

Antitrust Update: CNMC & Tribunales

Esta publicación periódica incluye las novedades más relevantes de la actividad de la CNMC y los Tribunales en materia de Derecho de la Competencia en España, comentadas por los miembros del equipo de Antitrust Spain.

En esta edición **destacamos:**

Conductas

- [Bodegas José Estévez. Ganar un motivo procedimental puede salir caro...](#)
- [La CNMC vuelve a cargar contra los concesionarios de coches y los facilitadores en el caso Chevrolet](#)
- [La CNMC recoge el quante del TS y sanciona a personas físicas a título individual, además de a sus empresas](#)
- [Preparando el verano con las agencias de viajes](#)
- [Licitaciones, inspecciones y errores judiciales](#)
- [La CNMC publica una nota informativa sobre el procedimiento de inspecciones](#)

Vigilancia

- [CNMC: devuélvame el importe de la multa y los intereses mientras recalcula su importe](#)
- [El nuevo método de cálculo de multas también aplica a las multas por incumplimiento de una resolución previa de control de concentraciones](#)
- [Más recálculos de multas](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

- [Campezo: no hay dos sin tres](#)
- [Correos se libra de una multa por el tipo infractor](#)
- [La fijación de honorarios mínimos y los baremos orientativos mínimos constituyen una restricción por objeto](#)
- [Excepciones a la nueva doctrina de cálculo de sanciones](#)
- [Recomendación colectiva, cosa juzgada y *non bis in idem*...](#)

Tribunal Supremo (TS)

- [Convenios colectivos y competencia: *I've got you babe*](#)
- [El TS anula dos decisiones de la CNMC por fuera de juego](#)
- [El TS confirma la legalidad de un procedimiento de información reservada de 18 meses](#)

Contactos:

[Miguel Odriozola](#)
[Begoña Barrantes](#)
[Carlos Vérguez](#)
[Ana Vide](#)
[Belén Irissarry](#)
[Ana Latorre](#)
[Fernando Las Navas](#)
[Miguel Andreu](#)
[Pablo González de Zárate](#)
[Diego Doménech](#)

Contiene las novedades publicadas del 1 de mayo al 13 de junio de 2016

Conductas

Bodegas José Estévez. Ganar un motivo procedimental puede salir caro...

- Tras la declaración de caducidad por parte de la AN, que anulaba una Resolución de 2010, la CNMC incoó un nuevo expediente a Bodegas José Estévez y le ha impuesto una [multa](#) mucho mayor que la original. Bodegas Estévez había sido la única empresa beneficiaria de la caducidad porque fue la única a la que se notificó tarde la Resolución original, pero este éxito procesal le ha perjudicado significativamente.
- La multa alcanza ahora 1,7 en vez de 1,2 millones de euros, al calcularse conforme al nuevo método adoptado por la CNMC tras la STS de 29 de enero de 2015.
- De acuerdo con la Resolución, no procede aplicar la prohibición de *reformatio in peius*, (principio que establece que el recurrente no podrá sufrir perjuicio alguno como consecuencia de la interposición del propio recurso) porque el procedimiento original ha caducado y la sanción resulta de un procedimiento sancionador iniciado *ex novo*.
- Como ha declarado reiteradamente el TS, el principio de seguridad jurídica no queda vulnerado por el inicio de un procedimiento administrativo cuando el anterior ha caducado, pues opera el límite de la prescripción, que impide que las empresas estén expuestas indefinidamente a una sanción. En el caso de las infracciones de competencia el plazo de prescripción es de cuatro años.
- La caducidad debería favorecer la prescripción, pues las actuaciones caducadas carecen de efectos administrativos. El problema es que la AN, en su sentencia de 2013 que declaraba la caducidad, afirmó que las actuaciones posteriores de la Administración que tienen lugar en sede contencioso-administrativa, como puedan ser las instrucciones para hacer efectivo el pago de la multa, interrumpen la prescripción. Sin embargo, estas actuaciones posteriores deberían formar parte del expediente caducado, pues no tiene sentido su subsistencia de forma autónoma. De lo contrario, se expone a las empresas indefinidamente a una sanción, pues en todo expediente siempre habrá una continuidad en sede contencioso-administrativa. Y si se expone a las empresas indefinidamente a una sanción, al menos, que no se pueda empeorar la situación del recurrente, pues está sufriendo un perjuicio derivado de la interposición de su recurso, que es lo que se pretende evitar con la prohibición de la *reformatio in peius*.

[Miguel Odriozola](#)

La CNMC vuelve a cargar contra los concesionarios de coches y los facilitadores en el caso Chevrolet

- El Consejo ha impuesto [multas](#) a los concesionarios de la marca Chevrolet, en línea con las sanciones impuestas el pasado mes de marzo a los concesionarios de las marcas Toyota, Land Rover, Hyundai, Opel y Audi/Seat/VW. La CNMC sanciona además a una empresa consultora por haber facilitado el funcionamiento del cártel. A diferencia de los casos anteriores, en el cálculo de la sanción no se realiza mención explícita al beneficio ilícito supuestamente obtenido por las empresas por la realización de la conducta infractora, aunque sí se realiza el ajuste por el carácter multiproducto a las empresas con actividades diversificadas.
- Particularmente relevante resulta el hecho de que las sanciones finalmente impuestas a tres concesionarios resultan ser cero ya que estas empresas se encontraban en concurso de acreedores y no realizaron ventas el ejercicio económico anterior. La Resolución cuenta con el voto particular de un Consejero, en línea con los otros casos anteriormente citados.

[Miguel Andreu](#)

La CNMC recoge el guante del TS y sanciona a personas físicas a título individual, además de a sus empresas

- La CNMC [multa](#) con 128,8 millones de euros a ocho fabricantes de productos absorbentes para la incontinencia urinaria de adultos, a su asociación y a cuatro personas físicas (responsables de las unidades de negocio implicadas, y de la dirección técnica de la asociación, a las que se les atribuye la condición de "directivos") por fijar los precios mayoristas de estos productos, dirigidos a pacientes no hospitalizados, financiados por la sanidad pública. Es la segunda sanción más elevada impuesta por la CNMC hasta el momento, sólo superada por la impuesta al cártel del sector de la automoción en julio del año pasado.
- Es la primera decisión en la que se sanciona a personas físicas a título individual por su participación directa en la conducta declarada ilícita, además de a las entidades en las que prestan sus servicios, tras la invitación en tal sentido de la STS de 29 de enero de 2015. Destaca, en particular, la interpretación extensiva que la CNMC realiza del concepto de "directivo", que deberá ser confirmada en sede judicial

si, como cabe esperar, la Resolución de la CNMC es recurrida por las personas físicas sancionadas.

[Ana Latorre](#)

Preparando el verano con las agencias de viajes

- La CNMC [multa](#) con 324.133€ a la Asociación de Grupos de Gestión de Agencias de Viajes (AGRUPA) y a ocho de sus socios por acuerdo de precios, reparto de mercado y prácticas de boicot llevadas a cabo durante 12 años.
- Se trata de una infracción muy grave, considerando el Consejo de la CNMC que el reproche sancionador se debía situar en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 4,5%, realizando ajustes al alza en función de cuota de participación de cada empresa en la infracción.

[Ana Vide](#)

Licitaciones, inspecciones y errores judiciales

- Los pasados 24 y 25 de mayo la CNMC realizó [inspecciones](#) en la sede de varias agencias de medios. Se trata de las terceras inspecciones llevadas a cabo por la CNMC en 2016. Las empresas investigadas son las adjudicatarias del contrato marco con la Administración General del Estado para la realización de campañas de publicidad institucional. Se trata por tanto de una actuación enmarcada en la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas, una de las prioridades de la CNMC para el presente ejercicio.
- La prensa se ha hecho eco de que las inspecciones no tuvieron el "efecto sorpresa" deseado, ya que el Auto judicial que las autorizaba fue notificado por error a las propias empresas con cuatro días de antelación. No es la primera vez que esto sucede desde que la CNMC inició su andadura. Esta circunstancia plantea importantes cuestiones sobre cómo proceder en caso de resultar destinatario de un auto judicial de este tipo y en qué medida el error judicial – que en ningún caso puede resultar imputable a las empresas investigadas – puede tener una incidencia directa o indirecta en el estándar de prueba exigido a la CNMC para demostrar la existencia de una infracción. A nuestro juicio, esta cuestión merece una respuesta rotundamente negativa.

[Belén Irissarry](#)

La CNMC publica una nota informativa sobre el procedimiento de inspecciones

- La [nota informativa](#) recoge la experiencia práctica de la CNMC en inspecciones con el objetivo de mejorar la

transparencia y el conocimiento de las empresas. En particular, se describe cómo se desarrollan las inspecciones y se hace especial hincapié en las consecuencias de una potencial obstrucción por parte de las empresas investigadas. A este respecto, la nota informativa señala que la CNMC solicita autorización judicial para la entrada en la sede de la empresa investigada en los supuestos de oposición o riesgo de oposición. Es destacable esta apreciación ya que, en la práctica, los funcionarios de la Dirección de Competencia acuden a las inspecciones en la mayoría de los casos con autorización judicial, además de con la orden de investigación del Director de Competencia.

- La nota informativa recuerda que los inspectores pueden recabar información en cualquier soporte material y que la empresa investigada deberá colaborar en todo momento, en particular, en la identificación de información personal o confidencial por incluir comunicaciones abogado-cliente. Asimismo, la nota informativa incluye una serie de ejemplos de prácticas obstaculizadoras de la inspección, algunas de las cuales se basan en expedientes en los que la propia CNMC ha declarado la existencia de obstrucción a la labor investigadora.

[Fernando Las Navas](#)

Vigilancia

CNMC: devuélvame el importe de la multa y los intereses mientras recalcula su importe

- Mediante [Resolución](#) de 5 de mayo de 2016 en el Expediente de Vigilancia VS/0380/11 *Coches de alquiler*, la CNMC ha ordenado – en respuesta a la solicitud de Drivalia – la devolución del importe de la multa (junto con el interés aplicable) con independencia del resultado del recálculo que debe realizar en cumplimiento de la sentencia de la AN.
- Es, en particular, destacable la celeridad con que la CNMC ha adoptado la Resolución por la que ordena la devolución (17 días!) y la posición favorable a la devolución del aval en los casos de multas previamente suspendidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa mientras se lleva a cabo su recálculo. Cabría sugerir únicamente a la CNMC que adoptase (tanto cuando se ha pagado la multa, como cuando se ha avalado) una actitud proactiva al respecto sin esperar a la solicitud correspondiente de la empresa o de la Audiencia.

[Carlos Vérguez](#)

El nuevo método de cálculo de multas también aplica a las multas por incumplimiento de una resolución previa de control de concentraciones

- El pasado 12 de mayo de 2016 la CNMC realizó el primer [recálculo](#) de acuerdo con los criterios de la STS de 29 de enero de 2015 en el contexto de un incumplimiento de una resolución en materia de control de concentraciones. Debe indicarse que, a pesar de que se confirma que son las ventas totales las relevantes a la hora de calcular la sanción en este ámbito, la CNMC finalmente aplicó un tipo sancionador del 0,2% al mismo, rebajando así la multa inicial de 3.600.000€ (que el TS dejó en 1.800.000€) a 1.675.600€. No parece, por el momento, que la constatada tendencia a elevar las sanciones en los nuevos recálculos en materia de conductas colusorias se haya extendido a los incumplimientos en materia de control de concentraciones.

[Diego Doménech](#)

Más recálculos de multas

- La CNMC continúa recalculando las sanciones impuestas en el pasado con el fin de adecuar su importe a las exigencias de la AN. Se trata de las Resoluciones del Consejo [Notaría de Ceuta \(VS/0424/12\)](#) y [Espuma de Poliuretano \(VS/0342/11\)](#). La primera Resolución reduce ligeramente el importe de las multas originariamente impuestas a los notarios implicados en aplicación de la STS de 29 de enero de 2015 y cuenta con el voto particular de dos miembros del Consejo. En la Resolución en el expediente *Espuma de Poliuretano*, la CNMC se limita a liquidar el importe de la multa ya que la cuantía de la misma había sido fijada previamente por la propia Audiencia Nacional.

[Pablo González de Zárate](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

Campezo: no hay dos sin tres

- La AN ha [confirmado](#) la Resolución de la extinta CNC en el Expediente S/0385/11 en la que sancionó a Campezo Construcción con 133.696€ por su participación en las prácticas investigadas en el asunto *Licitaciones de Carreteras* (Expediente S/0226/10). A diferencia de otras dos empresas de su mismo grupo, esta entidad había quedado fuera del expediente original de *Licitaciones de Carreteras*, pero el Consejo ordenó que se incoara expediente sancionador frente

a la misma por haber participado en UTE en una de las licitaciones controvertidas.

- Es relevante destacar que la AN no anula la sanción impuesta a Campezo Construcción a pesar de haber sido calculada de conformidad con la Comunicación de multas de la CNC, ni ordena su recálculo, como ha venido haciendo en sus pronunciamientos posteriores a la STS de 29 de enero de 2015 en la que se anula la citada Comunicación. Ello confirma la necesidad de que la empresa incluya en su demanda un argumento específico al respecto o de que, como mínimo, invoque la infracción del principio de proporcionalidad para que la AN anule la sanción y ordene su recálculo.

[Fernando Las Navas](#)

Correos se libra de una multa por el tipo infractor

- La AN ha [estimado](#) el recurso contencioso-administrativo de Correos contra la Resolución de la extinta CNC (Expediente SNC/0011/11) – en la que se le impuso una multa de 4,8 millones de euros por incumplir el acuerdo de terminación convencional adoptado en el Expediente 2458/03 – por vulneración del principio de tipicidad.
- La AN considera que, al tratarse de un incumplimiento de un acuerdo adoptado en aplicación de la anterior Ley 16/1989, la conducta atribuida a Correos fue incorrectamente tipificada como infracción muy grave de la Ley 15/2007. La AN concluye que no se puede ampliar la conducta típica más allá de la prevista en la Ley 16/1989 ni realizar una interpretación extensiva de la misma. Debe señalarse que el acuerdo de terminación convencional en el asunto *Asempre/Correos* fue uno de los únicos tres que se adoptaron antes de la entrada en vigor de la actual Ley 15/2007.

[Fernando Las Navas](#)

La fijación de honorarios mínimos y los baremos orientativos mínimos constituyen una restricción por objeto

- La AN [confirma](#) la sanción de 200.000€ impuesta por la CNMC a la Asociación Profesional de Sociedades de Valoración (ATASA) por la elaboración de un listado de tarifas mínimas y de un baremo de honorarios orientativos mínimos para prestar servicios de tasación solicitados por Administraciones Tributarias, Juzgados y Registros Mercantiles (Expediente S/0359/11, ATASA).

La AN declara que se trata de una conducta – la fijación de precios – restrictiva por objeto con independencia de la intencionalidad de las partes, que

resulta irrelevante para la consideración de aquélla como infracción. Es llamativo que para sostener tan tajante afirmación, la AN aluda a la Sentencia del TJUE en el asunto *Montecatini* (C-235/92), que si bien sostiene que la intencionalidad anticompetitiva no es esencial para considerar una conducta restrictiva por objeto, las autoridades pueden tenerla en cuenta. La AN declara la inaplicabilidad de la excepción de la regla *de minimis* del artículo 5 de la LDC a los acuerdos de fijación de precios.

- Por otro lado, la AN considera que el hecho de que la Administración y demás organismos públicos hubieran solicitado a ATASA la remisión de baremos orientativos junto con una lista de peritos es *insuficiente* para invocar la exención legal del artículo 4.1 de la LDC, y también el principio de confianza legítima, por entender que no existían ni garantías precisas de la Administración (en el sentido exigido por la jurisprudencia del TJUE) ni *confusión* suficiente para excluir el dolo o la culpa de ATASA y por ende el elemento subjetivo de la infracción. Se demuestra, una vez más, la dificultad de invocar el principio de confianza legítima no ya como eximente, sino ni siquiera como atenuante de responsabilidad.
- Otras consideraciones relevantes de la Sentencia son:
 - La AN recuerda que la mera denegación de prueba en el expediente administrativo no genera indefensión y que en todo caso éste se trata de un vicio subsanable en la vía contencioso-administrativa, mediante la solicitud en esta sede de la práctica de la prueba previamente denegada por la Administración. Esta postura, sin embargo, no es del todo coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, que se muestra contraria a que los defectos procedimentales puedan ser "subsanados" en vía jurisdiccional.
 - La AN señala que el término del mandato de los Consejeros de la CNMC y, por ende, su cese no se produce automáticamente una vez transcurrido el plazo de 6 años previsto en el artículo 29.3 de la LDC, sino que es necesario cesarlos del mismo modo en que fueron nombrados (esto es, por Real Decreto).

[Begoña Barrantes](#)

Excepciones a la nueva doctrina de cálculo de sanciones

- El TS [desestima](#) un incidente de nulidad de actuaciones que había sido interpuesto por supuesta vulneración de derechos fundamentales (entre otros, el de igualdad en la aplicación de la ley) basado en la no aplicación, en el caso concreto en la evaluación del cálculo de la sanción, de los criterios de cuantificación

de sanciones establecidos en la jurisprudencia del TS iniciada con su sentencia de 29 de enero de 2015.

- El TS aclara que dicha jurisprudencia se refiere a casos en los que se esgrime la vulneración del principio de proporcionalidad por una incorrecta interpretación de los artículos 63 y 64 de la LDC (como consecuencia, en particular, de haber cuantificado la multa conforme a la Comunicación de sanciones de la CNMC de 2009). No obstante, en el caso de autos la vulneración del principio de proporcionalidad que se alega se basa en una inadecuada ponderación de los criterios fácticos tenidos en cuenta para cuantificar la multa, por lo que no es posible aplicar la mencionada jurisprudencia.

[Begoña Barrantes](#)

Recomendación colectiva, cosa juzgada y *non bis in idem*...

- Mediante [Sentencia de 12/05/2016](#), la AN ha confirmado la Resolución de la CNMC en el [Expediente S/0289/10 Industria Cárnica](#), concluyendo que el envío de Circulares por la Asociación Nacional de Industrias de la Carne de España (ANICE) sobre la traslación a los ganaderos de los costes de retirada y destrucción de Materiales Específicos de Riesgo (MER) constituye una recomendación colectiva prohibida. La ANICE había alegado la infracción del principio *non bis in idem*, ya que en la Resolución del expediente de vigilancia sobre una recomendación colectiva previa de la ANICE para repercutir a los ganaderos el coste de retirada de harinas cárnica, el Consejo de la extinta CNC declaró que el envío de las nuevas Circulares (MER) no demostraba que la ANICE hubiese incumplido la obligación de cesar en la recomendación anterior. La AN coincide con la CNMC en que la referida declaración en el marco de un expediente de vigilancia no impedía que las nuevas Circulares pudieran ser constitutivas de una infracción separada del artículo 1 LDC.
- Si bien el argumento parece técnicamente correcto, lo cierto es que sorprende que la afirmación del Consejo de la CNC en un expediente de vigilancia no tuviera ningún efecto en la valoración de la infracción relativa a las Circulares, si bien no sobre la base de la vulneración del principio de *non bis in idem*, sí al menos por el posible reconocimiento de la confianza legítima en la legalidad de la conducta. En efecto, si la propia autoridad de competencia afirma, incluso en un expediente de vigilancia, que las nuevas Circulares no constituyen un incumplimiento de la Resolución original (relativa a una recomendación colectiva similar sobre el traslado de costes a los ganaderos) parece

razonable que la ANICE considerase que había cierta presunción de legalidad en el envío de tales Circulares.

[Carlos Vérguez](#)

Tribunal Supremo (TS)

Convenios colectivos y competencia: *I've got you babe*

- En el mes de mayo se ha publicado la [sentencia](#) del TS de 8 de marzo de 2016 en la que el Alto Tribunal ha confirmado que los convenios colectivos no son completamente inmunes a las normas de competencia. El convenio colectivo en cuestión iba más allá de la mera regulación de los servicios portuarios básicos reservados a los estibadores, extendiendo su aplicación y reservando a estos últimos ciertas actividades complementarias que, de acuerdo con la normativa aplicable, debían estar abiertas a la competencia.
- La sentencia, con invocación expresa de la jurisprudencia europea más reciente (STJUE C-437/09, *AG2R Prevoyance*) y de los pronunciamientos de la propia Sala de lo Social del TS (STS de 11 de noviembre de 2010) concluye que el convenio colectivo analizado no pretendía mejorar las condiciones de empleo de los trabajadores afectados, y que incluía conductas potencialmente lesivas, por su objeto, de la libre competencia, en infracción del derecho europeo y nacional de la competencia.

[Belén Irissarry](#)

El TS anula dos decisiones de la CNMC por fuera de juego

- El TS dicta dos sentencias en las que anula el acuerdo adoptado por la CNMC contra [Mediapro](#) y el [Sevilla F.C., S.A.D.](#) en el marco de un procedimiento de vigilancia considerando que la celebración de contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol con una duración superior a tres temporadas constituía un incumplimiento de una resolución sancionadora previa. Sin cuestionar la validez de la Resolución primigenia, el Alto Tribunal considera que la CNMC debió analizar la naturaleza restrictiva de la competencia de los nuevos contratos a la luz del cambio normativo introducido por la Ley

General de Comunicación Audiovisual, que preveía que los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol no podrían exceder de 4 años (disposición actualmente derogada por el Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, RCL 2015\645). Esta disposición, que todavía no había entrado en vigor al dictarse la Resolución sancionadora originaria, sí estaba vigente cuando se celebraron los nuevos contratos.

- El TS estima que la nueva regulación exigía de la CNMC un pronunciamiento autónomo e independiente, previo y claro, sobre la compatibilidad de la nueva disposición legal con el Derecho europeo de la competencia, y una valoración jurídica dirigida a determinar si los contratos celebrados bajo la nueva normativa, aunque pudieran suponer un incumplimiento de la Resolución original, no podrían considerarse restrictivos de la competencia desde la perspectiva de las nuevas circunstancias concurrentes.
- Estas sentencias, en definitiva, exigen que la CNMC tenga en cuenta las nuevas circunstancias concurrentes, así como el papel que el legislador puede desempeñar a la hora de generar una confianza legítima en las empresas, a la hora de concluir que una determinada conducta constituye un incumplimiento, sin que sea posible alcanzar conclusiones de forma automática.

[Ana Latorre](#)

El TS confirma la legalidad de un procedimiento de información reservada de 18 meses

- La [STS](#) de 3 de mayo de 2016, estima parcialmente el recurso interpuesto por Unión Fenosa Distribución únicamente en lo que se refiere a la duración de la conducta, que queda reducida por insuficiencia de prueba.
- Interesa destacar que la STS confirma que durante la información reservada no existe plazo previsto legalmente. Para garantizar que no se produce indefensión, es suficiente con informar sobre los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados.

[Diego Doménech](#)

Esta publicación no trata necesariamente cada tema importante ni cubre todos los aspectos de los temas sobre los que trata, no estando diseñada para prestar asesoramiento legal o de otro tipo.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, España
© Clifford Chance 2016
Clifford Chance S.L.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners en asociación con Clifford Chance.

Clifford Chance tiene una relación de *best friends* con Redcliffe Partners en Ucrania.