

Artículos

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO INFRACTOR EN MATERIA DE *GUN-JUMPING*: DESARROLLOS DESDE EL ASUNTO BERGÉ

Álvaro Angulo Garcíandia

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

El elemento subjetivo del tipo infractor en materia de *gun-jumping*: desarrollos desde el asunto Bergé

*Este artículo examina el desarrollo del elemento subjetivo del tipo infractor en materia de *gun-jumping* desde la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto Bergé hasta la actualidad. La revisión se ha centrado en los principales aspectos tratados en las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.*

PALABRAS CLAVE:

Derecho de la competencia, *Gun-jumping*, Procedimiento sancionador, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo.

The subjective element of *gun-jumping* – the Bergé case

*This article examines how the subjective element of *gun-jumping* infringements has developed since the National Court's judgment in the Bergé case. We analyse the main aspects of the decisions of the National Markets and Competition Commission, the National Court and Supreme Court.*

KEY WORDS:

Competition law, *gun-jumping*, infringement proceedings, National Markets and Competition Commission, National Court, Supreme Court.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Angulo Garciandia, Álvaro (2023). El elemento subjetivo del tipo infractor en materia de *gun-jumping*: desarrollos desde el asunto Bergé. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 61-75 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Se conoce comúnmente como *gun-jumping* la ejecución¹ prematura o anticipada de una operación de concentración económica que cumple los umbrales de notificación recogidos en la normativa aplicable, es decir, ejecutada sin haber sido notificada o antes de haber recibido la preceptiva autorización.

En España, el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") establece que las concentraciones económicas que cumplan los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC deberán notificarse a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") con carácter previo a su ejecución. Por su parte, el apartado segundo del artículo 9 de la LDC dispone que la operación de concentración económica notificable no podrá ejecutarse hasta el momento en el que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita por parte de la CNMC, salvo en aquellos supuestos en los que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.

En otras palabras, la normativa española establece una doble obligación de notificación y de suspensión de la ejecución de la operación de concentración hasta que esta haya sido autorizada por la CNMC (salvo en aquellos supuestos de carácter excepcional en los que, previa solicitud por el interesado, la CNMC levante la obligación de suspensión). Será/n en el/los adquirente/s de control en quien/es recaiga la obligación de notificar la operación de concentración a la CNMC y de suspender su ejecución. En el caso de que no se notifique una operación de concentración económica notificable, o de que se ejecute antes de ser autorizada, la CNMC podrá incoar un procedimiento sancionador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.3.d) de la LDC, que consagra como infracción grave la ejecución anticipada de una operación de concentración económica antes de que haya sido notificada a la CNMC o haya recaído y sea ejecutiva una resolución expresa o tácita de autorización, que puede llevar aparejada una multa de hasta el 5 % de su volumen de negocios a nivel mundial en el ejercicio inmediatamente anterior al que se le imponga la multa².

Durante el procedimiento sancionador, la CNMC llevará a cabo un análisis de los dos elementos que conforman el tipo infractor, el elemento objetivo y el elemento subjetivo, este último centrado en la determinación de la concurrencia de culpa en la actuación del interesado.

El presente estudio trata de analizar y valorar críticamente la evolución de la práctica decisoria de la CNMC y de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en relación con el análisis subjetivo del

¹ El concepto de *ejecución* es un concepto jurídico indeterminado que, de acuerdo con los precedentes y jurisprudencia, se define como el momento de adquisición de control por parte del adquirente sobre la empresa adquirida. En otras palabras, es el momento en el que el adquirente adquiere la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa adquirida.

² Véase el artículo 63.1.b) de la LDC.

tipo infractor en procedimientos sancionadores de *gun-jumping*. Para ello, en la sección 2, se tomará como punto de partida la Resolución Bergé (definida más abajo) y la posterior sentencia de la Audiencia Nacional, puesto que recogen un análisis profundo de la principal cuestión tratada en relación con el elemento subjetivo del tipo infractor: la necesidad de realizar una consulta previa a la CNMC en el caso de que existan dudas razonables sobre la existencia de una concentración notificable. Adicionalmente, en la sección 3, se analizarán otras cuestiones relevantes sobre las que se han pronunciado la CNMC y los tribunales.

2. Obligación de consulta previa y negligencia

2.1. Análisis del asunto Bergé: punto de partida

2.1.1. RESOLUCIÓN DE LA CNC

Con fecha de 29 de julio de 2010, la extinta Comisión Nacional de la Competencia ("CNC", ahora CNMC) dictó una Resolución por la que sancionó a Bergé y Cía., S.A. ("Bergé") por no haber notificado la adquisición de control exclusivo sobre Marítima Candina, S.L. ("Candina") antes de la ejecución de la operación ("Resolución Bergé")³. Según la CNC, la operación era notificable en la medida en que se cumplía el umbral de cuota de mercado recogido en el artículo 8.1.a) de la LDC.

A los efectos de determinar si concurría el elemento subjetivo del tipo infractor recogido en el artículo 62.3.d) de la LDC, la CNC recuerda, en primer lugar, que es necesaria la existencia de una conducta perpetrada con carácter doloso o negligente (*i. e.*, juicio de culpabilidad). Y, en concreto, apoyándose en jurisprudencia clásica del Tribunal Supremo, la CNC considera que la falta de una debida y básica diligencia es suficiente para considerar la existencia de una acción u omisión culpable y, en consecuencia, se cumpla el elemento subjetivo del tipo infractor⁴.

Pues bien, en cuanto a la aplicación de esta teoría al asunto Bergé, la CNC consideró que Bergé no había actuado con el estándar mínimo de diligencia exigible en la medida en que (i) no había probado la existencia de precedentes que prueben *"fuera de toda duda la actuación, o más bien,*

3 Nótese que, en una primera revisión, la Dirección de Investigación de la CNC, tras requerir información a Bergé, le comunicó el cierre cautelar de la actuación preliminar (ACP/0002/08) al no existir *"elementos suficientes para acreditar que la adquisición por Bergé del control exclusivo de Candina constituía una concentración económica de notificación obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LDC"*. Fue en un momento posterior, con la denuncia presentada por Business Intelligence Net, S.L. ("BIN"), cuando la Dirección de Investigación reabrió la actuación preliminar al considerar que existían elementos de juicio novedosos.

Posteriormente, con base en la información obtenida como consecuencia de la denuncia interpuesta por BIN, la Dirección de Investigación requirió de oficio la notificación de la operación a Bergé (expediente C/0218/10 Bergé/Candina) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.5 de la LDC.

4 Véase la página 5 de la Resolución Bergé. La CNC indica que, *"en este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26-03-86 entre otras). De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia. La conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica negligencia. (STS 20-12-96). Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente"*.

la omisión de la imputada"⁵ y que permitiesen apreciar una diferencia de criterio razonable entre Bergé y la CNC en relación con la interpretación del mercado relevante; y (ii) una actuación diligente de Bergé *"le debería haber suscitado dudas que podría haber consultado con la CNC"* de acuerdo con el mecanismo recogido en la LDC.

Con base en lo anterior, la CNC concluye que *"el hecho de que Bergé decidiese no notificar la operación en cuestión solo puede deberse a que, conociendo que la operación era notificable, decidió no hacerlo, en cuyo caso ha obrado dolo, o que el análisis que realizó de la operación de concentración, basado en un poco acertado examen de la información que tenía a su disposición, conduce a pensar que no ha puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a todas empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC"*⁶.

De lo anterior se desprende que la CNC únicamente consideraría que el adquirente, en ausencia de notificación preceptiva de la operación de concentración económica, ha actuado con la diligencia debida cuando en ausencia de precedentes claros haya efectivamente consultado a la CNC sobre la existencia de una concentración o sobre su carácter notificable. En otras palabras, la CNC estableció una presunción por la que considera que, si no se ha realizado una consulta y la CNC finalmente determina que la operación era notificable, el obligado a notificar actuó de manera negligente.

2.1.2. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL (FIRME)⁷

La Audiencia Nacional anuló, no obstante, la Resolución Bergé y la sanción impuesta. La Audiencia Nacional parte de la premisa de que *"un procedimiento sancionador por ausencia de notificación de una operación sujeta a control por superar el umbral de cuota de mercado, la definición del mercado y la cuota de mercado debe quedar probada fuera de toda duda razonable. Es decir en caso de dudas o de insuficiencia en las pruebas aportadas prevalece el derecho a la presunción de inocencia y por tanto no cabría declarar la existencia de la infracción y por tanto la imposición de una sanción"*⁸.

Este recordatorio de la Audiencia Nacional es un elemento crucial y el punto de partida para los procedimientos sancionadores en materia de *gun-jumping*. Es preciso distinguir entre un procedimiento de control de concentraciones, que no tiene carácter sancionador, y un procedimiento de *gun-jumping*, que sí reviste carácter sancionador. Las garantías de las que goza el interesado en uno y otro procedimientos son distintas. En este caso, al encontrarnos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, es esencial garantizar el cumplimiento efectivo del derecho a la presunción de inocencia cuando exista una duda razonable acerca de la interpretación del concepto de concentración o de los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC.

5 Véase la página 6 de la Resolución Bergé.

6 Véase la página 7 de la Resolución Bergé.

7 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.^a, de 28 de septiembre de 2012, en el recurso 566/2010, ECLI:ES:AN:2012:3736 ("Sentencia Bergé").

8 Véase la página 4 de la Sentencia Bergé.

La Audiencia Nacional estimó el recurso interpuesto por Bergé por varias razones. En esencia, la Sentencia Bergé niega la posibilidad automática de considerar que concurre culpa en la actuación de la empresa simplemente por no acudir a los mecanismos de consulta voluntarios previstos en la LDC, incluso si existe una duda razonable acerca de la existencia de una concentración notificable. En concreto, la Audiencia Nacional indica que *"no puede pretender la CNC apreciar indicios de culpabilidad en Berge por no haber hecho uso del mecanismo de consulta previa regulado en el artículo 55.2 LDC y el artículo 59 del Reglamento 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia. 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. Lo mismo sucede en el ámbito tributario en el que se pueden formular consultas a la Administración conforme al artículo 88 de la Ley 58/2003 sin que la falta de consulta pueda interpretarse como una negligencia que determine la imposición de una sanción"*.

De lo anterior se desprende que las empresas que realizan un análisis previo sobre la existencia de una concentración notificable no se les puede considerar negligentes (y, por tanto, culpables) por el mero hecho de que no hayan acudido a los mecanismos de consulta voluntaria recogidos en la LDC. En otras palabras, como indica la doctrina, *"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"*⁹.

Además del análisis sobre el carácter puramente voluntario de acudir a mecanismos de consulta previstos en la normativa aplicable, la Audiencia Nacional toma en consideración las siguientes cuestiones a efectos de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Bergé:

- i. Existían dudas razonables sobre la existencia de una concentración notificable, como se acreditó por la propia CNC (cierre cautelar de la investigación preliminar llevada a cabo por la Dirección de Investigación).
- ii. Ninguno de los precedentes citados por la CNC definen de manera clara el mercado, sino que se limitan a realizar un juicio de razonabilidad. Matiza que ese juicio de razonabilidad puede ser suficiente en un procedimiento de control de concentraciones, pero *"no en un procedimiento sancionador en que los elementos del tipo deben constar acreditados de manera indubitada"*¹⁰.
- iii. La delimitación del mercado que propone Bergé era razonable, puesto que, por un lado, un estudio de los precedentes existentes puede conducir a la misma conclusión y, por otro, el recurrente aportó una explicación razonable para delimitar el mercado relevante.

9 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. 62 y 63.

10 Véase la página 5 de la Sentencia Bergé.

- iv. La investigación llevada a cabo por la CNC no tuvo en consideración todos los “*elementos de apreciación relevantes*” (i. e., precedentes europeos) para delimitar el mercado relevante.

2.2. Evolución de la cuestión en las resoluciones de la CNMC y jurisprudencia desde el asunto Bergé

2.2.1. RESOLUCIONES DE LA CNC ANTERIORES A LA SENTENCIA BERGÉ

Son varias las resoluciones de la CNC que hacen referencia a esta cuestión entre la Resolución y la Sentencia Bergé.

En la Resolución Dorf Ketal¹¹, al analizar si concurría el elemento subjetivo del tipo infractor, la CNC recuerda que la normativa de defensa de la competencia establece instrumentos, tales como la consulta o la prenotificación para que, en caso de dudas, el adquirente pueda dirigirse a la CNC (lo que no había sucedido en este expediente). La falta de consulta previa, junto con el hecho de que Dorf Ketal no había tomado en consideración todas sus ventas a los efectos de calcular su cuota de mercado, llevaron a la CNC a entender que la actuación de Dorf Ketal no había sido diligente y, por tanto, que concurría el elemento subjetivo del tipo infractor, al menos, en su forma más leve de negligencia.

Esta cuestión se reproduce en las Resoluciones Gestamp¹² e Isolux¹³. En esta última, la CNC vuelve a indicar que de haber realizado una actuación diligente Isolux no habría tenido dudas sobre el carácter notificable de la operación, “*especialmente cuando la LDC pone a su disposición instrumentos [la consulta] para evitar situaciones como la presente*”¹⁴.

Se observa, por tanto, que durante este periodo la CNC mantuvo su enfoque sobre la necesidad de realizar una consulta a la CNC para acreditar la actuación diligente de la empresa en caso de que hubiese dudas sobre la existencia de una concentración notificable.

2.2.2. RESOLUCIONES DE LA CNC Y JURISPRUDENCIA TRAS LA SENTENCIA BERGÉ

Tras la Sentencia Bergé, y a pesar de la claridad del pronunciamiento realizado por la Audiencia Nacional, la CNMC continuó vinculando la falta de consulta con la apreciación de una actuación no diligente por parte de las empresas. La razón parece encontrarse en una sentencia posterior de la Audiencia Nacional, dictada en el citado asunto Isolux un año después a la Sentencia Bergé, que dispuso lo siguiente:

11 Resolución de la CNC de 22 de julio de 2011 en el expediente SNC/0009/11 *Dorf Ketal*.

12 Resolución de la CNC de 30 de enero de 2012 en el expediente SNC/0015/11 *Gestamp/Essa Bonmor*.

13 Resolución de la CNC de 10 de abril de 2012 en el expediente SNC/0017/11 *Isolux*.

14 La CNC matiza en la Resolución Gestamp (página 9) que el hecho de que las partes tuvieran una necesidad inaplazable de cerrar la operación por razones financieras no justifica que puedan omitir el trámite de consulta previa establecido en la LDC.

“Pues bien, la actuación del GRUPO ISOLUX debe considerarse, cuando menos, negligente al promoverse la presentación de la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil sin haberse notificado previamente el acuerdo de ejecución de la concentración, especialmente teniendo en cuenta las consecuencias que ello implica desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. No debe olvidarse que el fundamento de este tipo de infracciones radica en que no se puede dejar al arbitrio de los afectados la decisión sobre cuándo y cómo se debe notificar, o incluso sobre si se debe notificar...tal y como se indica en la resolución impugnada la LDC pone a disposición de los interesados instrumentos para evitar situaciones como la presente y así la consulta previa prevista por el artículo 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, permite verificar la notificabilidad de la operación de concentración, y también el momento en que debe notificarse, siempre antes de su ejecución. El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC”¹⁵ (subrayado añadido).

Da la impresión, por tanto, de que la Audiencia Nacional cambió el criterio expresado en la Sentencia Bergé sobre la obligación de realizar una consulta. No obstante, y si se analiza en detalle, el elemento fáctico relevante es que no se trataba en este caso de determinar si existía una operación de concentración o si esta llegaba a los umbrales legales, sino si la inscripción registral de la operación daba o no lugar a la “ejecución” de la operación en el sentido del artículo 9 de la LDC. Recuérdese que según el artículo 55.2 de la LDC la consulta previa ha de limitarse a la existencia de concentración o al cumplimiento de los umbrales de notificación, y no a cuestiones distintas, como qué debe entenderse por “ejecución”. No parece, por tanto, correcto que se exija en este contexto la consulta previa a la CNMC para evitar la negligencia, pues dicho trámite no habría podido servir para despejar las dudas que la empresa pudiera albergar.

La CNMC ha mantenido su posición tradicional en asuntos posteriores, en los que viene a exigir la consulta previa para descartar la negligencia en casos de duda razonable (la cual parece presumirse). En la Resolución Grifols¹⁶, la CNMC observó que la empresa estaba en posición de realizar una estimación del mercado relevante y, en caso de que le surgieran dudas, una actuación diligente le hubiera llevado a plantear una consulta a la CNMC¹⁷. En la Resolución Consenur¹⁸, la CNMC determinó, nuevamente, que una actuación diligente de Consenur en el cálculo de las cuotas de mercado le hubiera llevado a utilizar el mecanismo de consulta previa recogido en la

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 18 de septiembre de 2013, en el recurso 232/2012, ECLI:ES:AN:2013:3709.

¹⁶ Resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2015 en el expediente SNC/DC/0037/15 *Grifols*.

¹⁷ El otro elemento que tuvo en cuenta la CNMC fue que era la propia Grifols la que indicó en el formulario de notificación que su cuota de mercado (superior al 50 %) superaba el umbral relevante.

¹⁸ Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2017 en el expediente SNC/DC/0074/16 *Consenur* (“Resolución Consenur Cathisa”).

LDC o, en su defecto, haber empleado el trámite de prenotificación¹⁹. Esta cuestión se reitera en las resoluciones más recientes²⁰, como la Resolución Xfera²¹, en la que se indica que un *“adecuado conocimiento de los activos adquiridos, del mercado relevante y de los precedentes de la autoridad de competencia que, dada su claridad manifiesta en este supuesto, habrían llevado a Xfera, bien a la notificación de la operación, bien a la utilización de los mecanismos previos de consulta”*²².

En cualquier caso, la CNMC ha admitido en alguna ocasión reciente que la ausencia de consulta previa no equivale automáticamente a negligencia y culpabilidad, sino que estas consisten en no haber despejado las dudas razonables existentes a través de los medios disponibles, entre los cuales está la propia consulta. Así, y con claridad, en la Resolución Albia/Tanatorio Marín, la CNMC indica que:

*“La falta de utilización de procedimientos voluntarios no constituye elemento de culpabilidad ni agravante, como equivocadamente razona ALBIA en su alegaciones, pero esta Sala no puede sino constatar que ALBIA tenía a su alcance las herramientas indicadas para plantear consultas en caso de duda. Es la pretendida falta de duda, no en abstracto, sino en atención a los elementos anteriormente citados (claridad de los precedentes, notificaciones de otros operadores en el mercado en situaciones similares o las propias declaraciones de ALBIA entre otros, lo que supone un comportamiento reprochable a los ojos de esta Comisión”*²³.

En definitiva, se aprecia cómo, a pesar de la Sentencia Bergé, la CNMC viene considerando que la falta de utilización de los mecanismos consultivos disponibles en la normativa aplicable supone, cuando menos, un fuerte indicio de la existencia de un carácter negligente en la conducta llevada a cabo por la empresa adquirente.

19 La CNMC hace referencia a expedientes anteriores en los que Consenur tampoco notificó operaciones de concentración a la CNMC, siendo requerido por la autoridad su notificación. En ambos casos, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo acogieron los argumentos esgrimidos por Consenur. A pesar de ello, la CNMC consideró en la Resolución Consenur Cathisa que, *“a la vista de las controversias suscitadas en los expedientes anteriormente citados, este Consejo considera que una actuación realmente diligente de CONSENUR le habría llevado a consultar a la CNMC la notificabilidad de la operación de concentración, máxime teniendo en cuenta que el expediente de concentración del que trae causa este expediente sancionador versa sobre un ámbito geográfico para un mercado de producto (el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos) que no había sido definido en dichos expedientes”* (página 23).

Es más, a efectos de justificar la aplicación de la doctrina Isolux en lugar de la doctrina Bergé, la CNMC indica lo siguiente: *“Lo relevante es considerar si, en la situación concreta de la operación objeto de este expediente, y respecto de CONSENUR, resultaba negligente que ésta no se planteara dudas sobre la notificabilidad de la operación”*.

20 Es curioso que en la mayoría de resoluciones la CNMC hace referencia a la Sentencia Isolux a este respecto. Sin embargo, en la Resolución de la CNMC de 11 de abril de 2022 en el expediente SNC/DC/112/21 Luxida o en la Resolución de la CNMC de 13 de julio de 2021 en el expediente SNC/DC/045/21 Albia/Tanatorios Móstoles, la CNMC hace referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6ª, de 16 de febrero de 2006, en el recurso 564/2003, ECLI:ES:AN:2006:710 (asunto Gas de Asturias).

21 Resolución de la CNMC de 21 de diciembre de 2022 en el expediente SNC/DC/144/22 Xfera (“Resolución Xfera”). Véase, a su vez, la Resolución de la CNMC de 2 de diciembre de 2022 en el expediente SNC/DC/157/21 Alto Miño.

22 Véase la página 25 de la Resolución Xfera.

23 Resolución de la CNMC de 29 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/092/22 Albia/Tanatorio Marín. Esta misma cuestión se precisa en la Resolución de la CNMC de 15 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/086/22 Albia/Tanatorio la Paz o en la Resolución de la CNMC de 13 de julio de 2021 en el expediente SNC/DC/045/21 Albia/Tanatorios Móstoles.

2.3. Valoración crítica

A mi entender, la CNMC realiza una interpretación del concepto de “negligencia” en asuntos de *gun-jumping* que resulta demasiado amplia y rígida, al exigir *de facto* acudir al mecanismo voluntario de la consulta previa incluso cuando el obligado a notificar tiene alguna duda menor tras haber realizado previamente un análisis sobre la aplicabilidad de los umbrales del artículo 8 de la LDC. Esta postura maximalista de la CNMC genera diversas dificultades y consecuencias indeseadas:

- i. la obvia multiplicación del número de consultas previas, con la consiguiente acumulación de retrasos temporales en caso de que la CNMC decida al final de la consulta que la operación resulta notificable y la correspondiente duplicidad de la información facilitada a la CNMC (en la consulta primero y en la posterior notificación después);
- ii. se reduce sustancialmente la seguridad jurídica de los operadores que se enfrentan al análisis de autoevaluación de los artículos 7 (existencia de concentración económica) y 8 (umbrales de notificación) de la LDC para determinar si una operación es notificable a la CNMC en el caso de que existan dudas razonables.
- iii. se convierte en la práctica en obligatoria una consulta que es estrictamente voluntaria, como ha recordado la Audiencia Nacional;
- iv. no se toman en consideración los tiempos de las operaciones mercantiles; y
- v. se crea una suerte de responsabilidad objetiva que lleva aparejada una carga probatoria desproporcionada (se invierte) para el operador económico y desvirtúa la presunción de inocencia del interesado.

Por el contrario, un examen previo y razonable del doble cumplimiento de los artículos 7 (existencia de concentración económica) y 8 (umbrales de notificación) de la LDC debería ser suficiente a los efectos de determinar que el operador económico ha actuado diligentemente (sin dolo ni negligencia y, por tanto, sin culpa). Solo si este examen previo no lograra despejar las dudas (*e. g.*, por ausencia de precedentes que definan el mercado relevante, escasa información disponible sobre cuotas de mercado, incertidumbre genuina sobre la existencia de concentración, etc.) sería lícito exigir la consulta previa para acreditar la diligencia y evitar la sanción.

3. Resoluciones de la CNMC y jurisprudencia relativas a otras cuestiones relevantes en materia de *gun-jumping* desde Bergé

En este apartado se analizan otras cuestiones distintas de la consulta previa y que son relevantes a efectos del análisis acerca del principio de culpabilidad que lleva a cabo la CNMC.

3.1. Existencia de precedentes y mercados relevantes

Cuando las dudas sobre la obligación de notificar una operación se refieren al cumplimiento de los umbrales legales del artículo 8 de la LDC, es frecuente que el debate se centre en la definición del mercado relevante donde calcular el umbral de cuota de mercado.

La citada Sentencia Bergé consideró que la investigación realizada por la CNC no había tenido en cuenta todos los elementos de apreciación relevantes para delimitar, en ese caso, el mercado geográfico. Para ello, resultó determinante la existencia de precedentes europeos, alegados por el recurrente, que soportaban una visión distinta a los precedentes nacionales invocados por la CNC.

En resoluciones posteriores, como en la Resolución Consenur²⁴, la CNC defendió la definición del mercado relevante a través de un análisis exhaustivo de los mercados de producto y geográfico que afectaban a la operación. Sin embargo, la Audiencia Nacional, en una sentencia muy reciente sobre este expediente²⁵, ha aplicado un test de razonabilidad en favor de la empresa recurrente:

*"al margen de que se haya declarado correcta la definición de mercado seguida por la CNMC, la interpretación mantenida al respecto por CONSENUR no puede ser tachada de irrazonable, y solo ha sido desechada después de un análisis profundo de las circunstancias concurrentes"*²⁶.

La razón por la que la sentencia llega a esta conclusión es que la definición del mercado geográfico realizada por Consenur tenía sustento en precedentes de otras autoridades de competencia y, en particular, de la Comisión Europea y, por tanto, era razonable.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Nacional concluye con claridad que:

*"Entendemos que ello descarta la existencia de una actuación culpable por su parte, lo que elimina el elemento subjetivo de la infracción y con él su posible responsabilidad, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable ratione temporae al presente asunto, y hoy en el artículo 28 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, así como constante doctrina del Tribunal Constitucional reiterada desde la ya clásica sentencia 76/1990, de 26 de abril, en cuyo fundamento de derecho séptimo se señala que "... más allá de la simple negligencia, los hechos no podrán ser sancionados por no existir forma alguna de culpabilidad, y carece de sentido pensar en una objetividad de las infracciones..."*²⁷ (subrayado añadido).

Esta sentencia apoya, en mi opinión, la tesis de que si existen precedentes de autoridades de competencia (y, en particular, de la Comisión Europea) que soporten la definición de mercado relevante realizada por el comprador, y si con base en estos precedentes el adquirente ha descartado el cumplimiento de los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC, no cabe apreciar la existencia

²⁴ Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2017 en el expediente SNC/DC/0074/17 Consenur/Cathisa.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 4 de julio de 2023, en el recurso 489/2016, ECLI:ES:AN:2023:3736 ("Sentencia Consenur Cathisa").

²⁶ Véase la página 9 de la Sentencia Consenur Cathisa.

²⁷ Véase la página 9 de la Sentencia Consenur Cathisa.

de una actuación culpable. Y bastará con que el análisis previo del adquirente sea razonable, sin que sea exigible que se disipen por completo las dudas, en cuyo caso debe prevalecer el derecho a la presunción de inocencia y, en consecuencia, la inexistencia de infracción y de sanción.

Téngase en cuenta, no obstante, la sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto Orange (que es previa a la citada Sentencia Consenur Cathisa), en la que reprocha a la recurrente que una de las resoluciones de la CNC que cita para apoyar la definición de mercado que propone, precisamente, deja tal definición de mercado abierta²⁸.

Por tanto, el criterio de la Audiencia Nacional es que los precedentes sobre los que se base la recurrente en el momento de realizar el análisis de notificabilidad de la operación de concentración económica han de ser suficientemente claros sobre la delimitación de los mercados relevantes para poder despejar la existencia de dudas razonables.

Otra cuestión relacionada con la anterior es, en caso de que existan varios mercados alternativos y plausibles, en cuáles existe obligación de analizar las cuotas de mercado para verificar de forma diligente el cumplimiento de los umbrales de notificación.

Recientemente, la CNMC ha señaló que:

*"Un análisis diligente de los operadores que se encuentran ante la disyuntiva de notificar o no una concentración, debe incluir necesariamente el examen de la cuota de mercado, si no en absolutamente todas sus variantes, sí al menos en las principales y que gocen del más alto grado de plausibilidad"*²⁹.

La CNMC consideró que, si bien Funespaña no tenía la obligación de calcular la cuota de mercado en todos los ámbitos geográficos posibles, sí, al menos, en el ámbito municipal (al ser principal a juicio del Consejo). Esta cuestión se repite en otros expedientes en el sector funerario, en los que, además, se matiza que, si bien la adquirente *"pudiera haber llegado a una conclusión diferente a la fijada en los precedentes de definición del mercado geográfico relevante. Sin embargo, haber omitido en su análisis una posibilidad tan insoslayable como la consideración del municipio como mercado de referencia no puede considerarse aceptable"*³⁰.

Téngase en cuenta, no obstante, que en un supuesto en que: (i) la información de la que dispone una parte era muy limitada o poco fiable; (ii) no se cumplía el umbral de cuota de mercado por escaso margen (en el caso concreto, la cuota de mercado era del 49,89 %); y (iii) la CNMC demostró que el cálculo era erróneo y, por tanto, se superaba el umbral; la Audiencia Nacional ha considerado que si el operador económico no notifica la operación de concentración económica

28 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 28 de abril de 2017, en el recurso 397/2013, ECLI:ES:AN:2017:1811. Esta sentencia fue inadmitida a casación por el Tribunal Supremo en virtud de Auto, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª. De 30 de octubre de 2017, en el recurso 3648/2017, ECLI:ES:TS:2017:10009ª.

29 Véase la página 17 de la Resolución de la CNMC de 22 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/088/22 *Funespaña/San Vicente*. Véase a su vez Resolución de la CNMC de 18 de marzo de 2021 en el expediente SNC/DC/0014/21 *Funespaña/Alianza Canaria*.

30 Resolución de la CNMC de 29 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/092/22 *Albia/Tanatorio Marín*. Esta misma cuestión se precisa en la Resolución de la CNMC de 15 de junio de 2022 en el expediente SNC/DC/086/22 *Albia/Tanatorio la Paz*.

estaría actuando de manera *"poco diligente en su conducta cuando el mismo reconoce que efectuó una autoevaluación estimativa con los escasos datos de que disponía en el momento de la adquisición"* y que *"la cuota de mercado así obtenida debía llevarle a ser más prudente y presumir que podían existir dudas bastante razonables de que podía estarse ante una operación de concentración que exigía notificación previa a la CNMC antes de su ejecución"*³¹.

A mi juicio, y en conclusión, se puede exigir a los operadores económicos que estimen las cuotas de mercado resultantes de la concentración en los mercados y submercados que resulten más plausibles o razonables (sin limitarlo necesariamente a los principales), sobre la base de fuentes de terceros o estimaciones internas. Si bien es cierto que, desde una perspectiva práctica, en numerosas ocasiones este juicio de razonabilidad dependerá de la información disponible para las partes, pues en no todos los casos la información se encuentra disponible y, si lo está, en ocasiones no resulta fiable. El test de diligencia exigiría a la empresa haber documentado *ex ante* y en cierto detalle la metodología empleada y las fuentes consultadas para la estimación de cuotas en los mercados o submercados más plausibles, a efectos de poder compartir con la CNMC dichos elementos en caso de que se iniciara un expediente administrativo.

3.2. Notificaciones voluntarias y actuaciones dolosas

La Resolución Grupo Nufri³² es un buen ejemplo sobre los efectos que tiene en la valoración de la CNMC de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo infractor el hecho de reconocer y notificar voluntariamente una operación de concentración tras su ejecución.

En este expediente, fue el propio adquirente quien, tras analizar el umbral de cuota de mercado una vez ejecutada la concentración, notificó voluntariamente la operación a la CNMC (sin necesidad de requerimiento) al constatar que tal umbral se cumplía en varios mercados relevantes.

La CNMC consideró que, a pesar de tal notificación voluntaria³³, concurría el elemento subjetivo del tipo infractor, en la medida en que la propia adquirente reconoció en la notificación voluntaria que hubo un desconocimiento previo de la existencia de los umbrales recogidos en el artículo 8 de la LDC (al no tener asesoramiento legal en un momento inicial) y, por tanto, se produjo una negligencia por omisión.

Otro expediente a este respecto es la Resolución Essilor³⁴, en el que la CNC reconoció dos elementos fundamentales para determinar la existencia de culpabilidad: (i) que Essilor había notificado de manera diligente (*"pulcritud"*) en años anteriores dos operaciones de concentración; y (ii) estos antecedentes *"dan valor a su alegación de que el no haberlo hecho con igual diligencia en este caso se debió a un mal cálculo inicial por su parte de la cuota de mercado en valor"*³⁵.

31 Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6.ª, de 19 de mayo de 2020, en el recurso 777/2015, ECLI:ES:AN:2020:1279, página 6.

32 Resolución de la CNMC de 28 de noviembre de 2019 en el expediente SNC/DC/093/19 *Grupo Nufri*.

33 Resolución de la CNMC de 17 de mayo de 2011 en el expediente SNC/0008/10 *Tompla*.

34 Resolución de la CNMC de 31 de julio de 2014 en el expediente SNC/DC/0035/14 *Essilor* ("Resolución Essilor").

35 Véase la página 6 de la Resolución Essilor.

Junto con lo anterior, la CNC consideró que la ausencia de mala fe quedaba confirmada si se tenían en cuenta las siguientes circunstancias: (i) comunicación inmediata a la CNC por Essilor de la existencia de la concentración; (ii) de no haberse producido tal comunicación voluntaria, es probable que la CNC no hubiera tenido conocimiento de la existencia de la operación; (iii) la concentración no planteaba problemas de competencia; y (iv) la operación no causó ningún daño a los competidores y usuarios, de manera que la descuidada actuación de Essilor no le produjo beneficio alguno. A pesar de las circunstancias concurrentes, el Consejo de la CNC consideró que no cabía la posibilidad de eximir a Essilor del reproche por su actuación, si bien *"merece una especial consideración como elemento determinante de la sanción a imponer"*³⁶.

Por su parte, en la Resolución Verifone³⁷, la CNC consideró que Verifone había actuado dolosamente. En la Resolución de la CNC de archivo de la notificación de la adquisición por Klein Partners de Hypercom España³⁸ (véase la nota al pie de página para mayor contexto), se indicaba expresamente que la concentración Verifone/Hypercom debía notificarse al cumplirse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC. Por tanto, el carácter doloso de la conducta de Verifone, a juicio del Consejo de la CNC, derivaba de su ejecución de la adquisición de control exclusivo sobre Hypercom con carácter anterior a su notificación a la CNC, y ello a pesar de la advertencia realizada por el Consejo de la CNC en el expediente de archivo de la adquisición por Klein Partners de Hypercom España³⁹. En otras palabras, Verifone era conocedor de la obligación legal de notificar la operación a la CNC.

Como se indicó expresamente en la Resolución Essilor, el carácter negligente o doloso de la conducta es relevante a los efectos de cuantificar la sanción.

3.3. Procesos de *due diligence*

Las operaciones mercantiles suelen implicar procesos de *due diligence*, que consisten en la valoración de la empresa por parte de un posible comprador (o por el propio vendedor) para conocer su estado. Habitualmente, estos procesos suelen concluir con la emisión de un informe en el que se recogen y califican las diferentes contingencias encontradas.

Pues bien, en la Resolución Xfera, el Consejo de la CNMC, a diferencia de lo alegado por la empresa, consideró que el desconocimiento por su no inclusión en un informe de *due diligence* de que en el perímetro de la operación se incluyera un activo que por su propia naturaleza diera

36 Véase la página 6 de la Resolución Essilor.

37 Resolución de la CNC de 24 de octubre de 2012 en el expediente SNC/0022/12 *Verifone/Hypercom* ("Resolución Verifone").

38 Este expediente es un tanto particular, en la medida en que Verifone inició un trámite de prenotificación con la presentación de un borrador de notificación. No obstante, posteriormente la notificación no llegó a presentarse, al indicar Verifone que la operación no iba a materializarse en los términos inicialmente previstos, comunicando que Hypercom había iniciado un proceso de venta de su filial española a un tercero, Klein Partners Capital Corporation, que notificó la concentración a la CNC. Tras analizar la concentración, el Consejo de la CNC dictó una resolución de archivo del expediente de concentración, por cuanto consideraba que, tal y como estaba configurada la operación, no se producía un cambio estable en la estructura de control, y señaló que la operación Verifone/Hypercom sí debía notificarse, lo cual realizó (de hecho, la Dirección de Investigación determinó que el formulario inicialmente presentado por Verifone no reunía los requisitos del Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia). Una vez notificada la operación Verifone/Hypercom, y como consecuencia del compromiso impuesto, Klein Partners notificó la adquisición de Hypercom España, que fue aprobada en primera fase y sin compromisos.

39 Véanse las páginas 9 y 10 de la Resolución Verifone.

lugar al cumplimiento del umbral de cuota de mercado (en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas) recogido en el artículo 8 de la LDC no eximía a Xfera de caracterizar su actuación como negligente. En otras palabras, el hecho de que la empresa adquirida no haya incluido ese activo en el informe de *due diligence* no puede tener como consecuencia la exención de responsabilidad de Xfera.

Los informes de *due diligence* pueden ser un buen indicio para acreditar la concurrencia de una diligencia debida en la actuación de los operadores económicos, siempre que se acredite que la revisión realizada sobre la empresa ha sido exhaustiva y dentro de unos parámetros razonables.

3.4. Notificación previa de operaciones y notificaciones a otras autoridades

Otra de las cuestiones debatidas en relación con el tipo subjetivo es el *track record* de los operadores económicos, puesto que la CNMC ha valorado positivamente aquellos operadores económicos que han notificado operaciones de concentración económica en expedientes anteriores.

Nuevamente, la Resolución Xfera nos aclara la postura de la CNMC a este respecto. La CNMC indica que la notificación de concentraciones previas no supone una falta de culpabilidad, sino que sirve "*para descartar el dolo de manera indiciaria*"⁴⁰. Y, a diferencia de la Resolución Essilor, en la que fue relevante el hecho de que comunicara voluntariamente la concentración a la CNMC, en este expediente no hubo una notificación voluntaria de la operación.

Por su parte, en la Resolución DGTF⁴¹, la empresa notificó sin requerimiento previo la operación de concentración económica a la Autoridad Portuguesa de Competencia (Autoridade da Concorrência) con conocimiento de la Comisión Europea. La CNMC concluyó que "*esta Sala coincide con la DC en calificar la actuación de la DGTF como negligente, siendo indudable su conocimiento de la obligación, tanto por su notificación a la autoridad portuguesa como por su experiencia previa en materia de concentraciones en el ámbito español*"⁴².

Otro supuesto es el ocurrido en la Resolución Alto Miño⁴³, en la que la CNMC consideró que la comunicación de una operación de concentración económica en el ámbito regulatorio "*no convalida su falta de diligencia en lo que respecta al control de concentraciones*"⁴⁴. Es más, la CNMC matizó que el hecho de que no se haya apreciado una amenaza desde un punto regulatorio no prejuzga el análisis que la operación de concentración económica puede tener desde una perspectiva de defensa de la competencia.

40 Véase la página 25 de la Resolución Xfera.

41 Resolución de la CNMC de 20 de julio de 2021 en el expediente SNC/DC/048/21 DGTF ("Resolución DGTF").

42 Véase la página 8 de la Resolución DGTF.

43 Resolución de la CNMC de 2 de diciembre de 2022 en el expediente SNC/DC/157/21 Alto Miño ("Resolución Alto Miño").

44 Véase la página 18 de la Resolución Alto Miño. Adicionalmente, la CNMC aclara que el desconocimiento de la normativa de control de concentraciones no exime su aplicación.

4. Conclusión

La CNMC toma en consideración múltiples factores a los efectos de analizar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo infractor en los expedientes sancionadores por *gun-jumping*. No obstante, quedan por aclarar algunas cuestiones relevantes sobre la interpretación de varios de los factores analizados, por lo que habrá que estar atentos a los pronunciamientos de los tribunales.

Dicho lo anterior, parece indudable que del análisis de la práctica decisoria de la CNMC y de la jurisprudencia de los tribunales cabe extraer la conclusión de que, en aquellos casos en los que un operador económico realice un estudio exhaustivo y razonable de los precedentes y la información disponible, no existe obligación de consultar a la CNMC la conclusión e interpretación de su análisis y que su actuación deberá necesariamente de ser calificada como diligente. Lo contrario daría lugar a una quiebra del principio de seguridad jurídica y de las garantías que han de regir un procedimiento sancionador de estas características, creando una suerte de responsabilidad objetiva en perjuicio del interesado.