ANUARIO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

2024

MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA
DIRECTOR

ANA ALCÁZAR FORTIS
RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO
MARÍA ÁLVAREZ SAN JOSÉ
BEATRIZ CABEZALI
PEDRO CALLOL
ENRIQUE CAÑIZARES PACHECO
PILAR CARRASCO DEL OLMO
CLAUDIA CASTILLO COMABELLA
MANUEL CONTRERAS
EDUARDO CRESPO CIMAS
BEATRIZ DE GUINDOS TALAVERA
FERNANDO DÍEZ ESTELLA
JORDI ESPAÑOL RAMÍREZ
ABEL ESTOA PÉREZ
BÁRBARA FERNÁNDEZ
PABLO GARCÍA VÁZQUEZ
RAMÓN GARCÍA-GALLARDO
HENAR GONZÁLEZ DURÁNTEZ
ANTONIO GUERRA FERNÁNDEZ
JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA
PATRICIA LIÑÁN HERNÁNDEZ
PABLO LÓPEZ
BLANCA MANZANARES MARTÍN
JORGE MANZARBEITIA
VIOLETA MARINAS SERRA
BÁRBARA MONTANARI
EDURNE NAVARRO VARONA
RAIMUNDO ORTEGA
ALEXANDRE PICÓN
MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA
ANDER ROMAY MARCOS
IRATXE RUEDA
JAVIER SALINAS CASADO
ÁNGEL VALDÉS BURGUI
CARLOS VÉRGEZ MUÑOZ
PATRICIA VIDAL MARTÍNEZ
PABLO VILA

CIVITAS

© **Miguel Ángel Recuerda Girela (Dir.) y otros**, 2024
© **Editorial Aranzadi, S.A.U.**

Editorial Aranzadi, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
https://www.aranzadilaley.es

Primera edición: 2024

Depósito Legal: M-26754-2024
ISBN versión impresa: 978-84-1078-885-5
ISBN versión electrónica: 978-84-1078-886-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Printed in Spain

© Editorial Aranzadi, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ÍNDICE GENERAL

RELACIÓN DE AUTORES 19

PRESENTACIÓN DEL DIRECTOR 23

CAPÍTULO 1

NOVEDADES EN MATERIA DE INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES EN LOS ÁMBITOS ADMINISTRATIVO Y CIVIL

ANTONIO GUERRA FERNÁNDEZ, BÁRBARA MONTANARI 25

1. Introducción 25

2. La posición de la CNMC y de los Tribunales en los procedimientos sancionadores más relevantes 26

2.1. Suzuki-Honda 26

2.2. Fabricantes de automóviles 29

2.3. Industrias lácteas 2 33

2.4. Tabacos 36

3. Las derivadas de las posiciones adoptadas en el ámbito administrativo en sede de reclamación civil de daños 37

4. Conclusiones 42

CAPÍTULO 2

LAS LLAMADAS *TORPEDO ACTIONS* EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. ¿SON COMPATIBLES CON EL PRINCIPIO DE RESARCIMIENTO PLENO Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD?

BLANCA MANZANARES MARTÍN 43

1. Introducción 43

2. Las llamadas acciones torpedo en la aplicación privada del Derecho de la Competencia 44

3. Tratamiento de las acciones negativas por parte de la doctrina y jurisprudencia 46

4. Compatibilidad de las acciones torpedo con el principio de reparación del daño y derecho al pleno resarcimiento y el principio de efectividad consagrado en nuestro ordenamiento 49

5. Conclusiones. 53

6. Bibliografía. 54

CAPÍTULO 3

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN SU DÉCIMO ANIVERSARIO

ABEL ESTOA PÉREZ 55

1. Introducción. 55

2. El controvertido inicio. 56

3. La anulación parcial 58

4. Redefinición de la Ley. 59

5. Carácter transversal 60

6. El test de proporcionalidad 61

7. Perspectivas a la vista del uso de los mecanismos de protección de operadores 63

8. Bibliografía. 66

CAPÍTULO 4

EXPLOTANDO EL POTENCIAL DE LAS INSPECCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA

BEATRIZ DE GUINDOS TALAVERA, MARÍA ÁLVAREZ SAN JOSÉ 67

1. Consideraciones introductorias: las inspecciones más allá de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y normativa nacional equivalente 68

2. La regulación nacional sobre inspecciones: el artículo 40 de la LDC y el artículo 27 de la LCCNMC. 68

3. La experiencia de la dirección de competencia en materia de inspecciones 71

4. Las insuficiencias de los requerimientos de información y de las entrevistas 74

5. Las inspecciones como instrumento estratégico en el control de concentraciones 76

5.1. Gun jumping 78

5.2. Colusión previa a la concentración 82

5.3. Infracción de los deberes de información y colaboración 83
5.4. El caso diferenciado de los mercados digitales 84

6. Las inspecciones en el marco de la vigilancia del cumplimiento de previas resoluciones 87

7. Conclusiones. 89

8. Bibliografía. 90

CAPÍTULO 5

LOS LÍMITES DE LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN ESPAÑA: LA CONDUCTA INDUCIDA

HENAR GONZÁLEZ DURÁNTEZ, PILAR CARRASCO DEL OLMO 93

1. Introducción. 93

2. La conducta inducida por los inspectores 94

3. La resolución sancionadora: abuso de posición de dominio por denegar el acceso a instalaciones para prestar servicios ficticios 96

4. El recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Andalucía 97

4.1. Fundamentación del recurso: extralimitación en el uso de las potestades de inspección y conducta inducida 97

4.2. La sentencia del TSJ de Andalucía confirmatoria de la resolución sancionadora 100

5. El recurso de casación ante el Tribunal Supremo 102

6. Nulidad de la resolución sancionadora 105

7. Conclusiones. 106

CAPÍTULO 6

LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LAS AA.PP.: ¿UNA AUTÉNTICA SANCIÓN *ANTITRUST*?

FERNANDO DÍEZ ESTELLA, JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA 107

1. Introducción. 107

2. La finalidad disuasoria de las herramientas de la política de competencia 112

2.1. El programa de clemencia 113

2.2. Las sanciones personales a los directivos 116

2.3. Las —fracasadas— propuestas de criminalización de los cárteles 117

2.4. El efecto también disuasorio de la aplicación privada del D.º de la Competencia 120

3. La prohibición de contratar con las AA.PP. por infracciones del Derecho de la competencia 123
3.1. Contratación pública y Derecho de la competencia 123
3.2. Prohibiciones para contratar y falseamiento de la competencia 126
3.3. Naturaleza de la prohibición: verdadera sanción antitrust 128
3.4. El principio de proporcionalidad en su aplicación 131
4. La guía de la CNMC de Julio de 2023 132
4.1. Proporcionalidad y uniformidad 133
4.2. Ámbito y alcance de la prohibición 134
5. Conclusiones 138
6. Bibliografía 139

CAPÍTULO 7
LA COMUNICACIÓN 1/2023 DE LA CNMC Y EL FUTURO DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN ESPAÑA
PABLO GARCÍA VÁZQUEZ, ANDER ROMAY MARCOS 147

1. Introducción: el camino hasta la Comunicación 1/2023 147
2. Alcance 152
2.1. Alcance subjetivo 152
2.2. Alcance objetivo: infracciones 153
2.3. Alcance temporal, material y geográfico 156
3. La prohibición de contratar. Desafíos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad 159
3.1. La prohibición de contratar y la multa 159
3.2. Apreciación por los órganos de contratación 162
4. Criterios de exención y revisión de la prohibición de contratar 165
4.1. Exención 165
4.2. Revisión 167

CAPÍTULO 8
LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL CASO ALTICE: CONSECUENCIAS PARA LAS FUTURAS DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE «GUN JUMPING»
RAFAEL ALLENDESALAZAR CORCHO 169

1. Introducción 169

2. La Decisión de la Comisión que sanciona a Altice por gun-jumping 172
3. Sobre la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos 173
4. Respecto de la ejecución de una concentración 181
5. Respecto de la proporcionalidad de las dos multas impuestas a Altice . . . 185
6. Conclusión 189
7. Bibliografía 192
8. Legislación 193

CAPÍTULO 9
CNMC: COORDINACIÓN, CONTROL PREVENTIVO E IMPUGNACIÓN DE NORMATIVAS DICTADAS POR AYUNTAMIENTOS Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ÁNGEL VALDÉS BURGUI 195

1. Fundamento legal y desarrollo de las competencias de la CNMC en materia de coordinación, control preventivo e impugnación de normativas dictadas por Ayuntamientos y Comunidades Autónomas 195
2. La regulación de los taxis en Córdoba y Málaga (2015) 199
3. La larga «guerra» taxi-VTC en Madrid y Barcelona (2009-2024) 201
4. Las licencias de movilidad urbana compartida: bicicletas, motos y coches de uso compartido (2023) 206
5. Los autobuses turísticos y los TukTuk (2023) 208
6. Los puntos de recarga de vehículos eléctricos (2023) 211
7. Las viviendas turísticas (2018-2023) 213
8. Subvenciones autonómicas para la formación de desempleados (2023) . . 217
9. Otros casos de interés 218
10. Conclusiones 220

CAPÍTULO 10
CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR POR DESNATURALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN RESERVADA
MANUEL CONTRERAS 223

1. Introducción 223
2. Objeto y desnaturalización 224

3. Duración 225
4. Inactividad administrativa 227
5. Caducidad 228
6. Conclusiones 229
7. Bibliografía 230

CAPÍTULO 11
LA *VIS EXPANSIVA* DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES. NOVEDADES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO
PATRICIA LIÑÁN HERNÁNDEZ 231

1. Introducción 231
2. Cuestiones previas sobre el control de concentraciones en Europa 233
2.1. Origen y evolución del control de concentraciones europeo 233
2.2. Funcionamiento del Reglamento de Concentraciones. Umbrales de notificación y mecanismos de remisión 233
2.3. La opción por los umbrales de facturación: ventajas e inconvenientes . . 235
3. El asunto Illumina: la competencia de la Comisión para analizar concentraciones *ex* artículo 22 del Reglamento de Concentraciones 237
3.1. Antecedentes 237
3.2. Las Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del artículo 22 del Reglamento de Concentraciones 237
3.3. La sentencia del Tribunal General 238
3.4. Las Conclusiones del Abogado General Emiliou 238
3.5. La Sentencia del Tribunal de Justicia 239
4. El asunto Towercast: concentraciones analizadas como abuso de posición de dominio 239
4.1. Antecedentes 239
4.2. Las Conclusiones de la Abogada General Kokott 240
4.3. La Sentencia del Tribunal de Justicia 242
4.4. Aplicación posterior de la doctrina Towercast. El asunto Proximus 243
5. Conclusiones 244
6. Bibliografía 245

CAPÍTULO 12

APROXIMACIÓN A LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE UNA SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA FAVORABLE EN EL ÁMBITO SANCIONADOR DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LAS POSIBLES VÍAS PARA ALCANZARLA BAJO ANÁLISIS

JAVIER SALINAS CASADO, CLAUDIA CASTILLO COMABELLA, JORDI ESPAÑOL RAMÍREZ 247

1. Introducción 248

2. El artículo 110 de la Ley 29/1998 como vía irrealizable para promover la extensión de efectos de una sentencia favorable dictada en un recurso contra una resolución sancionadora en materia de defensa de la competencia 249

3. Análisis de las vías alternativas al artículo 110 de la Ley 29/1998 que habrían sido puestas a prueba para promover la extensión de efectos de una sentencia favorable dictada en un recurso contra una resolución sancionadora en materia de defensa de la competencia 251

3.1. El recurso extraordinario de revisión previsto en los artículos 113 y 125 de la Ley 39/2015 251

3.1.1. Contenido 251

3.1.2. Finalidad y alcance 252

3.1.3. Aplicación en el ámbito del Derecho de la Competencia para la extensión de efectos de una sentencia contencioso-administrativa 254

3.2. La solicitud de revisión de oficio de actos nulos ex artículo 106.1 de la Ley 39/2015 257

3.2.1. Contenido 257

3.2.2. Finalidad y alcance 258

3.2.3. Límites impuestos en virtud del artículo 110 de la Ley 39/2015 y especial mención a la cosa juzgada material. 260

3.2.4. Aplicación en el ámbito del Derecho de la Competencia para la extensión de efectos de una sentencia contencioso-administrativa 261

3.3. La vía de la ejecución de sentencia firme ex artículo 104.2 de la Ley 29/1998 en calidad de «persona afectada» 266

3.3.1. Contenido 266

3.3.2. Finalidad y alcance 267

3.3.3. Aplicación en el ámbito del Derecho de la Competencia para la extensión de efectos de una sentencia contencioso-administrativa con especial mención a la necesaria condición de «persona afectada» 268

4. Conclusiones. 270

5. Bibliografía. 272

CAPÍTULO 13

EXPEDIENTES SANCIONADORES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

BEATRIZ CABEZALI, PABLO LÓPEZ, ALEXANDRE PICÓN 273

1. Introducción 273

2. Tendencias en materia de inspecciones de la CNMC 274

2.1. Desarrollo de inspecciones domiciliarias 275

2.2. Cifras de inspecciones domiciliarias 276

2.3. Litigiosidad administrativa en el marco de inspecciones domiciliarias . . 278

2.4. Expedientes por obstrucción de la labor inspectora 278

2.5. ¿Qué podemos esperar? 279

3. Sanciones 279

3.1. Sanciones a empresas 279

3.2. Sanciones a directivos 283

4. Procedimiento administrativo 284

5. Tipología de los expedientes sancionadores 285

6. Auge y caída del programa de clemencia 287

7. La aplicación por la CNMC de la prohibición de contratar con el sector público 291

7.1. Impacto en las tendencias de la CNMC por parte de las autoridades autonómicas 292

7.2. La Comunicación de la CNMC sobre los criterios para fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar con el sector público 293

7.3. ¿Qué podemos esperar? 295

8. Recursos en sede contencioso-administrativa: endurecimiento de criterios 296

9. Conclusiones 297

10. Bibliografía 298

CAPÍTULO 14

LAS NUEVAS DIRECTRICES DE LA COMISIÓN SOBRE DEFINICIÓN DE MERCADO: UNA VISIÓN ECONÓMICA

ENRIQUE CAÑIZARES PACHECO 301

1. Introducción 301

2. El papel de la definición del mercado relevante 302

3. La definición de mercado en presencia de diferenciación de producto significativa 305

4. El caso de plataformas de varios lados 306

5. Los ecosistemas digitales 308

6. Otras novedades 309

7. Conclusiones 310

8. Bibliografía 311

CAPÍTULO 15

LA COORDINACIÓN ENTRE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES Y DE CONTROL DE INVERSIONES EXTRANJERAS CUANDO LA COMPETENCIA PARA RESOLVER RECAE, RESPECTIVAMENTE, SOBRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS

RAIMUNDO ORTEGA, BÁRBARA FERNÁNDEZ, IRATXE RUEDA 313

1. Introducción 313

2. Descripción del marco normativo 316

2.1. Breve referencia a la normativa europea sobre control de concentraciones 316

2.2. Breve referencia a la normativa en materia de FDI 317

2.3. Breve referencia a la normativa en materia de subvenciones extranjeras 319

3. Necesaria coordinación entre los regímenes autorizatorios 320

3.1. Identificación del problema 320

3.2. Potenciales soluciones basadas en la normativa vigente 321

3.3. Referencia a algunos modelos de interacción adoptados y a posibles soluciones 324

4. Conclusión 325

5. Bibliografía 326

CAPÍTULO 16

NOVEDADES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS SUBVENCIONES EXTRANJERAS

EDURNE NAVARRO VARONA, ANA ALCÁZAR FORTIS 327

1. Introducción 327

2. El Reglamento de Subvenciones Extranjeras 328
3. El desempeño del FSR en su primer año 329
4. Conclusiones y perspectivas de futuro 331
5. Bibliografía 333

CAPÍTULO 17
APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL ÁMBITO DEPORTIVO: EL ASUNTO DE LA SUPERLIGA Y OTRAS SENTENCIAS RECIENTES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
PEDRO CALLOL, JORGE MANZARBEITIA 335

1. Preliminar 335
2. Cuestión previa la aplicación del Derecho de la competencia el deporte y la posible incidencia del artículo 165 TFUE 336
2.1. Sujeción del deporte a las normas de competencia 336
2.2. El artículo 165 TFUE como posible excepción a la aplicación del Derecho de la competencia 337
3. Los asuntos Superliga, Unión Internacional de Patinaje y Royal Antwerp 338
3.1. El asunto Superliga 338
3.1.1. Introducción 338
3.1.2. La Sentencia del TJUE 340
3.1.3. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid y la modificación de las reglas de autorización de competiciones de la UEFA de junio 2022. 343
3.2. El asunto Unión Internacional de Patinaje 344
3.2.1. Introducción 344
3.2.2. La Sentencia del TJUE 345
3.3. El asunto Royal Antwerp 346
3.3.1. Introducción 346
3.3.2. La Sentencia del TJUE 347
4. Conclusión 347

CAPÍTULO 18
GREENWASHING Y POLÍTICA «VERDE» DE LA UNIÓN EUROPEA
RAMÓN G-GALLARDO, PABLO VILA 349

1. Introducción 349
2. «Greenwashing» 349

3. Directiva Europea Sobre Alegaciones Ecológicas 353

4. Acuerdos horizontales 356

5. Conclusión 357

CAPÍTULO 19

CUESTIONES RELEVANTES EN MATERIA DE ALGORITMOS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

CARLOS VÉRGEZ MUÑOZ, EDUARDO CRESPO CIMAS 359

1. Introducción 359

2. La teoría del daño algorítmica 361

2.1. Tipos de algoritmos 362

2.1.1. Tipos de algoritmos según su funcionamiento 362

2.1.2. Tipos de algoritmos según su utilización 362

2.2. Derecho de la competencia y algoritmos 364

2.2.1. Colusión algorítmica 365

2.2.2. Conducta algorítmica unilateral 370

3. Retos que plantean los algoritmos para autoridades de competencia y empresas 373

3.1. Desafíos principales para las autoridades de competencia 373

3.1.1. Adecuación de la normativa de competencia al fenómeno de los algoritmos 374

3.1.2. ¿Cómo pueden las autoridades de competencia investigar este tipo de conductas? 375

3.1.3. Estrategias para enfrentar los retos 377

3.2. Principales desafíos para para las empresas 377

4. Conclusiones 379

5. Bibliografía 380

CAPÍTULO 20

TOWERCAST: ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

PATRICIA VIDAL MARTÍNEZ, VIOLETA MARINAS SERRA 383

1. Introducción 383

2. El caso Towercast 385

2.1. Los orígenes del caso Towercast: denuncia, resolución de la Autoridad Francesa de la Competencia y cuestión prejudicial 385

2.2. Las Conclusiones de la Abogada General Kokott 388
2.3. La Sentencia del TJUE 391
3. Resoluciones nacionales 391
3.1. El caso del almacén en Austria 392
3.2. El caso Utopia en Luxemburgo 393
3.3. El caso Alken-Maes/AB InBev (Bosteels) en Bélgica 393
3.4. El caso TicketOne en Italia 395
3.5. Los precedentes en España 396
4. Consecuencias e interrogantes de la sentencia Towercast 399
5. Conclusiones 402
6. Bibliografía 404

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA 405
1. Civil 405
2. Comunitario 405
3. Contencioso 407

SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA 411

Capítulo 1

NOVEDADES EN MATERIA DE INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES EN LOS ÁMBITOS ADMINISTRATIVO Y CIVIL [1]

Antonio Guerra Fernández
Abogado de Uría Menéndez

Bárbara Montanari
Abogada de Uría Menéndez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POSICIÓN DE LA CNMC Y DE LOS TRIBUNALES EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES MÁS RELEVANTES. *2.1. Suzuki-Honda. 2.2. Fabricantes de automóviles. 2.3. Industrias lácteas 2. 2.4. Tabacos.* 3. LAS DERIVADAS DE LAS POSICIONES ADOPTADAS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO EN SEDE DE RECLAMACIÓN CIVIL DE DAÑOS. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el terreno jurídico del Derecho de la competencia, tanto en España como en la Unión Europea, ha experimentado cambios significativos, en particular en lo relativo al intercambio de información entre competidores. Este trabajo profundiza en los matices de este panorama en evolución, con un enfoque específico en los desarrollos recientes tanto en el ámbito administrativo como en el civil, destacando la creciente importancia de las acciones de daños y perjuicios, también conocidas como aplicación privada del Derecho de la competencia.

En la primera sección, titulada «La posición de la CNMC y de los tribunales en los procedimientos sancionadores más relevantes», se examinan las posiciones adoptadas por la autoridad española de competencia y los tribunales en los aspectos más reseñables de los casos de presuntas infracciones del Derecho de la competencia por intercambio de información. A través de un análisis de cuatro casos españoles significativos, se ofrece una visión completa

1. El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

de cómo estos órganos administrativos y contencioso-administrativos han ido interpretando y aplicando los principios del Derecho de la competencia en el contexto de la aplicación pública.

En la segunda sección, titulada «Las derivadas de las posiciones adoptadas en el ámbito administrativo en sede de reclamación civil de daños», se profundiza en el cambiante panorama de la aplicación privada, resaltando los vínculos que existen con la esfera administrativa y las implicaciones de las posiciones adoptadas en el ámbito de la aplicación pública. En esta sección se subraya el impacto transformador de la categorización del intercambio de información como conducta por objeto y/o como cártel sobre las acciones por daños y perjuicios en los procedimientos civiles. Dada la creciente frecuencia e importancia de las acciones de daños y perjuicios en los últimos años, se explora cómo tales categorizaciones influyen en las normas para la concesión de daños y perjuicios, haciendo hincapié en el cambio de la carga de la prueba y en la creciente importancia de demostrar los efectos del intercambio de información en los litigios civiles.

En el contexto de la creciente importancia de los mecanismos de aplicación privada, este análisis pretende ofrecer una visión de la evolución de la dinámica de la aplicación del Derecho de la competencia español y de la Unión Europea con un énfasis especial en lo que respecta a la intersección de las esferas administrativas y civiles en las que se desenvuelve la reclamación de responsabilidad por ilícitos antitrust.

2. LA POSICIÓN DE LA CNMC Y DE LOS TRIBUNALES EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES MÁS RELEVANTES

2.1. SUZUKI-HONDA

En el expediente sancionador *S/0280/10 Suzuki-Honda*, la entonces llamada Comisión Nacional de la Competencia («**CNC**») adoptó en 2012 una resolución[2] por la que apreciaba la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia («**LDC**»)[3] en el mercado de las motocicletas en España. En dicha resolución, se atribuía a las filiales españolas de los grupos Suzuki y Honda la responsabilidad por el intercambio de información comercialmente estratégica y, más concretamente, de los precios individualizados de venta mayorista (al concesionario) y de los precios minoristas recomendados aplicables a todos sus modelos de motocicletas. Este intercambio se produjo poco después de que entrara en vigor una reforma legal que implicó una modificación sustancial de los tipos impositivos del impuesto de matriculación, lo que habría generado un período de incertidumbre para los fabricantes y comercializadores de motocicletas en relación con la evolución de los precios mayoristas y minoristas.

2. Resolución del Consejo de la CNC de 19 de enero de 2012 en el expediente *S/0280/10 Suzuki-Honda*.
3. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La CNC reconoció que en el expediente no quedaba acreditada la existencia de un acuerdo formal entre las empresas. De todos modos, consideró que la conducta constituía una forma de coordinación que permitió sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas y que, por ello, equivaldría a una concertación prohibida. Asimismo, la autoridad argumentó que un único contacto, como el del presente caso, puede resultar objetivamente apto para reducir **(i)** la independencia de los competidores en el mercado y **(ii)** sus incentivos para competir. La CNC apoyó su argumento en la presunción *iuris tantum* de que las empresas que siguen activas en el mercado tendrían en consideración esos datos estratégicos intercambiados a la hora de configurar su política comercial.

Además, el hecho de que se hubieran intercambio datos individualizados sobre precios fue considerado objetiva y concretamente apto para reducir la incertidumbre estratégica derivada de la reforma legal, lo que llevó a calificar la conducta como prohibida por su objeto. En concreto, el objeto anticompetitivo que la CNC detectó en la conducta no era tanto la alineación de precios, sino la minimización de la incertidumbre sobre cómo repercutirían los nuevos tipos impositivos **(i)** en los precios a los concesionarios y **(ii)** en los precios de venta al público recomendados, en un contexto de reducción significativa de la demanda.

En sede de revisión contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional se pronunció en 2016 sobre la conducta sancionada por la CNC. En relación con la calificación por objeto, recordó que es suficiente que, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe una práctica concertada, esta resulte apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. También precisó que, para considerar que el objeto de un intercambio de información es contrario a la competencia, la jurisprudencia europea no exige que una conducta tenga un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales, sino que sería suficiente que el intercambio pueda eliminar la incertidumbre relativa al comportamiento que pretenden adoptar los competidores involucrados.

La Audiencia aclaró que, puesto que la infracción apreciada no era una concertación de precios, sino un intercambio que buscaba reducir la incertidumbre sobre la repercusión de los nuevos tipos impositivos en un contexto de crisis económica, la información remitida entre dos de los principales operadores del mercado era relevante. Ello se debía al hecho de que el listado de precios que fue intercambiado no solo contenía el precio de venta al público recomendado, efectivamente al alcance de cualquier competidor que consulte revistas especializadas, sino que también incluía el precio mayorista o precio de venta al concesionario. El intercambio recíproco de este dato para cada modelo de motocicletas comercializado permitió conocer el margen de beneficio de los concesionarios. Ese conocimiento estaba a una mera resta del precio aplicado al público sobre el precio mayorista de distancia, por lo que la difusión de los precios mayoristas disminuyó la incertidumbre en el futuro respecto de en qué medida se iba a repercutir el nuevo tipo impositivo a concesionarios y consumidores finales.

En otro orden de cosas, la Audiencia abordó la aparente paradoja según la cual los precios facilitados a la otra empresa, que se estaban aplicando y se habían publicado tres semanas antes de que tuviera lugar el intercambio, no podían ser al mismo tiempo precios vigentes y futuros. La Audiencia consideró que, aun estando vigentes, los precios revelados seguirían aplicándose en el futuro y se mantendrían así, lo que además constaba empíricamente, también porque su conocimiento recíproco era lo que permitía reducir el nivel de incertidumbre de su evolución.

Por último, la Audiencia afrontó otro argumento esgrimido por las partes en relación con la ausencia de efectos sobre la competencia. El Tribunal decidió entrar en el fondo de esta cuestión y volvió a recordar la ya mencionada presunción *iuris tantum* de causalidad a la que hizo referencia la CNC en su resolución. Tras considerar que la empresa sancionada era quien debía soportar la carga de probar que el intercambio de información no había tenido influencia en el mercado, puso de manifiesto que no se había ofrecido una explicación alternativa satisfactoria sobre el motivo del intercambio recíproco de información sobre precios.

El Tribunal Supremo, interpelado en sede de casación, confirmó las conclusiones alcanzadas por la Audiencia Nacional, reproduciendo en gran medida los argumentos utilizados por el tribunal de instancia.

Entre otras cuestiones, recordó cómo la jurisprudencia europea había sostenido en el caso *Suiker Unie* que el intercambio de información puede constituir una práctica concertada cuando el contacto directo o indirecto entre competidores reales o potenciales **(i)** conlleva la revelación del comportamiento que un operador tiene intención de mantener en el mercado o reduce la incertidumbre estratégica, **(ii)** tiene por objeto o efecto influir en el comportamiento de los operadores del mercado y **(iii)** mina una actuación independiente en el mercado; produciendo así un resultado colusorio[4]. A la luz de ello, consideró que la calificación de los hechos realizada por la Audiencia era correcta, pues la información intercambiada era relevante y la finalidad del intercambio era reducir la incertidumbre generada en el mercado en relación con la forma de repercusión de los nuevos tipos impositivos sobre los precios (i.e. repercusión sobre el margen del concesionario *vs* repercusión sobre el consumidor final) en un contexto de inseguridad derivado de la reforma fiscal.

El Tribunal Supremo coincidió también en la calificación de la infracción por objeto. Consideró que un intercambio de información que verse sobre precios individualizados de los productos comercializados e incluya datos no públicos tiene un objetivo contrario a la competencia, pues puede eliminar la incertidumbre en el comportamiento de las partes. Asimismo, indicó que el resultado colusorio se produce aun cuando, tras el visionado de la información del competidor, no se modifique el comportamiento ni se incida sobre los precios previos. En efecto, sería suficiente que la información intercambiada tuviera «la virtualidad de generar la seguridad de que exis-

4. STJUE de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros, SuikerUnie, párrafo 173 y ss. (JUR 2018, 16898; ECLI:EU:C:1975:174).

tirá un escenario estable y no se corr[erá] el riesgo de perder cuota de mercado», reduciendo, así, los incentivos de las partes para competir. Además, coincidió en la consideración de que tampoco sería necesario que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios finales aplicados al consumidor para calificar una infracción por objeto.

El Tribunal también incidió en la relevancia de las circunstancias del mercado en que se produjo el intercambio, es decir esa incertidumbre coyuntural, para aducir que la clase de información intercambiada fuera valiosa y tuviera influencia negativa en la competencia. Subrayó que el intercambio tuvo el resultado objetivo de reducir la incertidumbre del comportamiento en el mercado, pues la clase de información intercambiada **(i)** era individualizada sobre cada modelo; **(ii)** era información no solo presente, sino que tenía efectiva proyección futura para el resto del año; e **(iii)** incluía el precio mayorista que no era público y que permitía determinar los márgenes comerciales de los concesionarios, sin que fuera relevante el hecho de que no se intercambiaran los descuentos y promociones que se aplicarían, de todas formas, sobre esos márgenes disponibles.

2.2. FABRICANTES DE AUTOMÓVILES

En el expediente sancionador *S/482/13 Fabricantes de automóviles*, incoado a partir de la presentación de una solicitud de clemencia por parte de SEAT, S.A., la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («**CNMC**») adoptó en 2015 una resolución[5] por la que apreciaba la existencia de una infracción de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («**TFUE**») y 1 de la LDC en el mercado de la distribución y comercialización de los vehículos automóviles en España, que atribuía a las «principales marcas presentes en el territorio español»[6]. La infracción sancionada consistía en el «intercambio de información confidencial comercialmente sensible, actual y futura, altamente desagregada» que «cubría la práctica totalidad de las actividades realizadas por dichas empresas mediante su Red de concesionarios: venta de vehículos nuevos, usados, prestación de servicios de taller, reparación, mantenimiento y venta de piezas de recambios oficiales»[7].

Según descrito en la resolución, dicho intercambio se había fraguado en tres foros distintos[8], al que se habrían sumado empresas diferentes y durante períodos distintos:

(i) *el «club de marcas»*, el foro original, en el que se había intercambiado «información comercialmente sensible sobre la estrategia de distribución comercial, los resultados de las marcas, la remuneración y márgenes comerciales a sus Redes de concesionarios*»,*

5. Resolución del Consejo de la CNMC de 25 de junio de 2015 en el expediente *S/482/13 Fabricantes de automóviles.*
6. *Ut supra*, p. 15.
7. *Ut supra*, p. 83.
8. *Ut supra*, pp. 28-37.

(ii) *el foro de Directores de Posventa*, fruto de la decisión de algunas empresas de «ampliar y completar la información intercambiada» con la relativa a los «servicios y actividades de posventa» y las «actividades de marketing» y

(iii) *las Jornadas de Constructores*, en el que los responsables de Marketing de Posventa habían intercambiado información comercialmente sensible relacionada con las «condiciones de las políticas y estrategias comerciales actuales y futuras con respecto al marketing de posventa, campañas de marketing al cliente final, programas de fidelización de clientes, las políticas adoptadas en relación con el canal de Venta Externa y las Mejores Prácticas a adoptar por cada una de las citadas marcas».

La CNMC consideró acreditado que el intercambio de información sensible implicaría una restricción de la competencia por su objeto, aunque también se pronunció sobre sus efectos, indicando, pero sin acreditarlo, que la conducta había provocado «una artificial disminución de la incertidumbre de las empresas en relación a la política comercial de sus competidoras y una correlativa disminución de la competencia durante los años en los que se produjeron los intercambios de información analizados»[9].

Por otra parte, la CMNC explicó que concurrían los presupuestos necesarios contenidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC para considerar que el intercambio de información escalaría al nivel de cártel[10]. Entre los argumentos tenidos en cuenta, se esgrimieron **(i)** el carácter estratégico, desagregado y actual de la información puesta en común; **(ii)** la regularidad y estabilidad de las reuniones y, en concreto, su organización por consultoras externas; **(iii)** el rango de responsabilidad de los asistentes; **(iv)** el conocimiento acreditado por parte de la alta dirección de las empresas partícipes; **(v)** el sistema «cerrado» por el que solo se compartía información con aquellas marcas que compartieran la propia; y **(vi)** el supuesto carácter secreto del intercambio sobre la base de los compromisos de confidencialidad que se firmaron con las consultoras externas en el contexto del «Club de marcas» y del «Foro de Directores de Posventa»[11].

En sede de revisión contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional se pronunció en 2019 sobre la figura del intercambio de información y sobre sus características[12]. Para abordar la procedencia de calificación al intercambio de información como cártel, hizo hincapié sobre los requisitos contenidos en las entonces vigentes Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (las «**Directrices Horizontales**»), en su redacción de 2011. En concreto, destacó que el intercambio debe **(i)** ser de información estratégica que reduzca la incertidumbre estratégica en el mercado; **(ii)** abarcar información actual con consecuencias para una política comercial futura; **(iii)** ser de

9. *Ut supra*, p. 84.
10. *Ut supra*, p. 83.
11. *Ut supra*, pp. 49-50.
12. SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de diciembre de 2019 (JUR 2020, 82373 — ECLI:ES:AN:2019:5029).

información desagregada; **(iv)** tener una frecuencia suficiente en atención a la volatilidad del mercado y a la naturaleza, antigüedad y agregación de los datos y **(v)** ser de información que no sea pública y a la que no se pueda acceder fácilmente. La Audiencia Nacional afirmó asimismo que la conducta era subsumible en el artículo 1 de la Ley 15/2007 porque no le resultaba «comprensible una conducta de intercambio de información [sino] bajo el prisma de tratar de uniformar las condiciones comerciales y eliminar la incertidumbre, y por ello, con el objeto de restringir, falsear o eliminar la competencia».

Sin embargo, fue un paso más allá y valoró que la prueba apuntaba hacia una «infracción por objeto constitutiva de cartel toda vez que los intercambios de información versa[ban] sobre datos de naturaleza estratégica y comercial», como la relativa al sistema de retribución de las marcas a los concesionarios, «que no se podrían haber obtenido de otro modo» y que habrían tenido «aptitud *per se* para reducir la incertidumbre y favorecer la coordinación y el objetivo de restringir la competencia».

Por otra parte, la Audiencia Nacional insistió en que entendía que la enumeración contenida en la Disposición Adicional no era de carácter cerrado. El Tribunal argumentó que el «artículo 62 de la LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención de su artículo 1» y que, aplicando una concepción similar a la Disposición Adicional Cuarta de la LDC, se podía entender que la misma debía necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incidiera, o pudiera incidir, «ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones».

Sobre el caso de los *Fabricantes de automóviles*, en última instancia y en sede de casación, se pronunció también el Tribunal Supremo [13]. Entre las cuestiones de interés casacional, se encontraba el debate sobre si la conducta detectada por la CNMC podía ser calificada como infracción por objeto del Derecho de la competencia y, además como un cártel, o si debería superar el test de las infracciones por efectos.

El Tribunal recordó que el artículo 1 plantea una disyuntiva cuando proscribe los acuerdos que tengan «por objeto o por efecto restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». El carácter alternativo del requisito, derivado de la conjunción «o», conlleva la necesidad de valorar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo a la luz del contexto económico en el que debía aplicarse. Solo de resultar que el acuerdo no revela un grado suficiente de nocividad sobre la libre competencia, entonces procedería examinar los efectos del acuerdo para detectar si la competencia ha resultado impedida, restringida o falseada de manera sensible y, en caso afirmativo, declarar el carácter prohibido de la conducta [14]. Si bien el Tribunal Supremo señaló que

13. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5495 — ECLI:ES:TS:2021:4535).

14. SSTJUE de 20 de noviembre de 2008, asunto C-209/07, *Beef Industry* (ECLI:EU:C:2008:643) y de 30 de junio de 1966, asunto 56/65, LTM (pp. 337-359 — ECLI:EU:C:1966:38).

es cierto que el concepto de restricción por objeto debe ser interpretado de forma restrictiva, también indicó que un intercambio de información podría presumirse y calificarse como un acuerdo anticompetitivo por su objeto toda vez que se demuestre que su objetivo es interferir en la fijación de precios [15]. Para el resto de los casos debe apreciarse el citado «grado suficiente de nocividad» mediante el análisis de cada uno de estos elementos: **(i)** las disposiciones del acuerdo deben contener un carácter nocivo para la competencia; **(ii)** los objetivos del acuerdo deben estar claramente definidos, sin que la persecución de un objetivo legítimo pueda eximir o compensar el carácter ilegal o anticompetitivo de otro objetivo perseguido; **(iii)** el contexto económico-jurídico del acuerdo, la naturaleza de los bienes o servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado afectado [16]. Al hilo de lo anterior, el Tribunal recordó la jurisprudencia derivada del asunto *Suiker Unie*, ya citada en la sección anterior, sobre los requisitos para sostener que un intercambio de información pueda constituir una práctica concertada.

Aplicando los elementos antes enumerados para el análisis de apreciación del grado suficiente de nocividad, el Tribunal Supremo consideró que la información intercambiada era «individualizada, actual, secreta y periódica sobre elementos relativos a los precios» y permitía «conocer las estrategias comerciales mutuas de las marcas y las condiciones de las redes de distribución relevante para la adopción de las políticas comerciales», siendo por ello «apta para disminuir la incertidumbre y facilitar el alineamiento» y para afectar «gravemente la independencia con la que cada operador debe actuar en el mercado». También afirmó que era «incuestionable» que la conducta de los fabricantes de coches tuviera «por objeto o finalidad restringir deliberadamente la incertidumbre sobre cuya base empresas competidores deben tomar sus decisiones en un entorno competitivo», descartando que el intercambio pudiera tener como finalidad transferir el conocimiento de las buenas prácticas y su aplicación en el sector.

Asimismo, en relación con las afirmaciones sobre los efectos que realizó la CNMC en su resolución, concluyó que dicha valoración habría sido fruto de una «evaluación objetiva y rigurosa de las condiciones y circunstancias en que se [produjeron] las prácticas colusorias», que sería «suficiente» para permitir «deducir junto a los demás factores considerados el carácter nocivo del intercambio de información entre competidores».

Por último, el Tribunal Supremo abordó la procedencia de la calificación de cártel, señalando que era cierto que la redacción original del artículo 1 de la LDC, vigente en el momento de la realización de las conductas enjuiciadas, definía el cártel como «todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto [fuera] la fijación de precios,

15. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de junio de 2017 (RJ 2017, 3016 — ECLI:ES:TS:2017:2488).

16. SSTJUE de 4 de junio de 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands* y otros, apartado 23 (ECLI:EU:C:2009:343); de 2 de abril de 2020, asunto C-228/18, *Budapest Bank* (ECLI:EU:C:2020:265) *que* completa la precedente de 11 de septiembre de 2014, *Groupement des Cartes Bancaires* (ECLI:EU:C:2014:2204).

de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones». Sin embargo, consideró que la nueva redacción implementada por el Real Decreto 9/2017[17], que transpuso algunas definiciones de la Directiva 2014/104/UE (la «**Directiva de Daños**»)[18] entre las que se encuentra la definición de cártel, podía tenerse en cuenta de cara a la interpretación de las conductas sin infringir el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. Ello sería posible porque «las conductas que se identifican y sancionan como cárteles en la redacción hoy vigente de la LDC no difieren de las que eran objeto de sanción en la redacción original de la LDC de 2007, ni en la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, con encaje en el mismo tipo infractor de igual contenido literal, delimitado en el artículo 1 de dichas normas». El Tribunal consideró que las diversas redacciones de las Leyes de competencia prohibían todas la misma conducta y que la definición de cártel introducida por el Real Decreto 9/2017 «se limita a aclarar, facilitar la comprensión y perfeccionar la definición de la redacción original de la ley, sin modificar su sentido, al destacar el carácter no cerrado de la enumeración de conductas constitutivas de cártel con la introducción de la expresión «...mediante prácticas tales como, entre otras...», lo que permitiría calificar la conducta de intercambio entre fabricantes de coches de información comercial confidencial referente a los precios como cártel. Por último, el Tribunal Supremo afirmó que, en todo caso, la calificación de la conducta sancionada como cártel no sería determinante de la gravedad de la infracción en atención a la redacción del artículo 62 de la LDC, que tan solo distingue entre prácticas anticompetitivas realizadas entre empresas no competidoras (infracciones graves) y empresas competidoras (infracciones muy graves).

2.3. INDUSTRIAS LÁCTEAS 2

En el expediente sancionador *S/0425/12 Industrias lácteas 2*, la CNMC emitió una primera resolución en 2015[19]. En sede de revisión contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional anuló parcialmente dicha resolución por vulneración de los derechos de defensa de las empresas sancionadas durante el procedimiento administrativo y ordenó la retrotracción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al de la vulneración de los derechos. En consecuencia, el expediente fue reanudado desde ese momento y, con el mismo material probatorio utilizado para la resolución anulada, la CNMC emitió una nueva resolución en 2019[20], a la que se hará referencia desde ahora en adelante.

17. Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.
18. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.
19. Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de febrero de 2015 en el expediente *S/0425/12 Industrias Lácteas 2*.
20. Resolución del Consejo de la CNMC de 11 de julio de 2019 en el expediente *S/0425/12 Industrias Lácteas 2.*

En dicha resolución, se atribuyó a varias empresas trasformadoras de leche cruda de vaca la responsabilidad por la infracción de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC en el mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. Según la CNMC, varias empresas participaron durante períodos distintos en una o más de una de las siguientes conductas[21]:

(i) *intercambios de información sobre precios y condiciones comerciales*, que «probablemente» habrían facilitado a las empresas que los competidores alinearan su política empresarial, llevaran a cabo una estrategia de coordinación de precios y condicionaran el comportamiento del segmento de la producción,

(ii) *intercambios de información sobre ganaderos* y, en particular, sobre datos relativos a la identidad de los mismos, volúmenes adquiridos o estrategias, que «probablemente» habrían facilitado que las empresas pudiesen llevar a cabo una estrategia de cesión de ganaderos o de boicot,

(iii) *intercambios de información sobre excedentes*, que habrían permitido regular la cantidad de leche existente en el mercado a través de la conversión en leche en polvo, con afectación del precio pagado a los ganaderos.

En la Resolución se indicó que el intercambio de información sensible infringe el artículo 101.1 del TFUE cuando funge de soporte para otros mecanismos anticompetitivos. Aunque se admitió que las pruebas sobre la existencia de estrategias coordinadas eran limitadas, la CNMC consideró que la evidencia recopilada permitía entender la importancia y la utilidad que reviste el intercambio de información entre las empresas del mercado de aprovisionamiento de leche cruda de vaca. En efecto, argumentó que estas tres conductas podrían permitir a las empresas sancionadas «adoptar una política común consistente en ejercer un control absoluto sobre la industria ganadera». Haciéndose eco de los requisitos de las entonces vigentes Directrices Horizontales, indicó que la adopción de esa política común fue posible porque el intercambio abarcó información «muy valiosa» y de «trascendencia estratégica», en atención **(i)** al carácter desagregado de la información intercambiada **(ii)** a su carácter actual y **(iii)** a la frecuencia y continuidad de los intercambios[22].

Para cumplir con la necesidad de analizar la dinámica del mercado afectado, la CNMC indicó que la estructura y el funcionamiento del mercado afectado favorecerían comportamientos anticompetitivos sobre el primer eslabón de la industria, i.e. la producción de leche, con el objetivo último de controlar el mercado aguas arriba con base en **(i)** el gran desequilibrio en el poder de negociación entre los ganaderos y las empresas transformadoras, **(ii)** el sistema de cuotas que estuvo vigente durante parte del período analizado y **(iii)** las barreras de entrada al mercado[23].

21. *Ut supra*, pp. 73-74.
22. *Ut supra*, pp. 58 y 59.
23. *Ut supra*, pp. 67-69.

La Autoridad descartó que el conocimiento de la conducta de los competidores se debiera a la transparencia del mercado, sino que atribuyó el aumento en la transparencia del mercado únicamente a contactos directos y bilaterales que implicaban que las «reacciones individuales» se condicionaran a la «reacción» de los competidores[24].

Ahondando en el encaje de las conductas en las prácticas proscritas por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, la CNMC incidió en que el intercambio de información sobre otros datos distintos a los precios, como pueden ser listas de clientes, ventas o volúmenes o estrategias comerciales puede reducir la incertidumbre estratégica del mercado. En ese mismo sentido, recalcó que entiende como prohibidas tanto las conductas que tienen un efecto directo sobre el precio que han de pagar los consumidores finales como las prácticas que se refieren a los precios de compra del insumo[25]. En todo caso, en ningún punto de la resolución de la CNMC se hace referencia al término «cártel», ni se dedica algún apartado a calificar la conducta sancionada como cártel.

En relación con la cuestión de los efectos, cuya prueba no se exige a la Autoridad de competencia cuando califique una infracción por objeto, la CNMC declara que considera acreditado que las conductas habrían ocasionado claros efectos por el «fuerte desequilibrio en el poder negociador» y a la estabilidad artificial que habría sido perjudicial para los ganaderos.

En sede de revisión contencioso-administrativa, la Audiencia Nacional se ha pronunciado en diversas sentencias de febrero de 2024 sobre la infracción apreciada por la CNMC. En primer lugar, criticó duramente la forma de motivar el acuerdo sancionador calificándolo de «manifiestamente mejorable», pues «cuando llega el momento de justificar o motivar la concreta participación de cada [empresa en la conducta], lo hace a través de una mera remisión a varios folios, sin mayores detalles o razones», lo que «ni tan siquiera constituye una motivación por remisión»[26]. Además, señaló que del cotejo de la remisión hecha a los folios en los que se enumeran los hechos probados, se desprendía que, en más de una ocasión, tales folios resultaban irrelevantes, eran meras reiteraciones, carecían de conexión directa con la empresa imputada o, en lugar de contener hechos, incorporaban meras valoraciones jurídicas carentes de soporte fáctico.

Pese a lo anterior, la Audiencia Nacional consideró que la prueba indiciaria recabada por la CNMC era suficiente para justificar la imputación a las empresas de una infracción consistente en el intercambio de información entre competidores. Señaló asimismo que el intercambio de información no tiene que versar sobre los precios o tener incidencia directa en ellos para resultar relevante y ser capaz de afectar a la competencia y, por ende, para ser calificado como una infracción con objeto anticompetitivo. Con base en los hechos relatados por la CNMC, consideró que cabía apreciar un

24. *Ut supra*, pp. 58 y 59.
25. *Ut supra*, p. 70.
26. SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de13 de febrero de 2024 (JUR 2024, 64957 — ECLI:ES:AN:2024:581).

intercambio de información entre competidores susceptible de condicionar la incertidumbre en el mercado y de posibilitar la alteración de las estrategias comerciales en función de la información recibida.

La Audiencia Nacional también indica que **(i)** aunque la información intercambiada fuera pública o pasada, habría que demostrar que es inocua de cara al mercado para que el intercambio no fuera anticompetitivo y que **(ii)** el hecho de que la información comercial haya transitado hacia los competidores mediante terceros no es por sí solo un elemento de descargo.

En el momento de la redacción de este artículo, la decisión de la CNMC carece de firmeza, pues las sentencias emitidas por la Audiencia Nacional están aún en plazo de ser recurridas en casación ante el Tribunal Supremo.

2.4. TABACOS

En el expediente sancionador *S/DC/0607/17 Tabacos*, la CNMC adoptó en 2019 una resolución[27] por la que apreciaba la existencia de una infracción de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC que habría tenido incidencia en los mercados de tabaco nacionales, concretamente el mercado de la fabricación de cigarrillos y, en menor medida, en el mercado mayorista de distribución[28]. La infracción sancionada consistía en el intercambio de información sensible, aunque no futura, sobre las ventas de cigarrillos, con una dinámica peculiar. Logista, el principal distribuidor de cigarrillos en España (quien realiza el 99% de las ventas de cigarrillos a nivel mayorista) y único distribuidor de los cuatro principales fabricantes de tabaco a nivel nacional (que, conjuntamente, abarcan el 95% del mercado) habría estado facilitando, de forma gratuita, a los 16 fabricantes de tabaco con los que tenía suscrito un contrato de distribución, información diaria sobre ventas a los estancos de todas las marcas que distribuía. Según la CNMC, se trataría de información desagregada por marcas y provincias, intercambiada con la máxima frecuencia posible y con un grado de actualidad máximo, que afectó a todos los productos de todos los fabricantes en todo el territorio español. La circulación de esta información estratégica por parte de Logista habría sido consentida por todos los fabricantes, pues no constaría el rechazo por su parte (a excepción de una empresa y solo a partir de un año concreto), y además habría requerido un papel activo de los fabricantes para acceder a la información a través de la plataforma del distribuidor. La CNMC consideró acreditado que este sistema de intercambio se habría fundamentado en la reciprocidad mutua entre las empresas, que habrían consentido el acceso a sus datos de ventas solo a quienes hicieran lo mismo con los suyos y en las mismas condiciones.

La conducta se calificó como una infracción por efectos y, por ello, se atribuyó solo a los cuatro mayores fabricantes de tabaco, pues se consideró que la cuota de mercado indi-

27. Resolución del Consejo de la CNMC, Sala de Competencia, de 10 de abril de 2019 en el expediente *S/DC/0607/17 Tabacos*.
28. *Ut supra*, p. 14.

vidual de los restantes fabricantes (inferior al 2%) no permitió que su participación en la conducta tuviera efectos relevantes.

Puesto que una conducta puede considerarse ilícita por sus efectos solo cuando la Autoridad con potestad sancionadora acredita la existencia de unos efectos relevantes y su carácter anticompetitivo, una parte importante de la resolución se dedicó a ese análisis. La CNMC explicó que, si bien es cierto que en un oligopolio estrecho existen pocos incentivos para reducir precios y hay mucha facilidad para detectar las desviaciones, neutralizarlas y reforzar así la coordinación, en el presente caso el intercambio habría aumentado la transparencia del mercado de forma artificial, facilitando la coordinación y contribuyendo a un resultado de falta de competencia. La CNMC identificó más aspectos del mercado que facilitarían la materialización de efectos de una conducta, tales como **(i)** la existencia de elevadas barreras de entrada (como la prohibición de publicidad y promoción del tabaco); **(ii)** la gran transparencia sobre el precio derivada de la obligación de publicar cualquier modificación del precio con anterioridad a su aplicación y de facilitar datos para la publicación mensual de un informe sobre las ventas; **(iii)** la baja elasticidad-precio de la demanda, derivada del carácter adictivo del producto; **(iv)** la fidelidad de los consumidores a la marca y **(v)** la inexistencia *de facto* de competencia en la distribución.

La CNMC incidió en que, si la transparencia en precios en este mercado ya es total por motivos regulatorios, un intercambio sobre las ventas, i.e. la única variable estratégica desconocida, habría conseguido que la incertidumbre respecto de los efectos de cualquier acción comercial se redujera casi por completo. Así se habría potenciado la tendencia natural en un oligopolio de detección del motivo de una variación en sus ventas (acción comercial de su competidor *vs* una caída general de la demanda), que permite contrarrestar eventuales acciones comerciales con el fin de anular sus efectos. La exacerbación de esta dinámica habría acabado con los incentivos para utilizar estrategias competitivas y para esforzarse por ganar más cuota. Asimismo, la CNMC consideró que otros tres elementos serían indicativos de los efectos del intercambio en el mercado: **(i)** la estabilidad de las cuotas de los cuatro principales fabricantes, pese a la fuerte caída de ventas desde 2008; **(ii)** la contención de la caída de ingresos frente a una intensa caída de la demanda y a la crisis económica en general; y **(iii)** la sincronización perfecta del movimiento en precios, no solo ante modificaciones de la fiscalidad aplicable al precio de los cigarrillos, sino también en otras ocasiones.

En el momento de la redacción de este artículo, la decisión de la CNMC carece de firmeza, pues se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional.

3. LAS DERIVADAS DE LAS POSICIONES ADOPTADAS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO EN SEDE DE RECLAMACIÓN CIVIL DE DAÑOS

Durante muchos años, la aplicación de Derecho antitrust en los Estados miembros de la Unión Europea ha sido preeminentemente pública. Toda vez que una Autoridad de competencia atribuía a una empresa la responsabilidad por una conducta supuesta-

mente anticompetitiva, ésta defendía su inocencia en el «frente» administrativo y, posteriormente, contencioso-administrativo. Con estos actos se agotaba habitualmente la reclamación de responsabilidad a la empresa sancionada.

Sin embargo, a lo largo de la última década, la situación ha cambiado sensiblemente. Desde la fecha límite de transposición de la Directiva de Daños, la posibilidad, ya formalmente existente, de exigir la nulidad de un contrato viciado por un comportamiento contrario a la competencia o el resarcimiento económico por los daños y perjuicios derivados de un ilícito anticompetitivo se ha potenciado y dotado de nuevas herramientas. De esta forma, la aplicación privada, antes quiescente e infrautilizada, empezó a convertirse en una ulterior vía de reclamación de responsabilidad a la empresa sancionada, hasta convertirse en una nueva gran protagonista de la práctica del Derecho de la competencia.

La defensa en este otro «frente» civil depende, como no podía ser de otra forma, de la jurisprudencia europea y española en el orden civil. Sin embargo, también tienen trascendencia y, hasta cierto punto, condicionan los planteamientos realizados, los fundamentos de derecho aplicados y las conclusiones alcanzadas en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo. Valga como ejemplo el contenido del artículo 9.1 de la Directiva de Daños y también lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial *C-25/21 Repsol Comercial*, en la que se estableció que, para acciones *follow-on*, la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente **(i)** se debe considerar prueba irrefutable a los efectos de una acción por daños cuando el cese de la generación del daño tuviera lugar después de la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva de Daños y **(ii)** se debe considerar que la infracción queda acreditada, salvo prueba en contrario, cuando la Directiva de Daños no sea aplicable *ratione temporis*.

Por ello, a continuación, se desglosarán las consecuencias derivadas de estos vínculos y se planteará alguna crítica constructiva en relación con la aplicación privada derivada de un ilícito anticompetitivo.

En primer lugar, es importante recordar que el hecho de atribuir a una conducta de intercambio de información la calificación de «cártel» puede tener un impacto considerable en los pleitos de reclamación de daños. El artículo 17 de la Directiva de Daños indica que existe una presunción *iuris tantum* según la cual las infracciones de cárteles, i.e. no cualquier otra del artículo 1 de la LDC o del artículo 101 del TFUE, causan daños y perjuicios. Aunque la naturaleza de la presunción permitiría al infractor rebatirla, si la práctica judicial sigue la tendencia marcada en los últimos años, cabe prever que el estándar de prueba exigido para conseguirlo será especialmente elevado. Toda vez que esa presunción surta sus efectos, ya no solo quedarían probados los hechos ex artículo 9.1 de la Directiva de Daños, sino que también quedaría acreditado de facto el nexo causal, dejando al supuesto perjudicado el mero ejercicio de cuantificación de los daños soportados.

A la luz de lo anterior, resultan cuestionables afirmaciones como las del Tribunal Supremo en el seno de la revisión del expediente Fabricantes de Automóviles, según las que la «calificación de la conducta sancionada como cártel no sería determinante», pues restan indebidamente importancia a este extremo. Esta tónica abrió la puerta a interpretaciones demasiado extensivas de algo que debería aplicarse de manera restrictiva, ya que un cártel es una infracción por objeto, pero no toda infracción por objeto es un cártel y tampoco todos los intercambios de información son infracciones por objeto.

Un cártel debe apreciarse, en el orden contencioso-administrativo y, por extensión, en el orden civil, en función de su definición legal y no a una interpretación creativa y permisiva. No hay que perder de vista el hecho de que el procedimiento en el primer «frente» administrativo y contencioso-administrativo se lleva a cabo a raíz de potestades sancionadoras, por lo que deben respetarse de forma impecable todas las garantías aplicables. Por ello, no compartimos que quepa calificar cualquier intercambio de información como «cártel», si en el momento de la infracción esa calificación estaba estrictamente reservada a «intercambios de información individualizada sobre precios y cantidades que tengan por objeto la fijación de precios» y poco más, porque la nueva definición de cártel, que pasaba a ser de *númerus apertus,* sería una mera aclaración del alcance del artículo 1 de la LDC. Cabe preguntarse, no obstante, que, si resultaba necesario aclarar ese extremo, debió de ser porque antes no quedaba claro o el entendimiento era distinto. Por lo tanto, en cumplimiento del principio de tipicidad aplicable en el ámbito sancionador del derecho administrativo y en aras a no defraudar las expectativas de seguridad jurídica que otorgan las definiciones legales, debería actuarse con el máximo rigor y prudencia.

En segundo lugar, hay que recordar que un presupuesto para conseguir la indemnización por daños y perjuicios es determinar si la conducta, en la mayoría de los casos relatados en la sección 1 definida por objeto, ha surtido efectos en el mercado y demostrar que éstos han sido perjudiciales hay que tener una teoría del daño sólida. Cuando no quepa aplicar una presunción o se busque rebatirla, este paso cobra especial relevancia. En este sentido, la ya citada jurisprudencia del caso *T-Mobile Netherlands*[29], indica que, para desarrollar una teoría del daño sólida mediante la cual se pueda averiguar la posible aptitud de los intercambios para restringir la competencia y, en caso de que proceda, calificar la infracción como cártel, hay que analizar el contexto económico-jurídico del acuerdo, la naturaleza de los bienes o servicios afectados, las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado afectado. Como corolario de lo anterior, no pueden descartarse con superficialidad o pasarse por alto aspectos como **(i)** las tendencias naturales de un mercado, e.g. su trasparencia natural; o **(ii)** el hecho de que terceros contribuyan al aumento de la transparencia de forma voluntaria y sin concertación con los receptores.

29. STJUE de 4 de junio de 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands* y otros, apartado 23 (ECLI:EU:C:2009:343).

En tercer lugar, tampoco se puede hablar de forma apresurada de los efectos de una infracción en el mercado, cuando la resolución se redacta al amparo de una calificación por objeto. Aun así, se puede ver un ejemplo de lo contrario si se analiza el contenido de la resolución de la CNMC en el expediente *Industrias Lácteas 2*, donde la Autoridad quiso afirmar que consideraba «acreditado» que las conductas habrían ocasionado claros efectos perjudiciales por el supuesto fuerte desequilibrio en el poder negociador y la estabilidad artificial del mercado. En realidad, esa aserción se realizó sin haber acreditado este extremo con un estudio al menos comparable al que realiza en el expediente *Tabacos* o, como debería ser, mediante un estudio minucioso y concluyente. Este tipo de afirmaciones, a la luz de los preceptos de la Directiva de Daños, podrían cristalizarse y ganar fuerza hasta el nivel de ser irrefutables, sin tener verdaderamente un respaldo efectivo. Si se llegaran a presumir los efectos por la vía del artículo 9.1 de la Directiva, de nuevo, estaríamos dotando indebidamente a los demandantes de indemnizaciones en base a una presunción incluso más fuerte de la del artículo 17 de la Directiva.

En otro orden de cosas, la cuestión de la presunción de los efectos es bastante perniciosa, incluso cuando no se pueda aplicar *ratione temporis* el artículo 17 de la Directiva, por el posicionamiento de los tribunales españoles. Desde hace tiempo, se ha ido difundiendo la costumbre de intentar replicar los efectos de la Directiva de Daños, incluso cuando no quepa su aplicación, mediante una herramienta de origen español y no comunitario conocida como la doctrina *ex re ipsa*. Según esta doctrina, exacerbada para las infracciones denominados (con o sin el rigor exigido) como cárteles, se puede inferir de las meras características de una infracción que esta es susceptible de causar un daño. La consecuencia necesaria de esa premisa es la presunción el nexo causal y el resultado al que lleva es que al demandante solo se le exige el ejercicio de cuantificación del daño soportado, aunque, a menudo, esta carga es suplida por la estimación judicial del daño en un porcentaje determinado. Precisamente en este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha visto obligada a emitir una admonición sobre lo que parece percibir como una utilización demasiado ligera e indiscriminada de la doctrina *ex re ipsa,* para recordar **(i)** la extrema prudencia y excepcionalidad con la que hay que aplicar cualquier recurso doctrinal para activar la presunción de la existencia de daños y **(ii)** los límites de los efectos de dicha presunción. En este sentido, el Tribunal dijo[30] que «una cosa es que la situación del caso revele la existencia del daño sin necesidad de tener que fundamentarla en un medio de prueba, y otra distinta que haya una presunción legal que excluya en todo caso la necesidad de la prueba». También explicó que, aunque la doctrina *ex re ipsa* acentúe la objetivación de la compensación económica, «no por ello puede interpretarse en el sentido de que se tenga derecho a una indemnización incluso en los casos en que se haya constatado que la infracción no pudo ocasionar "perjuicio" alguno […] Este mecanismo precisa, como presupuesto previo, de la existencia del "perjuicio", con independencia de su entidad. Como se ha apuntado en la doctrina, esta regla no altera la naturaleza resarcitoria de la acción de indemnización

30. STS n.º 516/2019, de 3 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3925 — ECLI:ES:TS:2019:3027) y STS (Sala de lo Civil) de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3999 — ECLI:ES:TS:2011:3148).

de daños y perjuicios, que presupone la existencia de estos. No introduce una suerte de sanción por la infracción».

Por último, no puede concluirse esta sección sin una mención a los daños paraguas reclamados por algunos demandantes de indemnización. Esta expresión es utilizada para hacer referencia a los daños arrojados, no por la conducta directa de los infractores, sino de forma indirecta, por parte de otros operadores ajenos a la práctica, quienes, aprovechándose del «paraguas» que le brinda la supuesta infracción, replican las condiciones comerciales generadas por los infractores. Pues bien, aunque sea cierto y no se discuta que el Tribunal de Justicia haya confirmado que este tipo de daños sean reclamables en abstracto, queda por ver en cada caso concreto si queda acreditado adecuadamente el nexo de causalidad entre infracción y estos daños de segundo orden.

La Abogada General Kokott explicó en el asunto *Kone AG*[31] que la admisión en abstracto de la posibilidad de reclamar por daños paraguas «no lleva automáticamente y en todos los casos a una obligación de indemnizar por parte de los participantes en el cártel frente a los clientes de las empresas ajenas al cártel […]. Antes bien, procede siempre examinar, mediante una consideración en conjunto de todas las circunstancias relevantes, si en el caso concreto y a raíz del cártel se han ocasionado efectos paraguas sobre los precios». También indicó que «lo más adecuado para contribuir a la aplicación eficaz de las normas europeas de competencia teniendo debidamente en cuenta los intereses de todos los operadores económicos» es que «la problemática de los efectos paraguas sobre los precios pase del plano puramente teórico al plano de la práctica de la prueba».

A la luz de lo anterior, sin pruebas específicas, un demandante no puede acreditar que existe una relación de causalidad entre la supuesta infracción y el supuesto daño paraguas que reclama. Por lo tanto, para que su pretensión no carezca de fundamento, el demandante debe esgrimir pruebas necesarias y específicas, como un análisis económico, que hayan permitido **(i)** verificar que, efectivamente, las condiciones comerciales aplicadas por las empresas no sancionadas se vieron afectadas y **(ii)** acreditar que arrojaron un daño cuantificable.

En la misma línea marcada por *Kone AG* se sitúa el único asunto en el que en España se ha admitido la existencia de daños paraguas, enmarcado en el contexto del cártel del seguro decenal. Ahí el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid[32] apuntó hacia la ausencia de duda alguna de que todas las empresas del mismo mercado ajenas al cártel alteraron los precios como consecuencia del cártel y la Audiencia Provincial de Madrid[33] incidió asimismo en que se trataba de una afectación que tenía lugar en el mismo mercado y, además, en todo el mercado. También a la luz de este único precedente, se

31. Conclusiones de la AG Kokott de 30 de enero de 2014, C-557/12, *Kone AG y Otros* (ECLI:EU:C:2014:45).
32. SJM n.º 2 de Madrid de 9 de junio de 2020 (JUR 2021, 119589 — ECLI:ES:JMM:2020:5799).
33. SAP Madrid, sección 28.ª, de 19 de mayo de 2022 (JUR 2022, 292213 — ECLI:ES:APM:2022:8315).

entiende que no procede asumir, sin un análisis profundo y una argumentación sólida, que un cártel y, aun menos, un mero intercambio de información, implica automáticamente que **(i)** otros operadores actuaron al amparo del paraguas de los supuestos infractores y **(ii)** exista un derecho a percibir daños por ello.

De no actuarse conforme a estos criterios y de admitirse la pretensión absolutamente genérica de indemnización por daños paraguas de la demanda, se llegaría a esa inadmisible obligación de indemnizar «automáticamente y en todos los casos» que la Abogada General Kokott rechazaba en sus Conclusiones en *Kone AG*.

4. CONCLUSIONES

Este estudio pretende contribuir a dilucidar, dentro de los marcos jurídicos de España y la Unión Europea, la compleja dinámica que rodea la aplicación del Derecho de la competencia, en particular en relación con infracciones que consisten en intercambio de información entre competidores. A través de un análisis exhaustivo de la evolución reciente, se hace evidente que las posturas adoptadas por la CNMC, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo configuran de manera significativa el panorama tanto en relación con el ejercicio de potestades sancionadoras en el seno de la aplicación pública, como en relación con las demandas privadas por daños y perjuicios, con profundas implicaciones para la eficacia y la equidad de la aplicación del Derecho de la competencia.

El examen de los casos de aplicación pública *Suzuki-Honda, Fabricantes de automóviles, Industrias Lácteas 2* y *Tabacos* proporciona una valiosa información sobre la evolución de los criterios utilizados para evaluar el intercambio de información y la aplicación cada vez más amplia y menos garantista de las calificaciones de cártel. Estos desarrollos subrayan la importancia de una comprensión matizada de los principios, de la jurisprudencia y de las doctrinas del derecho sancionador y del Derecho de la competencia para garantizar que su aplicación sea coherente, diligente y proporcionada en todos los casos.

En el marco de las reclamaciones de daños en la jurisdicción civil, la calificación de la conducta como cártel emerge como un factor muy relevante, que ejerce una influencia significativa en la asignación de responsabilidades probatorias y da forma a las estrategias de defensa en los litigios. Como tal, es imperativo que las autoridades de competencia y los tribunales consideren cuidadosamente las implicaciones de tales calificaciones y su impacto potencial.

Además, es fundamental que cualquier reclamación cuente con una sólida teoría del daño en las demandas por daños y perjuicios, haciendo hincapié en la importancia de contar con análisis sólidos y pruebas concretas para fundamentar las alegaciones de efectos anticompetitivos derivados de los intercambios de información. El incumplimiento de estas normas probatorias entraña el riesgo de presunciones injustificadas y compromete la integridad de los procedimientos judiciales, lo que subraya la necesidad de una adhesión rigurosa a los principios probatorios y a las normas de prueba.

ANUARIO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Anuario de Derecho de la Competencia, iniciativa del profesor D. Miguel Ángel Recuerda Girela, tiene por objeto promover la difusión de ideas, contribuir a la especialización y actualización de los profesionales, y ofrecer un foro para la discusión sobre los problemas actuales y la evolución del Derecho de la Competencia.

El Anuario de Derecho de la Competencia 2024 contiene veinte estudios rigurosos sobre cuestiones prácticas de gran actualidad, que han sido elaborados por especialistas de reconocido prestigio, y además incluye una selección de jurisprudencia, y la bibliografía más relevante de 2023.

Por ello, el Anuario es una fuente de consulta imprescindible para quienes se dedican a la práctica del Derecho de la Competencia, pues trata con una notable profundidad y calidad técnica los grandes problemas y las cuestiones más candentes de esta disciplina.

ISBN: 978-84-1078-885-5