

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

- [Los nuevos frentes abiertos por la CNMC en materia de prácticas restrictivas](#)
- [La CNMC tiene en cuenta por primera vez la implementación de un programa de *compliance* al calcular una multa](#)
- [Cemento y hormigón: "Todo empezó con un acuerdo de caballeros..."](#)
- [Concesionarios: Busque, compare, y si encuentra algo mejor... alguien ha incumplido el trato](#)

Concentraciones

- [MásMóvil / Yoigo: una concentración pro-competitiva](#)
- [A la segunda va la vencida, Bimbo compra Panrico comprometiéndose a desinvertir el negocio del pan de molde a un *upfront buyer*](#)

Recursos administrativos

- [RENFE y la Dirección de Competencia divergen en cuanto a los compromisos adecuados para la terminación convencional del expediente S/DC/0511/14](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

- [Una motivación escueta es suficiente para denegar el inicio del procedimiento de terminación convencional](#)
- [No es posible ampliar una imputación por medio de una corrección de errores de un Pliego](#)
- [La AN respalda a la CNMC en materia de intercambios de información y de otras prácticas concertadas](#)
- [No informar de la denegación de la autorización judicial de entrada no invalida una inspección, según la AN](#)

Tribunal Supremo (TS)

- [El TS confirma que una Administración Pública puede incurrir en una infracción del derecho nacional y europeo de la competencia al facilitar de un cártel](#)
- [El TS respalda a la CNMC en materia de caducidad, pero advierte sobre las suspensiones fraudulentas](#)

Contiene las novedades publicadas del 22 de julio al 22 de septiembre de 2016

Contactos:

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

Conductas

Los nuevos frentes abiertos por la CNMC en materia de prácticas restrictivas

- Durante este periodo, la CNMC ha anunciado la incoación de nuevos procedimientos sancionadores. En concreto, tras más de ocho meses de información reservada y dos tandas de inspecciones que ya están siendo recurridas por las empresas afectadas, se ha incoado [expediente sancionador](#) en el sector de la mensajería y paquetería. También se ha incoado [expediente sancionador](#) en el sector de las agencias de medios, donde la CNMC tendrá que analizar prácticas anticompetitivas llevadas a cabo en el marco de licitaciones públicas –una de sus prioridades anunciadas para el periodo. Por último, tras la denuncia de Bankia, nueve colegios de abogados deberán afrontar un [expediente sancionador](#) por posibles recomendaciones de precios, al elaborar criterios orientativos para la tasación de costas que no tenían en cuenta, por ejemplo, la existencia de pleitos masivos idénticos o muy parecidos entre sí.

[Miguel Odriozola](#)

La CNMC tiene en cuenta por primera vez la implementación de un programa de *compliance* al calcular una multa

- En su Resolución en el expediente [S/DC/0544/14](#), [Mudanzas Internacionales](#), la CNMC ha tenido en cuenta por primera vez en el cálculo de una sanción (como criterio modulador, no como atenuante) el hecho de que una de las empresas infractoras implementase un programa de *compliance* de la normativa de competencia con posterioridad a la incoación del expediente sancionador (y con anterioridad al pliego de concreción de hechos).
- En la citada Resolución, la CNMC ha sancionado a quince empresas por su participación en un cártel consistente en la fijación de precios y otras condiciones comerciales, reparto de mercado y el intercambio de información sensible en el mercado de mudanzas internacionales. Una de las infractoras (AGS), solicitó que la CNMC valorase como atenuante el haber implementado un programa de *compliance* por aplicación analógica del nuevo artículo 31 *quater* del Código Penal. La CNMC rechaza la solicitud de AGS porque del contenido del programa de *compliance* no puede inferirse una aplicación eficaz del mismo.
- Ya en su Resolución en el expediente [S/0482/13](#), [Fabricantes de automóviles](#), la CNMC concluyó que si una empresa tiene implementado con anterioridad a la

infracción un programa de *compliance* "exitoso" podría valorarlo como circunstancia atenuante. En su Resolución en el asunto *Mudanzas Internacionales*, la CNMC da un paso adelante y decide modular a la baja (aunque sea levemente) el tipo sancionador de AGS por la adopción de un programa de *compliance* aunque no llegue a tenerlo en cuenta como circunstancia atenuante.

- Por otro lado, la CNMC incluye en la Resolución analizada una referencia a la prohibición de contratar para los sancionados por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia introducida en el artículo 60.1.b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pese a que no puede ser aplicable en este caso por la fecha de entrada en vigor de dicha norma.

[Fernando Las Navas](#)

Cemento y hormigón: "Todo empezó con un acuerdo de caballeros..."

- La CNMC ha [sancionado](#) con un total de 29,17 millones de euros a 23 empresas del sector de la fabricación y venta de cemento y hormigón por cuatro infracciones del artículo 1 de la LDC, constitutivas de un cártel.
- En el [mercado de hormigón](#), la CNMC considera acreditadas tres infracciones en tres áreas geográficas (Noreste, Centro y Sur), a través de las cuáles las empresas sancionadas participaron en el intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado y acuerdo de precios entre los años 1999 y 2014. Los acuerdos sancionados responden a una estrategia similar, si bien las características específicas de cada acuerdo permiten la acreditación de una infracción en cada zona geográfica definida. Así, por ejemplo, en la zona Noreste, las prácticas sancionadas se iniciaron en 1999 a partir de un denominado "acuerdo de caballeros", y en la zona Centro, la investigación también ha puesto de relieve otras estrategias como la de ofertar un precio del hormigón por encima del competidor que tenía asignada una obra o un cliente en concreto.
- En el [mercado del cemento](#), también se ha acreditado la existencia de un reparto del mercado y de intercambios de información entre cuatro competidores, relativos a precios, estrategias, clientes y volúmenes de producción durante los años 2013 y 2014. El ámbito geográfico de la conducta en el mercado de cemento es nacional.
- La CNMC considera que la importancia de este comportamiento ilícito se ve agravada porque los mercados del cemento y del hormigón están verticalmente relacionados y constituyen un input

necesario para otros sectores relevantes en la economía, en especial el sector de la construcción que supone el 4,9% del PIB español.

- Además, la CNMC ha tenido en cuenta que en el expediente [S/0179/09, Hormigón Y Productos Relacionados](#), el Consejo de la extinta CNC ya había sancionado a dos de las empresas imputadas (Cementos Portland Valderrivas y Cemex España) por la fijación de precios de suministro de hormigón y reparto de este mercado en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, por lo que ha considerado que concurre en este caso la circunstancia agravante prevista en el artículo 64.2.a) de la LDC (la reincidencia).

[Ana Vide](#)

Concesionarios. Busque, compare, y si encuentra algo mejor... alguien ha incumplido el trato

- Siguiendo con la saga de Resoluciones sobre concesionarios de coches, en esta edición la CNMC [sanciona](#) con 1,28 millones de euros a varios concesionarios independientes de la marca Volvo y a la empresa consultora ANT Servicalidad, por alcanzar acuerdos para la fijación de precios, condiciones comerciales y de servicio e intercambiar información estratégica de manera periódica en Madrid, Castilla y León y Castilla la Mancha (Expte. S/506/14, *Concesionarios Volvo*). Por otro lado, se impone una [sanción](#) de 6,03 millones de euros a varios concesionarios independientes de la marca Nissan, a Nissan Iberia y a dos empresas consultoras (una de ellas, la misma ANT Servicalidad) por una práctica similar con ámbito en la Comunidad Autónoma de Madrid (Expte. SAMAD/09/2014, *Concesionarios Nissan*).
- Ambos expedientes traen causa de inspecciones desarrolladas en el marco de otro expediente sancionador a resultas de una solicitud de clemencia (Expte. [S/0471/13, Concesionarios AUDI/Seat/VW](#)), que a su vez dio origen a varios expedientes (Exptes. [S/0486/13, Concesionarios Toyota](#); [S/0487/13, Concesionarios Land Rover](#); [S/0488/13, Concesionarios Hyundai](#); y [S/0489/13, Concesionarios Opel](#)).
- En *Concesionarios Volvo*, la CNMC concluye que los concesionarios investigados habrían acordado los descuentos máximos, las tasaciones o los regalos aplicables a ciertos nuevos modelos de automóviles desde al menos 2003 hasta 2011. De acuerdo con la autoridad, esta coordinación de su política comercial no derivaba necesariamente en una simetría exacta en precios finales, pero implicaba una coordinación destinada a aproximar entre los cartelistas la uniformidad del precio final (en el marco de un precio final recomendado orientativamente por parte del fabricante). En línea con expedientes previos en el sector, una empresa consultora era contratada para intercambiar información estratégica de las empresas y como mecanismo de control para dotar de mayor efectividad al cártel.
- Interesa destacar que, aunque el órgano instructor propuso una sanción individual para el directivo de uno de los concesionarios, el Consejo rechaza esta consideración al entender que, a pesar de que el referido directivo tuvo una mayor participación en el cártel por su papel de interlocutor de los concesionarios frente a la empresa consultora, su intervención no fue especialmente relevante, esencial o determinante, para el diseño e implementación de los acuerdos.
- En el asunto *Concesionarios Nissan*, la CNMC concluye que concesionarios independientes de la citada marca habrían acordado en diferentes reuniones, en las que también participaba Nissan y dos empresas consultoras, los descuentos máximos, tasaciones o regalos aplicables a ciertos nuevos modelos de automóviles, desde al menos 2009 hasta 2013 para tres de las incoadas. Esta coordinación de la política comercial de los concesionarios implicaba una coordinación destinada a aproximar la uniformidad del precio final entre los cartelistas. En ese marco, las consultoras permitían articular el intercambio periódico de información estratégica entre las empresas del cártel, vigilar el control del cumplimiento de los acuerdos adoptados y llevar a cabo represalias contra las empresas incumplidoras, contribuyendo sustantivamente al mantenimiento del cártel.
- Debido a que todas las prácticas investigadas se limitaban al territorio de la Comunidad de Madrid, la instrucción del asunto fue asumida por el Servicio de Competencia de la Comunidad de Madrid, mientras que la resolución correspondió a la Sala de Competencia de la CNMC.
- En ambos asuntos, la CNMC sitúa el tipo infractor general en el tramo medio-bajo (en torno a un 2% –si bien éste no se especifica ni motiva, cuestión que se critica en el voto particular discrepante–), ajustándose a la baja el reseñado tipo infractor a algunas empresas por su carácter multiproducto (el tipo correspondiente a Nissan Iberia se rebaja por este motivo sustancialmente –hasta el 0,5%– para garantizar la proporcionalidad), así como por los "*márgenes particularmente estrechos en términos porcentuales*" por parte de los operadores en el sector, siempre que los operadores carezcan del respaldo de un grupo

empresarial que desarrolle otras actividades económicas.

[Ana Latorre](#)

Concentraciones

MásMóvil / Yoigo: una concentración pro-competitiva

- No es frecuente que la CNMC al analizar una operación de concentración no solo la autorice, sino que además celebre los efectos pro-competitivos de la misma.
- Esto ha sucedido en relación con la adquisición de control exclusivo del cuarto operador móvil de red, Yoigo, por parte del Operador Móvil Virtual (OMV) MásMóvil, que la [CNMC](#) ha autorizado señalando que *"aplaude la incorporación de nuevos operadores móviles que contribuyan a incrementar la competencia en la prestación de servicios minoristas de comunicaciones móviles"*.
- En esta misma línea, la comisaria europea de competencia [Margrethe Vestager](#) ya había señalado que los compromisos de desinversión acordados en el marco de la operación Orange/Jazztel tenían por objeto permitir la entrada en el mercado de un nuevo operador que pudiese competir en igualdad de condiciones con Orange y Jazztel. A partir de dichos compromisos, MásMóvil adquirió la red de telecomunicaciones de fibra óptica ("**FTTH**") de Jazztel y firmó un acuerdo de acceso mayorista a su red de cobre xDSL.
- La adquisición de Yoigo por MásMóvil (que también ha firmado la adquisición del OMV Pepephone) permitirá a MásMóvil consolidarse como el cuarto operador de telecomunicaciones en España, con capacidad para ofrecer servicios convergentes de telefonía fija, acceso a banda ancha y comunicaciones móviles y para alcanzar una masa crítica suficiente para incrementar la presión competitiva en los mercados de comunicaciones electrónicas en España.

[Pablo González de Zárate](#)

A la segunda va la vencida, Bimbo compra Panrico comprometiéndose a desinvertir el negocio del pan de molde a un *upfront buyer*

- Tras fracasar el primer intento (expediente C/0703/15), el pasado 21 de junio de 2016 la CNMC [autorizó](#) en primera fase con compromisos la compra de Panrico por parte de Bimbo. El expediente se tramitó en casi dos meses.

- Tras la autorización, Bimbo puede hacerse con el negocio de Panrico pero, dados los problemas de competencia en el mercado del pan de molde –donde Bimbo es líder en marca de fabricante e incrementaría su cuota por encima del 80%– la autorización se ha condicionado a la cesión del referido negocio a un tercero, que ya es identificado en los propios compromisos ("*upfront buyer*").
- En concreto, los compromisos han consistido en la transmisión por parte de Bimbo a Adam Foods de (i) todos los negocios del pan de molde de Panrico, (ii) la venta de la fábrica de Panrico en Oporto, (iii) la venta y reacondicionamiento de la fábrica de Panrico en Teror (Gran Canaria), (iv) la cesión de la capacidad de producción de pan en el lugar del Centro Peninsular que desee Adam Foods y (v) un contrato temporal de fabricación por parte de Bimbo a Adam Foods con el objetivo de facilitar la entrada de este último en el negocio del pan.

[Diego Doménech](#)

Recursos administrativos

RENFE y la Dirección de Competencia divergen en cuanto a los compromisos adecuados para la terminación convencional del expediente S/DC/0511/14

- El Consejo de la CNMC ha desestimado sendos recursos administrativos interpuestos por [RENFE](#) y nueve empresas del grupo [Deutsche Bahn](#) en España contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de abril de 2016 por el que resuelve cerrar el trámite de terminación convencional iniciado el 25 de septiembre de 2015 en el marco del expediente S/DC/0511/14, incoado por infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del TFUE.
- En el marco de la terminación convencional, RENFE ofreció una serie de compromisos –incluyendo compromisos estructurales– que la Dirección de Competencia consideró insuficientes por no incluir el compromiso de oferta mayorista de servicios de tracción. Por dicho motivo, la Dirección de Competencia decidió cerrar el trámite de terminación convencional y continuar con la instrucción del expediente sancionador.
- En sus Resoluciones desestimando los recursos administrativos, el Consejo de la CNMC concluye que el cierre de la terminación convencional es un acto de trámite que no ha generado indefensión, ya que la Dirección de Competencia motivó adecuadamente las razones por las que los compromisos ofrecidos no

eran suficientes, y tampoco causa un perjuicio irreparable, al no impedir a las recurrentes alegar lo que estimen conveniente en relación con la terminación convencional en el marco del procedimiento principal. Además, si el Consejo no estuviera de acuerdo con la conclusión de la Dirección de Competencia respecto al cierre de las actuaciones, podría acordar retrotraer las mismas, instando al órgano instructor a elevar una propuesta de terminación convencional sobre la base de los compromisos presentados.

[Fernando Las Navas](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

Una motivación escueta es suficiente para denegar el inicio del procedimiento de terminación convencional

- En su Sentencia de 14 de julio de 2016, la AN ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Auto Reisen contra la [Resolución](#) del Consejo de la CNMC desestimando el recurso interpuesto frente al acuerdo de la Dirección de Competencia de no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente S/404/12, *Servicios Comerciales AENA*.
- La AN ha confirmado que la discrecionalidad de la CNMC en los procedimientos de terminación convencional se sitúa en el inicio del procedimiento y que ni el acuerdo de la Dirección de Competencia en el que deniega el comienzo de dichas actuaciones ni la propia sentencia de la AN tienen que entrar a valorar el fondo del asunto del expediente sancionador principal. Siguiendo la consolidada línea jurisprudencial al respecto, la AN recuerda que la CNMC tiene la facultad, pero no la obligación, de iniciar este trámite y las empresas investigadas tienen el derecho de solicitar el inicio de una terminación convencional y de que su solicitud tenga respuesta por parte de la CNMC pero no tienen el derecho a que se inicie dicho procedimiento.
- Para evitar que se produzca indefensión, la AN aclara que la CNMC debe cumplir con la exigencia de motivación y analizar –aunque no sea exhaustivamente– las cuestiones planteadas por la solicitante, especificando las razones por las que decide denegar el inicio de la terminación convencional, con el objetivo de salvaguardar el derecho de defensa de la empresa. En este caso, la AN considera que la motivación de la CNMC para denegar la solicitud de Auto Reisen ha sido "escueta,

pero suficiente" por lo que la recurrente ha podido ejercer su derecho de defensa plenamente.

[Fernando Las Navas](#)

No es posible ampliar una imputación por medio de una corrección de errores de un Pliego

- La [SAN de 11 de julio de 2016](#) ha estimado el recurso interpuesto por Nestlé frente a la [Resolución](#) dictada por el Consejo de la CNMC en el Expte. S/0425/12.
- La AN estima que la Dirección de Competencia vulneró el procedimiento al modificar un Pliego de Concreción de Hechos a través de una corrección de errores materiales. Dicha corrección tuvo como resultado que a Nestlé se le imputaran dos años adicionales en la infracción.
- De acuerdo con la AN, la indefensión se produjo por la alteración del procedimiento, sin que la misma pudiera subsanarse por el trámite de alegaciones subsiguientemente concedido a Nestlé.
- La sentencia ordena la anulación del acto y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al dictado de la Resolución anulada, debiéndose continuar aquél de acuerdo con los trámites pertinentes.

[Belén Irissarry](#)

La AN respalda a la CNMC en materia de intercambios de información y de otras prácticas concertadas

- En Sentencias de 21 de julio de 2016 ([3211/2016](#) y [3210/2016](#)), la AN ha confirmado la conclusión de la CNC en el asunto *Suzuki-Honda* (Res. de 19 de enero de 2012, [Expte. S/0280/10](#)) en el sentido de que un intercambio de información sobre precios corrientes puede ser una práctica concertada restrictiva por objeto.
- En aplicación de la jurisprudencia T-Mobile (asunto C-8/08), la AN considera que el intercambio sancionado es restrictivo por objeto porque es susceptible de eliminar la incertidumbre sobre el comportamiento de empresas competidoras (en el caso concreto, respecto del modo en que un competidor iba a repercutir el coste derivado de nuevos tipos impositivos). No obstante, y si bien indica expresamente que la imputación de la CNC no se refiere a una concertación de precios, sino a dicha eliminación de la incertidumbre, la AN añade que, con independencia de que los precios intercambiados estuvieran ya vigentes, tales precios "se iban a mantener y eran precios futuros porque su conocimiento recíproco es lo que

permitía reducir el nivel de incertidumbre de su evolución". Con ello, parece que la AN quiere dar a entender que su razonamiento no se aparta de las Directrices horizontales de la Comisión Europea.

- En efecto, la postura de la CNC en el asunto *Suzuki-Honda* (similar a la que ya había expresado en el asunto *STANPA* –Res. CNC de 7 de febrero de 2011, [Expte. S/0155/09](#)– y a la que posteriormente expresaría la CNMC en el asunto *AENA* –Res. de 2 de enero de 2014, [Expte. S/404/12](#)–), se aparta de las Directrices horizontales de la Comisión Europea, que únicamente califican como restricción por objeto los intercambios de información sobre precios y cantidades futuras.
- Adicionalmente, la AN aplica la presunción de causalidad declarada por el TJUE en el citado asunto *T-Mobile* en el sentido de que *"las empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores"*, señalando que las partes no han aportado explicación alternativa convincente que justifique el intercambio de información.
- Con estas Sentencias, la AN respalda la postura agresiva que ante los intercambios de información está manifestando la CNMC, que no solo ha ampliado el "by object box" de las Directrices horizontales, sino que incluso ha llegado a calificar intercambios "puros" de información de datos actuales como "cártel" (Res. CNMC de 23 de julio de 2015, [Expte. S/0482/13, Fabricantes de Automóviles](#)).
- Por otro lado, en Sentencias también de 21 de julio de 2016 ([3208/2016](#) y [3209/2016](#)), la AN ha confirmado las sanciones que habían sido impuestas a Arrasate, S.L. y Fabripan Yori (Res. CNC de 10 de julio de 2013, [Expte. S/376/11, Panaderías Pamplona](#)), por conductas colusorias entre fabricantes y comercializadores de pan de Pamplona y su comarca para subir los precios de venta al público de pan fresco entre el 1 y el 3 de febrero de 2011. La AN ha estimado suficientes los indicios considerados por la CNMC en ausencia de prueba directa, consistentes en que la referida subida fuera precedida por la publicación, el 14 de septiembre de 2010 en un medio local, de declaraciones de la empresa líder del sector descartando una subida de precios de pan para 2010, pero no para 2011, todo ello en función de la evolución del precio del trigo. La AN coincide con la CNMC en que las empresas no habían sido capaces de ofrecer explicaciones racionales suficientes alternativas a la colusión.

[Begoña Barrantes](#)

No informar de la denegación de la autorización judicial de entrada no invalida una inspección, según la AN

- En [Sentencia](#) de 18 de julio de 2016, la AN ha confirmado la validez de la actuación inspectora de la CNC en el asunto de los fabricantes de tornillo (Expte. S/DC/0503/14). En concreto, la AN ha señalado que la falta de comunicación a la empresa investigada de que se denegó la autorización judicial que había sido solicitada por la CNMC para realizar la inspección no afecta por sí misma a la validez de ésta, pues la empresa consintió voluntariamente a aquélla.
- El razonamiento de la AN se funda en la jurisprudencia del TJUE *Deutsche Bahn* que, entre otras cuestiones, indica que, cuando las legislaciones nacionales no impongan autorización judicial previa, la falta de dicha autorización no implica *per se* que la inspección sea ilegal, pues ella puede contrarrestarse con la existencia de un control judicial a posteriori. La AN reconoce que dicha jurisprudencia, que en principio no afecta a las actuaciones de las autoridades nacionales de competencia, que gozan de autonomía procedimental en este punto, sí resulta de aplicación en el caso concreto para garantizar la efectividad del artículo 101 TFUE, que fue invocado por la CNMC en la correspondiente resolución. A partir de ahí, la AN razona que: (i) los supuestos en los que el interesado consiente la entrada sin mandamiento judicial han de asimilarse a los casos en los que la legislación nacional de un Estado miembro no exige previa autorización judicial; y (ii) que la legalidad de la entrada y de las actuaciones durante la inspección se enjuician de forma plena por el juez que conoce de la impugnación de la orden de inspección (STS de 10 de diciembre de 2014, *Unesa*) y no por el que autoriza la entrada, de tal manera que la denegación judicial de la entrada resulta irrelevante en el seno del recurso pues los motivos que justificaron la denegación podrían haberse corregido posteriormente.
- Dicha posición de la AN entra en aparente contradicción con la postura del TS en su sentencia de 15 de junio de 2015 (recurso de casación 1407/2014, *Cosmética Cosbar*), en la que concluyó que el consentimiento prestado por una empresa para someterse a una inspección queda viciado si la autoridad de competencia, actuando de forma contraria a la lealtad, buena fe y transparencia, no le informa de que el juzgado ha denegado la solicitud, pues debe entenderse que es nulo el consentimiento obtenido sin haber sido informado de un dato relevante para la

toma de posición sobre el consentimiento que se solicita.

- Por otro lado, al enjuiciar de forma plena la actuación inspectora de la CNMC, la AN confirma la validez de aquella a la luz también de los requisitos establecidos en la jurisprudencia *Deutsche Bahn*, pues considera: (i) que la orden de investigación estaba suficientemente motivada y justificada, salvo en lo relativo a la referencia a la posibilidad de investigar "cualquier otra conducta –distintas de posibles acuerdos para la fijación de precios y de reparto de mercado– que pudiera restringir la competencia", extremo que considera inaceptable por su vaguedad; (ii) que la CNMC respetó límites en la inspección, no accediendo a documentos privados –la Audiencia confirma en este punto la facultad de la CNMC de realizar una visión "somera" del conjunto de los documentos incautados para poder excluirlos o no del expediente– y respetando otros límites que le exige la norma; y (iii) que existe el control judicial *a posteriori* de la inspección, mediante el recurso de la orden de investigación (que es, precisamente, el procedimiento que la Sentencia comentada está resolviendo).

[Begoña Barrantes](#)

Tribunal Supremo (TS)

El TS confirma que una Administración Pública puede incurrir en una infracción del derecho nacional y europeo de la competencia al facilitar de un cártel

- El TS ha dictado el pasado 18 de julio de 2016 una [Sentencia](#) de máxima relevancia en relación con el papel que una Administración Pública puede jugar en el marco de un cártel.
- En concreto, la Sentencia se refiere al papel desempeñado por la Consejería de Agricultura y Pesca (CAP) de la Junta de Andalucía en el marco de uno de los tres expedientes incoados por la CNC en el sector del Vino de Jerez. En dicho [asunto](#), la autoridad concluyó que la CAP, en extralimitación de sus competencias, había jugado un papel activo en la conclusión, ejecución y vigilancia del "Plan Estratégico para el Marco de Jerez", en el que agricultores y bodegueros fijaban los precios de la uva para los siguientes años.
- No constituye ninguna novedad la reciente tendencia, tanto de las autoridades nacionales como europeas, de sancionar a aquellas empresas que juegan un papel facilitador de prácticas anticompetitivas, habiendo confirmado el TJUE en el asunto [Treuhand](#) que se puede incurrir en la infracción del artículo 101 TFUE a pesar de que no se actúe en el mercado en el

que la restricción de la competencia tiene lugar. Lo que constituye una verdadera novedad es que, en el presente caso, el facilitador era una Administración Pública que, no sólo no estaba presente en el mercado afectado por las prácticas investigadas, sino que no ejercía actividad económica alguna. La CAP se había limitado a actuar en extralimitación de sus competencias, facilitando y reforzando un acuerdo anticompetitivo y la propia CNC reconocía expresamente que no había actuado como operador económico.

- Mediante [Sentencia de 16 de julio de 2013](#), la AN estimó el recurso interpuesto por la CAP, declarando que la condición de operador económico es requisito mínimo e imprescindible para incurrir en la prohibición. No conforme con esta conclusión, sin embargo, la CNC no solo recurrió en casación sino que, poco después de la Sentencia de la AN, dictó una Resolución –precisamente en la que fuera su última sesión antes de la constitución de la CNMC– en la que declaró responsable de una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE a la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Comunidad Valenciana ([Resolución](#) de 27 de septiembre de 2013, expediente S/0314/10, *Puerto de Valencia*).
- El TS, sin embargo, ha casado la sentencia de la AN, concluyendo que en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado restrictivo de la competencia en el mercado. El TS justifica su fallo argumentando que se puede participar en una actividad económica en diferentes grados, sin excluir las categorías expresamente contempladas en derecho penal, a saber, en calidad de instigador, inductor o como cooperador necesario.
- Con este pronunciamiento, en la práctica, el TS trata de colmar una laguna legal a través de una interpretación amplia. Tal y como el Alto Tribunal reconoce, el [artículo 5.4 de la Ley 3/2013](#) sólo permite a la CNMC recurrir las disposiciones y actos administrativos que restringen la competencia, pero no la inactividad o la vía de hecho de las Administraciones Públicas.
- Sin embargo, hubiera sido preferible una modificación legal, introduciendo una redacción similar al artículo 27 de la [Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado](#), que dota a la CNMC de la potestad, no ya de discernir cuándo una Administración Pública actúa o no como operador económico –posibilidad fuera de toda cuestión– sino cuándo una Administración Pública está actuando dentro o fuera de sus funciones.

- Esta facultad –que debería haberse reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a una autoridad administrativa como la CNMC– introduce una nueva fuente de inseguridad jurídica para los operadores privados, que a partir de ahora deberán tener en cuenta esta sentencia en sus relaciones con la Administración. En particular, está por ver si el hecho de incluir a la Administración como uno de los participantes en un cártel disminuirá –aún más– la posibilidad de invocar la confianza legítima por parte del resto de las empresas. En este contexto resulta especialmente relevante recordar que precisamente en este mismo caso, la AN sí [estimó](#) que la incertidumbre jurídica unida a la actuación de la Administración, aunque no permitía la invocación de la confianza legítima, sí excluía el elemento intencional en la comisión de la infracción por lo que se estimó el recurso anulándose la sanción impuesta

[Belén Irissarry](#)

El TS respalda a la CNMC en materia de caducidad, pero advierte sobre las suspensiones fraudulentas

- El pasado 26 de julio de 2016, el TS dictó [sentencia](#) cerrando el debate judicial recientemente abierto en torno al instituto de la caducidad. Recordemos que la AN había realizado una interpretación favorable a la caducidad de los expedientes relativos al *cártel de los distribuidores de productos de saneamiento y fontanería* (entre otras, [SAN de 2 de noviembre de 2015](#)) y en el caso del Puerto de Valencia (entre otras [SAN de 25 de enero de 2016](#)). En estas sentencias, la AN concluyó, fundamentándose en una sentencia previa del TS de [15 de junio de 2015](#), que la CNMC no puede acordar suspensiones del plazo máximo para resolver y notificar una resolución sancionadora una vez transcurrido el plazo máximo inicial de 18 meses contados desde la incoación del expediente. Por tanto, de acuerdo con estas sentencias, la CNMC podía acordar la suspensión del procedimiento y retrasar así el plazo máximo inicial para resolver y notificar una resolución sancionadora, pero el plazo máximo inicial citado, de acuerdo con la AN, seguía constituyendo un límite para la CNMC a la hora de acordar suspensiones adicionales.
- El pronunciamiento del TS no se ha hecho esperar, dado que numerosos expedientes resueltos en el pasado por la CNMC habían acordado suspensiones habiendo transcurrido el plazo máximo inicial y, por tanto, podían quedar igualmente afectados de caducidad con base en esta nueva interpretación de la Audiencia.
- En su sentencia, el Alto Tribunal disiente de la interpretación llevada a cabo por la AN, aclarando que de su sentencia de 15 de junio de 2015 –en un caso en el que el TS sí había concluido que se había producido caducidad del expediente debido a un incorrecto cómputo de los días en los que el procedimiento había quedado suspendido– no puede inferirse que no puedan acordarse suspensiones una vez transcurrido el plazo máximo inicial. Aquella interpretación, que el TS ahora rechaza, sustraía en la práctica a la CNMC días de instrucción, siendo relevante para el TS, no sólo que la CNMC se "cifa" a un plazo máximo, sino también que pueda disponer del referido plazo de 18 meses para garantizar el adecuado desempeño de sus funciones.
- Esta sentencia, sin duda, será bienvenida por la CNMC, que ya se enfrenta actualmente a un número significativo de derrotas judiciales como consecuencia de la aplicación de la nueva jurisprudencia del TS en materia de multas ([STS de 29 de enero de 2015](#)). Con independencia de este respaldo, resulta igualmente digna de mención la advertencia que, a modo de *obiter dicta*, lanza el TS en relación con las prácticas de suspensiones fraudulentas. De acuerdo con el TS "*Cuestión distinta es que se acuerden suspensiones del trámite ficticias, sin razón real justificativa, como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente. Pero si así se aprecia, será por ese anotado carácter fraudulento, y no por haberse acordado después del día ad quem originario y en el plazo añadido al inicial por mor de una suspensión previamente acordada, pues esta última forma de actuar no puede descalificarse apriorísticamente como necesariamente contraria a Derecho*".
- En lo que se refiere a las implicaciones que la sentencia comentada tendrá para las empresas, nótese que el argumento de la caducidad, en la práctica, puede resultar un arma de doble filo ya que, si la infracción no ha prescrito, la CNMC puede incoar un nuevo expediente y, de acuerdo con la CNMC, la prohibición de la *reformatio in peius* no juega en los casos de caducidad. Debe indicarse que las empresas que fueron sancionadas conforme a la Comunicación de Multas de la CNC de 2009 y que pertenecen a grandes grupos con actividades diversificadas están recibiendo mayores multas en el marco de recálculos de multas previas anuladas por los Tribunales (aunque tales mayores multas son posteriormente reducidas

hasta el importe de la original por mor de la prohibición de la *reformatio in peius*, que sí opera en los recálculos) por lo que, en caso de caducidad –que además puede apreciarse de oficio– estas empresas enfrentaban al riesgo de ver incrementada su sanción en la práctica, como le ha ocurrido recientemente a la empresa [José Estévez](#).

[Carlos Vérguez](#)

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

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

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 in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.