos al procedimiento administrativo, los cuales podrán tener un interés legítimo, por ejemplo, en que se anule la resolución de la CNMC por haber limitado el ámbito subjetivo, material, geográfico o temporal de la imputación en la transacción celebrada con las empresas investigadas, todo ello a efectos de una posterior acción civil de reclamación de daños y perjuicios.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María: «La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en Derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia 2016*, Fundación ICO/Marcial Pons 2016, pág. 441.

⁴⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *op. cit.*; CANO CAMPOS, Tomás: *Las sanciones de tráfico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 482.

BAÑO LEÓN, José María:

- «Los acuerdos sobre infracción de las normas de competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier (Dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pág. 255.
- «Artículo 52. Terminación convencional», en MASSAGUER FUENTES, José; SALA ARQUER, José Manuel; FOLGUERA CRESPO, Jaime y GUTIÉRREZ, Alfonso (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 5.^a ed., Civitas/Thomson Reuters, 2017.

BAÑO LEÓN, José María: «La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, Javier y CUERDO MIR, Miguel (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Civitas/Thomson Reuters, 2015, pág. 467.

CANO CAMPOS, Tomás: *Las sanciones de tráfico*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

DE GUINDOS TALAVERA, Beatriz: «Propuestas de reforma de la Ley de competencia», en *Regulación de mercados y competencia*, Revista de Economía ICE, núm. 905, noviembre-diciembre 2018, pág. 121.

HUERGO LORA, Alejandro: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, 1998.

MAILLO, Jerónimo: «Transacciones en casos de cártel en la UE y en España: logros y expectativas, beneficios y riesgos», en CASES, Lluís (Dir.), *Anuario de la competencia 2017*, Fundación ICO/Marcial Pons, 2018, pág. 161.

NIETO, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012.

REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L.; BUENO ARMÍJO, A. M.: *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «El pago voluntario de las multas en cuantía reducida; legalidad, eficacia, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva», en *Revista de Documentación Administrativa*, n.º 284-285, mayo-diciembre 2009, pág. 153.

(Trabajo recibido el 07/10/2019
y aceptado para su publicación el 28/10/2019)

LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

PALOMA MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO

Abogada especialista

Socia de Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

RESUMEN

Las acciones de reclamación de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la competencia están de máxima actualidad en España, fundamentalmente como consecuencia de las demandas presentadas por presuntas víctimas del llamado cártel de los camiones, sancionado por la Comisión Europea en julio de 2016, que han situado a nuestro país en el mapa europeo en esta materia, junto con jurisdicciones tradicionalmente más activas en este ámbito, como Alemania o los Países Bajos. Se analiza en este artículo el marco normativo europeo y nacional y, sin ánimo de exhaustividad, las primeras sentencias más representativas dictadas por los tribunales españoles, con pronunciamientos relevantes en materias tan dispares como la legitimación, el nuevo sistema de acceso a fuentes de prueba, o la prueba o presunción del daño y su cuantificación, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE de interés en la materia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, cárteles, acciones de daños y perjuicios, cuantificación del daño, acceso a fuentes de prueba, repercusión del daño.

ACTIONS FOR DAMAGES CAUSED BY COMPETITION LAW INFRINGEMENT IN SPAIN

PALOMA MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO

Specialist Lawyer

Partner at the Law firm Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

ABSTRACT

Damages actions for infringements of Competition law are currently under the spotlight in Spain, mainly as a consequence of the claims lodged by potential victims of the

trucks cartel, fined by the European Commission in July 2016, which have put Spain in the European map in this field, along with other jurisdictions which have been traditionally more active in it, such as Germany or the Netherlands. This article analyses the EU and national legislative framework and, without being exhaustive, the first more representative judgments handed down by the Spanish courts, with relevant rulings in several issues such as standing, the new system of access to evidence, or the proof or presumption of harm and its quantification, as well as the case law of the Court of Justice of the EU which is of interest in this field.

Keywords: Competition law, cartels, damages actions, quantification of harm, access to evidence, pass on.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y MARCO EUROPEO: LA DIRECTIVA DE DAÑOS. 1. Trabajos preparatorios. 2. La Directiva de daños.—II. NORMATIVA ESPAÑOLA: LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS.—III. SENTENCIAS DICTADAS EN LA MATERIA EN ESPAÑA TRAS LA ADOPCIÓN DE LA DIRECTIVA.—IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y ORIENTACIONES PROCEDENTES DE LA COMISIÓN EUROPEA.

I. ANTECEDENTES Y MARCO EUROPEO: LA DIRECTIVA DE DAÑOS

1. Trabajos preparatorios

El 26 de noviembre de 2014 se adoptó la Directiva 2014/104/UE, relativa a las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia¹ (en adelante, la Directiva de daños). Culminó así un largo trabajo preparatorio que había comenzado casi una década antes, con la publicación por parte de la Comisión Europea, en diciembre de 2005, de un Libro Verde² sobre cómo facilitar este tipo de acciones, publicación con la que se abrió una consulta pública hasta abril de 2006. La Comisión señaló entonces que los comentarios que recibiera le servirían para decidir si eran necesarias iniciativas comunitarias para facilitar las citadas acciones de daños, puesto que ya en 2001 el Tribunal de Justicia había recordado que toda persona o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia debe poder exigir una reparación a quien causó el daño³.

Hubo que esperar otros dos años tras la consulta pública originada con el Libro Verde para que, en abril de 2008, la Comisión Europea publicara un Libro Blanco⁴ en el que proponía la adopción de medidas específicas dirigidas a que las víctimas de infracciones del Derecho de la competencia tuvieran acceso a

¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Texto pertinente a efectos del EEE (Diario Oficial de la UE L 349, 5.12.2014, p. 1-19).

² Libro Verde — Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia {SEC(2005) 1732}, COM/2005/0672 final.

³ STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

⁴ Libro Blanco — Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405} {SEC(2008) 406}, COM/2008/0165 final.

mecanismos de indemnización con el fin de ser compensados por el daño que hubieran sufrido por infracciones del Derecho de la competencia. La Comisión Europea elaboró dicho Libro Blanco a la vista de los obstáculos observados en los distintos Estados miembros de la UE a la hora de solicitar ante los tribunales nacionales indemnizaciones por los daños sufridos como consecuencia de estas infracciones, con el fin de lograr por tanto un sistema de reclamaciones más eficaz, pero tratando, sin embargo, al mismo tiempo de evitar los excesos potenciales del sistema vigente en EE.UU., según declaró expresamente la entonces comisaria de competencia Neelie Kroes.

De hecho, una de las principales recomendaciones del Libro Blanco fue precisamente la adopción de un sistema de indemnización única, frente a la indemnización múltiple que rige en EE.UU. Es decir, en el sistema de la UE se ha querido que la compensación sea plena, incluyendo no solo la pérdida real debida a un incremento de los precios contrario a la competencia (daño emergente), sino también el lucro cesante por una reducción en las ventas y los intereses devengados sobre dichas cantidades, pero no se ha buscado la posibilidad de imponer indemnizaciones punitivas.

Otra de las recomendaciones del Libro Blanco era la posibilidad de un recurso colectivo que facilitara un mejor acceso a los tribunales en este tipo de demandas a los consumidores y las pymes con reclamaciones de pequeña cuantía. No obstante, también aquí la Comisión Europea quiso distinguir el nuevo sistema europeo del modelo americano, introduciendo salvaguardias para evitar que tales acciones colectivas den lugar a demandas infundadas, no acogándose, en el sistema propuesto, las acciones colectivas llevadas a cabo por los despachos de abogados en defensa de un número no identificado de demandantes que sí son posibles en EE.UU.

También en la recomendación del Libro Blanco relativa al acceso a los elementos de prueba se marcaron distancias con el sistema norteamericano. La Comisión Europea no recomendó a este respecto que se instaurara un derecho automático al intercambio de información prejudicial, puesto que consideró que podría dar lugar a abusos procesales, en los que los demandados acepten acuerdos simplemente para evitar costes desproporcionados.

Por último, la cuarta recomendación principal del Libro Blanco consistía en que las decisiones finales sobre infracciones dictadas por las autoridades de competencia de los Estados miembros, como ya ocurría con las de la Comisión Europea, se consideraran suficiente prueba de una infracción en las acciones posteriores en materia de daños y perjuicios.

2. La Directiva de Daños

Las recomendaciones anteriores y otras más cristalizaron finalmente en la Directiva de Daños, que entró en vigor el 26 de diciembre de 2014.

La Directiva pretende eliminar los obstáculos a la compensación de las víctimas, en línea con lo identificado en los trabajos preparatorios mencionados. También es objeto de la Directiva la interacción entre la aplicación privada del Derecho de la competencia, que la Directiva quiere facilitar, y la aplicación pública del mismo, que la Comisión Europea y autoridades de competencia nacionales tampoco desean que se vea comprometida al ser el pilar fundamental sobre el que ha descansado tradicionalmente la represión de las prácticas anticompetitivas. En efecto, hasta la fecha, sobre todo en España, ha sido la aplicación pública de las normas de competencia la que ha primado.

En particular, la Directiva recoge algunas de las cuestiones ya citadas, como la facilitación del acceso a los medios de prueba necesarios para interponer las acciones de daños y perjuicios, respetando siempre en estas solicitudes la proporcionalidad y la confidencialidad; el hecho de que las decisiones firmes de las autoridades de competencia de los Estados miembros constituyan prueba irrefutable de la infracción ante los tribunales civiles del Estado miembro en cuestión (ante los de otros Estados miembros constituyen principio de prueba); y el derecho a la compensación plena por el daño sufrido (daño emergente, lucro cesante e intereses desde la fecha del daño). Ahora bien, con el fin de evitar la sobrecompensación, la Directiva aclara las consecuencias del llamado «*pass-on*» o repercusión del sobrecoste: cuando el comprador director del infractor ha repercutido a sus propios clientes (compradores indirectos) el sobreprecio que pagó al infractor, éste puede reducir la compensación a pagar a los compradores directos en el importe que aquellos repercutieron a los compradores indirectos.

Como punto muy relevante para facilitar la prueba del daño cuando la infracción del Derecho de la competencia por la que se pretende reclamar una indemnización es un cártel, la Directiva establece una presunción *iuris tantum* de que las infracciones consistentes en cárteles causan daños y perjuicios, teniendo el infractor derecho a rebatir dicha presunción.

También resulta facilitadora de este tipo de reclamaciones la responsabilidad solidaria de los infractores que recoge la Directiva para el caso de infracciones conjuntas como son los cárteles, conforme a la cual cualquiera de ellos será responsable frente a las víctimas de la totalidad del daño, sin perjuicio de las posteriores acciones de repetición contra los demás infractores. Sin embargo, con el fin de no poner en peligro excesivo los programas de clemencia de las autoridades de competencia —en virtud de los cuales los participantes en un cártel pueden quedar exentos de la multa sancionadora o verla reducida si colaboran con la autoridad de competencia—, la Directiva establece que los solicitantes de clemencia que hayan obtenido la exención total de la multa en el procedimien-

to sancionador previo solo serán, en principio, responsables del daño causado a sus propios clientes. Se establece otra excepción a la regla de la responsabilidad solidaria para aquellas pymes con una cuota de mercado muy reducida y en unas condiciones muy restrictivas.

Por último, la Directiva armoniza el plazo de prescripción de este tipo de acciones, con el fin de asegurar que las víctimas disponen del tiempo suficiente para presentar su demanda. En particular, la Directiva establece que las víctimas deben disponer de un plazo de prescripción de al menos cinco años desde el momento en que pudieron conocer que habían sufrido un daño como consecuencia de una infracción de las normas de competencia.

II. NORMATIVA ESPAÑOLA: LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE DAÑOS

Si bien la Directiva establecía un plazo de transposición al Derecho de los Estados miembros que finalizaba el 27 de diciembre de 2016, no fue hasta cinco meses después de expirar el mismo cuando se produjo la transposición de sus disposiciones al Derecho español mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo.

Mediante el Título II del citado Real Decreto-Ley 9/2017 se introdujeron en el Derecho español las modificaciones legislativas necesarias para transponer la citada Directiva de Daños. En particular, mientras el artículo tercero de dicho Real Decreto-Ley modifica la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (en adelante, la LDC), el artículo cuarto introduce las modificaciones procesales necesarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la LEC).

De esta manera, se prevé hoy en la LDC el derecho al pleno resarcimiento de las víctimas de las infracciones de las normas de competencia y la responsabilidad solidaria de los infractores, entre otros. Como consecuencia de esta responsabilidad solidaria —que en España ya había sido reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de daños por infracciones al Derecho de la competencia—, los co-partícipes en una infracción de las norma de competencia son responsables por el daño causado por todos a las víctimas con independencia de que tuvieran o no relación comercial con ellas.

Se prevén, no obstante, en la modificación de la LDC a este respecto, en línea con lo establecido en la Directiva, dos excepciones al principio de responsabilidad solidaria de los infractores en las reclamaciones de daños. Por un lado, las pymes que cumplan determinadas condiciones —nuevo artículo 73.2 y 73.3 LDC— serán responsables solo frente a sus compradores, no frente a los de los demás infractores. Por otro lado, de manera similar, las empresas que se hayan acogido al programa de clemencia contenido en la LDC únicamente responderán en principio frente a sus propios compradores y solo harán frente a los de los de-

más partícipes en la infracción cuando no se pueda obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas que estuvieron implicadas en la infracción.

También el plazo de prescripción de la acción de cinco años, previsto en la Directiva, figura actualmente en la LDC —nuevo artículo 74— tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 9/2017. Se prevé como *dies a quo* el momento en el que hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de (i) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, (ii) el perjuicio ocasionado por la citada infracción y (iii) la identidad del infractor.

En lo que respecta al efecto de las resoluciones de las autoridades de la competencia en los procedimientos civiles de reclamación de daños, conforme al nuevo artículo 75 LDC, la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad de la competencia española o de un órgano jurisdiccional español se considerará irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional español, de tal manera que una Resolución firme de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la CNMC) declarando la existencia de una infracción de la LDC es suficiente prueba de tal infracción en el procedimiento civil de reclamación de daños.

El nuevo artículo 76 LDC, relativo a la cuantificación de los daños y perjuicios, a pesar de comenzar, en su apartado 1, estableciendo que la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos por la infracción del Derecho de la competencia corresponderá a la parte demandante, trae consigo dos novedades relevantes, previstas en la Directiva.

Por un lado, se establece una presunción legal de que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, presunción que admite, no obstante, prueba en contrario por la parte demandada (apartado 3 del artículo 76 LDC). Algunos juzgados mercantiles, como se verá en el epígrafe siguiente, han comenzado ya a aplicar esta presunción.

Por otro lado, se prevé que si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios —para lo cual, en casos de cártel, es suficiente con la presunción descrita en el párrafo anterior—, pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños (apartado 2 del artículo 76 LDC). También esta facultad ha sido ya utilizada, profusamente incluso, por los juzgados mercantiles, como se expone en el epígrafe siguiente.

Como última previsión relevante encontramos en el nuevo artículo 78 LDC la llamada defensa del *passing-on*, conforme a la cual el demandado en una acción de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia puede in-

vocar en su defensa el hecho de que el demandante haya repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de dicha infracción. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandante o de terceros.

El sistema introducido por la Directiva concede también legitimación activa al comprador indirecto al que se le haya repercutido el daño aguas abajo en la cadena de suministro, por lo que la LDC prevé, en su nuevo artículo 79, que cuando el demandante es un comprador indirecto recae sobre éste la carga de la prueba de la existencia y cuantía de dicha repercusión del daño, pudiendo éste exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros. No obstante, para facilitar dicha prueba, se establece una presunción legal —que admite prueba en contrario del demandado— según la cual el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que (i) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia, (ii) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado y (iii) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran.

Por lo que respecta a la LEC, el Real Decreto-ley 9/2017 introduce, mediante su artículo cuarto, una nueva Sección 1.^a bis dentro del Capítulo V («De la prueba: disposiciones generales») del Título I («De las disposiciones comunes a los procesos declarativos») del Libro II («De los procesos declarativos»), titulada «*Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia*». Se introduce así en la LEC una regulación del acceso a las fuentes de prueba para este tipo de procedimientos únicamente, estableciéndose, entre otros, los requisitos que deben concurrir para poder solicitar el acceso a fuentes de prueba, los datos a los que puede hacer referencia una solicitud de este tipo, la ejecución de estas medidas, así como las consecuencias de la obstrucción a su práctica.

Cabe destacar, de entre esta regulación del acceso a fuentes de prueba, la previsión de que el tribunal debe limitar la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado, tomando en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados y teniendo en cuenta, en particular, en qué medida la solicitud está respaldada por hechos y pruebas que la justifiquen, el alcance y el coste de la exhibición de las pruebas —evitando las búsquedas indiscriminadas de información—, así como el hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyan información confidencial.

Con esta regulación se establece un concepto de fuente de prueba como «todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno». Se pretende con ello permitir a las partes en un procedimiento de reclamación de daños por infracción del Derecho de la compe-

tencia llegar a tener conocimiento de los elementos necesarios para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba. En consecuencia, el acceso a fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente. Asimismo, cabe señalar que también puede beneficiarse del acceso a fuentes de prueba la parte demandada, para obtener las pruebas que le puedan ayudar en su defensa frente a una reclamación de daños, alegando por ejemplo, como se ha señalado, que el daño fue repercutido por el demandante aguas abajo en la cadena de suministro, no correspondiéndole por tanto ser indemnizado.

III. SENTENCIAS DICTADAS EN LA MATERIA EN ESPAÑA TRAS LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

Tras la modificación operada en la LDC y la LEC comentada en el epígrafe anterior se han dictado ya numerosas sentencias por los juzgados mercantiles.

La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 9/2017 estableció que las previsiones introducidas en la LDC «no se aplicarán con efecto retroactivo», mientras que las previsiones introducidas en la LEC como consecuencia de la transposición de la Directiva «serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor».

Estando abierta dicha disposición a diversas interpretaciones, se han aplicado ya, por distintos cauces legales, las previsiones de la Directiva en algunas sentencias de nuestros juzgados mercantiles.

Como primeros procedimientos en el tiempo tras la adopción de la Directiva de Daños, los juzgados mercantiles de Madrid y de Barcelona se han pronunciado en diversas reclamaciones de daños y perjuicios derivadas de la Resolución dictada por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, la CNC) —hoy integrada en la CNMC— en un expediente sancionador en el que se consideró acreditada la existencia de una infracción de cártel en el sector de los sobres de papel en España⁵.

La primera sentencia en una reclamación de daños y perjuicios derivada de la citada Resolución la dictó el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Madrid el 10 de mayo de 2018⁶, desestimando la demanda interpuesta por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid contra varios fabricantes de sobres de papel que fueron sancionados en la citada Resolución de la CNC. Consideró el Juzgado en su sentencia que no se había acreditado el daño que alegaba haber sufrido la

⁵ Resolución de 25 de marzo de 2013 en el expediente S/0316/10, *Sobres de papel*.

⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, de 10 de mayo de 2018, Procedimiento Ordinario 241/2015.

demandante. En particular, se estableció en la sentencia que el método utilizado en el informe pericial aportado junto con la demanda, que pretendía determinar el importe del supuesto daño, no era el más adecuado ni era óptimo para determinar el supuesto sobreprecio que habría soportado la demandante. Tal método consistía en comparar los precios pagados durante el cartel con los pagados después, si bien no comparó los precios pagados efectivamente por la demandante en ambos períodos, sino que comparó datos contenidos en la propia Resolución de la CNC de descuentos realizados, en ambos períodos, en concursos públicos y privados para la compra de sobres tanto por parte del Ministerio del Interior para sobres electorales, como de la AEAT y La Caixa para el aprovisionamiento de sus sobres.

Sin embargo, la sentencia recuerda que el carácter irrefutable o vinculante de la Resolución solo se extiende a la constatación de la existencia de infracción, no alcanzando a otros aspectos que se pueda recoger en la misma como incluso la constatación de la existencia de un daño y su cuantificación o las declaraciones relativas a los efectos anticompetitivos o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción. Es por ello que los datos utilizados en el informe pericial, a pesar de provenir de la Resolución de la CNC, no se consideraron como idóneos por el juez, en particular por referirse a procesos organizados de concurso o subasta, cuando la demandante no se aprovisionaba de sobres utilizando dichos métodos de compra.

A esta sentencia le siguió otra de 8 de junio de 2018, del Juzgado de lo mercantil n.º 11 de Madrid⁷, con idéntico fallo. Consideró el Juzgado no acreditado el daño alegado por la demandante, por el mismo motivo: el método utilizado por la actora no era óptimo para determinar el sobreprecio sufrido por la demandante (la ONG Obras Misionales Pontificias), señalando la sentencia que la comparación debería haberse realizado dentro del mercado de sobres pre-impresos de pequeñas corporaciones, en el que se integraba la demandante, y no utilizando datos de precios pagados por el Ministerio del Interior o clientes que compraban grandes cantidades de sobres de manera organizada.

Por el contrario, los Juzgados de lo mercantil n.º 3 y n.º 7 de Barcelona dictaron sentencias de fallo contrario en demandas presentadas por otros demandantes con dictámenes periciales que utilizaron idéntico método al utilizado por la Cámara de Comercio de Madrid y la ONG citadas en sus demandas ante los citados Juzgados mercantiles de Madrid. Los Juzgados n.º 3 y n.º 7 de Barcelona estimaron las demandas de sendos demandantes, todos ellos también pequeñas corporaciones, otorgando valor de convicción a sus informes periciales de cuantificación del daño.

⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid, de 8 de junio de 2018, Procedimiento Ordinario 189/2015.

En cuanto a la existencia del daño en sí, en sus sentencias el Juzgado n.º 3 de Barcelona⁸, considerando inaplicable —por razón del momento de presentación de la demanda— la Directiva de Daños y su transposición al Derecho español recurrió a la jurisprudencia *ex re ipsa* para presumir que la infracción declarada por la CNC había causado un daño a las demandantes.

Por su parte, el Juzgado de lo mercantil n.º 7 de Barcelona⁹ aplicó el llamado principio de interpretación conforme, interpretando así el artículo 1902 del Código Civil a la luz del texto y del fin de la Directiva de Daños. El juez consideró que era posible la aplicación de este principio en ese caso, en el que, en el momento de interponerse la acción que dio lugar al procedimiento, la Directiva de Daños se hallaba aún en período de transposición. Y ello a pesar de la jurisprudencia *Adeneler*, según la cual es a partir «*de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva*» cuando los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a «*interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue*»¹⁰.

Unas y otras sentencias de los Juzgados mercantiles de Madrid y Barcelona, con resultados por tanto opuestos, se hallan en la actualidad pendientes de sentencia en sendos recursos de apelación ante las respectivas Audiencias Provinciales.

Desde finales de 2018, los Juzgados mercantiles han adoptado numerosas sentencias en procedimientos iniciados como consecuencia de demandas fundamentadas en la Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2016¹¹ por la que impuso multas récord a los fabricantes de camiones MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF por un cártel que habría abarcado todo el Espacio Económico Europeo en el período 1997 a 2011.

Son muy variadas las materias tratadas en las sentencias dictadas hasta la fecha en España en relación con el llamado cárteles de los camiones, tanto de orden procesal como de carácter sustantivo.

En el momento de escribirse este artículo, dichas sentencias van desde una primera, dictada por el Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Murcia¹² en junio de 2018 estimando una demanda contra Volvo por la compra de cinco camiones, hasta las últimas dictadas en septiembre de 2019, por los Juzgados de lo mercantil n.º 6 de

⁸ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, Procedimientos ordinarios 30/2015, 31/2015, 32/2015 y 320/2015.

⁹ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, Procedimientos ordinarios 14/2015, 15/2015, 192/2015 y 151/2015.

¹⁰ STJUE de 4 de julio de 2006, *Konstantinos Adeneler*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, apdo. 4 del fallo.

¹¹ Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 en el Asunto AT.39824 — Camiones.

¹² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Murcia, Procedimiento ordinario 143/2018.

Logroño y n.º 7 de Barcelona ordenando a Iveco el pago del 10% del precio de los camiones adquiridos por las demandantes.

También se han producido, si bien en menor medida, sentencias desestimatorias de las demandas, como la de diciembre de 2018 del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Zaragoza, por insuficiencia del informe pericial de la demandante, y otra de octubre de 2018 del Juzgado de lo mercantil n.º 2 de Murcia por falta de legitimación pasiva de la sociedad demandada, MAN Financial Services, al haber dejado ésta de formar parte del grupo MAN antes de la Decisión de la Comisión Europea y no formar parte de los destinatarios de ésta.

En el ámbito procesal, los Juzgados de lo mercantil ya han tenido ocasión de analizar solicitudes de acceso a fuentes de pruebas planteadas tanto por partes demandantes como demandadas en diversos procedimientos. Así, por ejemplo, el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia, mediante Auto de 17 de diciembre de 2018¹³ aceptó la solicitud del demandado Volvo/Renault de tener acceso a los documentos de la demandante, una empresa de transporte de mercancías por carretera, acreditativos de la venta de los camiones objeto de la demanda y acreditación de las cantidades recibidas por el demandante como consecuencia de la venta. En efecto, al haber acreditado suficientemente Volvo/Renault que la demandante habría procedido a la venta a terceros de todos los camiones que adquirió durante el período de duración del cártel, el juez consideró que procedía aceptar los requerimientos documentales «que resulten pertinentes, útiles, proporcionados y subsidiarios» para conocer las condiciones económicas de esas ventas, puesto que en ese caso sí es posible articular la *passing on defense*.

También se ha aceptado, en otros casos, la solicitud de acceso a fuentes de prueba realizada por la parte demandante, a efectos de cuantificación del daño que habría sufrido como consecuencia del cártel. Así, entre otros, los Juzgados de lo mercantil n.º 1 de Bilbao¹⁴ y n.º 1 de San Sebastián¹⁵ han aceptado solicitudes de demandantes consistentes en que los fabricantes de camiones demandados faciliten listados de modelos y listados de precios tanto del período del cártel como de años posteriores a la finalización del mismo con el fin de que los demandantes puedan cuantificar, mediante el correspondiente informe pericial, el eventual sobreprecio que habrían sufrido en sus compras de camiones a los fabricantes sancionados por la Comisión Europea.

Ha habido igualmente denegaciones de solicitudes de acceso a fuentes de prueba, como una de interés, acordada por el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia¹⁶, en la que el juez rechazó la solicitud del demandado de acceder a infor-

¹³ Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, Procedimiento ordinario 309/18.

¹⁴ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, Procedimientos ordinarios 165/2019, 166/2019, 167/2019, 168/2019 y 169/2019.

¹⁵ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián, Procedimientos ordinarios 101/2019, 102/2019, 108/21019, 109/2019, 113/2019 y 114/2019.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, Procedimiento ordinario 318/2018.

mación del demandante para tratar de fundamentar su defensa consistente en la repercusión del sobreprecio por dicho demandante a sus clientes. El juez consideró que al ser el demandante un fabricante de estructuras metálicas, el mercado en el que éste estaba activo no es lo suficientemente cercano o similar al mercado en el que tuvo lugar el cártel, el mercado de fabricación de camiones, lo cual impedía que se pudiera aceptar en este caso una defensa basada la hipotética repercusión del sobreprecio por el demandante a sus propios clientes. El Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia da así respuesta a la cuestión procesal de acceso a las fuentes de prueba tratando en detalle la cuestión de fondo de la posible repercusión del daño o *pass-on*.

En este sentido, el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia ha establecido que para que pueda considerarse que se ha repercutido el daño es necesario que el comprador directo, que habría repercutido a su vez el daño a sus clientes, desarrolle su actividad en un mercado lo suficientemente próximo a aquél en el que se produjo el cártel, de modo que sea posible la traslación del sobreprecio sufrido sin quiebra del nexo causal entre infracción y repetición. En los casos en los que, por el contrario, no pueda apreciarse identidad de productos o mercados no cabrá apreciar repercusión del sobreprecio, según el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia, con la consecuencia de que ni el demandado por un comprador directo podrá defenderse alegando repercusión por el demandante del daño aguas abajo, ni el demandante comprador indirecto podrá alegar haber sufrido un daño por haberle sido repercutido por un comprador directo.

Otra cuestión de interés tratada en las recientes sentencias dictadas en procedimientos de reclamación de daños por el cártel de los camiones es la relativa a la legitimación pasiva. Cabe resaltar a este respecto, la doctrina sentada por el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia¹⁷, según la cual cabe demandar, como responsable del daño, a la filial española de los fabricantes de camiones sancionados en la Decisión de la Comisión Europea, a pesar de no haber sido dichas filiales españolas objeto de investigación ni sanción en el procedimiento sancionador tramitado ante la Comisión Europea. El juez consideró a este respecto que *«es posible reconstruir vínculos de legitimación pasiva suficiente de una filial respecto de la conducta sancionada por una autoridad de competencia y que afectan nominalmente a su matriz»*. Para ello el juez se refirió a las conclusiones del abogado general Wahl en el asunto *Skanska*¹⁸ ante el Tribunal de Justicia de la UE, al que nos referiremos en el epígrafe siguiente, habiéndose dictado ya sentencia en el mismo tras la citada sentencia del Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia.

En sentido contrario, el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Madrid, mediante sentencia de 2 de julio de 2019¹⁹, desestimó la demanda contra la filial española

¹⁷ Sentencia del Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, en el procedimiento ordinario 287/2018.

¹⁸ Conclusiones del abogado general Wahl, de 6 de febrero de 2019, *Skanska*, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100.

¹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, de 2 de julio de 2019, procedimiento ordinario 609/2018.

de Mercedes-Benz por falta de legitimación pasiva. Consideró en este caso el juez que no se había probado la comisión de la infracción por parte de la filial española demandada, que no fue destinataria de la Decisión de la Comisión Europea en el cártel de los camiones y que la filial no ha cometido la infracción, ni su actividad formaba parte intrínseca de la actividad sancionada por la Comisión Europea, no procediendo por tanto demandarla como responsable por un eventual daño derivado de la infracción sancionada por la Comisión Europea. En este mismo sentido se pronunció el Juzgado de lo mercantil n.º 12 de Madrid en su sentencia de 3 de julio de 2019²⁰, desestimando una demanda contra la filial española de IVECO, por no ser ésta destinataria de la Decisión de la Comisión Europea que sancionó la existencia del cártel de los camiones.

En lo que respecta al fondo de las demandas presentadas ante los Juzgados de lo mercantil, el desarrollo más llamativo se ha producido en relación con la aplicación de la facultad prevista en la Directiva y en la transposición a la LDC —nuevo artículo 76.2 LDC—, según la cual si resulta prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar los daños sufridos por el demandante, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación.

En efecto, en sentencia de 20 de febrero de 2019²¹ —en la que, según lo mencionado, se acepta la legitimación pasiva de la filial española de un fabricante sancionado—, el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia estimó parcialmente la demanda, estimando el daño causado al demandante en el 5% del precio de adquisición del camión comprado por el demandante. En dicha sentencia se consideró que el régimen aplicable a la acción era la cláusula general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, en su interpretación conforme con la Directiva de Daños, en cuyo artículo 17.1 se reconoce la capacidad de los jueces para estimar la cuantificación de los daños en supuestos de dificultad probatoria. Conforme a ello, el juez determinó que se daban en ese caso en cuestión dificultades para la cuantificación de los daños sufridos por la demandante y que la parte demandada había generado esas dificultades, no encontrándose la demandante, según el juez, en situación de superar esas dificultades, por lo que decidió hacer uso de las citadas facultades de estimación judicial del importe de los daños, fijando un porcentaje de estimación del daño.

Tras dicha sentencia, y con similar razonamiento, han sido numerosos los Juzgados de lo mercantil que han estimado el daño causado a distintos demandantes como un porcentaje del precio de adquisición de los camiones por cuya compra con sobreprecio solicitaban una indemnización. Así, otros Juzgados de lo mercantil de Valencia han estimado el daño igualmente en un 5%, mientras que Juzgados en Bilbao han estimado el sobreprecio en un 15%, en Barcelona y Logroño en un 10%, o en Pontevedra en un 9%.

²⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid, de 3 de julio de 2019, procedimiento ordinario 584/2018.

²¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, procedimiento ordinario 287/2018.

En todos los casos, los Juzgados han considerado que los informes periciales aportados por las demandantes no acreditaban el importe del daño reclamado, estimando los jueces en su lugar el importe del mismo.

Por último, más allá de las sentencias de los Juzgados de lo mercantil, cabe reseñar un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid en relación con la competencia objetiva en demandas de este tipo, así como dos Autos del Tribunal Supremo relativos a la competencia territorial.

La Audiencia Provincial de Madrid, en un Auto de 22 de marzo de 2019²², y frente a precedentes anteriores en sentido contrario, declaró la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, y no de los Juzgados de lo mercantil como pretendía el Auto objeto de recurso, para conocer de una acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de la infracción del artículo 101 TFUE constatada en la Decisión de la Comisión Europea en el cártel de los camiones.

Consideró la Audiencia Provincial de Madrid en dicho Auto que la acción en cuestión no estaba fundada en ninguno de los supuestos del artículo 86 ter de la LOPJ, sino que constituía una acción de reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, derivada de una conducta ya determinada por la Comisión Europea, correspondiendo por lo tanto la competencia a la jurisdicción civil.

Por lo que respecta al Tribunal Supremo, en Autos de 26 de febrero y 19 de marzo de 2019, se decantan por calificar el artículo 7.2 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como norma de competencia judicial internacional, negándole expresamente alcance territorial, de manera errónea, según se ha sostenido por la doctrina²³, por incompatible con la jurisprudencia comunitaria²⁴. De esta manera, los citados Autos del Tribunal Supremo han establecido que la competencia territorial en acciones de daños como las derivadas del cártel de los camiones deben determinarse con arreglo a las conexiones de Derecho español, lo cual no está exento de importantes consecuencias en cuanto a la previsibilidad de los lugares en que los infractores pueden ser demandados.

Quizás en el futuro el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE en esta materia pueda despejar la incompatibilidad o incoherencia observada entre estos pronunciamientos del Tribunal Supremo y la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia.

²² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13, de 22 de marzo de 2019, rec. 779/2018.

²³ Véase, por ejemplo, GÓMEZ JENE, Miguel: diario *La Ley*, n.º 9410, Sección Tribuna, 8 de mayo de 2019.

²⁴ STJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*, C-386/05, ECLI:EU:C:2007:262.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y ORIENTACIONES PROCEDENTES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Si bien no son muy numerosas las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE dictadas en los últimos años en materia de acciones de reclamación de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, existe sin embargo ya un cuerpo de jurisprudencia lo suficientemente relevante como para apuntar las conclusiones adoptadas en el mismo.

Cabe referirse a este respecto, en primer lugar, a la sentencia *Kone*²⁵, relativa al llamado «efecto paraguas» (*umbrella effect*), dictada unos meses antes de la adopción de la Directiva de Daños. Se dilucidaba en este asunto si pueden reclamarse daños por compras realizadas a fabricantes que no formaron parte del cártel sancionado por la autoridad de competencia —que en este caso consistió en una infracción en el sector de los ascensores sancionada por la Comisión Europea en 2017²⁶—, pero que se beneficiaron del mismo pudiendo fijar precios más elevados de los que habrían fijado en ausencia del cártel. Se trataba de una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo austriaco en el marco de un litigio en el que un demandante, con base en el «efecto paraguas», reclamaba daños a las empresas sancionadas por la Comisión Europea por las compras de ascensores realizadas a terceras empresas que no formaron parte del cártel, alegando que las mismas se habían beneficiado de la existencia del cártel adaptando sus precios al alza.

Sin embargo, conforme a la legislación austriaca, cuando una empresa que no forma parte de un cártel se beneficia del efecto paraguas en sus precios no existe un vínculo causal adecuado entre el cártel y el daño sufrido potencialmente por el comprador de aquella puesto que se trata de un daño indirecto. Pues bien, el Tribunal de Justicia estableció en su sentencia en este asunto que el artículo 101 TFUE y el principio de efectividad del mismo se oponen a la aplicación de la norma austriaca, que excluye categóricamente, por razones legales, la responsabilidad de las empresas cartelistas por las pérdidas derivada del hecho de que una tercera empresa, no partícipe del cártel, a la vista de las prácticas del cártel, fija sus precios en un nivel más elevado al que los habría fijado en condiciones competitivas.

Tras la adopción de la Directiva de Daños, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en sendas cuestiones prejudiciales, las dos primeras en sentencias de marzo de 2019 en los asuntos *Cogeco* y *Skanska*.

²⁵ STJUE de 5 de junio de 2014, *Kone*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317.

²⁶ Decisión de la Comisión de 21 de febrero de 2007 en el asunto COMP/E-1/38.823 — PO/ascensores.

En su sentencia *Cogeco*²⁷, de 28 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia se pronunció —en respuesta a la cuestión prejudicial del Tribunal de Primera Instancia de Lisboa— sobre la aplicación en el tiempo de la Directiva de Daños, determinando que la misma no se aplicaba al litigio principal, iniciado por demanda de 27 de febrero de 2015, y reafirmando el efecto no retroactivo de las normas sustantivas de la Directiva y la no aplicación de las normas procesales de la misma, puesto que el legislador portugués decidió, en la Ley de 2018, por la que se traspuso la Directiva al Derecho portugués, que las reglas nacionales que trasponen las disposiciones procesales de la misma no se aplican a los recursos por daños interpuestos antes de la entrada en vigor de la referida Ley.

Un poco anterior, del 14 de marzo de 2019, la sentencia *Skanska*²⁸ estableció que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que todas las acciones de las sociedades que participaron en una práctica colusoria prohibida por dicho artículo fueron adquiridas por otras sociedades, que disolvieron aquellas sociedades y prosiguieron sus actividades comerciales, las sociedades adquirentes pueden ser declaradas responsables del perjuicio causado por esa práctica colusoria.

Por otra parte, en su primera sentencia relativa al cártel de los camiones, el Tribunal de Justicia se pronunció, en julio de 2019²⁹, en relación con la jurisdicción de los tribunales húngaros para resolver una demanda de daños que se habrían derivado del citado cártel. En dicha sentencia, el Tribunal estableció que el artículo 7.2 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012, relativo a la competencia judicial, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una acción indemnizatoria de un perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE, consistente en la celebración de acuerdos colusorios sobre fijación de precios e incrementos de precios brutos de camiones, el «lugar donde se haya producido el hecho dañoso» se refiere al lugar del mercado afectado por dicha infracción, es decir, el lugar donde se han falseado los precios de mercado y en el cual la víctima alega haber sufrido este perjuicio. En consecuencia, según estableció el Tribunal en dicha sentencia, la jurisdicción queda ligada al hecho de que el supuesto daño se produjo en el mercado en el que se distorsionaron los precios que, para el demandante del litigio principal, era Hungría.

El Tribunal precisó asimismo en dicha sentencia que ello es así incluso si la acción se dirige contra un participante en el cártel con el que la víctima no estableció relaciones contractuales. En el caso en cuestión, el demandante, una empresa de logística húngara, no había adquirido los camiones directamente de los fabricantes sancionados por la Comisión Europea, sino que los había adquirido, a través de contratos de *leasing*, en concesionarios húngaros que financiaron los camiones y añadieron los costes del *leasing* y su propio margen de beneficio.

²⁷ STJUE de 28 de marzo de 2019, *Cogeco vs. Sport TV*, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263.

²⁸ STJUE de 14 de marzo de 2019, *Vantaan vs. Skanska*, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204.

²⁹ STJUE de 29 de julio de 2019, *Tibor-Trans vs. DAF*, en el asunto 451/18, ECLI:EU:C:2019:635.

Además había demandado únicamente a un fabricante que no era aquel cuyos camiones había adquirido. Ninguna de las dos circunstancias obstó a la citada conclusión del Tribunal acerca de la competencia de la jurisdicción austriaca.

En dicha sentencia el Tribunal tuvo ocasión de señalar que el «lugar donde se haya producido el hecho dañoso» al que se refiere el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 se refiere tanto al lugar donde se ha producido el daño como al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de esos dos lugares. En el caso en cuestión, puesto que los acuerdos anticompetitivos no habían tenido lugar en Hungría, la cuestión a determinar era únicamente en qué lugar se había producido el sobreprecio que, según estableció el Tribunal en esta sentencia, era el lugar en el que los precios de mercado se habían visto distorsionados en el que la víctima alegaba haber sufrido el daño.

Por último está pendiente de sentencia en la actualidad ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo austriaco, de nuevo en relación con la causalidad, como ocurría en el asunto *Kone* mencionado anteriormente y de nuevo en relación con el cártel de los ascensores.

En junio de 2018, el Tribunal Supremo austriaco remitió al Tribunal de Justicia de la UE una cuestión prejudicial³⁰ por la que solicita que se pronuncie sobre si el artículo 101 TFUE requiere que se pueda reclamar una indemnización por daños a personas que no son proveedores o clientes en el mercado relevante de producto y geográfico que fue afectado por el cártel, en este caso de los ascensores, sino que conceden créditos en condiciones preferentes a compradores de dichos productos afectados por el cártel.

En julio de 2019 la abogada general Kokott emitió sus conclusiones³¹, recomendando al Tribunal establecer que el artículo 101 TFUE requiere en efecto que se puedan reclamar daños por entidades que no participan en el mercado en el que la infracción tuvo lugar, incluyendo entes públicos financiadores que proveen créditos subvencionados a bajo interés a los clientes de los cartelistas. Puesto que los créditos consistían en un porcentaje del coste de construcción fueron más elevados de lo que habrían sido si los precios de los ascensores no hubieran estado afectados por el cártel. Por tanto, como los créditos fueron más elevados de lo que habrían sido en ausencia de la infracción, las entidades públicas prestamistas habrían sufrido un daño consistente en que no pudieron disponer de dichas cantidades para otros fines, como invertir en condiciones de mercado o reembolsar créditos existentes.

La abogada general concluyó así que este daño que habría sufrido el demandante presentaba un vínculo causal con el acuerdo ilegal que es lo «suficiente-

³⁰ Asunto C-435/18, *Otis*, pendiente ante el TJUE.

³¹ Conclusiones AG Kokott de 29 de julio de 2019, *Otis*. C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651.

mente directo» y previsible para los partícipes del cártel. Quizás la sentencia del Tribunal de Justicia en este asunto, de seguir las recomendaciones de la abogada general, pueda llevar a reconsiderar soluciones nacionales como la adoptada por el Juzgado de lo mercantil n.º 3 de Valencia al exigir una identidad o proximidad suficiente entre los mercados para que pueda considerarse que se ha repercutido —y por tanto sufrido— el daño.

Además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada, las partes y los jueces nacionales en procedimientos de reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia cuentan como guía con documentos de la Comisión Europea, entre los que se encuentra la Comunicación sobre la cuantificación del perjuicio³², que va acompañada de una Guía Práctica en la que se analizan distintas metodologías para la determinación del daño que son de utilidad para los peritos de las demandantes a la hora de preparar sus dictámenes de cálculo de los daños.

Asimismo, la Comisión Europea ha adoptado recientemente una Comunicación sobre el llamado *pass-on* o repercusión del daño³³, que contiene directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste repercutida al comprador indirecto.

A pesar de que corresponde a los tribunales nacionales decidir el importe de las indemnizaciones por daños, la determinación del importe, el daño que, en su caso, ha sido repercutido por el demandante a sus clientes puede resultar particularmente difícil. Es por ello que el artículo 16 de la Directiva de Daños ya previó que la Comisión Europea formulara orientaciones para los órganos jurisdiccionales nacionales sobre la estimación de esta parte de los sobrecostes que puede haber sido repercutida a compradores indirectos por el comprador directo de las empresas partícipes de la infracción.

Por último, la Comisión Europea abrió el 29 de julio de 2019 y hasta el 18 de octubre de 2019 una consulta pública sobre la protección de la información confidencial para la aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, publicando al efecto un borrador de Comunicación³⁴ con el fin de recibir observaciones de jueces, abogados, peritos económicos y académicos.

³² Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 ó 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 167 de 13.6.2013).

³³ Comunicación de la Comisión — directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto (DOUE C 267 de 9.8.2019).

³⁴ Disponible en https://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_private_enforcement/es.pdf

Puesto que, conforme a la Directiva de Daños y en España a las nuevas disposiciones de la LEC, los jueces nacionales tienen la facultad de ordenar la exhibición de pruebas que pueden contener información confidencial y pueden no contar con la experiencia suficiente para tratar cuestiones de confidencialidad, encontrándose con cuestiones prácticas sobre cómo proteger de manera efectiva dicha información confidencial sin comprometer los intereses de los solicitantes de acceso a las fuentes de prueba, la Comisión ha querido con este borrador de Comunicación facilitar la orientación práctica, pero no vinculante, a los tribunales nacionales a la hora de seleccionar las medidas más efectivas para proteger la información confidencial cuando deban decidir sobre solicitudes de acceso a las fuentes de prueba en el marco de acciones de daños.

Queda por ver cuál será la jurisprudencia que, con todos estos precedentes del Tribunal de Justicia y orientaciones de la Comisión Europea, irán sentando en España, en los meses y años venideros, las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo en esta materia de creciente importancia en nuestra práctica jurídica y que tendrá sin duda un impacto determinante en la aplicación de las normas de defensa de la competencia en nuestro país.

*(Trabajo recibido el 30/09/2019
y aceptado para su publicación el 15/10/2019)*

EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS RELATIVAS A LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

IRENE BONET TOUS

Abogada del Estado

RESUMEN

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) se ocupa del régimen sancionador en su título V. Con objeto de guiar la aplicación de este sistema punitivo, la CNMC aprobó en 2009 una comunicación en la que precisaba el sistema de cuantificación de las sanciones, inspirado en cierta medida en los reglamentos comunitarios. Sin embargo, tras diversa controversia jurisprudencial, mediante sentencia de 29 de enero de 2015, el Tribunal Supremo anula tal comunicación por considerar que excede de los límites máximos previstos en la Ley. El «nuevo» sistema de determinación de las sanciones derivado de tal sentencia ha obligado al recálculo de las sanciones en numerosos expedientes sancionadores que todavía no eran firmes: los fallos estimatorios de las sentencias determinan que la CNMC deba dictar en cada caso una nueva resolución en la que cuantifica, con arreglo a los nuevos criterios jurisprudenciales, la multa que procede. Dichas resoluciones de recálculo resultan, en muchas ocasiones, objeto de nueva impugnación judicial. La ejecución de tales resoluciones y los procedimientos plantean una serie de cuestiones interesantes tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo.

Palabras clave: Defensa de la Competencia, régimen sancionador, sanciones, cuantificación, recálculo.

ENFORCEMENT OF SANCTIONING SENTENCES ISSUED BY THE NATIONAL COMPETITION COMMISSION

IRENE BONET TOUS

State Attorney

ABSTRACT

The Competition Act 15/2007, of 3rd July, provides for a regime of sanctions in its Chapter V. So as to guide the application of this penalty system, the National Commission

of Markets and Competition (CNMC) approved in 2009 a communication in which it specified the quantification system of penalties, which was inspired in the EU regulations. However, after a certain case-law dispute, by Ruling of 29th of January of 2015, the Supreme Court repealed such communication, because it was considered to exceed the legal maximum limitations of the penalties. The «new» quantification system that results from this ruling has obliged to recalculate the sanctions in many proceedings: the upheld judgements lead the CNMC to adopt in each case a new resolution in which it quantifies the penalty according to the new jurisprudential criteria. Such recalculation resolutions are often contested before the tribunals. The execution of such resolutions and the judicial procedures raise a number of interesting issues, from both a procedural and a substantive point of view.

Keywords: Competition, penalty system, penalties, quantification, recalculation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA EJECUCIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO.—II. INTRODUCCIÓN: LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE COMPETENCIA.—III. LA COMUNICACIÓN DE LA CNMC DE 2009 Y LA JURISPRUDENCIA CORRECTORA. 1. La Comunicación de la CNMC. 2. La jurisprudencia correctora.—III. DETERMINACIÓN DE LAS MULTAS TRAS LA STS 29 DE ENERO DE 2015.—IV. LAS RESOLUCIONES DE RECÁLCULO DE LAS SANCIONES Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN EN SU EJECUCIÓN. 1. La naturaleza jurídica de las resoluciones de recálculo y el cauce procedimental adecuado para su impugnación. 2. El procedimiento administrativo de recálculo. 3. El plazo de caducidad. 4. Algunos problemas de fondo.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA EJECUCIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO

La ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo tiene como punto de partida el principio general establecido en el artículo 118 de la Constitución Española, que dispone que: *«es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto»*, y concreta su regulación en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA»).

El primero de los preceptos referidos a la ejecución reitera y precisa el mandato constitucional, sujetando a la obligación de cumplimiento a todas las personas y a las entidades públicas y privadas. Asimismo, el sistema general previsto en la LJCA prevé que, dictada y firme una sentencia, sea precisamente la Administración la obligada —bajo la supervisión del juez o tribunal de primera instancia— a llevar el fallo a «puro y debido efecto».

Cuando la sentencia estimatoria del recurso exige una actuación positiva por parte de la Administración demandada, más allá de la mera anulación de disposiciones normativas, resoluciones o actos, se deberá producir una nueva actividad administrativa que, por su propia naturaleza, estará también sujeta a la posible revisión por parte de los jueces y tribunales, bien por la vía del específico procedimiento previsto en la LJCA para el control de la correcta ejecución de las sentencias (el incidente de ejecución), o bien por vía de impugnación autónoma. Más adelante nos referiremos a este debate en la materia que nos ocupa.

Finalmente, debemos recordar que la LJCA, como ya hacían las anteriores reguladoras de este orden jurisdiccional, limita la competencia de los tribunales respecto del contenido del fallo estimatorio, indicando que *«los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los*

preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados» (artículo 71.2), por lo que queda en manos de la administración competente no solo el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, sino además la determinación del contenido discrecional del nuevo acto o disposición, o parte del mismo, que se dicta en sustitución del anulado, pues en el ejercicio de esta facultad la potestad discrecional de la que goza la administración no puede ser reemplazada por la voluntad del juzgador.

En lo que interesa a la materia del presente artículo, vamos a analizar la forma en la que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ha incidido en las resoluciones sancionadoras en materia de competencia que emite la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como los principales problemas que plantea la ejecución de los fallos que condenan a la Administración a revisar los sistemas de determinación de las multas, para ajustarlos a los principios de legalidad, proporcionalidad de las sanciones y seguridad jurídica.

II. INTRODUCCIÓN: LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE COMPETENCIA

La defensa de la competencia, como elemento estructural y garantizador del buen funcionamiento de la economía de mercado en los estados desarrollados, exige un sistema punitivo efectivo, suficientemente disuasorio para evitar comportamientos de las empresas dirigidos a obtener un beneficio a costa de eventuales infracciones normativas, pero al mismo tiempo respetuoso con los principios inspiradores del *ius puniendi* de la Administración y las garantías procedimentales y materiales del sistema constitucional establecido.

La regulación legal del régimen sancionador en materia de competencia se contiene principalmente en el Título V de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Tras establecer la enumeración de los sujetos infractores y de las posibles infracciones, clasificadas en leves, graves y muy graves, el artículo 63 se ocupa de las sanciones estableciendo unos porcentajes máximos del 1, 5 y 10 por ciento del volumen total de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa, en función de la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave. Como criterio supletorio, el último apartado del precepto establece un umbral cuantitativo para los casos en los que no sea posible delimitar el volumen de negocios del sujeto infractor.

El artículo 64 regula los criterios que permitirán la determinación del importe final de las sanciones, como la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado, la duración de la infracción o los beneficios ilícitos obtenidos, entre otros. Ello se completa con una serie de circunstancias agravantes, como la comisión repetida de infracciones, la posición de responsable o de insti-

gador o la falta de colaboración, y otras atenuantes como la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción o dirigidas a la reparación del daño, la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas y la colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia).

Este sistema sancionador implica que el legislador no ha establecido para cada infracción una sanción fija y automática, sino que ha previsto solamente una franja u horquilla sancionadora, mediante el establecimiento de un margen máximo, permitiendo la decisión de determinar el *quantum* de la sanción a la propia Administración, con sujeción a los criterios de graduación que se establecen en el artículo 64.

La previsión de una escala, franja u horquilla para sancionar las conductas infractoras no es excepcional en el derecho sancionador español, sino que, al contrario, lo que resulta menos común es que se fijen de manera individual las sanciones que corresponden a las infracciones tipificadas, de tal forma que la punición de las mismas se produzca como una operación automática. Sin ir más lejos, en el caso de las conductas más reprochables en materia de competencia, tipificadas como delitos en el código penal, se regulan las penas estableciendo una escala de valores máximos y mínimos dentro de los cuales el órgano judicial debe individualizar la respuesta punitiva en la eventual sentencia condenatoria.

En el caso de las infracciones administrativas, la tarea de la individualización punitiva llevada a cabo por parte de la Administración es adecuada a los principios de legalidad y tipicidad, y así lo ha reconocido reiteradamente la doctrina del Tribunal Constitucional, que establece, entre otras, en las SSTC 175/2012, de 15 de octubre (FJ 3), y 145/2013, de 11 de julio (FJ 8), que *«resulta compatible con la garantía del principio de legalidad sancionadora que el legislador atribuya discrecionalidad a la Administración dentro de unos límites para concretar el alcance o importe de la sanción»*.

Dentro del ámbito administrativo sancionador en materia de competencia, la tarea de individualizar la respuesta punitiva que corresponde a las conductas empresariales prohibidas corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC»), de acuerdo con las facultades de vigilancia que le atribuye la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»).

En efecto, como órgano administrativo supervisor del correcto funcionamiento del mercado y de la existencia de una competencia efectiva, encargado de vigilar las conductas restrictivas o abusivas por parte de los agentes competidores, corresponde a la CNMC, entre otras funciones, el ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los límites y principios que establece la propia LDC.

Consciente de la dificultad que entrañan las funciones que en materia sancionadora le han sido atribuidas, dada la parquedad en la regulación (que solo se

contiene en los citados artículos 63 y 64 de la LDC), así como la relativa ambigüedad de los parámetros que utilizan tales preceptos, el legislador permite, en la Disposición Adicional Tercera, que la CNMC pueda *«publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley»*.

En ejercicio de la facultad que menciona la citada Disposición Adicional Tercera, la anteriormente llamada Comisión Nacional de la Competencia publicó la Comunicación de 6 de febrero de 2009 («Comunicación») sobre cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea.

III. LA COMUNICACIÓN DE LA CNMC DE 2009 Y LA JURISPRUDENCIA CORRECTORA

1. La Comunicación de la CNMC

Como señala la propia Comunicación, el objeto de la misma es el establecimiento de unas Directrices que *«guíen su actuación»* y establece que *«con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos»*. En consecuencia, se procede a estructurar el cálculo de la sanción en tres fases:

- 1.^a) la determinación del importe básico;
- 2.^a) la aplicación de un coeficiente de ajuste en función de las circunstancias agravantes y atenuantes;
- 3.^a) el ajuste, cuando proceda, de la cantidad obtenida, aplicando los límites establecidos en la LDC.

El sistema previsto en esta Comunicación trataba de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las normas comunitarias, tomando como base el Reglamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre la competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y las *«Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23.2. a)»* del citado Reglamento, adoptado por la Comisión Europea (cfr. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 1 de septiembre de 2006). Asimismo, la orientación de la CNMC se amparaba en las interpretaciones de la Jurisprudencia de los Tribunales Europeos en materia de competencia, pudiendo citar, por todas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09 Novacke, Comisión).

Esta forma de cálculo, inspirada en el derecho comunitario, entendía que los porcentajes que fija la ley para determinar las sanciones no constituyen un límite máximo, sino lo que se denomina como un «*umbral de nivelación*». De esta forma, el importe básico de la sanción se fijaba inicialmente sin sujeción a escala alguna, sino atendiendo a los criterios de la propia Comunicación. Una vez fijado *a priori* dicho importe se aplicaba un coeficiente de ajuste en función de la presencia de atenuantes o agravantes y, finalmente, como una última fase, la CNMC aplicaba los porcentajes del artículo 63 como factor de moderación, en caso de que el importe resultante fuese superior a aquéllos.

El concepto de «*umbral de nivelación*», elaborado por la jurisprudencia comunitaria, parte del artículo 23 del Reglamento 1/2003 (no literalmente), y pretende significar que no existe un arco sancionador con una escala máxima y mínima establecida por el legislador para la imposición de las sanciones, sino meramente un límite extrínseco para determinar la máxima sanción que puede soportar una empresa sin ver comprometida su capacidad económica.

2. La jurisprudencia correctora

Tras numerosas impugnaciones fueron, en primer lugar, la Audiencia Nacional y posteriormente el Tribunal Supremo quienes advirtieron de las posibles conculcaciones de los principios de legalidad y proporcionalidad, así como de las restantes garantías constitucionales en materia sancionadora, que podrían derivarse de este método de determinación de las multas a imponer, puesto que no se ajustaba estrictamente a las directrices emanadas de los preceptos legales aplicables.

En efecto, en primer lugar¹ debe mencionarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013 (a la que habrían precedido otras relevantes en el mismo sentido en el ámbito de los países comunitarios, como la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 26 de febrero de 2013), en la que se afirmó lo siguiente:

«Los criterios de la CNC, en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar una graduación dentro de la previsión legal, lo que el Tribunal Constitucional denomina “cuadro de las existentes”.»

Interpretar los artículos 10 [de la Ley de 1989] y 63 [LDC] en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de “Lex

¹ Seguiremos en este análisis a CASINO RUBIO, Miguel: «El discutido cálculo de las multas en materia de defensa de la competencia», RAP 2016.

certa” y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el Tribunal Constitucional.»

Asimismo, entendió la Audiencia Nacional que el límite máximo de las sanciones debía calcularse como porcentaje del volumen de negocios del infractor en el mercado eventualmente afectado y no sobre el volumen de negocios «total».

Sobre tales cuestiones vino a pronunciarse el Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso de Casación 2872/2013), a la que han seguido numerosas posteriores (entre otras SSTs de 30 de enero, 5, 9 y 27 de febrero, 4 de mayo, 8, 17 y 22 de junio, 11, 28 y 30 de septiembre y 2 de octubre de 2015), en las que se pone fin a la controversia suscitada, modificando los criterios de la CNMC, y confirmando, aunque no en todos los puntos, el criterio mantenido por la Audiencia Nacional.

El Alto Tribunal, en una sentencia que ha sido en general alabada por la doctrina a pesar de existir voces discrepantes sobre algunas cuestiones, se centra en dos asuntos principales:

a) Los límites en la fijación del importe de las sanciones

Se confirma en este punto la tesis de la Audiencia Nacional, considerando que los porcentajes que establece el artículo 63 de la LDC operan como una cifra máxima y no como umbral de nivelación o factor de moderación «a posteriori».

En efecto, el Tribunal Supremo parte de los principios del derecho sancionador, en los que la predeterminación normativa de los máximos y los mínimos de las multas forman parte del «contexto jurídico» en el que deben operar las autoridades administrativas en ejercicio de las potestades sancionadoras que les han sido atribuidas. Ello implica que los límites del artículo 63 de la LDC deban ser aplicados como cifras porcentuales que operan como techo o tope de la respuesta punitiva de la autoridad sancionadora y no como mero «umbral de nivelación».

Respecto de tales conceptos de «umbral de nivelación» o «factor de moderación» que venía utilizando la CNMC y que procedían de la normativa y jurisprudencia comunitaria, el Tribunal Supremo analiza las diferencias entre la ley nacional y las reglas europeas: el Reglamento 1/2003, en su artículo 23, considera todas las infracciones igualmente graves (no distingue entre las leves, graves y muy graves) y utiliza un solo porcentaje del 10% del volumen total de negocios, aplicable en todos los casos.

En este sistema «unitario» de determinación de la multa que recoge el artículo 23 del Reglamento europeo 1/2003 sí se entiende lógico que el límite del 10% opere como *umbral de nivelación*. Pero, sin embargo, en palabras del TS, «para

modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007». (Fundamento de Derecho Séptimo.)

Finalmente cabe mencionar que el Tribunal Supremo «valora» en cierta medida el ánimo armonizador de la CNMC en su comunicación, teniendo en cuenta que son conductas infractoras no solo las previstas en los artículos 1 a 3 de la LDC, sino también, aunque definidas en el mismo sentido, las que se recogen en los artículos 101 y 102 del TFUE. Ahora bien, el Alto Tribunal considera que el legislador nacional goza de una autonomía procesal reconocida y no se encuentra vinculado por los métodos de cálculo recogidos en las normas comunitarias. Dicho de otro modo, la indudable vinculación a la tipificación europea de las conductas no alcanza a la técnica de determinación de la multa, siendo esto último competencia exclusiva del legislador nacional.

b) *La interpretación de la expresión «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa», sobre el que deben aplicarse los porcentajes para determinar las infracciones*

En este caso, el Alto Tribunal rechaza la postura de la Audiencia Nacional, que entiende que tal expresión se refiere al volumen de mercado que pudiera resultar afectado directa o indirectamente por la infracción cometida.

La sentencia recuerda que la LDC de 2007, respecto de la anterior Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, ha añadido el adjetivo «total» a la mención «volumen de negocios», como elemento para determinar el importe de la multa, optando por unificar el concepto de modo que no pueda desagregarse por ramas de actividad. Sin duda, entiende el Alto Tribunal, ha sido la intención del legislador elegir este indicador «total» como el expresivo de la capacidad y situación económica del infractor.

Por ello, con independencia de los riesgos o disfunciones prácticas que puedan observarse en su cálculo (que no tiene obstáculo en reconocer), entiende el TS que el concepto «*volumen de negocios total*» no puede ser limitado mediante la interpretación realizada hasta entonces por la Audiencia Nacional, sino que debe ser referido a todas las actividades económicas en las que la empresa infractora participe, con independencia de cuáles sean los mercados de productos o mercados geográficos afectados por la infracción. Así, la sentencia de 29 de enero de 2015 fija el modo en el que debe ser entendida la expresión del legislador.

En definitiva, el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa ha de referirse al ámbito de actividad económica *global* de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Ello, como veremos inmediatamente, deriva en otra serie de problemas interpretativos, como la definición del volumen de negocio de las empresas multiproducto, o la determinación del mismo en el caso de las asociaciones o de las empresas que operen en mercados internacionales. Posteriormente, al hablar de los problemas prácticos suscitados en la ejecución, trataremos algunos de ellos.

III. DETERMINACIÓN DE LAS MULTAS TRAS LA STS 29 DE ENERO DE 2015

En las decisiones de la CNMC posteriores a esta sentencia se afirma que no procede la aplicación de la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones de 2009. En general, el nuevo sistema de determinación de la respuesta punitiva a las infracciones consta de tres fases:

- a) La primera, **en la que se determina el tipo sancionador general**, en función de la gravedad de la infracción (leve, grave y muy grave) y de las características generales de la misma, en virtud de los criterios del artículo 64.

Es decir, en esta primera fase se fija el extremo superior del arco punitivo, que será del 1% si la infracción es leve, del 5% si es grave y del 10% si es muy grave. Dentro de este arco punitivo se valora individualmente la conducta del infractor, si bien virtud de las circunstancias generales del artículo 64.1 (aplicables a todas las entidades infractoras por igual): características del mercado afectado por la infracción (64.1 a); cuota de mercado de la empresa o empresas responsables (64.1 b); alcance de la infracción (64.1 c); efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (64.1 e); beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción (64.1 f).

- b) La segunda fase implica la **determinación del tipo sancionador individual** en función de la valoración concreta de la conducta de cada empresa infractora. Se parte para ello del volumen de negocios de cada empresa en el mercado afectado por la infracción y se valora la duración y la intensidad de su participación, es decir:

- La duración de la infracción;
- La dimensión del mercado afectado;
- Las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en la empresa afectada.

- c) Por último, se lleva a cabo una **ponderación final de la proporcionalidad** de la sanción determinada.

El llamado «límite de la proporcionalidad» (o teoría de la multa óptima, según la propia CNMC) se calcula sobre dos baremos: 1) la estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido durante el periodo de comisión de la conducta tipificada, bien mediante la información extraída del expediente sancionador, bien mediante el margen bruto de explotación del sector en el que se produce la infracción; 2) la estimación del beneficio que la entidad infractora *espera* obtener mediante la infracción, con el fin de asegurar el efecto disuasorio de la multa que finalmente se imponga.

La cifra que se obtenga de dicha estimación constituye el límite por encima del cual la multa se considera desproporcionada respecto de la dimensión de la infracción cometida, debiendo reducirse hasta que no rebase tal cantidad. Entiende la CNMC, en un mecanismo no exento de críticas, que mediante este sistema se cohonestan los principios legales y jurisprudenciales de la LDC, así como las exigencias de los principios de proporcionalidad de las sanciones y disuasión en su comisión.

Estas «nuevas» directrices para llevar a cabo la individualización punitiva que corresponde a la CNMC resultan de la aplicación directa de los artículos 63 y 64 de la LDC, por lo que no han dado lugar a otra comunicación por parte del organismo regulador, a pesar de algunas voces doctrinales que así lo reclaman, sino solamente a ciertas «indicaciones provisionales»² en las que se explican los criterios expuestos, a efectos informativos para los agentes afectados.

No obstante, lo cierto es que tales criterios han sido confirmados por numerosas sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, tanto las relativas a las nuevas sanciones que se imponen con posterioridad a la meritada sentencia de 29 de enero de 2015, como aquellas que se refieren a resoluciones que recalculan el importe de las multas con arreglo al nuevo método que se ha expuesto.

IV. LAS RESOLUCIONES DE RECÁLCULO DE LAS SANCIONES Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN EN SU EJECUCIÓN

Como venimos analizando, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 ha dado lugar a la modificación en la metodología de establecimiento de las sanciones por infracciones en materia de competencia por parte de la CNMC. A su vez, ello ha ocasionado que, en determinados casos en los que la resolución sancionadora impuesta no era firme todavía, la sentencia dictada por la Audiencia Nacional o por el Tribunal Supremo ordenara el recálculo de la multa con arreglo a los criterios expuestos.

² Véanse las «Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de las infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», publicadas el 10 de octubre de 2018.

En efecto, numerosas de las sentencias relativas a expedientes sancionadores cuya resolución se dictó con anterioridad a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo ordenan a la CNMC que calcule de nuevo la multa de acuerdo con los parámetros establecidos en la citada sentencia de 29 de enero de 2015 y, por tanto, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC prescindiendo del sistema que utilizaba la Comunicación de 2009.

La ejecución de tales fallos estimatorios, como se ha expuesto al principio de este artículo, corresponde en el orden contencioso-administrativo a la propia CNMC, que viene por tanto obligada a dictar una nueva resolución en la que se lleva a cabo el recálculo de la multa. Tales resoluciones han planteado numerosas controversias tanto en el ámbito material como en el procesal, de las que pasamos a analizar algunas relevantes.

1. La naturaleza jurídica de las resoluciones de recálculo y el cauce procedimental adecuado para su impugnación

La primera cuestión controvertida se refiere a la propia **naturaleza jurídica de la resolución de la CNMC que acuerda el recálculo de la multa.**

Debemos partir de la idea de que las resoluciones en las que la CNMC recalcula la sanción con arreglo a los parámetros legales y jurisprudenciales que han quedado ya expuestos no implican la tramitación de un nuevo expediente sancionador, sino que únicamente se dictan en ejecución de una sentencia judicial que impone a la Administración el cumplimiento de una concreta actuación.

En efecto, sintetizando el *iter* procedimental, tras la detección de una conducta infractora de la normativa de competencia, el procedimiento sancionador fue iniciado y tramitado por la CNMC de acuerdo con los artículos 49 a 53 de la Ley de Defensa de la Competencia, y finalizó con un acuerdo sancionador que fue impugnado en vía jurisdiccional, y que en virtud de la sentencia que finalmente se dicta en casación resulta anulado solo en lo relativo al cálculo de la multa, ordenándose una nueva determinación cuantitativa de la misma con arreglo al método de cálculo que establece la Ley y que interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 de enero de 2015.

Es por ello que esta nueva resolución únicamente ejecuta el fallo de la sentencia dictada en último lugar y corrige el cálculo de la multa, pero no modifica los hechos acreditados en el expediente sancionador que fue iniciado y finalizado anteriormente.

El problema derivado de esta peculiar naturaleza jurídica surge cuando, como consecuencia del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa del que tratábamos al inicio del artículo, se procede a la **impugnación ante el orden contencioso-administrativo de esta nueva actividad administrativa de recálculo**, pues

se plantea como primera duda si nos encontramos ante un incidente de ejecución de sentencia, o bien ante un nuevo recurso contencioso, independiente del anterior.

La abogacía del Estado, sobre la base de considerar que no se tramita un nuevo procedimiento sancionador sino que la CNMC procede únicamente a ejecutar una sentencia, defendió inicialmente la inadmisibilidad de los recursos contencioso administrativos contra las resoluciones de recálculo, en virtud del artículo 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En efecto, dicho precepto, en la letra c), dispone la inadmisibilidad de los recursos que tuvieran por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación. En este sentido, se consideraba que la resolución de la CNMC por la que se procede al recálculo no es susceptible de ser recurrida autónomamente ante el orden contencioso, ya que se trata de un acto de ejecución de sentencia dictado en virtud de los artículos 103 y concordantes de la LJCA, de tal forma que su impugnación deberá llevarse a cabo por la vía del incidente de ejecución previsto en el artículo 109 de la citada ley ritualaria.

Así, en la medida en que este artículo 109 de la LJCA regula un incidente para decidir cualesquiera cuestiones que plantee la ejecución de una sentencia, parecía evidente que, tratándose de la aplicación del fallo de una sentencia judicial, en el que la administración cumple con el deber previsto en el artículo 103, fuera aquél el procedimiento para resolver las impugnaciones contra la nueva resolución.

No obstante, en las sentencias de la Audiencia Nacional, la Sala se aparta de dicha conclusión y desestima las alegaciones de la Abogacía del Estado sobre la inadmisibilidad del recurso *ex* artículo 69.1 c), considerando que se trata de resoluciones plenamente recurribles por sí solas en vía contencioso-administrativa.

En efecto, manifiesta, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2018 que la resolución recurrida tiene un contenido específico que es diferente de la resolución inicial que se ejecuta y, aplicando los criterios de los artículos 63 y 64 de la LDC, cuantifica el importe de la multa a imponer a la recurrente. Por esta razón *«debe rechazarse la causa de inadmisibilidad planteada por el abogado del Estado al amparo del artículo 69 de la Ley 29/98 y ello puesto que la resolución recurrida es plenamente impugnabile de modo diferenciado respecto de la dictada en el expediente 241/20, no existiendo entre ellas más vinculación que los hechos que están en el origen, aunque **la fundamentación jurídica y el razonamiento son diferentes**, lo que obliga a que sea posible la impugnación diferenciada»*. (Énfasis añadido.)

En otros casos, la Sala desestima la causa de inadmisibilidad, pero admite en su razonamiento jurídico la doble vía de impugnación del acto, tanto de forma

autónoma como en vía incidente de ejecución, por lo que concluye que sí debe admitirse el recurso interpuesto. Señala así la sentencia de 26 de julio de 2018:

«No puede apreciarse la pretendida causa de inadmisibilidad si se advierte que la complejidad y variedad de cuestiones que planteaba el cumplimiento de la sentencia ya puso en su día de manifiesto la necesidad de que, en este concreto supuesto, se recondujese la reclamación a un nuevo proceso, solución que se apoya en doctrina jurisprudencial consolidada de la que es exponente la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2013, recurso núm. 2134/2012, y las que en ella se mencionan, que atribuye a la parte afectada la opción entre el trámite de ejecución o la interposición de un nuevo recurso independiente frente a la actuación administrativa llevada a cabo en cumplimiento de una sentencia y que se pronuncia a favor de la compatibilidad de ambas vías. (sentencia de 16 de diciembre de 2016, recaída en el recurso núm. 479/2014, Audiencia Nacional).»

Con independencia de la valoración de fondo del criterio de la Sala, pues no deja de ser llamativo que se admita el recurso no tanto por razones procesales, sino de fondo, amparándose en la complejidad de una resolución que se revisa, resulta innegable que el efecto de dicho criterio es la multiplicación en el número de recursos que se refieren a una misma infracción y a la correspondiente sanción impuesta por la CNMC.

2. El procedimiento administrativo de recálculo

Como hemos dicho, el hecho de admitir de que pueda recurrirse autónomamente la resolución de recálculo no modifica la naturaleza jurídica del acto recurrido, en el sentido de que se sigue calificando como un acto dictado en ejecución de una sentencia y que no implica la tramitación de un nuevo procedimiento sancionador.

Esta última afirmación, es decir, **la improcedencia de tramitar un expediente sancionador para dictar la nueva resolución de recálculo de la multa, plantea otras dos controversias fundamentales** que han sido debatidas en los procedimientos contenciosos y resueltas, hasta ahora, de modo unánime por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

La primera se refiere al **trámite audiencia de la empresa sancionada**. Frente a las alegaciones de los recurrentes, que reclaman la nulidad de la resolución por haberse omitido un nuevo trámite de audiencia, se opone la Abogacía del Estado, con un criterio confirmado por la Audiencia Nacional, considerando que no puede pretenderse por la parte recurrente que se deba tramitar un nuevo procedimiento sancionador, con los trámites que se recogen en el artículo 49 de la LDC, cuando se trata, no de imponer una sanción, sino de ejecutar una sentencia del

Tribunal Supremo, debiéndose realizar solo la adaptación del importe de la multa a los criterios señalados por el mismo Tribunal Supremo.

Más aun, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 29 de septiembre de 2005, recaída en el recurso núm. 7668/1999 y las que la misma cita) entiende que la omisión del trámite de audiencia que determina la nulidad de pleno derecho de lo actuado por la Administración en un procedimiento sancionador debe ser interpretada de forma restrictiva, siendo solo aquella que ha generado indefensión al afectado, indefensión que tiene que ser real y efectiva y no meramente aparental.

Es por ello que la mera invocación por el recurrente del eventual derecho a la audiencia del sancionado por la CNMC no es suficiente para determinar la nulidad de pleno derecho, dado que el nuevo pronunciamiento del organismo sancionador se limita, necesariamente, a la ejecución de lo acordado en la sentencia que ordena el recálculo. La parte recurrente ya había sido oída *antes* de la imposición de la sanción original (en el procedimiento sancionador tramitado de acuerdo con los artículos 49 y siguientes de la LDC) y los datos fácticos tomados en cuenta por el organismo competente para imponer y ahora para recalcular la sanción no han sido objeto de variación alguna, por lo que difícilmente se ha podido producir indefensión de algún tipo a la empresa infractora.

Por último, enlazando esta cuestión con la anterior, relativa a la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra estas resoluciones, la Sala (entre otras, en la citada sentencia de 26 de julio de 2018) finaliza este argumento desestimatorio señalando que el hecho mismo de permitir al infractor sancionado llevar a cabo la impugnación «autónoma» de la resolución del recálculo mediante un nuevo recurso contencioso-administrativo, asegura a este último todas las garantías inherentes al procedimiento y la tutela judicial efectiva en un sentido pleno, no limitado exclusivamente a un incidente de ejecución de sentencia.

En definitiva, la pretendida audiencia del infractor, así como las restantes garantías procedimentales, quedan doblemente aseguradas, mediante el acceso a un nuevo recurso contencioso-administrativo en el que se le permite el planteamiento de todas las cuestiones sobre la resolución de recálculo.

3. El plazo de caducidad

La segunda cuestión que plantea el hecho de que el recálculo de la sanción no implique un nuevo procedimiento sancionador, sino la ejecución de una sentencia, **se refiere al plazo de caducidad para adoptarlo.**

Debemos, nuevamente, partir de la diferencia entre los procedimientos sancionadores en materia de conductas contrarias a la competencia, recogido en la Ley de Defensa de la Competencia, y el procedimiento de ejecución de sentencia

en el orden contencioso-administrativo, regulado en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998.

Sentada esta distinción, cabe señalar que la caducidad sólo se predica de los procedimientos sancionadores. En este caso, el artículo 36 de la Ley 15/2007 establece en su apartado primero que *«el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente»*.

Este plazo de dieciocho meses se refiere al procedimiento sancionador original, por lo que el *dies ad quem* se produce con resolución sancionadora inicial y no con la resolución que acuerda el recálculo de la multa, pese a las alegaciones de los recurrentes, que entienden que, desde el momento de notificación de la sentencia que impone la obligación de llevar a cabo la nueva determinación de la sanción, se retoma el cómputo del plazo de caducidad de dieciocho meses indicado.

Es por ello que la alegación de caducidad se desestima a todos los efectos, en la medida en que la resolución de recálculo se adopta dentro de la obligación general de la Administración de cumplir las sentencias en la forma y los términos que en la misma se consignan, de acuerdo con la obligación impuesta de forma general en el artículo 103 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contenciosa.

En efecto, la resolución de recálculo de la sanción de la CNMC se dicta en el marco de un procedimiento administrativo de ejecución de sentencia iniciado a raíz del fallo del órgano judicial que ordena a la Administración un comportamiento determinado, pero no fija el legislador, en relación al mismo, un plazo determinado, más allá del plazo general para instar la ejecución forzosa.

Dicho de otro modo, no existe un plazo de caducidad para la ejecución de las sentencias cuando el fallo de las mismas no impone uno determinado, sino que la Ley se limita a señalar en el artículo 104.2 que, una vez transcurridos dos meses desde la comunicación de la sentencia, las partes afectadas podrán instar su ejecución forzosa.

Así, razona la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 23 de abril de 2018, con cita a otras anteriores como la de 16 de diciembre de 2016, que *«(...) el dies ad quem de dicho plazo —el de caducidad— es el de notificación de la resolución, en este caso el 27 de octubre de 2011. En modo alguno puede computarse a los efectos de duración del procedimiento sancionador, y con relevancia sobre su eventual caducidad, lo actuado después de notificada la resolución que le puso fin. Admitir otra cosa no solo resulta claramente contrario al tenor literal del precepto transcrito, sino que supondría que la posibilidad de declarar la*

caducidad quedase permanentemente abierta a expensas de la prolongación de trámites posteriores a la notificación de la resolución».

4. Algunos problemas de fondo

Aclaradas las cuestiones procedimentales más llamativas, cabe referirnos a **algunos de los problemas de fondo que surgen a raíz de las resoluciones de recálculo** y sus reiteradas impugnaciones en el orden contencioso.

- a) *El objeto legítimo de discusión del procedimiento en el que se recalcula la multa: motivación, proporcionalidad y arbitrariedad*

Debemos recordar que las sentencias por la que se ordena a la CNMC que proceda al recálculo anulan la multa **pero solo en lo relativo a la fijación de la sanción**: esto es, se obliga a la CNMC a volver a determinar la sanción de acuerdo con la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo, pero se confirma la resolución sancionadora en el resto de sus extremos. De ahí que, en la mayoría de los casos, el Alto Tribunal no cuestione los datos en los que se basaba el cálculo de la multa, efectuado en virtud de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sino que únicamente se obliga a corregir la metodología utilizada.

En definitiva, únicamente se ordena el recálculo del importe de la sanción según la interpretación de los artículos 63 y 64 de la LDC realizada por el TS desde enero de 2015. De ahí que, en la mayoría de los casos, se desestimen las impugnaciones basadas en la falta de **motivación y de proporcionalidad** de la nueva resolución conteniendo la sanción recalculada.

Por lo que se refiere a la motivación, como la sentencia anula la resolución original únicamente en lo relativo a la cuantificación de la sanción, **los hechos acreditados en el expediente previo quedan confirmados y no deben ser nuevamente valorados por la CNMC**, por lo que no pueden prosperar las alegaciones basadas en la falta de motivación en este punto.

Como señala la Audiencia Nacional en la sentencia de 13 de junio de 2018, relativa a la impugnación de una resolución de recálculo: *«La motivación de la resolución recurrida no puede considerarse insuficiente puesto que, partiendo de lo dicho en la resolución inicial, y de los criterios expuestos por el Tribunal Supremo en la sentencia que se trata de ejecutar, la resolución ahora impugnada incorpora el razonamiento lógico que le ha llevado a fijar el importe de la multa con el que finalmente se sanciona a la ahora recurrente».*

Tampoco es obligatorio el desglose o especificación de los datos numéricos o de las estimaciones realizadas, y así lo viene señalando doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, en la sentencia de 22 de octubre de

2015, asunto c-194/14 Treuhand, apartado 68): la CNMC cumple con su obligación de motivación exponiendo los criterios para determinar los elementos en los que se fundamenta la imposición de la multa sin necesidad de exteriorizar los cálculos numéricos en los que justifica su decisión. Por lo tanto, y a la inversa, la CNMC no incumple su deber de motivación por el hecho de no especificar en la resolución impugnada el peso específico de cada uno de los criterios en la determinación de la cuantía de la sanción.

Por lo que se refiere a la **proporcionalidad**, debemos partir de la consideración de que la sanción no se anula por ser desproporcionada, sino porque fue calculada con arreglo a un sistema que era susceptible de generar un sesgo al alza en el cálculo.

En efecto, como ha sido ya explicado al comienzo de esta exposición, tras la sentencia de 29 de enero de 2015, la metodología utilizada para calcular la sanción por la infracción cometida en materia de competencia conlleva una última fase en la que se procede a un examen o ponderación final sobre la proporcionalidad. En las resoluciones de recálculo, la CNMC debe poner de manifiesto que ha efectuado dicha operación, indicando el límite de la proporcionalidad utilizado: si la multa recalculada fuera superior a dicho límite debería reducirse hasta el valor de referencia para evitar que la sanción fuera desproporcionada.

La proporcionalidad en las resoluciones de recálculo plantea especiales problemas, en ocasiones, por la interpretación que el Tribunal Supremo lleva a cabo del concepto «volumen de negocios del mercado afectado» (VNMA).

Recordemos que, como se había anticipado, la sentencia de 29 de enero de 2015 corrige el criterio que venía sosteniendo la Audiencia Nacional, de forma que el volumen de negocios «total» ya no es solo el volumen de negocios «eventualmente afectado» en relación a la infracción: para el Alto Tribunal, la expresión comprende la totalidad de la actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, esto es, el mercado que se encuentra afectado por la conducta infractora tanto en forma directa como indirecta.

En efecto, este «viraje» interpretativo se basa en el carácter disuasorio de las sanciones, como razona la sentencia Audiencia Nacional de 13 de junio de 2018, por lo que, si se toma en consideración solamente el volumen de ventas del mercado afectado por la actividad que ha dado objeto a la imposición de la sanción y se trata de una empresa de un importante volumen total de negocios, el importe de la multa sería muy pequeño y promocionaría la reiteración de la conducta, puesto que el importe de la sanción debe ponerse en relación con la importancia de la empresa en el mercado afectado. Por esta razón, el volumen total de negocios de la empresa, y no el referido a la concreta actividad, es el que se debe tomar en consideración para el nuevo cálculo de la multa.

Este concepto se cuestiona en numerosas ocasiones desde el punto de vista de las **empresas multiproducto**, definidas como aquellas en las que el mercado afectado por la infracción supone una proporción reducida respecto del conjunto de su actividad.

Consciente de la dificultad que entraña esta interpretación en tales supuestos, el propio Tribunal Supremo advierte de que, en el caso de las empresas multiproducto, debe prestarse especial atención a la concreta dimensión de la conducta infractora, dentro del sector específico de actividad, para asegurar que la sanción es proporcionada.

Es por ello que en este tipo de empresas resultará más habitual realizar un ajuste de proporcionalidad, debido a que la sanción puede ser muy elevada en relación a la efectiva dimensión de la infracción, ya que en ellas la facturación en el mercado afectado es una parte pequeña del volumen de negocios total.

Ahora bien, frente a las genéricas alegaciones de algunos recurrentes que invocan ajustes en la sanción solo por ser empresas multiproducto, se argumenta por la Abogacía del Estado que la mera condición de empresa multiproducto no es un criterio de valoración para la determinación de la sanción, ni la CNMC califica a las empresas como monoproducción o multiproducto para decidir si corresponde realizar o no el ajuste de proporcionalidad.

Efectivamente, el límite de proporcionalidad se estima para todas las empresas sancionadas en un expediente para comprobar si la sanción en euros que resulta de aplicar el tipo sancionador que les corresponde sobre su volumen de negocios total podría resultar desproporcionado, pero no por ello el ajuste de proporcionalidad será necesario en todas las empresas multiproducto, ni innecesario en las empresas con un carácter más monoproducción. Deberá valorarse en cada supuesto la concreta distorsión de la competencia que se haya producido, esto es, la producida en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o no puede, simultáneamente operar en otros mercados.

Por otro lado, la determinación del volumen de negocios total plantea algunas veces cierta dificultad en relación a las **asociaciones**. La LDC es suficientemente clara en cuanto a cómo calcular el volumen de negocio total de las asociaciones, estableciendo que «*se determinará tomando en consideración el volumen de negocio de sus miembros*» (artículo 63.1 *in fine*). Solo en aquellos expedientes en los que se sanciona simultáneamente a la asociación y a las empresas asociadas el Consejo de la CNMC determina la multa de la asociación tomando como referencia su nivel anual de ingresos, para evitar el bis *in idem* que podría plantearse en este caso si se actúa según lo establecido en el artículo 63.1 citado.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2018, en la que indica que el objetivo que persigue el artículo 63.1 c) de la LDC es «*procurar que las sanciones que se les impongan por infracción de las normas de*

*competencia tengan un carácter disuasorio, de modo que guarden relación con la naturaleza de la conducta infractora y la responsabilidad del sujeto infractor, atendiendo al grado de participación o implicación directa de la asociación en la comisión de la infracción y al reflejo que se produzca en las actividades de los miembros». Y añade la sentencia: «En el supuesto de las infracciones del Derecho de la Competencia cometidas por asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, **el volumen total de negocios de las empresas asociadas (y no el volumen de negocios propio de la asociación) resulta determinante, según el designio del legislador estatal, para fijar el quantum de la sanción pecuniaria, para asegurar sus efectos disuasorios, en cuanto resulte indicativo de la capacidad del sujeto infractor para incidir en la actividad de sus miembros y de su potencial para influir en el mercado».***

El mismo razonamiento, basado en la finalidad disuasoria de las normas, es el que induce a entender que en el caso de empresas que operen en el mercado nacional, pero también en el extranjero, el volumen de negocios se calcula con la cifra de negocios global publicada en sus cuentas anuales. Así lo ha confirmado la Audiencia Nacional, entre otras, en la sentencia de 10 de julio de 2018.

Por tanto, pese a las críticas de las empresas sancionadas que apelan a una falta de proporcionalidad en el cálculo, lo cierto es que, si la sociedad infractora tiene actividad en el extranjero, el volumen de negocio obtenido fuera de España formará parte del volumen de negocios total.

Para finalizar con las cuestiones relativas a la motivación y a la proporcionalidad de las resoluciones de recálculo también se alega en ocasiones que la multa es arbitraria en comparación con las sanciones que han sido recientemente impuestas en supuestos similares. La respuesta de la jurisprudencia en estos casos no difiere de la que se daría en otros supuestos de derecho administrativo sancionador en general, y es que **las multas impuestas resultantes de diferentes expedientes no son comparables entre sí**, salvo que las circunstancias sean idénticas (por todas, cabe mencionar la STGUE 16 de junio de 2011 en el asunto T-240/07, Heineken Nederland).

Así es, la jurisprudencia europea, en la que se basan las sentencias de la Audiencia Nacional al desestimar estas alegaciones, incluye entre sus argumentos esenciales que resulta poco probable que las circunstancias que caracterizan las decisiones del organismo sancionador (como puedan ser los correspondientes mercados, productos, empresas y períodos) sean idénticas y que tales circunstancias no se contienen en una lista taxativa o en una fórmula matemática: *«Habida cuenta de lo anterior, la comparación directa entre las multas impuestas a los destinatarios de dos decisiones relacionadas con infracciones distintas conlleva el riesgo de desnaturalizar las funciones específicas que cumplen las diferentes etapas del cálculo de una multa. En efecto, los importes finales de las multas reflejan las circunstancias específicas que concurrían en cada práctica colusoria y la evaluación realizada en el correspondiente supuesto».* En consecuencia, no es posible comparar multas impuestas en diferentes expedientes.

b) *Aplicación del principio de reformatio in peius*

Cuestión distinta es la comparación que se produce con la misma sanción que se impuso en el expediente que ahora se recalcula. Surge así **el límite de la «reformatio in peius»**, como aplicación del principio general de derecho administrativo, que impide que mediante la resolución de un recurso se produzca un empeoramiento o agravación de la situación inicial del recurrente.

Recordemos, una vez más, que en el expediente de recálculo, la CNMC, en virtud de mandato judicial, procede a modificar la metodología y a determinar el nuevo importe de la sanción que corresponde imponer. Puede ocurrir que la sanción resultante del nuevo cálculo sea superior a la inicialmente impuesta: en tal caso tiene declarado el Tribunal Supremo que cabe corregir el importe final e imponer **la misma sanción que la anulada** (STS 28 de mayo de 2018), siendo este el límite de la «reformatio in peius».

Desde el punto de vista práctico, y tomando como base los datos de la CNMC³, es interesante notar que la proporción en que el recálculo de la multa de acuerdo con los nuevos criterios resultaba un importe superior al de la sanción original —obligando por tanto a la aplicación de este principio de *reformatio in peius*, se ha acercado al 40%. De esta manera, las sanciones recalculadas son en la mayoría de casos menores que la sanción original, aunque en los casos en los que se incrementan lo hacen, de acuerdo con las conclusiones del estudio citado, en una proporción mayor.

Como conclusión, el supuesto examinado permite exponer una serie de consideraciones de interés sobre la ejecución de las sentencias en el ámbito contencioso-administrativo, en una materia —la del derecho de la competencia— donde el derecho sancionador está especialmente desarrollado y es de constante aplicación para las empresas que participan en el mercado. Asimismo, plantea una serie de interrogantes, todavía no resueltos, sobre temas muy relevantes, como por ejemplo lo son los que aparecen alrededor de la forma de plasmar en nuestro derecho el ejercicio por parte del regulador de facultades no estrictamente normativas (*soft law*, se llega a denominar por la doctrina) en un ámbito como el del derecho sancionador, y la forma en la que la jurisprudencia delimita y ajusta el *ius puniendi* de la administración.

(Trabajo recibido el 01/10/2019
y aceptado para su publicación el 15/10/2019)

³ «Análisis de las resoluciones de recálculo en aplicación de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sanciones de competencia», Documento AE-03/18 (0704), elaborado por Javier GARCÍA-VERDUGO, Ana VIEJO y Carlos MERINO.

LA ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE UNIDAD DE MERCADO

MIGUEL BORDIU GARCÍA-OVIES
Abogado del Estado

RESUMEN

Este trabajo analiza la labor de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para asegurar la unidad de mercado. La Autoridad de Competencia puede presentar un recurso especial en defensa de la unidad de mercado contra cualquier acto, actuación o disposición administrativa, así como frente a la inactividad o la vía de hecho en forma contraria a la Ley de garantía de la unidad de mercado. El artículo 27 de esta Ley regula un procedimiento especial para la protección de los operadores económicos. Estudiamos la jurisprudencia más relevante recaída en aplicación de esta norma. Repasamos los procedimientos más relevantes.

Palabras clave: unidad de Mercado, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, recurso especial, protección de operadores económicos, artículo 27 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, jurisprudencia más reciente.

THE NATIONAL COMMISSION ON MARKETS AND COMPETITION'S ACTIONS WITH REGARD TO MARKET UNITY

MIGUEL BORDIU GARCÍA-OVIES
State Attorney

ABSTRACT

This document analyses the work of the National Commission on Markets and Competition to ensure market unity in Spain. The Competition Authority is able to submit a special appeal in defence of market unity against any administrative ruling, action, or provision, as well as against inactivity or actions outside the scope of authority, when these are contrary to the Law on Insuring Market Unity. Article 27 of that Law regulates

a special procedure for the protection of economic operators. We study the most recent jurisprudence issued in application of this rule. We review the most relevant cases.

Keywords: market unity, National Commission on Markets and Competition, special appeal, protection of economic operators, Article 27 of the Law on Insuring Market Unity, most recent jurisprudence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA EN SU ÁMBITO DE ACTUACIONES EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA UNIDAD DE MERCADO.—II. EL MARCO JURÍDICO SUSTANTIVO Y PROCEDIMENTAL DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO. 1. Origen y finalidad de la LGUM. 1.1. Origen. 1.2. Finalidad. 2. Principios sustantivos de la unidad de mercado. Especial referencia a aquéllos en los que la intervención protectora de la CNMC ha resultado más intensa. 3. Mecanismos de protección de los operadores económicos establecidos en la LGUM. 3.1. El mecanismo del artículo 26 de la LGUM: la protección del operador económico a través de las autoridades competentes. 3.2. El mecanismo del artículo 27 de la LGUM: la impugnación judicial por la CNMC de actuaciones administrativas contrarias a la LGUM. 3.3. El mecanismo del artículo 28 de la LGUM: el informe a la SECUM sobre obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de la LGUM.—III. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL POR LA CNMC DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRARIAS A LA UNIDAD DE MERCADO. 1. Antecedentes: la legitimación general de la CNMC para la impugnación de actuaciones contrarias a la competencia efectiva. Diferencias y vinculaciones con el procedimiento de impugnación del artículo 27 de la LGUM. 1.1. El título de legitimación activa de la Autoridad de Competencia en España. La validación por el Tribunal Supremo. 1.2. La experiencia en la utilización del título legitimador del artículo 5.4 de la LCNMC. 1.3. La relación entre el título de impugnación del artículo 5.4 de la LCNMC y el del artículo 27 de la LGUM. 2. Especialidades del procedimiento contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado. 2.1. Competencia. 2.2. Legitimación activa. 2.3. Plazo de interposición. 2.3. Suspensión cautelar de actuaciones. 2.4. Actuación administrativa recurrida. 2.5. Reducción de plazos procesales. 3. La experiencia en la utilización del título legitimador del artículo 27 de la LGUM. 3.1. Reserva de actividad. Arrendamiento de vehículos con conductor o licencias «VTC». 3.2. Otros ámbitos de impugnación.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA EN SU ÁMBITO DE ACTUACIONES EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA UNIDAD DE MERCADO

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, «CNMC»), como también previamente la extinta Comisión de la Competencia y el desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia, ha desarrollado tradicionalmente su labor de defensa de la competencia fundamentalmente desde una perspectiva sancionadora. La actuación de la CNMC ha obtenido su mayor protagonismo jurídico, social, económico e incluso mediático en su faceta represora de las conductas contrarias a la competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, «TFUE») y en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Esta competencia sancionadora se ha ejercido por la CNMC en su condición de Autoridad Nacional de Competencia, por delegación de la potestad originaria que según los Tratados y los reglamentos comunitarios corresponde a la Comisión Europea. Especialmente a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que descentraliza en favor de las autoridades nacionales de competencia gran parte de la potestad sancionadora en la materia.

Así, a título de ejemplo, sólo en el año 2019 la CNMC ha impuesto, entre otras, importantes sanciones a empresas participantes en un cártel en el sector de las infraestructuras ferroviarias (Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS); a los principales fabricantes de tabaco por una infracción consistente en intercambio de información estratégica (Resolución de 10 de abril de 2019, Expte. S/DC/0607/17 TABACOS)

y a empresas de transporte escolar en Murcia por integrar un cártel de reparto de contratos públicos (Resolución de 20 de junio de 2019, Expte. SAMUR/02/18 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA). En total, sólo en estos tres expedientes se imponen multas totales por encima de los 177 millones de euros y, en determinados casos, se aplica una prohibición de contratar con el sector público¹.

El esfuerzo sancionador de la CNMC tiene, por lo tanto, un impacto trascendental en la lucha contra las actuaciones contrarias a la libre competencia.

Ahora bien, la CNMC no ha restringido al ámbito sancionador su actuación en defensa de la competencia, sino que ha ido progresivamente ampliando su espectro de actuación hasta convertirse en una pieza capital en la salvaguarda de la integridad del mercado en el sistema español. Manteniendo la vía sancionadora como principal, la Autoridad de Competencia ha venido profundizando en alternativas que operan en una fase previa a la existencia de la infracción, propulsadas tanto por reformas legislativas como por el impulso interno de la CNMC.

Así, hoy en día la Autoridad de Competencia desarrolla, entre otras, importantes funciones de estudio, de naturaleza consultiva y, en lo que más nos interesa para el presente artículo, promueve la impugnación judicial de actos de las Administraciones Públicas y disposiciones generales de rango inferior a la ley. Dentro del organigrama de la CNMC existe incluso un Departamento de Promoción de la Competencia para centralizar este tipo de actuaciones.

El objetivo parece claro: pasar de una posición meramente reactiva frente a las infracciones en materia de competencia a jugar un rol activo y preventivo que permita garantizar una regulación y una actuación de los poderes públicos que favorezca desde el inicio el respeto a la libre competencia.

En esta evolución constituye un importante salto cualitativo la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, «LGUM») que, como veremos, confiere a la CNMC un protagonismo que va más allá de la mera defensa de la aplicación de principios comunitarios en España, como Estado miembro, y sitúa a aquella institución como garante del principio de unidad de mercado. Principio que, aunque aparezca conectado al principio de libre competencia, tiene un ámbito más amplio y, como emanación del artículo 137 de la Constitución Española, se configura como un «*principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española*», en palabras del preámbulo de la LGUM.

Referida esta evolución en la concepción funcional de la CNMC, en el presente estudio nos centraremos en examinar lo que la LGUM denomina los «Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de

¹ Véanse las notas de prensa publicadas por la CNMC en los siguientes enlaces: <https://www.cnmc.es/node/374157>; <https://www.cnmc.es/node/375268> y <https://www.cnmc.es/prensa/CNMC/sancion-26-empresas-transporte-escolar-murcia>.

establecimiento y de la libertad de circulación». Especialmente nos detendremos en la legitimación de la CNMC para impugnar judicialmente actuaciones² normativas y no normativas de las Administraciones Públicas; en el procedimiento especial regulado a tal efecto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, «LJCA») y en la respuesta que los tribunales de justicia han venido dando a las mismas en los diferentes procedimientos contencioso-administrativos.

Como veremos, esta última faceta ha adquirido en los últimos tiempos una gran relevancia mediática, especialmente como consecuencia de las actuaciones de la CNMC discutiendo la legalidad de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas al tratar de regular los fenómenos de la denominada «economía colaborativa»; fundamentalmente, de las viviendas turísticas y de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor («VTC») y su conflicto con el sector del taxi.

Transcurridos cinco años desde la aprobación de la norma parece un buen momento para evaluar su estado de ejecución a la vista de los pronunciamientos judiciales que recientemente han ido cayendo en su aplicación.

II. EL MARCO JURÍDICO SUSTANTIVO Y PROCEDIMENTAL DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Antes de entrar en el examen específico de la legitimación de la CNMC para la impugnación judicial de actuaciones de las Administraciones Públicas conviene detenerse brevemente en cuáles son (1) el origen y finalidad general de la LGUM; (2) los principios sustantivos en que la LGUM desgrana el principio general de unidad de mercado, centrándonos en aquéllos cuya protección ha monopolizado la labor de impugnación judicial de la CNMC y (3) los mecanismos que la norma articula para la protección de los mencionados principios.

1. Origen y finalidad de la LGUM

1.1. Origen

La LGUM surge en un contexto histórico, social y económico determinado, que se caracterizaba por la concurrencia de dos factores³.

² En adelante, al emplear el término «actuación» o «actuaciones» administrativas o «actividad administrativa» lo haremos en el sentido amplio que para su control jurisdiccional establece la LJCA, incluyendo disposiciones, actos, inactividad y vía de hecho susceptibles de impugnación por aquella vía.

³ Como referencia de estos factores puede citarse la intervención en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados en defensa del Proyecto de Ley por parte del ministro de Economía (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CÓNG/DS/PL/DSCD-10-PL-142.PDF#page=21).

En primer lugar, las excesivas trabas existentes en España para poder iniciar y ejercer la actividad económica eran objeto de severas críticas por organismos internacionales antes de la aprobación de la norma.

A título de ejemplo, en el informe conocido como «Doing Business» del año 2014, referido al año 2013, elaborado por el Banco Mundial, España ocupaba el puesto 142 sobre un total de 189 Estados analizados en cuanto a facilidades para abrir un negocio. En cambio, países de nuestro entorno ocupaban posiciones sustancialmente mejores en dicha clasificación, como Italia (puesto 90), Francia (puesto 41) o Portugal (puesto 32)⁴.

Ilustrativo de la relevancia de la aprobación de una norma como la LGUM es que un año después de su publicación, en la clasificación Doing Business 2015, referida al año 2014, España escaló 68 puestos, pasando a ocupar ahora el puesto 74 de la lista⁵.

En la actualidad, transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la LGUM, España sigue ocupando una posición similar en esta clasificación mundial en el indicador de facilidad para la apertura de un negocio (puesto 86 de los 190 países incluidos). En todo caso, éste continúa siendo el peor valorado de los indicadores de nuestro país, cuando España ocupa en la clasificación general de facilidad para hacer negocios el puesto 30 del mundo e, incluso, en algunos indicadores (como el de facilidad para el comercio transfronterizo) ocupa el primer lugar⁶.

En segundo lugar, junto a las críticas internacionales, otro factor que coadyuvó decisivamente a la aprobación de la LGUM fue la reiterada petición de reducción de trabas administrativas y aseguramiento de la unidad del mercado interior efectuada por las propias empresas a través de las organizaciones o asociaciones empresariales españolas más representativas.

Esta petición, especialmente necesaria en época de crisis económica, quedó plasmada, antes de la publicación de la LGUM, en el informe de 2013 sobre las cargas administrativas soportadas por las empresas españolas derivadas de la fragmentación del mercado interior (CEOE y CEPYME)⁷, documento elaborado como continuación de un informe anterior de 2012 titulado «Inventario de las distorsiones de la unidad de mercado existentes en España» (CEOE)⁸.

⁴ <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB14-Full-Report.pdf>.

⁵ <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>.

⁶ https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.

⁷ http://contenidos.ceoe.es/resources/image/cargas_administrativas_derivadas_fragmentacion_mercado_interior.pdf.

⁸ http://contenidos.ceoe.es/resources/image/inventario_distorsiones_unidad_mercado_espa%C3%B1a_2012_11_15_1.pdf.

1.2. Finalidad

La LGUM tiene por finalidad, según su preámbulo, *«garantizar, en todo el territorio español, la libre circulación de bienes y servicios, así como la libertad de establecimiento de empresas y el ejercicio de su actividad en condiciones de igualdad»*.

Este postulado, como finalidad genérica de la norma, encierra un planteamiento muy ambicioso del legislador español, que podemos concretar en dos extremos de gran relevancia.

El primero de ellos es que nuestro legislador optó por ir más allá que el propio legislador comunitario, de forma que, como ya hemos ido advirtiendo, esta Ley no es una transposición de directivas comunitarias ni una adaptación general de nuestro ordenamiento a sus previsiones. Aquí nos hallamos ante un producto genuinamente español, con un fundamento constitucional autónomo (artículos 139 y 38 de la Constitución Española).

Se produce por lo tanto una evolución cualitativa muy notable en relación con lo que significaron las denominadas «Ley Paraguas» (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio —en adelante, «Ley 17/2009») y la «Ley Ómnibus» (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— en adelante, «Ley 25/2009»), cuyo objetivo común último es hacer que el mercado de servicios español sea compatible con la conocida como «Directiva de Servicios» (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior).

La LGUM pretende, aplicando el fundamento constitucional antes mencionado, extender todos los principios comunitarios aplicables al mercado de servicios a todo el mercado. Así se pone de manifiesto en el preámbulo de la norma, donde se postula que: *«A diferencia del proceso de construcción del Mercado Interior de la Unión Europea que se ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años, esta norma pretende garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial. Esto no puede sino afectar positivamente a la propia construcción del mercado interior a nivel europeo, dado que es indudable que un mejor funcionamiento del mercado único español tendrá un efecto positivo sobre el desarrollo del Mercado Interior de la Unión Europea»*.

En cualquier caso, el hecho de que la garantía de la unidad de mercado constituya un fundamento en sí, distinto al del derecho comunitario, para justificar la ilegalidad de una actuación administrativa, normativa o no normativa, no excluye de plano que en dicho juicio de legalidad los tribunales puedan aplicar normas

generales o sectoriales nacionales y emanadas del Derecho de la Unión Europea, tal y como ha recordado nuestro Tribunal Supremo⁹.

El segundo de los extremos que debemos destacar en relación con la finalidad de la LGUM tiene que ver con la relación con las competencias de las Comunidades Autónomas.

La aprobación de esta norma recibió numerosas críticas por su denunciada finalidad recentralizadora de las competencias legítimamente asumidas por las Comunidades Autónomas y los entes locales¹⁰. Sin embargo, la naturaleza evidentemente transversal de la norma y de los principios y mecanismos en ella recogidos no puede confundirse con una un ánimo de invasión competencial por parte de la Administración General del Estado en detrimento de las restantes Administraciones Públicas territoriales.

De un lado, porque esta idea ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Constitucional. La sentencia del Tribunal Constitucional, en Pleno, de 22 de junio de 2017, recurso de inconstitucionalidad 1397/2014, declara que la LGUM tiene una cobertura competencial autónoma, no invasiva de las competencias autonómicas. Sería una manifestación de lo que el Tribunal Constitucional denomina «mecanismo dinámico», basado en los artículos 149.1.º y 13.º de la Constitución Española, de protección del mercado único, como espacio donde se encuentren garantizadas la libre circulación de personas y bienes y donde las condiciones esenciales de ejercicio de la actividad económica sean iguales.

En esta misma línea, como recuerda la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2016, recurso 50/2015.

«Todas las sentencias citadas se han dictado como consecuencia de disputas competenciales entre el Estado y distintas Comunidades Autónomas, problemática, sin duda, que no plantea la LGUM, pues dicha norma no establece un centro de decisión normativo o facilitador del ejercicio de una actividad económica

⁹ STS de 4 de junio de 2018, recurso 438/2017, Fundamento de Derecho Cuarto: *«Todo lo dicho en los anteriores apartados sobre la pertinencia de examinar las alegaciones sobre la eventual vulneración de la LGUM o del derecho comunitario no obsta, como es natural, a que las concretas disposiciones y jurisprudencia invocadas por las partes, tanto nacionales como comunitarias, sean o no aplicables al caso. Pero la determinación de si son o no aplicables pertenece ya a la ordinaria labor de selección del corpus normativo aplicable a un litigio, sin que quepa en cambio excluir a priori la aplicación de cualquier otra norma distinta a la Ley de la que el reglamento impugnado constituye desarrollo.»*

¹⁰ Especialmente ejemplificativas son las críticas vertidas al Proyecto de Ley durante su tramitación parlamentaria, durante el debate plenario de 26 de septiembre de 2013. Para la representante de Coalición Canaria *«es un ejemplo más de esa política recentralizadora del Partido Popular»*; para el representante del Bloque Nacionalista Galego se trataba de una política de *«café para nadie del actual proceso centralizador impulsado por el Gobierno»* y para el del Partido Nacionalista Vasco nos hallamos ante una *«tesitura recentralizadora»*. Pueden consultarse todas las intervenciones en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-142.PDF#page=21.

único y centralizado. En realidad, mediante la proclamación de los principios esenciales que la vertebran y a los que hemos hecho constante referencia, se aleja de una voluntad recentralizadora, dando paso a validar con escasos límites la actuación de las distintas Comunidades Autónomas, supuesto particularmente caracterizado de lo que la ley califica como «autoridades competentes». En este sentido resulta particularmente ilustrativa la visión conjunta de sus artículos 6, 19 y 20 que resumen el principio de eficacia y vienen a permitir el ejercicio de una actividad económica en todo el territorio nacional, cumpliendo únicamente los requisitos de establecimiento y funcionamiento requeridos por la Comunidad de origen y ello aunque en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguna.»

De otro lado, esta pretensión pretendidamente recentralizadora de la norma perdería su lógica desde el momento en que la CNMC ha utilizado la LGUM también para impugnar judicialmente actuaciones normativas emanadas de la Administración General del Estado. El caso más paradigmático los recursos contra la regulación de los requisitos para la actividad de vehículos con conductor por el Consejo de Ministros y el Ministerio de Fomento.

2. Principios sustantivos de la unidad de mercado. Especial referencia a aquéllos en los que la intervención protectora de la CNMC ha resultado más intensa

Sentado el contexto y finalidad de la norma conviene detenerse ahora en cuáles son los principios en los que la LGUM concreta la defensa de la unidad de mercado y, especialmente, de aquéllos que han generado una intervención protectora más intensa por parte de la CNMC.

El capítulo II de la LGUM, bajo la rúbrica «Principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación», enumera en sus artículos 3 a 8 los principios generales a cuyo respecto la norma vincula el mantenimiento de la unidad de mercado. En su redacción originaria son seis los principios recogidos en la Ley: el principio de no discriminación de todos los operadores económicos en relación con todas las autoridades competentes en todo el territorio nacional (artículo 3); el principio de cooperación y confianza mutua por parte de las diferentes autoridades competentes (artículo 4); el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (artículo 5); el principio de eficacia nacional (artículo 6); el principio de simplificación de cargas (artículo 7) y el principio de transparencia (artículo 8). Todo ello salvaguardado con una cláusula general de garantía en favor de los operadores económicos de que todas las autoridades en cada caso competentes cumplen en sus distintas actuaciones los principios antes enunciados.

Centrémonos, en cualquier caso, en el análisis de dos principios.

Primero, en el principio de eficacia nacional, que constituyó en su momento una de las grandes novedades de la Ley. La idea que inspiraba este principio, cuyo desarrollo aparecía en el Capítulo V (artículos 19 y 20), era tratar de terminar con la «fragmentación» del mercado nacional denunciada en el preámbulo de la norma mediante un sistema de reconocimiento mutuo de las medidas de intervención administrativa adoptadas por cada una de las autoridades competentes. Este principio se habría traducido, por ejemplo, en que la licencia concedida en un ayuntamiento o comunidad autónoma para el ejercicio de una actividad tuviese efectos en todo el territorio nacional para la misma actividad.

Sin embargo, este principio fue expresamente declarado inconstitucional por la STC de 22 de junio de 2017, recurso 1397/2014. El Tribunal Constitucional sostuvo, como argumentos más destacados para sostener la inconstitucionalidad, que la denunciada «fragmentación» del mercado nacional es una consecuencia de la pluralidad regulatoria derivada del legítimo ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias estatutariamente asumidas y que la regulación del principio de eficacia nacional por la LGUM constituye una excepción o quiebra del principio de territorialidad de las competencias, incidiendo directamente en el régimen constitucional de distribución de competencias. Además, advierte del riesgo del denominado «dumping normativo», como el efecto de que las decisiones más exigentes de unas autoridades territoriales van a quedar desplazadas por aquellas otras que menos cargas o trabas impongan a los operadores económicos.

El principio de eficacia nacional, hasta que recayó la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que lo regulaban, sí había sido empleado por la CNMC para fundamentar algunas impugnaciones en materia de unidad de mercado¹¹.

Segundo, debemos analizar también más pausadamente el principio de proporcionalidad y necesidad de las actuaciones de las autoridades competentes, auténtico protagonista de las impugnaciones judiciales instadas por la CNMC.

Este principio, según señala el artículo 5 de la LGUM, implica que «*las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009*» y velarán simultáneamente porque cada límite o requisito que se imponga sea «*proporcionado*», en el sentido de que «*no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica*».

¹¹ A título de ejemplo, en la impugnación de Orden de la Comunidad de Madrid por la que se convocan subvenciones para la financiación de acciones de formación profesional para el empleo en relación con la exigencia de acreditación y/o inscripción en el Registro autonómico para ser beneficiario (SAN de 28 de diciembre de 2018, recurso 18/2017).

Esto es, el fundamento parece claro: cualquier medida administrativa de intervención en el acceso a una actividad económica o su ejercicio debe estar motivada y ser proporcionada.

Nuestros tribunales de justicia, en cualquier caso, han venido modulando la aplicación de este principio.

En primer lugar conviene destacar que el Tribunal Supremo ha incidido en la idea de que la mejor ejecución del interés público que tutela este principio no está vinculada necesariamente a la «*plena desregulación*» de una determinada materia, sino a que el límite de la eventual intervención administrativa se halle precisamente «*configurado por la necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas regulatorias impuestas*»¹².

En segundo lugar, también el Alto Tribunal ha precisado que el legislador ha querido graduar esta exigencia de motivación y proporcionalidad en función de la onerosidad de la medida, de forma que las razones de imperiosa necesidad que justifican la adopción de la medida más gravosa (exigencia de licencia o autorización previa) estarán más restringidas (sólo las del artículo 17 de la LGUM) que otras medidas de intervención administrativa, que podrán fundarse en cualquiera de las razones que impone el artículo 3.11 de la Ley 17/2009¹³.

En tercer lugar, conviene apuntar que la obligación de aplicar este principio de proporcionalidad y necesidad que tienen los poderes públicos no se proyecta sólo sobre la fase de elaboración normativa, sino también en la actuación administrativa que se genere en ejecución de aquélla. Esto es, la garantía de la unidad de

¹² STS de 4 de junio de 2018, recurso 438/2017, Fundamento de Derecho sexto: «*Rechazamos por tanto la concepción expresada por la CNMC de que el interés público en la materia está indefectiblemente ligado a la plena desregulación de ambas modalidades del servicio de transporte urbano para que compitan entre sí y que excluye cualquier tipo de control regulatorio destinado a asegurar el equilibrio entre ambos o el mantenimiento de un servicio de transporte urbano con vehículos de turismo sometido a determinadas exigencias de calidad y seguridad, como lo es hoy día la opción de los poderes públicos sobre el servicio de taxis. Creemos, por el contrario, que los poderes públicos pueden optar entre el modelo vigente de asegurar un servicio de taxi con dichas características (en cuyo caso tal opción puede admitirse como una razón imperiosa de interés general) o bien dejar el transporte urbano sometido exclusivamente a la libre competencia: la opción escogida constituye una decisión de política sobre el transporte urbano cuyo límite está configurado por la necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio de las medidas regulatorias impuestas.*»

¹³ STS de 4 de junio de 2018, Fundamento de Derecho Sexto: «*Así pues, conviene precisar que las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la imposición de limitaciones a una actividad económica según la LGUM no son exclusivamente las enumeradas en el artículo 17.1.a) LGUM (orden público, seguridad pública, salud pública o protección de medio ambiente), que son las contempladas para la exigencia de la medida más restrictiva, la exigencia de autorización previa —que por lo demás también puede fundarse en las circunstancias enumeradas en la letra 17.1.c), que comprende la utilización del dominio público, la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas y la limitación del número de operadores económicos del mercado—, sino las del más amplio listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 (RCL 2009, 2256) que se ha reproducido.*»

mercado impone a las autoridades competentes una labor de vigilancia constante, de forma que, de existir varias interpretaciones posibles en aplicación de una norma, la solución de la Administración competente siempre habrá de ser la más respetuosa con los principios de necesidad y proporcionalidad.

En esta línea se ha pronunciado la Audiencia Nacional, destacando que el juicio de legalidad de una actuación administrativa no exige atacar la legalidad aplicada ni la competencia de la Comunidad Autónoma, sino que será suficiente con homologar el cumplimiento de los principios de la LGUM¹⁴.

3. Mecanismos de protección de los operadores económicos establecidos en la LGUM

Aunque en el presente estudio nos centraremos en el mecanismo de impugnación por la CNMC de actuaciones administrativas, lo cierto es que la LGUM diseña un panorama mucho más amplio de protección de los operadores económicos frente a las vulneraciones de los principios que garantizan la unidad de mercado.

3.1. El mecanismo del artículo 26 de la LGUM: la protección del operador económico a través de las autoridades competentes

El primer mecanismo que prevé la LGUM es una suerte de recurso administrativo cualificado, cuya esencia es que la autoridad competente va a resolver las reclamaciones que por vulnerar los principios antes enunciados formulen los operadores económicos afectados contra las actuaciones de aquéllas.

En esencia, es una reclamación del operador económico frente a la autoridad competente. Ahora bien, la cualificación de este mecanismo surge, de un lado, desde una óptica procedimental, en que es un órgano especializado, con representación de las diferentes Administraciones Públicas (la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado —en adelante, «SECUM») el que recibe la reclamación e impulsa su tramitación ante la autoridad competente y, de otro lado, desde una óptica sustantiva, este mismo órgano especializado asiste en la resolución de la reclamación emitiendo un informe que debe ser tenido en cuenta por la autoridad competente al resolver.

¹⁴ SAN de 10 de septiembre de 2018, recurso 16/2017: «No se cuestiona con este pronunciamiento la legislación estatal ni la competencia de la Comunidad autónoma a la hora de conceder subvenciones o gestionarla. Revisamos exclusivamente que la autoridad autonómica ha dictado la resolución impugnada sin apoyarse, al excluir a otros profesionales capacitados técnicamente, en principios de necesidad y proporcionalidad, previstos en una norma con rango de Ley dictada por el Estado al amparo del artículo 149.1.ª, 6.ª, 13.ª y 18.ª, al no concurrir, o al menos, al no haberse acreditado que concurrieran razones de interés general que pudiera justificar esa exclusión, lo que avala la estimación del presente recurso.»

Esta vía resulta perfectamente compatible con el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. De hecho, en un primer momento se configura como una alternativa a los recursos administrativos o contencioso-administrativos ordinarios para los que estuviese legitimado el operador económico y, en el caso de que la autoridad competente no estimase satisfactoriamente la reclamación, podrá solicitar de la CNMC la interposición del recurso contencioso-administrativo al que ahora aludiremos.

3.2. *El mecanismo del artículo 27 de la LGUM: la impugnación judicial por la CNMC de actuaciones administrativas contrarias a la LGUM*

El segundo mecanismo de protección, que constituye el objeto principal de este estudio, es el que legitima a la CNMC «para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en esta Ley, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente» ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta impugnación judicial podrá efectuarse por la CNMC de oficio o a petición, bien de un operador económico interesado, bien a instancias de cualquier ciudadano en ejercicio de la acción popular que existe en materia de unidad de mercado de conformidad con la Disposición Adicional Quinta de la LGUM. En este último caso, a diferencia de lo que sucede con los operadores económicos interesados, nos hallamos ante una acción popular de ejercicio exclusivo por parte de la CNMC, mientras que en el otro caso esta vía será alternativa a las posibilidades propias de recurso contencioso-administrativo.

Aunque luego profundizaremos en las especialidades procesales de este mecanismo de impugnación, conviene apuntar en este punto que la negativa de la CNMC a formular la impugnación solicitada al amparo del artículo 27 es en sí misma susceptible de recurso contencioso-administrativo por el operador económico interesado; eso sí, el ámbito de cognición del recurso estará constreñido a determinar la legalidad de la decisión de la CNMC, en ningún caso de la actuación administrativa cuya impugnación se pretendía¹⁵.

¹⁵ Así lo establece la SAN de 18 de enero de 2018, recurso 409/2015, en el que el recurrente pretendía la impugnación de unas resoluciones que denegaban la aprobación de un proyecto de explotación de otro en concesiones de determinadas localidades gallegas. Dice la Audiencia Nacional que «no procede en este trámite inadmitir el recurso por aplicación de lo previsto en el artículo 51.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, pues el acuerdo ahora impugnado (...) trasciende del carácter de una mera comunicación y constituye un acto administrativo en sentido estricto que afecta al interés del solicitante. A lo que no obstan las consideraciones expuestas sobre la exclusividad de la competencia para la interposición del recurso y la naturaleza discrecional de la potestad ejercida por la CNMC cuando resuelve sobre dicha interposición, pues, como es sabido, el ejercicio de esta clase de potestades no es ajeno al control jurisdiccional (...)). Ahora bien, precisa que «esta Sala no puede pronunciarse sobre la forma o los argumentos de la pretendida impugnación

3.3. *El mecanismo del artículo 28 de la LGUM: el informe a la SECUM sobre obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de la LGUM*

Por último, la LGUM prevé también un mecanismo no contencioso para solventar las infracciones de los principios que garantizan la unidad de mercado.

No se articula propiamente una reclamación o recurso, administrativo o judicial, sino que se configura un trámite para que los operadores económicos informen a la SECUM, como órgano especializado, de los «*obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de esta Ley*» que hayan detectado o padecido en el ejercicio de su actividad económica. A partir de ahí, la SECUM emitirá un informe con una solución, de la que a su vez irá informando puntualmente a las conferencias sectoriales y al Consejo para la Unidad de Mercado.

Asimismo, aunque constituiría en puridad una suerte de submecanismo de protección, el mismo artículo 28 de la LGUM prevé la posibilidad de que los operadores económicos que impugnen directamente, sin la intervención de la CNMC, actuaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, puedan también solicitar la emisión de este mismo informe a la SECUM.

Según datos proporcionados en el año 2019 por la CNMC, en los cinco años de vigencia de la LGUM la Autoridad de Competencia ha llevado a cabo 381 actuaciones, de las cuales, 113 se correspondieron con el artículo 26, 159 del artículo 27 y las 109 restantes del artículo 28 de la LGUM¹⁶.

III. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL POR LA CNMC DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRARIAS A LA UNIDAD DE MERCADO

Nos centramos ya en el examen concreto del mecanismo previsto en el artículo 27 de la LGUM, que ha permitido recabar la inmensa mayoría de los pronunciamientos judiciales dictados en aplicación de la norma y formar jurisprudencia interpretativa respecto de algunas de las cuestiones más esenciales de su régimen jurídico.

en relación a las resoluciones dictadas por la Xunta de Galicia y la parte recurrente debería haber justificado la impugnación de la resolución ahora impugnada atendiendo a los motivos que se han ofrecido para justificar la no impugnación pretendida».

¹⁶ <https://www.cnmc.es/node/373992>.

1. Antecedentes: la legitimación general de la CNMC para la impugnación de actuaciones contrarias a la competencia efectiva. Diferencias y vinculaciones con el procedimiento de impugnación del artículo 27 de la LGUM

La legitimación de la CNMC para la impugnación de actuaciones de las Administraciones Públicas, normativas y no normativas, no es una novedad introducida por la LGUM. Es cierto que esta norma, por las razones sustantivas que hemos ido desgranando, ha ampliado el espectro de actuación de la Autoridad de Competencia y ha potenciado su papel como garante de la libertad de establecimiento y de circulación. Sin embargo, la CNMC ya disponía de un título de legitimación anterior, cuyo estudio resulta imprescindible, no sólo por razones histórico-legislativas, sino por la innegable conexión que en la actualidad existe entre la vía general de impugnación y la especial contemplada en la LGUM.

1.1. El título de legitimación activa de la Autoridad de Competencia en España. La validación por el Tribunal Supremo

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, «LDC»), reguló por primera vez en su artículo 12.3, en su redacción originaria, que la CNMC estaba «*legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*».

Esta misma legitimación, regulada en términos idénticos, está hoy prevista en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, «LCNMC»).

Este principio de legitimación, a pesar de la claridad de los preceptos reguladores, fue negado a raíz de la impugnación del Decreto valenciano que aprobaba el Plan de Modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera. La Comunidad Autónoma demandada planteó entonces la incompatibilidad de esta legislación con el reparto de competencias entre la Autoridad Nacional de Competencia y las autoridades autonómicas de competencia que efectuaba la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, «Ley 1/2002»). Concretamente se defendía que, dado que en principio la Autoridad Nacional de Competencia tenía competencia para la defensa de la competencia en el «espacio supraautonómico», carecía de sentido que aquélla pudiese impugnar una disposición de ámbito y efectos exclusivamente autonómicos.

Sin embargo, primero el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (STSJCV de 22 de octubre de 2012, recurso 418/2010) y después el Tribunal Supremo (STS de 14 de marzo de 2016, recurso 1832/2013) validaron expresamente la legitimación de la CNCM, sobre la base de que la legitimación para impugnar no forma parte del acervo de competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, sino que es «*un correlato lógico de la atribución al Estado de la competencia para legislar en esta materia*»¹⁷.

Este pronunciamiento ha de reputarse esencial para legitimar el desarrollo que ha tenido y la enorme importancia actual de la labor de impugnación judicial que lleva a cabo la CNMC.

1.2. *La experiencia en la utilización del título legitimador del artículo 5.4 de la LCNMC*

Según datos ofrecidos por la CNMC¹⁸ se han tramitado 26 expedientes de impugnación judicial de actuaciones de las Administraciones Públicas, fundamentalmente a partir del año 2010.

Entre otras materias, los tribunales de justicia se han pronunciado en relación con el empleo de esta vía para recurrir la regulación autonómica de las prórrogas de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera (contra la Comunidad Valenciana y Galicia), dando hasta ahora el Tribunal Supremo la razón a la CNMC¹⁹; la regulación estatal mediante real decreto de la

¹⁷ STS de 14 de marzo de 2016, recurso 1832/2013, Fundamento de Derecho Cuarto: «*Ahora bien, la atribución de legitimación procesal al Estado para impugnar en sede jurisdiccional cualesquiera actos que afecten al Derecho de la Competencia no se presenta incompatible con el esquema de distribución competencial que se ha expuesto.*

(...)

No hay en esta amplia atribución de legitimación procesal para accionar en defensa del Derecho de la competencia ninguna atribución ilegítima a la Comisión Nacional de la Competencia de competencias ejecutivas en el ámbito propio de las Comunidades Autónomas, y ello porque dicha atribución de legitimación a este organismo estatal para velar por la observancia de la legalidad no se incardina en el terreno de las «competencias ejecutivas» a que se refiere la doctrina constitucional y el art. 1 de la Ley 1/2002 (RCL 2002, 558) , sino que es un correlato lógico de la atribución al Estado de la competencia para legislar en esta materia.

Pues bien, si el Estado tiene constitucionalmente atribuida la competencia legislativa para establecer, el régimen jurídico unitario sobre una materia, en este caso la normativa sobre defensa de la competencia, de lo que se desprende como correlato de dicha atribución, que podrá igualmente el Estado promover acciones y entablar recursos para defender la correcta y uniforme interpretación y aplicación de la normativa estatal que define y precisa ese régimen jurídico; ya que siendo la función primordial de la jurisprudencia, como indica el artículo 1.6 del Código Civil (LEG 1889, 27), “complementar el ordenamiento jurídico”, la competencia legislativa atribuida al Estado quedaría desvirtuada si no fuera acompañada de la facultad de entablar acciones judiciales para velar por su adecuada interpretación y aplicación».

¹⁸ https://www.cnmc.es/listado/sucesos_promocion_legitimacion_activa/block/250.

¹⁹ La ya citada STS de 14 de marzo de 2016, recurso 1832/2013, que confirma la STSJCV de 22 de octubre de 2012 y la STS de 14 de marzo de 2016, recurso 3718/2012, que casa la STSJGal de 24 de mayo de 2012, recurso 4348/2010.

entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear (contra la Administración General del Estado), siendo desestimada por el Tribunal Supremo en primera instancia²⁰ o la regulación autonómica del alquiler de viviendas turísticas.

En este último ámbito de impugnaciones la CNMC ha desplegado su actividad con mayor protagonismo mediático. Y, como veremos en detalle en el subepígrafe siguiente, la fundamentación de las impugnaciones y las soluciones dadas por nuestro Tribunal Supremo se han basado también en el examen de los principios sustantivos de la LGUM.

Por lo dicho resulta relevante para este estudio repasar cuál es el estado actual de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la regulación de las viviendas turísticas por las Comunidades Autónomas, basándonos para ello en el repaso efectuado por la STS de 24 de septiembre de 2019, recurso 2861/2018.

En primer lugar, la STS de 10 de diciembre de 2018, recurso 234/2016, declara la nulidad del precepto reglamentario de la Comunidad de Madrid que establecía el requisito de que los establecimientos dedicados a la prestación de dicho servicio vacacional estuvieran inscritos en el Registro de Empresas Turísticas, para poder llevar a cabo cualquier forma de publicidad, ya que *«es una exigencia que no supera el test de necesidad y proporcionalidad que imponen los citados preceptos de la Ley 17/2009»*.

En segundo lugar, la STS de 12 de diciembre de 2018, recurso 4959/2017, aunque parte en su fundamentación de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 30 de enero de 2018 (Asuntos C-360/15, C-31/16), sostiene que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite de carácter territorial, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, considera que no está justificado en ninguna razón imperiosa de interés general que se excluya del reglamento autonómico canario de viviendas turísticas la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas.

²⁰ STS 12 de junio de 2017, recurso 344/2012, que desestima el recurso de la CNMC, que reprochaba a la Administración General del Estado la deficiente tramitación del procedimiento de elaboración de la mencionada norma reglamentaria, puesto que se ha prescindido de trámites esenciales, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, para una correcta formación del juicio por el Consejo de Ministros. Responde el Alto Tribunal que *«no puede interpretarse extensivamente el invocado artículo 25 de la Ley de Defensa de la Competencia, que dispone que «en todo caso la Comisión Nacional de la Competencia dictaminará sobre los proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia», para exigir que dicho organismo regulador deba ser necesariamente consultado sobre aquellas disposiciones que afecten de forma indirecta a la competencia, otorgándole a la emisión del informe un carácter de preceptividad absoluta que desborda el presupuesto de aplicación de la referida disposición»*.

En tercer lugar, también respecto de la reglamentación canaria, la STS de 15 de enero de 2019, recurso 6255/2017, declara también incompatible con los principios de necesidad y proporcionalidad la limitación establecida en el decreto autonómico que impone la cesión íntegra a una única persona de la vivienda turística, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido.

Por último, la precitada STS de 24 de septiembre de 2019, recurso 2861/2018, sí considera suficientemente justificada la exigencia por la regulación de Castilla y León de requisitos tales como la exigencia de un distintivo, la atención telefónica durante 24 horas y la inclusión con carácter orientativo de los precios en catálogos, directorios, guías o sistemas informáticos.

1.3. La relación entre el título de impugnación del artículo 5.4 de la LCNMC y el del artículo 27 de la LGUM

El examen de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo pone de manifiesto una cuestión evidente: aunque formalmente existen dos vías de impugnación diferentes (5.4 de la LCNMC y 27 de la LGUM), desde un punto de vista sustantivo la violación de los principios de la LGUM ha sido invocada por la CNMC en ambos procedimientos.

A la vista del tenor de cada uno de los preceptos legitimadores, parece claro que entre ambas vías existe una relación de especialidad. De esta forma, los motivos impugnatorios de un recurso presentado en virtud de la legitimación activa que concede el artículo 5.4 pueden fundamentarse en la vulneración de cualquier disposición relativa a la competencia efectiva en los mercados o a la adopción de decisiones por parte de las Administraciones Públicas que puedan afectar a dicha competencia efectiva (así, por ejemplo, Ley de Defensa de la Competencia, LGUM, Ley de Servicios, Ley de Economía Sostenible, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, entre otras). En cambio, el recurso para la garantía de la unidad de mercado, debido a su condición de recurso especial, debe fundamentarse exclusivamente en la vulneración de la LGUM.

Por lo tanto, dentro de las competencias conferidas a la CNMC, la vía del artículo 5.4 de la LCNMC debe considerarse la general y la del artículo 27 de la LGUM la especial.

2. Especialidades del procedimiento contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado

La especialidad sustantiva de la vía de la garantía de la unidad de mercado frente a la vía general de la defensa de la competencia efectiva tiene también una expresión procedimental. Mientras que la LDC y la LCNMC se limitaron a regular un título de legitimación en favor de la CNMC, que habría de ejecutarse

a través del procedimiento contencioso-administrativo ordinario, la LGUM va más allá y modifica la LJCA para crear un procedimiento especial para dar cabida al mecanismo del artículo 27 de la LGUM.

Así, se introduce en el Título V («Procedimientos especiales»), Capítulo IV, artículos 127 bis a 127 *quáter*, un nuevo procedimiento especial denominado «Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado», de carácter urgente y preferente. Estudiaremos a continuación sus principales especialidades, incidiendo en aquellas cuestiones controvertidas que han exigido un pronunciamiento interpretativo por parte de nuestros tribunales de justicia.

2.1. Competencia

La competencia objetiva para conocer de los recursos interpuestos por la CNMC en defensa de la unidad de mercado corresponde, por razón de la materia, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, según establece el artículo 11.1 h) de la LJCA, en la redacción dada por la LGUM.

Ahora bien, la claridad de este título competencial debe entenderse matizada en dos supuestos.

En primer lugar, el título de competencia material del artículo 11.1 h) parece decaer en favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en aquellos casos en los que el objeto impugnado es un Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros.

Así lo declaró el Tribunal Supremo a raíz de la interposición del recurso especial contra el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (en adelante, «ROTT»), en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. Considera el Alto Tribunal que debe prevalecer la atribución específica de competencia a favor de la Sala del Tribunal Supremo, contenida en el art. 12.1.a) de la LJCA y en el correspondiente art. 58 de la Ley LOPJ, para conocer de las impugnaciones de reales decretos frente a la especialidad por la materia establecida en el artículo 11.1 h), al no establecer la LGUM una excepción a aquella atribución²¹.

²¹ ATS de 8 de mayo de 2017, cuestión de competencia 78/2016: «Por otra parte, no puede desconocerse la atribución específica de competencia a favor de esta Sala del Tribunal Supremo, contenida en el art. 12.1.a) de la LJCA y en el correspondiente art. 58 de la Ley LOPJ, tiene su razón de ser en el rango constitucional del Consejo de Ministros —máxima expresión de competencia del Gobierno— y del Tribunal Supremo —órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales—, y hace que prevalezca el principio general de atribución de competencia por razón del órgano autor del acto administrativo con independencia de la cuestión resuelta por los actos o de la materia sobre la que versen las disposiciones impugnadas.

No entenderlo así supondría que esta Sala sería competente objetivamente, ex artículo 12.1.a)

En segundo lugar, también han planteado dudas competenciales puntuales los casos en los que, utilizando la vía general de impugnación del artículo 5.4 LCN-MC, la CNMC invoca la vulneración de principios de la LGUM. Juegan aquí dos títulos competenciales distintos: los recursos por la vía del artículo 5.4 se atribuyen al tribunal competente según las reglas generales, pero en el caso de la unidad de mercado hay un fuero especial a favor de la Audiencia Nacional.

Esta aparente contradicción ha sido resuelta tácita y pacíficamente en la mayor parte de los casos manteniendo la competencia general para conocer de la actuación impugnada. Por ejemplo, si se impugna un reglamento autonómico y se invocan vulneraciones de la LGUM, pero también de otras normas que protegen la competencia efectiva, la competencia residirá en la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de que se trate.

La lógica de esta solución parece clara: en el caso de tramitarse los asuntos como recursos especiales para la garantía de la unidad de mercado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional podría no entrar a valorar otros motivos de impugnación distintos de la vulneración de la LGUM. En cambio, al no existir en el caso contrario una atribución por razón de la materia, el tribunal generalmente competente podrá enjuiciar sin limitación alguna la legalidad de la actuación.

2.2. Legitimación activa

La legitimación activa para formular esta clase de impugnaciones corresponde a la CNMC, sin perjuicio de que los operadores económicos que tengan un interés legítimo interpongan los recursos correspondientes.

En relación con la naturaleza de esta legitimación activa, tanto en su vertiente *ad causam* como *ad processum*, nuestra jurisprudencia ha postulado que, en todo caso, la posición de la CNMC está cualificada respecto de la del simple particular, pues su actuación en estas impugnaciones se produce siempre «*en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los tér-*

LJCA, para conocer de cualquier recurso contencioso-administrativo interpuesto por los operadores económicos contra el Real Decreto que ahora nos ocupa, pero no resultaría competente para conocer del recurso interpuesto por la CNMC contra el mismo Real Decreto, lo que iría en contra de la finalidad del art. 12.1.a) de la LJCA de reservar a esta Sala del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos interpuestos contra las disposiciones y actuaciones del Consejo de Ministros, como anteriormente hemos expuesto, y disgregaría la unidad de enjuiciamiento de una misma disposición que la Ley trata de preservar.

minos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado» (SAN de 31 de octubre de 2018, recurso 5/2017, con cita de la STC de 5 de octubre de 2107, recurso de inconstitucionalidad 1411/2014).

Adicionalmente, el procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado prevé otra especialidad en la configuración de la parte actora del procedimiento, pues permite considerar también como recurrente a *«cualquier operador económico que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente»*, siempre que solicite oportunamente su intervención en el procedimiento. Ello constituye una excepción dentro de nuestro sistema procesal contencioso-administrativo, donde la regla general es la admisión de este tipo de personaciones a la calidad de codemandado. Una excepción que es expresiva de la vocación de la LGUM de proteger los intereses de los operadores económicos frente a las vulneraciones del principio de unidad de mercado.

2.3. Plazo de interposición

El plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo será de dos meses según las reglas generales, salvo que la impugnación se formule a solicitud de un interesado, en cuyo caso los dos meses se contarán desde el momento de la presentación de la solicitud en la CNMC (artículo 127.2 bis de la LJCA).

La cuestión que más controversias ha suscitado en relación con el plazo de interposición, reiteradamente alegada por las Administraciones demandadas como causa de inadmisibilidad del recurso especial, dado el silencio al respecto, tiene que ver con la procedencia de que la CNMC utilice el requerimiento previsto en el artículo 44 de la LJCA y con los efectos que, de ser válido, tal requerimiento ha de tener en el cómputo del plazo de interposición. Es decir, saber si la CNMC puede tratar de solventar antes la ilegalidad mediante un requerimiento a la autoridad competente o si debe acudir directamente a la jurisdicción contenciosa.

Esta cuestión, que ya había sido objeto de varios pronunciamientos de la Audiencia Nacional²², debe entenderse definitivamente resuelta en la STS de 4 de junio de 2018, recurso 438/2017, que, atendiendo precisamente a la especial condición de legitimación de la CNMC como Administración Pública, señala que esta *«actuación en garantía de la unidad de mercado se ve reforzada con la posibilidad de instar a cualquier administración pública mediante el requerimiento contemplado en el artículo 44 de la Ley jurisdiccional a que rectifique su comportamiento. Y, en el caso de una disposición general (...) puede facilitar su inmediata reforma en caso de que la administración en cuestión acepte el requerimiento.»*

²² Entre otras, SSAN de 31 de octubre de 2018, recurso 5/2017 y de 28 de diciembre de 2018, recurso 18/2017.

2.4. *Suspensión cautelar de actuaciones*

La CNMC podrá solicitar como medida cautelar la suspensión de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, conviene recordar que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la prerrogativa de suspensión automática contemplada inicialmente en el artículo 127.2 *quáter* de la LJCA²³, únicamente en lo que se refiere a actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas.

2.5. *Actuación administrativa recurrida*

El artículo 127.1 bis de la LJCA, en línea con el artículo 27 de la LGUM, define el objeto del recurso especial como cualquier «*disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013*».

Al respecto, resulta procedente realizar tres comentarios, si bien algunos superan el plano estrictamente procesal y aluden directa o indirectamente a cuestiones de fondo.

En primer lugar, es preciso completar el contenido del precepto transcrito con el del artículo 25 de la LJCA para definir cuándo la actuación administrativa es realmente impugnable. En este punto esta vía especial de impugnación no se aparta de la regla general, de forma que no cabrá recurrir por este cauce actos que no hayan puesto fin a la vía administrativa.

Así lo ha recordado la SAN de 8 de junio de 2018, recurso 9/2017, al declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un requerimiento que solicitaba que se subsanase un Informe de Inspección Técnica de Edificios y que, lógicamente, no agotaba la vía administrativa:

«Por lo demás, no puede dejar de significarse que el procedimiento que regula el capítulo IV del título V de la LJCA no exceptiona el régimen general que la misma Ley establece sobre actos susceptibles de impugnación, por lo que son plenamente aplicables también a este trámite las consideraciones anteriores sobre actividad susceptible de impugnación»

En segundo lugar, hay que incidir en que la premisa de las actuaciones administrativas impugnables es que, de ser normativas, sean de rango inferior a la ley. Ello implica, no sólo un presupuesto de admisibilidad del recurso, sino un límite

²³ La STC de 22 de junio de 2017, recurso 1397/2014, en un criterio confirmado posteriormente en las sentencias de fecha 5 de octubre de 2017, recursos 1454/2014 y 1411/2014, considera esta suspensión automática como un mecanismo de control «exorbitante», una herramienta procesal que se convierte en un instrumento o medida de «control» o de «tutela» sobre actuaciones de los poderes públicos autonómicos que excede de lo que la doctrina constitucional ha considerado admisible.

de fondo, que impide que por el órgano judicial se entre a valorar indirectamente la legalidad de una norma a la luz de los principios que garantizan la unidad de mercado.

En este sentido, la SAN de 28 de febrero de 2017, recurso 463/2015, recuerda que debe rechazarse que la *«Ley 20/2013 proporcione mecanismo alguno que habilite la inaplicación de la Ley 11/2014, del Gobierno Balear, por la sencilla razón de que no puede hacerlo sin socavar la estructura territorial del Estado acogida en la Constitución y la potestad legislativa reconocida a las Comunidades Autónomas por el mismo texto constitucional»*.

En tercer lugar constituye otro presupuesto para la estimación de un recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, no sólo la existencia de una actuación impugnada de rango inferior a la ley y la afectación a la unidad de mercado, sino que la actuación en concreto constituya efectivamente una infracción del ordenamiento jurídico.

Así lo recuerda la misma SAN de 28 de febrero de 2017 al afirmar que:

«En este punto resulta oportuno recordar que el artículo 127.ter, apartado 6, de la Ley jurisdiccional, establece que la sentencia recaída en este procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico que afecte a la libertad de establecimiento o de circulación, incluida la desviación de poder.

Al margen de las dificultades interpretativas que pueda plantear este precepto, constituye presupuesto del fallo estimatorio, como no podía ser de otro modo, que la actuación administrativa impugnada haya incurrido en cualquier infracción del ordenamiento.»

2.6. Reducción de plazos procesales

Una de las especialidades más notorias del procedimiento de garantía de la unidad de mercado es la reducción de plazos procesales, en línea con la naturaleza urgente y preferente que inspira este procedimiento especial. Como más relevantes, los plazos para formular y contestar a la demanda se reducen de veinte a diez días; el periodo probatorio pasa a ser de un máximo de veinte días y se fija un plazo de cinco días para dictar sentencia (artículo 127 ter de la LJCA).

Sin embargo, y dada la supletoriedad del procedimiento contencioso-administrativo general (127.10 ter) y ante el silencio al respecto del precepto, se obtiene el resultado llamativo de que el plazo para formular conclusiones es de diez días, igual que para formular los principales escritos del procedimiento.

3. La experiencia en la utilización del título legitimador del artículo 27 de la LGUM

Analizadas las principales cuestiones procedimentales, hemos de realizar por último una aproximación general a los grandes ámbitos en los que la CNMC ha focalizado el empleo de la vía jurisdiccional del artículo 27 de la LGUM, a partir de las respuestas que han ido ofreciendo la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Comenzando por describir el panorama general, según datos ofrecidos por la CNMC²⁴ a 11 de marzo de 2019, se habían dictado catorce sentencias en recursos para la garantía de la unidad de mercado, de las cuales diez resultaban total o parcialmente favorables para la CNMC. Aunque existen factores que dificultan la identificación con exactitud de las sentencias recaídas estrictamente en este procedimiento especial (invocación de principios de la LGUM a través de la vía del artículo 5.4 de la LCNMC o tardanza en la utilización de una numeración especial de los recursos por el órgano judicial), lo cierto es que desde la fecha del estudio de la CNMC se han dictado, al menos, otras ocho sentencias²⁵.

Pues bien, pasemos a hacer un repaso somero de los principales ámbitos materiales en los que se ha centrado la actuación de impugnación de la CNMC en defensa de la unidad de mercado.

3.1. Reserva de actividad

La CNMC ha realizado un especial esfuerzo en su labor de control de las denominadas «reservas de actividad», reprochando que numerosas autoridades competentes hayan optado por restringir el ejercicio de determinadas actividades a determinados técnicos, excluyendo sin respetar los principios de necesidad y proporcionalidad. Esta práctica se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito urbanístico y de ordenación de la edificación, resultando paradigmática la reserva de la facultad de realizar informes y actuaciones técnicas en favor de arquitectos técnicos y superiores en detrimento, entre otros, de ingenieros técnicos.

Cuantitativamente el peso de las impugnaciones efectuadas en este ámbito es muy elevado, siendo el criterio judicial unánimemente favorable a los postulados de la CNMC. Así, las cinco sentencias recaídas en este ámbito son totalmente estimatorias de los recursos interpuestos²⁶.

²⁴ <https://www.cnmc.es/node/373992>.

²⁵ SSAN de 21 de marzo de 2019, recurso 110/2016; de 15 de abril de 2019, recurso 220/2016; de 10 de mayo de 2019, recurso 2/2017; de 28 de junio de 2019, recurso 278/2016; de 17 julio de 2019, recurso 19/2017; de 22 de julio de 2019, recurso 156/2016; de 22 de julio de 2019, recurso 756/2015; y de 23 de julio de 2019, recurso 151/2016.

²⁶ SAN de 21 de marzo de 2019, recurso 110/2016, contra la Resolución del Ayuntamiento de Santa Pola que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de

A modo de resumen del criterio mantenido por la Audiencia Nacional, señala la SAN de 21 de marzo de 2019, recurso 110/2016, que:

«Por tanto, esa reserva de actividad que supuestamente atribuye la LOE en este ámbito a arquitectos y arquitectos técnicos no es tal, pues los ITEs no tienen la naturaleza de proyectos de obras ni de dirección de obras, ni de dirección de ejecución de obras y una cosa es la exigencia de la titulación necesaria para realizar un proyecto de edificación o dirección de obra de un edificio según su uso como distingue la LOE y otra que esa misma titulación sea la requerida para realizar el informe técnico del estado de un edificio ya construido.»

3.2. Arrendamiento de vehículos con conductor o licencias «VTC»

Esta categoría de impugnaciones, al amparo exclusivo de la LGUM es, sin duda, la que mayor impacto mediático ha experimentado, habida cuenta del conflicto existente entre el sector del taxi y el de los vehículos con licencia «VTC».

En relación con este ámbito han recaído dos sentencias: una, de enorme importancia, la STS de 4 de junio de 2018, recurso 438/2017, en relación con la impugnación del ROTT en su modificación relativa al arrendamiento de vehículos con conductor (parcialmente estimatoria), y otra, ya menos relevante por quedar resuelta por la sentencia anterior, la SAN de 22 de julio de 2019, recurso 756/2015, respecto del recurso contra una Resolución de la Dirección General de Transportes de la Comunidad Autónoma de Madrid que impuso una sanción de 401 euros como autor de una infracción grave consistente en estar estacionado con su vehículo en la vía pública, sin presentar una hoja de ruta válida, por estar

Gobierno Local que inadmitió un informe de Inspección Técnica de edificios residenciales por el hecho de estar firmado por un ingeniero técnico y no un arquitecto;

SAN de 31 de octubre de 2018, recurso 5/2017, contra la Resolución de fecha 5 de octubre de 2016, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 8 de agosto de 2016, dictada por el Concejal Delegado del Área de Planificación Urbana del Ayuntamiento de Bilbao/Bilboko Udala y en la que se denegó la admisión de las Inspecciones Técnicas de Edificios (ITEs) suscritas por ingenieros industriales;

SAN de 15 de abril de 2019, recurso 220/2016, resolución el 11 de febrero de 2016 (Decreto de Alcaldía núm. 44/16), por la que se desestima la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, confirmándose el criterio mantenido por dicho Ayuntamiento en anterior Informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 11 de diciembre de 2015. Inadmisión de certificado emitido para licencia de segunda ocupación por ingeniero industrial en lugar de arquitecto;

SAN de 10 de septiembre de 2018, recurso 16/2017, contra cinco resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda de fecha 20 de diciembre de 2016 en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por varias comunidades de propietarios de La Coruña, pues el informe de evaluación del edificio, que se ha de acompañar a la solicitud, no está firmado por técnico competente, que a estos efectos sería solo un arquitecto o un arquitecto técnico y

SAN de 28 de noviembre de 2018, recurso 757/2015, contra el artículo 7.4 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio, de la Generalitat de Catalunya, a favor de las personas con habilitación académica y profesional como proyectista, director de obra o director de ejecución de obra en edificación residencial de viviendas.

a la espera de ser contratado para realizar un servicio de alquiler de vehículo con conductor (desestimatoria).

Como pronunciamientos más destacables de la STS de 4 de junio de 2018 acerca de la regulación de los vehículos «VTC» destacamos los siguientes:

En primer lugar, la confirmación de la legalidad de la Proporción 1/30 VTC-Taxi y 80% servicios en el territorio de la autorización, bajo la premisa de que *«una vez admitida la justificación de preservar un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano a fin de asegurar una modalidad como la del taxi, la previsión de una proporción entre el número de licencias es sin duda medida idónea y proporcionada, sin que parezca fácil arbitrar una medida alternativa que pudiera ser menos restrictiva ni corresponda hacerlo en esta Sala»*.

En segundo lugar, la anulación de la exigencia de una flota mínima de siete vehículos a las empresas que se dedican a esta actividad, al no estar motivada por una razón imperiosa de interés general que justifique la peor posición en la que se coloca a los pequeños empresarios en el acceso a esta actividad.

Con fundamento en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional anula a su vez la sanción impuesta por carecer de una hoja de ruta, al recordar que *«su acreditación mediante la documentación pertinente es meramente instrumental y en cuanto a la limitación de los servicios VTC al segmento de la contratación previa admite la regulación y limitación de los servicios VTC fundadas en la razón imperiosa de interés general de mantener una prestación equilibrada en los servicios de transporte urbano mediante vehículos con conductor a fin de poder mantener un servicio de interés general como el de taxis, por el que han optado las Administraciones competentes en la materia»*.

3.3. Otros ámbitos de impugnación

Junto con estos principales ámbitos de impugnación, conviene hacer una última referencia a otras categorías de actuaciones administrativas que también han sido recurridas por la CNMC por el cauce del artículo 27 de la LGUM, a saber: la aplicación de criterios de territorialidad en la elaboración de las bases de subvenciones y planes de formación²⁷; horarios comerciales en zonas turísticas y autorizaciones excepcionales²⁸; restricciones urbanísticas excesivas a la instalación de

²⁷ SSAN de 28 de diciembre de 2018, recurso 18/2017 (estimatoria); de 10 de mayo de 2019, recurso 2/2017 (estimatoria en parte); de 22 de diciembre de 2017, recurso 163/2016 (estimatoria en parte); de 17 julio de 2019, recurso 19/2017 (estimatoria en parte) y de 22 de julio de 2019, recurso 156/2016.

²⁸ SAN de 14 de mayo de 2018, recurso 201/2015 (estimatoria).

infraestructuras y comunicaciones electrónicas y compatibilidad con la normativa sectorial de telecomunicaciones²⁹ o regulación del juego³⁰, entre otros.

IV. CONCLUSIONES

Una vez estudiados los principales aspectos del régimen jurídico de la actuación de la CNMC en materia de unidad de mercado, procede hacer, a modo de conclusión, un balance general del ejercicio de la facultad de impugnación de actuaciones administrativas prevista en su artículo 27 de la LGUM.

En términos generales, este mecanismo se ha revelado como un instrumento útil para la consolidación de las libertades internas del mercado español y para reforzar la aplicación de los principios del Derecho de la Unión Europea en nuestro Estado. Aunque seguramente no se hayan satisfecho todas las ambiciosas expectativas depositadas en la LGUM, es innegable que con ella se ha incrementado la protección jurídica y económica de todos los operadores económicos.

Concretamente, a nuestro juicio, son tres los aspectos positivos más destacables de la utilización de la vía de legitimación del artículo 27 de la LGUM, combinada con la prevista en el artículo 5.4 de la LCNMC.

En primer lugar, debe destacarse la intensificación del efecto de vigilancia sobre la actuación de todos los poderes públicos, independientemente de cuál sea la Administración territorial o institucional de procedencia.

Desde luego, no es posible recurrir todas las actuaciones que puedan contrariar a los principios que garantizan la unidad de mercado; ahora bien, la labor pertinaz de la CNMC en su labor de impugnación judicial, sistemática (referida a nichos concretos de actividad) y asistemática (en función de las solicitudes singulares de los distintos operadores económicos), hace presente en las autoridades competentes la necesidad de actuar siempre ponderando los intereses públicos más territorializados con los generales que afectan a la totalidad de los operadores económicos. La sensación de control y fiscalización de la actividad se intensifica, lo que redundará en una mejora de la calidad regulatoria y de la actuación administrativa en general.

En segundo lugar, también resulta destacable la especialización del control.

Tal y como está articulado el procedimiento administrativo y contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado, las impugnaciones que se efectúan al amparo del artículo 27 de la LGUM cuentan con la intervención

²⁹ SAN de 2 de noviembre de 2018, recurso 206/2015 (estimatoria); de 26 de junio de 2018, recurso 204/2015 (estimatoria); de 28 de junio de 2019, recurso 278/2016 (estimatoria).

³⁰ SAN de 8 de marzo de 2018, recurso 549/2015 (estimatoria).

de una serie de actores a quienes se supone un conocimiento directo y profundo de la materia. Así, por ejemplo, desde que un operador económico solicita la impugnación de la actuación administrativa hasta que ésta se resuelve judicialmente podrían intervenir la SECUM, como órgano especializado; la CNMC, como Autoridad de Competencia y entidad protagonista del mecanismo impugnatorio; las autoridades competentes y otras interesadas en la figura denominada «puntos de contacto» y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo, especializada en unidad de mercado por razón de la materia y con un gran bagaje en su conocimiento ordinario de asuntos de defensa de la competencia.

Esta especialización, unida al carácter multidisciplinar y a la pluralidad de intereses que acaban siendo representados a lo largo del procedimiento, permite obtener finalmente soluciones judiciales ponderadas y de gran utilidad para la futura práctica normativa y no normativa de las diferentes Administraciones Públicas.

Por último, la intensificación del mecanismo de impugnación judicial, por las dos vías estudiadas en este artículo, tiene un indudable efecto preventivo en relación con la comisión de infracciones en materia de competencia y de unidad de mercado.

Uno de los aspectos más problemáticos para la detección y represión de las prácticas anticompetitivas pasa por deslindar qué conductas son contrarias a la competencia por un claro ánimo colusorio del operador económico y cuáles lo son como consecuencia de un deficiente marco regulador o de una actuación administrativa restrictiva. De ahí que una de las alegaciones habituales en el enjuiciamiento de sanciones administrativa en esta materia sea la invocación del principio de confianza legítima.

Pues bien, los mecanismos impugnatorios estudiados en este artículo permiten en muchos casos aclarar esta confusión, al interponerse entre la producción de la actuación administrativa y su traslación a una conducta anticompetitiva de los operadores económicos.

En conclusión, con todas las incertidumbres que se pueden ir generando a medida que se profundice en la aplicación de la norma y de su homologación judicial (recordemos que, a pesar de haber transcurrido cinco años de vigencia de la norma, la mayor parte de las sentencias han recaído en los últimos dos años), puede afirmarse que la LGUM y el papel protector que la norma confiere a la CNMC han resultado muy positivos para la consolidación de la unidad de mercado en España.

*(Trabajo recibido el 03/10/2019
y aceptado para su publicación el 15/10/2019)*

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y EL SECTOR AGROALIMENTARIO: RETOS ACTUALES

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

*Profesora Doctora en Derecho
Universidad del País Vasco UPV-EHU*

RESUMEN

La necesidad de promover la libre competencia y el correcto funcionamiento de los mercados es una realidad. Sin embargo, cuando la legislación de competencia conecta con el sector agrario surgen unas turbulencias que afectan a la OMC, a las políticas agrarias proteccionistas, que incluyen la PAC en Europa, y a unas excepciones agrarias de discutible vigencia y efectividad. En este entramado ocupa un lugar destacado la jurisprudencia del TJUE y la reciente Directiva 2019/633, que pretende regular las conductas desleales para asegurar el suministro agrario y alimentario.

Palabras clave: Agricultura, Competencia desleal, Derecho de la competencia, Directiva 2019/633, Excepción agraria, OMC y PAC.

COMPETITION LAW AND THE AGRO-ALIMENTARY SECTOR: CURRENT CHALLENGES

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

*Doctoral Lecturer in Law
UPV-EHU*

ABSTRACT

The need to guarantee Antitrust law and the proper functioning of markets is a reality worldwide. However, when competition legislation connects with the agricultural sector, everything is getting confuse in the WTO, protectionist policies, which include the CAP in Europe, and agrarian exceptions of questionable validity and effectiveness. Within this framework, the jurisprudence of the CJEU and the recent Directive 2019/633, which aims to regulate unfair competition to ensure agricultural and food supply, occupy a main position.

Keywords: Agriculture, Unfair competition, Antitrust Law, Directive 2019/633, Agrarian exception, WTO, CAP.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ORIGEN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA.—III. LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y LA POLÍTICA AGRARIA EN EUROPA.—IV. LAS EXCEPCIONES AGRARIAS: LA STJUE DE LAS ENDIBIAS FRANCESAS.—V. LA DIRECTIVA 2019/633.—VI. LA OMC Y LA GUERRA COMERCIAL ARANCELARIA.—VII. VALORACIONES FINALES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las políticas comerciales de los países se utilizan como armas de doble filo para alcanzar sus pretensiones en otras áreas, como puede ser la seguridad y la política exterior. En medio de esta lucha de egos de los gobiernos y algunas políticas proteccionistas que resurgen con fuerza, como el *eterno retorno* que señala REQUEJO¹, surge como adalid la protección de la libre competencia y el mercado.

El origen de las prácticas de defensa de la competencia se remonta al ágora (o mercado en las plazas) en Grecia. Y se refleja, materializado en Derecho positivo, por primera vez, en la Ley Sherman americana, en 1890. En Europa será Alemania, tras la segunda Guerra Mundial quien apruebe la primera legislación. Hoy en día, el Derecho de la competencia está omnipresente en los organismos internacionales y en todas las naciones, como forma de preservar el correcto funcionamiento del mercado, de la economía y como mecanismo de protección de los consumidores, como usuarios finales.

La Política de competencia y la Política agraria, en Europa, se regularon simultáneamente en el Tratado de Roma de 1957, pero no fue hasta el año 2007, con la grave crisis que hubo por el alza de los precios de los alimentos, cuando se empezó a prestar atención a esta legislación que, hasta ese año, había ocupado un plano subordinada a la política primigenia y fundacional de la Unión europea, como fue la Política agraria.

¹ REQUEJO, Jaime: *¿La vuelta al proteccionismo?*, CEMAD, visitada el 30.09.2019, <http://www.cemad.es/wp-content/uploads/2018/11/Vuelta-proteccionismo.pdf>, pp. 93 y 94. Como señala este autor, el eterno retorno se refiere a la circularidad de las ideas, donde se puede incluir el proteccionismo, entendido como las barreras que se aprueban frente a la competencia exterior para proteger la producción interior. Se trata de una de las políticas económicas que nunca desaparecen y que siempre vuelven y así lo está demostrando la historia.

Existe un debate doctrinal que enfrenta a quienes consideran que se debe aplicar el Derecho de la competencia al sector agrario exactamente igual que al resto de sectores económicos, sin excepciones; y aquellos que consideran que, bajo determinadas circunstancias excepcionales y de manera restrictiva², se permite su exención cuando se trata de regular cuestiones agrarias.

Este trabajo pretende comprender mejor las excepciones agrarias en Europa, para intentar dilucidar si la aplicación de las mismas son un mito o una realidad. Es decir, pretende responder al interrogante de si las excepciones agrarias son una quimera o si se trata de medidas realmente efectivas y eficaces. A este respecto jugará un papel primordial la jurisprudencia del TJUE.

En segundo lugar se va a analizar el alcance de la Directiva 2019/633, sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, que deberá transponerse en los Estados miembros el 1 mayo de 2021. Para contextualizarla parece oportuno acudir a la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, como antecedente inmediato de esta legislación en España. Se analizará el trabajo que ha realizado el legislador europeo frente a las omisiones que *ha tenido* el legislador nacional.

En tercer lugar, y para comprender el Derecho de la competencia otorgándole un enfoque global, parece preciso detenerse en el posicionamiento que está adoptando la OMC, en un momento comercial convulso por las subidas reiteradas de aranceles como medidas de castigo y protección en el comercio mundial de bienes y servicios. Parece que el discurso teórico es uno y la praxis conduce a atentar contra la libre competencia de manera flagrante y descarada.

Se utilizará un método lógico deductivo, basado en las ciencias sociales y jurídicas. Se contrastará legislación, jurisprudencia y doctrina relevante. Se observa un enfoque global, europeo y nacional, que interconecta todas las áreas de estudio, incidiendo especialmente en la relación que mantiene la legislación de competencia con la agricultura.

II. EL ORIGEN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

El origen más antiguo de las primeras prácticas restrictivas de la competencia se remonta a Grecia, cuando se controlaban las ventas en los mercados que se celebraban en el ágora³.

² Como señala el TJUE, en la sentencia de 12 de diciembre de 1995, Asunto *Oude Luttikhuis*, caso C-399/93, fto 23, todas las excepciones deben aplicarse de manera restrictiva.

³ SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: «Fundamentos del Derecho y de la política de competencia», capítulo I en (SIGNES DE MESA, Juan Ignacio; FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; FUENTES NAHARRO, Mónica, *Derecho de la Competencia, Tratados y Manuales*), Civitas, Pamplona, 2013, pp. 31-33.

Las prácticas anticompetitivas, como se conocen hoy en día, se desarrollaron en Inglaterra a través del *common law*, pero no se materializaron en ningún código escrito, no dentro del derecho positivo. La jurisprudencia desarrollada en Reino Unido fue trasladada después a Estados Unidos.

Se considera que fue en Estados Unidos y Canadá donde se crearon los primeros sistemas de Derecho de la competencia a través de la *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade* (1889) y la *Sherman Act* (1890). La Ley Sherman aparece como el antecedente inmediato oficial de la legislación de competencia. Esta ley fue completada con la *Clayton Act* en 1914 y con la *Robinson Patman Act* en 1936.

La Ley Sherman protegía los intereses de los consumidores y los agricultores. Llama la atención que todas las leyes *antitrust* que se han ido aprobando con posterioridad se han centrado en la protección del consumidor como manera de velar por el interés general o el bien común, pero la protección al agricultor ha quedado desvanecida por completo. ¿Por qué se ha devaluado el interés en proteger a los agricultores en las constantes reformas de las leyes de competencia? Inquieta esta manera de desvincularse de la protección a los agricultores como garantes del bienestar general. Las normas de comercio justo y de trazabilidad de los alimentos indican que hay que respetar toda la cadena productiva asegurando en cada eslabón unos derechos mínimos.

En Europa fue en Alemania donde se desarrollaron las leyes de competencia al proliferar los cárteles tras la segunda Guerra Mundial⁴. En 1933, prácticamente no había competencia en la mayoría de los mercados europeos y los nazis promulgaron una *Ley de creación de cárteles obligatorios*. Estados Unidos quería debilitar el poder económico alemán y por eso ejerció presión para que se aprobara la *Ley alemana contra las restricciones de la competencia*, que se convirtió en el modelo de legislación nacional de competencia en Europa en enero de 1958.

El establecimiento de un régimen de defensa de la competencia vino unido a la firma del Tratado de Roma, en 1957, donde se estableció un régimen que «*velara porque la competencia no fuera falseada*» y se impuso como pilar elemental para que se creara un Mercado Común europeo. En la UE la política de competencia siempre ha estado ligada a la consecución de un fin mayor, como es el correcto funcionamiento de un Mercado interior europeo⁵.

⁴ LAMO DE ESPINOSA, Patricia: *La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario*, Serie Estudios, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2009. Esta autora considera que el origen está en Austria, pero la mayor parte de la doctrina considera que fue en Alemania; ALCAIDE GUINDO, Cristina: «La evolución de la Política de Defensa de la competencia», *ICE*, 75 años de Política Económica española, núm. 826, 2005, pp. 247-248.

⁵ SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: «Fundamentos del Derecho y de la política de competencia», capítulo I en (SIGNES DE MESA, Juan Ignacio; FERNÁNDEZ TORRES, Isabel; FUENTES NAHARRO, Mónica, *Derecho de la Competencia, Tratados y Manuales*), Civitas, Pamplona, 2013, p. 35; artículo 26 TFUE.

El artículo 3. f) del Tratado de Roma reguló *«el establecimiento de un régimen que asegure que la concurrencia no esté falseada en el mercado común»*. Cuando se modificó el artículo 3, al firmarse el Tratado de la Unión Europea, en 1992, quedó redactado en el apartado g) como *«un régimen que garantice que la competencia no será falseada»*. Se sustituyó el término concurrencia por competencia.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea reguló en los artículos 81 a 89 (hoy artículos 101 a 109 del TFUE) las normas de protección de la libre competencia. De esta manera se establecieron las directrices de una política esencial para la UE y se creó un marco único homogéneo que vinculara a las empresas de los Estados miembros, mientras se garantizaban las cuatro libertades de circulación: bienes, servicios, personas y capitales; a las que se uniría más tarde y de manera informal la quinta libertad de circulación relativa a las resoluciones judiciales. Todas ellas garantizaban el correcto funcionamiento del mercado interior (artículo 26 TFUE).

Por su parte, la Comisión europea aprobó el Reglamento n.º 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia de la UE, que representó un hito importante porque reconoció, por primera vez, a los jueces nacionales como órganos competentes para aplicar las normas de defensa de la competencia. De esta manera se equiparaban a los órganos administrativos de defensa de la competencia que, hasta la fecha, habían sido los únicos competentes para aplicar la ley.

Asimismo, se estableció un nuevo sistema de distribución de competencias entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de defensa de la Competencia (ANC) por el cual éstas eran competentes para resolver de los asuntos que afectaban a sus Estados miembros. Las decisiones nacionales no debían ser nunca contrarias a las decisiones de la Comisión. La Comisión quería garantizar la independencia y los recursos suficientes a las ANC para el ejercicio de sus funciones, otorgándoles poderes de investigación y de toma de decisiones efectivos y velando porque en todos los Estados miembros se pudieran imponer multas disuasorias efectivas y proporcionadas y se aprobaran programas de clemencia bien diseñados⁶.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Derecho europeo de la competencia quedó regulado en los artículos 101 a 109 del TFUE y en el Reglamento 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. El artículo 101 prohíbe los cárteles, el artículo 102 prohíbe el abuso de posición dominante y el artículo 106 prohíbe las ayudas ilegales de Estado. Estos artículos actúan como el eje vertebrador de la legislación de competencia en todos los Estados miembros, a pesar de que también existe un sistema de fuentes nacional.

⁶ COMISIÓN EUROPEA: *Informe sobre la Política de Competencia 2014*, COM (2015) 247 final, Bruselas, p. 19.

En España, la legislación de competencia evolucionó en paralelo al Derecho de la competencia en Europa. El origen de la ley de competencia en España está en la Ley 110/1963 de Represión de prácticas restrictivas de la competencia. Será tras la entrada en la CEE y el reconocimiento del Mercado común cuando se aprobó la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia que fue reformada, a su vez, por la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC), que es la ley actualmente en vigor.

La Exposición de Motivos de la LDC apuesta por la competencia efectiva entre las empresas para que funcione libremente el mercado y la economía. Esta eficiencia productiva redundará en el consumidor porque disminuyen los precios, mejora el servicio, aumenta la calidad, se crea empleo y crece el bienestar de la sociedad⁷. En la economía de mercado el principio de libertad de competencia es esencial. A veces puede verse limitado porque el Estado autoriza monopolios o porque prohíbe la creación de nuevas industrias; otras veces puede ser que las propias empresas establezcan pactos o acuerdos que restrinjan la competencia. Por todo ello surge la necesidad de regularla.

Con la sentencia del TC 208/1999, de 11 noviembre, se atribuyeron competencias a las Comunidades Autónomas en materia de competencia, siempre que así lo hubieran reconocido éstas en sus propios Estatutos de Autonomía. La Ley 1/2002 de coordinación de las competencias entre el Estado y las CCAA contribuyó a organizar el reparto competencial entre el Estado y las CCAA.

Además de todas las leyes en vigor que se citan, en España también rige el Real Decreto 261/2008, por el que se aprobó el Reglamento de defensa de la competencia y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD), que se aplica a todos los sectores económicos y sólo existe en el ámbito nacional y no en el europeo.

III. LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y LA POLÍTICA AGRARIA EN EUROPA

El artículo 3 del Tratado de Roma de 1957 estableció que la Comunidad, para alcanzar sus fines, promovería «la instauración de una política común en el campo de la agricultura»⁸ y «el establecimiento de un régimen que asegure que la concurrencia no quede falseada en el mercado común»⁹. La PAC y la Política de competencia se regularon a la vez en el tiempo y se les reconoció la misma categoría. Con la firma del Tratado de la Unión Europea, el artículo 3 sufrió algún cambio y reconoció «e) una política común en los ámbitos de la

⁷ VELEIRO REBOREDO, Belén: *Mercado y Competencia*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, pp. 1-33; GARCÍA HIDALGO, José Luis y PALMA MARTOS, Luis: «Los nuevos desafíos de la política de competencia en la Unión Europea ante la recuperación económica y la Estrategia Europa 2020», *Boletín Económico de ICE* núm. 3058, 2014, pp. 37-38.

⁸ Artículo 3. d) Tratado de Roma.

⁹ Artículo 3. f) Tratado de Roma.

agricultura y de la pesca» y «g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada».

En los orígenes de Europa la agricultura tuvo una importancia fundamental. Los países fundacionales eran eminentemente agrícolas y, además, estaban empobrecidos. El desarrollo industrial era muy escaso, excepto en Alemania Occidental. El sector agrario europeo estaba, y aún lo está, atomizado. Los seis países fundadores aplicaron los principios de abastecimiento y la protección nacional con objeto de salvaguardar sus propias producciones. Y, en concreto, Francia tuvo una gran influencia en la creación de la Política Agraria porque, en la Conferencia de Messina de 1955, amenazó con no firmar el Tratado de Roma si no se añadía una política agraria común que compensara la importancia que tenía Alemania con su sector industrial. Es lo que se conoce como *la crisis de la silla vacía*.

La PAC fue muy importante en la creación de Europa porque representaba las políticas agrarias nacionales de los seis Estados miembros fundadores. Fue en la única materia en la que se pusieron de acuerdo y pasaron a denominarla *común* y eso hizo pensar que la evolución de la PAC iba a ir de la mano de la propia evolución política de Europa. El tema agrario fue el eje vertebrador de la CEE, hasta tal punto que las sucesivas ampliaciones han estado condicionadas por el mismo¹⁰. La política agrícola ha llegado a considerarse como la política primigenia de la Unión Europea, y de hecho llegó a concentrar el 75% del presupuesto europeo, frente al 35% del presupuesto que representa hoy.

El Derecho de la competencia, en teoría, avanzaba en paralelo a la PAC, pero en un segundo plano. En el año 1962 se aprobó el Reglamento n.º 26 del Consejo¹¹, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (hoy derogado), que aplicó por primera vez los artículos 85 y 86 del TCE. Y en la misma línea, el Reglamento n.º 1184/2006¹² aprobó una excepción a la aplicación general del Derecho de la Competencia, en su artículo 2, al disponer que *«las prohibiciones del artículo 101 TFUE no serán aplicables a los acuerdos, decisiones y prácticas sobre determinado sector agrícola que formen parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos de la política agraria común»*. El Derecho de la competencia, como norma general, se aplicará a todos los sectores económicos por igual. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias coyunturales de los mercados, se aprobarán excepciones agrarias.

¹⁰ Incluso la situación de Turquía podría entenderse desde un enfoque agrícola. Turquía lleva solicitando la adhesión a la UE desde 1957 y no se le ha concedido. Turquía es predominantemente agrícola y tiene un territorio muy vasto que podría llegar a desequilibrar el presupuesto comunitario asignado a la agricultura.

¹¹ Reglamento n.º 26 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas. Publicado en DOCE de 20 de abril de 1962, pp. 993 y 994.

¹² Reglamento n.º 1184/2006, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, publicado en el DOUE de 4 de agosto de 2006.

Arremeter contra la PAC representaba atentar contra la unidad política que emergía en Europa en aquel momento y entender esa realidad permitía comprender la dificultad a la que se tenía que enfrentar el Derecho de la competencia en su interacción con el sector agrario. En Europa el Derecho de la competencia parecía tener una categoría inferior a la Política agraria.

Tendrán que pasar muchos años para nivelar las relaciones de poder entre estas dos políticas. Será en la reforma de 2013 cuando las instituciones europeas centran la mirada en la interacción que mantienen la PAC y la Política de competencia. Es aquí cuando se observan las fisuras de un eje estratégico que ha centrado toda su atención en la agricultura y que ha protegido a su sector agrícola desestabilizando los mercados mundiales (según la OMC) y lo ha convertido en un sector renqueante (cuotas lácteas). Coincide con la congelación del presupuesto agrario, en el período 2014-2020¹³, a pesar de las ampliaciones, y surgen nuevas políticas que hay que promover e impulsar, como las políticas de protección al consumidor, el medioambiente o la seguridad alimentaria, entre otras.

Fue entonces cuando se planteó el verdadero papel que tenía la política de competencia, al analizar la relación que mantenía con la PAC y al observar la débil posición negociadora del sector primario en los mercados, al modificar las excepciones agrarias al Derecho de la competencia con la aprobación del Reglamento n.º 1308/2013, que derogó el Reglamento n.º 1234/2007, y al asignar a los Estados miembros la potestad de regular nacionalmente la cadena alimentaria, como ocurrió en España, con la Ley 12/2013, de medidas para regular el funcionamiento de la cadena alimentaria.

La PAC empezaba a debilitarse. El otrora protegido agricultor quedaba en indefensión ante los mayoristas, compradores y la distribución. La PAC ha protegido al agricultor como eje de su política, pero ahora se observa cómo se vulneran sus derechos ante un libre mercado que abusa de la parte más débil, que precisamente ha estado recibiendo ayudas y recibiendo un trato de favor durante sesenta años. ¿Qué está pasando? A la PAC *tiene que interesarle* la vulnerabilidad de su agricultor frente a las reglas del libre mercado que pretende proteger al consumidor, generar empleo, mejorar la calidad, la competitividad e innovar.

Casi sesenta años después de que se regularan en el tiempo ambas políticas, la relación entre la PAC y el Derecho de la competencia se convierte en un elemento central de la reforma de la PAC, de 2014-2020¹⁴. Las excepciones agrarias

¹³ GARCÍA AZCÁRATE, Tomás: «Algunos apuntes sobre la relación entre las políticas europeas agraria y de competencia en el marco de las discusiones sobre la PAC post 2013», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, núm. 232, Madrid, 2012, p. 75.

¹⁴ COMPÉS LÓPEZ, Raúl: «La PAC 2014-2020, las cadenas alimentarias y la organización de los productores», Serie Economía n.º 22, *Cajamar Caja Rural*, 2014, pp. 237 y 238. La idea se recogía en la Comunicación de la Comisión Europea de noviembre de 2010 que, en el *Objetivo 1*, mencionaba la necesidad de mejorar la competitividad del sector agrícola y aumentar su cuota de valor en la cadena alimentaria ya que el sector agrícola está más disperso que otros sectores de la cadena alimentaria que están mejor organizados y tienen más capacidad de negociación.

al Derecho de la competencia se regulan en el Reglamento n.º 1308/2013, que, a su vez, derogó el Reglamento n.º 1234/2007 de la OCM única. Y la agricultura europea se apoya en tres ejes: el mercado común, la preferencia comunitaria y la solidaridad financiera.

Las reformas de la PAC están orientando a los agricultores hacia los mercados europeos y globales y, debido al relevo generacional que se está produciendo en el campo, las mentalidades están cambiando. A todo ello se une la crisis económica, el abandono de algunas explotaciones familiares pequeñas, el desarrollo de la innovación y la tecnología.

Para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es necesaria una relación armónica entre la Política de competencia y la PAC para que los agricultores sean competitivos en los mercados. Los agricultores se encuentran en una situación paradójica porque asumen nuevos riesgos, realizan más inversiones, afrontan mayores costes de producción, están mejor formados y a pesar de ello reciben los precios más bajos jamás pagados por su producción¹⁵.

IV. LAS EXCEPCIONES AGRARIAS EN EUROPA: LA STJUE DE LAS ENDIBIAS FRANCESAS

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, con carácter general, el principio básico es la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE al sector agrícola¹⁶, si bien se han introducido ciertas derogaciones limitadas a algunas producciones. Con el Reglamento n.º 1308/2013 de la Organización Común de los Mercados Agrarios (OCMA), que derogó el anterior Reglamento n.º 1234/2007 de la OCM única, se asignan nuevos medios a los agricultores para reforzar su posición frente a la legislación de competencia.

La OCMA se encarga de regular la red de seguridad de los mercados agrarios a través de la adopción de unas medidas específicas en tiempos de crisis; establece programas de apoyo específicos para sectores determinados; fija sistemas de limitación de la producción y coordina las normas de comercialización para los productos dentro de la UE y el régimen de intercambios comerciales agrarios con terceros países. Además, desde el 2014, establece una serie de medidas relacionadas con la cadena de valor agroalimentaria.

Una medida muy importante que destaca de este Reglamento n.º 1308/2013 es que, si llegado el caso, ni la red de seguridad ni las medidas de crisis son capaces de equilibrar el mercado, en caso de graves perturbaciones, con carácter temporal (máximo seis meses), la Comisión podrá autorizar una excepción en la normativa de competencia para que el propio sector —a través de las Organizaciones Profe-

¹⁵ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen sobre *El futuro de los jóvenes agricultores en Europa*, ponente NARRO, Pedro, Bruselas, 2011, p. 3.

¹⁶ Artículo 206 del Reglamento 1308/2013.

sionales (OP) o de Interprofesionales reconocidas, como señala la sentencia del TJUE de 14 noviembre de 2017¹⁷, caso de las endibias francesas— participe en la gestión de la crisis con actuaciones como la retirada de productos o la distribución gratuita de los mismos, el almacenamiento de las mercancías por operadores privados o la adopción de medidas de promoción conjunta¹⁸.

En la doctrina existe un debate entre los defensores y los detractores de la aplicación de la legislación de competencia al sector agrícola. Las autoridades de competencia defienden que las normas de competencia deben aplicarse a todos los sectores económicos por igual y quieren frenar los intentos de aprobar excepciones al sector agrícola¹⁹. En España, la CNMC defiende una normativa de competencia uniforme y sin excepciones, aplicable a todos los sectores, lo que incluye al sector agroalimentario. La solución no pasa por apartar al sector agrario de las normas de competencia, todo lo contrario. La política de competencia ayuda a combatir el poder de mercado que puede darse en algunos eslabones de la cadena alimentaria debido a los desequilibrios que existen en la misma mientras se mantiene una oferta y unos precios razonables para el consumidor final. La cooperación entre agricultores debe tener lugar bajo las reglas de la competencia²⁰ y solo se eximirá de su cumplimiento cuando haya que corregir fallos del mercado inherentes al funcionamiento de ese sector de actividad o para asegurar el logro de otros objetivos de interés público²¹.

Asimismo, las autoridades europeas en competencia, a través de la Red de Competencia Europea²², consideran que los agricultores europeos deben equiparse a los que están en terceros países y para ello no deben aprobarse excepciones agrarias. En la misma línea, la OMC considera que deben desaparecer las ayudas a favor de unos agricultores (como las ayudas que existen a la agricultura en EEUU, Canadá, Australia y la UE) en detrimento de otros²³.

Estas autoridades de competencia europeas consideran que se debe impulsar el asociacionismo entre los agricultores para superar el *sorpasso* que existe entre la PAC y las normas de competencia²⁴. Este aspecto debería haberse desarrollado mejor en la reforma de la PAC de 2013, pero no se hizo.

¹⁷ STJUE de 14 noviembre de 2017 en el asunto C-671/15, que responde a una cuestión prejudicial ante un supuesto cártel de endibias en Francia.

¹⁸ Artículos 222 y 33 del Reglamento 1308/2013 de la OCMA.

¹⁹ DE GUINDOS TALAVERA, Beatriz: *Competencia y sector agroalimentario*, Anuario de la Competencia 2013, Fundación ICO, Madrid, 2013, p. 232.

²⁰ CNMC: *Informe sobre Competencia y sector agroalimentario*, Madrid, 2010, pp. 58-65.

²¹ KOSIŃSKI, Eryk: «Rules on competition in the EU Agriculture sector. Latest developments in the light of the cap reform 2014-2020», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 15, Jaén, 2015, p. 1.

²² ANC: *The Reform of the Common Agricultural Policy*, Resolution of the Heads of the European Competition Authorities, 21 december 2012.

²³ En la práctica, la OMC continúa permitiendo las ayudas a la agricultura en algunos países. Las permite siempre que estén reguladas.

²⁴ A este respecto es muy aclaratoria la STJUE de 14 de noviembre de 2017, que resuelve una cuestión prejudicial sobre el artículo 267 del TFUE.

Por su parte, el posicionamiento de las instituciones europeas no está claro y se mueven con ambigüedad. El Consejo Europeo reguló por primera vez las normas de competencia en el sector agrario en el Reglamento n.º 26, de 4 de abril de 1962 que, a pesar de estar derogado, es la matriz de la que emana toda la legislación posterior. El Reglamento n.º 26 justificaba la excepcionalidad de la agricultura y establecía que las normas de competencia *«debían ser aplicadas (...) en la medida en que no dificultara el funcionamiento de las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas y no pusiera en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común»*. Se desprendía una jerarquía entre los objetivos de la PAC y los de la política de competencia que establecía una subordinación de ésta a la plena efectividad de la política agraria. Idea que también defendió GUILLEM CARRAU²⁵, al establecer que el artículo 39 TFUE debía prevalecer sobre el artículo 101 TFUE; es decir, la PAC debía primar sobre las normas del Mercado común.

El Tribunal de Justicia señaló, en la sentencia *Pigs and Bacon*²⁶, que el recurso del Estado miembro a las normas generales sobre competencia no podía tener prioridad sobre las disposiciones del Reglamento que regulaban la organización del sector agrícola. Y el TJUE lo corroboró en la sentencia *Maizena*²⁷, donde señaló que las disposiciones del Tratado relativas a la PAC debían primar sobre otras relativas al establecimiento del Mercado Común. La fuerza jurídica de la PAC resultaba evidente.

Intentar comprender el engranaje entre la política de competencia y la política agrícola pasaba por la interpretación de los artículos 38.2.º y 42 del TFUE. El artículo 38 establece que, *«salvo disposición en contrario de los artículos 39 a 46, las normas previstas para el establecimiento del mercado común serán aplicables a los productos agrícolas»*. Se trata de una disposición confusa porque, por un lado, somete al sector agrícola al régimen general del Mercado común y, por otro lado, salvaguarda las exigencias particulares de este sector.

El artículo 42 del TFUE pone en manos del Consejo la tarea de concretar la aplicación de las normas generales de la competencia al ámbito agrícola, al disponer que *«las disposiciones del Capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39»*. Al Consejo se le

²⁵ GUILLEM CARRAU, Javier: «La Política Agraria Común y el Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, n.º 26, 2014, p. 143.

²⁶ Sentencia *Pigs and Bacon*, de 26 de junio de 1979, Asunto 177/78; el considerando 11 establece que, después de aceptar la posibilidad de una aplicación limitada de las reglas de competencia al sector agrario, se entendía que la eventual aplicabilidad a este sector de las reglas generales sobre competencia permanecía subordinada a las disposiciones que regían la organización común de mercado.

²⁷ Sentencia *Maizena GmbH*, de 29 de octubre de 1980, Asunto 139/79.

asigna una verdadera potestad de regular (o no) la producción y el comercio de los productos agrícolas.

LAMO DE ESPINOSA²⁸ considera que las normas de competencia deben adaptarse a la singularidad del sector porque el sector agrario es especial. DE GUINDOS TALAVERA²⁹ considera que, al no aplicársele al sector agrícola las normas de competencia, se le perjudica.

Para PRIETO ÁLVAREZ, la clave del equilibrio puede explicarse aplicando la doctrina jurídica de las relaciones entre *lex generalis* y *lex specialis*. Defiende la relación entre la PAC y el Derecho de la Competencia como la relación entre la ley especial y la ley general donde los fundamentos de la comunidad figuran como ley general y las normas aplicables a la agricultura como ley especial³⁰. Lo ideal sería la consecución simultánea de los objetivos que defiende la PAC y la Política de Competencia. Para él resultan «admisibles las excepciones a la libre competencia que resulten necesarias y adecuadamente proporcionadas para la consecución de los fines de la política agraria, siempre que sean interpretadas restrictivamente»³¹, lo que le hace coincidir con la corriente jurisprudencial del TJUE³².

Como destaca MARTÍN VALDIVIA³³, las políticas de competencia y agraria deben coordinarse para alcanzar sus objetivos, entre los que destacan «conseguir un sector agroalimentario competitivo, una cadena alimentaria vertebrada, un mercado transparente y la satisfacción de los intereses de unos consumidores». Este enfoque resulta lógico y coherente y determina que ambas políticas deben entenderse.

²⁸ LAMO DE ESPINOSA, Patricia: *La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Serie Estudios, Madrid, 2009, pp. 92-93; LAMO DE ESPINOSA, Patricia: «Las organizaciones interprofesionales agrarias y su futuro», *Noticias de la Unión Europea* n.º 309, 2010, p. 87.

²⁹ DE GUINDOS TALAVERA, Beatriz: *Competencia y sector agroalimentario*, Anuario de la Competencia 2013, Fundación ICO, Madrid, 2013, pp. 231-248.

³⁰ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás: *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho comunitario*, Tesis doctoral, Universidad de Burgos, Burgos, 1997, p. 329; BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «El Derecho comunitario regulador de los precios y de las producciones agrarias. Antecedentes, principios generales y orientaciones actuales», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año n.º 5, n.º 13, 1989, p. 34; ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena: «La aplicación de las normas de competencia comunitarias a la agricultura», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* año n.º 2, n.º 3-4, 1986, p. 13.

³¹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás: *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho comunitario*, Tesis doctoral, Universidad de Burgos, Burgos, 1997, p. 341; TATO PLAZA, Anxo y GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando: *Derecho de la Competencia y sector agrario*, Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia y Universidad de Vigo, 2006, pp. 14-16.

³² La sentencia del TJUE, de 12 de diciembre de 1995, Asunto *Oude Luttikhuis*, caso C-399/93, fto 23.

³³ MARTÍN VALDIVIA, Salvador: «Recensión de la tesis doctoral de LAMO DE ESPINOSA, Patricia, La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, Madrid, 2010, p. 406.

En el Paquete lácteo, aprobado por el Reglamento n.º 261/2012³⁴, se aplicaron al sector lácteo las excepciones que contemplaba la normativa europea agraria a la aplicación de las normas de competencia, que estaban previstas en el Reglamento n.º 1234/2007. En concreto, se introdujo el artículo 177 bis, que concedía una salvaguarda especial a las organizaciones interprofesionales porque se consideraba que existía una diferencia sustancial entre las infracciones a las normas de defensa de la competencia dentro de una misma unidad económica o fuera de ella.

A este respecto, como señala el TJUE en la sentencia de 14 noviembre de 2017, caso de las endibias francesas, *«las prácticas que tengan por objeto una concertación relativa a los precios o a las cantidades comercializadas o el intercambio de información estratégica si pueden sustraerse a la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 101.1.º TFUE, cuando se convengan entre miembros de una misma organización de productores o de una misma asociación de organizaciones de productores que haya sido reconocida por un Estado miembro y sean estrictamente necesarias para la consecución del objetivo u objetivos asignados a la organización de productores o la asociación de organizaciones de productores de que se trate con arreglo a la normativa de la Unión Europea»*.

Cada Estado miembro tuvo potestad para regular el *Paquete leche* y así fue cómo en España se aprobó el Real Decreto n.º 1363/2012, de 28 de septiembre³⁵, por el que se reguló el reconocimiento de las OP de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecieron sus condiciones de contratación³⁶. Una de las obligaciones que impuso el RD n.º 1363/2012 fue la firma de contratos con cada compraventa de leche³⁷. Asimismo, se fijaron unos volúmenes mínimos necesarios bastante elevados, de 200.000 toneladas, de leche de vaca cruda para poder crear una OP láctea y se establecieron unos índices de referencia en la firma del contrato, con objeto de reforzar el poder de negociación de los productores³⁸.

Con la Reforma de la PAC de 2013 se decidió integrar en el Reglamento n.º 1308/2013 de la OCMA los aspectos del Paquete Leche destinados a fortalecer la posición de los productores. A través del artículo 149 de la OCMA incluso se ampliaron en el sector lácteo las excepciones a las normas de competencia porque permitió a los ganaderos, bajo ciertas condiciones, fijar los precios del

³⁴ Reglamento 261/2012, de 14 de marzo de 2012, que modifica el Reglamento 1234/2007 en lo que atañe a las relaciones contractuales en el sector de la leche y de los productos lácteos. Publicado en el *DOUE* 30.03.2012.

³⁵ Artículos 11 a 15 del Real Decreto 1363/2012. Publicado en el *BOE* 2.10.2012.

³⁶ Última modificación, versión consolidada, el 28.02.2015.

³⁷ Artículo 10.1.º del Real Decreto 1363/2012, de 28.09.2012.

³⁸ Reglamento n.º 1308/2013 y Reglamento n.º 1305/2013; GUILLEM CARRAU, Javier: «La Política Agraria Común y el Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, n.º 26, 2014, pp. 154 y 161.

litro de leche³⁹. Sin embargo, el Real Decreto n.º 125/2015⁴⁰, que modificó el RD n.º 1363/2012, incorporó un artículo 9 ter que tenía por objeto velar por el cumplimiento de los objetivos del artículo 39 del TFUE y prohibir los acuerdos para cobrar precios idénticos y aquellos que pudieran excluir la competencia.

El Reglamento n.º 1234/2007 de la OCM Única aprobó tres excepciones agrarias que sufrieron modificaciones con el Reglamento n.º 1308/2013 de la OCMA. El Reglamento n.º 1308/2013 redujo las excepciones agrarias a dos.

Dentro de las excepciones agrarias actualmente vigentes, la regla general se regula en el artículo 206 del Reglamento n.º 1308/2013. Este artículo, apoyándose en el artículo 42 del TFUE, establece que los artículos 101 a 106 del TFUE serán aplicables a los acuerdos sobre los productos agrícolas, salvo disposición en contrario del propio Reglamento. Por lo tanto, el artículo 101 del TFUE se aplicará a todas las actividades económicas de los productores y a las OP que deberán respetar las normas en materia de competencia. No obstante, la regla general quedará sujeta a las particularidades que se establecen en los artículos 207 a 210 del Reglamento de la OCMA.

El artículo 209 del Reglamento n.º 1308/2013 establece la excepción a la regla general (y por lo tanto de aplicación restrictiva) a través de la cual «*se excluyen de las normas de competencia los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la producción o al comercio de productos agrícolas siempre que sean necesarios para la realización de los objetivos de la PAC recogidos en el artículo 39 del TFUE*». El Tribunal de Justicia sostuvo en las sentencias *Pigs and Bacon* y *Maizena* que, si un acuerdo puede considerarse necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos de la PAC, pero no es necesario para cumplir otro objetivo, no puede estar cubierto por esta excepción. Se exige, por lo tanto, que se cumplan acumulativamente todos y cada uno de los objetivos de la PAC previstos en el artículo 39 TFUE. No es suficiente con que sea necesario alguno de ellos, deben ser exigibles todos los objetivos de la PAC.

También podrá aplicarse esta excepción cuando «*se trate de acuerdos de productores, asociaciones de productores, OP y Asociaciones de Organizaciones Profesionales (AOP) que afecten a la producción o venta de productos agrícolas o a la utilización de instalaciones comunes para el almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas a menos que se pongan en peligro los objetivos de la PAC*». Esta excepción se aplicará a todos los sectores agrarios cubiertos por el Reglamento n.º 1308/2013, con la salvedad prevista en los ar-

³⁹ El artículo 149.3.º del Reglamento n.º 1308/2013 establece que se podrán negociar los precios siempre que «el volumen de leche cruda objeto de negociación, producido o entregado en un Estado miembro sea inferior a 500.000 toneladas y no supere el 45 % de la producción nacional total de dicho Estado miembro».

⁴⁰ Modifica el Real Decreto n.º 1363/2012, de 28 de septiembre, por el que se regula el reconocimiento de las organizaciones de productores de leche y de las organizaciones interprofesionales en el sector lácteo y se establecen sus condiciones de contratación.

tículos 169, 170 y 171 de la OCMA que regulan la producción de aceite de oliva, vacuno y cultivos herbáceos respectivamente. Con estas excepciones a la regla general se pone de manifiesto que la protección de la PAC está por encima de las normas de competencia.

No obstante, existe un matiz importante y es que la excepción general prevista en el artículo 209 *«no será aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que impliquen la obligación de cobrar un precio idéntico o a través de los cuales quede excluida la competencia»*. Es decir, a pesar de que el artículo 209 vela y supervisa los objetivos de la PAC, jamás va a promover actuaciones flagrantes que atenten contra la legislación de competencia, como puede ser la fijación de precios. Se podría decir que la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados actúan como líneas rojas infranqueables sobre las que no cabe excepción alguna.

Además, dentro del Reglamento OCMA, se prevén otras excepciones a las normas de competencia en el sector agrario cuando se trata de regular las perturbaciones, los desequilibrios en los mercados y las crisis. En concreto, el artículo 33 de la OCMA permite la retirada de productos del mercado dentro de los programas operativos de las OP de frutas y verduras para gestionar las crisis. El artículo 222 de la OCMA permite una excepción temporal del artículo 101 TFUE cuando se trate de medidas cortoplacistas, adoptadas por los productores, con el fin de controlar los graves desequilibrios del mercado.

En estos casos, los acuerdos, decisiones y prácticas deben cumplir dos requisitos; uno, no atentar contra el buen funcionamiento del mercado interior, y dos, tener el objetivo de estabilizar el sector en cuestión, siempre en el corto plazo. Para autorizar esos acuerdos de manera extraordinaria se debe tratar de una lista cerrada de actuaciones que incluye *«la retirada del mercado o la libre distribución de sus productos, la transformación y el procesamiento, el almacenamiento de los operadores privados, medidas de promoción conjuntas, acuerdos sobre requisitos de calidad, la compra conjunta de insumos necesarios para combatir la propagación de plagas y enfermedades en los animales y plantas en la UE o de los insumos necesarios para hacer frente a los efectos de los desastres naturales en Europa y la planificación temporal de la producción teniendo en cuenta la naturaleza específica del ciclo de producción»*. A pesar de que se relajan mucho las normas de competencia, no se incluyen en esa lista cerrada la negociación colectiva o los acuerdos que fijen los precios porque se trata de una conducta completamente prohibida que no permite excepción alguna.

El artículo 222 de la OCMA permite incluso que, previa a su aplicación, la Comisión y los Estados miembros puedan financiar la retirada de excedentes durante un período de desorganización del mercado hasta que se restablezca el equilibrio. Durante estos períodos de inestabilidad en los mercados, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución que indique que las prohibiciones de competencia no se aplicarán a los grupos de productores y las organizaciones interprofesionales en el sector agrícola.

Como medida general, el Reglamento OCMA prevé que no sea necesaria la autorización de la Comisión para que se apliquen las excepciones agrarias. Con anterioridad a 2013, la Comisión tenía competencia exclusiva para resolver cuándo se aplicaban o no las excepciones agrarias. Ahora, esa autorización ha quedado derogada y serán los propios productores quienes valoren y evalúen si cumplen o no las condiciones para poder hacer uso de la misma. La carga de la prueba de la infracción del artículo 101.1.º TFUE corresponde a quienes denuncien la infracción⁴¹. Por lo tanto, corresponde a la parte que solicite el beneficio de la exención general la carga de la prueba de que se cumplen las condiciones de la excepción general, prevista en el artículo 209 de la OCMA. Sólo respecto a las organizaciones interprofesionales se mantiene el mecanismo de notificación previa de la Comisión⁴².

Respecto a la sentencia más reciente que plantea cuestiones de excepciones agrarias, el TJUE destacó, en el Asunto C-671/15, caso de las endibias francesas, que no se había demostrado que estuviera prohibido de forma necesaria y definitiva en todas las circunstancias impartir directrices en materia de precio mínimo, de tal forma que no se había acreditado irrefutablemente que los organismos controvertidos hubieran rebasado los límites de las misiones que tenían legalmente atribuidas en materia de estabilización de precios.

La Comisión presentó observaciones con arreglo al artículo 15.3.º del Reglamento n.º 1/2003. En dichas observaciones expuso que, respecto de la aplicabilidad de las normas de la Unión sobre la competencia en el sector agrícola, no sólo existen excepciones generales, sino también excepciones específicas. La Comisión consideró que las conductas más importantes controvertidas en el litigio principal, a saber, los mecanismos de precios mínimos pactados en el seno de las principales AOP, excedían las tareas específicas previstas por la organización común del mercado de que se trataba y no podían considerarse cubiertas por estas excepciones específicas.

Los fundamentos 43 a 45 de la STJUE, en el Asunto C-671/15, considera que si caben excepciones cuando se trata de OP y AOP, emulando de alguna manera el tratamiento que tienen las cooperativas, donde quedan exentas de aplicar con normalidad y generalidad la legislación de competencia. Es verdad que las OP y las AOP reciben un tratamiento diferenciado, en cuanto que se consideran una unidad económica y sus actuaciones tienen que ser internas, dentro de la organización y jamás afectando a más Estados miembros. El TJUE considera que no se deben permitir fijar los precios o repartirse los mercados cuando las actuaciones tienen lugar fuera del ámbito de aplicación de la OP y de la AOP y jamás afectando a varios Estados miembros. En este sentido, el pronunciamiento de esta sentencia es muy similar al de la STJUE, en el caso *Oude Luttikhuis*, donde

⁴¹ Artículo 209 del Reglamento n.º 1308/2013 de la OCMA.

⁴² MATTHEWS, Andrew: *Cuestiones de competencia en el Reglamento único para las OCM*, 26.03.2014, Blog de CARRILLO VICO, Antonio, <http://reformadelapac.blogspot.com.es/2014/04/cuestiones-de-competencia-en-el.html>, visitada el 15.02.2018.

se estableció esta línea jurisprudencial semejante para las cooperativas agrarias. Con esta sentencia *Oude Luttikhuis* se puso de relieve que la forma jurídica de la cooperativa, por ser un factor de normalización y de racionalización del sector agrícola y aumentar la eficacia de las empresas, es favorable. Y la cooperativa es considerada también como una unidad económica donde no caben actuaciones contra la ley de competencia.

Lo que resulta claro, y así lo subraya el tribunal en los fundamentos 56 y 57, es que *«tales prácticas deben ser internas a una sola OP o a una sola AOP porque únicamente pueden tener por objeto la producción y la comercialización de los productos de los propios miembros de la OP o de la AOP de que se trate. Por lo tanto, sólo pueden justificar determinadas formas de coordinación o de concertación entre productores miembros de una misma OP o de una misma AOP reconocidas por un Estado miembro»*.

Aquí equipara el tratamiento que reciben las OP y las AOP a las cooperativas. De ello se desprende que aquellos acuerdos o prácticas concertadas que no hayan surgido en el seno de una OP o de una AOP, sino entre varias OP o entre varias AOP, exceden de lo que es necesario para llevar a cabo las referidas misiones. De todo ello resulta que las prácticas que se establezcan entre tales OP o AOP y, *a fortiori*, las prácticas que impliquen, además de a tales OP o AOP, a entidades no reconocidas por un Estado miembro en el marco de la aplicación de la política agrícola común en el sector considerado, no pueden sustraerse a la prohibición de las prácticas mencionadas en el artículo 101.1.º del TFUE.

Por lo tanto, la STJUE en el caso de las endibias francesas, señala que sólo *las prácticas que tengan por objeto una concertación relativa a los precios o a las cantidades comercializadas o el intercambio de información estratégica, si pueden sustraerse a la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 101.1.º TFUE, cuando se convengan entre miembros de una misma organización de productores o de una misma asociación de organizaciones de productores que haya sido reconocida por un Estado miembro y sean estrictamente necesarias para la consecución del objetivo u objetivos asignados a la organización de productores o la asociación de organizaciones de productores de que se trate con arreglo a la normativa de la Unión Europea*⁴³.

⁴³ En la misma línea de la sentencia se pronunció con anterioridad el abogado general NILS WAHL, en sus conclusiones presentadas el 6 de abril de 2017, cuando señaló que solo quedan exceptuadas, como regla general, las prácticas adoptadas en el ámbito de una organización de productores (OP) o de asociaciones de organizaciones de productores (AOP) por ser consideradas una «unidad económica» que impide hablar de la bilateralidad necesaria para la conceptualización de un cártel o similar. Por el contrario, todas aquellas conductas realizadas con otras entidades (las que no tienen la función de comercialización o las empresas ajenas a una OP o AOP) entraría, como regla general, en el ámbito de la prohibición general del artículo 101 TFUE. Se confirma el carácter privilegiado del mercado de la producción y comercialización de productos agrícolas en el ámbito de la aplicación del Derecho *Antitrust*.

V. LA DIRECTIVA 2019/633

La Directiva 2019/633, de 17 de abril de 2019, *relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario* viene a demostrar la sensibilidad que tiene el legislador europeo por dar respuesta a unas necesidades que conectan el sector agroalimentario con la legislación de competencia. La Directiva 2019/633 ha entrado en vigor el 1 de mayo de 2019 y su transposición será obligatoria en todos los Estados miembros el 1 de mayo de 2021.

Es importante comprender el espíritu sobre el que se apoya la aprobación de esta Directiva, porque parte de la premisa de que *«determinadas prácticas podrían ser manifestamente desleales, aun cuando ambas partes las aceptaran»*. Esto nos lleva a reflexionar sobre las cláusulas abusivas o leoninas que se imponen en los contratos, que jurisprudencia reciente del TJUE y del TS (STJUE C-618/10, STJUE C-154/15, STS n.º 241/2013, STS n.º 654/2015, STS n.º 1557/2017, STS n.º 671/2018) ha declarado como nulas de pleno derecho, precisamente por la incapacidad que tiene una de las partes de la relación contractual, por ser considerada parte débil, de negociar esas cláusulas.

Sin embargo, cuando se habla de estas cláusulas abusivas, el Derecho se centra en proteger tres grupos de interés que son objeto de especial protección, como son: los consumidores, los asegurados y los trabajadores. Y por lo tanto no incluye, dentro de los sujetos de especial protección, al colectivo objeto de análisis aquí. En cualquier caso, no es baladí plantearse que a esos grupos de especial protección se pudiera incorporar un nuevo grupo que represente a los agricultores y/o ganaderos del sector primario, a pesar de que la Directiva recientemente aprobada no plantea sólo la protección a los agricultores y/o ganaderos, sino a las empresas que pueden formar parte del canal de comercialización y venta de esos productos.

El preámbulo de la Directiva señala que *«conviene introducir un nivel mínimo de protección en la Unión contra las prácticas comerciales desleales a fin de reducir la incidencia de tales prácticas que pueden tener repercusiones negativas en los niveles de vida de la comunidad agraria»*. El planteamiento de armonización mínima permite a los Estados miembros adoptar o mantener una normativa nacional que vaya más allá de las prácticas comerciales desleales detalladas en la presente Directiva. Todo ello permite al legislador nacional, en su transposición de la Directiva en una legislación interna, profundizar más que lo previsto en la Directiva, que actúa como mínimo exigible. De hecho, este principio de armonización mínima queda concretado en el artículo 9 de la propia Directiva, cuando señala que *«los Estados miembros podrán mantener o introducir normas más estrictas que las previstas en la presente Directiva para combatir las prácticas comerciales desleales, siempre que dichas normas nacionales sean compatibles con las normas sobre el funcionamiento del mercado interior»*. Todo ello sin perjuicio de las normas nacionales que regulen las prácticas comerciales desleales,

siempre que dichas normas sean compatibles con el correcto funcionamiento del mercado interior.

Esta Directiva parte de la premisa de que la política agraria hoy está más concienciada con el correcto funcionamiento del mercado de lo que estuvo en el pasado, y por lo tanto justifica de esta manera su articulado posterior. A las instituciones europeas les preocupa el correcto funcionamiento de la cadena agrícola y alimentaria, y de alguna manera la Comunicación que lanzó la Comisión en 2009, donde arrogaba a los Estados miembros con prerrogativas para desarrollar su propia legislación nacional para proteger su cadena alimentaria, se materializó en España con la aprobación de la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. Si estas legislaciones nacionales⁴⁴ hubieran desplegado sus efectos con plenitud, quizá no hubiera sido necesaria la aprobación de esta Directiva que responde a esa inquietud de regular mejor el correcto funcionamiento de la cadena agraria y alimentaria en Europa, haciéndola compatible con la legislación de competencia.

El preámbulo de la Directiva señala que el objetivo de la misma es beneficiar a los productores agrícolas y a las personas físicas o jurídicas que son proveedores de productos agrícolas y alimentarios, incluidas las OP, reconocidas o no, y las AOP, reconocidas o no, en función de su poder de negociación relativo. Esas organizaciones de productores y asociaciones de organizaciones de productores incluyen a las cooperativas. Esos productores y personas son especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales, y son menos capaces de hacer frente a las mismas sin repercusiones negativas para su propia viabilidad económica.

Algunas de las conductas sobre las que incide acertadamente la Directiva son la morosidad en el pago de productos agrícolas y alimentarios. La LCA 12/2013 establecía que los pagos debían realizarse a los 30 días⁴⁵ cuando se tratara de productos perecederos y a los 60 días para los productos no perecederos. Esta Directiva establece otras conductas prohibidas, como novedad, la cancelación con escasa antelación de los pedidos de productos perecederos porque esa anulación repercute negativamente en la viabilidad económica del proveedor.

La Directiva se aprueba consciente de que hay mucha legislación nacional, pero que no está uniformada ni es homogénea. De esta manera se convierte en el instrumento adecuado para introducir un nivel mínimo de protección en el marco

⁴⁴ CREDA y AICA: *Informe sobre la aplicación de regulaciones de las prácticas comerciales en la cadena alimentaria en los países de la UE*, Madrid, 2016. Según este estudio, hay 20 Estados miembros que han aprobado legislación nacional con objeto de regular el correcto funcionamiento de sus cadenas alimentarias.

⁴⁵ El artículo 23 de la LCA establece que se considera una infracción grave el incumplimiento de los plazos de pago establecido en la Ley 15/2010, donde se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 15/2010, que sirve para regular el régimen específico para los productos agroalimentarios, «los plazos de pago serán de 30 días para productos perecederos sin que quepa pacto en contrario y de 60 días para los productos no perecederos».

del Derecho de la Unión. Esto debería permitir a los Estados miembros integrar las normas pertinentes en su ordenamiento jurídico nacional de una manera tal que se permita instaurar regímenes cohesivos. No debe impedirse que los Estados miembros mantengan e introduzcan en su territorio una normativa nacional más estricta que establezca un nivel de protección más elevado contra las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, dentro de los límites del Derecho de la Unión, aplicable al funcionamiento del mercado interior y siempre que dicha normativa sea proporcionada.

El artículo 1.2.º de la Directiva detalla su ámbito de aplicación. Lo más importante es que en el primer apartado es donde podrían incluirse los agricultores, cuando señala que *«se aplicará a determinadas prácticas comerciales desleales que se producen en relación con las ventas de productos agrícolas y alimentarios por un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de menos de 2.000.000 EUR a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 2.000.000 EUR»*. En el resto de supuestos que plantea el ámbito material de la Directiva difícilmente pueden estar encuadrados los pequeños agricultores, que representan la mayoría del tejido agrario español. El resto de posibilidades que reconoce el ámbito material de la Directiva se refieren a mayoristas, comercializadores o distribuidores del sector agrícola. Es decir, que su fuerza, su poder económico y de negociación sería otro.

El ámbito espacial de aplicación de la Directiva queda concretado cuando señala que *«la presente Directiva se aplicará a las ventas entre un proveedor y un comprador cuando uno de los dos, o ambos, estén establecidos en la Unión»*. Este matiz es muy importante porque representa opciones comerciales dentro de la UE y también operaciones comerciales con terceros países. Es decir, el ámbito material de aplicación se amplía y se aplica un espacio geográfico superior a la propia Europa, cosa que no preveía la Ley 12/2013 de la cadena alimentaria en España.

Asimismo, señala que quedarán excluidos de su ámbito de aplicación los acuerdos suscritos entre proveedores y consumidores, que representan un colectivo de especial protección, como señalan las normas de Derecho internacional privado, entre las que destacan los artículos 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis y el artículo 6 del Reglamento Roma I, por citar algunos de ellos.

Resulta muy interesante la definición que da de *productos agrícolas y alimentarios perecederos* el artículo 2.5.º de la Directiva 2019/633 cuando señala que *«son aquellos que, por su naturaleza o por la fase de transformación en que se encuentran, podrían dejar de ser aptos para la venta dentro de los 30 días siguientes a su recolección, producción o transformación»*. En la Ley 12/2013 de la cadena alimentaria no se matizaba tanto lo perentorio del producto. En la Directiva se ha cubierto una laguna legal al matizar que deben de ser inservibles para su consumo pasados los 30 días desde su recolección. Y el matiz no es baladí

porque hay muchas frutas, dentro del sector agrario, que se pueden almacenar en cámaras frigoríficas a temperaturas controladas durante meses, y por lo tanto permiten que el producto agrícola tenga una mayor vida útil, superior a los 30 días, lo que representa que el producto agrario no es tan perecedero, ni debe consumirse obligatoriamente en 30 días. Algo que no tenía tanta nitidez en la Ley de la cadena alimentaria en España y que puede representar que los compradores retrasen el pago al momento en que el producto perecedero sale a la venta para destinarlo al consumo. Esta situación, lógicamente, podría suponer un retraso considerable en el pago y que se abuse de esa posición de superioridad y fuerza que tienen los compradores, mayoristas o distribuidores frente al pequeño agricultor.

En cualquier caso, el artículo 3.1.º señala que, «a efectos de los plazos de pago contemplados en este inciso, los plazos de entrega acordados no excederán en ningún caso de un mes». Realidad que, a día de hoy, no se cumple, porque se cobra con un promedio de cinco meses desde que se ha entregado la cosecha al comprador⁴⁶.

Sabidamente, la uva queda excluida de esta Directiva, porque el sector vitivinícola, con sus consejos reguladores, cooperativas, grandes grupos bodegueros, entraña una idiosincrasia particular. El artículo 3.1.º también excluye aquellos casos de venta de fruta para introducir fruta en las escuelas, programas que normalmente realiza la administración pública, así como actuaciones de provisión de fruta a centros sanitarios (como pueden ser los hospitales), actuaciones que normalmente realizan las Administraciones Públicas. Con esa exclusión también les concede un *balón de oxígeno* en los pagos.

El artículo 3.4.º establece un término muy sugestivo para el estudioso del Derecho y se trata de las leyes de policía, previstas en el artículo 9.1.º del Reglamento Roma I, cuando señala que «los Estados miembros se asegurarán de que las conductas prohibidas porque se consideran desleales para el funcionamiento de la economía y del mercado constituyan leyes de policía aplicables a cualquier situación que entre en su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la normativa aplicable al contrato de suministro entre las partes». Al convertirlas en normas de policía les está otorgando una imperatividad reforzada que les hace anteponerse a cualquier otra ley que exista, porque protegen un bien jurídico de interés superior. Así lo señalan las sentencias *Unamar*⁴⁷ y *Nikiforidis*⁴⁸ del TJUE y doctrina reciente⁴⁹.

⁴⁶ Análisis cuantitativo que realizó la autora a agricultores de pera conferencia en La Rioja, en febrero de 2016.

⁴⁷ STJUE de 17 de octubre de 2013, Asunto C-184/12, caso *Unamar*.

⁴⁸ STJUE de 18 octubre de 2016, Asunto C-135/15, caso *Nikiforidis*.

⁴⁹ SANTAOLALLA MONTOYA, Cayetana: «La ley de la cadena alimentaria como ley de policía en Europa», en *Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347-363.

El artículo 5.2.º tácitamente reconoce las acciones colectivas y además asigna un protagonismo especial a las cooperativas, a pesar de que específicamente no las mencione, cuando señala que *«las organizaciones de productores, otras organizaciones de proveedores y las asociaciones de tales organizaciones tendrán derecho a presentar una denuncia a instancia de uno o más de sus miembros o, en su caso, a instancias de o más de los miembros de sus organizaciones miembros cuando dichos miembros se consideren afectados por una práctica comercial prohibida. Otras organizaciones que ostenten un interés legítimo en la representación de los proveedores tendrán derecho a cursar una denuncia a instancia y en interés de un proveedor, siempre que dichas organizaciones sean personas jurídicas independientes sin ánimo de lucro»*. Este artículo, tal y como queda redactado, permite al legislador nacional, cuando transponga la Directiva en una ley nacional, poder regular las acciones colectivas, que es una medida procesal que abarata costes, es mucho más ágil, da más garantías procesales y otorga más seguridad jurídica que una demanda individual. Por lo tanto, con la Directiva, la vía para regular las acciones colectivas en el sector agroalimentario ha quedado abierta⁵⁰. Habrá que esperar a ver cómo transpone la directiva el legislador nacional.

Respecto a las autoridades de ejecución, previstas en el artículo 6, hace pensar en las facultades que se han conferido a las autoridades nacionales de defensa de la competencia en España, a través de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia y la Ley 3/1991, de competencia desleal. Queda sin aclarar si serán las mismas autoridades o serán otras, y esa discrecionalidad la tendrá el legislador nacional cuando transponga la directiva en cada Estado miembro.

El artículo 7 deja la vía abierta a la mediación, como forma de resolver los conflictos de otra manera, sin recargar el trabajo de las autoridades de control, cualesquiera que sean. Parece oportuno pensar en formas alternativas de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje. Es una manera de desahogar los órganos jurisdiccionales y agilizar la solución de las disputas, por lo tanto, la propuesta de la Directiva es oportuna y acertada.

El artículo 8 pone de relieve la cooperación que se debe establecer entre las autoridades de ejecución y la Comisión, sobre todo en supuestos transfronterizos, sobre los cuales hay una previsión de que aumentarán. Lo que no queda claro es quiénes serán las autoridades de ejecución. ¿Serán compatibles sus funciones con los inspectores de defensa de la competencia? ¿Serán los mismos inspectores que tiene la Agencia de información y control alimentario en España, es decir, la AICA? El mismo interrogante se plantea cuando menciona, en su artículo 10, los informes que habrá que enviar a la Comisión, con carácter anual, porque no aclara qué autoridad será competente, y la respuesta queda abierta a la discrecionalidad, de nuevo, del legislador nacional.

⁵⁰ SANTAOLALLA MONTOYA, Cayetana: *La Política de competencia en su proyección sobre el agro español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2018, pp. 265-267.

VI. LA OMC Y LA GUERRA COMERCIAL ARANCELARIA

Las normas emanadas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) rigen el comercio entre los Estados y tienen como objetivo la liberalización mundial del comercio y facilitar el acceso a los mercados extranjeros. No pretenden establecer un derecho uniforme del comercio internacional para todos, sino eliminar de los derechos estatales aquellas trabas que pudieran obstaculizar las transacciones económicas internacionales.

Desde la OMC se defiende la supresión de las ayudas a la agricultura en su totalidad porque, en el comercio mundial de alimentos, proteger a unos productores frente a otros genera tratos desiguales a nivel global. La OMC considera que se deben erradicar por completo las ayudas, pero de manera temporal las regula y permite⁵¹.

Con la creación de la OMC, en 1986, en la Ronda de Uruguay, pareció haberse encontrado el foro idóneo en el que integrar la política de competencia dentro de las cuestiones comerciales de alcance internacional. Fue entonces cuando la interacción entre el comercio internacional y la política de competencia pasó a un primer plano. Sin embargo, la exclusión de los temas de competencia de la agenda de la OMC, tras la Conferencia Ministerial de Cancún en 2003, puso el punto final a este desarrollo. En la OMC se crearon grupos de trabajo específicos para resolver cuestiones de inversiones y derecho de la competencia, pero los avances se paralizaron en 2004. La vigencia y la preocupación por los temas del Derecho de la competencia dentro de la organización multilateral del comercio duró muy poco.

Tanto el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) como el Acuerdo General sobre el comercio de servicios (AGCS) contienen normas sobre los monopolios y los proveedores exclusivos de servicios. En los acuerdos sobre la propiedad intelectual y los servicios se reconoce el derecho de los gobiernos a adoptar medidas contra las prácticas anticompetitivas, así como a colaborar para limitarlas⁵², pero no hay ningún desarrollo específico en la agricultura.

De hecho, el 2 de octubre de 2019, la OMC resolvió una disputa iniciada en 2004 entre Estados Unidos y la Unión Europea porque la empresa europea Airbus había recibido ayudas para la fabricación de sus aeronaves, lo que atentaba contra la libre competencia en el mercado y perjudicaba directamente a los fabricantes de aeronaves americanos.

⁵¹ Caja azul, caja ámbar y caja verde. En la práctica, la OMC continúa permitiendo las ayudas a la agricultura en algunos países. Las permite siempre que estén reguladas, como en Estados Unidos, Canadá y Australia, por citar algunos ejemplos.

⁵² OMC, visitada el 26 de septiembre de 2019, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey3_s.htm#investment

Como consecuencia de la disputa entre ambos, el árbitro de la OMC reconoció las ayudas irregularmente concedidas y constató que las empresas europeas no habían adoptado las medidas sugeridas por la OMC. Todo ello culminó con el reconocimiento, otorgado a Estados Unidos, de imponer aranceles de hasta un 25% a ciertos productos europeos, como compensación por el daño sufrido, con objeto de reparar los daños ocasionados por las prácticas anticompetitivas en el sector aeronáutico.

Esos daños, traducidos en aranceles que se están aplicando, a partir del 18 octubre de 2019, a determinados productos europeos ascienden hasta 7.500 millones de euros. Y muy especialmente, los aranceles van a gravar productos de Alemania, Francia, España y Reino Unido porque son los fabricantes de la empresa Airbus. Por lo tanto, el árbitro de la OMC ha permitido que el daño que se ha producido a la industria aeronáutica americana se resarza gravando, entre otros, productos agrarios, como son las naranjas, mandarinas, limones, aceitunas, aceite de oliva y vino, entre otros⁵³. Es decir, que el sector agroalimentario, que es un sector muy sensible en los mercados internacionales, está sufriendo las consecuencias de medidas anticompetitivas y medidas de ajuste que ha aprobado la propia OMC a favor de Estados Unidos y en detrimento de Europa.

La OMC promueve la liberalización del comercio y la multilateralidad, mientras que la PAC es proteccionista en un escenario donde cada vez se celebran más acuerdos bilaterales para seguir avanzando en aspectos comerciales. Pareciera que las decisiones geoestratégicas mundiales ya no las toman los gobiernos, sino las multinacionales que hay detrás y el Derecho Internacional Público se está viendo desplazado por el Derecho Internacional Privado.

Con la reforma Fishler de la PAC, en 2003⁵⁴, por primera vez, la preocupación se centró en proteger al consumidor de los productos agrícolas, inquietud que comparten la PAC y la política de competencia. De ahí surgió la necesidad de compatibilizar el sistema agrícola europeo y el sistema de la OMC. Este último considera que deben eliminarse las prácticas desleales al comercio, como son las subvenciones a la exportación o el *dumping* de los precios. La realidad demuestra que las ayudas subsisten en el sistema agrario europeo y son consentidas por la OMC.

La tendencia de las instituciones europeas es preparar al agricultor para ofertar sus productos en un mercado global, darle las herramientas para que pueda competir con otros productos similares al suyo sin perder de vista la calidad, el origen y las normas fitosanitarias que han sido tan importantes en Europa durante tantos años. Pero la PAC protege al agricultor y, de esta manera, atenta contra la libre competencia en el mercado. Pensar en la supresión absoluta de estas ayu-

⁵³ OMC, *Comunidades europeas y determinados Estados miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/ARB, 2 octubre 2019, pp. 161-175.

⁵⁴ CELMA ALONSO, Patricia, «La seguridad alimentaria y el comercio de productos agrícolas de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea* n.º 26, 2014, p. 196.

das, como promueve la OMC, es utópico porque mientras los competidores a las producciones europeas las mantengan (Estados Unidos, Australia y Canadá) será muy difícil erradicarlas en Europa. Eso nos dejaría en una débil posición frente a los demás.

A día de hoy existe heterogeneidad en la aplicación de las normas de competencia en los Estados miembros y en el resto de países; por eso parece oportuno plantearse algún sistema que permita establecer unos criterios uniformes en la protección y la promoción de la política de competencia a nivel europeo y mundial. La OMC debería ser esa institución que uniformara la legislación de competencia a nivel mundial y la Comisión Europea debería ser el organismo tractor en la UE.

La OMC debería crear un área de defensa de la competencia en la línea de lo que han hecho diferentes organizaciones internacionales, como el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC); el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA); la Red Internacional de Competencia (ICN); la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE); el Foro Global sobre Competencia y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD).

Además, hay organizaciones no gubernamentales que también promueven la libre competencia, como son la Asociación Internacional de Consumidores, Consumers Unity and Trust Society (CUTS); la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Asociación Internacional de Abogados (IBA). La OMC debería aprender de esas buenas prácticas y trabajar en la creación de un Grupo de defensa y promoción de la competencia, dentro de su propia institución.

Por otro lado, el escenario comercial es convulso y algunas actuaciones afectan a los productos agrarios. La presidencia americana decidió comenzar una guerra comercial contra Europa, dentro de su política aislacionista y proteccionista, y comenzó elevando los aranceles al acero y al aluminio europeo hasta el 25%. Prosiguió con las aceitunas negras españolas, a las que les subió el arancel de importación, hasta alcanzar el 34,7%, alegando que esos productores recibían ayudas ilegales de Estado y que, por lo tanto, estaban rompiendo las reglas de competencia establecidas por la OMC.

La Comisión europea respondió rápidamente contra la subida de los aranceles al acero y al aluminio europeo, pero le ha costado un poco más reaccionar respecto a las aceitunas negras españolas. Recientemente, la Comisión ha presentado una denuncia ante el Órgano de solución de diferencias (OSD) de la OMC, alegando que las ayudas que se han concedido a los productores son acordes a lo que establece la OMC. Ahora mismo, en la OMC se ha creado un panel de cinco países *neutrales* que elaborarán un informe que será de obligado cumplimiento para EEUU y la UE como miembros de la OMC, donde se resolverá *aparentemente* esta desavenencia comercial.

Para comprender el OSD de la OMC, se debe precisar que sus decisiones no son vinculantes, lo que no impide que un grupo especial o el órgano de apelación decidan vincularse con lo que establezca otro informe anterior emitido por este órgano. Se busca otorgar seguridad jurídica y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, como señala el art. 3.2.º del Estatuto de Solución de diferencias (ESD). Actualmente, el OSD tiene casos abiertos sobre cuestiones de Derecho de la competencia⁵⁵.

La experiencia demuestra que las controversias suelen resolverse mediante la modificación de las medidas objeto de discusión. Rara vez se han aplicado *medidas de retorsión*, que debe aprobar el OSD, como mecanismo de respuesta del incumplimiento de un país hacia otro. De los 482 casos iniciados desde la creación de la OMC sólo en nueve ocasiones se ha solicitado autorización para la aplicación de retorsiones, lo que demuestra la excepcionalidad de dicho remedio. Los países están obligados a modificar sus prácticas restrictivas o correrán el riesgo de que le apliquen sanciones comerciales⁵⁶. Es el caso de lo que ha ocurrido con Europa, el 2 de octubre de 2019, donde se han aprobado unos aranceles, que podrá imponer Estados Unidos a ciertos productos europeos, por no haber aplicado las medidas que la OMC le había impuesto⁵⁷.

Respecto al papel que juega EEUU en la política comercial, su posicionamiento no deja lugar a dudas. Cuando asumió su mandato, Trump tomó decisiones importantes, como salirse del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), abandonar el Tratado de Libre Comercio con México y Canadá (TUCAN) y renegociar el NAFTA. También se congelaron las negociaciones con Europa respecto al TTIP⁵⁸. Además, amenaza con salirse de la OTAN y de la OMC y no parece temer a China⁵⁹.

Europa debe replantearse su posición como jugador estratégico porque la realidad es que no es un país, sino varios, y hay una lucha de egos nacionales que están haciendo que pierda legitimidad en la esfera internacional. Donde Europa es fuerte es en la materia comercial, porque el mercado europeo es un escenario de intercambio de bienes y servicios que mueve el tercio de las operaciones comerciales del planeta y debería de usar su política comercial como moneda de

⁵⁵ Japón contra Corea, sobre los derechos antidumping sobre las válvulas neumáticas procedentes del Japón, WT/DS504/AB/R/Add.1, de **10 de septiembre de 2019**. Japón solicitó la celebración de consultas con Corea acerca de las medidas por las que se imponen derechos antidumping a las válvulas para transmisión neumática procedentes del Japón y de la información fáctica y los documentos de base que llevaron a la imposición de esos derechos o las Medidas Antidumping sobre el nitrato de amonio en Ucrania, de 12 septiembre de 2019, WT/DS493/AB/R/Add.1.

⁵⁶ ILLESCAS, Nelson: «OMC: Fallo adverso para Argentina», *Fundación INAI*, 2014, p. 3

⁵⁷ OMC, *Comunidades europeas y determinados Estados miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/ARB, 2 octubre 2019, pp. 161-175.

⁵⁸ TOVAR RUIZ, Juan: «Las relaciones España-EEUU en el marco de la relación transatlántica», *Real Instituto Elcano*, ARI 86/2018, 6 de julio de 2018.

⁵⁹ STEINBERG, Federico: «La UE ante la hostilidad del presidente Trump», *Real Instituto Elcano*, ARI 109/2018, 27 de septiembre de 2018.

cambio para conseguir avanzar en otras cuestiones que son importantes para ella, como la seguridad y la política exterior.

La UE debería continuar trabajando en esa red de acuerdos de libre comercio con países afines interesados en sostener un sistema multilateral de comercio abierto y basado en reglas, que sin duda necesita reformas, pero que constituye un precioso bien que a la UE le interesa preservar. A los acuerdos que la Unión ha cerrado últimamente con Japón, Canadá, Singapur o México habría que añadir otros con el MERCOSUR (en negociación), Australia y otros países asiáticos (como India y China)⁶⁰.

Estos acuerdos deberían servir también para promover dos objetivos. En primer lugar, una reforma de la OMC, para la que será necesario contar con EEUU, que actualmente tiene en jaque el funcionamiento de la misma. Además, podría resultar muy interesante aproximar a China a la mesa de negociaciones de la potencial reforma de la OMC, con objeto de que el organismo multilateral basado en reglas salga reforzado y fortalecido.

El comercio internacional debe atenerse a unas reglas, las del GATT, reglas pactadas y encaminadas a potenciarlo. Es cierto que, en muchas ocasiones, las reglas se soslayan —especialmente en el comercio de productos agrícolas—, pero no es menos cierto que ignorarlas o retorcerlas convertiría los intercambios internacionales en una tierra de nadie, en perjuicio de todos.

Como señala REQUEJO, *«los costes del proteccionismo implican imponer un nuevo arancel, sobre un determinado producto, o elevar el ya existente, lo que equivale a aumentar el precio del bien importado y, por lo general, de los productos nacionales que compiten con el importado. La experiencia demuestra que los precios tienden a igualarse al precio de importación»*⁶¹. Encarecer el precio de una serie de productos importados equivale a elevar el precio de una serie de productos exportados: los que incorporan, en su proceso de fabricación, esos productos ahora encarecidos. Estas batallas comerciales con incrementos en los aranceles de los productos importados no deberían producirse porque las consecuencias podrían ser muy graves para la economía mundial, pero también las crisis económicas forman parte del *eterno retorno*.

VII. VALORACIONES FINALES

Primera. La Política agrícola y la Política de competencia son políticas fundacionales de la Unión europea. La Política agraria defiende la protección de los agricultores y el campo, mientras que la Política de competencia defiende la

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ REQUEJO, Jaime: ¿La vuelta al proteccionismo?, CEMAD, <http://www.cemad.es/wp-content/uploads/2018/11/Vuelta-proteccionismo.pdf>, pp. 93 y 94, visitada el 30.09.2019.

liberalización de los mercados y la libre economía, y protege, en última instancia, a los consumidores.

La protección de los consumidores resulta de suma actualidad hoy en día, porque preservar la política agraria representa la protección de los consumidores y la política de competencia vela y protege el correcto funcionamiento del mercado y la economía, que revierte en más opciones para los consumidores, más valor añadido, mejores precios, mejores prestaciones y más servicios. Por lo tanto, parece que si en algo se ponen de acuerdo la Política de competencia y la Política agraria es en la protección de los consumidores, como usuarios finales.

Es desde este punto de vista donde quiero poner de relieve las excepciones agrarias. Desde un enfoque global, se debe proteger la libre competencia para asegurar el correcto funcionamiento del mercado y de la economía. Y conceder ayudas a unos sectores frente a otros, o permitir infracciones a las normas de defensa de la competencia en algunos supuestos excepcionales dejará a alguna parte en clara posición de vulnerabilidad, discriminación o indefensión. Por lo tanto, como norma general, se debe aplicar la legislación de competencia siempre, a todos los sectores económicos y en todos los mercados. Ahora bien, en Europa se prevén algunas excepciones generales o específicas a la aplicación de la legislación de competencia en el sector agrícola: estabilizar los mercados, afrontar una crisis, un hecho climatológico... que acabará afectando al consumidor como usuario final, porque consume los productos agrarios en un libre mercado. Pues bien, anteponiendo esa protección del consumidor como eje estructural para entender ambas políticas, de manera excepcional y restrictiva, solo en esos casos comprendo las excepciones.

De hecho, con este razonamiento que empleo, discrepo con la sentencia del TJUE en el caso de las endibias francesas. Creo que en ningún caso y bajo ningún concepto (unidad económica o no, dentro de un Estado miembro o fuera), jamás se debe permitir una conducta que ayude a fijar los precios porque se trata de una línea roja infranqueable.

Segunda. La Directiva 2019/633 es un acierto pleno. Primero, porque establece una armonización mínima que permite a los legisladores nacionales mucha discrecionalidad en sus transposiciones. Protege a los OP, AOP y a las cooperativas, porque de alguna manera el asociacionismo agrario es una manera de garantizar la subsistencia y sostenibilidad del sector. Deja la puerta abierta al mecanismo de las acciones colectivas, para asegurar la protección de los derechos de las partes débiles que puedan reclamar colectivamente (y proteger así sus derechos) para tener más garantías de éxito, ahorrando costes y trasladándoles mayor seguridad jurídica. Prevé que esas normas que regulan la competencia desleal en el canal de comercialización agrario sean leyes de policía, lo que les concede un rango de imperatividad reforzada que en la Ley 2/2013 de la cadena alimentaria no tenían. Es acertada la definición que otorga de producto agrario perecedero, porque hay una diferencia muy importante entre los que son realmente perecederos en 30

días, o aquellos que pueden sufrir algún proceso de conservación para alargar su vida útil. Además, me parece muy oportuno ampliar el ámbito territorial de aplicación; no solo a aquellos contratos que se celebren dentro de la UE, sino a aquellos que se puedan celebrar con terceros países, siempre que, como mínimo, uno de ellos esté en Europa.

Me surgen dudas respecto a cómo se materializarán algunas cuestiones y quiénes serán las autoridades que hagan cumplir la directiva en los Estados miembros: ¿serán los inspectores de defensa de la competencia, serán los inspectores de la Agencia de Información y Control alimentario, o serán otros?

Tercera. La OMC debe tener el compromiso de analizar, desde sus primeras rondas de negociación, qué ha funcionado y qué ha hecho mal, para aprender de esos errores, y pensar en una reestructuración que se acomode a los nuevos tiempos, con objeto de poner orden en el escenario comercial mundial. No considero que la OMC deba erradicarse, pero sí debe sufrir una transformación profunda de la que salga fortalecida como órgano legitimador en la esfera comercial internacional. La OMC debe establecer las pautas a nivel global y Europa tiene el deber moral de ser un referente en el mundo. La OMC incluso debería plantearse poder imponer medidas más coercitivas, aunque resulta de suma dificultad porque la pertenencia de los países a la OMC es de carácter voluntario.

El OSD debe intentar ser más resolutivo, más efectivo. E inexorablemente debería crearse una unidad específica, dentro de la OMC, que promoviera la libre competencia y fuera la encargada de resolver los conflictos que pudieran plantear los países. Y esa *Unidad de Competencia* no debe estar necesariamente centrada en cuestiones agrícolas, sino en cuestiones genéricas y de cualquier sector económico que representen infracciones a la legislación de competencia, emulando lo que hacen otros órganos internacionales y colectivos del tercer sector.

La OMC debe dar seguimiento a los procesos que se le presenten, a instancia de parte y de oficio. Y debe fortalecer el OSD o crear un organismo paralelo que resulte operativo y cuyas decisiones/resoluciones sean vinculantes todo lo que se pueda.

Cuarta. Resulta ambicioso, ideal y utópico proponer que se incluya a los agricultores y a los ganaderos como colectivos de especial protección desde un punto de vista jurídico, como ya ocurre con los consumidores, los asegurados y los trabajadores. La fruta y la leche se están posicionando como bienes de alto valor añadido y representan un mayor gasto económico cuando el consumidor los quiere comprar y consumidor sin aditivos, sin conservantes y respetando el medioambiente. En la cesta de la compra cada vez resulta más caro comprar productos frescos buenos y por este motivo creo que todas las medidas que pueda aprobar el derecho para proteger a este colectivo son bienvenidas. No me refiero a las excepciones agrarias que considero, como norma general, no deben de aplicarse porque representan un agravio comparativo para un agricultor de un país pobre.

Ahora bien, sí considero que el sector primario debe tener una especial protección y por lo tanto estoy de acuerdo con la Ley 12/2013 de la cadena alimentaria y con la Directiva 2019/633.

Pero voy más allá. Me gustaría que se planteara la posibilidad de proteger a los agricultores/ganaderos, como ya se hace con los consumidores, asegurados y trabajadores desde el punto de vista del Derecho privado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Jurisprudencia

STJCE de 26 de junio de 1979, asunto 177/78, caso *Pigs and Bacon*.

STJCE de 29 de octubre de 1980, asunto 139/79, caso *Maizena GmbH*.

STJUE de 12 de diciembre de 1995, asunto C-399/93, caso *Oude Luttikhuis*.

STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, caso *Unamar*.

STJUE de 18 de octubre de 2016, asunto C-135/15, caso *Nikiforidis*.

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15, cláusulas suelo.

STJUE de 14 noviembre de 2017, asunto C-671/15, caso de «endibias francesas».

2. Doctrina

ALCAIDE GUINDO, Cristina: «La evolución de la Política de Defensa de la competencia», *ICE*, 75 años de Política Económica española, n.º 826, 2005.

ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, Almudena: «La aplicación de las normas de competencia comunitarias a la agricultura», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* año n.º 2, n.º 3-4, 1986.

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: «El Derecho comunitario regulador de los precios y de las producciones agrarias, Antecedentes, principios generales y orientaciones actuales», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año n.º 5, n.º 13, 1989.

CELMA ALONSO, Patricia: «La seguridad alimentaria y el comercio de productos agrícolas de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 26, 2014.

- COMPÉS LÓPEZ, Raúl: «La PAC 2014-2020, las cadenas alimentarias y la organización de los productores», Serie Economía n.º 22, *Cajamar Caja Rural*, 2014.
- DE GUINDOS TALAVERA, Beatriz: *Competencia y sector agroalimentario*, Anuario de la Competencia 2013, Fundación ICO, Madrid, 2013.
- GARCÍA AZCÁRATE, Tomás: «Algunos apuntes sobre la relación entre las políticas europeas agraria y de competencia en el marco de las discusiones sobre la PAC post 2013», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, n.º 232, Madrid, 2012.
- GARCÍA HIDALGO, José Luis y PALMA MARTOS, Luis: «Los nuevos desafíos de la política de competencia en la Unión Europea ante la recuperación económica y la Estrategia Europa 2020», *Boletín Económico de ICE*, n.º 3058, 2014.
- GUILLEM CARRAU, Javier: «La Política Agraria Común y el Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, n.º 26, 2014.
- ILLESCAS, Nelson: «OMC: Fallo adverso para Argentina», *Fundación INAI*, 2014.
- KOSIŃSKI, Eryk: «Rules on competition in the EU Agriculture sector. Latest developments in the light of the cap reform 2014-2020», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 15, Jaén, 2015.
- LAMO DE ESPINOSA, Patricia: *La defensa de la competencia en la legislación de la Unión Europea y en España y su aplicación en el sector agroalimentario*, Serie Estudios, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2009.
- LAMO DE ESPINOSA, Patricia: «Las organizaciones interprofesionales agrarias y su futuro», *Noticias de la Unión Europea* n.º 309, 2010.
- MATTHEWS, Andrew: *Cuestiones de competencia en el Reglamento único para las OCM*, 26.03.2014, Blog de CARRILLO VICO, Antonio, <http://reformadelapac.blogspot.com.es/2014/04/cuestiones-de-competencia-en-el.html>, visitada el 15.02.2018.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás: *Ayudas agrícolas nacionales en el Derecho comunitario*, tesis doctoral, Universidad de Burgos, Burgos, 1997.
- REQUEIJO, Jaime: ¿La vuelta al proteccionismo?, CEMAD, <http://www.cemad.es/wp-content/uploads/2018/11/Vuelta-proteccionismo.pdf>, visitada el 30.09.2019.
- SANTAOLALLA MONTOYA, Cayetana: «La Ley de la cadena alimentaria como ley de policía en Europa», en *Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, 2019.

SANTAOLALLA MONTOYA, Cayetana: *La Política de competencia en su proyección sobre el agro español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: *Fundamentos del Derecho y de la política de competencia*, capítulo I en (SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, FUENTES NAHARRO, Mónica, «Derecho de la Competencia, Tratados y Manuales»), Civitas, Pamplona, 2013.

STEINBERG, Federico: «La UE ante la hostilidad del presidente Trump», *Real Instituto Elcano*, ARI 109/2018, 27 de septiembre de 2018.

TATO PLAZA, Anxo y GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando: *Derecho de la Competencia y sector agrario*, Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia y Universidad de Vigo, 2006.

TOVAR RUIZ, Juan: «Las relaciones España-EEUU en el marco de la relación transatlántica», *Real Instituto Elcano*, ARI 86/2018, 6 de julio de 2018.

VELEIRO REBOREDO, Belén: *Mercado y Competencia*, El Derecho Editores, Madrid, 2009.

(Trabajo recibido el 02/10/2019
y aceptado para su publicación el 15/10/2019)

