

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

- [El sector farmacéutico, en el punto de mira de la CNMC](#)

Conductas

- [La CNMC inspecciona a las empresas tabaqueras](#)
- [Renfe incurre en conductas colusorias y abuso de posición de dominio en el mismo expediente](#)
- [La CNMC interviene en el actual conflicto del sector de la estiba incoando un expediente por vulneración del derecho de la competencia en el Puerto de Vigo](#)
- [Las subcontrataciones entre competidores, de nuevo bajo el escrutinio de la CNMC: multas en el sector de transporte escolar y de viajeros de las Islas Baleares](#)
- [El cártel del hormigón: sobre los riesgos del uso de la mensajería *Whatsapp* para implementar un cártel](#)

Archivo

- [Kind reminder. según el derecho nacional, una fijación del precio de reventa puede ser considerada una conducta *de minimis*](#)
- [Expediente *Unión de Toreros*: ¿el ejercicio del derecho de huelga permite la aplicación del artículo 4 LDC? La CNMC se plantea la cuestión pero no la responde](#)
- [La CNMC archiva una denuncia contra Repsol, Cepsa y BP al concluir, tras realizar un detallado análisis económico, que no había quedado suficientemente acreditada la existencia de un acuerdo de precios entre las empresas investigadas](#)

Revisión jurisdiccional

Audiencia Nacional (AN)

- [Implicación de la Administración Pública en cárteles. La AN acata la STS de 18 de julio de 2016 sin plantear cuestión prejudicial, pero con un Voto Particular](#)
- [El derecho de acceso a la denuncia se limita al expediente en el que la denunciada está siendo investigada](#)
- [Una motivación escueta es suficiente para denegar el inicio de un procedimiento de terminación convencional](#)

Tribunal Supremo (TS)

- [El TS se pronuncia sobre el nuevo requisito de "interés casacional para la formación de jurisprudencia" en sede de Derecho de la Competencia](#)
- [El TS vuelve a confirmar la existencia de un abuso de posición de dominio de carácter explotativo, consistente en la imposición de precios abusivos](#)

Contactos:

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

Novedades CNMC

El sector farmacéutico, en el punto de mira de la CNMC

- El periodo cubierto por la presente edición viene caracterizado por una serie de actuaciones que denotan la atención que la CNMC está prestando al funcionamiento de la competencia en el sector farmacéutico.

La CNMC inicia un estudio sobre el mercado de distribución mayorista y comercialización de medicamentos en España

- En primer lugar, la CNMC ha anunciado la iniciación de un [estudio](#) sobre el mercado de distribución mayorista y comercialización de medicamentos. La iniciativa, de la Dirección de Promoción de la CNMC, viene motivada por la detección preliminar de potenciales restricciones a la competencia derivadas del funcionamiento y estructura del propio mercado recogidas en la normativa reguladora del sector. Se investigarán, entre otros, conductas obstaculizadoras de la entrada de genéricos que podrían venir facilitadas por la normativa, así como el sistema de regulación de precios y márgenes mayoristas. El objeto es detectar si las restricciones a la competencia establecidas por razones de interés general en la normativa sectorial, se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad. El estudio anunciado es continuación del que la CNMC elaboró en el año 2015 sobre el [mercado de distribución minorista de medicamentos](#) y en el que la autoridad propuso adoptar un modelo regulatorio menos restrictivo para reducir barreras de entrada y fomentar una mayor competencia entre las farmacias.

A vueltas con el doble precio

- La CNMC ha declarado no acreditado que el sistema de doble precio de los contratos entre Pfizer, S.L.U. y sus distribuidores mayoristas de medicamentos constituya un acuerdo para restringir la importación paralela de medicamentos contrario a los artículos 101 TFUE y 1 LDC. La incoación del procedimiento sancionador se produjo tras haber confirmado el TS ([sentencia](#) de 3 de diciembre de 2014) la [SAN](#) que anuló la [Resolución](#) de la CNC de 21 de mayo de 2009, de no incoación de expediente sancionador y archivo en relación con la denuncia interpuesta por Spain Pharma contra Pfizer y su distribuidor Cofares. La sentencia de la AN confirmada por el TS instaba a la CNMC a continuar la investigación a la vista fundamentalmente de la [jurisprudencia Glaxo](#). La resolución de archivo de 2009 se basó en que los hechos denunciados no constituían indicios de infracción, ya que Pfizer no aplicaba un doble precio

en función del destino de los medicamentos, sino un único precio que ajustaba al el precio intervenido cuando los distribuidores acreditaban la dispensación del medicamento en el territorio nacional, conforme a la normativa sectorial aplicable. En su [Resolución](#) de 19 de enero de 2017, la CNMC corrobora esta interpretación y concluye que la conducta de doble precio de Pfizer viene determinada por la legislación nacional y no por la voluntad manifiesta explícita de Pfizer. La CNMC descarta, además, aplicar analógicamente la jurisprudencia del caso *Glaxo*, debido al distinto contexto regulatorio en el que se produjeron las conductas. Por último, la CNMC considera que, si hubiera existido una conducta prohibida, existen elementos que permitirían sostener, *prima facie*, la posible existencia de eficiencias subsumibles bajo el artículo 1.3 LDC derivadas de la eliminación del riesgo de desabastecimiento de medicamentos en el territorio nacional. El asunto Glaxo aún está siendo debatido ante instancias europeas, al haber sido recurrida por *European Association of Euro Pharmaceutical Companies* (EAEPEC) la Decisión de la Comisión de mayo de 2014, de archivo por falta de interés comunitario de la denuncia que aquélla había interpuesto en 1999.

- Por otra parte, el TS ha confirmado, mediante [sentencia](#) de 4 de marzo de 2016, la [SAN](#) que había anulado la [Resolución](#) de la CNC de 14 de septiembre de 2009 de archivo de la denuncia interpuesta por EAEPEC contra seis laboratorios farmacéuticos (Pfizer, S.L.U., Janssen-Cilag, S.A., Merck Sharp & Dohme de España S.A., Lilly, S.A., Sanofi-Aventis, S.A. y Novartis Farmacéutica, S.A) por una posible infracción consistente en el establecimiento de un doble precio en la distribución de sus medicamentos, además de una posible colusión entre laboratorios en relación con el diseño de dicho sistema. Como consecuencia, el pasado [21 de marzo](#), la CNMC anunció la incoación del procedimiento para investigar los hechos denunciados. La CNMC deberá dilucidar, por un lado, si, igual que en el anterior asunto *Pfizer*, considera que la conducta denunciada de doble precio vino determinada por la normativa nacional y, por otro, si continúa entendiendo que no hay indicios de colusión entre los laboratorios denunciados.

Posible abuso en el sector

- Por último, la CNMC ha [incoado](#) un expediente sancionador contra varias entidades del grupo Aspen por posibles prácticas abusivas de negativa de suministro y precios excesivos aplicables a determinados medicamentos. Asimismo se ha imputado a Aspen y a Deco Pharma, su distribuidor en España, por un posible acuerdo para limitar la distribución de medicamentos. Estas prácticas podrían

ser contrarias a los artículos 1 y 2 LDC y los artículos 101 y 102 TFUE al provocar el desabastecimiento deliberado del mercado nacional de ciertos medicamentos con objeto de eludir el precio intervenido aplicable en el mercado español e importarlos de otros países europeos (Francia, Italia, Holanda, etc.), pudiendo así imponer los incrementos de precios determinados por la propia Aspen. La incoación se ha producido de oficio, ante información suministrada por la autoridad italiana de competencia, que [sancionó](#) el año pasado a Aspen con 5,2 millones de euros por precios excesivos en relación con los mismos fármacos.

[Begoña Barrantes](#)

Conductas

La CNMC inspecciona a las empresas tabaqueras

- Que las empresas tabaqueras no solo están sometidas a rigurosos controles de salud, sino también al estricto cumplimiento de las normas del derecho de la competencia se ha confirmado con las inspecciones anunciadas por la CNMC los pasados 1 y 2 de marzo en la sede de diversas empresas tabaqueras.
- La nota de prensa publicada por la CNMC el pasado 3 de marzo confirma que las prácticas investigadas consisten en intercambios de información y acuerdos de precios, condiciones comerciales y/o cierre de mercado.
- Las inspecciones se llevaron a cabo con la asistencia de las autoridades de competencia autonómicas de las localidades donde se ubicaban algunas de las empresas inspeccionadas.

[Miguel Odriozola](#)

Renfe incurre en conductas colusorias y abuso de posición de dominio en el mismo expediente

- Mediante [Resolución](#) de 28 de febrero de 2017, S/DC/0511/14, *Renfe Operadora*, la CNMC ha sancionado a Renfe, a Deutsche Bahn y a varias empresas ferroviarias de ambos grupos por entorpecer la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril imponiéndoles una multa de un total de 75,6 millones de euros.
- El expediente tiene la peculiaridad, poco común, de abarcar no sólo prácticas colusorias entre las empresas de ambos grupos empresariales, sino que también declara la comisión por parte de Renfe de prácticas abusivas en tanto que operador dominante. En concreto, la CNMC:

- (i) sanciona al Grupo Renfe (Renfe Operadora y Renfe Mercancías) y al Grupo Deutsche Bahn (empresas Transfesa, Transfesa Rail, PIF, Hispanauto, Semat, DHIB, DB ML y DB SR Deutschland) por incurrir en una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, consistente en establecer acuerdos y prácticas concertadas dirigidos al reparto de mercado entre ambos grupos mediante el respeto de la situación existente con carácter previo a la liberalización en España del transporte de mercancías por ferrocarril (restrictivos de la competencia por su efecto); y
- (ii) sanciona a las mismas empresas del Grupo Renfe por incurrir en una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE consistente en una discriminación abusiva respecto a las empresas ferroviarias pertenecientes a la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP).

Conducta colusoria de Renfe y el Grupo Deutsche Bahn

- La Resolución establece que los Grupos Renfe y Deutsche Bahn adoptaron de forma casi simultánea una serie de acuerdos relacionados de cooperación (y subarrendamiento de locomotoras que tuvieron como efecto que Deutsche Bahn retrasara su entrada en el mercado de prestación de servicios de tracción ferroviaria a terceros. En dicho mercado ambos grupos eran empresas competidoras, al menos potenciales, ya que aunque Deutsche Bahn todavía no competía en la práctica con Renfe (en la medida en que su capacidad de tracción ferroviaria iba a utilizarla en principio de manera cautiva o interna, para sus propios tráfico), sí tenía la capacidad de prestar tales servicios a terceros y por tanto Deutsche Bahn era un competidor potencial. Al arrendar a Renfe sus locomotoras, Deutsche Bahn no sólo abandonaba su plan de auto-prestación, de forma que Renfe pasaba a prestar a largo plazo el servicio de tracción a Transfesa (otorgándose una preferencia mutua respecto a estos servicios en España), sino que también renunciaba a prestar dichos servicios a terceros, lo que habría podido hacer en muy corto periodo de tiempo ya que además de contar con material de tracción contaba con maquinistas formados y habilitados. De esta forma Deutsche Bahn-Transfesa contribuía a reducir la oferta en el mercado de estos servicios de tracción y, por otra parte, perdía autonomía en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril.
- La CNMC indica que resulta llamativo que el grupo Deutsche Bahn (primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril en Europa) renunciase a

utilizar capacidad de tracción propia en el transporte de mercancías con origen o destino España y las cediese a Renfe que, en tanto que primer operador en España, disponía de capacidad excedentaria. En la medida en que no existía explicación alternativa plausible a esta conducta, la CNMC concluye que las empresas sancionadas pretendieron con estas actuaciones consolidar la situación previa a la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril en los dos mercados referidos.

Conducta abusiva de Renfe

- Por su parte, Renfe incurrió además en un abuso de posición dominante, por discriminar comercialmente a las empresas ferroviarias miembros de la AEF, en la medida en que les ofreció condiciones comerciales distintas a las ofrecidas a varias de las empresas del Grupo Deutsche Bahn mencionadas. En concreto, Renfe dio un tratamiento preferencial a Deutsche Bahn en su oferta de servicios de tracción ferroviaria, de forma que las empresas de este Grupo se garantizaban sus necesidades de tracción a 5 años con revisiones de precios pactadas de antemano. Por otra parte, Renfe no penalizó a las empresas del Grupo Transfesa en el caso de que se anulasen servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, condición que resultaba discriminatoria respecto a otros clientes a los que sí exigía el pago de una penalización en caso de anularse la prestación del mismo servicio, y sin que existiera justificación alguna para tal tratamiento diferenciado.
- Por último, y en relación con la denuncia de la EFP en el sentido de que sus empresas asociadas han visto denegadas por Renfe sus solicitudes de servicios de tracción, si bien ello no se ha acreditado documentalmente, la CNMC considera acreditado el muy reducido nivel de servicios de tracción ferroviaria prestados por Renfe a empresas de la AEF, salvo para resolver incidencias puntuales, a pesar de la capacidad ociosa de Renfe en la prestación de servicios de tracción ferroviaria y la demanda existente de servicios adicionales de tracción por parte de empresas ferroviarias distintas a las del grupo Deutsche Bahn.
- Como consecuencia de todo lo anterior, la CNMC declara la discriminación comercial en la que incurre Renfe respecto a las empresas terceras que solicitan tracción ferroviaria para transporte de mercancías por ferrocarril.

[Carlos Vérguez](#)

La CNMC interviene en el actual conflicto del sector de la estiba incoando un

expediente por vulneración del derecho de la competencia en el Puerto de Vigo

- Partiendo de informaciones remitidas por la Autoridad Portuaria de Vigo, la CNMC ha [incoado](#) expediente sancionador contra varios sindicatos (UGT, C.C.O.O., Confederación Intersindical Galega) y empresas estibadoras (Líneas Marítimas Españolas, S.A., Bergé Marítima, S.L., Estibadora Gallega, S.A., Terminales Marítimas de Vigo, S.L.U. y Pérez Torres Marítima, S.L.) por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en la firma y/o aplicación de un pacto extraestatutario de 1996 para la regulación de las relaciones laborales en el ámbito de la estiba en el Puerto de Vigo, cuyos ámbitos personal y funcional de aplicación desbordarían el ámbito reservado a las labores de estiba portuaria, y que podrían suponer una infracción tanto del artículo 1 LDC como del artículo 101 TFUE.
- Esta incoación parece inevitablemente vinculada con la jurisprudencia del TS (STS 1069/2016, de 8 de marzo de 2016), según la cual, cuando los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales no estén destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, los mismos no son inmunes a la aplicación del artículo 101(1) TFUE, por lo que pueden constituir una infracción de la normativa del Derecho de la Competencia relativa a acuerdos entre empresas, ya sea por objeto o por efectos. Tal podría ser el caso, en la medida en que la nota de prensa de la CNMC indica que el pacto sería "extraestatutario" y que sus "ámbitos personal y funcional de aplicación desbordarían el ámbito propio reservado a las labores de estiba portuaria".

[Miguel Andreu](#)

Las subcontrataciones entre competidores, de nuevo bajo el escrutinio de la CNMC: multas en el sector de transporte escolar y de viajeros de las Islas Baleares

- La [Resolución](#) de 9 de marzo de 2017 declara la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de 34 empresas de transporte y una asociación profesional (la Federación Empresarial de Transporte Balear o "FEBT") en el ámbito del transporte escolar y de viajeros en las Islas Baleares. Dichas prácticas consisten en 3 conductas diferenciadas, una de las cuales ha tenido lugar desde 1977, lo que hace que sea de aplicación las sucesivas leyes de defensa de la competencia de 1963, 1989 y 2007. La CNMC tuvo

constancia de la primera conducta a través de una solicitud de clemencia, tras la cual realizó numerosas inspecciones donde recabó información relativa a las otras dos conductas. La Resolución impone sanciones que se elevan hasta un total de 9,19 millones de euros, si bien cuenta con un Voto Particular discrepante sobre la cuantificación de las mismas.

- La primera conducta se refiere a un cártel entre 35 empresas que prestan servicios de transporte escolar en las Islas Baleares. En concreto, el cartel consistió en acuerdos de fijación de precios mínimos del servicio de transporte regular de uso escolar en las Islas Baleares y del reparto de las rutas escolares a través de los lotes ofertados en las licitaciones convocados por la Consejería de Educación.
- Así, en primer lugar, 9 empresas infractoras acordaron las tarifas presentadas en la licitación convocada para el curso 2004/2005; mientras que al año siguiente el cártel se amplió y se optó por un reparto de las rutas escolares, de tal forma que solo se presentaba una oferta de una empresa a cada ruta con el precio máximo de la licitación. La FEBT ha recibido una multa de 20.000 euros por su participación activa en esta conducta ya que, entre otras funciones, convocaba y organizaba las reuniones del cártel.
- La segunda conducta afecta únicamente a la propia FEBT y se refiere a la recomendación y difusión de tarifas para las excursiones y para los traslados de transporte discrecional (es decir, el transporte que se lleva a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido) en la isla de Mallorca desde 1977 hasta 2011, lo cual constituye una infracción de las sucesivas leyes de defensa de la competencia de 1963, 1989 y 2007. La multa impuesta a la FEBT por esta segunda conducta asciende de nuevo a 20.000 euros.
- Por último, la tercera conducta consiste en un reparto del negocio de transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca desde febrero de 2007 hasta 2016 a través de una serie de acuerdos bilaterales entre 8 empresas (7 de ellas partícipes de la primera conducta). Dichos acuerdos siempre incluían a Ultramar o Transunion, que son dos de las principales empresas de transporte discrecional, y revestían la forma de "contratos de transporte" o de "colaboración". La CNMC considera que este régimen de subcontratación entre empresas competidoras no viene justificado por la falta de capacidad de las mismas para atender picos puntuales de demanda, sino que constituyen auténticos acuerdos de reparto de mercado del transporte discrecional de viajeros en la isla de Mallorca en función de la zona o el cliente demandante del servicio. Como consecuencia de ello, la CNMC ha impuesto multas por valor de 5,98

millones de euros, de los cuales 3,1 millones y 1,8 millones han correspondido a Ultramar y Transunion, respectivamente.

[Pablo González de Zárate](#)

El cártel del hormigón: sobre los riesgos del uso de la mensajería Whatsapp para implementar un cártel

- El pasado 23 de febrero de 2017, la CNMC ha adoptado Resolución en el expediente [S/0545/15, Hormigones de Asturias](#), sancionando a 13 empresas hormigoneras por haber constituido un cártel para repartirse el mercado y fijar los precios del suministro de hormigón en Asturias de forma ininterrumpida durante al menos 15 años, en infracción del artículo 1 de la LDC.
- En las inspecciones llevadas a cabo por la CNMC, no sólo se recabaron correos electrónicos y notas manuscritas al uso sobre reuniones anticompetitivas, sino abundante información intercambiada a través de un grupo de *Whatsapp* expresamente creado entre los partícipes del cártel, información que formó parte muy importante de la prueba de cargo frente las empresas investigadas.
- En su Resolución, la CNMC constata la clara intención de mantener en secreto los acuerdos alcanzados y de dificultar la identificación de los responsables, que usaban seudónimos, identificando a cada una de las empresas hormigoneras con un número en todos los documentos y comunicaciones. Además de los correos corporativos, las empresas utilizaban cuentas personales Gmail con nombres falsos y/o con direcciones de difícil identificación como, por ejemplo, "menudocho".
- De acuerdo con la Resolución, las prácticas anticompetitivas afectaron a licitaciones públicas de gran importancia, como el Hospital Universitario Central de Asturias o la ampliación del Puerto de Gijón, encareciendo así los precios a abonar por la Administración Pública.
- Las sanciones impuestas a las empresas han alcanzado un total de 6,12 millones de euros y, además, uno de los directivos de una de las empresas ha sido sancionado, con una multa personal de 12.000 euros, por haber jugado un papel fundamental en la implementación y seguimiento de los acuerdos.

[Belén Irissarry](#)

Archivos

Kind reminder: según el derecho nacional, una fijación del precio de

reventa puede ser considerada una conducta de *minimis*

- En la reciente [Resolución](#) de archivo del Expediente S/DC/0592/16, *Laboratorios Martí Tor*, de 15 de diciembre de 2016, la CNMC ha aplicado el artículo 3.1 RDC, para considerar como de menor importancia un acuerdo de fijación de precio de reventa. .
- En tal sentido, la CNMC entendió acreditado que, al menos en relación con tres productos parte del mercado de distribución minorista de productos de cosmética en el canal farmacéutico y venta on-line, Martí Tor habría tratado de imponer precios mínimos de reventa a la empresa denunciante y habría tomado medidas coercitivas para que los mismos fuesen respetados, entre ellas, la negativa de suministro. Ahora bien, a la vista de la naturaleza atomizada del mercado, con numerosos y relevantes competidores, así como de la posición de la denunciada en el referido mercado, donde cuenta con una cuota de mercado poco significativa, la CNMC considera que los efectos apreciables contrarios a la competencia quedan limitados, por lo que se declara la no aplicación de los artículos 1 a 3 LDC con base en el artículo 3.1 RDC.
- De este modo, se confirma que la CNMC puede aplicar el artículo 3.1 RDC para considerar conductas especialmente graves (excluidas de la excepción de *minimis* por cuota de mercado del artículo 1 RDC) como conductas de menor importancia, doctrina ya aplicada en los Expedientes S/0105/08, *El Corral de las Flamencas*, de 3 de diciembre de 2009, y S/0257/10, *Natura Bisse Internacional, S.A.*, de 17 de diciembre de 2010, relativos también ambos a una fijación del precio de reventa
- Debe traerse a colación el caso *Expedia* (C-226/11, de 13 de diciembre de 2012) en el que el TJUE concluyó que cuando se aplica el Derecho de la Competencia de la UE, si el acuerdo analizado tiene un objeto contrario a la competencia (es decir, si se trata de una infracción por objeto que incluye una restricción especialmente grave, como la analizada en el presente asunto), éste constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia, no siendo posible por tanto considerarlo de *minimis* en ningún caso, incluso cuando no se alcancen los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de *minimis*. Por tanto, la Resolución objeto de comentario pudo considerar esta conducta como de *minimis* sobre la base de la aplicación del artículo 3.1 RDC porque sólo se aplicaba el Derecho de la Competencia nacional. Tal declaración, sin embargo, no habría sido posible si se hubiera

concluido que la conducta tenía efectos en el comercio entre los Estados miembros de la UE.

[Miguel Andreu](#)

Expediente *Unión de Toreros*: ¿el ejercicio del derecho de huelga permite la aplicación del artículo 4 LDC? La CNMC se plantea la cuestión pero no la responde

- La CNMC ha archivado el Expediente S/DC/0574/16, [Unión de Toreros](#), incoado contra el sindicato Unión de Toreros, que representa los intereses colectivos de los matadores de toros, novilleros y rejoneadores, en el que se investigaba la utilización sistemática por parte del sindicato de la convocatoria y desconvocatoria de huelgas como mecanismo de presión para resolver situaciones de impagos individuales por parte de las empresas organizadoras de espectáculos taurinos a sus toreros asociados, lo que podría constituir un boicot colectivo contra dichas empresas.
- La Unión de Toreros alegó que los hechos investigados no constituyen tal infracción porque las convocatorias de huelga están amparadas por la ley y no pueden ser una práctica anticompetitiva, invocando así tácitamente el artículo 4 LDC, que determina que las prohibiciones de los artículos 1 a 3 LDC no aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.
- A pesar de que la Dirección de Competencia se plantea expresamente esta cuestión, en la práctica, la CNMC no lleva a cabo el análisis de aplicabilidad del artículo 4 LDC, sino que previamente concluye que la conducta no es anticompetitiva ni por su objeto ni por sus efectos, posiblemente para no sentar un precedente definitivo respecto a la cuestión del papel del derecho de huelga y del artículo 4 LDC en el análisis de conductas anticompetitivas que pudiera limitar su actuación futura.

[Miguel Andreu](#)

La CNMC archiva una denuncia contra Repsol, Cepsa y BP al concluir, tras realizar un detallado análisis económico, que no había quedado suficientemente acreditada la existencia de un acuerdo de precios entre las empresas investigadas

- La CNMC ha [archivado](#) la denuncia formulada por parte del Grup Parlamentari Més (Islas Baleares) y de la Corporación Municipal del Ayuntamiento de Andratx contra Repsol, Cepsa y BP por una supuesta fijación

de precios de venta al público (PVP) de las estaciones de servicio (EESS). El Consejo de la CNMC archiva el asunto tras realizar un exhaustivo análisis económico - más propio de una Resolución dictada tras la incoación formal de un procedimiento - de los precios del combustible en las Islas Baleares en relación con el precio medio en la península y en los territorios extrapeninsulares.

- Así, el Consejo concluye que los precios de los combustibles en las Islas Baleares se enmarcan en un mercado caracterizado por (i) la insularidad, lo que impide el solapamiento de los mercados locales de las islas con reducida superficie, (ii) la elevada tasa de concentración, muy superior a la existente en la península y (iii) la transparencia.
- Respecto de la insularidad, el Consejo constata que ello se traduce en mayores costes que explican (al menos parcialmente) el mayor nivel de precios observado en las Islas Baleares. Igualmente, la elevada estacionalidad del consumo de carburantes en las Islas Baleares eleva los costes operativos y de inversión por unidad de ventas. Estos elevados costes constituyen una barrera de entrada ya que los costes operativos y de inversión son muy superiores a los existentes en la península. Así, en las Islas Baleares los tres operadores integrados verticalmente y con capacidad de refino concentran un 95% del mercado, esto es, una tasa de concentración que hace que la presencia de las EESS independientes sea muy reducida. Adicionalmente, añade que el PVP es superior (al menos parcialmente) en Baleares como resultado de una fiscalidad más elevada que en otros territorios.
- Como consecuencia de la reducida presión competitiva se constata una tendencia creciente del diferencial del precio antes de impuestos del combustible en las Islas Baleares con respecto al precio medio nacional desde julio de 2013. Esta tendencia se explicaría por las siguientes razones: (i) la regulación autonómica desincentiva la entrada de nuevos operadores así como el acceso a un modelo de negocio de marcas blancas e hipermercados; y (ii) la tendencia diferencial creciente es coherente con la entrada de EESS independientes o de marca blanca en la península (y no en las Islas Baleares) que tienen unos precios inferiores a las EESS tradicionales.
- En definitiva, el Consejo entiende que la elevada concentración del mercado, la gran transparencia de precios de las EESS y la escasa presencia de operadores independientes explican la falta de presión competitiva y el hecho de que, en gran medida, existan similitudes de precios entre los tres operadores de forma natural, sin que se aprecien indicios de acuerdos restrictivos prohibidos por el artículo 1 LDC.

[Diego Doménech](#)

Audiencia Nacional (AN)

Implicación de la Administración Pública en cárteles. La AN acata la STS de 18 de julio de 2016 sin plantear cuestión prejudicial, pero con un Voto Particular

- El pasado 6 de febrero de 2017 la AN dictó [sentencia](#) revolviendo el recurso 51/2013, formulado por la Autoridad Portuaria de Barcelona frente a la [Resolución](#) de la CNC de 10 de enero de 2013, expediente S/0293/10, *Transcont*.
- En el citado expediente, la CNC se pronunció sobre la participación por parte de la Autoridad Portuaria de Barcelona en un "Observatorio" que calculaba los incrementos de precios que debían aplicarse como consecuencia de incrementos de costes (por ejemplo, el combustible). La CNC consideró que esta actuación revestía especial gravedad toda vez que la Autoridad Portuaria había tratado de dar cobertura pública a una conducta que ya había sido reprobada por la CNC en un pliego de concreción de hechos.
- En esta Sentencia, la AN vuelve a pronunciarse sobre si es posible declarar responsable a un órgano de una Administración Pública por participar en un cártel cuando ha actuado más allá de las funciones públicas que le han sido asignadas pero sin ejercer una actividad económica en el mercado. En su sentencia de [16 de julio de 2013](#), la AN se mostró contraria a esta posibilidad, pero el TS casó la sentencia el pasado [18 de julio de 2016](#), entre otros motivos porque el artículo 1 LDC no alude a las empresas como únicos sujetos capaces de incurrir en la prohibición.
- El margen de la AN en el presente caso era, por tanto, muy limitado. En la práctica, la única posibilidad a disposición de la AN era el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la UE, ya que en el expediente administrativo de referencia, la CNC no sólo había declarado una infracción del artículo 1 LDC, sino también del artículo 101 TFUE que, con toda claridad exige que el sujeto infractor sea una empresa, esto es, una entidad que ejerza una actividad, económica de prestación de bienes o de servicios en el mercado. No obstante, la AN acata la STS de 18 de julio de 2016 sin ni tan siquiera mencionar esta posibilidad.
- La Sentencia cuenta con el Voto Particular del Magistrado don Santiago Soldevilla que, a través de una interpretación sistemática de la LDC, afirma que sólo las empresas pueden ser sujetos infractores del artículo 1 LDC. Además, tras citar abundante jurisprudencia europea –no en vano el Magistrado fue

Juez del Tribunal General entre los años 2007 y 2013— el Voto Particular constata que el artículo 101 TFUE únicamente contempla como sujetos infractores a las empresas, recordando la obligación de los jueces nacionales de aplicar el Derecho de la Unión según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal de Justicia.

- Al no ser un órgano de última instancia, la AN no estaba —en teoría— obligada a formular cuestión prejudicial en el presente caso. Sin embargo, lo cierto es que la sentencia confirma una interpretación del artículo 1 LDC que se distancia sustancialmente en lo que al ámbito subjetivo se refiere, de la interpretación del artículo 101 TFUE realizada por el Tribunal de Justicia, ello en un caso en el que ambas disposiciones eran aplicables, con la consiguiente pérdida de uniformidad en la interpretación del artículo 101 TFUE en el ámbito de la UE.

Es por ello que el Voto Particular se mostraba partidario al planteamiento de la cuestión prejudicial. Obviamente esta cuestión prejudicial no podía tener por objeto una aclaración del ámbito subjetivo del artículo 101 TFUE —dado que ya existía numerosa jurisprudencia muy clara al respecto— sino el verificar si se había producido una evolución de la jurisprudencia europea que justificara el cambio de interpretación realizado por el TS.

[Belén Irissarry](#)

El derecho de acceso a la denuncia se limita al expediente en el que la denunciada está siendo investigada

- La [SAN de 1 de febrero de 2017](#), dictada en el recurso 136/2017, *Galp Energía*, ha confirmado que el derecho de una empresa investigada por la CNMC a acceder a una denuncia se limita el expediente en el que la referida empresa está siendo investigada, no siendo posible acceder a denuncias de expedientes diferentes, aunque relacionados.
- A pesar de que la denunciante alegó que la denuncia tenía un efecto indirecto en su situación jurídica, la AN desestima el recurso sobre la base de que no existía relación de causalidad entre los dos expedientes.

[Belén Irissarry](#)

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

- En su [Sentencia](#) de 26 de enero de 2017, La AN desestima el recurso contencioso-administrativo

interpuesto por el [COAFMU](#) contra la Resolución del Consejo de la CNMC instando al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia ("**Servicio**") la continuación del procedimiento sancionador incoado contra el COAFMU.

- El Servicio decidió iniciar los trámites tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado contra el COAFMU. Tras elevar la elevación de la propuesta de terminación convencional, el Consejo de la CNMC resolvió instar al Servicio la continuación del procedimiento sancionador contra el COAFMU por considerar que los compromisos ofrecidos no garantizaban de manera suficiente el interés público ya que "*podrían no ser suficientes para contrarrestar los efectos negativos que las conductas podrían haber tenido sobre la competencia*". En particular, el Consejo de la CNMC señaló que los compromisos básicamente consistían en cumplir con la legislación vigente, por lo que no estaba garantizado que las prácticas analizadas se fueran a producir de un nuevo en el futuro.
- 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 SAN 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.
- La AN califica la motivación de la CNMC en este sentido de "*escueta pero no de insuficiente*" ya que permitió a la recurrente pronunciarse sobre la concreción, claridad e idoneidad de los compromisos.

[Fernando Las Navas](#)

Tribunal Supremo (TS)

El TS se pronuncia sobre el nuevo requisito de "interés casacional para la formación de jurisprudencia" en sede de Derecho de la Competencia

- Desde el pasado 22 de julio está en vigor el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Desde entonces dicho recurso dejó de formar parte de los recursos ordinarios para convertirse en un cauce extraordinario de impugnación

de determinadas resoluciones judiciales, sujeto a importantes límites y requisitos para su admisibilidad. El más indeterminado de todos ellos es el del "*interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*" que debe concurrir en el asunto para ser objeto de tramitación.

- Uno de los primeros [casos](#) en los que se ha apreciado la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia en materia de Derecho de la Competencia ha sido el del recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Dentistas de Jaén, por la que se declara la nulidad de la Resolución dictada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, que sancionaba a la recurrente por la toma de decisiones y recomendación colectiva para imponer la elección de protésico dental por los dentistas.
- La Sala de instancia estimó la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) de la entonces vigente Ley 30/1992 al apreciar un vicio en la formación de voluntad del órgano colegiado, por la vacante no cubierta de uno de ellos.
- El recurrente fundamentaba la concurrencia del requisito comentado por entender que la Sentencia impugnada "*asienta una doctrina que resulta gravemente dañosa para los intereses generales*" (artículo 88.1.b) de la LJCA). La Sección de Admisión, sin embargo, señala que con independencia de lo anterior "*no cabe duda que afecta a un gran número de situaciones en cuanto trasciende del caso concreto, pues dicha interpretación afecta al funcionamiento y a la validez de los acuerdos adoptados por los órganos colegiados que se encuentren en una situación similar a la enjuiciada y, muy especialmente, a todos los acuerdos adoptados por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía durante un periodo de dos años*" (artículo 88.1.c) de la LJCA).
- El anterior pronunciamiento, acredita el amplio margen de apreciación con el que cuenta la Sección de Admisión a la hora de decidir sobre qué recursos conocerá a partir de ahora el TS por esta vía extraordinaria de la casación, pues puede incluso apartarse de la fundamentación empleada en el escrito de preparación para justificar la concurrencia del requisito.

[Clara Alcaraz](#)

El TS vuelve a confirmar la existencia de un abuso de posición de dominio de carácter explotativo, consistente en la imposición de precios abusivos

- La [STS](#) de 24 de febrero de 2017, recurso 668/2017, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por AISGE y ha confirmado la existencia de un abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de precios excesivos.
- En concreto, el TS confirma que la elevación de las tarifas generales que la entidad cobraba a los cines en un 100% en el año 2005 puede considerarse un precio abusivo, dado que la referida subida no fue explicada suficientemente en el momento de su aprobación a los sujetos afectados, ni pudo ser justificada de forma razonable en el marco del recurso. Además esta drástica elevación fue por otro lado una medida de presión indudable para la negociación posterior de acuerdos particulares.

[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.