

España

## AUDAX Y PRÉSTAMOS ICO COVID: LA RECIENTE DOCTRINA DE LA CNMC EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Isabel María Fernández Pérez

*Abogada del Grupo de Coordinación de Derecho de la Unión Europea  
y de la Competencia de Uría Menéndez (Madrid)*

### **AUDAX y préstamos ICO Covid: la reciente doctrina de la CNMC en la aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia**

*En los últimos años la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha aplicado cada vez más el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia para investigar, incoar e incluso sancionar prácticas presuntamente anticompetitivas por parte de empresas en España. Entre los expedientes incoados destacan dos de ellos en particular. Por un lado, el expediente S/0013/20: AUDAX Renovables es la decisión más reciente en la que las empresas investigadas han sido sancionadas. Por otro, el expediente S/0016/20: Préstamos ICO Covid es la decisión más reciente en la que se declara la no infracción y el archivo de las actuaciones. Ambos expedientes son una clara muestra de la reciente postura de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la aplicación de este artículo.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

Competencia, Competencia desleal, CNMC, Expediente, Ley de Defensa de la Competencia.

## AUDAX and *Préstamos ICO Covid*, the CNMC's recent position on applying article 3 of the Spanish Competition Law

*In recent years, the Spanish National Markets and Competition Commission has increasingly applied article 3 of the Spanish Competition Law to investigate, initiate and even sanction allegedly anti-competitive practices by companies in Spain. Among the proceedings initiated, two of them are particularly interesting. While AUDAX Renovables is the most recent decision that sanctioned the investigated companies, Préstamos ICO Covid is the most recent decision that closed the proceedings because the court deemed that no infringement had been committed. Both cases are a clear example of the Spanish National Markets and Competition Commission's recent stance on when and how this provision applies.*

### KEY WORDS:

Competition, unlawful competition, CNMC, file, Spanish Competition Law.

FECHA DE RECEPCIÓN: 18-9-2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21-9-2023

Fernández Pérez, Isabel María (2023). Audax y préstamos ICO COVID: la reciente doctrina de la CNMC en la aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 63, pp. 134-141 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

En los últimos años, el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC") ha sido aplicado con mayor frecuencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la "CNMC"). Para que una práctica se considere ilícita en virtud de este artículo, es necesario que sea un acto desleal conforme a la legislación contra la competencia desleal (esto es, conforme a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, la "LCD"), que tenga un impacto sobre la competencia del mercado (i. e., que falsee la competencia) y que afecte al interés público.

El pasado 10 de octubre de 2022 la CNMC resolvió sancionar a seis empresas energéticas por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC, en el expediente *S/0013/20 AUDAX Renovables*, tras varios años sin hacerlo (la última decisión de la CNMC en la que se acreditaba una práctica prohibida del artículo 3 LDC había sido el 20 de junio de 2019, en el expediente *S/DC/0552/15: AGIC*). Además, más recientemente, el pasado 2 de febrero de 2023, la CNMC resolvió por terminación convencional el expediente *S/0030/20 DKV Coberturas Autónomos*, de nuevo por prácticas relativas al artículo 3 LDC.

Por otro lado, en los últimos dos años la CNMC ha incoado otros seis expedientes, el más reciente de los cuales es *S/0016/20 Préstamos ICO Covid* de 22 de junio de 2023. Tres de ellos han sido archivados (incluyendo el recién mencionado de *Préstamos ICO Covid*) y el resto de los expedientes incoados aún no han sido resueltos por la CNMC (i. e., *S/0013/22 Google Derechos Conexos*; *S/0001/21 Plataforma de Subastas Electrónicas* y *S/0005/21 Booking*). Asimismo, desde el comienzo de 2022 la CNMC ha acordado la no incoación y el archivo de las actuaciones de ocho expedientes en los que ha investigado conductas que, desde su punto de vista, podían considerarse infractoras del artículo 3 LDC.

Cabe destacar que gran parte de los expedientes incoados se refieren a conductas que se investigaron únicamente en relación con el artículo 3 LDC. No obstante, la CNMC también ha investigado conductas relativas a este artículo en conjunción con el artículo 1 LDC (esto es, conductas colusorias) y el artículo 2 LDC (es decir, abuso de posición de dominio) en múltiples ocasiones. Destaca, por ejemplo, la decisión de no incoación y archivo de las actuaciones del expediente *S/0020/19 Título Electrónico Signe*, en el que la CNMC investigó conductas en relación con los tres artículos.

En suma, solas o acompañadas, sancionadas o archivadas, la CNMC ha intensificado la investigación por conductas potencialmente anticompetitivas de artículo 3 LDC, especialmente bajo el actual Consejo.

En el presente foro nos centraremos en la resolución por existencia de práctica prohibida de *AUDAX Renovables* y la decisión de archivo de *Préstamos ICO Covid*, que consideramos expedientes representativos de la reciente práctica de la CNMC.

## 2. S/0013/20 AUDAX renovables

---

La CNMC resolvió sancionar a seis empresas energéticas; por una parte, al productor y suministrador de energía AUDAX y, por otra, a sus empresas comercializadoras (el “Grupo AUDAX”), por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC. Las conductas sancionadas consistieron, a juicio de la CNMC, en la realización de prácticas comerciales fraudulentas de engaño y confusión para propiciar cambios de comercializador en favor del Grupo AUDAX en el segmento nacional de los suministros de electricidad y gas en España, desde enero de 2018 hasta octubre de 2021.

### 2.1. El expediente

La investigación se originó en una denuncia por EDP Energía y su comercializadora el 2 de abril de 2020. Durante los meses siguientes, la CNMC recibió nuevas denuncias tanto de clientes como de empresas competidoras.

Durante la investigación, la Dirección de Competencia recopiló un total de 2319 reclamaciones contra el Grupo AUDAX. Tras un estudio pormenorizado de las denuncias, la información pública al respecto, las rescisiones anticipadas de contratos con empresas del Grupo AUDAX y la evolución de su cuota de mercado, la CNMC determinó que entre enero de 2018 y octubre de 2021 se llevaron a cabo conductas consistentes en la captación de clientes de otras comercializadoras de luz y gas mediante las siguientes estrategias: la utilización frente a potenciales clientes del nombre o marca de su comercializadora de origen; la comunicación a los clientes de una actualización o renovación de la tarifa con su compañía de origen; el ofrecimiento de descuentos en la tarifa de los clientes anunciando que ello no comportaría un cambio de comercializadora; la comunicación de un cambio obligatorio de comercializadora debido a una supuesta desaparición de su compañía de origen o de un cambio de denominación de esta, y la comunicación de un cambio de facturación o de distribuidora.

## 2.2. La aplicación del artículo 3 LDC

Para que una práctica se considere ilícita bajo el artículo 3 LDC, es necesario que sea un acto desleal conforme a la LCD, que falsee la competencia y que afecte al interés público.

En primer lugar, en relación con la deslealtad de la conducta, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC recalca que el artículo 5 LCD establece las circunstancias en las que existen actos de engaño y el artículo 6 LCD hace referencia a los actos de confusión. La Sala razona que en ambos preceptos se tipifican conductas que inducen a error al destinatario y explica que la diferencia radica en que el 6 LCD recoge un supuesto más específico que el del artículo 5 LCD, ya que el error afecta a la identidad del oferente del bien o servicio. Asimismo, establece que el artículo 5 LCD exige dos requisitos: que el acto engañoso induzca o pueda inducir a error y que sea susceptible de alterar el comportamiento económico de sus destinatarios. Por su lado, el artículo 6 LCD se refiere a actos que eliminen o reduzcan la autonomía de decisión del consumidor por un error sobre la procedencia empresarial de los productos o servicios ofertados.

Respecto a los actos de engaño, y a juicio de la Sala, queda acreditado que las comercializadoras del Grupo AUDAX indujeron a error a numerosos consumidores mediante la facilitación de información falsa y engañosa que provocó que los consumidores solicitaran tramitaciones de cambio de compañía de comercialización de luz o gas. En cuanto a los actos de confusión, se acredita que el Grupo AUDAX en numerosas ocasiones se hacía pasar por representante de la comercializadora del consumidor. Por lo tanto, se considera acreditada la deslealtad de las conductas.

En cuanto a los dos últimos requisitos para considerar la conducta ilícita bajo el artículo 3 LDC, la Sala los estudia de manera conjunta y afirma que se produjo una afectación al interés público por falseamiento de la competencia. En particular, se centra en dos aspectos: que las conductas desleales se desarrollaron en los mercados de suministro minorista de electricidad y gas, ambos de especial relevancia por su carácter básico y esencial para el consumidor doméstico (más vulnerable), y que la dimensión de las prácticas fue de una entidad muy superior a las reclamaciones recibidas.

Por lo tanto, la Sala declaró la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC, consistentes en la realización de prácticas comerciales fraudulentas de engaño y confusión, y sancionó al Grupo AUDAX por tales conductas.

## 2.3. Sanción y prohibición de contratar

En consecuencia, la Sala resolvió imponer una multa total de 9,2 millones de euros a las empresas investigadas. Respecto a la determinación del tipo aplicable, la Sala establece tipos distintos para cada empresa entre el 1 y el 2,5 % sobre su volumen de negocios total, y justifica su decisión afirmando que las conductas afectaron directamente a bienes de primera necesidad para los consumidores, que la infracción abarcó todo el territorio nacional y que la duración de la conducta fue desde enero de 2018 hasta octubre de 2021, entre otras razones. En cuanto a la valoración de la proporcionalidad, la Sala determinó que las sanciones a AUDAX y a una de sus comercializadoras propuestas por la Dirección de Competencia eran desproporcionadas en atención a sus ingresos

en el mercado afectado durante la infracción, por lo que redujo la cuantía de la multa respecto a ambas empresas.

Finalmente, la Sala decidió sancionar al Grupo AUDAX con la prohibición de contratar con el sector público. Cabe destacar que se trata de la primera vez que se aplica esta prohibición por la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC. No obstante, la resolución no fija la duración y alcance de la prohibición de contratar, por lo que tales extremos deberán determinarse mediante un procedimiento instruido al efecto, cuya competencia corresponde al ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

### 3. S/0016/20 préstamos ICO Covid

---

La CNMC declaró la inexistencia de infracción y el archivo del procedimiento sancionador contra Caixabank, Bankia (ahora Caixabank), Banco Santander y Banco Sabadell, por presuntos actos de competencia desleal cometidos en la comercialización de los préstamos con avales ICO Covid a empresas y autónomos. En particular, se denunció que las entidades estarían aprovechando estos préstamos para exigir la contratación de productos adicionales (como seguros de vida) y refinanciar deudas preexistentes.

#### 3.1. Contexto

Con la idea de paliar los efectos económicos del COVID-19, el Gobierno decidió regular una línea de avales para empresas y autónomos a la que podrían tener acceso a través de entidades financieras mediante la financiación de nuevas operaciones o la renovación de operaciones existentes. La primera norma sobre la materia fue el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (“RDL 8/2020”), que disponía que las condiciones aplicables y los requisitos a cumplir se establecerían por acuerdos del Consejo de Ministros. A tal fin, se aprobaron un total de seis acuerdos. No obstante, este primer real decreto-ley no fue más que la primera iniciativa, ya que en los meses posteriores se continuó desarrollando la legislación sobre los avales; por ejemplo, destaca el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (“RDL 25/2020”), que también fue desarrollado por acuerdos del Consejo de Ministros.

Por otro lado, se celebraron contratos entre el Instituto de Crédito Oficial (“ICO”), entidad pública empresarial, y las entidades financieras (el “Contrato ICO”). Se trataba de contratos bilaterales marco que tenían por objeto establecer los términos y condiciones de la colaboración entre la entidad financiera y el ICO en relación con los avales ICO Covid. El Contrato ICO fue suscrito el 3 de abril de 2020 por todas las entidades investigadas en el expediente.

#### 3.2. El expediente

El expediente se origina en una comunicación en el “Buzón Covid”, que puso en marcha la CNMC en marzo de 2020, en la que se denunciaba la existencia de indicios de vulneración de las normas

de defensa de la competencia por parte de determinadas entidades financieras al conceder préstamos ICO Covid. El 6 de abril de 2020 la Dirección de Competencia inició una información reservada y el 3 de agosto de 2020 incoó el procedimiento. Cabe destacar que en 2022 la Dirección de Competencia concluyó que no se podía acreditar la existencia de prácticas prohibidas y elevó la propuesta de archivo, pero la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró que era necesaria una mayor investigación y acordó la práctica de actuaciones y diligencias complementarias. Tras la realización de esas labores adicionales de instrucción, la Dirección de Competencia llegó a la misma conclusión y la Sala deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de junio de 2023, acordando el archivo del expediente.

Las conductas que fueron investigadas por la CNMC son tres. En primer lugar, la venta vinculada o condicionada (es decir, condicionar la venta de los préstamos ICO a que se compraran otros productos de la entidad financiera), que estaba prohibida por el Contrato ICO y por el acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020 que desarrollaba el RDL 8/2020. En segundo lugar, la refinanciación (es decir, la obligación de utilizar los nuevos préstamos para refinanciar deuda preexistente), que estaba prohibida en el Contrato ICO y en el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2020 que desarrollaba el RDL 25/2020. Finalmente, la venta combinada o "con ocasión" (esto es, la mera venta conjunta de los préstamos y otros productos), la cual se mencionaba en el acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020. No obstante, el ICO se pronunció afirmando que "*no era una prohibición absoluta de venta de productos y servicios financieros*". Para ninguna de las conductas investigadas fue acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 LDC, por lo que la CNMC archivó el expediente.

### 3.3. La aplicación del artículo 3 LDC

La CNMC hace un estudio pormenorizado de cada uno de estos requisitos para que una práctica se considere ilícita bajo el artículo 3 LDC.

En primer lugar, las conductas han de ser contrarias a la LCD. La Sala descarta la propuesta de la Dirección de Competencia de aplicar el artículo 4 LCD, que establece una cláusula general de prohibición de la competencia desleal, ya que considera que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que un acto contrario a la buena fe sea constitutivo de un acto de competencia desleal, es preciso tener en cuenta si se trata o no de un supuesto autónomo (es decir, si la conducta se encuentra tipificada en otro de los artículos de la LCD, el artículo 4 LCD no podrá aplicarse). A la vista de la situación, considera más adecuado realizar el análisis de las conductas desde la perspectiva del artículo 15 LCD, que regula precisamente un supuesto de competencia desleal por infracción de normas. Esto se debe a que las conductas investigadas habían sido prohibidas por los acuerdos del Consejo de Ministros antes mencionados. Cabe resaltar que la Sala afirma que los acuerdos del Consejo de Ministros reúnen los requisitos de imperatividad, generalidad y coercibilidad propios de una norma jurídica, dando por lo tanto una definición de norma jurídica de gran amplitud.

En particular, la Sala decide aplicar el artículo 15.2 LCD que recoge que "*tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*". En este caso en particular, la Sala establece que se trata de normas

concurrenciales, ya que modelan las estrategias concurrenciales de los operadores económicos para promover la difusión de sus prestaciones, condicionan la posibilidad de promover la comercialización de los propios productos y limitan una posible estrategia de ventas que, en ausencia de tal prohibición, estaría permitida.

Asimismo, la Sala introduce una diferenciación interesante entre el nivel de prueba exigido para acreditar la infracción de normas respecto a ambos apartados del artículo 15 LCD. De esta manera establece que, a los solos efectos del artículo 15.2 LCD, será suficiente acreditar la existencia de la infracción de las normas concurrenciales, mientras que, para el artículo 15.1 LCD, es precisa la justificación adicional de que se ha producido una prevalencia de la ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de las normas. Este razonamiento parece separarse de lo que señala la Sentencia 304/2017 de 17 de mayo del Tribunal Supremo: *“La tesis enunciada en el encabezamiento del motivo del recurso, al afirmar que «para apreciar esta conducta desleal es suficiente la mera infracción de la norma concurrencial sin ulteriores requisitos» no es correcta, puesto que es pertinente y relevante valorar las circunstancias que concurren en el mercado en el que se produce esa posible infracción de la norma concurrencial”*.

Respecto a la valoración de las tres conductas investigadas, la Sala considera que una hipotética venta condicionada o refinanciación serían conductas prohibidas, pero no considera acreditada su infracción a la vista de su escasa relevancia y número de denuncias al respecto. En cuanto a la venta combinada o “con ocasión”, considera que la mera contratación adicional no es una infracción de la normativa reguladora y que la vulneración o no de la prohibición depende de la forma en la que se haya efectuado la contratación y, más en concreto, de si es o no a voluntad del contratante del préstamo o como consecuencia de una labor de comercialización activa. Finalmente, a diferencia de lo que ocurría en AUDAX, niega que existan indicios suficientes en cuanto a esta última conducta.

En segundo lugar, la Sala llega a la conclusión de que en cualquier caso las conductas no falsean la competencia. Las razones en las que fundamenta su conclusión con las siguientes: (i) solo se consideraría acreditada la existencia de actos aislados de competencia desleal que no pueden generar la necesaria afectación significativa; (ii) respecto a la supuesta venta vinculada, no se pudo calcular el peso de la venta de productos adicionales en relación con el total de productos análogos vendidos (p. ej., seguros); (iii) ninguna empresa de seguros actuó como denunciante o coadyuvante, y (iv) la intervención de la CNMC, la puesta en marcha del Buzón Covid y la publicidad pudieron tener un efecto neutralizador de las prácticas.

Finalmente, la Sala considera que, a la vista de la especial vulnerabilidad de los clientes en la contratación de estos préstamos y en un contexto de pandemia, podría haberse considerado una afectación al interés público, pero que, debido a la falta de conclusiones en los demás requisitos, no se considera acreditada la afectación.

En consecuencia, la CNMC resolvió declarar la inexistencia de infracción y archivar el procedimiento sancionador contra las cuatro entidades investigadas.

## 4. Diferencias entre ambos expedientes

---

Ambos expedientes se estudian a la luz de una infracción del artículo 3 LDC y de los tres requisitos necesarios para probar una conducta ilícita por este artículo, por lo que guardan cierta similitud. No obstante, las conductas de las empresas se tipifican bajo diferentes artículos de la LCD, por lo que el análisis de la infracción es diferente en cada caso. En cuanto a los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación del interés público, la CNMC mantiene un enfoque similar en ambos expedientes. Es más, una de las razones principales por las que se determina la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC en *AUDAX Renovables* es la dimensión de la conducta, que es precisamente una de las razones principales por las que se archiva el expediente *Préstamos ICO Covid*.

Asimismo, la propia CNMC hace en el expediente *Préstamos ICO Covid* una breve mención al expediente de *AUDAX Renovables*, comparando ambos casos. En el contexto de la venta combinada o "con ocasión", la CNMC determina que no existían suficientes indicios para concluir que las entidades financieras estuvieran llevando a cabo prácticas contrarias al artículo 3 LDC. Por el contrario, en *AUDAX Renovables*, la prueba indiciaria se construyó sobre la base del enlace de un conjunto de elementos: quejas y reclamaciones masivas de clientes, denuncias numerosas de competidores, traslados de clientes acreditados y actuación de organismos con competencias en la materia, entre otros.

Por lo tanto, y si bien ambos expedientes guardan algunas similitudes, no dejan de ser diferentes en cuanto al planteamiento y prueba de las conductas investigadas.

## 5. Consideraciones finales

---

Los anteriores expedientes no son más que una muestra de la reciente tendencia de la CNMC para investigar, incoar e incluso sancionar por prácticas relativas al artículo 3 LDC. El número de expedientes que han sido investigados en los últimos años hace pensar que se trata de una nueva tendencia del actual Consejo de la CNMC para poder investigar con libertad el comportamiento de las empresas que no encaja exactamente en los parámetros de los artículos 1 y 2 LDC. Las conductas desleales pueden ser de una naturaleza amplia y, al encontrarse ligadas a una ley distinta como es la LCD, la CNMC tiene una mayor libertad para investigar conductas que puedan falsear la competencia.

La creciente aplicación del artículo 3 LDC es, por lo tanto, una tendencia que parece llamada a seguir aplicándose en el futuro.