

ÍNDICE

UNIÓN EUROPEA

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

- A. La Comisión multa a Microsoft por no respetar sus compromisos sobre elección del navegador
- B. La Comisión prohíbe la compra de Air Lingus por Ryanair
- C. La Comisión multa a Telefónica y a Portugal Telecom con 79 millones de euros por una cláusula contractual de no competencia

JURISPRUDENCIA RECIENTE

- A. Nuevas aclaraciones sobre el concepto de ayuda de Estado: sentencia del TJUE en el asunto France Télécom
- B. El TJUE declara que un cártel pactado con el propósito de eliminar a un competidor está prohibido a pesar de que este último opere en el mercado de forma ilegal
- C. El TJUE anula la decisión del TG que inadmitía un recurso de Mindo, antigua filial de Alliance One

ESPAÑA

LEGISLACIÓN

Principales novedades en materia de organización y funcionamiento introducidas por el Congreso de los Diputados en el Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- A. La CNC impone multas por valor de más de 44 millones de euros a las empresas del cártel de los sobres de papel
- B. La CNC autoriza con compromisos la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de DISA del control conjunto sobre SHELL
- C. La CNC autoriza condicionadamente el levantamiento parcial de la suspensión de la operación de concentración Cope/Vocento/Punto Radio que autoriza después con compromisos
- D. La CNC vigila estrechamente el cumplimiento de los compromisos e impone multas a Prisa y Telefónica y a Mediaset por incumplimiento de los mismos
- E. La CNC autoriza con compromisos la operación Deoleo / Hojiblanca
- F. La CNC impone multas a las empresas de un cártel de fabricantes de espuma de poliuretano
- G. La CNC impone multas a las empresas integrantes del cártel del asfalto en Cantabria

JURISPRUDENCIA RECIENTE

La AN anula algunas de las multas impuestas a empresas participantes en el denominado cártel de licitaciones de carreteras

PORTUGAL

La Autoridad portuguesa de defensa de la competencia multa a varias empresas por no notificar una concentración

Unión Europea

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

A. La Comisión multa a Microsoft por no respetar sus compromisos sobre elección del navegador

El pasado 18 de abril la Comisión Europea (“Comisión”) hizo finalmente pública la Decisión de 6 de marzo¹ por la que impuso a Microsoft una multa de 561 millones de euros por incumplir el compromiso de ofrecer a los usuarios europeos de Windows una pantalla que les permitiese elegir fácilmente el navegador web de su preferencia.

El presente procedimiento traía causa de otro incoado contra Microsoft por abuso de posición de dominio consistente en vincular el navegador web de Microsoft, *Internet Explorer*, con Windows, el sistema operativo de Microsoft dominante en su respectivo mercado de producto. En aquel momento Microsoft ofreció en el marco de un procedimiento de transacción y entre otros compromisos, poner a disposición durante cinco años, es decir, hasta 2014, en el Espacio Económico Europeo una “pantalla de elección” que permitiese a los usuarios del sistema operativo Windows elegir de manera informada e imparcial el navegador web que quería instalar además de, o en lugar de, el navegador web de Microsoft.

¹ Decisión de la Comisión europea de 6 de marzo de 2013 en el asunto AT.39530 *Microsoft (Tying)* La nota de prensa está disponible en el siguiente enlace: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-196_en.htm.

La Comisión adoptó entonces una Decisión por la que aceptó el citado compromiso, y lo convirtió en jurídicamente vinculante para Microsoft hasta el año 2014, dando así por finalizado el procedimiento. En la Decisión ahora publicada, la Comisión considera que Microsoft no desplegó la pantalla de elección de navegador en su sistema operativo *Windows 7 Service Pack 1* desde mayo de 2011 hasta julio de 2012. En este período, 15 millones de usuarios de Windows en la Unión Europea (“UE”) no tuvieron acceso a la pantalla de elección de navegador.

Esta es la primera multa impuesta por la Comisión a una empresa por incumplimiento de una Decisión de transacción. En el cálculo de la multa, la Comisión ha tenido en cuenta la gravedad y la duración de la infracción, la necesidad de garantizar un efecto disuasorio de la multa y, como circunstancia atenuante, el hecho de que Microsoft ha cooperado con la Comisión, proporcionando información que ha contribuido a la investigación eficiente del asunto.

No obstante, la Comisión rechazó otras alegaciones esgrimidas por Microsoft para reducir la cuantía de la sanción. Así, en relación con el carácter negligente de la infracción, la Comisión argumenta que Microsoft debería haber sabido que el error en el contexto del cumplimiento de una Decisión de transacción era inexcusable. Tampoco han convencido a la Comisión las alegaciones relativas a la novedad de este tipo de procedimientos, ni el compromiso de Microsoft de alargar voluntariamente el plazo de cumplimiento de la obligación impuesta por la Decisión de 2009. Por último, la Comisión rechazó reducir el importe de la sanción en base a la rápida identificación e intervención por parte de Microsoft para remediar el error, así como a la adopción de medidas internas dirigidas a evitar futuros errores similares.

La sanción finalmente impuesta, 561 millones de euros, equivale al 1,2% de la facturación global de la compañía en el último ejercicio.

Jose Luis Azofra (Madrid)

B. La Comisión prohíbe la compra de Air Lingus por Ryanair

El pasado 27 de febrero de 2013 la Comisión prohibió la adquisición de Aer Lingus por parte de Ryanair.²

La razón para ello es que, según el análisis de la Comisión, la concentración habría resultado en efectos anticompetitivos (en particular un incremento en los precios) derivados de la creación de un monopolio o una posición de dominio en 46 rutas en las cuales Ryanair y Aer Lingus compiten en la actualidad. Los (sustanciales) compromisos ofrecidos por Ryanair no fueron, desde el punto de vista de la Comisión, suficientes para eliminar los posibles efectos anticompetitivos de la concentración en las rutas mencionadas.³ En particular:

- En 28 rutas la concentración resultaría en la entidad combinada como único operador.

- En 11 rutas la única presión competitiva que recibiría el nuevo operador vendría de operadores de vuelos chárter, con un modelo distinto de negocio y que, desde el punto de vista de la Comisión no ejercerían una presión competitiva apreciable.
- En 7 rutas donde el nuevo operador competiría con otros operadores de vuelos regulares, Ryanair y Air Lingus son en la actualidad los competidores más próximos, ya que las otras aerolíneas operaban las rutas en cuestión para dar servicio a sus respectivos *hubs* en oposición al modelo punto-a-punto característico del modelo de negocio de Ryanair y Aer Lingus.

Se trata de la tercera notificación de adquisición de la antigua compañía de bandera irlandesa por parte de Ryanair. El primero de dichos intentos fue prohibido por la Comisión con fecha 27 de junio de 2007.⁴ La Decisión de la Comisión en dicho asunto fue recurrida (sin éxito) por Ryanair ante el Tribunal General de la UE (“TGUE”).⁵ En 2009 se produjo un segundo intento, mediante una notificación que fue posteriormente retirada.⁶ Veremos si la Decisión de febrero de la Comisión será de

² Decisión de la Comisión Europea de 27 de febrero de 2013 en el asunto COMP/M.6663 Ryanair /Aer Lingus III. La nota de prensa de la Comisión se puede encontrar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-167_en.htm

³ La explicación e interpretación de los compromisos por parte de Ryanair se puede encontrar en <http://www.ryanair.com/doc/news/2012/aerlingusupdatenov5.pdf>

⁴ Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2007 en el asunto COMP/M.4439 – Ryanair / Aer Lingus, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4439_20070627_20610_en.pdf

⁵ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 6 de julio de 2010 en el Asunto T-342/07, *Ryanair Holdings plc c. Comisión* [2010] Rec. II-03457.

⁶ Referencia a dicha notificación de 8 de enero de 2009 se puede encontrar en el DOUE C 14/10 [2009].

nuevo recurrida por Ryanair ante el TGUE y cuál será la decisión del Tribunal en este nuevo asunto.⁷

Por otra parte se trató, a la fecha de adopción de la Decisión de la Comisión, de la vigésimo segunda decisión de prohibición de una concentración por la Comisión en toda su historia, por lo cual se trata de un suceso bastante raro en términos absolutos. No obstante, dichas decisiones de prohibición no son extrañas en el sector del transporte aéreo de pasajeros y la posición de la Comisión en este asunto tendrá probablemente repercusiones para otra operación que se anuncia difícil, la del segundo intento de concentración entre Aegean Airlines y Olympic Airways.⁸

Jose Manuel Panero (Bruselas)

C. La Comisión multa a Telefónica y a Portugal Telecom con 79 millones de euros por una cláusula contractual de no competencia

En julio de 2010 Telefónica, S.A. (“Telefónica”) firmó un acuerdo con Portugal Telecom SGPS, S.A. (“Portugal Telecom”) para comprar la participación de

⁷ El mismo día de la decisión, Ryanair anunció su intención de recurrir la misma ante el TJUE

<http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324662404578329791069289204.html>.

La reacción favorable de Aer Lingus a la decisión de la Comisión puede encontrarse en

http://corporate.aerlingus.com/investorrelations/regulatorynews/2013pressreleases/Prohibition_Decision_270213.pdf

⁸ Asunto M. 6796. Un primer intento de concentración fue prohibido por la Comisión mediante su decisión de 26 de enero de 2011 en el asunto COMP/M.5830 – Olympic/Aegean Airlines

esta última en Vivo, operadora brasileña de telefonía móvil. Telefónica adquiría así el control exclusivo sobre Vivo, previamente controlado de forma conjunta por Telefónica y Portugal Telecom. La operación recibió el beneplácito del regulador brasileño de telecomunicaciones.

De acuerdo con la información suministrada por la Comisión⁹, el acuerdo entre Telefónica y Portugal Telecom incluía una cláusula de no competencia en los mercados ibéricos que, según han indicado las compañías, estaba condicionada al cumplimiento de la normativa de competencia, nunca fue objeto de ocultación y, tan pronto como la Comisión empezó a requerir información sobre la cláusula (hacia finales de enero de 2011), se puso término a la misma. Las partes entienden, por tanto, que el acuerdo no pudo tener un impacto negativo sobre el mercado o los consumidores.

No obstante las explicaciones de las partes, mediante Decisión de 23 de enero de 2013, la Comisión ha considerado que la cláusula constituye un reparto de mercados entre las dos principales compañías del mercado ibérico y, por tanto, contraviene el artículo 101 del TFUE. El acuerdo suponía, en palabras de la Comisión, que Telefónica y Portugal Telecom se quedarán fuera, respectivamente, del mercado nacional del otro, impidiendo así el proceso de integración del sector de las telecomunicaciones en la UE.

La limitada duración del acuerdo –cuatro meses– ha sido tenida en cuenta por la autoridad de competencia europea como

⁹ Véase la nota de prensa de 23 de enero de 2013, disponible en

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-39_es.htm.

La Decisión de la Comisión Europea en el asunto 39839 se encuentra pendiente de publicación.

atenuante para cuantificar la sanción pero en ningún caso para excluir la propia existencia de la infracción. Por otro lado, el hecho de que la práctica fuera pública, parece haber sido considerado por la Comisión como circunstancia agravante en el cálculo de la sanción. La sanción final asciende a 66.894.000 euros a Telefónica y 12.290.000 euros a Portugal Telecom por acordar mantener sus respectivas posiciones en España y Portugal. Ambas empresas han anunciado que piensan recurrir la sanción ante el TG.

Se trata de la segunda mayor multa impuesta al operador español por la Comisión. En 2007 Telefónica ya fue sancionada con 151.875.000 euros por estrechamiento de márgenes¹⁰ y la sanción fue posteriormente confirmada por el TG aunque está pendiente de casación ante el TJUE¹¹.

Yolanda Martínez (Bruselas)

¹⁰ Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, en el asunto COMP/38.784 – *Wanadoo España c. Telefónica*.

¹¹ Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012, en el asunto T-336/07 - *Telefónica, SA y Telefónica de España, SA contra Comisión Europea*. La Sentencia ha sido objeto de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia y se encuentra actualmente en tramitación bajo el número C-295/12 P - *Telefónica y Telefónica de España/Comisión*.

JURISPRUDENCIA RECIENTE

A. Nuevas aclaraciones sobre el concepto de ayuda de Estado: sentencia del TJUE en el asunto France Télécom

El pasado 19 de marzo el Tribunal de Justicia de la UE (“TJUE”) adoptó una importante sentencia¹² en materia de ayudas de Estado, confirmando la decisión de la Comisión¹³ que había identificado ayudas a favor de France Telecom (“FT”) y había sido anulada en primera instancia por el TGUE¹⁴.

Antecedentes

La Comisión declaró la existencia de ayudas de Estado a favor de FT entre julio y diciembre de 2002 otorgadas en varias formas. Concretamente, ante los problemas financieros de FT, las autoridades francesas declararon en julio de 2002 que adoptarían todas las medidas necesarias para que los mismos fueran superados. En septiembre, las autoridades francesas repetían las declaraciones de apoyo. Dichas declaraciones permitieron a FT mantener cierto ranking otorgado por las agencias de calificación de riesgo. Remplazada la dirección de FT, en diciembre de 2002, se adoptó un plan de medidas de recuperación económica que incluía una oferta de crédito público de 9.000 millones de euros. FT no hizo, sin embargo, uso de la línea de crédito.

¹² Sentencia de 19 de marzo de 2013, *Bouygues (France Telecom)*, asuntos acumulados C-399/10 y C-401/10.

¹³ Decisión 2006/621/CE de la Comisión de 2 de agosto de 2004.

¹⁴ Sentencia del TGUE de 21 de mayo de 2010, *Francia y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-425/04, T-444/04, T-450/04 y T-456/04.

La Comisión consideró que el apoyo aportado por las autoridades francesas no respondía ni al principio del inversor privado que opera en el mercado con la debida cautela y prudencia, ni su intervención se ajustaba a las condiciones impuestas a las ayudas al salvamento y la reestructuración por lo que consideraba las medidas de apoyo a FT (declaraciones y líneas de crédito), en su conjunto, como una ayuda de Estado incompatible. Pese a ello, en aplicación del principio de confianza legítima y derecho de defensa, no se ordenaba la recuperación de las ayudas en cuanto que no podían cuantificarse.

La sentencia de primera instancia

El TGUE anuló la decisión de la Comisión recordando que sólo constituyen ayudas de Estado las medidas públicas que implican una merma de recursos públicos. Además ha de existir un nexo entre la ventaja otorgada por el Estado y el coste para el erario público. En este sentido, las declaraciones de intenciones de las autoridades francesas no eran vinculantes jurídicamente y no existía un compromiso firme de transferencia de fondos públicos, aun cuando hubieran otorgado una ventaja a FT. Por ello, consideró que la Comisión no había probado suficientemente la existencia de ayuda de Estado en dichas declaraciones. Dado que la Comisión basó su Decisión en un examen global de las medidas, la Decisión incurría en un error de Derecho.

Sentencia en casación

El TJUE contradice al TGUE y estima que la Comisión no está obligada a demostrar en cada intervención pública la existencia de afectación de fondos públicos cuando forman parte de un plan de apoyo. Considera asimismo que la mera existencia de un riesgo económico para el erario público es suficiente para identificar una ayuda de Estado.

El TJUE recuerda que el concepto de ayuda incluye medidas públicas que han de valorarse por sus efectos y no por sus formas y varias medidas adoptadas dentro de un plan que pueden analizarse en su conjunto sin que sea necesario un análisis particular de cada una de ellas.

Así, considera que la Comisión ha de demostrar que existe un nexo entre la ventaja y el riesgo económico para el erario público pero no es necesario que haya una correlación exacta entre ventaja y merma de fondos públicos identificados¹⁵. Argumenta además que las declaraciones de julio y septiembre ya suponían un primer compromiso de Francia hacia FT y la puesta a disposición de un crédito de 9.0000 millones de euros a favor de FT es la plasmación de dicho compromiso, que implicaba un riesgo económico evidente dado que FT podía ejecutar la línea de crédito en cualquier momento. Así, concluye que las medidas a favor de FT, analizadas en su conjunto, constituyen ayuda de Estado.

En definitiva, se trata de una sentencia importante en cuanto confirma la amplitud del concepto de ayuda al incluir medidas que suponen un riesgo (aunque no confirmado) de merma de fondos públicos; además de poder calificarse como tales un plan de apoyo valorado en su conjunto, con independencia de la calificación individual de cada una de las medidas que lo configuran.

María Muñoz de Juan (Bruselas)

¹⁵ En términos del TJUE “no es necesario que tal mengua, ni siquiera el riesgo, se corresponda con dicha ventaja o sea equivalente a ella, ni que esta tenga como contrapartida tal riesgo, ni que sea de la misma naturaleza que el compromiso de recursos del Estado del que se deriva” (Apartado 110).

B. El TJUE declara que un cártel pactado con el propósito de eliminar a un competidor está prohibido a pesar de que este último opere en el mercado de forma ilegal

El pasado 7 de febrero, el TJUE dictó sentencia en el asunto C-68/12, correspondiente a una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal Supremo eslovaco en relación con un asunto en el que se dirimía la legalidad de una sanción impuesta por la autoridad eslovaca de competencia a tres entidades financieras que incurrieron en prácticas anticompetitivas para perjudicar a un competidor que operaba de forma ilegal en el mercado.

En concreto, el asunto del que traía causa el litigio fue un expediente abierto en 2009 por la autoridad eslovaca de competencia contra tres importantes entidades financieras del país, en particular la *Slovenska sporitel'na*, *Ceskoslovenska obchodna banka* y *Vseobecna uverova banka*, las cuales, acordaron resolver de forma coordinada los contratos relativos a cuentas corrientes de la entidad checa *Akzenta CZ*, así como no suscribir nuevos contratos con la misma.

A pesar de que dicha entidad no era una entidad bancaria *strictu sensu*, su actividad consistía en prestar servicios de compraventa de divisas mediante anotaciones en cuenta. Para prestar dichos servicios -que comprenden el envío de remesas de divisas desde y hacia el extranjero- a clientes eslovacos, dicha entidad precisaba tener abiertas cuentas corrientes en entidades financieras eslovacas. Según aparece en el expediente, dichas entidades procedieron al cierre de las cuentas de la entidad al sufrir un descenso en sus beneficios por dicha actividad (compraventa de divisas), a resultados de la competencia directa de la entidad checa.

Como consecuencia de la investigación, la autoridad de competencia eslovaca sancionó a las citadas entidades con sendas multas por importes de entre 3 y 4 millones de euros.

La primera de las entidades sancionadas, *Slovenska sporitel'na*, impugnó judicialmente la resolución administrativa alegando que la entidad checa operaba de forma ilegal en el mercado eslovaco por carecer de las autorizaciones regulatorias necesarias. El Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y elevar una cuestión prejudicial al TJUE planteándole, en suma, si puede entenderse infringido el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la UE (“TFUE”) cuando el competidor afectado opera en el mercado de forma ilegal.

El Tribunal, en su sentencia, considera que cuando un acuerdo tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, como es el caso de un cártel, no es necesario analizar los efectos del mismo, siendo indiferente que la empresa afectada operara de forma presuntamente ilegal en el mercado. El TJUE recuerda igualmente que las normas de competencia, además de proteger los intereses particulares de los competidores o los consumidores, se preocupan también de defender la estructura de mercado. Siendo la conducta sancionada especialmente dañina para el mercado en general, el carácter legal o ilegal de la actividad del operador afectado no resulta pues relevante a la hora de castigar este tipo de conductas.

Finalmente, en respuesta a una cuestión puntual que alegó la entidad recurrente, el TJUE aclaró que el hecho de que la persona que representaba a la entidad en las reuniones del cártel careciera de mandato formal de la misma es igualmente irrelevante y no puede ser esgrimido para eximir o atenuar la responsabilidad de la entidad. Añade el Tribunal que la

naturaleza ilegal de la conducta castigada hace muy infrecuente que los representantes de entidades que incurren en dichas prácticas dispongan de un mandato formal para llevar a cabo una actividad ilícita, por lo que dicho argumento resulta inadmisibles.

Si bien esta sentencia no aporta ninguna novedad revolucionaria en cuanto a la interpretación del artículo 101 TFUE, el hecho singular de que la víctima del cártel haya sido un competidor que operaba de forma ilegal en el mercado dio aquí lugar a la cuestión de si la naturaleza ilegal del operador afectado podría en su caso eximir o mitigar las consecuencias jurídicas de una conducta ilícita para erradicarlo. El TJUE zanja la cuestión claramente concluyendo que la conducta castigada es ilegal por su objeto y que por tanto la situación jurídica del afectado es irrelevante. Como corolario a su razonamiento, el TJUE recuerda que no procede incurrir en prácticas ilícitas para “remediar” una situación también ilícita, estando dicho cometido estrictamente reservado a las autoridades públicas competentes.

Napoleón Ruiz (Bruselas)

C. El TJUE anula la decisión del TG que inadmitía un recurso de Mindo, antigua filial de Alliance One

El pasado 11 de abril, el TJUE ha reconocido a la empresa tabacalera Mindo su derecho a recurrir, ante el TG, la multa de 3,99 millones de euros impuesta por la Comisión¹⁶.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013 en el asunto C-652/11.

Mindo fue una de las empresas sancionadas por la Comisión en octubre de 2005 por su participación en el cártel del tabaco crudo. La Comisión impuso una multa de 10 millones de euros a Alliance One (matriz) y a Mindo (filial) y estableció que ésta última era responsable de la infracción correspondiéndole 3,99 millones de euros del importe total de la multa. No obstante, en febrero de 2006, Alliance One pagó la multa de ambas sociedades.

Ese mismo año, Mindo interpuso un recurso ante el TG contra la decisión de la Comisión, al enfrentarse a una potencial reclamación por parte de su anterior sociedad matriz, Alliance One International, para recuperar el dinero que había pagado para cubrir la multa de la filial. El TG inadmitió el recurso de Mindo aduciendo que esta empresa estaba en suspensión de pagos, que no había afrontado el pago de la sanción y que, por tanto, no tenía un interés legítimo en la anulación de la multa.

Sin embargo, el TJUE ha dictaminado que el TG no motivó de manera suficiente su conclusión de que Mindo no tenía interés para anular la multa. Asimismo declara que el Tribunal de instancia no estableció clara e inequívocamente las razones por las que Mindo no había conseguido demostrar de forma suficiente que Alliance One podía interponer una acción para recuperar su dinero.

De hecho, Alliance One declaró en una carta de marzo de 2011 que pretendía recuperar los fondos de Mindo y que su acción no había prescrito. Sin embargo, Alliance prefirió esperar el resultado del recurso de la filial ante el TG antes de interponer la acción. El TJUE ha declarado que el Tribunal de instancia no llegó a examinar ese documento. Según la sentencia, el TG incurrió en un error de Derecho, estableciendo una carga excesiva sobre Mindo para probar su interés en el

recurso al hacerlo depender de las intenciones de Alliance One de presentar o no la reclamación contra su antigua filial. El TG deberá examinar ahora el recurso de Mindo frente a la multa impuesta por la Comisión.

Elisa Uría (Madrid)

España

LEGISLACIÓN

Principales novedades en materia de organización y funcionamiento introducidas por el Congreso de los Diputados en el Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El pasado 5 de abril tuvo entrada en el Senado el texto aprobado por la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados en relación con el Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”).

Entre las principales novedades en materia de organización y funcionamiento que presenta el texto aprobado por la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados respecto del texto inicialmente remitido a la Cámara Baja, se encuentra la creación de dos salas diferenciadas dentro del Consejo, de manera que éste pueda actuar en pleno o en sala. Así, el Consejo estará formado por dos salas compuestas por cinco miembros: una dedicada exclusivamente a temas de competencia, encabezada por el Presidente de la CNMC; y otra a supervisión regulatoria, presidida por el Vicepresidente del regulador.

Funcionamiento del pleno y de las salas

Las salas asumirán la resolución ordinaria de los asuntos que corresponden al Consejo, mientras que el pleno se reserva aquellas

competencias del Consejo como órgano de gobierno, esto es: (i) aprobación del anteproyecto de presupuestos; (ii) memoria anual y planes anuales o plurianuales de actuación; (iii) reglamento de funcionamiento interno; y (iv) nombramiento del personal directivo de la CNMC.

Asimismo, el pleno asumirá un papel de unificación de criterio que le permite conocer automáticamente de todos aquellos asuntos en los que haya diferencias interpretativas entre las dos salas. En este sentido, se establece un sistema de informes preceptivos que cada sala deberá redactar en determinados asuntos que sean competencia de la otra. Este sistema permitirá: (i) garantizar un análisis global de las cuestiones sometidas a debate; y (ii) que, en los casos en los que haya divergencias interpretativas, los asuntos se eleven automáticamente al pleno.

Finalmente, el pleno podrá asumir, por mayoría cualificada, el conocimiento y resolución de todos aquellos asuntos que, por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, exigen la intervención de todos los miembros del Consejo.

El papel del Vicepresidente y el nombramiento de los miembros del Consejo de la CNMC

Como ya se ha adelantado, el Vicepresidente del regulador presidirá la Sala de Supervisión Regulatoria, encargada de la resolución ordinaria de los asuntos que correspondan al Consejo relacionados con la supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias, de los mercados de comunicaciones electrónicas, comunicación audiovisual, postal y los sectores eléctrico, gas natural y ferroviario. Si bien en la actualidad el Vicepresidente de la Comisión Nacional de la Competencia no ostenta

funciones de especial relevancia, con esta nueva configuración el Vicepresidente de la CNMC asume un poder sin precedentes que, sin lugar a dudas, le coloca como una figura clave del organismo.

Por otra parte, el nombramiento de los miembros del Consejo, y entre ellos el Presidente y el Vicepresidente, lo realizará el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad. A diferencia de lo establecido en la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”), la persona propuesta no sólo deberá comparecer ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, sino que éste podrá vetar el nombramiento por acuerdo adoptado por mayoría absoluta.

Las direcciones de instrucción

Finalmente, al objeto de garantizar la separación de las funciones de instrucción y resolución, la CNMC contará con cuatro direcciones de instrucción: (i) Competencia; (ii) Telecomunicaciones y Sector Audiovisual; (iii) Energía; y (iv) Transportes y Sector Postal. Si bien el texto remitido a las Cortes preveía que los titulares de dichas Direcciones fueran nombrados y cesados por el Gobierno, previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la CNMC, la redacción actual otorga al Consejo la competencia para nombrar y cesar al personal directivo, a propuesta del Presidente del Consejo¹⁷.

Enrique Ferrer (Madrid)

¹⁷ Sin embargo, el texto resulta confuso, puesto que el artículo 25 prevé que el régimen de nombramiento y cese será el establecido para el personal directivo, según lo dispuesto en el artículo 26.3; y el artículo 26.3 se refiere al personal directivo de otras áreas de responsabilidad diferentes a las Direcciones de Instrucción.

RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

A. La CNC impone multas por valor de más de 44 millones de euros a las empresas del cártel de los sobres de papel

Mediante Resolución de 25 de marzo de 2013, la CNC impuso sanciones por valor de más de 44 millones de euros a Andaluza de Papel, S.A., Antalis Envelopes Manufacturing, S.L., Argansobre, S.A., Emilio Domenech Mirabet, S.A., Envel Europa, S.A., Grupo Tompla Sobre Expres, S.L., Hispapel, S.A., Maespa Manipulados, S.L., Pacsa, Papelera del Carrion, S.L., Maespa Manipulados, S.L., Sociedad Anónima de Talleres de Manipulación de Papel (SAM), Manipulados Plana, S.A., Sobre Industrial, S.L., Sobres Izalbe, S.A., y Unipapel Transformación y Distribución, S.A., por formar y mantener un cártel en el sector de sobres de papel durante más de 30 años¹⁸.

En su Resolución, el Consejo de la CNC considera acreditado que las empresas incoadas participaron en un cártel para repartirse el mercado español de sobres de papel entre los años 1977 y 2010. Los acuerdos se refirieron a: (i) la fijación de precios y reparto del mercado de sobres para los procesos electorales convocados entre 1977 y 2010; (ii) el reparto del mercado de sobres pre-impresos; (iii) la fijación de los precios y reparto de los clientes de sobre blanco entre 1994 a 2010; y (iv) la limitación del desarrollo técnico en el mercado del sobre de papel a través de la constitución de una sociedad en la que se compartirían las innovaciones tecnológicas generadas entre las empresas participantes.

¹⁸ Decisión de la Comisión Nacional de Competencia de 25 de marzo de 2013 en el asunto S/0316/10 *Sobres de papel*.

La Resolución exime del pago de la multa que el Consejo de la CNC hubiera podido imponerle al grupo Adveo Group International, S.A. y a su filial Unipapel Transformación y Distribución, S.A., al haber presentado una solicitud de exención del pago de la multa que permitió ordenar a la CNC las inspecciones realizadas el 19 de octubre de 2010. Además, por haber aportado posteriormente información con valor añadido significativo, se aplica a Antalis Envelopes Manufacturing S.L. una reducción del 40% sobre el importe de su multa y a las filiales del GRUPO TOMPLA una reducción del 30%.

Cabe mencionar que, un mes antes de que recayera esta resolución, Unipapel Transformación y Distribución, S.A. había sido sancionada por haber participado en un cártel en el sector del manipulado de papel y, de manera análoga, había quedado eximida de la sanción por haber participado en el programa de clemencia.

Gaëlle Lucie Poncet (Madrid)

B. La CNC autoriza con compromisos la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de DISA del control conjunto sobre SHELL

En fecha 19 de septiembre de 2012 se notificó ante la CNC la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Disa Corporación Petrolífera, S.A. (“Disa”) del control conjunto sobre Shell Aviation España, S.L. (“SAE”) –en ese momento propiedad de Shell España, S.A. (“Shell”)– mediante la adquisición del 50% de sus acciones.

Tras la emisión del informe preceptivo de la Comisión Nacional de la Energía (“CNE”), así como la aportación de la información requerida a diversos competidores, clientes y proveedores de SAE, la CNC acordó, en fecha 29 de noviembre de 2012, iniciar la

segunda fase del procedimiento, en aplicación del artículo 57.2.c) de la LDC, por considerar que la concentración podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado nacional.

En concreto, si bien la operación suponía la entrada de Disa en un mercado en el que no estaba presente –el mercado de suministro de combustible de operación– y, por tanto, en el que no se producía solapamiento horizontal entre las actividades de las partes, Disa sí que tenía presencia en otros mercados estrechamente relacionados en el ámbito de Canarias –mercado de almacenamiento de combustible de aviación, mercado de actividad logística y mercado de servicios de puesta a bordo de combustible de aviación civil– en los que podía verse reforzada su posición.

En fecha 27 de marzo de 2013, Disa y Shell presentaron una propuesta de compromisos que fue comunicada a los interesados, a otros operadores y a la CNE, con el objeto de poner fin a los problemas de competencia detectados. A partir de los comentarios recibidos, Disa y Shell formularon una versión modificada de los compromisos.

En fecha 25 de marzo de 2013, se anunció la aprobación por parte del Consejo de la CNC de la operación de concentración, subordinada al cumplimiento de los siguientes compromisos propuestos por las partes, con una duración inicial de tres años, prorrogables por períodos anuales:

1. Compromiso de Disa de publicar en su página web información relacionada con el acceso a sus instalaciones fijas de transporte y almacenamiento de combustible de aviación en Canarias por parte de terceros (metodología de tarifas, sistema de acceso, plan de inversiones y capacidad utilizada, contratada y disponible).

2. Compromiso de Disa de publicar en su página web la información necesaria para la contratación de los servicios de transporte marítimo entre islas de combustible de aviación en Canarias (metodología y detalle de tarifas, sistema de acceso, plan de inversiones y capacidad de llenado y utilizada).

Los anteriores compromisos persiguen garantizar que el acceso por parte de los competidores de SAE bien a las infraestructuras de Disa bien al servicio de transporte marítimo se produce en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, toda vez que resultan necesarias para el suministro de combustible de aviación en los aeropuertos de Canarias. Asimismo, Disa se compromete a reportar periódicamente información detallada sobre el seguimiento de dichos compromisos.

3. Compromiso de Disa y Shell de no incluir en la *joint venture* sus respectivas participaciones en CMD Aeropuertos Canarias, S.L. y Spanish Intoplane Services, S.L. y de comunicar a la CNC cualquier actuación que pretendan llevar a cabo en el futuro en relación con las mismas. Este compromiso tiene por objeto eliminar el refuerzo de los vínculos estructurales entre competidores en el mercado de suministro de combustible de aviación en aquellas empresas que efectúan los servicios de puesta a bordo en los aeropuertos.

Andrea Riba (Barcelona)

C. **La CNC autoriza condicionadamente el levantamiento parcial de la suspensión de la operación de concentración Cope/Vocento/Punto Radio que autoriza después con compromisos**

El pasado 13 de marzo la CNC ha autorizado en primera fase la operación de concentración Cope / Vocento / Punto Radio condicionada al cumplimiento de determinados compromisos¹⁹. La concentración supone la adquisición, por parte de Radio Popular, S.A. (“COPE”), del control conjunto sobre determinadas emisoras de Vocento, S.A. (“VOCENTO”) a través de la implementación de un “Contrato Marco de Colaboración Empresarial y Emisión Radiofónica de Programación en Cadena”, suscrito por las partes el 19 de diciembre de 2012. La operación permite a COPE gestionar la programación y la publicidad de dichas emisoras cuya licencia seguirá siendo titularidad de VOCENTO o de alguna de sus empresas asociadas.

La CNC, tras analizar por localidades españolas la cuota de mercado de las partes, determinó que podrían generarse problemas de competencia en dos localidades españolas: Écija y Astorga, por superar el 50% la cuota de mercado resultante de la ejecución de la operación. Por ello, los compromisos asumidos por las partes implican la desvinculación de la entidad resultante de una emisora de radio asociada a PUNTO RADIO en Astorga, así como la desinversión a un tercero de otra emisora de PUNTO RADIO en Écija.

Con carácter previo a la aprobación con compromisos de la operación de concentración la CNC había ya autorizado

¹⁹ Decisión de la Comisión Nacional de Competencia de 13 de marzo de 2013 en el asunto C/0493/13 COPE / VOCENTO / PUNTO RADIO.

de forma condicionada la ejecución de un “*Convenio de Cesión Temporal no Exclusivo de Contenidos de Programas Radiofónicos Deportivos*” por parte de COPE, GRUPO VOCENTO y PUNTO RADIO, por el que temporalmente PUNTO RADIO comenzaría a emitir la programación deportiva de COPE, en la medida en que, tras el anuncio de la operación de concentración, se había producido la salida del equipo responsable de la programación deportiva de PUNTO RADIO, lo que estaba afectando a su programación e ingresos publicitarios.

Tras ponderar los perjuicios que la salida del equipo de deportes producía a PUNTO RADIO y los efectos que la ejecución del “*Convenio de Cesión Temporal no Exclusivo de Contenidos de Programas Radiofónicos Deportivos*” tendría sobre la libre competencia, y teniendo en cuenta que según datos aportados por las partes la programación deportiva tiene un peso reducido en el total de programación e ingresos publicitarios de PUNTO RADIO, la CNC acordó autorizar de forma condicionada la ejecución de este acuerdo.

La condición consistía en excluir de la autorización de la ejecución, en caso de iniciación de la segunda fase del procedimiento, las emisoras de PUNTO RADIO situadas en los ámbitos geográficos en los cuales la operación de concentración económica notificada pudiera generar problemas de competencia, según el análisis de la CNC.

Al haber sido autorizada la operación de concentración con compromisos en primera fase, no se han activado las condiciones a las que el Consejo de la CNC había vinculado la puesta en marcha de este Convenio.

Esta autorización de ejecución parcial de acuerdos vinculados con la operación de concentración notificada con carácter

previo a su aprobación es la primera que ha concedido la CNC desde la entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2007, de la vigente LDC.

María Antonia Labrador (Madrid)

D. La CNC vigila estrechamente el cumplimiento de los compromisos e impone multas a Prisa y Telefónica y a Mediaset por incumplimiento de los mismos

Recientemente, la CNC ha publicado dos resoluciones en las que se sanciona, por infracción muy grave, a diversos operadores de mercados audiovisuales y de telecomunicaciones en España. El ilícito consiste en el incumplimiento de los compromisos impuestos por resoluciones previas de la CNC.

La primera de las resoluciones, de fecha 23 de enero de 2013, considera acreditado que Prisa Televisión, S.A. (“Prisa”), DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (“DTS”) y Telefónica de España, S.A.U. (“Telefónica”) habrían incurrido en una infracción muy grave por incumplimiento de los compromisos adoptados en la resolución de la CNC de 28 de octubre de 2010.

La incoación del expediente original vino motivada por diversos acuerdos de comercialización conjunta de servicios de telecomunicaciones, televisión de pago y adquisición de contenidos audiovisuales, especialmente por el “*acuerdo de actuación conjunta, firmado el 27 de junio de 2007, entre Telefónica Cable S.A.U. y Sogecable S.A. para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital+, con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica*”, bajo el nombre comercial de TRIO+. Tras la oportuna investigación, la CNC declaró la terminación convencional del expediente al considerar que la propuesta de

compromisos presentada por los interesados resultaba suficiente. Los compromisos versaban sobre la modificación de tres contratos firmados entre SOGECABLE (hoy, Prisa) y las principales operadoras de telecomunicaciones, para la eliminación o modificación de mecanismos de adquisición conjunta de contenidos, así como la presentación trimestral a la CNC, por parte de Sogecable, de las cifras relativas a los contratos modificados.

En fecha 15 de septiembre de 2011 se abrió un nuevo expediente sancionador con motivo de la salida al mercado del producto “DIGITAL+ mini”, dirigido a nuevas altas de DTS, siempre que estas se diesen exclusivamente a través del paquete TRIO+, lo que se entendió como un incumplimiento de los compromisos establecidos. La infracción ha comportado la imposición de multas por valor de 88.387 euros a Prisa y a DTS, de la que responderán de forma solidaria y de 100.259 euros a Telefónica.

La segunda resolución, de fecha 6 de febrero de 2013, considera probado que Mediaset España Comunicación, S.A. (“Mediaset”) incumplió los compromisos establecidos en la resolución de 28 de octubre de 2010 (emitida en el marco del expediente C/0230/10 TELECINCO/CUATRO). Los compromisos asumidos por Mediaset se dividían en tres bloques: (i) compromisos en relación con el mercado de publicidad televisiva; (ii) compromisos para limitar el refuerzo de Telecinco en el mercado de televisión en abierto; y (iii) compromisos dirigidos a compensar los efectos verticales del refuerzo de la adquirente como demandante de productos audiovisuales.

Pues bien, en el marco del procedimiento de vigilancia, el Consejo de la CNC consideró que Mediaset había incumplido cuatro de los doce compromisos que la obligaban. En concreto, el compromiso

segundo de no vinculación de la venta de publicidad, el tercero, sobre la separación de Publiespaña y Publimedia, el quinto y el decimosegundo, estos dos últimos por un retraso inmotivado en la renuncia a la adquisición preferente de determinados derechos audiovisuales. Como resultado de dichos incumplimientos, calificados como muy graves, la Resolución de 6 de febrero de 2013 del Consejo de la CNC impone a Mediaset una sanción de 15.600.000 euros, en aplicación del artículo 63.1.c) de la LDC.

La CNC demuestra así, con sus resoluciones de 23 de enero y de 6 de febrero de 2013, que sigue de forma minuciosa aquellos compromisos a los que se acogen tanto las empresas incoadas en procedimientos sancionadores para evitar la sanción como las notificantes de operaciones de concentración. Parece que la CNC quiere transmitir el mensaje de que, bajo ningún concepto, la asunción de compromisos puede servir para eludir la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Como dejan claro las dos resoluciones analizadas, la vigilancia de los compromisos constituye una evidente prioridad y la constatación del incumplimiento puede acarrear sanciones cuantiosas.

Ismael Gutiérrez (Barcelona)

E. La CNC autoriza con compromisos la operación Deoleo / Hojiblanca

El pasado 25 de marzo, el Consejo de la CNC autorizó, sujeta a compromisos, la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo por parte de Deoleo, S.A. (“Deoleo”) de la actividad de envasado y distribución del aceite de oliva virgen extra bajo la marca Hojiblanca de la sociedad Hojiblanca, S.C.A. (“Hojiblanca”).

Como consecuencia de la operación, Hojiblanca suscribirá acciones de Deoleo, incrementando su participación hasta el 10,243%. Asimismo, Hojiblanca podrá designar dos miembros del Consejo de Administración de Deoleo.

Si bien la operación fue notificada el 17 de noviembre de 2012, el Consejo de la CNC, considerando que la operación podía obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todos o alguno de los mercados analizados, decidió pasarla a segunda fase el 19 de diciembre de 2012.

Los compromisos que han sido considerados adecuados por la Autoridad son los siguientes:

1. El primer compromiso consiste en eliminar la Cláusula 7.4 del Contrato de Inversión suscrito entre Hojiblanca y Deoleo, por la que transcurridos los tres años del pacto de no competencia, Hojiblanca perdería el derecho a designar los dos Consejeros previstos en caso de superar una cuota del 2% en el mercado español de aceite de oliva envasado bajo marca blanca para el canal alimentación. De esta manera, se pretende evitar una limitación de facto que se impone a Hojiblanca de competir en el mercado de aceite de oliva marca de fabricante.
2. El segundo compromiso establece que los dos Consejeros que designe Hojiblanca no podrán tener acceso a información comercial sensible sobre venta a terceros de aceite de oliva envasado así como sobre la compra por parte de Deoleo de aceite de oliva a granel. Igualmente, se impide que ningún miembro del Consejo de Administración de Deoleo solicite a Hojiblanca información comercial sensible de venta a terceros de aceite

de oliva a granel. Asimismo, los dos Consejeros que como resultado de esta operación designe Hojiblanca se abstendrán de ejercitar sus derechos de voto sobre estas materias.

El objetivo de este compromiso es asegurar que la información comercial sensible de Deoleo relacionada con la venta de aceite de oliva envasado y la compra de aceite de oliva a granel, así como la información comercial sensible de Hojiblanca relativa a la venta a terceros de aceite de oliva a granel, no será compartida entre estas sociedades.

3. El tercer compromiso establece que los Compromisos tendrán una duración inicial de 3 años, transcurridos los cuales la CNC valorará si se ha producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justifique su mantenimiento o adecuación, por un periodo adicional de dos años o su supresión. Las partes también podrán solicitar motivadamente durante el plazo de vigencia de los compromisos la revisión o supresión de los mismos.
4. Finalmente, en el cuarto compromiso se establecen determinados mecanismos para facilitar el control del cumplimiento de los compromisos adquiridos. Entre estos mecanismos, cabe destacar: (i) la firma de un acuerdo de confidencialidad por parte del Secretario del Consejo de Administración de Deoleo; y (ii) la obligación de remitir determinada información a la CNC.

Enrique Ferrer (Madrid)

F. La CNC impone multas a las empresas de un cártel de fabricantes de espuma de poliuretano

El Consejo de la CNC ha impuesto, mediante Resolución de fecha 28 de febrero de 2013 en el marco del expediente sancionador S/0342/11 *Espuma Poliuretano*, multas que ascienden conjuntamente a 26.350.000 euros a diez empresas²⁰ y a la asociación del sector por formar un cártel en el mercado español de la fabricación y comercialización de la espuma flexible de poliuretano destinada al confort. De acuerdo con la Resolución de la CNC, las empresas y la Asociación Española de Empresas de Espuma de Poliuretano, organizaron un cártel cuya vigencia se ha extendió desde el año 1992 hasta el año 2011 y cuya afectación geográfica se ha determinado en la península ibérica al participar empresas portuguesas.²¹

En el referido expediente sancionador se debe destacar la aplicación efectiva del programa de clemencia en la medida en que tres de las empresas involucradas en el cártel aportaron información y datos para acreditar la conducta infractora con el objetivo de beneficiarse de la exención del pago de la multa o, subsidiariamente, de su reducción, de acuerdo con lo que disponen los artículos 65 y 66 de la LDC.

²⁰ *Eurospuma-Sociedade Industrial de Espumas Sintéticas, S.A.; Flexipol Espumas Sintéticas S.A. y solidariamente a su matriz COPOFOAM, S.L.; Flex 2000-Productos Flexíveis, S.A. y solidariamente a su matriz Cordez, S.G.P.S.; Interplasp, S.L.; Pagola Poliuretanos, S.A.; Tepol, S.A.; Torres Espic, S.L.; Yecflex, S.A.*

²¹ La versión no confidencial de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 28 de febrero de 2013, que impone las mencionadas multas ha sido publicada en la página web de la Comisión.

La investigación se inició en fecha 9 de agosto de 2010 como consecuencia de la información aportada por la multinacional Recticel, S.A., que habría acreditado la existencia del cártel. La segunda solicitud de clemencia se produjo un mes más tarde por parte de Flex 2000-Productos Flexiveis, S.A. La primera empresa ha conseguido beneficiarse de la exención del pago de la multa mientras que la segunda se ha beneficiado de una reducción del 40% en el importe de la misma.

Sin embargo, la tercera empresa que presentó la solicitud de clemencia, Copofoam, S.L., no se ha beneficiado del programa de clemencia ya que (i) presentó su solicitud con posterioridad al acuerdo de incoación del expediente sancionador; y (ii) la información que presentó no aportaba ningún valor añadido a la investigación.

De acuerdo con la información proporcionada por las empresas y la documentación extraída de las inspecciones físicas realizadas en algunas de las entidades incoadas, la CNC concluye que existió un cártel en el mercado objeto de investigación, de forma continuada e ininterrumpida, desde el año 1992 hasta el año 2011.

La organización del cártel se habría dividido en dos etapas: (i) entre el año 1992 y el año 2000, los participantes acordaron limitar y repartir la producción en función de cuotas o “contingentes” que los operadores no podían superar y, especialmente a finales del año 1999 y durante el año 2000, también pactaron el incremento progresivo de los precios. Lo sorprendente de este periodo, de acuerdo con la CNC, es la creación de un mecanismo de vigilancia y mantenimiento del acuerdo sugerido e implementado por la empresa auditora externa Coopers & Lybrans en colaboración con otra empresa, Análisis e Investigación, S.L. La función de ambas era recabar los datos de producción

de los diferentes operadores bajo la apariencia de auditorías medioambientales; y (ii) entre los años 2000 y 2011 el cártel se habría centrado en pactar incrementos progresivos de precios y en discutir sobre su aplicación.

En definitiva, este expediente sancionador supone un claro ejemplo de la eficacia del procedimiento de clemencia y su importancia para reducir o exonerar del pago de las sanciones.

Albert Nogués i Comas (Barcelona)

G. La CNC impone multas a las empresas integrantes del cártel del asfalto en Cantabria

El Consejo de la CNC ha adoptado la Resolución²², de fecha 8 de marzo de 2013, relativa al Expediente S/0329/11 *Asfaltos de Cantabria*, mediante la cual se sanciona a once empresas²³ del sector de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas por participar en un cártel que,

²² La Resolución se encuentra disponible en el siguiente enlace:
http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=187122&Command=Core_Download&Method=attachment

²³ Han sido sancionadas mediante la Resolución de referencia, las siguientes empresas: ARRUTI SANTANDER, S.A., ASCAN Empresa Constructora y de Gestión, S.A., EMILIO BOLADO, S.L., Aglomerados de Cantabria, S.A., Servicios y Obras del Norte, S.A. y ASFIN Cantabria, S.L. SIECSA, Construcción y Servicios, S.A. (SIEC), INFRAESTRUCTURAS DEL NORTE, S.L. (INOR), HNOS. TORRES ROIZ, S.L. (HTR), CONSTRUBOC 2002, S.L. (CONSTRUBOC), CUEVAS Gestión de Obras, S.L., GRUPO SIECSA, S.L., GRUPO JESPAB, S.A., GRUPO SADISA, S.L. y EMILIO BOLADO e HIJOS, S.L.

al menos desde 1998 y hasta 2011, habría falseado gravemente la competencia en más de novecientas obras en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Dichas conductas han sido calificadas como muy graves por el Consejo de la CNC y constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC.

Según considera acreditado la CNC, el mencionado cártel habría contado con dos niveles de participación. En el primero, habría existido un núcleo de cinco empresas principales (autodenominado como “G5”), que acordaban entre ellas el reparto del mercado de rehabilitación de firmes, tanto de carreteras y autovías públicas como de encargos privados. Así, en concursos públicos adjudicados mediante procedimientos abiertos, restringidos o, sobre todo, negociados, el G5 falseaba conjuntamente las licitaciones de cada integrante del cártel para que la oferta artificialmente más ventajosa correspondiese a la de la empresa previamente pactada en el seno del acuerdo colusorio. A su vez, en encargos privados y en contratos públicos menores (esto es, de cuantía reducida y adjudicados directamente sin concurso, previa solicitud de diversos presupuestos por parte de la Administración) los integrantes del G5 remitían presupuestos alterados con el fin de que el artificialmente más ventajoso fuera el que conviniera al reparto previamente pactado.

En el segundo nivel de participación del cártel, diversas empresas del mismo sector que los integrantes del G5 alcanzaban acuerdos puntuales con el cártel - denominados “de acompañamiento”-. Estos podían consistir en presentar presupuestos con importes modificados cuando una Administración o un particular solicitaban uno a alguna empresa del G5 o, también, en presentar ofertas de licitación en concursos públicos con bajas previamente acordadas con las sociedades integrantes del cártel. A

cambio, las empresas acompañantes podían acceder a obtener alguna contrata o encargo mediante los mecanismos de reparto que operaban en el seno del cártel.

Se da la circunstancia de que recientemente la CNC ya había sancionado un acuerdo colusorio de características similares en el sector de la rehabilitación de firmes -este con alcance nacional- en el Expediente S/0226/10 *Licitaciones de carreteras*. De hecho, dos de las sociedades imputadas en esta última Resolución ya lo fueron en el Expediente *Licitaciones de carreteras*. Se confirma así la intensificación de la actividad sancionadora de la CNC en este sector, en el que frecuentemente se organizan procesos de contratación pública. En ese sentido, la CNC ya advirtió en el pasado que la distorsión de la competencia en los concursos para adjudicar contratos públicos genera un perjuicio económico muy significativo para el erario público²⁴.

Debe señalarse, por último, que el importe global de las sanciones impuestas a las once empresas que han sido declaradas responsables de las conductas investigadas en el Expediente S/0329/11 ha superado los 16 millones de euros.

*Miguel López y Núria González
(Barcelona)*

²⁴ En la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada por la CNC en 2011, se señala que, de acuerdo con diversas estimaciones, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%. Dicha publicación puede consultarse en el siguiente enlace:

http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=53021&Command=Core_Download&Method=attachment

JURISPRUDENCIA RECIENTE

La AN anula algunas de las multas impuestas a empresas participantes en el denominado cártel de licitaciones de carreteras

Hasta la fecha, la Audiencia Nacional ha estimado – total o parcialmente- siete de los recursos interpuestos por empresas sancionadas por la CNC en su Resolución de fecha 19 de octubre de 2011 en el expediente S/0226/10, *Licitaciones carreteras*.²⁵

Los fundamentos jurídicos esgrimidos por las sentencias estimatorias citadas versan, esencialmente, sobre dos aspectos de la revisión jurisdiccional de la Resolución de la CNC: la valoración de la prueba y la cuantificación de la sanción.

Por lo que se refiere a la valoración de la prueba, la Audiencia Nacional considera que la CNC erró en la valoración de la prueba de indicios a la hora de considerar acreditada la participación de determinadas empresas en una conducta contraria al artículo 1 LDC. En el recurso presentado por Asfaltos Los Santos, la Sala consideró insuficiente la concurrencia de tres elementos acreditados por la CNC (ser invitada a la licitación, presentar una baja consistente con las restantes y que la empresa adjudicataria fuese su matriz y

²⁵ Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2012, rec. 698/2011 (Asfaltos Los Santos); de 30 de noviembre de 2012, rec. 679/2011 (Vías y Construcciones); de 8 de enero de 2013, rec. 656/2011 (Pavasal Empresa Constructora); de 25 de enero de 2013, rec. 555/2011 (Álvaro Villaescusa); de 25 de enero de 2013, rec. 658/2011 (Asfaltos y Construcciones Elsan); de 5 de marzo de 2013, rec. 566/2011 (Misturas Obras e Proxectos); y de 21 de marzo de 2013, rec. 699/2011 (Emilio Bolado).

controlase en consecuencia su estrategia competitiva) para acreditar que participó en un acuerdo anticompetitivo.

Por lo que se refiere a los recursos interpuestos por Pavasal, Álvaro Villaescusa y Elsan, la posición de la Sala parte de un elemento común a varias licitaciones: en varias de ellas la CNC no fue capaz de acreditar las bajas supuestamente ofertadas por las empresas licitantes. En este contexto, las sentencias consideran contrario a Derecho sancionar a una empresa exclusivamente en base a indicios tales como asistir a la reunión donde se acordaron las bajas, y participar en otras reuniones en las que existen pruebas de concertación. Antes bien, las sentencias consideran necesario, respecto del primer indicio, que las empresas hubieran comunicado a sus competidoras la baja que iban a ofertar; esto es, la CNC debía haber acreditado que la baja ofertada por cada una de las empresas era fruto de un pacto anticompetitivo. Respecto al segundo indicio, la Sala se opone expresamente a la conclusión alcanzada por la CNC según la cual, acreditada la connivencia de una empresa con competidores respecto de una o varias otras licitaciones, las conductas pueden extenderse a todas las licitaciones a las que fue invitada dicha empresa.

También en términos de valoración de la prueba, la Sala realiza una importante matización respecto del valor de las confesiones realizadas por empresas coimputadas en el expediente. Al resolver el recurso interpuesto por Misturas, la sentencia afirma que dichas confesiones pueden servir de prueba para acreditar la participación en la concertación de otras empresas, pero deben ser valoradas con prudencia y, en general, no pueden considerarse elementos fiables si no vienen corroborados por otros elementos.

Por lo que se refiere a la cuantía de las multas impuestas, la Sala ha anulado total o parcialmente los recursos interpuestos por Vías y Construcciones, Misturas y Emilio Bolado, por considerar que la CNC aplicó erróneamente los criterios de cuantificación de las sanciones establecidas tanto en la LDC como en la Comunicación de la propia CNC al respecto.

En la sentencia que resuelve el recurso de Vías y Construcciones, la Sala se limita a constatar que la multa impuesta por la CNC excede del límite del 10% del volumen de negocios total obtenido por la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la Resolución, en infracción del artículo 63.1.c) LDC. El fallo conmina a la CNC a recalcular la sanción impuesta para ajustarla al límite legalmente establecido.

Más interés reviste a este respecto la sentencia recaída en el recurso de Misturas, donde la Sala expone que sancionar a la empresa con una multa que asciende al 27% del volumen de ventas afectado incumple lo dispuesto en la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones, según la cual el importe básico de la sanción solo puede exceder el 20% cuando el producto afectado sea necesario para la producción o prestación de otros servicios, lo que no sucedía en el supuesto analizado. De ello se deriva que la sanción debe reducirse en un 7%.

Por último, la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por Emilio Bolado contiene un pronunciamiento controvertido sobre la interpretación que debe darse al límite legal de la sanción establecido en el artículo 63.1.c) antes mencionado. La posición de la mayoría, discutida por el voto particular de una de las Magistradas, sostiene que el límite del 10% del volumen de negocios total de la empresa viene referido a la rama de actividad en la que se ha producido la infracción (mercado afectado) y no a la total actividad

económica de la empresa en la que se ha producido la infracción, interpretación que de acuerdo con la Sala sería la acorde con el principio de proporcionalidad y con la finalidad de la norma sancionadora. Esta novedosa interpretación ha sido aplicada por primera vez en recientes sentencias de la misma Sala,²⁶ en las que la misma Magistrada ha mostrado su posición contraria mediante los correspondientes votos particulares.

Hasta la fecha se han publicado un total de 21 sentencias resolviendo los recursos interpuestos por las empresas sancionadas en virtud de la Resolución, por lo que previsiblemente resta aún un importante número de resoluciones judiciales por adoptar en el marco del denominado cártel de las licitaciones.

Desiré Martín López (Madrid)

Portugal

La Autoridad portuguesa de defensa de la competencia multa a varias empresas por no notificar una concentración

El 28 de diciembre de 2012, la Autoridad portuguesa de defensa de la competencia (“APC”) multó a la *Associação Nacional de Farmácias* (“Asociación Nacional de Farmacias” – “ANF”), *Farminveste 3 – Gestão de Participações, SGPS, Lda.* (“Farminveste”) y a *Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.* (“Farminveste, S.A.”) por ejecutar una concentración sin haberla notificado previamente a la Autoridad.

²⁶ Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2010, rec. 365/2009; de 15 de octubre de 2012, rec. 608/2011; de 17 de octubre de 2012, rec. 609/2011; de 7 de marzo de 2013, rec. 535/2010; y de 21 de marzo de 2013, rec. 659/2011.

En los últimos años ha habido varios casos de concentraciones que no han sido libremente notificadas a la APC por las partes, sino que la notificación ha sido más bien el resultado de un procedimiento *ex officio* iniciado por la APC, que al tener conocimiento de la concentración, forzó a las empresas a presentar una notificación.

Sin embargo, la imposición de multas por incumplir la obligación de notificar una concentración que supera los umbrales, ha tenido lugar en escasas ocasiones. De hecho, en base a la información pública disponible, las últimas multas impuestas por este motivo se remontan a los años 2003 y 2004, en aplicación del Decreto-Ley nº 371/93, de 29 de octubre, que estableció el marco legal de Derecho de la Competencia de Portugal desde 1993 a 2003.

Esto significa que la decisión emitida el 28 de diciembre de 2012 sería la primera vez que la APC aplica una multa por no notificar una concentración en virtud de la Ley nº 18/2003, de 11 de junio, que derogó el anterior Decreto-Ley nº 371/93, y estuvo en vigor desde 2003 a 2012 (a su vez, la Ley 18/2003 ha sido derogada por la Ley 19/2012, de 8 de mayo, que contiene el marco legal de Derecho de la Competencia portugués actualmente en vigor).

La decisión adoptada el 28 de diciembre de 2012 tiene como objeto una concentración que tuvo lugar en 2008 y por la que ANF, a través de su filial Farminveste, adquirió control de Glintt, una empresa activa en el sector de tecnología de la información. La concentración fue finalmente notificada a la APC en 2009, después de que esta entidad iniciara un procedimiento de oficio, forzando a las empresas a notificar. La operación fue aprobada por la APC en mayo de 2010.

No obstante, en enero de 2012, la APC inició un procedimiento administrativo sancionador para investigar la conducta de las partes durante todo el proceso, que finalizó, el 28 de diciembre del mismo año, con la adopción de la decisión que impone a las empresas una multa global de € 149.278,79.

En la nota de prensa relativa a esta decisión, la APC explica que tuvo en consideración el hecho de que la infracción no causó efectos negativos irreparables a la competencia, y que ésta fue una de las razones por las que la multa global corresponde a la suma del 0,05% del volumen de negocio de ANF y al 0,05% de la facturación de Farminveste, S.A. en el año correspondiente para el cálculo de la multa. No se impuso ninguna sanción a Farminveste ya que esta empresa no tuvo facturación alguna ese año.

Es posible que esta decisión de la APC sea el resultado, entre otros factores, de la existencia de un comportamiento repetido de ANF, ya que no es la primera vez que esta empresa incumple la obligación de notificar una notificación. De hecho, en 2005, la adquisición de ANF del control conjunto de Alliance Unichem (desde 2007 denominada Alliance Healthcare), una empresa de distribución de medicamentos, tampoco fue notificada hasta que la APC inició un procedimiento *ex officio*.

Ana Ferreira Neves (Lisboa)

INFORMACIÓN DE CONTACTO**□ Madrid**

Marcos Araujo
Garrigues
C/ Hermosilla, 3
28001 Madrid
Tel. +34 915 145 200
Fax +34 913 992 408

□ Bruselas

José Luis Buendía
Garrigues
Avenue d'Auderghem, 22-28
1040 Bruselas, Bélgica
Tel. +32 2 545 37 00
Fax + 32 2 545 37 99

□ Barcelona

Luis Cases
Garrigues
Avda. Diagonal, 654, 1ª, Esc. B.
08034 Barcelona
Tel. +34 932 533 700
Fax +34 932 533 750

□ Lisboa

Joao Paulo Teixeira de Matos
Garrigues Portugal, S.L.P.
Av. Eng.º Duarte Pacheco
Amoreiras, Torre 1 – 15º
1070-101 Lisboa (Portugal)
Tel. +35 121 382 12 00
Fax +35 121 382 12 90

La selección de noticias recogida en este documento no pretende ofrecer una revisión completa de las novedades en la materia y su objetivo es únicamente servir de guía, sin que su contenido deba aplicarse a situaciones concretas sin obtenerse antes el debido asesoramiento profesional. Si bien se ha elaborado con todo el cuidado razonable, Garrigues no se responsabiliza de ningún error del que pudiera adolecer, haya mediado o no negligencia, ni por daños o perjuicios producidos a cualquier persona, cualquiera que sea la causa. Las descripciones, alusiones o acceso a otras publicaciones en el presente documento no implica su recomendación.