

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 Clifford Chance.

En esta edición **destacamos:**

Novedades CNMC

- [Plan de actuación de la CNMC 2016](#)

Conductas

- [Continúa el escrutinio de la CNMC sobre los Colegios de Abogados](#)
- [La CNMC archiva las actuaciones relativas al acuerdo de cooperación entre DIA y EROSKI](#)
- [La CNMC desestima la denuncia contra Volkswagen por abuso y restricciones verticales de uno de los concesionarios implicados en el cártel de concesionarios de coches](#)
- [Nueva arrancada de caballo de la CNMC](#)
- [Una UTE "innecesaria"](#)

Recursos administrativos

- [Inspecciones domiciliarias: ¿necesita la CNMC indicios racionales de infracción para inspeccionar?](#)
- [El Consejo desestima el recurso de Prosecur contra la denegación del inicio de la terminación convencional del expediente S/DC/0555/15, Prosecur/Loomis](#)
- [La Dirección de Competencia rescata por la puerta de atrás el antiguo sobreseimiento y el Consejo le secunda](#)

Vigilancia

- [La nueva metodología de la CNMC para la determinación del importe de las multas por infracción de la Ley 15/2007 resulta aplicable al cálculo de las sanciones por infracción de la Ley 16/1989](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

- [No es posible realizar una interpretación extensiva de la norma sectorial para sustentar una conducta desleal contraria al artículo 3 de la LDC](#)

Tribunal Supremo (TS)

- [El TS confirma la necesidad de evaluar caso por caso si se produce un cambio de control duradero que dé lugar a una concentración](#)
- [A vueltas con la caducidad y la prescripción. El TS obliga a la CNMC afinar su puntería en el cómputo de plazos ya que en la mayoría de los expedientes sancionadores dispondrá de un único disparo](#)

Contactos:

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

Novedades CNMC

Plan de actuación de la CNMC 2016

- La CNMC hizo pública el 21 de octubre la versión definitiva de su [Plan de Actuación para el año 2016](#). El Consejo aprobó dicho Plan el 27 de julio, sin alterar sustancialmente el borrador publicado en marzo. En el área de competencia, el Plan señala como prioridades el fomentar: (i) la lucha contra los cárteles y las licitaciones fraudulentas (*bid rigging*); (ii) la imputación personal de directivos; y (iii) la prohibición de contratar con la Administración Pública. En este periodo ya hemos sido testigos de las primeras manifestaciones de los objetivos (i) y (ii) y estamos a la espera de comprobar cómo se instrumentan en la práctica las prohibiciones de contratar con la Administración. Como sectores prioritarios el Plan identifica: el mercado de telecomunicaciones y tv de pago (derechos del fútbol), el sector agrícola, el comercio *online*, las profesiones colegiadas y el sector financiero.
- La CNMC también ha publicado la versión definitiva del Balance de actuaciones del año 2015, donde destaca: (i) el record de multas, que alcanzó 549 millones de euros; (ii) la realización de 10 inspecciones en 35 empresas; (iii) el aumento de las notificaciones en un 10%; y (iv) la autorización de tres concentraciones con compromisos en primera fase y de una única en segunda (*Telefónica/DTS*). Este tipo de balance de actuaciones va a realizarse a partir de ahora de forma semestral.

[Miguel Odriozola](#)

Conductas

Continúa el escrutinio de la CNMC sobre los Colegios de Abogados

- Ya señalábamos en nuestra [publicación del pasado mes de julio](#) que los Colegios de Abogados estaban en el punto de mira de las autoridades de competencia. Pues bien, esta tendencia continúa con las multas de 459.024 euros y 25.264 euros que la CNMC impuso el pasado 15 de septiembre de 2016, respectivamente, a los Colegios de Abogados de Madrid ([Resolución ICAM](#)) y de Alcalá de Henares ([Resolución ICAAH](#)) por la realización de recomendaciones colectivas de precios dirigidas a sus Colegiados.
- Las prácticas investigadas estaban limitadas al territorio de la Comunidad de Madrid, por lo que la instrucción fue llevada a cabo por el Servicio de Defensa de la Competencia de Madrid, si bien la resolución del expediente correspondió a la CNMC.
- Llama la atención la contundente multa impuesta al Colegio de Abogados de Madrid (**ICAM**), al suponer el importe de la misma el 2% de su facturación total en el año 2015 (más aún si tenemos en cuenta que la CNMC únicamente acredita que la infracción duró desde diciembre de 2013 hasta marzo de 2015). Menos sorprendente es que, como ocurre últimamente con frecuencia en el seno del Consejo de la CNMC, sendas Resoluciones cuenten con un Voto Particular discrepante tanto en lo que se refiere a la existencia de la infracción como respecto de la metodología de cálculo de las sanciones.
- En concreto, la CNMC considera que la publicación por parte del ICAM en su página web del documento la "*Recopilación de criterios del ICAM en la emisión de sus dictámenes sobre honorarios profesionales a requerimiento judicial*" (la "**Recopilación**") constituye una recomendación colectiva de precios a los Colegiados del ICAM. En este sentido, conviene destacar que la [Ley de Colegios Profesionales \("LCP"\)](#) establece que los Colegios de Abogados están sometidos a la normativa de derecho de la competencia (artículo 2 LCP) y prohíbe a los Colegios establecer recomendaciones de cualquier tipo sobre honorarios (artículo 14 LCP), si bien es cierto que permite de forma excepcional que los Colegios elaboren criterios a efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados (Disposición Adicional Cuarta LCP o "**DA Cuarta**").
- La CNMC considera que la Recopilación va más allá de lo permitido por la DA Cuarta y que, en realidad, constituye una recomendación a los Colegiados sobre honorarios. La CNMC aporta en su Resolución una serie de "*smoking guns*" para sustentar su conclusión. En primer lugar, matiza que la Recopilación, a diferencia de lo que su propio título indica, no establece "criterios" (como permite la DA Cuarta), sino "baremos". Un "criterio" sería un conjunto de elementos que han de tenerse en cuenta para la tasación de costas y jura de cuentas, mientras que un "baremo" sería el resultado cuantitativo de aplicar dichos criterios en cada caso concreto. Asimismo, la CNMC considera que la publicación de la Recopilación limita la capacidad de los Colegiados de fijar de forma independiente los precios, y que el ICAM debería haberse limitado a informar únicamente a los órganos judiciales sobre estos criterios y no dar publicidad a los mismos. Por último, la CNMC reprocha al ICAM el hecho de que en sus propios Estatutos se disponga que una de sus funciones es "*establecer criterios orientativos sobre honorarios profesionales*".
- El [ICAM ya ha manifestado](#) su intención de recurrir la Resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa al considerar que la existencia de

criterios orientadores de honorarios responde a un mandato legal.

[Pablo González de Zárate](#)

La CNMC archiva las actuaciones relativas al acuerdo de cooperación entre DIA y EROSKI

- En su [Resolución de 29 de septiembre de 2016](#), el Consejo de la CNMC ha acordado la no incoación de expediente sancionador, y el consecuente archivo de las actuaciones, en el Expediente S/DC/0570/15, Aprovechamiento *DIA/EROSKI* al considerar que no existen indicios de infracción de las normas de defensa de la competencia. La investigación de la CNMC se inició a raíz de sendas denuncias presentadas por la FIAB y PROMARCA contra el acuerdo cooperación entre DIA y Eroski para la negociación conjunta con grandes proveedores ("**Acuerdo**") por una supuesta infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.
- En su Resolución, el Consejo sigue la metodología de análisis de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal. Tras descartar que el Acuerdo analizado tenga por objeto la restricción de la competencia, el Consejo analiza sus efectos en los mercados de distribución minorista, aprovisionamiento y *cash&carry*, concluyendo que el poder de mercado de las partes no es lo suficientemente elevado como para que el acuerdo analizado plantee riesgos para la competencia. En este sentido, considera que, de hecho, los proveedores cuentan con un importante poder de negociación derivado de la notoriedad de sus marcas, suficiente para forzar el establecimiento de condiciones no restrictivas de la competencia.
- Asimismo, el Consejo excluye la posibilidad de que el Acuerdo pueda suponer un abuso de posición dominante o un falseamiento de la competencia por actos desleales debido a las características del mercado, en el que los proveedores gozan de un importante poder de negociación que limita la actividad de los distribuidores minoristas. A este respecto, el Consejo valora el hecho de que el Acuerdo sea susceptible de generar efectos positivos para los consumidores.
- En lo que concierne a la información intercambiada por las partes, el Consejo concluye que los mecanismos previstos en el Acuerdo garantizan la estanqueidad de la información estratégica y evitan que se produzca el trasvase de la misma entre las partes. En particular, el Acuerdo contempla que todos los datos recibidos por

las partes se reciban de forma agregada, y que la información estratégica individual sea remitida por cada parte a un tercero (un consultor) que se encargará de analizarla, agregarla y compartir con las partes únicamente la estrictamente necesaria para el funcionamiento del Acuerdo.

- El Consejo valora que la inexistencia en España de redes de acuerdos similares entre otras empresas activas en el mercado analizado impide que se produzca un refuerzo del poder de compra en el mercado de aprovisionamiento de bienes, a diferencia de lo que ha sucedido en Francia, donde seis de los principales operadores del mercado de distribución minorista han alcanzado acuerdos de cooperación horizontal semejantes.
- Sin perjuicio de lo anterior, no cabe descartar que esta Resolución anime a las empresas activas en otros sectores a alcanzar acuerdos similares (siempre que no refuercen de forma significativa el poder de compra), en mercados de adquisición de materias primas, componentes o de prestación de servicios, con el fin de reducir los precios de compra.

[Carlos Vérguez / Fernando Las Navas](#)

La CNMC desestima la denuncia contra Volkswagen por abuso y restricciones verticales de uno de los concesionarios implicados en el cártel de concesionarios de coches

- La CNMC ha desestimado mediante [Resolución de archivo en Volkswagen Servicio Oficial \(S/DC/0564/15\)](#) la denuncia planteada por el concesionario DIMARÁN contra Volkswagen Audi España, S.A. (VAESA), y ha archivado las actuaciones por la supuesta infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC. DIRAMAN denunciaba la (i) retirada unilateral por parte de VAESA de la concesión para la venta de vehículos nuevos marca Volkswagen y Audi, la retirada de rótulos y vehículos, así como las dificultades impuestas a la adquisición de vehículos a otros concesionarios; y el (ii) trato discriminatorio sufrido por DIMARÁN en la prestación de servicios post-venta (recambios y taller de mecánica), en la fijación de objetivos de reparaciones, mantenimientos y recambios, y la desconexión a la red informática de VAESA tras la resolución del contrato de concesión.
- El Consejo de la CNMC, asume las conclusiones de la Dirección de Competencia y considera, respecto al contrato de concesión, que VAESA se puede acoger a la exención por categorías del Reglamento 330/2010 de acuerdos verticales ya que su cuota en el mercado de fabricación y comercialización de vehículos nuevos

en España es inferior al 30%. La resolución unilateral sería compatible con dicho Reglamento, que permite establecer sistemas de distribución selectiva cuantitativa, con limitación del número de concesionarios, por lo que no habría infracción ni del artículo 1 ni del 2 de la LDC. Adicionalmente, VAESA respetó el plazo de preaviso de dos años previsto en el Reglamento 1400/2002 de exención por categorías del sector del automóvil. La retirada de rótulos y de vehículos en stock y la prohibición de adquirir vehículos a otros concesionarios era consustancial a la retirada de la concesión, y compatible con la facultad de prohibir las ventas a miembros no autorizados de un sistema de distribución selectiva prevista en el Reglamento 330/2010.

- Respecto a las conductas relativas al contrato de servicios post-venta, si bien la cuota de VAESA es superior al 30% –y aunque no se descarte que VAESA pueda ser dominante– no se aprecian indicios de una política sistemática de trato discriminatorio entre sus concesionarios ni en cuanto a los objetivos de reparaciones, mantenimientos y recambios, ni la desconexión a la red informática de VAESA, que únicamente se refirió a la actividad de venta y no a la de servicios post-venta.
- Adicionalmente, el Consejo concluye que varias de las discrepancias imputadas por DIMARAN a VAESA (compensación por la resolución del contrato de concesión, o por los daños causados por la retirada de rótulos en la actividad post-venta de DIMARAN) no van más allá de lo razonable en el marco de un proceso de negociación bilateral entre proveedor y distribuidor, que no afectaría al interés público que la CNMC debe preservar, y remite su valoración, en su caso, a la jurisdicción ordinaria competente. La CNMC ha hecho pública posteriormente otra Resolución de archivo en el caso S/DC/0556/15 *General Motors /Opel*, en el que se denunciaban ciertas prácticas en el mercado de los servicios de mantenimiento y reparación de vehículos, donde se alcanzan conclusiones similares respecto de la falta de afectación del interés público y el carácter privado de las pretensiones ejercitadas.
- Por último, es interesante indicar que DIMARÁN alegó que la razón que llevó a VAESA a resolver el contrato de concesión fue la participación de aquélla en el cartel de concesionarios de coches, investigado y sancionado por la propia CNMC en el Expediente S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*. Si bien VAESA no parece aceptar ni rechazar expresamente tal acusación, y únicamente se refiere como justificación a la reestructuración de su red de concesionarios, lo cierto es que la participación en un cártel parece una justificación razonable, por sí misma, para resolver legítimamente el contrato de concesión.

[Carlos Vérguez](#)

Nueva arrancada de caballo de la CNMC

- La CNMC incoó en abril un nuevo expediente sancionador contra la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza ("**ANCCE**") por presuntas prácticas prohibidas en el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE, cinco meses después de que la [AN](#) declarara la caducidad del expediente *Criadores de caballos*, tras el recurso interpuesto por ANCCE frente a la Resolución de 17 de julio de 2014.
- La carrera de este asunto es larga: en 2012, el Consejo de la CNMC desestimó la propuesta de archivo de la Dirección de Competencia y ordenó la incoación de expediente sancionador, lo que tuvo lugar en noviembre de 2012; a comienzos de 2013, se adoptaron medidas cautelares en torno tanto a los requisitos como al procedimiento de atribución a potenciales interesados de la condición de "Secretaría Técnica homologada" para los concursos morfológicos-funcionales de los caballos de Pura Raza Española por la ANCEE, y a finales de ese mismo año se declararon incumplidas, sancionando por ello a la ANCEE con un importe de 10.412 euros; en julio de 2014, el Consejo adoptó su Resolución en relación con el fondo del asunto declarando la existencia de infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, a la que se acompañan dos votos particulares; en noviembre de 2015, la AN anuló la Resolución sancionadora por caducidad al notificarse ésta una vez expirado el plazo máximo de conclusión del procedimiento.
- En la medida en que no habrían transcurrido 4 años desde la incoación del expediente *Criadores de Caballos* y la incoación del actual *Criadores de caballos 2*, en principio la ANCCE no se podría beneficiar de la doctrina plasmada en la reciente sentencia del TS en el asunto *José Estévez*, comentada más adelante en la presente *Newsletter*.

[Ana Latorre](#)

Una UTE "innecesaria"

- La CNMC ha [impuesto](#) un total de 1,8 millones de euros a Halcón Viajes y Viajes Barceló por incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000 (expediente sancionador 476/99, *Agencias de viaje*), lo que constituye una infracción muy grave tipificada en el apartado 4.c) del artículo 62 de la LDC.
- En aquel expediente, el entonces TDC impuso sanciones a cuatro agencias de viajes por presentar ofertas idénticas al concurso público de viajes del IMSERSO y acordar la ejecución conjunta del mismo

cualquiera que fuera el resultado de la licitación a través de la Agrupación de Interés Económico (AIE) Mundosocial, creada e integrada por las cuatro agencias de viajes. Todas las infracciones declaradas fueron confirmadas por la AN y el TS en la revisión judicial del procedimiento.

- La CNMC detectó en su labor de vigilancia (realizada entre los años 2010 y 2015) que la conducta sancionada y los efectos anticompetitivos derivados de la misma podrían seguir produciéndose. El Consejo de la CNMC confirmó además que las actuaciones de vigilancia pueden prolongarse en el tiempo, dada la ausencia de plazo de caducidad.
- Una vez instruido el expediente, la CNMC ha constatado cómo las empresas sustituyeron el pacto previo de presentar todas la misma oferta al concurso público y acordar su ejecución conjunta a través de la AIE Mundosocial, cualquiera que fuera su resultado, por la creación de una Unión Temporal de Empresas (UTE) que se presentara regularmente al concurso en lugar de las propias empresas. Así, entre las temporadas 1995/96 y 1997/98, las cuatro agencias de viajes sancionadas se presentaron al concurso de viajes del IMSERSO con ofertas idénticas. A partir de la temporada 1998/99, las cuatro agencias formaron una UTE, ligada y asociada a Mundosocial, que resultó ser la única licitadora al concurso público a partir de ese año salvo en tres ejercicios. Posteriormente, la UTE fue perdiendo alguno de los miembros que la integraban sin que esta circunstancia impidiera la presentación de ofertas conjuntas. Desde 2013 sólo participaron en la UTE Viajes Barceló y Halcón Viajes. En la actualidad, y hasta la temporada 2014/2015, esta UTE sigue siendo la adjudicataria de todos los concursos convocados.
- Analizadas las características de los contratos y la estructura, volumen de negocios y propia actuación de las empresas sancionadas, la CNMC considera que no han existido razones económico-financieras, tecnológicas, o de falta de capacidad para atender de forma individual y en plazo, las demandas del IMSERSO, por lo que el uso continuado de la UTE no ha quedado justificado. Por ello, la CNMC ha declarado acreditado el incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución del TDC dictada en el expediente sancionador 476/99, *Agencias de viaje*. Las empresas invocaron la aplicación del principio de confianza legítima, en la medida en que la Administración nunca objetó a la participación de las empresas a través de una UTE y, además, la Resolución incumplida no declaró que el recurso a dicha figura constituyera una infracción. La CNMC, sin embargo realiza una interpretación restrictiva del principio de confianza legítima, en línea con precedentes anteriores y confirma la necesidad también manifestada en

expedientes recientes de justificar la necesidad objetiva de una UTE para evitar riesgos de competencia.

[Ana Vide](#)

Recursos administrativos

Inspecciones domiciliarias: ¿necesita la CNMC indicios racionales de infracción para inspeccionar?

- El 15 de septiembre, la CNMC [resolvió](#) el recurso interpuesto por Abelló Linde, S.A. ("**Linde**") frente a la decisión de autorización de la inspección y consiguiente actuación inspectora llevada a cabo por la CNMC en la sede social de Linde en el contexto de la investigación que condujo a la incoación del Expediente S/DC/0561/15, relativo al mercado de la fabricación, distribución y comercialización de gases medicinales.
- Esta resolución arroja luz en materia de posibles vicios de la decisión de autorización de la inspección, en este caso, no ya en materia de los requisitos de concreción del objeto de la inspección definido en la autorización de la misma ni de la validez del consentimiento prestado para la entrada de los inspectores, sino de la suficiencia de los indicios con base en los cuales la CNMC queda legitimada para proceder a la actuación inspectora. La concurrencia de esta circunstancia no puede verificarse en el momento de consentir a la inspección, ya que la CNMC no está obligada a comunicar los indicios de los que dispone para realizar una inspección. Sin embargo, en un momento posterior, con los sucesivos accesos al expediente, la empresa puede tomar conciencia de que los indicios invocados de forma genérica en la orden de investigación bien no existían, bien eran insuficientes. Esta circunstancia explica que Linde formulara una solicitud de revisión de oficio –ex artículo 102 LJCA– y no un recurso administrativo ordinario ya que el vicio de nulidad –la falta de indicios para ordenar la inspección con vulneración del derecho a la privacidad e inviolabilidad del domicilio de Linde– sólo pudo ser constatado en un momento posterior a la expiración del plazo para formular recurso ordinario frente a la orden de investigación (diez días desde la notificación del acto).
- Linde alegó en su recurso que la decisión de autorización no estuvo lo suficientemente fundada por haberse acordado la realización de la inspección domiciliaria con base únicamente en el testimonio oral, otorgado a funcionarios de la CNMC y no incorporado a acta alguna ni soportado por ningún documento adicional, de funcionarios de diversas Comunidades

Autónomas responsables de compras de hospitales. Linde defendió que tales testimonios, respecto de los que no se concreta su contenido ni la identidad del confidente, no constituyen indicio suficiente para justificar por sí mismos la inspección, de modo que la misma habría sido desproporcionada y por ello habría vulnerado su derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio.

- Linde invocó a tal efecto la STS de 23 de marzo de 2015, núm. 203/2015 que, en el ámbito penal, consideró que la mera mención de fuentes confidenciales era insuficiente para justificar la invasión en los derechos fundamentales, siendo necesario “algo más”. De este modo, Linde defendió que una medida tan gravosa como la entrada en su domicilio no queda justificada por las meras confidencias de los responsables de compras, cuya identidad y declaraciones no constan en el expediente.
- Frente a ello, la CNMC concluye que la sentencia del TS ha sido citada de forma torticera por la recurrente cuestionándose hasta qué punto las eventuales conclusiones de tal jurisprudencia en materia penal respecto de escuchas telefónicas en el domicilio de personas físicas serían trasladables sin más al ámbito del derecho administrativo sancionador y a la concreta entrada en la sede social de una empresa.
- En todo caso, la CNMC concluye que la existencia de indicios racionales no es requerida para la realización de una inspección domiciliaria, respecto de la que bastaría con la “posible existencia de una infracción” (artículo 49.2 de la LDC), sino que dicha existencia de indicios racionales opera como elemento legitimador de un acto necesariamente posterior a la eventual inspección, que es el de la incoación del expediente sancionador (artículo 49.1 de la LDC).
- Cabe plantearse si, en caso de llegar a recurrirse esta Resolución, la postura de la CNMC será respaldada por los tribunales. Si bien parece que Linde estaría exigiendo un grado tal de solidez de los indicios previos a la inspección domiciliaria que podría vaciar de contenido el poder de inspección de la CNMC (es más, tal solidez incluso podría hacer la inspección innecesaria o redundante), no es menos cierto que la decisión de la CNMC realiza algunas afirmaciones sorprendentes. En concreto, la CNMC afirma que respecto de las informaciones que dieron lugar a las inspecciones (las entrevistas orales no recogidas en acta alguna por la CNMC) debe regir la presunción de veracidad recogida en el artículo 137.3 de la LRJPAC, cuando la misma CNMC está admitiendo que no se levantó acta de las entrevistas, con lo que faltaría un elemento esencial del citado precepto: la formalización en documento público. Por otra parte, la conclusión de que la existencia de indicios racionales no es

necesaria para realizar una inspección entra en contradicción con la jurisprudencia europea –citada en numerosas ocasiones por la AN y el TS –que, precisamente para evitar las inspecciones “exploratorias”, exige que la autoridad disponga de indicios suficientemente fundados que permitan sospechar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia con antelación a la realización de una inspección ([Nexans](#)) o a la remisión de un requerimiento de información ([Cementos Portland](#)).

[Miguel Andreu](#)

El Consejo desestima el recurso de Prosegur contra la denegación del inicio de la terminación convencional del expediente S/DC/0555/15, Prosegur/Loomis

- El Consejo de la CNMC ha desestimado el recurso administrativo interpuesto por [Prosegur](#) contra la denegación de la Dirección de Competencia del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente sancionador S/DC/0555/15, *Prosegur/Loomis* incluida en la Propuesta de Resolución de 13 de junio de 2016.
- En su Resolución, el Consejo recuerda que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce el derecho de las empresas investigadas a solicitar la terminación convencional de un procedimiento sancionador pero que no existe obligación alguna de que la CNMC acceda a la misma, siempre que cumpla con los requisitos de motivación cuando decida denegarla. En este sentido, el Consejo subraya que el objeto de este tipo de Resoluciones es únicamente analizar si la denegación del inicio de la terminación convencional fue conforme a Derecho y, por tanto, los recurrentes no pueden pretender que el Consejo analice el fondo del asunto que se dirimirá en el procedimiento sancionador principal.
- En su análisis sobre la legalidad de la denegación del inicio de la terminación convencional, el Consejo coincide con la Dirección de Competencia en que no se cumplen ninguno de los dos requisitos del artículo 47 de la LDC. Por lo que respecta a la indefensión, la denegación fue debidamente motivada en la Propuesta de Resolución y, además, dicha negativa no es más que un trámite dentro del procedimiento sancionador principal, por lo que no es susceptible de generar indefensión. Por otro lado, el Consejo considera que la denegación tampoco generó un perjuicio irreparable ya que existe la posibilidad de que en la fase de resolución del procedimiento sancionador

principal, y si estuviera disconforme con la postura de la Dirección de Competencia respecto a la denegación, el Consejo retrotraiga las actuaciones, instando a la Dirección de Competencia a que inicie las actuaciones tendentes a la terminación convencional.

[Fernando Las Navas](#)

La Dirección de Competencia rescata por la puerta de atrás el antiguo sobreseimiento y el Consejo le secunda

- Durante este periodo, el Consejo ha resuelto dos recursos frente a Resoluciones de la Dirección de Competencia con interesantes implicaciones desde el punto de vista del procedimiento sancionador. Se trata de dos Resoluciones de 29 de septiembre de 2016, [Zardoya Otis \(R/AJ/543/16\)](#) y [Colegiación Ingenieros Técnicos Industriales \(R/AJ/544/16\)](#). No se trata de los primeros casos, ya que existe un precedente similar del año 2014 en el asunto [Auditorías de Gestión Integral 2 \(R/AJ/0067/14\)](#).
- Una de las novedades principales de la LDC consistía en centralizar la totalidad de las facultades resolutorias en el Consejo de la CNMC, limitándose el órgano instructor a formular propuestas. Por ello, el Consejo no es sólo competente para adoptar una resolución tras la tramitación del correspondiente expediente –a favor o en contra de la existencia de infracción, ver artículos 53.1.a) y c) de la LDC– sino que también es el encargado de acordar –previa propuesta de la Dirección de Competencia– la no incoación de expediente (art. 49.3 de la LDC). Ello constituye una novedad respecto del régimen anterior, donde era el órgano instructor –el entonces SDC– el encargado de adoptar decisiones de no incoación, o decisiones de "sobreseimiento".
- La modificación operada por la LDC trataba de reforzar la separación de funciones entre órgano de instrucción y de resolución. Sin embargo, también implicaba desventajas en su aplicación práctica. En efecto, el Consejo se veía obligado a adoptar una decisión en relación con todas las denuncias recibidas, lo que exigía la dedicación de importantes recursos en supuestos que, en más de una ocasión, carecían de todo fundamento. En este contexto, en los supuestos aquí comentados (en los que se denunciaba la facultad de una empresa de administración de fincas para decidir la empresa encargada del mantenimiento de ascensores o la falta de respuesta a una solicitud de colegiación) la Dirección de Competencia ha decidido cortar por lo sano, "comunicando" a los denunciados que sus denuncias claramente escapaban del ámbito de aplicación de la LDC.

- El Consejo ha inadmitido los recursos interpuestos por sendas empresas, confirmando implícitamente que está dispuesto a delegar ciertas potestades decisorias a la Dirección de Competencia, a pesar de que dichas facultades no están contempladas expresamente en la LDC y parecen estar en aparente contradicción con el artículo 49.3 LDC. Queda por ver si esta decisión abre la puerta a potenciales conflictos entre órgano de instrucción y resolución –precisamente lo que la nueva LDC pretendía evitar– si la Dirección de Competencia decide realizar "comunicaciones" similares en relación con denuncias de casos que no estén tan claros. En todo caso, al Consejo siempre le quedará admitir los recursos frente a dichas "comunicaciones". Exactamente el escenario existente bajo la Ley 16/1989.

[Diego Doménech](#)

Vigilancia

La nueva metodología de la CNMC para la determinación del importe de las multas por infracción de la Ley 15/2007 resulta aplicable al cálculo de las sanciones por infracción de la Ley 16/1989

- La CNMC ha hecho pública la [Resolución de 29 de septiembre de 2016](#) de recálculo de la sanción impuesta a Abertis en el expediente S/0646/08, *Axión/Abertis*, por abuso de posición de dominio contrario a los artículos 2 de la Ley 16/1989 y 82 del TCE. En este asunto, mediante [Sentencia de 23 de abril de 2015](#), el Tribunal Supremo había anulado la sanción de 22.658.863 euros impuesta a Abertis, al considerar que la entonces CNC había aplicado retroactivamente y de forma encubierta la Comunicación de Multas de 2009. En su sentencia, el Tribunal Supremo ordenaba a la CNMC recalcular la sanción de acuerdo con los criterios del artículo 10.2 de la Ley 16/1989.
- En este expediente se dilucida si la metodología para el recálculo de la sanción por una infracción de la Ley 16/1989 debe ser la misma que la nueva metodología de la CNMC para determinar el importe de las multas por infracción de la Ley 15/2007 (de acuerdo con la [STS de 29 de enero de 2015](#)) o si, por el contrario, la Ley 16/1989 contemplaba una metodología diferente y más favorable que, en particular, tuviera en cuenta como límite máximo de la sanción el 10% de las ventas afectadas y no las ventas totales. La CNMC afirma que, a pesar de que la STS de 29 de enero de 2015 centra su análisis en los artículos 63 y 64 de la

Ley 15/2007, su "razonamiento lógico" se extiende a la dicción "equivalente" contenida en el artículo 10 de la Ley 16/1989. A este respecto, la CNMC concluye, con referencia a la STS de 29 de enero de 2015, que los artículos 63.1 de la Ley 15/2007 y 10.1 de la Ley 16/1989 dicen lo mismo y que cuando la Ley 15/2007 añade el adjetivo "total" al término "volumen de ventas" contenido en el artículo 10.1 de la Ley 16/1989, lo hace con finalidad aclaratoria, sin que quepa considerar que se produjo una innovación normativa. La Resolución cuenta con dos Votos Particulares que sin embargo cuestionan esta conclusión sobre la base de que el artículo 10 de la Ley 16/1989 no fue objeto de casación en la STS de 29 de enero de 2015.

- En cuanto a la metodología aplicada en la práctica por la CNMC, no puede decirse mucho más que la sanción se reduce a un número redondo, de un 6,05% a un 5% del volumen de ventas total de Abertis durante el ejercicio económico anterior a la imposición de la sanción, lo que en la práctica implica una multa que pasa de 22.658.863 euros a 18.717.500 euros. En línea con Resoluciones anteriores, los Votos Particulares siguen cuestionando la suficiencia de la motivación de la Resolución.

[Belén Irissarry](#)

Audiencia Nacional (AN)

No es posible realizar una interpretación extensiva de la norma sectorial para sustentar una conducta desleal contraria al artículo 3 de la LDC

- Mediante [Sentencia de 25 de octubre de 2016](#), el TS ha anulado la Resolución de la CNMC de 11 de julio de 2012, que había sancionado a la comercializadora del Grupo Endesa (Endesa Energía XXI o EEXXI) por haber realizado una conducta desleal contraria al artículo 3 de la LDC. La infracción imputada se fundaba, a su vez, en la vulneración del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal (que considera desleal la infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial) en relación con la Disposición Adicional ("DA") Primera de la Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, relativa al traspaso de clientes del suministro a tarifa al suministro de último recurso, así como a las condiciones de suministro transitorio a tarifa de último recurso ("TUR") a clientes sin derecho a TUR pero sin contrato de suministro en el mercado libre.
- El supuesto de hecho sancionado fue la modificación por EEXXI de los contratos de suministro de los consumidores sin derecho a TUR a los que por imperio legal, como comercializadora de último recurso, estaba

suministrando transitoriamente—de tal manera que tales clientes pasarían a estar suministrados por la misma entidad a precio del mercado libre— sin recabar el consentimiento expreso de aquéllos (sino informándoles de la intención de hacerlo y de su derecho a resolver el contrato sin penalización). Según la CNMC, la falta de consentimiento expreso de los clientes infringía lo previsto en la DA Primera de la Orden indicada.

- Dicha DA exigía consentimiento expreso del cliente en los casos en los que hubiera cambio en la persona del comercializador. No obstante, tanto la resolución sancionadora como la posterior SAN que la confirmó (SAN de 31 de octubre de 2014), consideraron, mediante una interpretación de la citada DA según su contexto jurídico-económico (liberalización del suministro eléctrico), que tal norma era también aplicable al supuesto de hecho que nos ocupa (en el que sin embargo no se había producido cambio de suministrador).
- Sin embargo, el TS, acogiendo la tesis de la recurrente, considera que dicha interpretación contextual y teleológica de la norma sectorial que hacen la CNMC y la AN para sustentar una infracción de la LDC es contraria a los principios de seguridad jurídica y de tipicidad. Por ello, casa la SAN y declara contraria a Derecho la Resolución sancionadora de la CNMC.

[Begoña Barrantes](#)

Tribunal Supremo (TS)

El TS confirma la necesidad de evaluar caso por caso si se produce un cambio de control duradero que dé lugar a una concentración

- En enero de 2012, la CNMC [sancionó](#) a Gestamp Manufacturing Autochasis, S.L., Grupo Estampaciones Sabadell, S.L.U. y a sus matrices, por haber ejecutado una concentración antes de su autorización (*gun jumping*) (SNC/0015/11). Dicha ejecución anticipada se habría producido, según la CNMC, mediante la implementación del primero de los dos acuerdos de inversión a través de los que se instrumentalizaba la concentración y, conforme al cual, Gestamp adquirió el 10% de Essa Palau y vetos sobre materias que, según la CNMC, le habrían otorgado influencia decisiva sobre la sociedad.
- La Resolución fue recurrida por las sancionadas ante la AN que, por [Sentencia de 24 de abril de 2015](#), anuló la Resolución de la CNMC por considerar (i) que dicho primer acuerdo de inversión carecía de vocación de permanencia (pues tuvo una vigencia de 48 días al

estar sujeto a una condición resolutoria que vinculaba su propia existencia a la autorización por la CNMC del segundo acuerdo), y (ii) que los vetos conferidos a Gestamp por ese primer acuerdo (el endeudamiento financiero, las cuentas anuales y el nombramiento de personal de la empresa) no otorgaban a dicha entidad influencia decisiva sobre Essa Palau. La AN basa su interpretación en la Comunicación de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales –que califica como instrumento interpretativo relevante– y aclara que la normativa de la Unión, si bien despliega sus efectos de forma paralela a la normativa nacional, está concebida para garantizar la efectividad de un mercado interior competitivo. Resalta además la identidad entre el artículo 7 de la LDC y el 3.2 del Reglamento 139/2004.

- La Abogacía del Estado interpuso contra la citada SAN recurso de casación en interés de Ley, mediante el que solicitaba que el TS declarara, como doctrina legal (i) que la exigencia de que se produzca un cambio estable de control para que haya concentración no excluye la vigencia temporal de un primer contrato que es parte de una concentración instrumentada mediante varios contratos vinculados, y (ii) que si hay o no influencia decisiva debe determinarse mediante un análisis conjunto de los elementos concurrentes.
- [Mediante sentencia del 10 de octubre de 2016](#) el TS desestima la pretensión del Abogado del Estado. En primer lugar, el TS señala que no puede establecerse como doctrina legal que en un proceso de concentración articulado mediante varios acuerdos sucesivos, el primero u otro previo al acuerdo final implique ya, necesariamente y en todo caso, una toma estable de control de la entidad absorbida. En segundo lugar, el TS considera que, en el caso concreto, la AN excluyó la posibilidad de Gestamp de ejercer influencia decisiva sobre Essa Palau mediante el análisis de conjunto de las circunstancias concurrentes.
- De la Sentencia comentada se desprenden, por tanto, varias consideraciones relevantes. La primera, que el análisis de si la ejecución del primero de varios acuerdos mediante los que se instrumentaliza una concentración implica la adquisición de control estable sobre una empresa ha de hacerse caso por caso, siendo el criterio decisivo si dicho acuerdo otorga o no la capacidad de ejercer influencia decisiva a la empresa adquirente. La segunda, que si bien el TS no se pronuncia expresamente sobre dicha influencia decisiva, respalda *de facto* la interpretación de la AN en el sentido de que vetos sobre el endeudamiento financiero (cuando existen otras vías de financiación), las cuentas anuales y el nombramiento de un gerente que solo gestiona el día a día de una empresa sin decidir sobre sus cuestiones estratégicas, son insuficientes para otorgar control. De forma similar, el

TS confirma también implícitamente el valor interpretativo relevante de la Comunicación sobre cuestiones jurisdiccionales de la Comisión Europea. En definitiva, el área del control de concentraciones exige análisis detallados, caso por caso, evitándose excesivos automatismos.

[Begoña Barrantes](#)

A vueltas con la caducidad y la prescripción. El TS obliga a la CNMC afinar su puntería en el cómputo de plazos ya que en la mayoría de los expedientes sancionadores dispondrá de un único disparo

- En la [primera entrega](#) de nuestra *Newsletter* tuvimos la ocasión de comentar cómo, en la práctica, ganar un argumento procesal podía salir muy caro. Se trataba del caso José Estévez, en el que una empresa a la que se le había impuesto una multa de 1,2 millones de euros por participar en el cártel del vino de Jerez, veía su recurso estimado ante la AN por caducidad (la CNMC tardó un día más de la cuenta en notificar la Resolución a esta empresa) sin que, sin embargo, la Sala estimara su alegación de prescripción, realizando una interpretación amplia del artículo 68.3 LDC que regula los actos que interrumpen la prescripción. La empresa tuvo que enfrentarse a un nuevo expediente sancionador, en el que la CNMC le impuso una [multa](#) significativamente superior de 1,7 millones de euros sin que aquélla pudiera invocar la prohibición de la *reformatio in peus* al tratarse de un expediente completamente nuevo.
- La empresa José Estévez, sin embargo, no se conformó y formuló recurso de casación ante el TS que, mediante [sentencia](#) del 24 de octubre de 2016, acaba de fallar a su favor, realizando una interpretación mucho más estricta de los actos interruptivos de la prescripción regulados en el artículo 68.3 LDC. En primer lugar, el TS concluye acertadamente que exigir el pago de una multa por parte de la Administración no puede considerarse una actuación diferente e independiente de un procedimiento sancionador caducado, procedimiento que, de acuerdo con el artículo 92.3 de la Ley 30/92, no interrumpe el plazo de prescripción, y por tanto esta circunstancia no puede incardinarse en la primera parte del artículo 68.3 LDC que establece que la prescripción se interrumpe "*por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley*". Por otra parte, el TS declara que la petición de suspensión de la sanción en el marco del recurso contencioso administrativo

interpuesto por una empresa frente a la resolución sancionadora no puede interpretarse precisamente como un acto tendente a "asegurar, cumplimentar o ejecutar" la resolución recurrida en el sentido del artículo 68.3, segunda parte. Más bien todo lo contrario.

- La STS determina que la Administración no podrá cobrar la multa de 1,7 millones de euros impuesta a José Estévez al haber prescrito la infracción. Sin embargo, las consecuencias para la Administración son de un alcance mucho mayor. En efecto, la interpretación de la sentencia casada permitía a la CNMC volver a incoar expediente sancionador cuantas veces fuera necesario a pesar de la caducidad (ver recientemente la reincoación del expediente [Criadores de Caballos 2](#)) también comentada en esta *Newsletter*, simplemente incorporando los documentos del expediente original al nuevo expediente (práctica confirmada por la jurisdicción contenciosa, ver por ejemplo [SAN de 3 de mayo de 2007](#)). La STS comentada ha reducido drásticamente esta posibilidad, forzando a la CNMC a actuar de forma mucho más rigurosa con los plazos desde el inicio. Ello porque si una empresa sancionada invoca la caducidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa y su pretensión es estimada, la CNMC no puede excluir que los cuatro años a contar desde el cese de la infracción (y asumiendo que la infracción cesa cuando se incoa el expediente) hayan transcurrido cuando se haya dictado sentencia. Las posibilidades no son escasas, teniendo en cuenta que la CNMC suele apurar los 18 meses de los que dispone para dictar resolución (ampliándolos a través de numerosas suspensiones) y que la revisión jurisdiccional suele extenderse por un periodo que puede exceder de dos años.
- Poniendo esta sentencia en relación con la STS de 26 de julio de 2016 (sobre caducidad, comentada [aquí](#)) puede concluirse que, por un lado, el TS ha decidido ampliar el margen de la Administración a la hora de acordar suspensiones del procedimiento sin someterla de forma estricta al instituto de la caducidad pero, por otro lado, ha exigido a modo de contrapeso un mayor rigor a la CNMC a la hora de computar los plazos, so pena de prescripción de la infracción.

[Belén Irissarry](#)

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.