

# 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. En la presente edición **destacamos:**

## Novedades CNMC

- [Un Antitrust Update cargado de novedades](#)
- [La CNMC: tiempo de cambios](#)

## Conductas

- [La CNMC sanciona a Nokia por estrechamiento de márgenes](#)
- [Derecho de la competencia en el baloncesto profesional](#)
- [Terminación convencional en el mercado de suministro de información a la industria farmacéutica](#)
- [El boom del \*gin tonic\* en España dispara los conflictos legales en el uso de la marca Schweppes](#)
- [Gun jumping por el umbral de cuota de mercado](#)

## Revisión jurisdiccional

### Audiencia Nacional (AN)

- [El caso \*Mensajes cortos\*: la relevancia de la definición de mercado](#)
- [El asunto \*Contratos de permanencia\*: ¿restricciones verticales?](#)
- [La AN confirma la multa impuesta a una persona física por los acuerdos anticompetitivos realizados por la persona jurídica de la que era directivo](#)
- [Las formas importan: los asuntos \*Servicios Comerciales AENA\* y \*Palés\*](#)
- [El caso \*Repsol\*: por qué es importante acertar en el título de imputación](#)
- [Más \*gun jumping\* por el umbral de cuota de mercado](#)
- [La AN abre la puerta a las solicitudes de revisión de oficio de órdenes de investigación en el asunto \*Abelló Linde\*](#)

### Tribunal Supremo (TS)

- [El TS estima que las inspecciones de la CNMC plantean diversas cuestiones de "interés casacional para la formación de jurisprudencia"](#)

### Aplicación privada del derecho de la competencia

- [Tres participantes del cártel decenal condenadas a pagar una indemnización millonaria a \*Musaat\*](#)

## En esta edición, participan:

[Miguel Odriozola](#)  
[Begoña Barrantes](#)  
[Rais Amils](#)  
[Belén Irissarry](#)  
[Ana Latorre](#)  
[Fernando Las Navas](#)  
[Pablo González de Zárate](#)  
[Diego Doménech](#)  
[Aida Moreu](#)

Contiene las novedades publicadas desde el 8 de abril hasta el 27 de septiembre de 2017

## Novedades CNMC

### Un Antitrust Update cargado de novedades

- En el periodo cubierto por nuestro *Antitrust Update* (mayo-septiembre), la CNMC ha sido particularmente activa en la investigación y detección de prácticas restrictivas de la competencia. Resaltamos a continuación algunas de las actuaciones llevadas a cabo por la CNMC durante el periodo.
- En cuanto a las inspecciones, la CNMC ha actuado prácticamente de forma mensual. En mayo, la CNMC inspeccionó nuevamente el mercado de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos [ferroviarios](#), investigación que ha culminado con la incoación de un expediente sancionador a 25 empresas. En el mes de junio, los inspectores de la CNMC visitaron por sorpresa a los principales grupos constructores de [obra civil](#) en España por la posible celebración de acuerdos de reparto de mercado. En el mes de julio llegó el turno de los servicios de [montaje y mantenimiento industrial](#).
- Por otro lado, la CNMC ha incoado diversos expedientes sancionadores por apreciar la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas en el sector de la fabricación, distribución y comercialización de [cigarrillos](#) y en el sector de la [comercialización de energía eléctrica](#).
- En este periodo también resulta llamativo el elevado – e inusual– número de archivos acordados por la CNMC. Las denuncias contra la [Liga de Fútbol, AENA](#) y el [Arzobispado de Madrid](#) han sido archivadas por no haber encontrado la CNMC indicios de infracción. Los casos [Gases medicinales](#) y [Componentes automoción](#) han sido archivados tras la realización de inspecciones por sorpresa que resultaron infructuosas. En el expediente [Mudanzas arte](#), la CNMC encontró indicios de conductas prohibidas que habían prescrito. Por último, la CNMC ha procedido a archivar la investigación por precios excesivos incoada a [Laboratorios Aspen](#), en este caso, por haber iniciado la Comisión Europea una investigación de estas prácticas en el ámbito europeo.
- En la presente entrega, además, inauguramos un apartado específico dedicado a la aplicación privada del derecho de la competencia, cuyos contenidos previsiblemente se ampliarán gradualmente en los próximos años, como consecuencia de la aprobación, el pasado mes de mayo, de la [normativa](#) de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de Daños. El equipo de Clifford Chance analiza en detalle esta reforma en el [client briefing](#) "Se estrecha el cerco a los cárteles: transposición en España de la Directiva 2014/104/UE de daños y

*perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia*".

- No puede dejar de destacarse, por último, el relativamente elevado número de sentencias en las que la jurisdicción contencioso administrativa ha anulado –por motivos formales y de fondo– multas impuestas tanto por la extinta CNC como por la actual CNMC. Por su interés, estas sentencias son analizadas en detalle en la presente entrega.

[Belén Irissarry](#)

### La CNMC: tiempo de cambios

- En un contexto en el que el propio modelo de institución única configurado por la CNMC está siendo [cuestionado](#) y en el que se han llevado a cabo –y aún se anticipan– algunas reformas de la Ley 15/2007, ha llegado el turno de las primeras renovaciones parciales del Consejo de la CNMC.
- El pasado mes de junio expiraba el mandato de tres vocales del Consejo de la CNMC. Por un lado, Eduardo Matilla y Diego Rodríguez han sido sustituidos por Mariano Bacigalupo y Pilar Canedo. Por su parte, María Ortiz ha sido reelegida, posibilidad que únicamente se prevé para los miembros del Consejo afectados por la primera renovación parcial del órgano (Disposición Transitoria Primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC). Tras sus respectivas [comparencias](#), los candidatos propuestos fueron aceptados el Congreso y tomaron posesión de sus cargos en la CNMC en julio de 2017 ([nota de prensa](#)).
- Este mes de septiembre es el turno de Idoia Zenarruzabeitia, Josep María Guinar y Fernando Torremocha. Hasta el momento, el Consejo de Ministros ha propuesto el [nombramiento](#) de Bernardo Lorenzo y de Xabier Ormaetxea, Presidente y vocal de la extinta CMT, respectivamente, quienes llevaron el cese anticipado de su nombramiento ante el [TS](#). El Alto Tribunal, a su vez, formuló consulta al TJUE, que [confirmó](#) que el Estado español había incumplido el derecho europeo al llevar a cabo este cese anticipado. Los candidatos han [comparecido](#) ante la Comisión de Economía, Industria y Competitividad el pasado 19 de septiembre de 2017 y han tomado posesión de sus cargos el día 27 de septiembre. A fecha de redacción de estas líneas, el tercer candidato que debe sustituir a Josep Maria Guinart está aún por determinar. De acuerdo con la información publicada por la CNMC, Josep Maria Guinart forma parte de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, junto con el Presidente, José María Marín Quemada, María Ortiz, Clotilde de la Higuera y Pilar Canedo.

[Belén Irissarry](#)

## Conductas

### La CNMC sanciona a Nokia por estrechamiento de márgenes

- La CNMC [sanciona](#) con 1,7 millones de euros a Nokia Solutions and Networks Spain ("**Nokia**") por abuso de posición de dominio al considerar acreditada la exclusión de Kapsch, por medio de un estrechamiento de márgenes, de una licitación convocada por ADIF.
- La CNMC aplica una definición de mercado mayorista muy estrecha, limitada a la prestación de servicios de apoyo, soporte y suministro de repuestos para el mantenimiento de las instalaciones de telecomunicaciones GSM-R de marca Nokia. Asimismo, el abuso de posición de dominio habría tenido lugar en el mercado aguas abajo, de reciente creación, consistente en el mantenimiento y renovación de los sistemas de telecomunicaciones móviles GSM-R, donde Nokia habría establecido unos precios mayoristas y minoristas que habrían impedido competir a Kapsch.
- La CNMC considera suficiente acreditar que el efecto de exclusión era probable, señalando que no es relevante si había otras razones que hubiesen impedido a Kapsch presentarse a la referida licitación de ADIF. Está por ver si esta decisión será apoyada por la AN, especialmente a la luz de la reciente sentencia *Intel* del TJUE, que aboga por un análisis económico y antiformalista de los casos de abuso de posición de dominio.
- En lo relativo a la cuantía de la multa, pese a que se califica el abuso como "muy grave" –lo que puede resultar en sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa durante el último ejercicio-, la multa impuesta asciende al 1% de las ventas totales de Nokia, sin que la CNMC reconozca la aplicación de ninguna circunstancia atenuante.

[Diego Domenéch](#)

### Derecho de la competencia en el baloncesto profesional

- El derecho de la competencia vuelve a estar de actualidad en el ámbito deportivo con la sanción de 400.000 euros que la CNMC ha impuesto a la ACB por imponer condiciones económicas desproporcionadas y discriminatorias para el ascenso de clubes a la Liga ACB. La evaluación por las autoridades de competencia de la compatibilidad de las normas deportivas con la normativa de competencia no es novedosa. El TJUE confirmó en el caso *Motoe* que la explotación comercial de los eventos deportivos está sujeta a dicha normativa. Así, el sector del fútbol en España ha estado recientemente bajo su escrutinio,

como lo ilustra el reciente [pronunciamiento](#) de la CNMC sobre las normas de equilibrio presupuestario aprobadas por la Liga Nacional de Fútbol Profesional ("**LFP**"), o la [decisión](#) de la Comisión Europea en 2016 instando a varios clubes españoles de fútbol profesional a devolver una serie de ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior.

- La sanción de la CNMC a la ACB pretende reparar la distorsión provocada en la competición deportiva por el "canon de la ACB" y el fondo de ascensos y descensos ("**FRAD**"). El canon de la ACB es la cuota de entrada que los clubes que han ascendido por méritos deportivos en la Liga LEB Oro tienen que pagar para acceder a la liga ACB, mientras que el FRAD consiste en una obligación de pago adicional por el club que asciende a la Liga ACB para hacer frente a la pérdida económica que implica para la ACB el descenso del otro equipo. Así, era relativamente habitual que un equipo que se hubiese ganado en los terrenos de juego el derecho a ascender a la ACB tuviese que renunciar a dicho ascenso por no poder hacer frente a estos pagos. Ante la denuncia del Club Baloncesto Tizon, S.A.D., la CNMC hace valer la normativa de derecho de la competencia para restablecer la justicia deportiva.
- El derecho de la competencia brinda un mecanismo útil para fiscalizar las decisiones de una liga profesional, ya que éstas se asimilan a acuerdos entre empresas competidoras en el sentido del artículo 1 de la LDC. Como consecuencia, toda decisión de una liga profesional que pueda distorsionar la competición deportiva es susceptible, al menos de forma potencial, de infringir el derecho de la competencia. En el caso analizado, la CNMC consideró las obligaciones de pago desproporcionadas y discriminatorias al constatar hechos tales como que el valor del "canon de la ACB" era muy superior a los ingresos anuales medios de los clubes antes de ingresar en la ACB, la existencia de clubes de la ACB que nunca han pagado dichas cuotas (al no haber descendido y ascendido nunca desde la creación de la ACB), o la frecuente exclusión de la ACB de equipos con méritos deportivos para obtener el ascenso.

[Pablo González de Zárate](#)

### Terminación convencional en el mercado de suministro de información a la industria farmacéutica

- El pasado 13 de julio, la CNMC [acordó](#) la terminación convencional del expediente que había sido incoado contra la empresa de servicios de información y consultoría para el sector sanitario, IMS Health, S.A ("**IMS**"), por posible abuso de posición de dominio en

su actividad de suministro de información sobre ventas a la industria farmacéutica.

- La práctica cuestionada consiste en la introducción en los contratos de IMS con los distribuidores mayoristas farmacéuticos de limitaciones significativas al suministro de datos por éstos a competidores de IMS, materializadas en la llamada cláusula de "suministro múltiple", que preveía, para el supuesto de que el distribuidor mayorista decidiera competir con IMS o suministrar sus datos de ventas a competidores de IMS: (i) la obligación de notificar anticipadamente dicha decisión a IMS; (ii) la posibilidad de IMS de rescindir anticipadamente el contrato; (iii) la posibilidad de IMS de exigir el suministro de datos en los mismos términos y condiciones que los pactados con terceros (cláusula de cliente más favorecido); y (iii) reducciones significativas en los precios por la información del distribuidor.
- Según la CNMC, la conducta de IMS (con una cuota sostenida en el tiempo del 90%-100%) podría generar efectos de cierre de mercado para sus competidores, entre los que se encuentra el denunciante –Health Market Research España, S.L.– que, de hecho, había visto frustrados sus intentos de penetrar en el mercado accediendo a datos de ventas de los distribuidores mayoristas, imprescindibles, según la CNMC para competir en aquél.
- La CNMC acuerde la terminación convencional del procedimiento con el compromiso de IMS de eliminar: (i) su facultad de rescindir anticipadamente el contrato; (ii) la cláusula de cliente más favorecido; y (iii) la obligación de comunicación previa. La CNMC considera, no obstante, que la cláusula de reducción de precios puede tener justificación en la pérdida de exclusividad en el servicio y que, una vez eliminadas las demás cláusulas controvertidas, no es susceptible de generar efectos de cierre de mercado. No obstante, tal reducción de precios tendrá el carácter de máxima y no podrá aplicarse con carácter retroactivo.

[Begoña Barrantes](#)

## El boom del *gin tonic* en España dispara los conflictos legales en el uso de la marca Schweppes

- El auge del *gin tonic* en España ha supuesto un incremento del consumo de tónica y, al mismo tiempo, de los litigios relacionados con el uso de la marca Schweppes. Tal ha sido el alcance de estas disputas que la CNMC, los juzgados de lo mercantil e incluso el TJUE se han visto abocados a intervenir.
- El origen de estos conflictos viene dado no sólo por el boom del *gin tonic* en nuestras terrazas, sino también por la singular estructura de propiedad de los derechos

de la marca Schweppes en Europa. Así, desde el año 1999, los grupos empresariales Coca-Cola y Orangina Schweppes Holding B.V. ("**Orangina**") comparten la titularidad de la marca Schweppes en los distintos Estados Miembros. Coca-Cola es la propietaria de la marca en Reino Unido y otros 10 países, mientras que Orangina lo es en España y en otros 20 países.

- En 2013 varios distribuidores independientes empezaron a importar en España tónica Schweppes fabricada en Reino Unido por Coca-Cola. Orangina consideró que dicha comercialización suponía una infracción de sus derechos sobre la marca Schweppes en España y emprendió procedimientos judiciales contra dichos distribuidores. Como consecuencia de ello, algunos distribuidores se comprometieron con Orangina a no comercializar en España tónica Schweppes no fabricada por ésta en territorio nacional.
- Este compromiso llegó a través de una denuncia a oídos de la CNMC, que consideró que, en virtud de la aplicación del principio de agotamiento del derecho de marca, dichos acuerdos excedían los derechos de marca y suponían una restricción de las importaciones paralelas contrarias a la normativa de derecho de la competencia. En concreto, la CNMC [interpretó](#) que la literalidad del acuerdo limitaba también el comercio paralelo de la tónica Schweppes fabricada por la propia Orangina en otros Estados Miembros, lo que vulnera el Reglamento UE de restricciones verticales. Fiel a su perfil discreto a la hora de abordar las restricciones verticales, la CNMC no impuso sanción alguna a Orangina, sino que le instó, a través del procedimiento de terminación convencional, a modificar sus contratos con los distribuidores para matizar que la prohibición de importación de tónica Schweppes únicamente alcanzaba a aquélla proveniente de Reino Unido y fabricada por Coca-Cola.
- Pero el conflicto no acaba ahí. Ante las demandas presentadas por Orangina por infracción del derecho de marca contra las importaciones en España de tónica de la marca Schweppes procedente de Reino Unido, un juzgado de lo mercantil de Barcelona había presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE con el fin de que éste clarificase la aplicación del principio de agotamiento del derecho de marca en este supuesto concreto. Si bien el TJUE no se ha pronunciado aún, el Abogado General acaba de [manifestar](#) que el principio de agotamiento puede cubrir situaciones en las que el uso de la marca está sometido al control conjunto de dos personas distintas –cada una titular de derechos reconocidos a nivel nacional– que actúan, en la explotación de la marca, como un único centro de intereses.
- Queda por ver si el TJUE mantiene esta misma postura y, en su caso, cómo podría afectar la

sentencia a la decisión de terminación convencional de la CNMC. La saga Schweppes continúa... Sshh!

[Pablo González de Zárate](#)

## Gun jumping por el umbral de cuota de mercado

- La CNMC ha [sancionado](#) a Consenur con una multa de 20.000 euros, por haber ejecutado anticipadamente sin autorización de la CNMC, la operación de concentración consistente en la adquisición de Cathisa. En opinión de la CNMC (i) por un lado, y en contra del criterio mantenido por Consenur, la citada operación superaba el umbral de notificación de cuota de mercado del artículo 8.1.a) de la LDC; y, (ii) por otro, concurría el elemento subjetivo de la infracción, ya que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, Consenur no actuó diligentemente al estimar sus cuotas de mercado. La CNMC considera que una actuación diligente de Consenur le habría permitido concluir que la cuota resultante en el mercado relevante (de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en Canarias) era superior al 50%, o por lo menos, le habría planteado dudas que le habrían llevado a usar la consulta previa del artículo 55.2 de la LDC o a prenotificar la operación. Nótese que Consenur fue en el pasado objeto de una sanción por ejecución anticipada de una concentración que, sin embargo, fue anulada por la AN en 2012 (mediante Sentencia confirmada por el TS), que aceptó el criterio de Consenur en cuanto a la definición de mercado relevante.

[Begoña Barrantes](#)

## Audiencia Nacional (AN)

### El caso *Mensajes cortos*: la relevancia de la definición de mercado

- La AN ha anulado una [resolución](#) de la antigua CNC de 19 de diciembre de 2012 que había impuesto multas por un total de 120 millones de euros a Telefónica, Vodafone y Orange por abuso de posición de dominio en el mercado de los mensajes cortos.
- Estamos ante una de las escasas sentencias en las que se anula una resolución por error en la definición de mercado y consecuente ausencia de posición de dominio.
- La AN declara que la CNC estaba obligada a actualizar las definiciones de mercado, y no podía, sin más, importar definiciones de mercado antiguas sin cotejarlas. La CNC había definido el mercado relevante como el de terminación de los mensajes SMS y MMS en la red de cada operador, en base a la normativa *ex ante* de la antigua CMT, sin analizar si: (i)

el mercado podría englobar la oferta global de servicios multimedia en un mercado *ex post*; (ii) si realmente cada red constituye un mercado separado y (iii) si los demás operadores tenían poder compensatorio.

- La CNC había concluido que las partes gozaban además de una posición de dominio colectiva que reforzaba la posición de dominio individual de cada operador. En ausencia de posición de dominio individual no procedía determinar si además existía una posición de dominio colectiva ni si se había producido un abuso.

[Miguel Odriozola](#)

### El asunto *Contratos de permanencia*: ¿restricciones verticales?

- La AN ha [anulado](#) la multa de 25,8 millones de euros impuesta por la CNMC a Telefónica como consecuencia de las obligaciones de permanencia incluidas en determinados contratos con clientes empresariales ([Resolución](#) de 29 de octubre de 2014).
- La decisión se anula por falta de tipicidad de la conducta sancionada y por considerar que ésta no afectó a la libre competencia. Así, la AN sostiene que la CNMC erró al considerar que las obligaciones de permanencia analizadas constituyesen una restricción vertical de la competencia tras constatar que las empresas afectadas eran meros clientes o consumidores finales del servicio (y, por tanto, no contaban con presencia en el proceso de producción o de distribución de la telefonía móvil, como hubiese exigido una restricción vertical). Además, la AN concluye que la existencia de descuentos a cambio de obligaciones de permanencia estaba justificada sobre la base de razones de índole económica.
- La Resolución de la CNMC venía acompañada de dos votos particulares contrarios al sentido de la opinión mayoritaria y un tercer voto particular, esta vez concurrente con el sentido mayoritario, lo que ha dejado de ser anecdótico y pone de relieve el delicado escenario que se presenta en fase de resolución ante la Sala de Competencia del Consejo.

[Ana Latorre](#)

### La AN confirma la multa impuesta a una persona física por los acuerdos anticompetitivos realizados por la persona jurídica de la que era directivo

- En una de las primeras sentencias sobre la responsabilidad de personas físicas por infracción del derecho de la competencia, la AN ha [desestimado](#) el

recurso seguido por el procedimiento especial de protección de Derechos Fundamentales, [confirmando](#) la Resolución de la CNMC de 30 de junio de 2016, en lo que se refiere a la sanción de 10.450 euros impuesta a un miembro de un órgano directivo de una de las empresas considerada autora de una infracción del derecho de la competencia.

- A pesar de que se confirma la alegación del recurrente en el sentido de que no puede imponerse una sanción en calidad de representante legal al que no lo es, la AN confirma que la sanción era posible en base al segundo inciso del artículo 63.2 de la LDC, que contempla la responsabilidad de las personas físicas integrantes del órgano directivo de la empresa sancionada, siendo éste el caso del actor.
- Por último, en lo que se refiere a la publicación de los datos personales del directivo en la Resolución sancionadora, la AN confirma que, en principio, prevalece el interés general en la publicación de la resolución sancionadora si bien deja la puerta abierta a la posibilidad de justificar que en el caso concreto debería primar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del directivo. En cualquier caso, esta circunstancia no se consideró acreditada en el caso de especie.

[Aida Moreu](#)

## Las formas importan: los asuntos *Servicios Comerciales AENA* y *Palés*

- La AN ha anulado dos Resoluciones de la CNMC por motivos formales en los expedientes [Servicios Comerciales AENA](#) y [Palés](#), confirmando que cuando está en juego el pago de multas de elevada cuantía, las formas importan, y mucho.
- Así, en primer lugar, en el asunto [Palés](#), el Consejo de la CNMC modificó propuesta inicial de la Dirección de Competencia de que las dos conductas investigadas (cártel e intercambio de información respectivamente) constituían dos infracciones autónomas. El Consejo concluyó que ambas conductas formaban parte de una infracción única y continuada de carácter complejo. A pesar de motivarse detalladamente en la Resolución por qué se cumplían las condiciones para considerar la existencia de una infracción única, el Consejo no concedió audiencia a las partes, lo que llevó a la AN a concluir que se había producido una recalificación con indefensión al haberse ampliado el ámbito temporal de los hechos y haberse agravado la calificación jurídica de los mismos.
- Por otro lado, en el asunto [Servicios Comerciales AENA](#) el Consejo concluyó que el acuerdo de intercambio de información investigado formaba parte en realidad de un cártel de coches de alquiler previamente investigado y [sancionado](#) por la CNMC en

un expediente sancionador separado que ya había concluido. Una vez más, la AN concluyó que se había producido una recalificación con indefensión al no haber tenido las partes la oportunidad de alegar sobre este cambio de criterio. En cuanto al fondo de este asunto, además, debe indicarse que la *Autorité de la Concurrence* francesa acaba de [archivar](#) la investigación sobre un intercambio de información muy similar, al haber concluido tras un análisis de fondo muy detallado que el intercambio no podía ser considerado una infracción por objeto ni era apto para producir efectos anticompetitivos.

[Belén Irissarry](#)

## El caso *Repsol*: por qué es importante acertar en el título de imputación

- La AN ha [estimado](#) el recurso interpuesto por Repsol, S.A. ("**Repsol**") contra la [Resolución](#) de la CNMC por la que se le impuso una sanción de 22,5 millones de euros por acuerdos de coordinación de precios e intercambios de información con gestores independientes de la red abanderada de dicho operador en el sector de los combustibles de automoción.
- La AN considera que la CNMC vulneró los derechos fundamentales de Repsol de los artículos 24 y 25.1 de la Constitución y los principios responsabilidad y personalidad de la pena y culpabilidad, al declararle responsable en calidad de autora de la infracción cometida por su filial únicamente por el hecho de ser titular del 100% de las acciones de aquella.
- La AN resalta que en derecho de la competencia es clara la distinción entre autor material y responsable de la actuación en concepto de matriz y que la extensión de la responsabilidad a ésta en virtud de la doctrina jurisprudencial de atribución de responsabilidad (solidaria) a la matriz presupone que dicha matriz no es el sujeto infractor de la conducta.

[Miguel Odriozola](#)

## Más *gun jumping* por el umbral de cuota de mercado

- El pasado 28 de abril, la AN [confirmó](#) la sanción que la CNMC impuso a France Telecom España, S.A.U. ("**Orange**"), por ejecución anticipada sin autorización de la CNMC de la adquisición de control sobre el Operador Móvil Virtual completo KPN Spain, S.L.U. ("**Simyo**").
- Por un lado, la AN comparte la opinión de la CNMC en el sentido de que la operación cumplía el umbral de cuota de mercado, pues Simyo tiene una cuota del 100% en el mercado mayorista de terminación de llamadas y mensajes cortos en su propia red. Por otro lado, la AN

considera que no hay dudas razonables respecto de la definición del mercado con base en los precedentes nacionales y europeos que, por el contrario, son claros en cuanto a la existencia de tal mercado y aprecia, por tanto, culpabilidad en la actuación de Orange. Nótese que, precisamente, la definición de este mercado ha sido cuestionada por la misma AN en su Sentencia del pasado 4 de septiembre de 2017, que anula la Resolución de la CNMC en el expediente S/0248/10, *Mensajes cortos*, y que ya se ha comentado.

[Begoña Barrantes](#)

## La AN abre la puerta a las solicitudes de revisión de oficio de órdenes de investigación en el asunto *Abelló Linde*

- La AN ha dictado una [sentencia](#) que plantea novedades relevantes desde el punto de vista procedimental cuando se produce un desfase temporal entre el plazo máximo para recurrir una orden de investigación autorizando una inspección y el momento en el que la empresa toma conocimiento de la existencia de un motivo de nulidad de la referida orden.
- En este caso, la empresa Abelló Linde formuló una solicitud de revisión de oficio ante el Consejo de la CNMC de la Orden de Investigación de 3 de julio de 2015 invocando su nulidad de pleno derecho por vulneración del derecho fundamental a la privacidad e inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18.2 de la CE. Es importante resaltar que Abelló Linde formula una solicitud de revisión de oficio ya que, en la práctica, el plazo para recurrir la Orden había transcurrido, pero sólo en la última vista del expediente –posiblemente cuando se pudo excluir la existencia de una solicitud de clemencia– pudo la empresa comprobar que no existían indicios suficientes que justificaran una medida tan restrictiva como una inspección.
- El Consejo –órgano competente para resolver la solicitud de revisión– [inadmitió](#) la solicitud de revisión de oficio. Sin embargo, la AN concluye que la solicitud de la recurrente aparecía formalmente amparada en la lesión de un derecho fundamental con cita de los preceptos constitucionales y legales que amparan ese derecho y con un razonamiento fundado en que no cabe confundir las meras conjeturas o sospechas con indicios fundados, por lo que las causas de inadmisión no concurrían.
- Se da la circunstancia de que el expediente sancionador que se incoó tras las inspecciones ha sido recientemente archivado por la CNMC por no haberse encontrado indicios de infracción de la LDC a pesar de

las inspecciones, lo que en cierta medida confirma que la pretensión de la recurrente no iba desencaminada.

[Fernando Las Navas](#)

## Tribunal Supremo (TS)

### El TS estima que las inspecciones de la CNMC plantean diversas cuestiones de "interés casacional para la formación de jurisprudencia"

- No cabe duda de que las inspecciones llevadas a cabo por la CNMC siguen planteando importantes cuestiones jurídicas.
- Es por ello que el TS ha apreciado la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en diversos asuntos relacionados con inspecciones llevadas a cabo por la CNMC, posiblemente debido a la divergencia de opiniones entre los diferentes juzgados de lo Contencioso-administrativo inicialmente encargados de autorizar las solicitudes de entrada en la sede de empresas formuladas por la CNMC.
- En particular, el [ATS de 29 de marzo de 2017](#), asunto *Asociación Española de Montajes Industriales (SEMI)* ha estimado que reviste interés casacional (i) la cuestión del grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio o en la sede social de una empresa formuladas por la CNMC; así como (ii) el alcance y la extensión del control judicial respecto de tales peticiones de autorización, en particular cuando se trata de solicitudes formuladas en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada cuya incoación resulta de la aplicación de un programa de clemencia (artículo 65 de la LDC).
- En la misma línea, los [ATS 7318/2017, Siemens, S.A.](#) y [ATS 7316/2017, Electren, S.A.](#) ambos de 17 de julio de 2017, han admitido igualmente a trámite sendos recursos de casación interpuestos por Siemens y por Electrabel para dirimir idénticas cuestiones.

[Fernando Las Navas](#)

## Aplicación privada del derecho de la competencia

### Tres participantes del cártel decenal condenadas a pagar una indemnización millonaria a Musaat

- En el marco de un procedimiento instado por Musaat en ejercicio de una acción de daños y perjuicios en

materia de defensa de la competencia, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid ha dictado la [sentencia](#) de 3 de julio de 2017 por la que ha condenado a las tres demandadas Asefa, Scor Global y Caser, participantes en el cártel decenal, por realizar actuaciones de presión y boicot contrarios a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Con ello, dicho Tribunal confirma el pronunciamiento declarativo recogido en la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014.

- La Audiencia Provincial de Madrid se considera vinculada por la declaración de la Sala Tercera del TS, recogida en sus sentencias firmes, de que las conductas llevadas a cabo por las demandadas eran contrarias al derecho de defensa de la competencia, no habiendo razones que pudieran justificar el apartarse de dicha calificación jurídica.
- El Tribunal entiende que hay un vínculo causal directo entre la retirada de la oferta inicialmente presentada a Musaat por parte de Hannover Re, presionada por las demandadas, y la obligada aceptación por Musaat de unas condiciones peores para el nuevo reaseguro, al haber ya lanzado al mercado un producto desprovisto de reaseguro. Determinada la existencia del daño, el Tribunal procede a su cuantificación a la luz de los distintos dictámenes periciales obrantes en autos, fijándola finalmente en 2.928.848,80 euros, suma que deberá ser actualizada en fase de ejecución.
- En cuanto a la excepción de prescripción instada por las demandadas apelantes, el Tribunal la desestima por considerar que Musaat interpuso la acción cuando se encontraba en "situación de aptitud plena para litigar" (una vez tuvo conocimiento del resultado de la investigación de la CNC), habiendo válidamente interrumpido el plazo de prescripción con sus misivas.
- Esta sentencia no es firme y es susceptible de ser recurrida ante el TS.

[Rais Amils](#)

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](http://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.