

VEINTE AÑOS DE JURISPRUDENCIA ANTITRUST EN ESPAÑA: EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Alfonso Gutiérrez Hernández

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

Veinte años de jurisprudencia *antitrust* en España: el papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia

Este artículo examina la jurisprudencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo durante los últimos veinte años en materia de aplicación de la normativa de defensa de la competencia. La revisión se ha centrado en las sentencias estimatorias de los recursos interpuestos contra las resoluciones sancionadoras de las autoridades administrativas de defensa de la competencia.

PALABRAS CLAVE:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA, REVISIÓN JUDICIAL, AUDIENCIA NACIONAL, TRIBUNAL SUPREMO, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.

20 years of antitrust case-law in Spain: the courts' role interpreting competition rules

This article reviews the case-law of Spain's National Court and Supreme Court over the last 20 years on the application of competition rules in Spain. The article focuses on judgments that uphold appeals lodged against decisions of the competition authorities.

KEYWORDS:

COMPETITION LAW, JUDICIAL REVIEW, NATIONAL COURT, SUPREME COURT, NATIONAL MARKETS AND COMPETITION COMMISSION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 9-9-2022**FECHA DE ACEPTACIÓN: 12-9-2022**

Gutiérrez Hernández, Alfonso (2022). Veinte años de jurisprudencia *antitrust* en España: El papel de los tribunales en la interpretación de las normas de defensa de la competencia. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, pp. 46-64 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Como es bien sabido, el Derecho de la competencia se construye esencialmente de decisiones administrativas en las que las autoridades competentes (en España, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o CNMC y sus antecesoras) interpretan y aplican los escasos preceptos de contenido material que regulan en nuestro ordenamiento la libre competencia en los mercados¹. Por ello, no debe sorprender que la práctica administrativa de la CNMC (o de otras autoridades, en su caso, señaladamente la Comisión Europea) sea la primera fuente de consulta por parte de empresas y asesores que desean conocer si el acuerdo que están negociando o las políticas comerciales que están considerando aplicar resultan conformes con el ordenamiento *antitrust* español.

Por el contrario, las sentencias dictadas por nuestros tribunales de justicia en esta materia reciben habitualmente mucha menos atención por parte de los operadores económicos. Existe una razón histórica para ello, habida cuenta del limitado papel que los jueces españoles tradicionalmente tenían en la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Por un lado, el orden jurisdiccional civil no tenía competencia para aplicar la normativa *antitrust* nacional, y solo muy ocasionalmente —por razón del efecto directo de las normas europeas— los jueces civiles debían enfrentarse a la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), equivalentes a los artículos 1 y 2 de nuestra Ley. Por otro, la jurisdicción contencioso-administrativa, revisora de las decisiones administrativas de aplicación de las normas de defensa de la competencia, solía limitarse a controlar los aspectos procedimentales o formales de los expedientes (i. e., caducidad, acceso al expediente, modificación del pliego sin audiencia a los interesados, motivación, etc.) o la aplicación de principios generales del Derecho sancionador, como la proporcionalidad en la cuantificación de las sanciones impuestas, sin entrar a examinar el fondo del asunto tramitado por la Administración.

No obstante, la situación anterior ha ido cambiando progresivamente con los años. En primer lugar, el orden jurisdiccional civil es competente desde 2015 para aplicar los artículos sustantivos de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial²,

¹ Dejando al margen el control de concentraciones económicas, que cuenta con un régimen jurídico específico, dichos preceptos son en esencia los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (“LDC”), que regulan respectivamente los acuerdos restrictivos entre empresas, los abusos de posición dominante y las conductas desleales susceptibles de falsear la libre competencia.

² Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que modifica a este respecto el artículo 86 ter 2 f) de la LOPJ.

que encomendó a los Juzgados de lo Mercantil “*los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* [actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE] y su *Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia*”³. En segundo lugar, y de forma especialmente relevante, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (competente para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de la CNMC) y el propio Tribunal Supremo en casación han incrementado notablemente la profundidad de su labor revisora de los aspectos materiales de la práctica administrativa *antitrust*, al punto de anular total o parcialmente numerosas resoluciones de la autoridad de competencia por motivos materiales o de fondo, y no meramente de procedimiento.

Existen a mi juicio varias razones que explican lo anterior. Por un lado, la frecuencia de la impugnación judicial de las resoluciones de la CNMC ha aumentado significativamente a lo largo del tiempo, a medida que la actividad investigadora y sancionadora de la autoridad de competencia se ha ido intensificando en España. En efecto, la CNMC ha incrementado de forma progresiva el número de expedientes tramitados y los medios y recursos a su disposición, en buena medida por el impulso dado por la Comisión Europea —en aplicación del Reglamento 1/2003 y de la más reciente Directiva 1/2019 (conocida como ECN Plus)— a un mayor protagonismo de las autoridades de competencia de los Estados miembros de la UE. Lógicamente, el mayor número de expedientes administrativos y de resoluciones sancionadoras (junto con un incremento ostensible de la cuantía de las multas) ha hecho crecer la litigiosidad y, por ende, la atención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a este tipo de asuntos.

Por otro lado, el relevante papel de los tribunales de la UE (tanto el Tribunal General como el propio Tribunal de Justicia) en la aplicación e interpretación de los artículos 101 y 102 del TFUE irradia un efecto innegable sobre los tribunales nacionales. Son numerosas las sentencias del Tribunal General y del Tribunal de Justicia que examinan en detalle las decisiones de la Comisión Europea en materia *antitrust*, no solamente en cuestiones puramente jurídicas de Derecho o interpretación de las normas, sino —en el caso del Tribunal General— también en cuestiones fácticas y económicas, revisando así de forma plena e integral la actividad de la Comisión y su valoración de la evidencia económica aportada a los expedientes. La acción revisora de los jueces en materia de libre competencia se expande, pues, desde Luxemburgo a los Estados miembros, como se comprueba con facilidad en la abundante cita de sentencias europeas en las dictadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Y, por último y conectado con lo anterior, la cada vez más frecuente selección de magistrados y magistradas de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo para desempeñar funciones en el Tribunal de Justicia y el Tribunal General —como jueces, abogados generales o letrados del Tribunal—, lo que no solo incrementa como es natural su conocimiento técnico en materia de normativa de defensa de la competencia, sino también su nivel de exigencia a la hora de determinar si la valoración de evidencia económica compleja

3 La referida modificación legal se reflejó igualmente en la disposición adicional primera de la LDC, que establece que “*De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de esta ley y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”.

realizada por la Administración se ajusta a los estándares aplicables al Derecho administrativo sancionador. El bagaje adquirido en Luxemburgo se refleja como es lógico en la labor de nuestros jueces cuando se reincorporan a sus puestos en Audiencia y Tribunal Supremo.

En suma, los jueces y tribunales son, como se dice en alguna ocasión, la autoridad de competencia definitiva, pues a ellos ha correspondido en muchas ocasiones la última palabra en la interpretación de la normativa *antitrust*. Los operadores económicos (y por supuesto la CNMC) deben, por tanto, conocer y tener presente la jurisprudencia aplicativa de la LDC. En ella se encuentran principios y reglas importantes que deben marcar el sentido y contenido de las futuras resoluciones administrativas.

El presente trabajo pretende contribuir a este fin y presentar un compendio de las principales reglas jurídicas que Audiencia Nacional y Tribunal Supremo han ido estableciendo a lo largo de las dos últimas décadas. Una suerte así de “grandes éxitos” de la jurisprudencia *antitrust* en España.

2. Los “grandes éxitos” de la jurisprudencia: principales temas tratados

Una simple mirada a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en los últimos veinte años revela la existencia de un amplio cuerpo jurisprudencial. En efecto, el número de sentencias dictadas en aplicación de los artículos 1 o 2 de la LDC desde el 1 de enero de 2002 hasta el 1 de enero de 2022 asciende a unas 1950⁴.

Lo primero que llama la atención es el elevado número de sentencias (unas 488 aproximadamente) parcial o totalmente estimatorias de los recursos interpuestos por operadores económicos sancionados por la CNMC o sus antecesoras. Es cierto que muchas de estas sentencias estimatorias lo son por motivos procedimentales, y que una parte relevante obedece a la revisión del cálculo de sanciones tras la anulación por el Tribunal Supremo de la antigua Comunicación de la CNMC sobre metodología de cálculo de sanciones⁵. Sin embargo, otras muchas sentencias sí examinan los aspectos sustantivos de la actuación de la Administración, desde la observancia de los límites del Derecho sancionador en la actuación investigadora (p. ej., inspecciones domiciliarias o requerimientos de información a las empresas) hasta la valoración de la evidencia económica recabada en la instrucción de los expedientes y su peso probatorio de las infracciones, pasando por supuesto por la interpretación de nociones nucleares del Derecho *antitrust* como *acuerdo*, *abuso* o *infracción única y continuada*, entre otras. El resto de este trabajo se dedica a examinar estos aspectos sustantivos de la jurisprudencia de nuestros tribunales en su labor revisora de la actuación administrativa de la CNMC o sus antecesoras.

4 El número no coincide con exactitud en las distintas bases de datos jurisprudenciales existentes y consultadas para la preparación de este trabajo.

5 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RJ 2015, 311) (rec. n.º 2872/2013).

2.1. Inspecciones domiciliarias

Quizás el ámbito en que es más visible el papel de nuestros tribunales es el de las inspecciones domiciliarias que la Dirección de Competencia de la CNMC realiza en los locales de las empresas investigadas con el objeto de recabar pruebas de eventuales infracciones de las normas de defensa de la competencia. Tanto la Audiencia Nacional como —especialmente— el Tribunal Supremo han establecido reglas y límites concretos de actuación antes y durante las inspecciones que la Administración debe respetar, directamente dimanantes de los principios del Derecho sancionador y de la protección de los derechos de defensa de los investigados. Estas reglas y límites se han incorporado con naturalidad a la práctica inspectora de la Dirección de Competencia, lo que ha contribuido sin duda a que las inspecciones domiciliarias transcurran en la mayoría de las ocasiones de forma predecible y sin discrepancias significativas entre CNMC e investigados.

En este ámbito, ha sido fundamentalmente el Tribunal Supremo quien ha sentado los principales límites a la actuación inspectora a lo largo de diversas sentencias.

La primera sentencia de especial relevancia es la de 10 de diciembre de 2014 *Campezo*, que confirió al auto judicial de autorización de la entrada en el domicilio (de la empresa o de sus directivos) un papel primordial en las inspecciones, limitando el alcance de la orden de inspección firmada por la persona responsable de la Dirección de Competencia y primando sobre ella, de manera que en caso de discrepancia entre auto y orden siempre prevalecerá aquel sobre esta: "*El carácter perentorio de un registro y la lucha contra los cárteles no justifica el que se desborden los límites de la autorización judicial*". Este principio luce en sentencias posteriores (p. ej., en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2011, *Colgate*).

Otra sentencia que marcó en su día principios posteriormente reflejados en la práctica administrativa es la dictada por el Tribunal Supremo el 27 de febrero de 2015 *Transmediterránea*. Este pronunciamiento declaró el doble requisito de contenido que la orden de inspección debe incluir: el objeto y finalidad concretos de la inspección (i. e., qué se busca exactamente y para qué) y la mención de indicios previos con los que cuenta la Administración para ordenar una inspección domiciliaria (i. e., qué información está ya en manos de la CNMC con anterioridad de la inspección y por qué justifica una medida extrema como es la entrada en un domicilio). Los tribunales impiden así las llamadas *fishing expeditions* de la autoridad de competencia, consistentes en inspecciones domiciliarias dirigidas a recabar los primeros indicios de una posible infracción de la que simplemente se sospecha su existencia.

Quizás entre las más famosas está *Montibello*, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de mayo de 2015. En este precedente se estableció la crucial distinción entre sometimiento a la inspección (obligatoria para la empresa) y oposición a la entrada en el domicilio (legítima en ausencia de auto judicial que autorizara la inspección). Si bien esta diferenciación ya se venía invocando en las inspecciones antes de 2015, fue *Montibello* la sentencia que zanjó definitivamente la cuestión: la empresa investigada debe someterse a la inspección, pero la entrada en su sede de los inspectores de la CNMC debe hacerse con su consentimiento o, en su defecto, con autorización judicial, por lo que la negativa a la entrada en ausencia de auto no es más que el normal ejercicio de un derecho de la empresa investigada que no puede dar lugar a sanción alguna.

Un desarrollo importante de *Montibello* es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2018 *REPSOL*, en la que se declara que el consentimiento que ha de prestar la empresa investigada para permitir la entrada en su sede ha de ser plenamente informado, es decir, contando con toda la información relevante por parte de los funcionarios de la CNMC. Ello incluye, señaladamente, la obligación de informar a la empresa de si los funcionarios disponen o no de un auto judicial que autorice la entrada en el domicilio social.

Por lo demás, el Tribunal Supremo ha continuado en tiempos más recientes su labor de control sobre la actuación inspectora de la CNMC. Así, en su Sentencia de 25 de febrero de 2019 *Solís* se recuerda en explícitos términos que las "*requisas generales e indiscriminadas*" están prohibidas en nuestro Derecho (enlazando así directamente con *Trasmediterránea* y la prohibición de las *fishing expeditions*) y recordando que la conocida doctrina del "hallazgo casual" (en cuya virtud resulta evidencia probatoria válida de una infracción concreta la encontrada durante una inspección domiciliaria ordenada para acreditar la comisión de una infracción distinta) no remedia la inconcreción de la orden a la hora de exponer los indicios previos con los que cuenta la Administración.

2.2. Prueba de las infracciones

Esta es, sin duda, una de las áreas de mayor intervención jurisdiccional y en la que más valor aporta la jurisprudencia. Por razones evidentes es la Audiencia Nacional quien ha llevado el peso de las innovaciones en este campo, al estar vedada en principio al Tribunal Supremo la apreciación en casación de las pruebas del expediente.

En este sentido, la Audiencia se ha revelado especialmente exigente en relación con la llamada prueba indiciaria o indirecta, en la que la CNMC confía habitualmente a la hora de perseguir cárteles y otras infracciones de naturaleza horizontal. La jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha recordado de forma recurrente que la prueba indiciaria está sometida a un especial rigor en su aplicación para fundar una sanción, y en particular sujeta a unas exigencias concretas de racionalidad, solidez y cohesión lógica, que debe llevar de forma natural a la conclusión de que se ha cometido una infracción. Las inferencias lógicas y causales que tengan una naturaleza "*abierta, débil o imprecisa*" a partir de los indicios utilizados no resultan suficientes para fundar una infracción de la LDC. La Sentencia de 25 de octubre de 2012 *Asfaltos* proporciona un buen ejemplo de esta línea jurisprudencial.

Existen numerosas ilustraciones de este principio, que muestran cómo la Audiencia Nacional ha rechazado por insuficientes diversos indicios invocados por la CNMC, en ausencia de prueba directa, para acreditar la existencia de una infracción. Un ejemplo de notable importancia, y de reciente aparición en la jurisprudencia, son las sentencia dictadas en las impugnaciones contra la Resolución de 2016 "*Empresas de cemento*", en las que la Audiencia Nacional consideró que el llamado "testimonio referencial" (i. e., el ofrecido por un tercero que no fue testigo directo de los hechos que se quieren acreditar) no resulta suficiente para acreditar el hecho antijurídico, sino que la Administración debe corroborar el indicio con pruebas adicionales, idealmente el testimonio directo si resulta obtenible. Las Sentencias de 10 de diciembre de 2020 *Holcim* y de 18 de diciembre de 2020 *CEMEX* establecen el principio, y la posterior Sentencia de 19 de noviembre de 2021 *Turrones* lo confirma.

Otros ejemplos de interés se refieren al peso probatorio de las actas de las reuniones de las empresas investigadas halladas en las inspecciones (*vid.* las Sentencias de 13 de marzo de 2015 *DYTEMOVIL* y de 16 de marzo de 2016 *AVIS*) y a la mera convocatoria (sin prueba de asistencia efectiva) a reuniones de empresas o a la recepción de correos electrónicos no respondidos (como en las Sentencias de 27 de mayo de 2019 *Concesionarios Hyundai* o en la ya citada *Turrones*). Desde antiguo ha considerado la Audiencia Nacional que no basta con que la Administración pruebe una mera coincidencia (parcial) en precios para acreditar la existencia de un acuerdo de fijación de precios por parte de empresas competidoras, siendo necesaria además la prueba de la existencia de algún tipo de contacto previo entre ellas (ya en la Sentencia de 25 de noviembre de 2005 *Autoescuelas Alcalá* se estableció este punto). E incluso la clemencia debe confirmarse con indicios adicionales, como señaló el propio Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia *Transmediterránea*). En fin, la CNMC debe reforzar su actividad probatoria en ausencia de prueba directa, pues un único documento solo sirve en situaciones excepcionales para fundar una sanción (*vid.* en este punto la Sentencia de la Audiencia Nacional *AVIS*, ya citada).

También han entrado nuestros tribunales en cómo debe la Administración interpretar o valorar la evidencia (indiciaria o no) con la que cuenta el expediente a la hora de considerar acreditada una infracción de la LDC. Un principio general en apariencia obvio, pero de gran relevancia práctica, es que la CNMC debe realizar en todo caso una valoración objetiva de la evidencia de la que dispone y no interpretarla a efectos de que soporte una teoría de daño ya determinada *ex ante*. Es decir, el proceso de razonamiento lógico de la Administración debe ser desde la evidencia a la (eventual) infracción, y no en sentido inverso de manera que la evidencias documentales del expediente se empleen para justificar y fundamentar la infracción de la que ya se sospeche. En las contundentes palabras en sus Sentencias de 10 de diciembre de 2020 *CEMENTIR* y de 21 de diciembre de 2020 *Betonalia* (también dictadas en las impugnaciones de la Resolución "*Empresas de cemento*"), la Audiencia rechazó la "*construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme a un plan preconcebido*". Pero ya antes el Tribunal Supremo había recordado a la CNMC que debe interpretar de forma objetiva la literalidad de los documentos que invoca como pruebas de cargo y evitar la "*interpretación forzada y excesivamente amplia y extensiva del significado y sentido objetivo...del texto*" o "*deducir intenciones y finalidades tácitas*" (*vid.* la Sentencia de 24 de octubre de 2014 *FEFE*, seguida por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 18 de febrero de 2020 *ATRIE*).

Los principios anteriores llevan a la cuestión, igualmente de enorme relevancia práctica, de la carga de la prueba y del reparto del esfuerzo probatorio entre Administración e investigados. Nuestros tribunales ya han tenido ocasión de recordar a la CNMC que no le es posible relevarse a sí misma de la carga probatoria en los expedientes mediante la socorrida técnica de calificar automáticamente como infracciones "por objeto" las conductas a las que pretende oponerse, pues la noción de "infracción por objeto" es de interpretación restrictiva (por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2019 *Telefónica*). Por supuesto, si no hay infracción "por objeto" corresponde exclusivamente a la CNMC acreditar los efectos restrictivos sobre la competencia de la conducta examinada como condición para declarar la infracción de la LDC; los tribunales han declarado este principio en numerosas ocasiones (por ejemplo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 2019 *Colegio Oficial de Gestores Administradores de Madrid* y la

Audiencia Nacional por Sentencias de 7 de mayo de 2013 *PRISA / ZETA* y de 1 de octubre de 2013 *Colegio Arquitectos Madrid*), por lo que el punto es pacífico.

Un corolario de lo anterior, y una consecuencia lógica de todo expediente sancionador, es que la Administración debe rebatir las pruebas periciales y de descargo presentadas por las partes durante la tramitación del expediente si quiere declarar la existencia de infracción y, en su caso, imponer una sanción. Ello es visible en la citada Sentencia de Tribunal Supremo *Telefónica*, en la que la CNMC no desvirtuó la evidencia presentada por la empresa investigada y basada en el test del competidor tan eficiente, aplicable en precedentes europeos a supuestos de abusos de exclusión por empresas dominantes. En las impugnaciones contra la tantas veces citada Resolución *“Empresas de Cemento”*, la Audiencia Nacional incidió en la importancia de que la Propuesta de Resolución que eleva la Dirección de Competencia al Consejo de la CNMC rebata de forma suficiente las alegaciones y pruebas de descargo de los investigados, señalando —de forma particularmente expresiva— que la Propuesta *“no puede despacharse con la coletilla “lo dicho no desvirtúa” en la respuesta a las alegaciones”* (vid. Sentencia de 14 de diciembre de 2020 *Portland Valderrivas*).

Los principios anteriores suponen como es natural que la Dirección de Competencia no solo debe esmerarse en su labor probatoria durante la fase de instrucción, sino también evitar trasladar su propia carga a las empresas investigadas. Así, por ejemplo, la simple denegación por la Dirección de Competencia en fase de instrucción de una prueba de descargo pertinente y solicitada en tiempo útil por las investigadas (p. ej., la remisión de requerimientos de información a terceros o la evacuación de solicitudes de informe a Administraciones públicas) puede anular la sanción, como se vio en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 *SOS Cuétara*. Tampoco puede pretender la Administración que los investigados elaboren y aporten al expediente las evidencias de cargo, pues ello es tarea exclusiva de la CNMC, que no puede ampararse, por tanto, en la obligación general que la LDC impone a los investigados de cooperar con la Dirección de Competencia y de responder a sus requerimientos de información para trasladar a aquellos el *onus probandi*. Ya en 2013, en su Sentencia de 26 de diciembre *Oracle*, la Audiencia Nacional señaló que las empresas investigadas solo están obligadas a aportar al expediente sancionador información de la que ya disponen con anterioridad, pero no a elaborar nueva documentación (incluyendo la compra de informes a terceros) en respuesta a las solicitudes de información de la Dirección de Competencia.

2.3. Acuerdos restrictivos

Los Tribunales también han considerado oportuno limitar la interpretación expansiva de la noción de “acuerdo restrictivo de la competencia” prohibido por el artículo 1 LDC y que la Administración ha patrocinado en numerosas ocasiones. Si bien es cierto que el concepto de “acuerdo” y figuras análogas (tales como prácticas concertadas y conscientemente paralelas) prohibidas por el artículo 1 es amplísimo y comprende todo tipo de concurrencia de voluntades —tácita o expresa— entre empresas, también lo es que el tipo legal no es ilimitado y que la Administración no puede recurrir a él para capturar bajo dicho precepto conductas empresariales ajenas a la noción básica de “acuerdo”. Un ejemplo claro son las propuestas o tentativas de acuerdo entre empresas, no prohibidas por el artículo 1 y conceptualmente distintas del propio “acuerdo”, en la medida en que aquellas no han sido aún aceptadas, siquiera tácitamente por el destinatario de la propuesta.

El punto es claramente visible en la Sentencia de 4 de enero de 2013 de la Audiencia Nacional *Seguro Decenal*, pero quizás más aún en la Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 10 de marzo de 2014 *SEDIGAS*, en la que desechó con nitidez que una propuesta de tarifas dirigida por una asociación sectorial a la Administración vulnerara el artículo 1 de la LDC al tener ésta margen suficiente de actuación, esto es, al tratarse de meras propuestas y no de “acuerdos”. Más recientemente el Tribunal Supremo ha hecho suyo este enfoque en la Sentencia de 10 de junio de 2019 *Desmotadoras Algodón*.

Sin embargo, quizás las tradicionales uniones temporales de empresas (UTE) constituyen el ejemplo más claro de que nuestros tribunales no dudan en corregir a la CNMC en su interpretación de los preceptos sustantivos de la LDC. Las UTE, como supuestos de colaboración temporal entre competidores directos para proyectos concretos, plantean cuestiones dudosas bajo el prisma *antitrust*, dado que típicamente suscitan aspectos procompetitivos, pero también restrictivos como la inevitable reducción del número posible de ofertantes en concursos y licitaciones o el reparto entre competidores de la demanda total de un cliente. Si bien la Comisión Europea aboga tradicionalmente por un enfoque pragmático caso a caso teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes⁶, la CNMC seguía una práctica muy restrictiva equivalente a una presunción de ilegalidad prácticamente invencible de las UTE de empresas del mismo sector, exigiendo *de facto* a las empresas investigadas acreditar que cualquier alternativa posible a la UTE sería más restrictiva. Ello llevaba en muchos casos a una auténtica prueba diabólica (al tener que considerar todos los escenarios hipotéticos y evaluar su eventual carácter anticompetitivo), que condenaba a las partícipes a la infracción administrativa en la práctica totalidad de casos.

Muy destacables en este punto son las recientes Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2021 *JEZ* y de 28 de enero de 2022 *Duro Felguera*, que anularon la Resolución de la CNMC de 2016 en el asunto *Desvíos Ferroviarios*. Se trataba de un asunto clásico de UTE, en el que 4 empresas competidoras se presentaban habitualmente en consorcio a las licitaciones convocadas por GIF/ADIF entre 1999 y 2014 para el suministro de desvíos ferroviarios de alta velocidad y vía convencional. La CNMC siguió su línea tradicional y declaró la ilegalidad de la UTE (infracción por objeto) y consideró que las empresas habían cometido una infracción continuada de reparto de mercado, fijación de precios e intercambio de información sensible utilizando injustificadamente la figura de la UTE. Cabe observar que la CNMC no practicó prueba alguna (p. ej., informes técnicos o económicos) a pesar de la complejidad técnica de los productos afectados y de la necesaria aplicación de tecnologías concurrentes para su fabricación, lo que parecía justificar la colaboración entre las partícipes al disponer solo de licencias parciales sobre dichas tecnologías. La Administración se limitó a decir que las partes no habían probado que las alternativas existentes (p. ej., acuerdos cruzados de licencia de patente o subcontratación) eran menos restrictivas que la UTE, sin rebatir tampoco los informes periciales de descargo aportados al expediente y que acreditaban la insuficiencia de las tecnologías individuales para fabricar los desvíos y la falta de capacidad industrial suficiente de alguna de las empresas participantes.

6 Vid. párrafo 237 de las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales, que dispone que el test sustantivo de las UTE en considerar si su formación es objetivamente necesaria para que las empresas partícipes accedan a la licitación y, subsidiariamente, si el consorcio entre competidores aporta eficiencias (como precios más bajos) en comparación con la licitación individual.

La Audiencia Nacional “reescribe” en sus sentencias la aplicación del artículo 1 de la LDC a las UTE entre competidores, recordando que no son anticompetitivas *per se* y que deben examinarse todos los detalles y todas las circunstancias pertinentes para determinar si la UTE es objetivamente necesaria para que las empresas participen en el proyecto. Si alguna de las empresas acredita (p. ej., mediante informes técnicos) que la UTE es necesaria para ella —por cuanto que carece de la capacidad económica o técnica suficiente para acometer el proyecto de forma individual—, la CNMC no puede sancionar sin probar lo contrario, ni desestimar la evidencia de descargo con asunciones generales o hipotéticas. Señaladamente, la Audiencia declara que las empresas no están obligadas a probar que no hay ninguna alternativa menos restrictiva a la UTE (eliminando así la denominada “prueba diabólica” que obligaba a las empresas a examinar todos los escenarios posibles alternativos a la UTE) y recuerda a la Administración que debe limitarse a perseguir infracciones de las *normas antitrust*, pero no exigir a las investigadas la opción empresarial más competitiva de entre todas las posibles (*“el despliegue del ejercicio de la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir hasta el punto de marcar opciones de mercado carácter empresarial o para decidir lo que le resulta más o menos conveniente, o más ventajoso o propicio desde la óptica de la Administración. Su función es apreciar si la [opción] escogida vulnera las normas de competencia”*).

2.4. Abuso de posición dominante

Los tribunales españoles, siguiendo la estela de los tribunales de la UE, no han dudado en perfilar una noción jurídicamente difusa, como la del “abuso de posición dominante” prohibida por el artículo 2 de la LDC. Como es sabido, la Ley no define la categoría de “abuso”, sino que se limita a mencionar cinco ejemplos concretos de conducta abusiva, pero que no constituyen una lista cerrada. Ante esta indefinición del tipo legal, cuya comisión supone una infracción muy grave de las normas de competencia, nuestros tribunales se han preocupado de aportar claridad jurídica en la definición de los contornos del ilícito.

Una definición bien conocida y completa es la postulada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de mayo de 2003 *Tandem Transportes y Ruta Sur*, según la cual el abuso de posición dominante es *“una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado”*. La sentencia, en desarrollo de este concepto, explicita las concretas notas constitutivas de una práctica abusiva:

- i. *Tipicidad*: en cuanto infracción administrativa susceptible de sanción, se trata de una conducta típica que ha de quedar necesariamente incurso en la prohibición del artículo 2 de la LDC. Debe tratarse de una práctica consumada y no quedarse en mera tentativa⁷.

⁷ Vid. SAN de 3 de junio de 2002 *Hegoplac, SA* y STS de 22 de marzo de 2006 *Igualatorio Médico-Quirúrgico Colegial*.

- ii. *Predictibilidad*: la calificación de la conducta como abusiva ha de ser predecible, quedando prohibida la interpretación analógica. Además, debe adoptarse la opción más favorable para la empresa imputada en caso de duda. Ello supone que tanto la posición dominante como la conducta abusiva han de ser completamente acreditadas de forma indubitada por la Administración⁸.
- iii. *Objetividad*: el abuso es un concepto objetivo que no depende de la intencionalidad de su autor⁹.
- iv. *Efectos al menos potenciales*: si bien la infracción del artículo 2 no exige que la práctica analizada haya causado efectos reales en el mercado, sí resulta necesario que la conducta tenga al menos la aptitud para reducir la competencia o explotar al consumidor (efectos potenciales)¹⁰.
- v. *Sin justificación económica objetiva y razonable*: no existirá abuso si la conducta está objetivamente justificada, esto es, si responde a una racionalidad económica distinta de la simple restricción de la competencia en el mercado¹¹.

Cabe citar de forma individual la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 *Telefónica de España, SA*, uno de los pronunciamientos más completos y estructurados sobre la interpretación del artículo 2 de la LDC¹². En ella se recuerda, entre otros principios, que el abuso de posición dominante es una conducta objetivamente ilegítima, al margen de la intencionalidad real de la empresa dominante, que la respuesta proporcionada a las ofertas de los competidores (*meeting competition*) puede ser una justificación objetiva que impide la concurrencia del tipo legal y que —importante en un ordenamiento jurídico como el español en que la autoridad de competencia puede conocer de conductas desleales— el abuso y la deslealtad son conceptos jurídicos distintos, de manera que la conducta desleal cometida por una empresa dominante no constituye necesariamente un abuso contrario al artículo 2 de la LDC.

También merece mención, por su claridad, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2015 *Correos 2*, que subraya el principio general de que no puede existir abuso de exclusión si no se acredita por la Administración la posibilidad real de expulsión del mercado del competidor o nuevo entrante (efecto potencial).

8 Vid. SAN de 23 de mayo de 2017 *BT España*.

9 Nótese, no obstante, que el propio el Tribunal Supremo ha matizado posteriormente que en los denominados “abusos de exclusión” la intencionalidad o propósito perseguido por la empresa dominante (i. e., la expulsión del mercado de un competidor o el cierre del mercado a nuevos entrantes) puede constituir un elemento necesario del tipo. Vid. por ejemplo STS de 30 de mayo de 2006 *Telefónica Móviles de España, SA y Telefónica, SA*, o STS de 13 de diciembre de 2004 *Altadis, SA*. También la Audiencia Nacional en Sentencia de 24 de septiembre de 2015, *ORACLE* (“estrategia encaminada a impedir” que un competidor permaneciese en el mercado como elemento nuclear de la infracción del artículo 2).

10 Vid. SAN de 1 de julio de 2015 *Correos 2*.

11 Vid. STS de 30 de mayo de 2006 *Telefónica Móviles de España, SA y Telefónica, SA*, STS de 13 de diciembre de 2004 *Altadis, SA*, y STS de 11 de noviembre de 2009 *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos*. Los tribunales tienden a considerar que este requisito no concurre si la conducta se hubiera producido igualmente en un mercado competitivo (esto es, en un escenario en que su autor careciera de una posición dominante). Vid. STS de 8 de mayo de 2003 *Tandem Transportes y Ruta Sur*, y STS de 7 de julio de 2003 *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA y otros*.

12 Nótese que el magistrado ponente fue D. Manuel Campos, que fue letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entre 1995 y 1999 y con un considerable bagaje en Derecho de la competencia europeo tras su incorporación al Tribunal Supremo.

Resulta reseñable adicionalmente que nuestros tribunales no solo hayan entrado a interpretar la noción jurídica de “abuso”, sino que —en ocasiones— han examinado también si la definición del mercado relevante utilizada por la CNMC a la hora de establecer la posición de dominio de la empresa investigada era o no correcta. Ello confirma que nuestros jueces no rehúyen el examen de cuestiones económicas complejas, como típicamente son las definiciones de mercados relevantes, cuando ello resulta necesario para dilucidar si la posición dominante ha sido adecuadamente establecida por la Administración.

Quizás el ejemplo más notable son las Sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2017 y 1 de septiembre de 2017 (*Telefónica Móviles España, S.A.U., France Telecom España S.A.U. y Vodafone España, S.A.*), que estimaron los recursos contra la Resolución de la antigua CNC de 19 de diciembre de 2012, Exp. S/O248/10, *Mensajes Cortos*, y anularon las cuantiosas multas impuestas a las tres principales compañías de telefonía móvil por la comisión de un supuesto abuso de posición dominante colectivo. La Audiencia consideró que la Administración no había definido de manera específica el mercado relevante de producto en que se produjo la práctica examinada, sino que se limitó a dar por buena una definición de mercado relevante acogida por un órgano regulador distinto (la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) en procedimientos administrativos pasados. En otros términos, la asunción mecánica de una definición anterior del mercado relevante no resulta suficiente en un expediente sancionador, en especial en sectores dinámicos y tecnológicamente complejos.

La Audiencia Nacional señala en explícitos términos que la Administración debe basar la eventual posición dominante en definiciones de mercados relevantes específicos y realizados *ex novo* (“*deberá volver a definir el mercado pertinente y a analizar las condiciones de competencia, análisis que no tiene que basarse necesariamente en las mismas consideraciones a partir de las cuales se apreció con anterioridad la existencia de una posición dominante [...] Este análisis, realizado ex novo y respecto del concreto mercado afectado, no se ha efectuado [...] la CNC debe fundamentar su posición con análisis propios y específicos para el caso concreto basados en datos recientes que tengan en cuenta la evolución de un mercado particularmente dinámico, de forma que haga posible el ajuste entre lo establecido para el mercado ex ante y lo que resulta procedente en el supuesto de infracción de las normas del Derecho de la Competencia. [...] No puede apoyarse pues la autoridad de competencia de forma principal en informes previos que además se han elaborado para un mercado distinto y en la mera interpretación de información económica, por lo que debemos concluir que la resolución impugnada es inconsistente en este punto esencial*”).

Por su parte, el Tribunal Supremo no solo confirmó en casación (por sentencias de 20 de diciembre de 2018, 21 de diciembre de 2018 y 8 de enero de 2019) las sentencias de la Audiencia, sino que sobre este punto añadió que “*una cosa es poder utilizar esa información disponible y otra distinta es poder prescindir de realizar un análisis propio del mercado de referencia cuando se ejercita la potestad sancionadora en defensa de la competencia, pues ni las conclusiones previas son vinculantes ni dispensan al ente regulador de proceder a un análisis propio del mercado existente en el momento en que se ejercita la potestad sancionadora*”. El Tribunal Supremo valida así con claridad el estándar de control aplicado por la Audiencia Nacional en la revisión de la resolución administrativa.

Los tribunales recalcan, por tanto, la necesidad de la Administración de acreditar de forma específica y *ex novo* (i. e., sin aplicación automática de precedentes o de informes previos) la evidencia económica sobre la que se asienta la aplicación del artículo 2 y, en su caso, la imposición de sanciones por su vulneración. Este principio general se aplica, como se ha visto, a la definición del mercado relevante, pero lógicamente se proyecta *mutatis mutandis* a la eventual determinación de la posición dominante de la empresa investigada.

Por lo demás, nuestros tribunales se siguen pronunciando ocasionalmente sobre la correcta definición del mercado relevante en sede de artículo 2 de la LDC. En su reciente Sentencia de 29 de junio de 2021 *Liga ACB* la Audiencia Nacional observó que la inexistencia de barreras de entrada permite ampliar el mercado relevante desde la perspectiva de la oferta, aportando así una visión en la definición de los mercados no frecuentemente utilizada por la Administración.

2.5. Infracción única y continuada

De forma reciente, los tribunales han intervenido con especial contundencia en la acotación de la noción de “infracción única y continuada” en materia de defensa de la competencia. La razón, a mi juicio, es una cierta sobreexplotación de este concepto jurídico por parte de la CNMC en expedientes de cárteles y otras prácticas horizontales. En efecto, uno de los problemas clásicos que plantean los cárteles a la Administración es probar su duración (habida cuenta de que las pruebas directas suelen escasear y tienen carácter esporádico y discontinuo a lo largo del tiempo) y el consiguiente juego de los plazos de prescripción, que hacen que determinadas prácticas antiguas queden sin sanción. Para enfrentar esta dificultad probatoria, la Administración ha recurrido de forma incremental a la mencionada noción de “infracción única y continuada”, que permite sostener la existencia de una misma práctica colusoria cuya duración comprendería el periodo entre el primer y el último indicio detectados, sin necesidad real de comprobar si las prácticas examinadas se habían efectivamente mantenido en el transcurso de ese periodo. Además, el recurso a esta figura facilita la acotación del mercado geográfico afectado por las prácticas (p. ej., la figura permite presentar como un cártel de ámbito nacional diversos acuerdos restrictivos y simultáneos, de alcance local o regional, incluso celebrados por empresas distintas), así como establecer una lista única de empresas partícipes durante todo el periodo considerado.

Resultan ilustrativas en este punto las Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016 *Cargest* y de 18 de febrero de 2020 *Transportes Tarragona*, que explican la figura desde la óptica de la jurisprudencia en otras áreas del Derecho. Mención especial merece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2020 *Lafarge*, que resume los requisitos legales de la noción de “infracción única y continuada”. Recuerda la Audiencia que todas las prácticas y conductas englobadas dentro de este concepto deben perseguir unos objetivos comunes (unidad de propósito) con identidad de los productos o servicios afectados, de las empresas partícipes y de los métodos empleados para restringir la competencia. No es posible, por tanto, englobar en esta figura prácticas heterogéneas por razón de los sujetos, de los productos o del sistema empleado de colusión. La homogeneidad (más bien, la uniformidad) de las conductas se erige así en pilar fundamental de la infracción única y continuada.

Más aún, la Audiencia recuerda que —según la propia definición legal de la figura en otros ámbitos del Derecho— la infracción única y continuada requiere la existencia de un plan preconcebido conocido por todos los partícipes, que debe probar (al menos indiciariamente) la Administración. Se trata, en suma, de acreditar que existía un objetivo común, conocido y compartido por todas las empresas a las que se considera responsables de una única infracción. Desde esta perspectiva la coincidencia o correspondencia temporal entre las diferentes prácticas englobadas en la infracción debe considerarse necesariamente por la Administración, sin que sea suficiente una mera enumeración de conductas aisladas y producidas en momentos temporales diferentes.

En los explícitos términos de la sentencia, la Administración debe evitar la integración “*voluntarista y artificiosa*” de evidencia dispersa y fragmentada en un plan único.

Nótese que en tiempos más recientes (p. ej., en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2021 *Delaviuda*) los tribunales han insistido en que el recurso a la figura de la infracción única y continuada por parte de la CNMC le exige un “*plus de prueba*”, lo que es bien revelador de la exigencia de evidencia y razonamiento jurídico a la que se somete a la Dirección de Competencia cuando pretenda presentar al Consejo una propuesta basada en esta figura. Ello supondrá en términos prácticos grandes dificultades para la Administración en muchos casos de supuestos cárteles, por ejemplo cuando no se hayan obtenido correos enviados o recibidos directamente por una determinada empresa (que es únicamente mencionada en correos de terceros), pues ello impide acreditar el requisito del conocimiento del plan común, o cuando las empresas investigadas actúan en mercados distintos. Un ejemplo de las dificultades anteriores puede verse en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2017 *AREMA*. La últimas sentencias dictadas por la Audiencia Nacional inciden en esta doctrina para anular resoluciones sancionadoras basadas en la noción de infracción única y continuada, como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2022 *Loomis*.

2.6. Infracción y culpabilidad

Nuestros tribunales también ha realizado aportaciones jurídicas valiosas al impacto que el nivel de culpabilidad de los sujetos tiene sobre la propia existencia de infracción de las normas de defensa de la competencia o la atenuación de la sanción. Esta es una cuestión relevante, pues en ocasiones la culpabilidad de los infractores ha merecido una atención superficial por parte de la CNMC, que se ha centrado más bien en la acreditación fáctica de las conductas y en su calificación jurídica objetiva (tipicidad y antijuridicidad), pero soslayando al menos en parte el tercer elemento necesario para que exista infracción y poder sancionar (culpabilidad del autor). Como es sabido, la prueba y valoración por parte del órgano acusador de la culpabilidad del acusado es una parte esencial de todo procedimiento sancionador (penal o administrativo), por lo que no es extraño que los tribunales hayan exigido a la Administración el cumplimiento de ciertos límites y deberes probatorios en esta materia.

Por ejemplo, la Administración ha sido tradicionalmente poco sensible a la defensa basada en que las conductas anticompetitivas habían sido ocasionadas por la incertidumbre regulatoria o incluso promovidas o amparadas por los poderes públicos. Como es sabido, la CNMC y sus antecesoras reconducen habitualmente este tipo de argumentación a la figura de la confianza legítima, de in-

interpretación estricta, según la cual las empresas solo pueden verse exoneradas de responsabilidad por esta causa si la Administración encargada de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (es decir, la propia CNMC) ha emitido señales claras e inequívocas sobre la admisibilidad *antitrust* de la conducta en cuestión.

No obstante, nuestros tribunales han ido más allá y han reconocido en varias ocasiones que la intervención de los poderes públicos (y no solo de la CNMC) en apoyo de una concreta conducta empresarial, o la existencia de una genuina incertidumbre regulatoria sobre si la conducta es o no exigible, son causas legítimas de ausencia de culpabilidad, lo que impide la concurrencia de infracción y, por ende, de sanción. El Tribunal Supremo ha adoptado esta aproximación desde antiguo (por ejemplo en la Sentencia de 22 de abril de 2008 *Agentes Propiedad Inmobiliaria*, o en la más reciente de 22 de noviembre de 2013 *ASETRAVI*). La doctrina de la Audiencia Nacional también ha seguido este enfoque en las Sentencias de 8 de marzo de 2013 *Vinos de Jerez* y de 18 de marzo de 2014 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)*.

Otro principio en apariencia lógico, pero no siempre aplicado por la Administración, es el hecho de que una conducta meramente negligente o culpable debe tener una sanción inferior a una conducta intencionada o dolosa. La Audiencia Nacional lo recordó en su Sentencia de 22 de noviembre de 2010 *Consejo Regulador Vinos de Jerez*.

Un aspecto particularmente interesante sobre la cuestión de la culpabilidad en expedientes de defensa de la competencia consiste en la aplicación del principio de personalidad a las personas jurídicas (las infractoras habituales de las normas de defensa de la competencia), por ejemplo en problemas —no infrecuentes en la práctica— como la atribución de responsabilidad matriz-filial o la sucesión temporal de empresas (p. ej., cuando la titularidad jurídica de la entidad infractora cambia antes de la declaración de la infracción o los activos pertenecientes a la infractora se enajenan a terceros ajenos a la conducta sancionada). Este tipo de cuestiones plantea dificultades no menores, pues con frecuencia exigen conciliar principios que pueden ser antitéticos, como el de personalidad (propio del Derecho sancionador) y el de “unidad económica” (típico del Derecho de la Competencia). Nuestros tribunales han realizado aportaciones valiosas a lo largo de los años, clarificando cuestiones jurídicas complejas no siempre bien resueltas en la práctica administrativa.

Un buen ejemplo es la Sentencia de 15 de abril de 2014 *Rhenus Logistics*, en la que la Audiencia Nacional se esforzó en sintetizar los principios generales aplicables. La Audiencia recuerda así que el principio de personalidad puede tener modulaciones cuando se aplica a personas jurídicas en el ámbito del Derecho de la Competencia, de manera que “una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra”. Sin embargo, la Audiencia rechaza con claridad la posición de la CNMC de que la transmisión de responsabilidad entre personas jurídicas por vulneración de las normas de competencia deriva automáticamente de la sucesión de empresas, de manera que la entidad adquirente de una empresa infractora devenga *per se* responsable de la conducta de su nueva filial. La Audiencia recuerda que el principio de culpabilidad y personalidad de las infracciones y sanciones puede modularse por la CNMC (precisamente bajo las figuras de la “unidad económica” y la “unidad de decisión”), pero no excluirse por completo.

Ello quiere decir que la entidad infractora no se verá exonerada de responsabilidad si sigue existiendo como filial, con independencia de que haya sido adquirida por un tercero, pues ello no es

sino la aplicación ordinaria del principio de personalidad. En cuanto a la posibilidad de trasladar la responsabilidad al adquirente de la entidad infractora en caso de sucesión de empresas, ello es posible pero solo bajo la doctrina de la "unidad económica" y la "unidad de decisión", es decir, "si la imputación por la infracción puede realizarse al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción", lo que exige a la Administración demostrar que el nuevo titular conocía la infracción y se abstuvo de tomar las medidas necesarias para poner fin a la conducta en cuestión.

Más conocidas son las dos Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2019 y de 27 de mayo de 2019 *REPSOL*, que explican en detalle la aplicación de los artículos 61.1 y 61.2 de la LDC en las relaciones matriz-filial a la luz de los principios de culpabilidad y personalidad. Se trataba en esencia de determinar si la CNMC podía declarar la responsabilidad exclusiva de una entidad matriz por la conducta infractora realizada materialmente por una filial al 100 % o, por el contrario, si procedía declarar la responsabilidad conjunta y solidaria de ambas entidades. La cuestión era relevante en términos de sanción, pues en el primer caso la CNMC tomaba como base del cálculo de la multa la facturación de la entidad matriz y no de la su filial.

En las sentencias citadas, el Tribunal Supremo ofrece un buen compendio jurídico sobre los principios de culpabilidad y personalidad y su aplicación a las relaciones matriz-filial y, en general, a los supuestos de "unidad económica" entre personas jurídicas distintas. Las sentencias recuerdan que no cabe la responsabilidad objetiva derivada de "hechos ajenos". Ello supone que la regla general es que la responsabilidad debe atribuirse en principio únicamente a la entidad autora material de la infracción, como dispone el artículo 61.1 de la LDC. La regla específica del artículo 61.2 contempla una posible responsabilidad solidaria o compartida (como sugiere el adverbio *también*) de la entidad matriz cuando la filial actúa bajo sus instrucciones, pero sin por ello privar de responsabilidad a la entidad filial como autora material de la infracción¹³. Sin embargo, y como excepción a lo anterior, resulta posible imputar la responsabilidad de forma exclusiva (es decir, no de forma compartida o solidaria) a la matriz cuando se acredite que "la filial es un mero artificio, una pantalla o instrumento de la matriz, luego quien actúa real y materialmente es la matriz que se sirve de ese artificio que es la filial". En ese caso, la responsabilidad corresponde de forma exclusiva a la matriz, por lo que procede considerarla autora material y, de conformidad con el principio de personalidad y culpabilidad, tomar en consideración su cifra de negocios (y no la de la filial) a efectos del cálculo de la sanción¹⁴.

Los tribunales también han examinado la aplicación del principio de *non bis in idem* en expedientes sancionadores de defensa de la competencia. Esta cuestión resulta relevante en los casos de conductas no prescritas, pero que ya hayan sido examinadas por la CNMC o por la propia jurisdicción contencioso-administrativa en revisión de la actuación de la propia CNMC. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de abril de 2021 *Residuos Sanitarios* tuvo ocasión de recordar que el referido principio, propio de la jurisdicción penal, resulta plenamente aplicable a los expedientes de defensa de la competencia en su doble vertiente material (por la que nadie debe ser castigado

¹³ Se entiende que en este caso el volumen de negocios relevante a efectos del cálculo de la sanción sigue siendo el de la filial, al ser esta la autora material de la infracción.

¹⁴ En tal caso, y según considera la sentencia, la base jurídica correcta de la sanción es el artículo 61.1 de la LDC, y no el artículo 61.2.

dos veces por la misma infracción) y procesal (nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos). Como es sabido, la aplicación del *non bis in idem* requiere la triple identidad: objetiva (mismos hechos), subjetiva (mismos sujetos) y causal (mismo fundamento o razón de castigar).

Una aportación interesante de la sentencia es la cuestión de cuándo se considera que unos mismos hechos se juzgan “*dos veces*”. Ello es relevante porque la anulación de una resolución sancionadora por razones puramente formales (por existencia de un vicio esencial del procedimiento) no impide la nueva tramitación del expediente, pues no se trataría de un segundo procedimiento (vedado por el *non bis in idem*), sino de la reiniciación del primero, afectado por vicios formales. Solo las anulaciones por razones materiales o de fondo pueden activar el principio, pues el reexamen de los hechos supondría un segundo procedimiento incompatible con el citado principio. La sentencia afirma con claridad que la anulación de la Resolución de la CNMC por haber declarado —erróneamente— la existencia de una infracción única y continuada es una razón de fondo que impide a la CNMC volver a investigar las mismas conductas aunque no hayan prescrito.

También en materia de infracciones de reglas de procedimiento existen precedentes judiciales de notable trascendencia. Una de estas reglas es la que prohíbe a las empresas ejecutar las operaciones de concentración económica notificables a la CNMC antes de contar con la autorización de esta con arreglo a la normativa de control de concentraciones. Esta obligación de suspensión, así como las sanciones aplicables por su vulneración (el supuesto conocido como *gun jumping*), resulta especialmente relevante en Derecho español por la existencia de un umbral de notificación basado en la cuota de mercado de las partes (junto con un umbral de facturación, también aplicable en otros ordenamientos). En efecto, el umbral de cuota de mercado genera frecuentes incertidumbres en las operaciones de concentración, pues las partes deben determinar *ex ante* cuáles son los mercados relevantes afectados por la operación y calcular sus respectivas cuotas de mercado para poder verificar si cumplen o no el umbral legal de notificación. Ello resulta especialmente complejo en los casos en que la ausencia de precedentes claros o de información disponible no permita conocer con un mínimo de fiabilidad los datos de mercados y cuotas, indispensables para verificar el cumplimiento del umbral legal.

En este contexto se plantea cuál es el alcance de la obligación de diligencia de las empresas partícipes en la concentración económica y, en concreto, si dicha diligencia les obligaría a formular una consulta previa a la CNMC (en materia de existencia de concentración o de definición de mercados relevantes) o, por el contrario, si resulta suficiente con que las empresas realicen su propia investigación de mercados y cuotas a efectos de excluir la culpabilidad de la supuesta infracción y, por tanto, evitar cualquier sanción.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2012 *Bergé* es, sin duda, el precedente básico. En ella, se recuerda que la CNMC solo puede sancionar por *gun jumping* en caso de que no exista duda razonable alguna sobre la ejecución no autorizada de una concentración notificable, lo que —en el caso examinado del umbral de cuota de mercado— exigía probar de forma indubitada la definición de mercado relevante y la cuota de mercado de las partes. Ello suponía que la existencia de dudas o la insuficiencia de las pruebas aportadas por la CNMC para fundamentar la definición de mercados o el cálculo de cuotas impedía la infracción y la sanción, al prevalecer el derecho a la presunción de inocencia. Como señala expresivamente la sentencia, “*ese juicio de razonabilidad puede ser suficiente en un procedimiento de concentración, pero no en*

un procedimiento sancionador en que los elementos del tipo deben constar acreditados de manera indubitada”.

La sentencia corrige con claridad a la CNMC sobre la supuesta obligación de las empresas partícipes —asumida por la Administración— de acudir a la consulta previa a la CNMC para probar su diligencia y evitar así el reproche de culpabilidad como requisito necesario de la infracción y la correspondiente sanción. La Audiencia Nacional manifestó en explícitos términos que *“no puede pretender la CNC apreciar indicios de culpabilidad en Bergé por no haber hecho uso del mecanismo de consulta previa [...] Es un procedimiento que las empresas pueden utilizar voluntariamente cuando tienen dudas sobre si una determinada operación debe ser notificada con carácter previo a su ejecución. No es obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como una negligencia o de otra forma cambiar la carga probatoria en un procedimiento sancionador”*. Es suficiente, por tanto, que las empresas realicen un análisis previo y razonable sobre la determinación de los mercados relevantes y la estimación de cuotas de mercado, sin necesidad de formular consulta previa a la CNMC. No puede por ello la CNMC aducir la ausencia de dicha consulta para establecer la culpabilidad de las empresas, incluso en el supuesto de que la CNMC haya acreditado *“de manera indubitada”* que la operación de concentración supera el umbral legal de cuota de mercado.

3. Conclusiones

Como se ha expuesto en el presente trabajo, nuestros tribunales han desempeñado un papel destacado tanto en la interpretación jurídica de las normas sustantivas de defensa de la competencia como en la delimitación de los principios de los procedimientos administrativos sancionadores aplicables a la labor de la CNMC y antecesoras a la hora de aplicar dichas normas a los operadores económicos.

La correcta interpretación jurídica de los artículos 1 y 2 de la LDC por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo es especialmente importante y bienvenida por los operadores económicos y sus asesores. Se trata de preceptos amplios y basados en conceptos no definidos (“acuerdos”, “abuso”, “mercados relevantes”, “objeto o efecto”, etc.) cuya vulneración puede dar lugar a importantes sanciones. La seguridad jurídica y el principio de tipicidad de las infracciones exigen que las empresas pueda conocer con la mayor precisión posible el contenido material de estos preceptos y qué tipo de conductas empresariales comprenden. La visión estrictamente jurídica (por oposición a la económica) de nuestros tribunales contencioso-administrativos en la interpretación de unos preceptos de contornos tan difusos se revela de una importancia fundamental.

Lo mismo, acaso con mayor énfasis, cabe decir de la labor de los tribunales en la revisión de las funciones instructoras y decisorias de la CNMC durante la tramitación de los procedimientos sancionadores. La cuestión de la valoración por la Administración de las pruebas y evidencias obrantes en el expediente administrativo para fundamentar las infracciones y sanciones ha sido quizás la principal aportación de los tribunales, en aplicación de principios clásicos del Derecho sancionador como la presunción de inocencia, la carga de la prueba de la acusación, el deber de imparcialidad y objetividad de la Administración, *non bis in idem*, el principio de culpabilidad, la valoración razonable de la evidencia o el deber de refutación de pruebas de descargo del acusado

si se pretende sancionarle. La Audiencia y el Tribunal Supremo no han dudado en corregir con firmeza a la CNMC y antecesoras en cuestiones tan frecuentes en la práctica como el valor acusatorio de los indicios y evidencias indirectas, la infracción “por objeto” o la noción de “infracción única y continuada”, recordando así que las normas de defensa de la competencia no son distintas, en cuanto a su aplicación administrativa en procedimientos sancionadores, de otras normas que imponen obligaciones a los operadores económicos, como las penales, las tributarias o muchas otras. De hecho, en ocasiones los tribunales nos han proporcionado recordatorios generales, pero muy pertinentes, sobre el verdadero propósito de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (o al menos los artículos 1, 2 y 3 de la LDC) por la CNMC, que no es otro que detectar —y en su caso sancionar— infracciones administrativas, y no imponer desde la Administración a las empresas la opción comercial o estratégica que resulte más competitiva de todas las posibles¹⁵.

Solo queda esperar que nuestros tribunales continúen con su imprescindible labor de permanente clarificación jurídica de las normas materiales de la LDC y de su aplicación en procedimientos administrativos sancionadores, y que los verdaderos actores con un papel protagonista (las empresas, sus asesores y, muy especialmente, la CNMC) lean con frecuencia la jurisprudencia que emana de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en los múltiples recursos contencioso-administrativos interpuestos cada año: ello les permitirá conocer y aplicar mejor una normativa compleja, lo que sin duda redundará en una mayor seguridad jurídica y una utilización más eficiente y racional de las normas *antitrust* por parte de la Administración.

¹⁵ “El despliegue del ejercicio de la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir hasta el punto de marcar opciones de marcado carácter empresarial o para decidir lo que le resulta más o menos conveniente, o más ventajoso o propicio desde la óptica de la Administración. Su función es apreciar si la [opción] escogida vulnera las normas de competencia”. Vid. Sentencias de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2021 JEZ y de 28 de enero de 2022 Duro Felguera.