

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2017

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona  
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO  
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presidente ICO .....	9
 <b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
Detección y sanción de cárteles en España (José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO, Joan-Ramon BORRELL y Juan Luis JIMÉNEZ).....	13
La (re)municipalización y demás decisiones de las Administraciones locales sobre servicios (Anna COLOMÉ I NIN y Susanna GRAU I ARNAU).....	49
<i>Better regulation</i> y competencia: las Leyes 39 y 40 de 2015, su desarrollo reglamentario y el papel de los órganos de defensa de la competencia (Juli PONCE) .....	85
Integración vertical y competencia en gas y electricidad: <i>¿Quo vadis?</i> (Beatriz DE GUINDOS y María Jesús MARTÍN).....	131
Transacciones en casos de cártel en la UE y en España: logros y expectativas, beneficios y riesgos (Jerónimo MAILLO) .....	161
Las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones de cártel como elemento dinamizador del Programa de Clemencia (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ) .....	189
Camiones, sobres de papel, azúcar y el seguro decenal: sobre los cárteles en España y las acciones resarcitorias de daños y perjuicios (Fernando DÍEZ ESTELLA).....	215
Tramitación electrónica de expedientes en la CNMC (Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ y ANDRÉS AZNAR) .....	249
Implicaciones de la economía digital sobre el sector financiero: el fenómeno Fintech (María SOBRINO RUIZ y Pedro HINOJO GONZÁLEZ .....	271
Los hallazgos casuales en el marco del procedimiento sancionador del Derecho de la Competencia (Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL) .....	293
Infracción de las normas de competencia cuando existe agotamiento de los derechos de marca en supuestos de marcas paralelas (Cristina PELLISÉ).	319

	Pág.
Análisis comparativo de los métodos de determinación de sanciones de competencia a través de las resoluciones de recálculo (Javier GARCÍA-VERDUGO, Ana VIEJO GONZÁLEZ y Carlos MERINO TRONCOSO).....	351
Precios excesivos y discriminatorios. Últimas novedades desde el TJUE. Los Tribunales españoles deben ponerse al día (Rafael ALLENDESA-LAZAR).....	375
Análisis de los encargos a medios propios desde la óptica de promoción de la competencia (Marcos GARCÍA ALFONSO y Julia GARCÍA-ROYO DÍAZ).	409
¿Merece la pena participar en un cártel? Un análisis de las empresas cartelizadas en España (1995-2014) (Carmen GARCÍA GALINDO).....	439
Ayudas públicas al despliegue de la banda ancha desde la óptica de una regulación económica eficiente. Pasado, presente y futuro. Recomendaciones (Jorge EIRIZ MARTÍNEZ).....	463

## **SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET**

1. Unión Europea .....	487
2. Europa no comunitaria.....	489
3. América .....	489
4. Asia y Australia.....	490
5. África.....	491
6. Organizaciones internacionales.....	491
7. Otras direcciones de interés .....	492

## PRESENTACIÓN

*Desde hace más de veinte años, el Anuario de la Competencia viene cumpliendo sus objetivos de promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y de servir a todas aquellas personas interesadas en temas de competencia, como fuente de información periódica y actualizada.*

*La publicación de este anuario de manera ininterrumpida, la convierten en la más veterana que existe en nuestro país sobre esta materia. La clave de este proyecto está precisamente en su continuidad, es lo que le ha generado un valor significativo y le ha permitido crear un depósito de ideas y reflexión que se enriquece con la acumulación progresiva. Cada año consigue compaginar en una misma publicación diversidad de temas y autores, asegurando una variedad de opiniones que es reflejo de la visión plural que requiere la política de competencia. El Anuario actúa además como un puente de unión entre el mundo académico y la comunidad antitrust que tradicionalmente conforman autoridades de competencia y despachos de abogados.*

*La Fundación ICO ha colaborado en la publicación de esta obra desde su aparición, cuando los estudios relacionados con estos campos eran todavía incipientes y escasos los profesionales dedicados a esta especialidad. Se decidió colaborar activamente en esta tarea de investigación con la intención de cumplir con uno de sus fines fundacionales, la de edición de publicaciones de interés general y contribuir, así, a que se pueda disponer de una herramienta de máximo rigor en esta disciplina. En definitiva se trata de trabajar en favor de una cultura de la competencia, ya que no hay que olvidar que es un campo que afecta directamente tanto a los consumidores y empresas como a los poderes públicos.*

*El hecho de que cada año se sigan presentado nuevos artículos con temas de máximo interés y actualidad, nos hace ver que la evolución en este campo es continua, con nuevos proyectos de revisión y propuestas de mejora, en base, en buena parte, a un sistema europeo de defensa de la competencia que ha conocido un proceso de profunda transformación durante todo este tiempo.*

*Como en ocasiones anteriores, además de la parte dedicada a direcciones de internet, el Anuario recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 2017, en este caso a través de 16 artículos que componen la parte denominada «Estudios». Temas relacionados con los cárteles, procedimientos y métodos sancionadores, ayudas públicas, remunicipalización de servicios o el fenómeno Fintech entre otros, son parte de los contenidos más señalables.*

*No nos queda más que, como siempre, mostrar nuestro agradecimiento a todas las partes implicadas: a la Universidad Autónoma de Barcelona por su apoyo, a los autores que han participado este año por sus aportaciones y en especial a Lluís CASES, alma mater de este trabajo, por su dedicación y tenacidad.*

Fundación ICO

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

# DETECCIÓN Y SANCIÓN DE CÁRTELES EN ESPAÑA

José Manuel ORDÓÑEZ-DE-HARO\*

Joan-Ramon BORRELL\*\*

Juan Luis JIMÉNEZ\*\*\*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REVISIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.—III. BASE DE DATOS: CÁRTELES SANCIONADOS EN ESPAÑA EN EL PERIODO 1989-2017.—IV. DETECCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA.—V. SANCIÓN DE CÁRTELES POR LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA.—VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN ESPAÑA.—REFERENCIAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Los cárteles se consideran las prácticas restrictivas de la competencia más dañinas para los consumidores y el bienestar económico general (WERDEN, 2009). De acuerdo con la extrema gravedad de sus consecuencias sobre el bienestar, la lucha contra los cárteles debería constituir uno de los pilares básicos sobre los que sustentar una política de defensa de la competencia realmente efectiva (BORRELL y JIMÉNEZ, 2008).

Así lo entienden, en la actualidad, la mayoría de jurisdicciones del mundo al establecer una normativa en materia de competencia que realmente penalice severamente estas conductas, y al considerar la detección, desmantelamiento y sanción de los cárteles como un objetivo prioritario. No obstante, el grado de priorización de esta política e intensidad en su apli-

---

\* **Autor de contacto:** Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Málaga, Pl. El Ejido, s/n. 29013. Málaga. [jmoh@uma.es](mailto:jmoh@uma.es); tel.: +34 952 131 254.

\*\* Universitat de Barcelona, Departamento de Política Econòmica - Institut d'Economia Aplicada (IREA) - Grup de Governans i Mercats (GiM), Carrer John M. Keynes 1-11, Spain; y, Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center. [jrborrell@ub.edu](mailto:jrborrell@ub.edu); tel.: +34 934 039 722.

\*\*\* Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo. Despacho D. 2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria, tel.: +34 928 458 191. [juanluis.jimenez@ulpgc.es](mailto:juanluis.jimenez@ulpgc.es).

cación no es ajeno a los cambios que se producen en su entorno político, jurídico y económico. De hecho, los efectos y reacciones a estos cambios permiten, en muchas ocasiones, delimitar distintas etapas en la evolución de la lucha contra los cárteles, como MCGOWAN (2009) y ORDÓÑEZ-DE-HARO, BORRELL y JIMÉNEZ (2018) han realizado para la política anti-cártel de la Comisión Europea hacia los cárteles.

A este respecto, debe destacarse la enorme trascendencia que ha tenido la introducción de programas de clemencia, en la mayoría de países del mundo, sobre la efectividad de la política anti-cártel (BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA, 2014), hasta el punto de considerarse una piedra angular en su desarrollo. La amplia difusión e importancia dada a los programas de clemencia por las autoridades de defensa de la competencia ha motivado la aparición de un gran número de estudios teóricos, empíricos y experimentales que tratan de investigar los pros y contras de estos programas, proponiendo mejoras en su diseño, pero reconociendo todos ellos los efectos positivos que, en términos generales y hasta la actualidad, ha demostrado su aplicación en la desarticulación de cárteles y, muy probablemente, en la disuasión de su formación<sup>1</sup>.

El presente trabajo realiza un examen de las diferentes fases que habría atravesado la política anti-cártel en España durante el intervalo de tiempo más amplio analizado hasta el momento. Concretamente, el estudio abarca el periodo comprendido entre el 7 de agosto de 1989, fecha de la entrada en vigor de la Ley 16/1989, y el 31 de diciembre de 2017<sup>2</sup>. Se presta especial atención a las consecuencias de los distintos hechos relevantes en cada una de las fases, sobre los niveles de detección y sanción de los cárteles.

A diferencia de otros trabajos previos centrados en España<sup>3</sup>, este estudio profundiza en la dinámica de la actividad de detección por parte de las distintas autoridades de la competencia de ámbito nacional (TDC - Tribunal de Defensa de la Competencia hasta 2007, CNC - Comisión Nacional de la Competencia hasta 2013 y CNMC - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hasta la actualidad), a las que le fue encomendado hacer cumplir las normas en materia de competencia a lo largo del periodo de análisis. Asimismo, permite analizar las conexiones existentes entre las investigaciones llevadas a cabo por distintos órganos y el alcance temporal de las mismas en términos de desmantelamiento y sanción del cártel descubierto<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Véase MARVAO y SPAGNOLO (2018) para una recopilación reciente de las aportaciones claves en este campo de investigación.

<sup>2</sup> La aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, la primera ley de defensa de la competencia, no llevó a una definición jurídica precisa de lo que se consideraba un cártel, y así no hubo ninguna resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que acreditara y sancionara ningún cártel. Hasta la entrada en vigor de la Ley 16/1989 no se inicia una incipiente investigación efectiva en España sobre la existencia de cárteles para su eventual detección, identificación y sanción.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ-DE-HARO (2015).

<sup>4</sup> No son objeto de este estudio las resoluciones de las autoridades de competencia de ámbito autonómico que, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

Un gran número de iniciativas promovidas a lo largo del periodo objeto de análisis en España, así como aquellas que parece se abordarán en un futuro cercano, encuentran inspiración en los instrumentos y métodos introducidos por la Comisión Europea en su política contra los cárteles. No obstante, en las últimas etapas, encontramos diferencias importantes en la actitud de la autoridad de competencia para iniciar las investigaciones, así como en la severidad de los métodos de fijación de sanciones.

Por otro lado, en cuanto a la evaluación de la efectividad de las autoridades para combatir los cárteles, hay que decir que nuestros resultados no están exentos de la crítica habitual que se hace a este tipo de valoraciones, puesto que el análisis se basa únicamente en aquellos cárteles que han sido descubiertos por las autoridades, y no en la población real de cárteles, que siempre se desconoce. Por tanto, algunas de las conclusiones que se derivan del estudio hay que tomarlas con la debida cautela, aunque deben servir para orientar la investigación hacia la utilización de técnicas econométricas avanzadas, en línea con los trabajos más recientes<sup>5</sup>, que permitan dilucidar con precisión la efectividad de las políticas en la detección y disuasión de los cárteles.

Este trabajo muestra cómo la reforma de la ley de defensa de la competencia de 2007 y la incorporación del programa de clemencia, así como de otros mecanismos de descubrimiento y prueba directa de la existencia de cárteles, fue determinante en la mejora de la política anti-cárteles española. Desde 2008 en adelante, se han descubierto cárteles muy longevos y estables que habían quedado fuera del radar de las autoridades durante años. Adicionalmente, el trabajo muestra que a diferencia de lo que ha ocurrido a nivel europeo, la política anti-cárteles no está logrando el objetivo de disuasión en la formación de nuevos cárteles, ni en la desestabilización de los existentes.

Tras esta introducción, el apartado segundo proporciona una breve revisión de los cambios experimentados en la legislación en materia de defensa de la competencia y, particularmente, en las instituciones encargadas de hacerla cumplir en el ámbito nacional. El tercer apartado describe la base de datos que ha servido como base del estudio para la construcción de una serie de indicadores y su consecuente análisis. El apartado cuarto detalla la evolución en la detección de los cárteles que, una vez descubiertos, sabemos el periodo de tiempo en el que estuvieron activos, así como el origen del inicio de la investigación que llevó a descubrirlos y sancionarlos. El quinto apartado relata los factores que han influido en el criterio aplicado para la cuantificación de las sanciones impuestas a los cárteles, y una aproximación a sus efectos a través de la información proporcionada por una serie de indicadores. Finalmente, el sexto apartado recoge una serie

---

Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, han estado operativas y han detectado y sancionado un reducido número de cárteles, por ejemplo, la Resolución Transporte de viajeros de Gipuzkoa, de la Autoridad Vasca de la Competencia, de 27 de diciembre de 2017.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, ARMOOGUM, DAVIES y MARIUZZO (2017).

de consideraciones sobre la repercusión de las reformas emprendidas más recientemente, así como de las que parece se pretenden acometer, en la efectividad de la lucha contra los cárteles en España.

## II. BREVE REVISIÓN DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

En esta sección realizaremos una breve descripción de los cambios más importantes acaecidos en el periodo de tiempo que es objeto de análisis. En particular, nos centraremos en los cambios en la normativa española en materia de defensa de la competencia, prestando especial atención a cómo han influido en la identificación y sanción de los cárteles, así como a las implicaciones que dichos cambios han tenido sobre las instituciones encargadas de hacer cumplir dicha normativa. Esta revisión permite establecer los momentos clave que nos llevan a delimitar las sucesivas etapas que ha atravesado la lucha contra los cárteles en España.

El primer hito en la evolución del marco normativo de defensa de la competencia lo constituye la entrada en vigor, el 7 de agosto de 1989, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 16/1989). Esta Ley derogaba el anterior referente legislativo, la Ley 110/1963, de 20 de julio<sup>6</sup>, y transponía la legislación comunitaria, buscando ajustar la política de competencia española a la seguida por la Comisión Europea (BORRELL, 1998).

La Ley 16/1989 conservó las principales instituciones creadas por la Ley 110/1963: el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), como órgano instructor dependiente del Ministerio de Economía, y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), al que correspondían, entre otras funciones, la resolución de los expedientes. Este último órgano vio reforzada su independencia con la nueva norma, al concederle la consideración de órgano administrativo con autonomía orgánica y funcional.

En lo que se refiere a la incardinación legal de la conducta consistente en la participación en un cártel, esta quedaba recogida entre las prácticas colusorias prohibidas en el art. 1 de la Ley 16/1989, aun cuando la ley no ofrecía una definición precisa de lo que debía entenderse como cártel, que permitiera distinguir esa práctica de otros acuerdos horizontales anticompetitivos.

Cumpliendo con el proceso de descentralización en la aplicación de las normas comunitarias de competencia, iniciado por la Comisión Europea con el Reglamento (CE) núm. 1/2003<sup>7</sup>, el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, reconoció a los órganos de defensa de la competencia

---

<sup>6</sup> Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

<sup>7</sup> Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

estatales las competencias y obligaciones derivados de esa normativa comunitaria. Esta reforma implica que la autoridad nacional de competencia, en aquel momento el TDC, también pueda resolver expedientes en los que haya que aplicar lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El segundo hito relevante en el periodo de estudio fue la entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2007, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) que derogaba la Ley 16/1989, e introducía una serie de reformas clave para la modernización de la política de competencia en España. A nivel institucional, la LDC implicaba la extinción del TDC y del SDC, cuyas funciones y medios eran traspasados a una nueva autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

La LDC establecía como órganos de la CNC: el Presidente, al que correspondía la dirección y representación de la misma, así como la presidencia del Consejo; el Consejo, entre cuyas funciones se encontraba la resolución de los procedimientos sancionadores; y la Dirección de Investigación (DI) encargada de llevar a cabo la investigación e instrucción de los expedientes previstos en la norma. Esta integración del órgano instructor en la estructura de la autoridad de competencia constituye una mejora en su independencia, comparado con el estatus del Servicio de Defensa de la Competencia en el anterior marco legal<sup>8</sup>.

Además de los cambios en la estructura orgánica, la nueva norma introduce numerosas novedades legislativas que directamente afectan tanto al propio concepto de cártel, como a los mecanismos para su detección y las sanciones a imponer a los participantes en estas prácticas ilegales. Así, la Disposición Adicional cuarta de la LDC introduce por primera vez una definición legal de cártel, de cuyo tenor literal se desprendería que para que un acuerdo entre competidores mereciera la catalogación de cártel, este debería ser secreto y su objeto ceñirse a alguna de las prácticas que se enumeran en dicha disposición.

Los requisitos exigidos en esta noción legal de cártel, así como la concepción más amplia aplicada en algunas resoluciones por parte del Consejo de la CNC, han sido objeto de litigio en numerosos recursos presentados ante los órganos jurisdiccionales competentes, que se han visto obligados a aclarar, entre otras cuestiones, qué se entiende por «secreto»<sup>9</sup>, o si prácticas no incluidas explícitamente en la definición de la LDC pueden también merecer la calificación de cártel<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Véanse las definiciones y medidas de independencia de las autoridades de competencia en BORRELL y JIMÉNEZ (2008).

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 30 de mayo de 2013, núm. de recurso 397/2011, o la Sentencia del Tribunal Supremo 5343/2013, de 6 de noviembre, núm. de recurso 2736/2010.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 16 de junio de 2014, núm. de recurso 663/2011.