

EL SISTEMA DEL CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO EUROPEO Y LOS ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS. ANÁLISIS DEL CASO GOOGLE SHOPPING, LA MAYOR SANCIÓN DE LA HISTORIA.

Julián Chamizo Renau
Abogado

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES. II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA. 1. Obligaciones de las empresas. A. Los acuerdos entre empresas. B. El abuso de posición dominante. C. El papel de la Comisión Europea en el control de la competencia. 2. Obligaciones para los Estados Miembros. A) El control de la relación de los Estados Miembros con las empresas públicas. B) El control de la concesión de ayudas públicas por los Estados miembros a las empresas 3. El control de fusiones y adquisiciones de empresas. II. ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS: ANÁLISIS DEL CASO GOOGLE SHOPPING, LA MAYOR SANCIÓN DE LA HISTORIA POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

RESUMEN

Es ampliamente conocido que el ejercicio de la libertad de empresa en la economía de mercado se ha visto acompañado generalmente de grandes desarrollos, sin embargo, una serie de actuaciones anómalas de los agentes económicos generó la necesidad de imponer la obligación de competir, así como la obligación de los estados y administraciones públicas de controlar dicha competencia.

Los acuerdos entre empresas -cárteles-, el abuso de posición dominante, el uso irregular de ayudas públicas y prácticas similares pueden provocar situaciones que limiten o anulen la competencia en los mercados, perjudicando a otros competidores, evitando la innovación o manteniendo precios altos de manera artificial.

Sin embargo, en otros supuestos resulta necesaria la colaboración entre las empresas para llevar a cabo tareas de investigación y desarrollo de productos que, por su elevado coste, no podrían ser llevados a cabo por una empresa de manera aislada; o se precisa la ayuda económica de los Estados para proteger sectores económicos en situaciones complicadas.

PALABRAS CLAVE: derecho de la competencia europeo; acuerdos entre empresas; cárteles; colusión; abuso de posición dominante; investigación por la Comisión Europea, el sistema de clemencia, el canal de denuncias; potestad sancionadora; control de las empresas públicas; control de los servicios públicos; control de ayudas públicas; el control de fusiones y adquisiciones de empresas.

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

El nacimiento del derecho de la competencia podría situarse en el siglo XIX con motivo de la implantación del liberalismo económico, que permitía la libertad de industria y comercio, que a diferencia de épocas anteriores se caracterizaban por tratarse de sistemas más rígidos, generalmente controlados por gremios.

En tal sentido, con la preponderancia de este sistema económico, nace la necesidad de regular los nuevos problemas que se plantean entre los comerciantes y cuya finalidad es evitar que los sujetos que actúan en el mercado perjudicasen al resto con un comportamiento inadecuado o desleal.

El derecho para el control de la competencia evolucionó significativamente en Estados Unidos tras la segunda guerra mundial, al tener lugar un desarrollo importante de la economía, que a su vez influyó significativamente en Europa y se vio reflejado en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (actuales artículos 101 y 102 del TFUE).

Con el desarrollo del liberalismo económico, se implanta, entre otras, la obligación de competir entre los agentes que actúan en el mercado, de tal manera que cualquier actuación perpetrada con la finalidad de evadir dicha obligación, mediante la suscripción de pactos o el establecimiento de ciertos comportamientos para evitar o reducir la competencia, se consideran irregulares y son sancionados por la ley.

Se parte del concepto básico de que el sistema *competitivo* de economía de mercado -no solo una economía de mercado libre- es el más eficiente para la explotación de los recursos económicos, por tanto, el propósito principal que persigue esta rama del Derecho es controlar la competencia en el mercado, resultando que dicha obligación de competir se impone a los agentes económicos como medio para garantizar el mejor funcionamiento de la economía.

Pero ello no es suficiente. Además de imponer la obligación de competir, se ha de controlar que dicha actuación competitiva se realice mediante prácticas sanas para el mercado, los consumidores y el resto de los partícipes en la economía, promoviendo que cada empresario base su actividad en su propio esfuerzo y en la calidad y prestaciones de sus productos o servicios.

Ello por cuanto que el derecho de la competencia no solo persigue proteger el interés de los empresarios, sino que también existe un interés social común, de manera que con el correcto desarrollo de un mercado competitivo se produce una repercusión positiva hacia los consumidores, ya sea en el sentido de una mayor oferta, mejores precios o más innovación.

El principio básico de libertad de empresa se encuentra incardinado en el ordenamiento jurídico español en el artículo 38 de la Constitución Española declarando el sistema de economía de mercado, que se verá equilibrado con la necesaria intervención de los poderes públicos, a quienes se les atribuye la tarea de garantizar y proteger su ejercicio, así como la defensa de la productividad.

En este sentido, se desprende claramente que el principio de libertad de empresa no se impone con carácter absoluto, sino que se encuentra sujeto a una serie de limitaciones motivadas por la protección de otros intereses que revisten mayor consideración y prevalecen sobre ésta. Con esta configuración del libre mercado, el derecho individual a la libertad de empresa cede ante estos intereses generales superiores.

Por otro lado, el Estado tiene la obligación de promover activamente la actividad competitiva entre los agentes económicos y la defensa de la competencia, que se ha de llevar a cabo mediante la implantación de sistemas de control del mercado cuya finalidad es evitar que dichos partícipes desvirtúen su correcto funcionamiento.

Como se ha apuntado, la bondad de fomentar la competencia en el mercado radica en que con ella se obtiene una mayor eficiencia en el desarrollo de la actividad que realizan los agentes económicos, mediante un mejor uso de los recursos productivos que promuevan la reducción de costes y la innovación.

De este modo, se consigue una mejor asignación de los recursos económicos, que sobrevivan las empresas más eficientes y que los consumidores puedan disponer de una gama de productos mayor y más diversificada y a precios más económicos, lo que se traduce en una mayor capacidad de elección y de beneficio social.

La presencia de la intervención del Estado en la economía se plantea como necesaria, pues su finalidad es evitar que tenga lugar consecuencias contrarias a los intereses protegidos, como comportamientos anticompetitivos, la existencia de abusos en el mercado o a los consumidores, tales como pactos que restrinjan la competencia, la fijación de precios o la limitación de la producción para generar una subida artificial de precios, entre otros.

A nivel estatal, la regulación del derecho de la competencia se encuentra comprendida en dos sistemas de normas: i) la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y sus normas afines, cuya finalidad es perseguir las actuaciones de los agentes económicos que traten de reducir o impedir la existencia de competencia en el mercado, esto es, el interés público en que la competencia sea libre, y por otro lado ii) la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que persigue sancionar las actuaciones competitivas irregulares en el mercado y la ordenación de la profesión empresarial, esto es, que la competencia sea leal, teniendo la primera una naturaleza eminentemente pública y que se lleva a cabo principalmente por los poderes públicos, y la segunda, de naturaleza privada, trata de regular la actuaciones entre empresarios y particulares.

En el supuesto que nos ocupa, trataremos de analizar el sistema relativo de Defensa de la Competencia y el papel de la administración pública Estatal y Europea, para el control de la actividad competitiva en el mercado.

En este sentido, resulta destacable que el derecho de la competencia en la Unión Europea -que no debe entenderse como un fin en si mismo-, además persigue la implantación y el mantenimiento de un mercado interno común y perpetuar su carácter abierto y unificado.

II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Con motivo de la composición de la Comunidad Económica Europea, se estableció, entre otros, por los Estados miembros fundadores el objetivo de crear un mercado único que generó a su vez, la aparición de un derecho de la competencia europeo propio.

Como se ha apuntado, esta rama del Derecho persigue evitar que los agentes económicos desarrollaran conductas que perjudicasen al nuevo mercado que se pretendía abrir, ya fuera mediante la suscripción de pactos que supusieran nuevas barreras, análogas a las que se pretendían eliminar; mediante la creación de poderosos monopolios que pudiesen perjudicar a consumidores y usuarios u otros competidores o mediante las ayudas otorgadas por los Estados a las empresas nacionales, ya que redundarían en menoscabo del interés de las empresas de los otros estados miembros.

Las principales normas reguladoras del derecho de la competencia europeo se reflejaron en los artículos 81 a 89 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y contemplaban obligaciones tanto para las empresas como para los Estados miembros, y se caracteriza por su directa aplicabilidad -no necesita de transposición a los ordenamientos jurídicos de los estados miembros- así como por su enfoque eminentemente administrativo.

A pesar de ser derecho europeo, tiene carácter extraterritorial ya que también resulta de aplicación y obliga a las empresas *extracomunitarias* que desarrollan su actividad en el territorio de los estados miembros.

1. Obligaciones de las empresas.

En cuanto a las obligaciones que se predicen respecto de las empresas, hay que destacar principalmente la prohibición de dos: los acuerdos colusivos o cárteles y el abuso de posición dominante, regulados actualmente en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguos artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

A) *Los acuerdos entre empresas*

En el referido artículo 101 del TFUE se determina que son incompatibles con el mercado interior y quedan prohibidos los acuerdos entre empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior.

Asimismo, dicho artículo se ocupa de relacionar una serie de prácticas prohibidas, que suelen ser las más comunes y las que se consideran que peor repercusión tienen para el mercado, tales como:

- i. La fijación directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.
- ii. Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- iii. El reparto de los mercados o las fuentes de abastecimiento.
- iv. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

- v. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) -anteriormente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-, quien en el desarrollo de la casuística ha ido tejiendo la Jurisprudencia relativa al derecho de la competencia, y que para el caso de los acuerdos colusivos entiende que ha de concurrir una serie de elementos de carácter esencial.

Por un lado, ha de tenerse en cuenta que los suscriptores del acuerdo deberán ser empresas o partícipes análogos del mercado. Nótese que, aunque se emplee el término “acuerdo”, éste no suele formalizarse ni se encuentra documentado, dado que el mismo es considerado ilegal y esta práctica se persigue por las autoridades, por lo que su reflejo en la realidad se desprende, con carácter general, de la actuación efectiva que realizan las empresas en el mercado.

En tal sentido, según el TJUE se entiende por acuerdo cualquier pacto o contrato que suponga la concentración de una pluralidad de voluntades independientes, cualquiera que sea el modo en que se formalice.

En cuanto a práctica concertada, se entiende al modo en que se coordinan las empresas o agentes económicos y que provoca en el mercado una situación de competencia distinta a la que habría en caso de no existir dicha práctica. Como se puede advertir, en la casuística para la resolución de este tipo de sucesos entra en juego habitualmente el empleo de presunciones.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la práctica concertada pueda provocar, ya sea de manera real como potencial, una reducción de la competencia en el mercado. Es decir, puede que la competencia en el mercado no se haya visto afectada por el acuerdo alcanzado por las empresas, pero podría serlo en el futuro, y no por ello queda a salvo.

Sin embargo, esta regla no se encuentra libre de excepciones pues aquellos acuerdos que, tras analizarse, sean considerados de importancia menor o baja peligrosidad para el mercado no se verán afectados por esta prohibición. Existe por tanto una *regla de minimis*.

La aceptación de la existencia de acuerdos se produce respecto de empresas que revistan las siguientes circunstancias:

- i. Empresas con cuota en el mercado afectado inferior al 10%, en supuestos de acuerdos horizontales (empresas competidoras que se dedican a la misma actividad).
- ii. Empresas cuyas cuotas en el mercado relevante, de manera conjunta no sea superior al 10% en supuestos de acuerdos verticales, esto es, empresas que desarrollan su actividad en distintos niveles de proceso de producción.
- iii. Empresas cuya cuota de mercado sea inferior al 10% del mercado, en los supuestos en que no se pueda determinar el carácter horizontal o vertical del acuerdo.

Sin embargo, como excepción de la excepción, la aceptación de la existencia de acuerdos no se permite en ningún caso cuando tengan por objeto la fijación de precios en caso de empresas horizontales, el reparto de mercados, la limitación de la producción

o de las ventas, ni los acuerdos verticales que impidan al distribuidor la fijación de precios de venta al público.

Finalmente, se analiza que el acuerdo afecte al comercio intracomunitario ya que, de solo producir efectos en el territorio de un Estado miembro, la cuestión se resolvería por el derecho nacional.

Dicha repercusión al comercio intracomunitario debe constituir un impacto significativo en el intercambio de bienes y servicios o una fragmentación del mercado, es decir, que la situación del mercado sea distinta a la que habría en el caso de no haberse concertado el pacto colusorio, sin que se deba tener en cuenta los daños que dicho pacto produzca o pueda producir a los competidores.

En cuanto a los sujetos que pueden verse afectados por estas normas, en el ámbito del derecho de la competencia se ha creado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un concepto de empresa muy amplio, por lo que a pesar de la utilización de dicho término, se ven obligados otros agentes económicos o partícipes en el mercado que con carácter general no pueden denominarse propiamente “empresas”.

En el hilo de lo apuntado anteriormente, según se prevé en el párrafo tercero del artículo 101 del TFUE, los acuerdos colusivos tampoco se encuentran prohibidos en los casos en los que:

- Se contribuya a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico.
- Se reserve al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.
- No se imponga por las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos
- Los acuerdos no ofrezcan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

En este sentido, los acuerdos entre empresas que sean fieles a los requisitos descritos pueden disfrutar en determinados casos de una exención legal.

Este sistema fue implantado con las modificaciones del derecho de la competencia europeo que acompañaron a la promulgación del Reglamento nº 1/2003, de 16 de diciembre de aplicación de las normas sobre competencia (en adelante, Reglamento nº 1/2003).

En el sistema anterior existente con carácter previo a la entrada en vigor del citado reglamento, resultaba preciso que las empresas que fueran a formar parte de un acuerdo, recabasen autorización previa de la Comisión Europea, que además contaba con una vigencia temporal determinada.

En la actualidad, con el sistema de exención legal, son las empresas quienes evalúan si los acuerdos que vayan a alcanzar se ajustan a la legalidad, todo ello sin perjuicio de un posterior control por parte de la Comisión.

En caso de denunciarse una infracción del referido precepto, el artículo 2 del citado reglamento establece que la carga de la prueba de dicha infracción recae sobre la parte o autoridad que la alegue, debiendo la empresa o asociación de empresas que invoquen la exención aportar las pruebas de que se cumplen las condiciones previstas.

A modo de síntesis, un acuerdo es contrario a la competencia si los participantes se comprometen a:

- Pactar precios.
- Limitar la producción.
- Hacer un reparto de mercados o clientes.
- Fijar los precios de reventa (entre productor y distribuidores).

Y el acuerdo puede resultar aceptable si:

- Tiene más efectos positivos que negativos.
- No se celebra entre empresas competidoras.
- Afecta a empresas que suman una cuota de mercado reducida.
- Es necesario para mejorar productos o servicios, desarrollar nuevos productos o encontrar nuevas y mejores vías de hacerlos llegar a los consumidores.

Por tanto, los acuerdos entre empresas, no siempre provocan efectos negativos para el mercado, pues en determinados casos, contribuyen a la investigación y desarrollo, que por su elevado coste, no podrían ser llevados a cabo por una empresa de manera aislada.

B) El abuso de posición dominante

En el anteriormente citado artículo 102 del TFUE se contempla la prohibición del abuso de posición dominante por parte de una o más empresas y declara dicha actuación incompatible con el mercado interior, con motivo de que el mismo puede afectar perjudicialmente al comercio intracomunitario.

Asimismo, dicho artículo igualmente refiere una serie de conductas prohibidas, como son:

- a. imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b. limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Para que una actuación comercial de este tipo resulte prohibida, resulta preceptivo, en primer lugar, que quien la desarrolla se encuentre en una posición dominante en el mercado, y en segundo lugar, que se produzca una conducta abusiva.

En el Tratado no se contempla una definición de ninguno de los dos términos referidos, por lo que los mismos se han tenido que perfilar por la Jurisprudencia del Tribunal europeo y por la doctrina.

En este sentido, en primer lugar, la posición de dominio no se evalúa en sentido abstracto, sino que ha de valorarse relacionándola con un servicio o producto concreto y en un territorio determinado.

A tal efecto, se ha de tener en cuenta el mercado relevante en el que se presta el servicio o se vende el producto, que viene definido por el mercado de producto, que es aquel en el que los consumidores y usuarios perciban como intercambiables o sustituibles en función de las características de dicho producto o servicio, y el mercado geográfico, definido por aquel territorio en el que las empresas afectadas desarrollan su actividad.

La posición dominante se determina con carácter general en función de la cuota de mercado de las empresas, según la dificultad de acceder al mismo y cuando las empresas pueden actuar en el mercado sin tener en cuenta a los demás agentes que actúan en el mercado.

La mera situación de dominio del mercado no se encuentra prohibida, sino que se persigue la comisión de abusos producidos por las empresas que se encuentran en dicha situación.

El concepto de abuso se ha definido como actuación antijurídica en el desarrollo de la libertad de empresa o el comportamiento contrario a los buenos usos del mercado.

A diferencia de como sucede en los supuestos acuerdos entre empresas, aquí no existen exenciones que permitan el abuso de posición dominante.

C) El papel de la Comisión Europea en el control de la competencia

La Comisión Europea es el organismo que tiene atribuido el deber de desarrollo y control de la competencia en el mercado único interior, así como potestad sancionadora, que lleva a cabo a través de la Dirección General de Competencia.

Para el desarrollo de sus funciones, los funcionarios de este organismo cuentan con las siguientes facultades a la hora de llevar a cabo actuaciones de inspección:

- Recabar información tanto de empresas como de los Estados miembros.
- Acceder a locales, establecimientos, terrenos o medios de transporte.
- Examinar los libros y otros documentos relacionados con la empresa.
- Realizar u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.
- Precintar locales y libros o documentos de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesaria la inspección.
- Solicitar a representantes o miembros del personal de la empresa detalles sobre los hechos o documentos que guarden relación con el objeto de la inspección y registrar las respuestas.
- Adoptar decisiones vinculantes sobre la existencia de prácticas anticompetitivas o la imposición de multas sancionadoras o coercitivas, que pueden ser objeto de recurso ante los organismos judiciales de la Unión Europea.

El procedimiento sancionador que puede iniciarse con motivo de una sospechosa actividad anticompetitiva que afecte al mercado común se encuentra

regulado en el citado Reglamento nº 1/2003 y en el Reglamento nº 773/2004 que se encarga de desarrollar el anterior.

El procedimiento puede iniciarse de oficio por los órganos de la Comisión al advertir sospechas o comunicaciones o a instancia de parte interesada, por ejemplo, por algunas empresas del sector que se vean afectadas por la práctica anticompetitiva de otra.

Durante el procedimiento, se informa a la empresa sospechosa de las acusaciones que se le imputan y se le concede un plazo para que efectúe alegaciones, se recaba documentación que se analiza por los funcionarios de la Comisión y tras ello, se emite una decisión definitiva que tiene carácter administrativo, y como se ha apuntado, es recurrible en sede judicial.

Asimismo, cabe la posibilidad de que se adopten medidas cautelares a fin de evitar que se continúe produciendo los daños en el mercado de la conducta sospechosamente anticompetitiva.

La Comisión Europea también se encuentra facultada para imponer a las empresas infractoras medidas estructurales o compromisos para la modificación de su comportamiento en el futuro.

La sanción a la que se expone una empresa infractora se encuentra limitada en el 10% de su cifra de negocios, moderándose el porcentaje en función de la gravedad y duración de las prácticas anticompetitivas.

Una de las cuestiones principales podría ser como detecta los cárteles la Comisión, habida cuenta que al ser ilegales, se tratan de mantener en absoluto secreto por las empresas que lo integran además de la dificultad intrínseca de probar su existencia.

Pues bien, la Comisión Europea ha desarrollado un mecanismo que ha probado ser bastante eficaz en lo relativo a la detección y prueba de estas prácticas anticompetitivas: el sistema de clemencia.

Este sistema de clemencia permite que las empresas que se encuentren implicadas en un cártel confiesen y aporten pruebas, y en contraprestación, se les concede inmunidad en cuanto al pago de multas o se les otorga una reducción a las sanciones en caso de colaborar.

La colaboración de las empresas es doblemente favorable pues por un lado contribuye a la identificación de la práctica anticompetitiva y a su mitigación, con los consiguientes beneficios para el mercado, y por otro, ahorra tiempo y recursos a la Comisión, ya que las investigaciones y los procedimientos suelen durar varios años y, en algunos casos, incluso décadas.

Por otro lado, otro mecanismo que facilita a la Comisión y a las autoridades nacionales la identificación de prácticas irregulares es el canal de denuncias.

La comunicación o denuncia a las autoridades de prácticas sospechosas o irregulares puede realizarse por cualquier testigo de las mismas, aunque en la realidad, suele producirse más por quienes se ven realmente perjudicados por dichas prácticas, que como se ha apuntado con anterioridad, suelen ser otras empresas del mismo sector.

Las denuncias se pueden plantear ante las autoridades europeas o ante las autoridades nacionales que se encargan de la supervisión de la competencia, debiendo remitirse a estas últimas en los casos en los que la situación irregular no afecte a más de tres estados.

En caso de que la práctica irregular afectase a más de tres estados miembros, la denuncia se puede plantear directamente ante la Comisión Europea que ha habilitado una cuenta de correo electrónico a tal efecto (comp-market-information@ec.europa.eu)

o mediante una denuncia formal en caso de que la practica afectase directamente al denunciante, aunque en cualquier caso, las autoridades colaboran entre sí y se encargarían de determinar la asignación del caso a quien corresponda.

2. Las obligaciones para los Estados miembros.

En cuanto a las obligaciones que se imponen a los Estados miembros para evitar la distorsión de la competencia en el mercado único, destaca el control de la relación de los Estados con las empresas públicas y el control de la concesión de ayudas públicas regulados en los artículos 106 y 107 del TFUE, anteriores artículos 86 y 87 del TCE.

A) El control de la relación de los Estados con las empresas públicas

En el artículo 106 del TFUE se regula la relación de los Estados miembros con las empresas públicas y con las empresas privadas que prestan servicios públicos, estableciendo una prohibición de discriminación en cuanto a la aplicación de las normas sobre competencia y la regulación de la relación del Estado con dichas empresas.

Por tanto, la primera idea que se contempla es que las empresas públicas y las empresas privadas que prestan servicios públicos también se encuentran obligadas por el elenco de normas reguladoras del derecho de la competencia, estableciéndose una igualdad de trato.

Asimismo, se contempla una prohibición expresa a los Estados que les impide la realización de actuaciones que sean contrarias a dichas normas, por lo que no se podrán crear nuevos monopolios ni llevar a cabo políticas que restrinjan la competencia ni permitir que estas empresas suscriban acuerdos anticompetitivos.

Como en alguno de los supuestos analizados anteriormente, el mencionado artículo establece una excepción a la referida regla general que dispensa de la aplicación de las normas de competencia cuando ello impida a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, el cumplimiento de la misión que tengan confiada, siempre y cuando exista la posibilidad de prestar los servicios en régimen de competencia y que no quede alterado el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios en el mercado común.

Para este supuesto, es igualmente la Comisión Europea el órgano encargado del control de esta clase de empresas encontrándose facultada para adoptar decisiones y dictar directivas al respecto.

B) El control de la concesión de ayudas públicas por los Estados miembros a las empresas

En determinados supuestos, las administraciones públicas de los estados miembros han empleado dinero público para favorecer a sectores o empresas locales, de tal manera que mejoran su posición en el mercado en perjuicio del resto de competidores, y por ende, falseando la libre competencia.

Este tipo de prácticas se encuentra prohibida por el artículo 107 del TFUE, en el que se establece que serán incompatibles con el mercado interior 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.

Como se puede observar, se emplea el término “ayuda” que denota un concepto amplio y mayor que el de subvención, pues en la casuística, este tipo de prácticas se han vestido de formas muy diversas, ya que por parte de las administraciones públicas se ha llegado desde conceder ayudas directas como exenciones de tributos o reducción de otros costes o garantías que debían prestar las empresas que resultan beneficiadas por dichas prácticas.

En este sentido, la existencia de una ayuda pública irregular presentaría los siguientes rasgos:

- La existencia de un beneficio patrimonial, ya sea en sentido positivo -la concesión de ayudas o negativo -la no exigencia de pagos debidos-.
- Que dicho beneficio patrimonial tenga origen directo o indirecto en fondos del Estado o de cualquier administración pública.
- Que no sea una medida general y favorezca a una parte concreta de las empresas.
- Que perjudiquen a la competencia en el mercado.
- Que afecten al mercado comunitario.

Sin embargo, el referido artículo del TFUE contiene una serie de excepciones que sí permiten la concesión de ayudas en los siguientes casos:

- Las ayudas sociales a consumidores individuales sin discriminar los productos.
- Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios provocados por desastres naturales.
- Las ayudas a determinadas regiones de la República Federal de Alemania afectadas por su división.

Por otro lado, existe una serie de ayudas que pueden ser compatibles si se autoriza su concesión, en los siguientes casos:

- Las ayudas a regiones más desfavorecidas o con problemas de subempleo.
- Las ayudas para proyectos de interés común europeo o combatir la grave situación de un Estado miembro.
- Las ayudas al desarrollo de determinadas actividades o regiones.
- Las ayudas para la promoción de la cultura y conservación del patrimonio.
- Las ayudas que determine el Consejo a propuesta de la Comisión.

La Comisión Europea se encarga de examinar junto con los Estados, las ayudas concedidas, debiendo informar estos con antelación de los proyectos para su concesión.

En el caso de determinarse la incompatibilidad con el mercado común de alguna ayuda pública, la Comisión podrá acordar que se retire la ayuda o se modifique, así como exigir su devolución.

3. El control de fusiones y adquisiciones de empresas.

La regulación del control de concentraciones de empresas en el ámbito comunitario se encuentra recogida principalmente en el Reglamento (CE) nº 139/2004, sobre control de las operaciones de concentración de empresas (en adelante, Reglamento nº 139/2004), desarrollado a su vez por el Reglamento (CE) nº 802/2004, así como por la correspondiente legislación nacional.

En primer lugar, resulta necesario distinguir qué autoridades resultarán competentes para llevar a cabo el control de las fusiones y adquisiciones de las empresas. Esta cuestión se resuelve atendiendo a la cifra de negocios de las empresas, de tal manera que resultará competente la Comisión Europea en aquellos casos en los que la operación tenga una dimensión comunitaria. Por otro lado, se aplicará el derecho nacional en los supuestos en los que la operación tenga carácter nacional o que afecte a otros países que no pertenezcan a la Unión Europea.

El concepto de dimensión comunitaria que puede tener una operación de fusión o absorción de empresas sí se encuentra definido y está regulado por el artículo 1 del citado Reglamento nº 139/2004 en el que se indica que la operación tiene dimensión comunitaria en los siguientes casos:

- Cuando el volumen de negocios mundial del conjunto de empresas es superior a 5.000 millones de euros.
- Que el volumen de negocios comunitario individual de al menos dos de las empresas implicadas sea superior a 250 millones de euros, salvo que cada una de ellas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en un Estado miembro.

También se considerarán de dimensión comunitaria las concentraciones que:

- El volumen de negocios total a escala mundial de todas las empresas implicadas supere los 2.500 millones de euros.
- En al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total del conjunto de empresa supere a 100 millones de euros en cada Estado miembro.
- En al menos 3 de los referidos Estados el volumen de negocio individual de al menos dos de las empresas supere los 25 millones de euros en cada estado.
- Y que el volumen de negocios total comunitario individual de al menos dos empresas supere los 100 millones de euros.

Toda vez que se cuenta con estos límites ha de tenerse en cuenta qué constituye empresa afectada por la operación.

En los supuestos de fusiones, se consideran empresas afectadas aquellas que se fusionan.

Sin embargo, en los supuestos de adquisición de activos, no se tomará en cuenta el nivel de facturación de la empresa que transmite dichos activos.

En los supuestos en los que se adquiera la totalidad de una empresa por parte de otra o por parte de varias que ya existían, no computará el volumen de negocios de la vendedora, salvo que siga manteniendo el control junto con la empresa o empresas adquirentes.

La determinación del cálculo del volumen de negocio viene definida en el artículo 5 del citado Reglamento nº 139/2004 e indica que habrá que tomar en cuenta los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las

empresas afectadas neto, deduciendo los descuentos, impuestos y las transacciones intragrupo, etc.

Asimismo, se contemplan reglas especiales para los supuestos de adquisición de partes de una empresa y otros tipos de entidades.

Por otro lado, se establece que, con carácter previo a la realización de la operación de fusión o adquisición, se realice una comunicación preceptiva a la Comisión, en cuanto se haya concluido el acuerdo anunciando la oferta pública de adquisición, cuyo incumplimiento puede ser objeto de sanción.

También será posible realizar a una notificación cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo, o, en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta, siempre que el acuerdo o la oferta previstos den lugar a una concentración de dimensión comunitaria.

Una vez se realice la correspondiente comunicación, la operación deberá quedar en suspenso hasta que la misma sea vista favorablemente por la Comisión.

Durante esta primera fase, la Comisión analizará la pretendida operación de concentración de forma preliminar y se determinará si la concentración tiene dimensión comunitaria y si afecta negativamente a la competencia en el mercado.

Si se considera que la operación no afecta negativamente a la competencia en el mercado comunitario o los problemas que pueda generar se pueden resolver con compromisos que asuman las empresas implicadas y estos se acepten por la Comisión, se declarará la compatibilidad de la operación con el mercado.

En caso contrario, se dará trámite a una segunda fase en la que se evaluará la operación y se emitirá una decisión definitiva. Con carácter previo a dicha decisión, la Comisión habrá comunicado a las empresas implicadas los problemas que se derivan de la operación propuesta a fin de que se puedan plantear alternativas.

La decisión que adopte la Comisión determinará si la operación es compatible o no, o si puede ser declarada compatible si se modifica el proyecto o su aceptación si se cumplen determinadas condiciones.

En el supuesto en que se declare que la operación no es compatible con el mercado común, se podrá ordenar la desconcentración si se hubiese producido, y en su caso, acordar la imposición de multas que correspondan por importe máximo de hasta el 10% del volumen total de negocio de las empresas afectadas.

Estas resoluciones de la Comisión Europea en materia de concentraciones de empresas pueden ser objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

III. ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS: ANÁLISIS DEL CASO GOOGLE SHOPPING, LA MAYOR SANCIÓN DE LA HISTORIA POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

La mayor multa impuesta por violar las normas que promueven la competencia en el mercado europeo ha sido impuesta recientemente a Google por la Comisión Europea y asciende a la cantidad de 2.420.000.000 € (así es, dos mil cuatrocientos veinte millones de euros) -siendo la segunda mayor la que se impuso a Intel por importe de 1.060.000.000 €-, que se ha determinado en función de la duración y gravedad de la infracción, así como de los ingresos obtenidos por el servicio "Shopping" de Google.

Como es ampliamente conocido, la empresa Google ha sido autora de trascendentales desarrollos tecnológicos en la historia reciente y presta una amplia gama de servicios gratuitos bastante populares (gmail, Google maps, Google play, Google search, etc.).

Sin embargo, en el desarrollo de su actividad se ha advertido una actuación constitutiva de abuso de posición de dominio que infringe lo dispuesto en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y tras cinco años de investigaciones, en abril de 2015 la Comisión Europea remitió a Google un pliego de cargos.

Conforme ha sido avanzado con anterioridad, este tipo de infracción precisa de la concurrencia de dos circunstancias:

- 1) la primera, necesaria pero no suficiente, es que la empresa se encuentre en una **situación de dominio**. (La mera situación de ser la empresa dominante del mercado, no es sancionable.) y
- 2) la segunda, que es la condición que convierte a la anterior en suficiente, es que la empresa dominante **actúe de manera abusiva** en el mercado.

En cuanto a la primera condición -la posición dominante en el mercado-, ha de tenerse en cuenta que en abstracto, puede resultar discutible en muchos casos, pues se trata de un concepto jurídico-económico que engloba matices de distinta naturaleza.

El criterio más sencillo para determinar que una empresa pueda considerarse como la dominante en un mercado relativo podría ser que su cuota de mercado fuera la mayor, sin embargo, este criterio se suele contrastar con otros factores como son, por ejemplo, la dificultad o no para la entrada de nuevos competidores en el mercado.

Según la Comisión Europea, Google tiene una cuota de mercado en el sector de búsquedas genéricas de Internet (servicio de buscador Google Search) superiores al 90% en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.

Respecto al segundo elemento -el abuso en la posición de dominio- se imputa a Google haber otorgado a sus otros servicios de comparación de precios para compras por Internet (Google Shopping) un tratamiento más beneficioso.

El servicio de comparación de precios Google Shopping surgió inicialmente bajo la denominación de "Froogle" renombrado en 2008 "Foofle Product Search" en y "Google Shopping" en 2013, servicio que permite a los consumidores buscar y comparar precios de todo tipo de tiendas, sin embargo, según se ha constatado en la documentación interna, la empresa no lograba que funcionase satisfactoriamente, por lo que parecía que decidió darle un empujón.

Según ha podido constatar la Comisión Europea, la irregularidad de la práctica llevada a cabo por esta compañía radica en que, basándose en su posición dominante

en el mercado de búsquedas genéricas de Internet (Google Search) se ha favorecido el servicio paralelo de comparación de precios (Google Shopping), tratando de lograr con ello la exclusión de los competidores que prestan igualmente el servicio de comparación de precios.

En este sentido, según entiende la Comisión Europea, Google ha favorecido sus propios servicios y anuncios de pago sin que los usuarios pudieran ser conscientes de la alteración del resultado de la búsqueda.

En este sentido, la práctica sancionada consiste en la discriminación de los servicios aplicada por Google a los competidores cuando un usuario recurre al buscador para buscar productos y comparar precios. Con esta práctica, Google ha estado situando en una situación más prominente a sus servicios con independencia de su relevancia y ha estado ocultando a los de la competencia.

Con motivo de esta actuación se produjo una caída de las visitas a las webs rivales de Google en torno a un 80% a un 90%.

Para entenderlo más fácilmente, estos servicios de compras comparativas en internet, dependen del tráfico para mejorar su posición. Los ingresos que se obtienen son directamente proporcionales al número de visitas recibidas por los usuarios de internet y con el incremento del tráfico en los anuncios de productos, aumentan los anunciantes.

Este tráfico se canaliza principalmente por los buscadores de internet como Google Search que permiten acceder a servicios de comparación de precios donde se ofertan productos o servicios.

Pues bien, según el análisis llevado a cabo por la Comisión Europea, se ha constatado que cuando se realiza una búsqueda en Google Search se dispone sistemáticamente en los lugares más destacados el servicio de compras Google Shopping, con independencia de que el resultado fuera mejor o peor que otros servicios de compras, que además quedaban relegados en peor posición, en otras páginas secundarias de la búsqueda.

Por tanto, el servicio de compras comparativas de Google aparece a los consumidores en una posición más visible cuando realizan una búsqueda, habiéndose constatado igualmente que los consumidores seleccionan mucho más los resultados que quedan en mejor posición de visibilidad.

Por ejemplo, los diez resultados de búsqueda genérica mejor situados en la primera página del navegador reciben con carácter general más del 90 % de visitas y los de las siguientes páginas alrededor del 1%.

En el análisis realizado se ha constatado que ello no implica que el primer resultado fuera el mejor, pues sustituyendo su posición a una inferior se reducía notablemente el número de visitas.

La actuación de Google en este caso se entiende que es doblemente perjudicial, pues por un lado, perjudica a las otras empresas que se encuentran en el mercado al dificultarles competir según sus propios méritos y de innovar, y por otro lado, ha privado a los consumidores la elección libre de servicios y los beneficios de la innovación.

Según indica la Comisión Europea, Google tiene que aplicar los mismos procesos y métodos para situar y mostrar los servicios de compras comparativas rivales en las páginas de resultados de las búsquedas de Google que los que aplica a su propio servicio.

En este supuesto, existe una agrupación de demandantes que denunció con motivo de su repercusión negativa, la situación a la Comisión Europea y ahora, tras la resolución dictada, además de la multa que deberá abonar la compañía, también deberá

adoptar un cambio en la actuación empresarial que venía llevando a cabo en relación con los algoritmos de búsqueda.

En caso de que Google no modifique su conducta, la resolución dictada por la Comisión Europea prevé la imposición de multas adicionales de hasta un 5% de la facturación media de Alphabet, la matriz de Google, aunque la referida resolución puede impugnarse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cualquiera de las otras compañías que se hayan visto afectadas se encuentran facultadas para demandar las correspondientes compensaciones ante los tribunales de los Estados Miembros.

Sin perjuicio de que sea una empresa que haya reportado grandes beneficios a la sociedad derivados del desarrollo tecnológico, ello siempre debe estar acompañado del cumplimiento de las normas de competencia en el mercado, pues como es sabido, la comisión de abusos podría llevar a la aniquilación de los competidores y con ello, poner en peligro los intereses del resto de consumidores.

Por otro lado, se encuentran en vigor otros procedimientos ante la Comisión Europea en los que se investiga a Google por otras conductas que podrían ser constitutivas de abuso de posición dominante, con las que esta empresa pretendería determinar el absolutismo de su motor de búsqueda mediante la preinstalación de Google Search y otras aplicaciones en los teléfonos que funcionan con el sistema operativo Android.

BIBLIOGRAFÍA:

- Comentario a la ley de defensa de la competencia. J. Massaguer y otros. Editorial Aranzadi, S.A. 2015.
- Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal. Fernando Martínez Sanz. Editorial Tecnos 2009.
- Curso de derecho mercantil. Estudio colectivo coordinado por M^a Luisa Aparicio González. Editorial Aranzadi, S.A. 2006.
- Antitrust. Comisión Europea. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_es.htm.
- Un mejor funcionamiento de los mercados. Dirección General de Comunicación (Comisión Europea) <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/8200c251-aa42-11e6-aab7-01aa75ed71a1>.