

Índice

1. Unión Europea	2
1.1 Decisiones de la Comisión Europea	2
1.2 Jurisprudencia reciente	7
2. España	9
2.1 Desarrollos legislativos	9
2.2 Resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia	10
2.3 Jurisprudencia reciente	13
3. Portugal	19

1. Unión Europea

1.1 Decisiones de la Comisión Europea

La Comisión sanciona con 1.712 millones de euros a varios bancos por participar en acuerdos anticompetitivos en relación con sus operaciones con derivados sobre tipos de interés

El pasado 4 de diciembre la Comisión Europea ("Comisión") adoptó dos decisiones mediante las cuales impuso multas por un total de 1.712.468.000 euros a ocho entidades financieras por su participación en acuerdos anticompetitivos contrarios al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹ Dichas prácticas se referían a operaciones de dichas entidades con productos derivados sobre tipos de interés de referencia denominados en euros (EIRD) y yenes (YIRD).

En particular, de acuerdo con la información proporcionada por la Comisión, los acuerdos relativos a EIRDs habrían existido entre septiembre de 2005 y mayo de 2008. En el marco de dichos acuerdos, *traders* de distintas entidades habrían discutido entre ellos los datos que sus entidades proporcionarían para el cálculo del EURIBOR² así como sus estrategias.

¹ Ver Nota de prensa de la Comisión, de 4 de diciembre de 2013, *Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry*, IP/13/1208, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. Ver igualmente Memorando de la Comisión, de 4 de diciembre de 2013 *Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry - frequently asked questions*, MEMO/13/1090 (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1090_en.htm).

² El EURIBOR, tipo de referencia para estos derivados, se fija sobre la base de estimaciones, realizadas por un grupo definido de entidades financieras (*panel banks*), del tipo hipotético al cual los grandes bancos se prestarían entre ellos (Ver Memorando de la Comisión citado en nota 1 anterior).

Por lo que se refiere a los distintos acuerdos en relación con YIRD, la Comisión ha revelado la existencia de siete infracciones bilaterales, de una duración variable entre uno y diez meses, mediante las cuales *traders* de distintas entidades financieras discutían igualmente los datos a proporcionar para el cálculo de los tipos de interés de referencia de estos derivados.³

Ambas decisiones fueron adoptadas por la Comisión bajo procedimientos de transacción (*settlements*). Dichos procedimientos resultaron en la imposición por la Comisión de las siguientes multas:⁴

- a) En relación con la participación de distintas entidades en acuerdos relacionados con productos referenciados a tipos de interés en euros (EIRD):
- Deutsche Bank: 465.862.000 euros
 - Sociéte Générale: 445.884.000 euros
 - RBS: 131.004.000 euros

Todas estas entidades recibieron reducciones de sus sanciones bajo las normas de clemencia de la Comisión Europea.⁵ Adicionalmente Barclays,

³ En este caso JPY LIBOR (tipo interbancario en Londres para productos denominados en Yenes) y, en un caso, datos proporcionados en relación con el Euro-yen TIBOR (tipo de referencia en Tokio). Del mismo modo que respecto al EURIBOR estos tipos se calculan sobre las referencias proporcionadas por las propias entidades financieras.

⁴ Ver nota de prensa de la Comisión citada en la nota 1 anterior. Adicionalmente a las distintas reducciones proporcionadas por la Comisión bajo su política de clemencia, estos importes incluyen igualmente una reducción del 10% del importe de la multa sobre la base de las normas sobre procedimientos de transacción [Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n o 1/2003 del Consejo en casos de cártel].

⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel.

corresponsable de la infracción, recibió inmunidad bajo dichas normas.

b) En relación con la participación de distintas entidades en acuerdos relacionados con productos referenciados a tipos de interés de referencia en Yenes (YIRD):

- RBS: 260.056.000 euros
- Deutsche Bank: 259.499.000 euros
- JPMorgan: 79.897.000 euros
- Citigroup: 70.020.000 euros
- RP Martin: 247.000 euros

En relación con este mercado UBS recibió inmunidad bajo las normas sobre clemencia, evitando, según la Comisión, una multa potencial en el entorno de los 2.500 millones de euros.⁶ Otras entidades recibieron igualmente reducciones en sus multas bajo las normas de clemencia.

La Comisión indica expresamente en su nota de prensa que, en ambos mercados, continúa su investigación respecto a distintas entidades: Crédit Agricole, HSBC y JPMorgan en relación con el mercado de EIRD, e ICAP en relación con el mercado de YEIRD. Por otra parte, la Comisión continúa igualmente sus investigaciones en relación con productos denominados en francos suizos y *credit default swaps* (CDS).⁷

José Manuel Panero (Bruselas)

⁶ Esta multa habría sido la de mayor importe jamás impuesta por la Comisión en aplicación de las normas sobre competencia de la Unión Europea.

⁷ Ver nota de prensa de la Comisión de 1 de julio de 2013 *Antitrust: Commission sends statement of objections to 13 investment banks, ISDA and Markit in credit default swaps investigation*, IP/13/630, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-630_en.htm.

La Comisión aprueba la adquisición de la aerolínea griega Olympic Air por parte de Aegean Airlines

En enero de 2011, la Comisión Europea ("Comisión") prohibió la fusión entre las aerolíneas griegas Olympic Air y Aegean Airlines, alegando que de entre las diecisiete rutas en que ambas competían, nueve planteaban problemas de competencia, y que por tanto la operación se traduciría en la creación de un monopolio en el mercado griego de transporte aéreo con el subsiguiente aumento del precio de los billetes.⁸

No obstante, a comienzos de este año, se produjo un segundo intento de adquisición, como ya anunciábamos en la anterior edición de este boletín. Finalmente, el pasado 9 de octubre y, tras un examen pormenorizado de la operación en segunda fase que comenzó en abril, la Comisión aprobó sin compromisos la compra de Olympic Air por parte de su rival Aegean Airlines.⁹

Por una parte, la Comisión afirmó que debido a la crisis griega, se ha producido una bajada de un 26% en la demanda de vuelos domésticos en el país, y que como consecuencia de ello, Aegean y Olympic solo compiten en la actualidad en siete rutas aéreas.

Por otra parte, y en ello reside la principal novedad del asunto, la investigación también estimó que, de no tener lugar la operación, Olympic Air iba a cesar sus actividades en un futuro cercano debido a que se trataba de una empresa con dificultades financieras ("*failing firm*"). En efecto, la investigación de la Comisión demostró que desde su privatización

⁸ Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011 en el asunto COMP/M.5830. La nota de prensa de la Comisión se puede encontrar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-68_en.htm.

⁹ Decisión de la Comisión de 9 de octubre de 2013 en el asunto COMP/M.6796. La nota de prensa de la Comisión se puede encontrar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-927_en.htm.

en 2009, Olympic no había obtenido beneficios, y que además había recibido un considerable apoyo financiero de su único accionista, Marfin Investment Group ("MIG"). El análisis de negocio de Olympic confirmó además que era casi imposible que la compañía pudiese pasar a ser rentable en un futuro próximo, fuese cual fuese su plan de negocio. Por esa razón, MIG había decidido detener su apoyo a Olympic si no se vendía a Aegean, lo que habría llevado al cierre definitivo de ésta en un corto plazo. De esta forma, la Comisión ha afirmado esta vez que la operación no perjudicará a la competencia debido a que, tuviese o no lugar la concentración, Olympic estaba destinada a desaparecer.

Por último, otro factor clave es que, aparte de Aegean, no existe otro posible comprador alternativo de Olympic, y además, tampoco ha habido ninguna empresa interesada en adquirir sus activos, que consisten principalmente en aeronaves y franjas horarias aeroportuarias. De esta forma, la Comisión concluyó que de no producirse la operación, lo más probable habría sido que los activos de Olympic desapareciesen del mercado por completo. Pese a ello, la Comisión le ha pedido a la autoridad griega de competencia que vigile en el futuro el comportamiento de Aegean, debido a la importante posición que obtendrá en el mercado tras la fusión.

Finalmente, cabe destacar que en este mismo sector, la Comisión aprobó igualmente el pasado 5 de agosto la fusión entre las aerolíneas comerciales americanas US Airways Group y AMR Corporation, matriz de American Airlines. La Comisión identificó, a raíz de la operación de concentración, la creación de una situación de monopolio en la ruta Londres-Filadelfia, en la cual ambas empresas son, mediante su participación en una *joint venture* con British Airways e Iberia, las únicas que ofrecen vuelos sin escalas. En consecuencia, la autorización de la fusión entre ambas aerolíneas se condicionó al compromiso de liberar una franja diaria de aterrizaje y despegue en el aeropuerto de Londres

Heathrow y de otra serie de compromisos cuyo fin es inducir a la entrada de competidores en la mencionada ruta.

Carlos Bobillo (Madrid)

La Comisión adopta nuevas normas sobre ayudas a la producción cinematográfica

El pasado 14 de noviembre de 2013, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea publicaba finalmente la nueva "Comunicación sobre la ayuda estatal a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual", que viene a sustituir a la adoptada en 2001, que seguía vigente merced a varias prórrogas, la última de 2009.

La presente reforma, que ha tardado casi 10 años en dar sus frutos, ha sido objeto de años de estudio y de largos debates entre los distintos operadores del sector cinematográfico.

La nueva Comunicación adapta las normas de ayudas de Estado a las nuevas tecnologías y a la realidad económica del sector, sin suponer ningún cambio radical respecto del enfoque tradicional de análisis de compatibilidad de las ayudas de Estado concedidas al sector. Mantiene, por tanto, los grandes requisitos que ya venían plasmados en su anterior Comunicación, a saber: (i) que las ayudas deben ir destinadas a fomentar producciones de naturaleza cultural, de conformidad con el artículo 107.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (d); (ii) prohibición en principio de las ayudas a fases específicas de la producción cinematográfica; (iii) limite a las cláusulas de territorialidad de las ayudas concedidas; y (iv) control de las intensidades de ayudas.

Los cambios introducidos por la nueva Comunicación se producen principalmente en tres aspectos:

- (i) Aumentar el ámbito de aplicación objetivo de la Comunicación, que se aplica ahora no solo a la producción

cinematográfica sino que se amplía a todas las demás fases de una producción audiovisual, desde su concepción hasta su distribución, incluyendo los posibles apoyos a las salas de cine;

- (ii) Matizar el control de los requisitos territoriales, que aunque mantiene la regla general del máximo del 80%, pasa a un control caso por caso, con análisis de cumplimiento de las reglas de mercado interior del Tratado;
- (iii) Modificar algunas intensidades de ayuda, como la regla general del 50% de intensidad (salvo que se trate de producciones denominadas "difíciles" en cuyo caso la intensidad podría elevarse hasta el 100%) al 60% a las coproducciones europeas, para favorecer proyectos transnacionales.

La nueva Comunicación, al igual que la anterior, cubre tanto las ayudas individuales como la posibilidad de diseñar regímenes de ayudas, como suele ser la norma, al menos en los países que constituyen las principales potencias cinematográficas del continente. De hecho, la nueva Comunicación también incluye algunas clarificaciones sobre el cálculo de intensidad de ayuda en el caso regímenes de ayuda en la forma de incentivos fiscales.

Desde este punto de vista, los Estados miembros disponen ahora de 2 años para adaptar sus regímenes en vigor a la nueva Comunicación.

Napoleón Ruiz (Bruselas)

La Comisión multa con 16 millones a Johnson & Johnson y Novartis por acordar retrasar la comercialización de un genérico

El pasado 10 de diciembre la Comisión Europea ("Comisión") impuso una multa de 10,8 millones de Euros a la farmacéutica estadounidense Johnson & Johnson ("J&J") y otra sanción de 5,5 millones a la suiza Novartis por alcanzar en 2005 un acuerdo anticompetitivo para retrasar la

comercialización de una versión genérica, y por tanto más barata, del fentanilo. El fentalino es un potente analgésico que se utiliza sobre todo para los pacientes de cáncer.

Según la Comisión, J&J es el fabricante original del fentanilo, que comercializa en diferentes formas desde los años 60. En 2005, su patente sobre los parches de fentanilo expiró en Países Bajos y la filial holandesa de Novartis, Sandoz, estaba a punto de lanzar un parche de fentanilo genérico. De hecho Sandoz había incluso producido los envases necesarios para lanzar el producto al mercado.

No obstante, en julio de 2005, Sandoz concluyó un acuerdo denominado de "copromoción" con Janssen-Cilag, la filial holandesa de J&J. Mediante dicho acuerdo Sandoz se comprometía a no entrar en el mercado holandés. Tal y como explica la Dirección General de Competencia en su nota de prensa los pagos mensuales acordados por las dos partes eran superiores a los beneficios que Sandoz tenía previsto lograr con la venta de su genérico.

Como resultado, Sandoz decidió no comercializar su producto. El acuerdo se denunció en diciembre de 2006, cuando una tercera empresa estaba a punto de lanzar un parche de fentanilo genérico. Así, el acuerdo retrasó 17 meses la entrada al mercado de este genérico y ha mantenido el precio del fentanilo en Países Bajos a un nivel artificialmente elevado.

Según los documentos internos a los que ha tenido acceso la Comisión, Sandoz se abstuvo de entrar en el mercado holandés a cambio de "una parte del pastel". En lugar de competir, las dos compañías acordaron cooperar "para no ver aparecer un parche genérico en el mercado y mantener así el precio a su nivel actual".

La Comisión considera que este tipo de acuerdos son contrarios al artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") y no son susceptibles de beneficiarse de una excepción conforme al artículo 101.3 TFUE. La Comisión no parece

haber aceptado que estos acuerdos puedan resultar pro-competitivos al permitir incrementar los beneficios de las empresas farmacéuticas, con el consiguiente supuesto aumento de las actividades de investigación y desarrollo.

La decisión adoptada en relación a J&J y Novartis es una de las acciones derivadas de la investigación sectorial que la Comisión Europea inició en 2009 en relación a los acuerdos sobre patentes en el sector farmacéutico europeo. Durante el mes de diciembre la Comisión publicó su cuarto informe en el marco de dicha investigación sectorial. En relación con este tipo de comportamientos la Comisión tiene además procedimientos abiertos contra Servier, Cephalon y Teva.

Angel Givaja (Bruselas)

La Comisión autoriza la reestructuración del banco italiano Monte Paschi

El pasado 27 de noviembre de 2013 la Comisión Europea ("Comisión") estimó que la ayuda de rescate recibida por Monte Paschi de Siena ("MPS") es conforme a las normas europeas de Ayudas de Estado.¹⁰

La ayuda aprobada responde originariamente a la imposibilidad de cumplir con las exigencias establecidas por la Autoridad Bancaria Europea (EBA) en el contexto del "ejercicio de capital de la UE" que tuvo lugar

en 2011, por el que se requería a los bancos aumentar su ratio de Core Tier 1 por encima del 9% antes de Junio de 2012.

En Diciembre 2012 la Comisión aprobó temporalmente la ayuda de rescate por una cuantía de 3,9 billones de euros en forma de instrumentos híbridos. De dicha cantidad, 1,9 billones de euros fueron destinados a reemplazar instrumentos híbridos (conocidos como "bonos Tremonti") que la entidad suscribió en 2009 bajo el esquema de recapitalización italiana. A diferencia de los bonos Tremonti, los nuevos instrumentos llevaban aparejados un mecanismo alternativo de pago de cupones. Este mecanismo obliga a MPS a pagar anualmente un cupón en especie en caso de que los beneficios distribuibles fueran insuficientes.

La aprobación temporal que tuvo lugar en Diciembre 2012 se condicionó a la presentación de un plan de reestructuración en el plazo de seis meses. Italia, notificó dicho plan de en Junio de 2013 y posteriormente lo modificó en Noviembre 2013.

En Noviembre de 2013 la Comisión ha estimado que el plan presentado por las autoridades italianas se adecuaba a las exigencias establecidas por las Comunicaciones que regulan la reestructuración y el rescate de las entidades financieras. Para dicho análisis, la Comisión no ha aplicado la última Comunicación bancaria publicada en Agosto 2013 puesto que la ayuda se notificó con anterioridad a dicha fecha.

Concretamente, la Comisión ha confirmado que el cumplimiento del plan de reestructuración presentado asegura la viabilidad a largo plazo de la entidad sin que ésta requiera nuevas aportaciones de capital.

En este sentido, el plan de reestructuración presentado por las autoridades italianas prevé que para el final del período de reestructuración se alcance un nivel de rendimiento adecuado de los fondos propios gracias a una mejora de la eficiencia, a una reducción de los costes operativos y una adecuada contribución por parte de los accionistas.

¹⁰ Ver Notas de prensa de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, *State aid: Commission authorises restructuring aid for Italian bank Monti dei Paschi di Siena*, IP/13/1174, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1174_en.htm; de 17 de diciembre de 2012, *State aid: Commission temporarily approves rescue aid for Italian bank Monte dei Paschi*, IP/12/1383, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1383_en.htm; y de 20 de febrero de 2009, *State aid: Commission authorises amendment of Italian scheme to inject capital in credit institutions*, IP/09/302, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-302_en.htm.

Además el plan de reestructuración contempla una mejora del perfil de riesgo de la entidad, que se conseguirá sobre la base de una renovación de la estructura corporativa, una menor exposición de la deuda soberana y una limitación de las actividades comerciales.

El eje central del plan de reestructuración se funda en dos compromisos adoptados por MPS: por un lado la entidad se compromete a reducir en un 25% su balance, por el otro, MPS deberá buscar en el mercado un aumento de capital por una cuantía de 2.5 billones de euros. Por último, MPS se obliga a amortizar todos los bonos estatales en un plazo de cinco años.

En el momento de escribir la presente contribución, la decisión de reestructuración de MPS seguía sin ser pública. No obstante, la decisión se hará pública en el Registro Ayudas Estatales, bajo el número SA.36175, una vez que la Comisión haya eliminado los elementos confidenciales.

Ana María Amador (Bruselas)

1.2 Jurisprudencia reciente

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma en dos sentencias que las matrices pueden ser responsables por las prácticas anticompetitivas cometidas por las joint ventures en las que participen al 50%

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a su matriz, especialmente cuando a pesar de tener distinta personalidad jurídica, esa filial no decide de manera independiente su conducta en el mercado, sino que lleva a cabo las instrucciones que le da su matriz.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") del pasado 13 de septiembre de 2013 en los asuntos C-172/12 y C-179/12 P (las "Sentencias"), nos recuerdan que la Comisión no puede conformarse simplemente con que la matriz se encuentre en una posición en la que podría ejercer influencia decisiva en el comportamiento de su filial, sino que debe

comprobar que dicha influencia fue efectivamente ejercida. Ahora bien, si dicha matriz ostenta la totalidad de las acciones/participaciones de la filial, se presume el ejercicio de dicha influencia decisiva.

Ambas Sentencias analizan la responsabilidad de las matrices de dos joint ventures ("JV") o empresas en participación que infringieron las normas de competencia y aclaran que, cuando dos empresas ostentan cada una el 50% de una JV que ha infringido el ordenamiento de competencia, puede considerarse que la JV y las matrices forman una única unidad económica siempre que la Comisión haya demostrado que las matrices ejercieron influencia decisiva sobre la JV.

Asimismo, las Sentencias puntualizan que la autonomía de la que disfruta una empresa en participación conforme a lo establecido en el artículo 3(4) del Reglamento de Concentraciones no implica que dicha empresa en participación también disponga de autonomía para adoptar sus decisiones estratégicas y que, por lo tanto, no se encuentre bajo la influencia decisiva de sus matrices a los efectos de artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Enrique Ferrer (Madrid)

El Tribunal General reduce las sanciones impuestas a algunas sociedades participantes en el cártel de la industria de material de baño

En fecha 23 de junio de 2010, la Comisión Europea ("Comisión") publicó la decisión C(2010)/4185 (la "Decisión"),¹¹ por medio de la cual se declaró acreditada la existencia de un cártel que había operado, desde 1992 y en diversos periodos de tiempo hasta el año 2004, en el sector de la producción de materiales y accesorios para baño. La Comisión declaró acreditada una conducta

¹¹ Asunto seguido bajo número de referencia COMP/39.092.

colusoria de fijación de precios e intercambio de información comercial sensible por parte de 62 sociedades de diferentes Estados Miembros, pertenecientes a su vez a 17 grupos multinacionales activos en el sector. La sanción conjunta impuesta por la Comisión ascendió a 622 millones de euros.

La Decisión fue posteriormente impugnada ante el Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE") mediante trece recursos¹² de anulación promovidos individual o conjuntamente por diversas de las compañías sancionadas, siendo publicados los fallos respectivos del TGUE el pasado 16 de septiembre de 2013. En algunas de las Sentencias relativas a la revisión jurisdiccional de la Decisión, el TGUE ha determinado que debe reducirse la cuantía de las sanciones impuestas a diversas compañías sancionadas.

Respecto a las sociedades Trane, Inc. ("Trane"), Wabco Europe ("Wabco") e Ideal Standard Italiar Srl ("Ideal Standard"), sancionadas por su conducta colusoria en el mercado italiano de cerámicas para baño, el TGUE ha concluido que su actividad anticompetitiva solo habría resultado acreditada entre los años 2000 y 2001, siendo excesivo el plazo imputado previamente por la Comisión -desde 1993 hasta 2004-. Por ello, el TGUE fija la sanción de Trane en 92 millones de euros (en vez de 259), la sanción conjunta a Trane y Wabco en 15 millones de euros (en vez de 45) y la sanción conjunta a las tres sociedades precitadas en 4,5 millones de euros (en vez de 12).

¹² Asunto T-364/10, *Duravit y otros v Comisión*; Asunto T-368/10, *Rubinetteria Cital v Comisión*; Asuntos acumulados T-373/10, T-374/10, T-382/10 y T-402/10 (relativos a las subsidiarias del grupo Villeroy&Boch, respectivamente, en Austria, Alemania, Francia y Bélgica); Asunto T-375/10, *Hansa Metallwerke y otros v Comisión*; Asunto T-376-10/10, *Mamoli Rubinetteria SpA*; Asunto T-378/10, *Masco y otros v Comisión*; Asunto T-379/10, *Keramag Keramische Werke y otros v Comisión*; Asunto T-380/10, *Wabco Europe y otros v Comisión*; Asunto T-386/10, *Dornbracht y otros v Comisión*; Asunto T-396/10, *Zuchetti Rubinetteria v Comisión*; Asunto T-408/10, *Roca Sanitario v Comisión*; Asunto T-411/10, *Laufen Austria v Comisión*; Asunto T-412/10, *Roca SARL v Comisión*.

En relación con el mercado francés de materiales para baño, el TGUE ha resuelto anular la sanción conjunta de 2,52 millones de euros impuesta por la Comisión a Produits Céramique de Touraine S.A ("PCT"), Allia SAS y Sanitec Europe Oy ("Sanitec"). Estas sociedades habrían sido sancionadas sobre la base de la conducta global de los integrantes del cártel en el mercado francés y no sobre evidencias individualizadas que acreditaran la ilegalidad de sus propias conductas. A consecuencia de lo anterior, las sanciones colectivas impuestas al conjunto de operadores económicos activos en el mercado francés han sido reducidas en proporción a la ausencia de culpabilidad declarada respecto de PCT, Allia SAS y Sanitec (de 57,6 a 50,58 millones de euros).

Adicionalmente, el TGUE ha resuelto reducir la sanción impuesta al Grupo Roca ("Roca Sanitario"), radicado en España. De acuerdo con el TGUE, la Comisión habría omitido el deber de tener en cuenta la actitud de colaboración activa mantenida por la filial francesa de Roca Sanitario, Roca SARL ("Roca France") con las autoridades. A consecuencia de lo anterior, el TG ha determinado que Roca France debería hacer frente a una sanción de 6,3 millones de euros (en vez de 6,7), siendo reducida en esa misma cifra la sanción para Roca Sanitario, a la cual debía hacer frente de manera conjunta con su filial francesa.

Debe señalarse, por último, que el TGUE ha desestimado, en relación con la Decisión, múltiples alegaciones del resto de participantes en el cártel, así como también ha entendido que la estimación de otras solicitudes de los recurrentes no debe conducir a la reducción de sus respectivas sanciones.

Miguel López (Barcelona)

2. España

2.1 Desarrollos legislativos

La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia comienza su andadura

El pasado 7 de octubre entró en funcionamiento la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), tras el período transitorio establecido en su ley de creación, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("LCNMC"). El nuevo organismo ha asumido las funciones de diversas autoridades reguladoras sectoriales, como, entre otras, las ya extintas Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía o Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.¹³

El órgano principal de la CNMC, el Consejo, ejerce funciones resolutorias y está compuesto por 10 consejeros propuestos por el Gobierno y votados por el Congreso de los Diputados por un plazo de 6 años no renovables, entre los cuales han sido elegidos un Presidente, José M^a Marín Quemada, y una Vicepresidenta, María Fernández Pérez.

Para hacer posible esta centralización de funciones se ha previsto un funcionamiento un tanto peculiar del Consejo, que normalmente trabajará dividido en dos Salas, la de Competencia –dirigida por el Presidente– y la de Regulación Sectorial –dirigida por la Vicepresidenta–, de manera que las resoluciones por parte del Pleno serán, en principio, excepcionales. Los demás consejeros irán rotando entre ambas Salas lo que, de acuerdo con el preámbulo de la LCNMC, debería fomentar la independencia de los mismos y reducir el riesgo de "captura" por parte de intereses privados, puesto que se reducirá "la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la Autoridad".

Aunque la fusión de las Autoridades reguladoras también se ha emprendido en Alemania, en el país germano se ha mantenido la separación entre el macroregulador y la Autoridad de la Competencia, por lo que el sistema de rotación entre salas constituye una innovación del legislador español que probablemente busque asegurar el encaje entre los intereses del Derecho de la Competencia y los de la Regulación sectorial, no siempre coincidentes.

Por su parte, la fase de instrucción la llevarán a cabo desde ahora las cuatro Direcciones Generales de la CNMC: Competencia; Telecomunicaciones y Sector Audiovisual; Energía y Transportes y Servicios Postales, cuyos Directores Generales son nombrados directamente por el Pleno del Consejo.

Finalmente, y para concluir este breve repaso de la composición y el funcionamiento del nuevo regulador, no está de más señalar que la centralización de funciones ha venido acompañada del retorno de algunas competencias a diversos Ministerios, como el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio de Fomento y el Ministerio de la Presidencia, que, con anterioridad a la LCNMC, venían siendo ejercidas por las Autoridades de Regulación Sectorial.¹⁴

La CNMC es ya una realidad y ha empezado a resolver algunos expedientes incoados por sus antecesoras.

Guillem Manso (Barcelona)

¹³ Disposición Adicional 2^a de la LCNMC.

¹⁴ Disposiciones Adicionales 7^a, 8^a, 9^a, 10^a, 11^a y 12^a de la LCNMC.

2.2 Resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia

La CNMC multa con 15 millones de euros a Mediapro y a cuatro clubs de fútbol

El pasado 2 de diciembre, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ("CNMC") impuso sanciones por más de 15 millones de euros a Mediapro y a varios clubs de fútbol -Real Madrid Club de Fútbol, Fútbol Club Barcelona, Sevilla Fútbol Club S.A.D. y Real Rácing Club de Santander S.A.D.-¹⁵ por una infracción muy grave al incumplir la resolución dictada el 14 de abril de 2010 por el Consejo de la antigua Comisión Nacional de la Competencia ("CNC"), relativa a la adquisición de derechos audiovisuales de fútbol.¹⁶ Cabe destacar que se trata de la primera sanción impuesta por la CNMC desde que entrara en funcionamiento el 7 de octubre pasado.

En efecto, para vigilar el cumplimiento de esta resolución, la CNC inició un expediente de vigilancia, en el marco del cual se dictó una resolución con fecha de 3 de mayo de 2012¹⁷ en la que consideró que las mencionadas empresas habían incumplido la resolución dictada el 14 de abril de 2010, en la medida en que habían firmado con posterioridad a esa fecha contratos de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. El Rey con una duración superior al límite máximo de tres temporadas. La CNC estimó que dicho incumplimiento era contrario a los dispositivos primero y séptimo de la citada resolución, y

que esto suponía una infracción tipificada como muy grave en el apartado 4 c) del artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

A este respecto, resulta llamativo que en el año 2010, apenas dos semanas antes de que se dictase la primera de las resoluciones de la CNC, se aprobó la Ley General de la Comunicación Audiovisual,¹⁸ que establecía un periodo máximo de cuatro años para la compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas. No obstante, cabe recordar en lo relativo a esta cuestión la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi*,¹⁹ en la que cual se estableció que no es posible escudarse en una disposición normativa nacional con el fin de evitar cumplir con lo establecido en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Además, por otra parte, esta resolución ha abierto un importante debate sobre si el límite de tres años para la adquisición de derechos exclusivos de dichas competiciones es un límite razonable y con efectos favorables a la competencia; o si por el contrario se debería flexibilizar el mismo, en la medida en que podría tratarse de un periodo demasiado corto y los operadores podrían necesitar un plazo mayor para reducir la incertidumbre y recuperar las inversiones realizadas.

Carlos Bobillo (Madrid)

¹⁵ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 2 de diciembre de 2013 en el expediente SNC/0029/13 - *Mediapro y clubs de fútbol II*.

¹⁶ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*.

¹⁷ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 3 de mayo de 2012 en el expediente de vigilancia VS/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*.

¹⁸ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

¹⁹ Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

La CNC sanciona con más de 43 millones de euros a varias asociaciones relacionadas con el transporte de contenedores en el puerto de Valencia

El Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") impuso, mediante Resolución de 18 de septiembre de 2013 en el expediente S/0314/10 – Puerto de Valencia, multas que superan los 43 millones de euros a varias empresas²⁰ y asociaciones de empresas²¹ relacionadas con el transporte de contenedores en el Puerto de Valencia por haber llevado a cabo, en colaboración con la Autoridad del Puerto de Valencia (la "APV") y la Consellería de Infraestructuras y Transportes de la Comunidad Valenciana (la "Consellería"), conductas destinadas a restringir la competencia en el mercado de transporte de contenedores por carretera procedentes o con destino al citado Puerto.

En su Resolución, el Consejo de la CNC considera acreditado que las anteriores cometieron una infracción muy grave entre diciembre de 1998 y junio de 2011, al haber distorsionado el normal funcionamiento de la oferta y la demanda de forma constante y reiterada mediante acuerdos para homogeneizar los precios del transporte por carretera y otras prestaciones unidas al transporte, las indemnizaciones por paradas, y la aplicación de forma coordinada de los incrementos del IPC o del gasóleo.

Si bien todas las partes alegaron para justificar sus conductas el principio de confianza legítima debido a la participación de la APV y la Consellería en la infracción, el Consejo de la CNC las inadmitió puesto que eran concedoras de expedientes similares en otros puertos del país.

²⁰ *Marítima Valenciana, S.A.*, y su sucesora, *Noatum Ports Valenciana, S.A.U.*, *TCV Stevedoring Company, S.A.*; y *Mediterranean Shipping Company Terminal Valencia, S.A.*

²¹ *Asociación de Transitarios Expedidores Internacionales y Asimilados OLT, Asociación de Empresas de Logística y Transportes de Contenedores, Asociación de Transportistas de Contenedores Valencianos, Asociación Naviera Valenciana, Transcont Comunidad Valenciana y Federación Valenciana de Empresarios del Transporte y la logística.*

Por lo que respecta a la APV, el Consejo resolvió que la autoridad portuaria participó, como operador económico que compite con otros puertos, en la implementación de los acuerdos anticompetitivos, siendo consciente de que dicha actuación no era la que le correspondía como autoridad gestora.

En relación con la participación de la Consellería, la CNC considera que esta desempeñó un papel activo en la organización y vigilancia de la ejecución de un acuerdo de fijación de precios; por lo que, contradiciendo la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional ("AN"), de 16 de julio de 2013 (la "Sentencia"),²² relativa a la Resolución del Consejo en el expediente S/0167/09 – *Productores de uva y mosto de Jerez*, declaró responsable a la Consellería como ente público facilitador de un acuerdo anticompetitivo.

Conforme a la anterior Sentencia, considera la AN que (i) la CNC no es competente para fiscalizar actuaciones derivadas del ejercicio de una potestad administrativa puesto que, (ii) según la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC"), solamente puede declarar responsable de una infracción de las normas de la LDC a operadores económicos, (iii) así como tampoco puede multar a sujetos no incluidos en el ámbito subjetivo de la LDC; (iv) pudiendo actuar la CNC frente a actos sujetos a Derecho administrativo tan solo por la vía de la legitimación activa que le reconoce la LDC ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La motivación empleada por el Consejo de la CNC para declarar responsable a la Consellería puede considerarse su respuesta a los argumentos esgrimidos por la AN en su Sentencia. A este respecto, la CNC entiende que (i) toda administración pública se encuentra sometida al conjunto del ordenamiento jurídico, incluyendo la LDC; (ii) la aplicación de la LDC no queda limitada a los

²² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2013 en el recurso no. 626/2011.

operadores económicos, sino que se extiende a todos aquellos sujetos que han desplegado una conducta con aptitud para incidir en el mercado; (iii) si bien la multa a una administración pública no es la medida disuasoria más efectiva, ello no impide a la CNC constatar una infracción de las normas de competencia para así poder ordenar su cesación y la remoción de sus efectos; y (iv) la legitimación activa que contempla la LDC sólo posibilitaría a la CNC actuar contra actos administrativos, cercenado su capacidad de sancionar actuaciones materiales de la administración pública.

Habrà que esperar hasta la resolución del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo contra la Sentencia para conocer en qué medida se encontrarán las administraciones públicas sometidas al escrutinio de la CNC.

Enrique Colmenero (Madrid)

La CNC impone multas por valor de más de 4,8 millones de euros a empresas fabricantes de ascensores por competencia desleal

El Consejo de la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC")²³ impuso, mediante Resolución de fecha 17 de septiembre de 2013 en el marco del expediente sancionador S/410/12 - *Ascensores-2*, multas que ascienden conjuntamente a 4.867.317 € a cuatro empresas²⁴ por infringir el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC"). Las sancionadas obstaculizaron la actividad de sus

competidores en el mercado del mantenimiento de ascensores²⁵ a través del empleo de medios desleales.

El expediente S/410/12 se centra en la actividad de mantenimiento y reparación de ascensores instalados. La principal característica de este mercado es su carácter secundario ("aftermarket") en relación con la venta e instalación de ascensores, dado que el servicio de mantenimiento y reparación se demanda en la medida en que existe un parque de ascensores ya instalado que lo necesita. Las ventajas de la integración vertical no impiden la participación en el mercado de un cada vez mayor grupo de empresas de tamaño más reducido (no integradas verticalmente) dedicadas exclusivamente al mantenimiento y reparación. De hecho, incluso para los grandes fabricantes de ascensores también presentes en el mercado del mantenimiento y reparación, los ingresos de dicha actividad tienen una importancia relativa mayor que los del mercado de fabricación y venta.

En el marco de esta creciente presión competitiva diversas empresas dedicadas tanto a la fabricación como al mantenimiento de ascensores remitieron comunicaciones a sus clientes, como reacción a una solicitud de baja, poniendo en duda la capacidad técnica de otras empresas de mantenimiento de ascensores. Aunque las empresas investigadas admitieron esta conducta, rechazaron que la misma pudiera constituir una infracción del artículo 3 de la LDC.

²³ Disposición Adicional 2ª de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁴ 2.845.362 € a *Zardoya Otis, S.A.*; 1.892.690 € a *Schindler, S.A.*; 103.533 € a *Ascensores Eninter, S.A.*; y 25.732 € a *Ascensores Imem, S.L.*

²⁵ El citado expediente se centra en la categoría de ascensores definida en el artículo 2.1 del Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, sobre ascensores, que señala lo siguientes: "ascensor es todo aparato de elevación que sirva niveles definidos, con un habitáculo que se desplace a lo largo de guías rígidas y cuya inclinación sobre la horizontal sea superior a 15 grados, destinado al transporte: a) de personas, b) de personas y objetos, c) solamente de objetos si el habitáculo es accesible, es decir, si una persona puede entrar en él sin dificultad, y si está provisto de órganos de accionamiento situados dentro del habitáculo o al alcance de una persona situada dentro del mismo".

En la aplicación del artículo 3 de la LDC la cuestión primordial es si las conductas analizadas, actos incardinados en los comportamientos sancionados por la Ley de Competencia desleal, pueden distorsionar la competencia afectando al interés público tutelado.²⁶

Tanto la Dirección de Investigación como el Consejo de la CNC consideraron probado que del análisis de las comunicaciones sólo podía deducirse que en ellas existía el propósito de descalificar y denigrar a los competidores, alertando de los riesgos en la contratación de sus servicios y advirtiendo de una supuesta falta de medios, de formación adecuada y de medidas de seguridad. La CNC entiende que con ello se pretendía generar temor en el consumidor falseando la realidad y trasladándole datos erróneos y falsos. En anteriores Resoluciones,²⁷ la CNC había reconocido que la denigración es un comportamiento de deslealtad frente al competidor en tanto que obstaculiza o dificulta el ejercicio de la actividad económica de un tercero mediante el menoscabo de su reputación, pero sobre todo es un acto de deslealtad frente a los consumidores, pues distorsiona la libertad y racionalidad de sus decisiones. Así, el bien jurídico protegido no es tanto la reputación del competidor como el propio proceso competitivo.

Es por ello que la CNC consideró que la remisión de cartas-circulares en que se acusaba falsamente a competidores de prestar unos servicios que no garantizaban la seguridad constituía un ilícito desleal capaz de falsear la competencia y, en la medida en que las comunicaciones se habían enviado en múltiples ocasiones durante varios ejercicios, a un gran número de clientes y era una práctica seguida por muchas empresas del sector, no cabía tampoco dudar de la afectación al interés público.

Nuria González (Barcelona)

²⁶ En este sentido, Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10 – *Endesa*.

²⁷ Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09 – *Gas Natural*.

2.3 *Jurisprudencia reciente*

La Audiencia Nacional anula una multa impuesta a El Corte Inglés por entender que no queda acreditado que el pacto de no competencia consistente en no firmar acuerdos de exclusividad con otros operadores de TDT sea restrictivo de la competencia

La Audiencia Nacional ("AN"), en su Sentencia del pasado 30 de septiembre de 2013, anuló una Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC"), de 24 de octubre de 2011, por la que se sancionaba a El Corte Inglés, S.A. ("ECI") por una cláusula de no competencia post-contractual incluida en un contrato alcanzado con VEO Televisión, S.A. ("VEO").

Las sociedades ECI y VEO celebraron un contrato, el 2 de agosto 2006, por el que VEO, licenciataria de tres canales de Televisión Digital Terrestre ("TDT"), cedía a ECI uno de ellos para que ésta pudiese emitir programas dedicados a la televenta de sus productos durante las 24 horas del día. A cambio, VEO participaría de una parte del margen neto de los ingresos derivados de las ventas logradas por ECI en el ejercicio de la actividad. En el marco de este contrato se incluyó una cláusula de no competencia post-contractual, por la que se establecía que, en el caso de que el contrato no se prorrogase de manera expresa una vez finalizado el plazo inicial de duración, ECI no podría formalizar acuerdos en exclusividad con ningún otro operador de TDT para crear un nuevo canal diario de televenta, y VEO no podría alcanzar acuerdos en exclusiva con ningún proveedor de televenta para la emisión de nuevos canales dedicados 24 horas a esta actividad. La vigencia de este acuerdo se extendía durante el año posterior a la fecha de finalización del contrato.

Esta cláusula fue objeto de análisis en el amplio expediente S/0047/08 – *Televenta*, de la CNC. En el mismo se imputaron conductas anticompetitivas a diversas empresas de los mercados televisivos y de la televenta, pero sólo ECI recibió sanción de 50.000 euros por la inclusión de la referida cláusula de no

competencia post-contractual que, según el criterio de la administración, suponía un pacto que tenía por objeto impedir a los competidores de ECI el acceso en exclusiva a la capacidad de emisión de VEO una vez terminada su relación comercial con ECI y, por tanto, devenía restrictiva de la competencia al suponer un acuerdo subsumible en el artículo 5.b) del Reglamento 2790/1999,²⁸ sin que pudieran alegarse razones de eficiencia que justificaran tal restricción. Aun así, el importe de la sanción impuesta fue simbólico, en la medida en que (i) no se impedía a VEO emitir televenta de otros operadores, (ii) el pacto tenía una duración limitada y (iii) no había desplegado efectos restrictivos.

La Sala Contenciosa de la AN, en su decisión del pasado 30 de septiembre, calificó de escasos e insuficientes los argumentos de la CNC, incidiendo en el hecho de que VEO, ciertamente, no podía alcanzar pactos con competidores de ECI en exclusiva, pero nada le impedía ofrecer su capacidad de emisión a competidores de ECI en un régimen de no exclusividad. El fallo critica, además, que la CNC no hiciese análisis alguno de la anti-competitividad por efecto del acuerdo puesto que, al tratarse de un acuerdo de suministro en exclusiva, éste era potencialmente anti-competitivo.

En cualquier caso, no considerando como probada la restricción de la competencia por objeto, la AN anuló los dispositivos primero y segundo de la resolución impugnada, exonerando a ECI de la multa impuesta y condenando en costas a la Administración demandada.

Ismael Gutiérrez (Barcelona)

²⁸ Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, aplicable al supuesto en virtud de la disposición transitoria recogida en el artículo 9 del Reglamento 330/2010 relativo a la aplicación del artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La Audiencia Nacional reduce la multa de las empresas participantes en el cártel de los vinos de Jerez por la existencia de "incertidumbre jurídica"

El sector de los productores de vinos con Denominación de Origen de Jerez y Manzanilla ha generado en los últimos años una pluralidad de resoluciones de la extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC")²⁹ cuya impugnación en sede jurisdiccional ha dado lugar a una jurisprudencia ciertamente controvertida por parte de la Audiencia Nacional ("AN").³⁰

En este sentido, la AN argumentó que la conducta infractora por parte de los miembros del cártel no podía ser amparada bajo la institución de la confianza legítima por el hecho que uno de los integrantes del cártel fuera una Administración Pública. Sin embargo, creó una institución *sui generis* denominada situación de "incertidumbre jurídica" para justificar que los participantes del cártel no reunían las condiciones para la aplicación del tipo subjetivo de la conducta infractora y así eximir o reducir la sanción impuesta por la CNC.

La particularidad de la Sentencia de la AN de fecha 21 de noviembre de 2013 (la "Sentencia"),³¹ que sigue la misma línea jurisprudencial descrita anteriormente, es la aplicación de la figura de la "incertidumbre jurídica" como moduladora o eximente de la culpabilidad de los miembros de un cártel,

²⁹ Resolución de la CNC de fecha 4 de junio de 2009 en el expediente 2779/07 – Consejo Regulador de Denominación de Origen Jerez y Manzanilla; de fecha 28 de julio de 2010 en el expediente S/91/08 – Vinos Finos de Jerez; y de fecha 6 de octubre de 2011 en el expediente S/167/09 – Productores de Uva y Mosto.

³⁰ Por ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 22 de noviembre de 2010 y 6 de marzo, 21 de marzo, 10 de abril y 16 de julio de 2013.

³¹ Sentencia de la Sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21 de noviembre de 2013, dictada en el marco del recurso contencioso administrativo 707/2010.

directamente relacionada con la graduación de las sanciones en materia de defensa de la competencia.

En este sentido, cabe recordar que el cálculo para determinar las sanciones se efectúa determinando el sumatorio por año participado en un cártel del volumen total de ventas anual en el mercado afectado de la empresa responsable de participar en un cártel multiplicado por un coeficiente que representa la gravedad de la actuación, constituyendo dicho coeficiente el elemento para apreciar las circunstancias atenuantes o agravantes del artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y, en consecuencia, el elemento que debería garantizar la aplicación efectiva del principio de proporcionalidad que debe ser respetado en todo procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, la sanción que resulte de dicho cálculo debe ser modulada en función del límite máximo establecido en el artículo 63 de la LDC y que se calcula sobre el volumen total de negocios de la empresa en el ejercicio anterior al de la fecha de la Resolución que imponga la multa.³²

Pues bien, la Sentencia se aparta claramente de este criterio para determinar el importe total de la multa de la sanción por cuanto considera que el principio de proporcionalidad impide que se calculen las sanciones en función del volumen total de negocios cuando la empresa afectada tiene diferentes ramas de actividad.

En consecuencia, la Sentencia acaba considerando que el límite máximo de la multa debe aplicarse sobre el volumen de ventas del mercado afectado y no sobre el volumen total de negocios, siendo además el primero de ellos el relevante a los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad. Se concluye, pues, en el caso enjuiciado, que la multa a imponer a las empresas que participaron de

forma culposa en el cártel, tiene que corresponder con el 7% del volumen de ventas del mercado afectado en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución.

La decisión puede ser muy relevante en la futura determinación del importe de las sanciones en materia de defensa de la competencia, puesto que, de acuerdo con la AN, procede apreciar la proporcionalidad de la sanción en el último estadio del proceso, esto es, en relación con la posible sanción máxima que legalmente se sitúa en el 10% del volumen de negocios del mercado afectado – esta última precisión también la introduce la AN. Habrá que comprobar si la decisión se extiende a casos distintos a los de ausencia de culpa y si es confirmada o no por el Tribunal Supremo.

Albert Nogués i Comas (Barcelona)

La Audiencia Nacional anula la multa de 50.000 euros impuesta al Presidente del Consejo de Turismo de la CEOE por sus declaraciones en FITUR 2011

El pasado 15 de octubre la Audiencia Nacional ("AN") dictó sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Joan Gaspart contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") de 26 de septiembre de 2012 en la que se le imponía una multa de 50.000 euros por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC").

La infracción habría consistido en una serie de declaraciones realizadas por el señor Gaspart el 19 de enero de 2011 en la Feria Internacional de Turismo de España ("FITUR"), así como en una entrevista publicada en la web www.cincodias.com el 26 de enero de 2011 sobre la necesidad de incrementar los precios de los hoteles en el año 2011. Según el Consejo de la CNC, las declaraciones habrían supuesto una recomendación colectiva de subida de precios de los hoteles para el año 2011, cuantificándose dicho incremento en un 6-7% y cuyos responsables habrían sido el señor Gaspart y la Confederación española de

³² Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

organizaciones empresariales ("CEOE"), de la que el primero es Vicepresidente y Presidente de su Consejo de Turismo.

Sin embargo la AN argumenta, en primer lugar, que no puede afirmarse que las declaraciones realizadas por el recurrente puedan ser imputables a la CEOE porque el señor Gaspart acudió a la mesa redonda celebrada en FITUR en su calidad de presidente de los grupos hoteleros NH y Sercotel para tratar cuestiones relevantes y relativas al sector hotelero como la previsión, a inicios de 2011, de lo que iba a acontecer en ese año. Tampoco entiende que, por el silencio de la CEOE ante las declaraciones vertidas por el recurrente, pueda entenderse que exista una aceptación de las mismas o que fueran auspiciadas por dicha entidad.

En segundo lugar, el Tribunal no considera que pueda hablarse de la existencia de una recomendación colectiva porque la declaración realizada no contiene una llamada con vocación de ser acogida por todo el sector, sino que supone una respuesta a la pregunta sobre lo que puede acontecer en el sector hotelero. Además no se cumplirían los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la AN que son: (i) que existan conductas conscientemente concurrentes de dos o más empresas; (ii) que se establezca una recomendación expresa bajo cualquier forma con la finalidad de unificar comportamientos empresariales; y (iii) con aptitud suficiente para poder incidir en el mercado. Las declaraciones del señor Gaspart no tuvieron intención recomendatoria alguna ni idoneidad para ser acogida en el sector, pues a raíz de su intervención se generó un debate en el que no se pudo llegar a ninguna conclusión definitiva.

Por último, la AN apela al legítimo derecho a la libertad de expresión consagrado en la Constitución y basado en la defensa de una opinión pública libre para afirmar que la declaración expresada en un foro público que afecta al sector hotelero y en el que se entrevista a tres grupos relevantes del sector hotelero carece de idoneidad para considerar que se trataba de una recomendación

colectiva de subida de precios encaminada a afectar al mercado del sector hotelero. Esto debe entenderse, según la Sala, con independencia de que el recurrente fuera Vicepresidente de la CEOE a la fecha de las declaraciones o Presidente del Consejo de Turismo pues este dato no puede suponer que el recurrente tenga que desentenderse del grupo hotelero al que pertenece y dejar de acudir a foros que afecten a dicho sector con independencia de la trascendencia que pretenda darse en prensa a sus declaraciones pues, de lo contrario, quedaría en manos de opiniones de terceros la calificación jurídica como recomendación colectiva o no que se dé a dichas declaraciones.

En virtud de todo lo anterior la AN decide estimar el recurso del señor Gaspart y anular la multa de 50.000 que le había sido impuesta por el Consejo de la CNC.

María Antonia Labrador (Madrid)

La Audiencia Nacional reduce la sanción impuesta a Grupo Isolux Corsán por ejecutar una operación previamente a su autorización por parte de la CNC

El pasado 18 de septiembre de 2013, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ("AN") estimó parcialmente el recurso interpuesto por Grupo Isolux Corsán, S.A. ("ISOLUX") contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") de 10 de abril de 2012, por la que impuso a esta empresa una multa de 89.700 euros por incumplimiento del deber de notificación de una operación de concentración.

Con fecha 4 de julio de 2011 tuvo entrada en la antigua Dirección de Investigación ("DI") la notificación relativa a la operación de concentración consistente en la adquisición por ISOLUX del control exclusivo de Grupo T-Solar Global, S.A. ("GTS"). Con fecha 29 de julio de 2011 el Consejo de la extinta CNC dictó Resolución autorizando la operación de concentración en primera fase.

Según la información obrante en el citado expediente, la CNC consideró que esta operación podría haberse ejecutado con anterioridad a su autorización, por lo que la DI, procedió a iniciar unas diligencias preliminares con el fin de determinar si se había producido un incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de la citada concentración que establece el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y por tanto la infracción grave prevista en el artículo 62.3.d) LDC. En efecto, la Resolución de abril de 2012 considera acreditado que, de conformidad con la escritura de fusión que gobernaba la operación, ISOLUX adquirió el control de GTS en la fecha en que adquirió los derechos políticos y económicos que correspondían a las acciones adquiridas, esto es, el 30 de junio de 2011, fecha de presentación de la escritura en el Registro Mercantil); mientras que la operación no fue autorizada sino el 29 de julio.

En su recurso, ISOLUX argumentó que no había incurrido en la infracción tipificada por la Resolución (elemento objetivo), que no concurría el elemento subjetivo al haber actuado conforme a una interpretación razonable de la norma, y que no se habían tenido debidamente en cuenta las circunstancias atenuantes a la hora de ponderar la graduación de la sanción.

La Sentencia de la AN desestima los dos primeros argumentos, si bien una de las magistradas de la Sala advierte en su voto particular discrepante un error de la Sentencia, a saber: de la misma se deduce que la Sala centró el objeto del recurso en el "momento en el que debe considerarse ejecutada una operación de fusión". Sin embargo, y de acuerdo con lo resuelto por la CNC en base al artículo 7 LDC, la cuestión a efectos de determinar la existencia de infracción del artículo 62.3.d) LDC no es determinar el momento en que se ejecuta la fusión, sino el momento en que se ejecuta la concentración.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera que la sanción impuesta a ISOLUX debe ser reducida a la mitad, teniendo en cuenta que

procedió a la notificación de la operación a la CNC tan solo 4 días después de la fecha de inscripción y sin requerimiento previo. La Resolución de la CNC ya había considerado esta circunstancia a la hora de cuantificar la multa, si bien consideró que no debía considerarse atenuante.

Jose Luis Azofra (Madrid)

El Tribunal Supremo condena a Ebro Foods a pagar 4,1 millones de euros por los daños causados a la industria del dulce cuando creó un cártel

Con fecha 15 de abril de 1999, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia ("TDC") dictó una resolución declarando que Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, S.A. ("EBRO PULEVA"), Sociedad General Azucarera, S.A., Sociedad Cooperativa General Agropecuaria y Azucareras Reunidas de Jaén, S.A. concertaron los precios de venta del azúcar para usos industriales desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.

Dicha resolución fue confirmada en primera instancia mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2002; y en segunda instancia mediante sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005.

Posteriormente, diversos fabricantes de dulces presentaron demanda contra EBRO PULEVA solicitando que fuese declarada responsable de los daños sufridos por dichas empresas como consecuencia de la concertación de precios y se le condenase a abonar determinadas cantidades.

La pretensión de las demandadas fue admitida parcialmente mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid y desestimada posteriormente por la Sentencia de 3 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid.

El pasado 7 de noviembre, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia (la "Sentencia") resolviendo el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por las demandantes y el recurso de casación

interpuesto por EBRO PULEVA, ambos contra la Sentencia de 3 de octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Madrid.

En primer lugar, la Sentencia aclara que la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción (en este caso, la contencioso-administrativa) no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica.

Esta vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales cobra mayor sentido en sistemas como el de la Ley de Defensa de la Competencia, calificados como de "follow on claims" por cuanto los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que es firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha considerado que existía una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de dicha conducta.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial contradice frontalmente los hechos fijados por la jurisdicción contencioso-administrativa al considerar que no hubo concertación de precios, sino que estos fueron negociados individualmente entre EBRO PULEVA y los fabricantes de dulces; y de acuerdo con la Sentencia, no se ha dado una explicación adecuada la divergencia radical entre los hechos tomados en consideración entre la Sentencia de la Audiencia Provincial y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2005.

En segundo lugar, la Sentencia nos recuerda el principio general de que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado una infracción del Derecho de la Competencia y que, para que los compradores directos no tengan derecho a ser indemnizados por este coste

excesivo, sería necesario probar que ese daño fue repercutido a terceros, concretamente a sus clientes ("passing-on").

En este sentido, la Sentencia señala que no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos, sino que es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes, ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a otros competidores que no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento de precios, etc. no puede estimarse la defensa del "passing-on" o no puede hacerse en su totalidad.

En tercer lugar, y en lo que hace a la valoración de los daños, la Sentencia apunta que la existencia de discrepancias entre los peritos de las partes y la ausencia de una prueba pericial realizada por un perito de designación judicial, razones expresadas por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia para justificar una reducción del 50% de las indemnizaciones solicitadas por las demandantes, no son argumentos adecuados para justificar por sí solo tal reducción.

Finalmente, la Sentencia: (i) estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los fabricantes de dulces; (ii) desestima el recurso de apelación interpuesto por EBRO FOODS; y (iii) declara a EBRO FOODS responsable de los daños sufridos por las demandantes como consecuencia de la concertación de precios llevada a cabo con el resto de azucareras entre febrero de 1995 y septiembre de 1996, condenándole al pago de un total de 4,1 millones de euros en indemnizaciones.

Enrique Ferrer (Madrid)

3. Portugal

Nuevo régimen en materia de conductas unilaterales

Un nuevo régimen en materia de conductas unilaterales ha sido promulgado recientemente en Portugal.³³ Bajo este nuevo régimen, la competencia para tramitar los procedimientos relativos a las conductas unilaterales ha sido transferida de la Autoridad Portuguesa de Competencia a la "Autoridade de Segurança Alimentar e Económica" o "ASAE". Debe señalarse que bajo el régimen anterior, ASAE ya era la entidad responsable de la supervisión del cumplimiento de la ley.

No obstante lo anterior, las principales características del Decreto-Ley se destacan a continuación:

- Se aclara el concepto de venta a pérdida.
- Se detalla la noción de prácticas de negociación abusivas, hasta ahora muy vagamente definido, y se define claramente los ejemplos de prácticas que pueden ser consideradas abusivas.

Por ejemplo, se prohíben aquellas prácticas de negociación mediante las cuales una empresa impida a la otra vender a un precio inferior a terceras empresas.

También es ilegal, entre otras prácticas, obligar unilateralmente a la realización de una promoción e imponer pagos a cambio de una promoción.

- Asimismo, se prohíben determinadas prácticas en el sector de la alimentación cuando el proveedor sea una microempresa o una pequeña empresa.

- Los contratos de suministro que no cumplan con este nuevo régimen se considerarán resueltos en un máximo de 12 meses a no ser que sean modificados conforme a las nuevas normas en el transcurso del anterior plazo.

Las cláusulas de los nuevos contratos que no cumplan con el nuevo régimen se considerarán nulas.

- Las multas por incumplimiento del Decreto-Ley se han incrementado considerablemente.

La cuantía de la multa aplicable varía en función de la calificación del infractor bien como persona física, bien como micro, pequeña, mediana o gran empresa conforme a los criterios establecidos en la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361/EC, de 6 de mayo de 2003:

- Son medianas empresas aquellas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.
- Son pequeñas empresas aquellas que ocupan a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.
- Son microempresas aquellas que ocupan a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros.

Por ejemplo, las multas por prácticas de negociación abusivas oscilan entre los 4.000 euros y los 450.000 euros en caso de incumplimiento por parte de medianas empresas, y entre los 5.000 euros y los 2,5 millones de euros en el caso de incumplimiento por parte de grandes empresas.

³³ El Decreto-Ley 166/2013, por el que se aprueba el nuevo régimen en materia de conductas unilaterales («Decreto-ley») y publicado el 27 de diciembre de 2013.

El Decreto-ley entrará en vigor el 25 de febrero de 2014 y revoca la disposición legal que actualmente regula esta materia (Decreto-Ley 370/93, de 29 de octubre).

Ana Ferreira (Lisboa)

GARRIGUES

www.garrigues.com

Síguenos:



La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© 2014 J&A Garrigues, S.L.P. quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3 - 28001 Madrid (España)
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08