

cotización del Cuadro II no sólo se establece para determinadas ocupaciones, sino también para trabajadores que se encuentren en situaciones concretas, como es el caso de los trabajadores en periodo de baja por incapacidad temporal y otras situaciones con suspensión de la relación laboral con obligación de cotizar. Aunque la Disposición Adicional Cuarta no lo establezca específicamente, se entiende que siempre deberá haber al menos un trabajador cotizando en base a la actividad principal.

Sin duda, esta segunda excepción a la regla general, es la que permite «separar» del régimen general de cotización para enfermedades profesionales a un mayor número de trabajadores, si bien la propia Disposición Adicional Cuarta se ocupa de subrayar el carácter transitorio de las mismas al establecer en su apartado número cuatro, la obligación del Gobierno de suprimir progresivamente dichas excepciones.

#### **Procedimiento para la aplicación de las nuevas tarifas de cotización**

La TGSS, por medio de una serie de notas informativas, ha ido concretando qué han de hacer las empresas para cumplir con sus nuevas obligaciones de cotización fruto de la modificación.

A tales efectos la TGSS comunicará a las empresas por correo ordinario los tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a aplicar, salvo para los usuarios RED a los que se les comunicará estos tipos mediante envío automático, a través del denominado Informe de Trabajadores en Alta (ITA) de cada Código de Cuenta de Cotización que tengan asignado. Las empresas, tras comprobar los datos del ITA: (i) para aquellos trabajadores con cuyos datos estén de acuerdo, no realizarán actuación alguna, (ii) para aquellos trabajadores que realicen tareas que no estén identificadas con alguna de las ocupaciones del Cuadro II, tampoco deberán comunicar ningún dato, ya que la cotización por los mismos deberá realizarse al tipo de la CNAE que corresponda según la actividad principal de la empresa, (iii) si la empresa no está de acuerdo con la ocupación asignada a un trabajador, comunicará la que entienda correcta a través de la transacción habilitada a tal efecto -cambio de ocupación-, tanto en la modalidad on-line como en la modalidad de las remesas, y (iv) para aquellos trabajadores a los que no se les haya podido asignar ocupación de forma automática pero realicen algún trabajo de los identificados con ocupación, también la anotarán a través de la transacción «cambio de

ocupación», tanto en la modalidad on-line como en la modalidad de remesas. Por tanto, los empresarios sólo deberán comunicar a la TGSS la ocupación de sus trabajadores, cuando éstos desempeñen alguno de los trabajos enumerados en la tabla de ocupaciones y la TGSS no lo haya estimado así en el ITA, bien por no asignarles ninguna ocupación o por asignarles una errónea. La TGSS determinará finalmente si, efectivamente, el trabajador realiza una de las ocupaciones del Cuadro II de la Disposición Adicional Cuarta.

VERÓNICA OLLÉ SESÉ (\*)

### **ANULACIÓN DE LA SANCIÓN DE 57 MILLONES DE EUROS IMPUESTA POR EL TDC A TELEFÓNICA POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DENOMINADO ASUNTO DE LA PREASIGNACIÓN. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ASUNTO «PLANES CLAROS»**

#### **Introducción**

Recientemente se ha dado a conocer la Sentencia de 31 de enero de 2007 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el asunto denominado «Telefonica/Astel», también conocido como el asunto de la preasignación. En virtud de esa Sentencia, se estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telefónica contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») de 1 de abril de 2004 que había declarado la comisión de un acto de abuso de posición dominante por parte de esta operadora y le había impuesto una multa de 57 millones de euros, la más elevada de la historia empresarial española.

Al margen de la repercusión mediática de esa Sentencia, su interés jurídico radica en la aplicación que hace la Audiencia Nacional de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 2006, en la que se resolvió el asunto de los «Planes Claros». En esta Sentencia, el Tribunal Supremo anuló también una Resolución del TDC por la que se declaraba un abuso de posición dominante por parte de Telefónica. La imputación dirigida a esta compañía se fundaba en aquel supuesto en la realización de una campaña publici-

(\*) Abogada del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).

taria que, en su momento, se consideró anticompetitiva en relación con Retevisión, uno de los primeros operadores entrantes en el mercado de telecomunicaciones al producirse su liberalización.

#### **Antecedentes del caso enjuiciado y pronunciamientos de la Audiencia Nacional**

El origen del asunto «Telefónica/Astel» radica en un conjunto de conductas examinadas por el TDC en relación con el mecanismo de la preselección o preasignación de llamadas. En concreto, el TDC consideró que el operador dominante había desplegado una estrategia para entorpecer la preasignación por medio de anuncios televisivos, envío de cartas-tipo y preparación de argumentarios internos dirigidos a sus comerciales. Sobre esa base, se declaró que Telefónica habría incurrido en un abuso de posición dominante por vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones y realizar campañas desleales frente a sus competidores.

El primer aspecto que aborda la Audiencia Nacional es el referido al abuso de posición dominante por vinculación. La Sentencia declara que la vinculación invocada por el TDC se enmarca dentro de las conductas denominadas como desleales. Y ello, porque no se acusa a Telefónica de haber vinculado efectivamente sus servicios a la inexistencia de preselección, sino de haber dado a entender que la vinculación podría producirse. En consecuencia, esta conducta se examina conjuntamente con la referida a la campaña supuestamente desleal.

En este sentido, la Audiencia Nacional entiende que el TDC construye la imputación del abuso de posición dominante por actos desleales sobre la suma de dos factores: la posición de dominio de Telefónica y el contenido presuntamente desleal de su campaña. En concreto, para el TDC cualquier acto de competencia desleal realizado desde una posición de dominio determina de modo automático la comisión de una infracción de abuso de posición dominante, tipificada en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia («Ley de Defensa de la Competencia»), con independencia de sus efectos en el mercado y, por tanto, del tipo cualificado de acto anticompetitivo previsto en el artículo 7 de la propia Ley de Defensa de la Competencia.

Siguiendo la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 recaída en el asunto de los «Planes Claros», la Audiencia Nacional declara que la interpretación sostenida por el TDC

(también incorporada en la Resolución dictada en el asunto de los «Planes Claros») es incorrecta. La ilicitud de los actos desleales desde la perspectiva de los intereses generales que tutela la Administración pública, sólo se predica de aquéllos que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado, como resulta del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y esa grave distorsión es, precisamente, uno de los hechos que han de quedar acreditados en el expediente seguido ante las autoridades de defensa de la competencia.

Con esos presupuestos teóricos, la Sentencia de la Audiencia Nacional repasa diversos elementos probatorios aportados al proceso y llega a la conclusión de que no existe base para sostener que la conducta de Telefónica haya afectado a la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Por el contrario, la Sentencia enumera diversos datos que, a juicio de la Sala, llevan a considerar que no han existido obstáculos a la preasignación.

Esa falta de acreditación de uno de los requisitos del tipo previsto en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia es lo que conduce a la Sala a anular íntegramente la sanción de 57 millones de euros, sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter pretendidamente desleal de las conductas imputadas.

#### **El asentamiento de la doctrina del asunto de los «Planes Claros»**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 supuso una relevante novedad desde dos puntos de vista. En una perspectiva general, el pronunciamiento del Alto Tribunal vino a enmarcarse en una reciente línea jurisprudencial que insiste en la plena sujeción de nuestras autoridades administrativas de defensa de la competencia a los principios y normas básicos del Derecho administrativo en su labor de aplicación del Derecho de la competencia. Más en particular, la doctrina del Tribunal Supremo vino a refutar la reiterada tesis del TDC sobre la subsunción en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de cualquier acto de competencia desleal efectuado desde una posición de dominio.

La tesis del TDC planteaba serias dudas sobre su adecuación a los principios de tipicidad y *lex certa* en cuanto a la exégesis de los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Al mismo tiempo, introducía un factor de indeterminación en cuanto a la justificación de la intervención administrativa en el ámbito de conflictos de carácter privado sin repercusiones para el interés general.

La Sentencia de 31 de enero de 2007 de la Audiencia Nacional constituye un asentamiento de la doctrina iniciada por el Tribunal Supremo en el asunto de los «Planes Claros» y, seguramente, afectará en gran medida a la futura interpretación y aplicación de la legislación española de defensa de la competencia.

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ  
MANUEL VÉLEZ FRAGA (\*)

## PORTUGAL

### O REGIME DE CLEMÊNCIA POR INFRAÇÃO ÀS NORMAS DE CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL. IMPLEMENTAÇÃO E PERSPECTIVAS

#### Introdução - contextualização evolutiva do regime de clemência

Nos termos do artigo 81.º do Tratado CE, os acordos entre concorrentes, sobre preços e repartição/afecção de mercados, i.e. cartéis, são proibidos na medida em que sejam «susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum». Esta violação do Tratado tem como consequência sancionatória a aplicação de uma coima cujo limite máximo é 10% do volume de negócios das empresas em causa no ano anterior (nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002 - JOUE 2003/L 1/1).

A Comissão Europeia («Comissão») tem sancionado práticas de cartel desde 1969 (v.g., casos *Quinine* e *Dyestuffs*). Todavia, entre 1969 e 1996 a Comissão adoptou apenas 37 decisões respeitantes a este tipo de infracção aplicando sanções pecuniárias muito limitadas, sendo a maioria dos casos judicialmente impugnados (verificando-se, em diversas situações, que o ónus probatório imposto à Comissão não tinha sido completamente preenchido, o que resultou na anulação de várias das decisões desta pelos Tribunais Comunitários).

Perante esta situação a Comissão, inspirando-se no exemplo norte-americano —que, estabelecendo

sanções criminais, dispõe de um programa de clemência (*leniency*) desde 1978—, decidiu implementar um mecanismo que permitisse aos participantes num cartel obter a isenção/dispensa da coima ou a atenuação desta, mediante a colaboração na investigação da Comissão. Este mecanismo fragiliza a estrutura de concertação entre concorrentes, facilitando a detecção do cartel e a reunião de provas da existência do mesmo.

A introdução, em 1996, de tal política de clemência, no contexto programático da primeira *EC Leniency Notice*, fornecendo o primeiro enquadramento procedimental geral para as empresas interessadas em colaborar com a Comissão, teve resultados muito positivos. Todavia, surgiram não raramente dúvidas interpretativas, bem como críticas à grande discricionariedade que resultava para a Comissão da pouca densidade deste documento, susceptível de dissuadir os operadores económicos em aderir a tal política.

Assim, foi aprovada uma nova *Leniency Notice*, em 2002, conferindo claramente isenção à primeira empresa a disponibilizar provas substanciais das práticas de cartel, implementando igualmente um procedimento susceptível de indicar aos demais operadores económicos em que patamar de redução da coima se integrariam num período de apenas algumas semanas desde o pedido de clemência.

Apesar de bem sucedida, a segunda *Leniency Notice* foi revista em Dezembro de 2006, de modo a clarificar e ajustar alguns aspectos do regime comunitário de clemência que se verificaram mais frágeis na sua aplicação nos últimos quatro anos, dando origem à actual *Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis* (JOUE 2006/C 298/11, de 8 de Dezembro - «Comunicação»).

Também no regime de clemência, tem repercussão o objectivo de cooperação plena entre as entidades nacionais e a Comissão Europeia. Com efeito, a *Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência* (JOUE 2004/C 101/03, de 27 de Abril) pretende assegurar uma repartição eficiente do trabalho e uma aplicação eficaz e coerente das regras comunitárias de concorrência, no contexto da *European Competition Network* («ECN»), que integra a Comissão e as autoridades da concorrência nacionais. Em 29 de Setembro de 2006, a ECN lançou um «*Model Leniency Programme*» (disponível em [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html)), que, tendo em consideração o sistema de competências

(\*) Abogados del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid)