

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

- [La CNMC intensifica la lucha contra el fraude en la licitación pública](#)

Conductas

- [La CNMC incoa expediente sancionador en el mercado de las baterías usadas](#)
- [Expediente sancionador incoado en el mercado de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios](#)
- [Nuevo encontronazo del Colegio de Abogados de Guadalajara con la CNMC: multa por recomendación de tarifas](#)
- [Multa a la Asociación de Autoescuelas de Madrid por recomendar precios a través de la difusión de un Estudio Económico elaborado por un Catedrático de Economía Aplicada](#)
- [Multas a las empresas de seguridad Prosegur y Loomis por conductas colusorias desarrolladas mediante la figura de la subcontratación en procedimientos de licitación](#)
- [La CNMC destapa el 'cártel de las orlas' y sanciona a varias empresas y autónomos prestadores de servicios fotográficos](#)

Concentraciones

- [Los riesgos de la integración vertical: ante la adquisición de puntos de distribución y suministro de gas licuado del petróleo equivalentes, la CNMC exige compromisos a Gas Natural Fenosa, pero no a MRG, Redexis ni Gas Extremadura](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

- [La AN se pronuncia sobre los límites procesales y materiales de las recalificaciones jurídicas operadas por el Consejo de la CNMC](#)

Tribunal Supremo (TS)

- [The Colomer Group no consigue beneficiarse del éxito judicial de Montibello ante el TS al no ser posible el procedimiento de revisión de su sentencia firme](#)
- [La dificultad de invocar con éxito el principio de confianza legítima: el caso *Uvas Denominación de Origen Valdepeñas*](#)

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 3 de diciembre de 2016 al 9 de febrero de 2017

Novedades CNMC

La CNMC intensifica la lucha contra el fraude en la licitación pública

- La CNMC ha intensificado su esfuerzo en la mejora de los procedimientos de contratación y la persecución de las irregularidades en los concursos públicos, iniciando una [campaña](#) para solicitar la colaboración de los órganos de la Administración Pública encargados de diseñar y adjudicar los contratos. Este anuncio se produce tras la publicación en su [Plan de Actuación](#) el pasado 27 de julio de 2016 que uno de los objetivos principales de la CNMC es "*reforzar la lucha contra actuaciones contrarias a la competencia en licitaciones públicas (bid-rigging)*".
- La CNMC estima que la contratación pública representa el 15% del PIB nacional, y que los sobrecostos causados por la falta de competencia en los concursos públicos ascienden a 40.000 millones de euros.
- En el marco de la citada campaña, la CNMC ha organizado charlas formativas en diferentes departamentos de la Administración y ha publicado una breve [guía contra el fraude en la licitación pública](#) para facilitar el proceso de detección de indicios de prácticas anticompetitivas en los procedimientos de licitación pública y privada. En dicha guía, la CNMC invita a la Administración a contactar con la autoridad de competencia si identifica cualquier indicio de manipulación.
- La guía incluye los diez indicios principales de manipulación de concursos, por ejemplo, la similitud sospechosa de las ofertas presentadas, el uso de UTEs entre licitadores sin justificación aparente, o la presentación de ofertas económicas de idéntica redacción, formato o errores.
- La CNMC recuerda la necesidad de mejorar el diseño de los concursos y de que las cláusulas en los pliegos de contratación sean respetuosas con los principios de la regulación económica eficiente y eviten incluir restricciones a la competencia injustificadas. Por otro lado, la CNMC anuncia que va a intensificar la persecución de las concertaciones en el marco de licitaciones públicas que constituyen una infracción de la LDC.

[Fernando Las Navas](#)

Conductas

La CNMC incoa expediente sancionador en el mercado de las baterías usadas

- La CNMC ha [anunciado](#) la incoación de expediente sancionador contra tres empresas y las matrices de dos de ellas en el mercado de baterías usadas. Las empresas investigadas son Azor Ambiental SL., Exide Technologies SLU (y su matriz, Exide Holding Europe SAS), y Recobat-Recuperación Ecológica de Baterías SL (y su matriz, Layro SA.). Un año antes de la incoación, los pasados 15, 16 y 17 de diciembre de 2015, la CNMC había llevado a cabo inspecciones en la sede de las empresas investigadas.
- Debe indicarse que el sector de las baterías usadas de coches ha sido objeto de una investigación reciente por parte de la Comisión Europea, que ha culminado con la imposición, el pasado 8 de febrero, de multas de 68 millones de euros a las empresas: Campine, Eco-Bat Technologies, Johnson Controls y Recylex por fijar los precios de compra de las baterías de automóviles recicladas en Bélgica, Francia, Alemania y Holanda. La investigación se inició por una solicitud de clemencia presentada por Johnson Controls.

[Miguel Odriozola](#)

Expediente sancionador incoado en el mercado de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios

- Tras las [multas de 5,6 millones de euros impuestas a cuatro empresas y nueve de sus directivos](#) por acuerdos de reparto de mercado en las licitaciones de suministro de desvíos ferroviarios convocadas por ADIF, el sector ferroviario vuelve estar en el punto de mira de la CNMC.
- Muestra del *efecto contagio* que puede provocar la investigación de prácticas anticompetitivas en un sector determinado, la CNMC ha [anunciado](#) el pasado 23 de enero de 2017 la incoación de expediente sancionador frente a diversas empresas activas en el mercado de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, una vez más, por posibles prácticas de *bid-rigging* o reparto de licitaciones.
- Este expediente se incoa seis meses después de las inspecciones llevadas a cabo los pasados 11, 12 y 13 de julio de 2016 en la sede de varias empresas y que fueron ampliadas los días 18, 19 y 20 de enero de 2017 con nuevas inspecciones en las sedes de otras empresas. Para la realización de las inspecciones, la CNMC ha contado con la asistencia de las autoridades

de competencia autonómicas donde se ubicaban algunas de las empresas investigadas.

[Ana Vide](#)

Nuevo encontronazo del Colegio de Abogados de Guadalajara con la CNMC: multa por recomendación de tarifas

- Como empieza a ser habitual, la CNMC ha vuelto a sancionar a un Colegio de Abogados. En este caso, la CNMC impuso el 17 de enero de 2017 una multa de 10.515 euros al Ilustre Colegio de Abogados de Guadalajara ("**ICAGU**") por infracción del artículo 1 de la LDC. La conducta infractora consistía en una recomendación colectiva de precios mínimos a sus asociados a través de la publicación y difusión de unos criterios orientativos a efectos de tasación de Costas y Jura de Cuentas, que incluían un listado completo de tarifas que los abogados podían aplicar. La infracción se habría extendido desde abril de 2011 hasta la actualidad.
- La conducta infractora es exactamente [la misma conducta](#) por la que el pasado 15 de septiembre de 2016 la CNMC impuso las multas de 459.024 euros y 25.264 euros a los Colegios de Abogados de Madrid ("[Resolución ICAM](#)") y de Alcalá de Henares ("[Resolución ICAAH](#)"). La Resolución de la CNMC cuenta con un Voto Particular discrepante que se remite de forma parcial a los votos particulares discrepantes emitidos en la Resolución ICAM y la Resolución ICAAH.
- No cabe duda de que la CNMC quiere asegurarse de que los Colegios de Abogados sean conscientes de que no pueden publicar ni difundir tarifa alguna y, en general, de que su actividad está plenamente sujeta a la normativa de derecho de la competencia. De hecho, este es el segundo encontronazo reciente del ICAGU con la CNMC, ya que en septiembre de 2015 [recibió una multa de 30.000 euros](#) por imponer requisitos restrictivos a la competencia para ejercer la asistencia jurídica gratuita en Guadalajara.

[Pablo González de Zárate](#)

Multa a la Asociación de Autoescuelas de Madrid por recomendar precios a través de la difusión de un Estudio Económico elaborado por un Catedrático de Economía Aplicada

- La CNMC [multa](#) a la Asociación Provincial de Autoescuelas de Madrid ("**APAM**") con 182.716 euros por haber realizado una recomendación colectiva de precios a sus asociados a través de un estudio

económico sobre precios encargado por aquélla (el "**Estudio Económico**"), lo que supone una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC. La infracción se habría extendido desde marzo de 2011 hasta la actualidad.

- El expediente tuvo su origen en la denuncia interpuesta por un particular en octubre de 2013 contra nueve autoescuelas de Guadalajara, si bien más adelante quedó acreditado que fue la APAM quien llevó a cabo la recomendación de precios a través de la difusión a las autoescuelas del Estudio Económico.
- El Estudio Económico fue encargado a un Catedrático de Economía Aplicada de una Universidad cuya identidad aparece censurada en la versión pública de la Resolución. A pesar que la APAM alegó que el Estudio se solicitó con carácter de informe pericial para la cuantificación del lucro cesante sufrido por las autoescuelas por la paralización de sus vehículos, el propio Estudio Económico manifestaba que su finalidad era la de evitar situaciones de dumping y de competencia desleal. Así, el Estudio Económico calculaba los precios medios de las clases, el beneficio mínimo a partir del cual podía hablarse de una rentabilidad del 15% y por debajo del cual una autoescuela no cubriría costes fijos y el importe neto a facturar para, descontado los gastos fijos, obtener beneficios. Si bien la Resolución no especifica que a que se refiere el término "dumping", de la misma se infiere que el dumping constituiría una situación de venta por debajo de costes.
- Este es uno de los casos que desvelan las verdaderas implicaciones de la [STS de 18 de julio de 2016](#) (comentada en nuestro [Antitrust Update número 3/2016](#)) que confirmó que una Administración Pública puede incurrir en una infracción del derecho de la competencia al facilitar un cártel, aun sin actuar como operador económico. Así, podría cuestionarse si un Catedrático de Economía Aplicada –especialista y por tanto plenamente conocedor de las implicaciones desde el punto de vista del derecho de la competencia de un Estudio como el descrito– pudo ser considerado facilitador de la conducta contraria al artículo 1 de la LDC e, incluso, si la propia Universidad a la que el Catedrático pertenecía podría haber sido declarada responsable de esta conducta, en línea con la idea de que los empleados comprometen la responsabilidad de la empresa para la que trabajan con independencia del conocimiento que aquélla tuviera de la infracción.
- Por último, es destacable que, en virtud de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, este expediente fue instruido por parte de la Administración Autónoma de Madrid. Sin embargo,

fue resuelto por la Sala de Competencia de la CNMC en virtud de un convenio de colaboración suscrito entre la CNMC y la CCAA de Madrid (existen convenios similares con Murcia, Canarias y Navarra).

[Diego Doménech](#)

Multas a las empresas de seguridad Prosegur y Loomis por conductas colusorias desarrolladas mediante la figura de la subcontratación en procedimientos de licitación

- La CNMC ha [multado](#) a Prosegur y a Loomis con 46,44 millones de euros (39,4 y 7 millones de euros, respectivamente), y a dos de sus directivos (con 36.000 y 16.600 euros, respectivamente), por celebrar acuerdos y llevar a cabo prácticas concertadas de reparto de mercado e intercambio de información en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, en infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.
 - Una denuncia anónima puso en conocimiento de la CNMC la posible existencia de conductas infractoras en relación con dos concursos convocados por el Grupo Correos en noviembre de 2014 para la recogida, transporte y custodia de fondos, efectos de franqueo y filatélicos. En concreto, la denuncia acusaba a ambas empresas de haberse repartido los lotes en los que el Grupo Correos había dividido los mencionados concursos evitando así competir entre ambas.
 - La CNMC realizó inspecciones en las sedes de Prosegur y Loomis y, tras la correspondiente instrucción, ha considerado acreditada la comisión por las empresas de conductas consistentes en acuerdos y prácticas concertadas dirigidas a repartirse el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España desde el año 2008 hasta, al menos, el 2015. De acuerdo con la Resolución, Prosegur y Loomis aplicaron una serie de estrategias para el reparto del mercado, en función del tipo de contrato o de servicio específico o del tipo de cliente. En este sentido, la CNMC ha identificado fundamentalmente dos tipos de prácticas según el tipo de cliente:
1. **Reparto de los servicios prestados a clientes de carácter estratégico.** Este reparto se ha concretado, principalmente, en los lotes en los que se dividían los contratos con las entidades públicas y privadas que optan, por norma general, por diversificar el contrato de manera que los servicios requeridos sean prestados por dos empresas. Prosegur y Loomis coordinaron sus ofertas, con el fin de repartirse y preservar los lotes de los contratos a los que se

presentaban para mantener la cuota de participación preexistente ante posibles cambios de circunstancias.

2. **Reparto de otros clientes mediante la preservación de los servicios a favor de una de las empresas.**

En relación con los servicios prestados a clientes dedicados al comercio minorista y cuyas preferencias, a diferencia de las anteriores, es la de contratar una única empresa para los servicios de transporte de fondos, Prosegur y Loomis adaptaron su estrategia de reparto de mercado recurriendo de manera injustificada a la figura de la subcontratación como estrategia para que la empresa cuyos servicios no fuesen contratados por el cliente pudiera continuar prestándolos indirectamente y mantener así intacta su cuota.

- De acuerdo con la Resolución, la finalidad de ambas modalidades de conducta colusoria fue eliminar la competencia entre Prosegur y Loomis respecto a sus clientes estratégicos mediante un pacto de no competencia y no agresión para limitar la presión competitiva ejercida entre ellas, preservar y mantener prácticamente inalterada su posición y cuota en el mercado durante un largo periodo de tiempo, excluyendo al resto de competidores presentes o potenciales a pesar de los esfuerzos realizados por las empresas demandantes de sus servicios para favorecer la competencia entre los distintos oferentes.
- La Resolución indica que el reparto de mercado se ha visto facilitado por el duopolio existente en España entre Prosegur y Loomis, y por determinadas exigencias regulatorias, si bien ello no constituye en modo alguno una justificación de tales conductas, y concluye considerando acreditada una infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.
- Por último, cabe destacar el énfasis de la Resolución en la utilización de la técnica de la subcontratación como mecanismo para ocultar la comisión de prácticas colusorias de reparto de mercado, lo que está muy en línea con la política de la CNMC de persecución de las prácticas colusorias en licitaciones, y su recientemente publicada [guía contra el fraude en la licitación pública](#), que incluye como uno de los indicios de posible manipulación de licitaciones (públicas o privadas) la "subcontratación no justificada entre empresas licitadoras".

[Carlos Vérguez](#)

La CNMC destapa el 'cártel de las orlas' y sanciona a varias empresas y autónomos prestadores de servicios fotográficos

- La CNMC ha [impuesto](#) multas por un total de 13.029 euros a tres empresas de servicios fotográficos y a varios empresarios autónomos del mismo sector por

conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes en el reparto de mercado y la fijación de precios en la prestación de servicios fotográficos a alumnos de diferentes centros educativos, ubicados en las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Valencia y Andalucía, así como de la Universidad Nacional de Educación a Distancia ("UNED"), en especial para la realización de las orlas de finalización de estudios universitarios

- Las primeras investigaciones se iniciaron en enero de 2014, tras recibir una denuncia de una de las empresas integrantes del cártel, que finalmente acabó solicitando la exención de la sanción a través del Programa de Clemencia de la CNMC a cambio de proporcionar información sobre los acuerdos anticompetitivos.
- La CNMC considera que la infracción, que califica como un cártel, afectó a más de 200.000 alumnos entre los años 2001 y 2015. Dada la naturaleza de la conducta, la CNMC rechaza la aplicabilidad de la excepción de *minimis* del artículo 5 de la LDC. Asimismo, la CNMC rechaza que el expediente hubiera caducado por el lapso de tiempo transcurrido hasta la determinación del órgano competente para resolver (la CNMC había remitido la denuncia inicialmente a la autoridad de competencia madrileña), así como por la duración (de 5 meses) de la fase de información reservada. Sobre este último punto, la CNMC se remite a la jurisprudencia de la AN y del TS en el sentido de que la información reservada no está sujeta al instituto de la caducidad en la medida en que las actuaciones realizadas en ella *"sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último"* (entre otras, STS de 30 de septiembre de 2014 –Recurso 4327/2011– y STS de 26 de diciembre de 2007 –recurso de casación 1907/2005–).
- Destaca la mención a numerosos documentos probatorios contenidos en mensajes de grupos de WhatsApp creados por las sancionadas.
- En cuanto a la cuantificación de la sanción, la CNMC sitúa el tipo sancionador global en el tercio inferior del arco sancionador (3,5%), pese a que califica las conductas como de cártel y reconoce la existencia de medidas de seguimiento para asegurar su cumplimiento. Como viene siendo práctica habitual, la Resolución se acompaña de un Voto Particular, en el que el Consejero discrepante manifiesta su opinión en el sentido de que la cuantificación de la sanción carece de la suficiente motivación.

[Begoña Barrantes](#)

Concentraciones

Los riesgos de la integración vertical: ante la adquisición de puntos de distribución y suministro de gas licuado del petróleo equivalentes, la CNMC exige compromisos a Gas Natural Fenosa, pero no a MRG, Redexis ni Gas Extremadura

- Recientemente se ha hecho pública la Resolución de la CNMC en el Expediente [C-0758/16, Gas Natural Fenosa \("GNF"\)/GLP Repsol Butano-Activos](#), de 28 de julio de 2016. La operación tiene lugar en el contexto de la desinversión por parte de Grupo Repsol de su cartera de puntos de distribución y suministro de gas licuado del petróleo ("GLP") canalizado, de los que GNF adquiere por medio de esta operación cerca de 250.000. En tal contexto, la CNMC ha resuelto otros cuatro expedientes de control de concentraciones, autorizando a Madrileña Red de Gas ("MRG"), Redexis Gas ("Redexis") –en este caso, por medio de dos operaciones sucesivas objeto de dos expedientes separados– y Gas Extremadura a adquirir en primera fase sin compromisos diversas carteras de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado de Grupo Repsol (también EDP Naturgas Energía ha notificado a la CNMC la adquisición de puntos de distribución y suministro de GLP canalizado de Grupo Repsol, operación aprobada en primera fase con compromisos, si bien la decisión aún no es pública). De este modo, se aprecia un enfoque distinto en los casos de MRG, Redexis y Gas Extremadura, por un lado, y GNF, por el otro. ¿Por qué?
- En todos los casos las empresas notificantes adquieren los puntos de conexión de GLP para incorporarlos en el corto plazo a la red de distribución de gas natural. El elemento diferencial es la presencia de GNF en el mercado de suministro minorista de gas natural y su significativa cuota de mercado en el mismo: ello llevó a la CNMC a considerar, tras realizar un amplio test de mercado entre distribuidoras y comercializadoras de gas natural, que la operación, al incrementar la cuota de mercado de GNF en el mercado aguas arriba de distribución de gas natural, podría generar problemas de competencia en el mercado aguas abajo de suministro minorista de gas natural.
- En concreto, la CNMC identificó un riesgo de cierre de mercado en el mercado de suministro minorista de gas natural en aquellas provincias en las que GNF es el distribuidor monopolista o disfruta de una elevada cuota de mercado en distribución, en particular, respecto de las nuevas altas, esto es, de los clientes a

los que en el corto plazo se dejará de suministrar GLP para pasar a consumir gas natural. En este sentido, la CNMC entiende que existen factores que distinguen el suministro de gas a nuevas altas del de suministro a clientes ya suministrados por un comercializador de gas natural.

- En efecto, la CNMC señala que históricamente la comercializadora del grupo al que pertenece la distribuidora suministra la práctica totalidad de gas natural a las nuevas altas de gas conectadas a su red, porque dispone de una serie de ventajas en relación con dichas nuevas altas: la comercializadora del grupo de la distribuidora dispone de información sobre el cliente (solventía y consumos previos) y el punto de conexión (requisitos técnicos) de la que no disponen comercializadoras competidoras, los costes de captación de un alta nueva son mayores que los de un cliente que ya suministrado, el distribuidor dispone de una imagen de marca más fuerte, el consumidor puede ignorar la diferencia entre las figuras de distribuidora y comercializadora, y el consumidor de nueva alta es más sensible a obtener un servicio de suministro tan pronto como sea posible que al precio (en cambio, los clientes ya suministrados son más sensibles a una oferta mejorada).
- Todo ello, junto con "*la elevada concentración del mercado de suministro de gas a clientes doméstico-comerciales, la escasa competencia en el segmento de nuevas altas y las características de la demanda*" de los clientes de GLP canalizado llevó a concluir a la CNMC que la operación reforzaría la posición competitiva de GNF como principal suministrador de gas natural a clientes residenciales en el segmento de nuevas altas en aquellas provincias en las que se adquiriría puntos de suministro de GLP canalizado y en las que GNF mantiene una elevada cuota de mercado en distribución de gas natural.
- De este modo, La CNMC ha autorizado la operación tras el ofrecimiento de los siguientes compromisos, que aplican respecto de (a) los puntos de GLP canalizado objeto de la operación que sean efectivamente transformados al gas natural; (b) que estén conectados a la red de distribución de gas natural de GNF; (c) cuando afecten a clientes domésticos (de los grupos tarifarios 3.1 y 3.2); y (d) únicamente respecto de aquellas provincias donde la cuota de GNF en el mercado de distribución supere el 70%:
 - (a) Ninguna comercializadora del GNF podrá realizar ofertas ni suministrar gas natural a nuevos puntos de suministro una vez sean transformados del GLP al gas natural durante 12 meses desde la transformación (sin perjuicio de la obligación de suministro del comercializador de último recurso);

- (b) GNF deberá proporcionar con antelación información detallada a las comercializadoras de la competencia que les permita identificar los puntos de suministro que vayan a ser transformados (fecha de transformación, ubicación y número de puntos), para que así puedan realizar sus ofertas comerciales;
- (c) GNF deberá remitir información al cliente final sobre la diferencia entre la distribuidora y la comercializadora, las opciones de suministro, la posibilidad de elección de comercializadora distinta a la de GNF, y la exclusión de las comercializadoras de GNF del suministro de gas en la nueva alta durante 12 meses de la transformación, y su obligación de neutralidad; y
- (d) GNF y Grupo Repsol deberán limitar a un máximo de 5 años la duración del contrato por el que Grupo Repsol suministrará a GNF GLP a granel para el abastecimiento temporal de los puntos de GLP canalizado hasta su transformación en gas natural y, de forma marginal, para el suministro de aquellos puntos de GLP canalizado que por razones técnicas no puedan ser objeto de transformación a gas natural).

[Miguel Andreu](#)

Audiencia Nacional (AN)

La AN se pronuncia sobre los límites procesales y materiales de las recalificaciones jurídicas operadas por el Consejo de la CNMC

- La AN se ha pronunciado recientemente sobre los requisitos para que el Consejo de la CNMC pueda modificar la calificación jurídica realizada por la Dirección de Competencia durante la instrucción del procedimiento sancionador por prácticas restrictivas de la competencia (artículo 51.4 de la LDC).
- En primer lugar, mediante sentencia de 14 de octubre de 2016 [SAN 3907/2016](#), [Mémora Servicios Funerarios, S.L.](#) la AN confirma que, al concluir que una empresa había actuado de forma dolosa sin concederle previamente trámite de alegaciones, en un contexto en el que el órgano instructor había apreciado que no existía culpabilidad, el Consejo había infringido el artículo 51.4 de la LDC. La AN confirma que se había producido una vulneración del derecho de defensa, ya que la recurrente no había podido formular alegaciones sobre la presencia del elemento subjetivo en ningún momento del procedimiento. De acuerdo con la AN, nadie está obligado a defenderse de todo ni puede concluirse que acepta todo de lo que no se defiende.

- Por otra parte, el 17 de noviembre de 2016, la AN resolvió el recurso [4216/2016, Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.](#) En este supuesto, el Consejo sí había concedido trámite de alegaciones para proceder a la recalificación, al considerar que la duración de la infracción había sido superior a la inicialmente estimada por la Dirección de Competencia en base a una interpretación jurídica diferente del contexto regulatorio aplicable.
- No obstante, la empresa investigada interpuso recurso especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona contra el Acuerdo de recalificación sobre la base de que más que una recalificación jurídica, se había producido una alteración sustancial de los hechos y de la imputación inicialmente realizada por la Dirección de Competencia. En su sentencia, la AN declara que el derecho de defensa puede verse afectado no sólo cuando no se ha concedido trámite de alegaciones (*límite procesal*) sino cuando, sin respetar el principio acusatorio, se modifican los hechos tenidos en cuenta en la propuesta de resolución para justificar la imputación (*límite material*).
- En el caso concreto, resultaba por tanto clave discernir cuál era la naturaleza jurídica de una modificación de la duración de los hechos imputados, en particular si se trataba de (a) una modificación sustancial de los hechos con vulneración del principio acusatorio; o (b) una nueva calificación jurídica de los hechos. La AN concluye que nos encontramos en el segundo supuesto, ya que la modificación se debía a una valoración e interpretación jurídica distinta de los efectos temporales de la norma.
- La AN destaca que el debate jurídico ya constaba en la propuesta, que a la recurrente no le eran ajenas las diferencias interpretativas y que ni se modificaban los hechos ni se incluía ningún hecho nuevo. En base a lo anterior, la AN desestima el recurso, sin perjuicio de lo cual se reserva para el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución final la cuestión de si la interpretación jurídica realizada por el Consejo fue o no correcta.

[Belén Irissarry](#)

Tribunal Supremo (TS)

The Colomer Group no consigue beneficiarse del éxito judicial de Montibello ante el TS al no ser posible el procedimiento de revisión de su sentencia firme

- Mediante sentencia de [23 de enero de 2017](#), el TS ha desestimado el procedimiento de revisión de sentencia

interpuesto por The Colomer Group frente a la STS de 8 de junio de 2015.

- Este recurso trae causa de la Resolución de 2 de marzo de 2011 (Expediente S/0086/08, *Peluquería Profesional*), en el que la entonces CNC impuso sanciones a diversas empresas por prácticas restrictivas en el sector de la peluquería profesional, entre otras, The Colomer Group y Montibello.
- El 12 de marzo de 2014, la AN desestimó el recurso formulado por Montibello, considerando acreditados los hechos que habían resultado determinantes para la imposición de la sanción. Posteriormente, el 9 de julio de 2014, la AN desestimó el recurso formulado por The Colomer Group fundamentándose *expressis verbis* en la sentencia desestimatoria del recurso de Montibello.
- El orden de resolución de los recursos de casación interpuestos por sendas empresas ante el TS, sin embargo, se invirtió. Así, en primer lugar, el TS resolvió el recurso de casación formulado por The Colomer Group el 8 de junio de 2015, en el que únicamente se ordenó recalcular la sanción de acuerdo con los criterios sentados por la STS de 29 de enero de 2015. Sin embargo, un mes después, el 15 de julio de 2015, el TS examinó el recurso de casación formulado por Montibello, concluyendo que la inspección desarrollada en la sede de esta empresa se había realizado en vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y que la infracción no podía considerarse acreditada en base al material restante.
- The Colomer Group trata de solicitar la revisión de la sentencia del TS de 8 de junio de 2015, al entender que las conclusiones de la Sentencia de 15 de julio de 2015 debían hacersele extensivas.
- Sin embargo, los motivos de revisión son muy limitados. The Colomer Group invoca sin éxito el artículo 102.1.b) LJCA que prevé que cabe revisión de sentencia firme si la misma se hubiera basado en documentos cuya falsedad se desconocía o que posteriormente son declarados falsos. No obstante, el TS concluye que la existencia de sentencias contradictorias no implica que la primera de ellas deba ser considerada un documento falso, inadmitiendo por tanto el recurso de revisión.

[Belén Irissarry](#)

La dificultad de invocar con éxito el principio de confianza legítima: el caso *Uvas Denominación de Origen Valdepeñas*

- El TS ha dictado sentencia de [30 de enero de 2017](#) en el recurso de casación promovido por la Asociación Comarcal de Empresarios Vitivinícolas de las Zonas de Producción y Crianza de la Denominación de Origen Vitivinícola Valdepeñas (ASEVIVALDEPEÑAS) contra la SAN de 23 de diciembre de 2013, desestimatoria del recurso interpuesto por la referida asociación frente a la Resolución de la CNC de 29 de noviembre de 2012 (Expte. S/0305/10, *Uvas DO Valdepeñas*).
- El TS estima parcialmente el recurso únicamente en lo que respecta al importe de la sanción, ordenando que la misma sea calculada de acuerdo con los criterios recogidos en su Sentencia de 29 de enero de 2015, desestimando el resto de argumentos formulados por la recurrente.
- Respecto de la aplicación del principio de confianza legítima, la sentencia de instancia había concluido que no podía entenderse que el hecho de que la conducta se desarrollara durante años y que la Administración Autonómica "tolerara" los acuerdos pudiera generar confianza legítima de que los acuerdos no eran contrarios a la normativa de competencia. Además, a diferencia del asunto *Productores de Uva y Vino de Jerez*, no existía ninguna confusión normativa ni incertidumbre jurídica alguna que pudiera hacer pensar a los responsables que las actuaciones pudieran estar amparadas por la normativa. El TS, por su parte, confirma que la intervención o aval de la Administración en una infracción de la normativa de competencia no implica de por sí una exención automática de responsabilidad y que la relevancia de la participación de la Administración dependerá de muy diversos factores.
- El TS se pronuncia respecto al acuerdo de precios entre viticultores y vinicultores alcanzado el 5 de septiembre de 2009 en el marco de una reunión a la que asistieron el Alcalde de Valdepeñas, el Director General de Producción Agropecuaria, el Presidente del Consejo Regulador de Denominación de Origen Valdepeñas y representantes del sector industrial y del sector productor.
- Confirmando la sentencia de instancia, el TS concluye que la intervención administrativa en el acuerdo de 5 de septiembre de 2009 apenas poseería transcendencia ante la evidencia de otras muchas actuaciones ajenas al acuerdo y tendentes a la fijación de los precios de la uva. Si la sanción se hubiera impuesto exclusivamente por el referido acuerdo, la

intervención de la Administración hubiera tenido mucha más significación –o que no supone, insiste el TS, que hubiera supuesto automáticamente la exención de responsabilidad de la asociación recurrente–.

- Se confirman, por tanto, las dificultades para invocar el principio de confianza legítima por infracción de la normativa de competencia. Sin embargo, es reseñable la matización realizada por el TS en el sentido de que cabe realizar una graduación en función del papel que la Administración haya jugado en la infracción en su conjunto sin que, sin embargo, sea probable que la graduación pueda desembocar en una eliminación de la responsabilidad sino, todo lo más, en una reducción de la misma.

[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 2017
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.