

# LA PRUEBA DE LOS CÁRTELES EN DERECHO ESPAÑOL

Alfonso Lamadrid de Pablo y Ana Balcells Cartagena

GARRIGUES, Bruselas<sup>1</sup>

1.	INTRODUCCIÓN	2
2.	NORMAS EUROPEAS Y ESPAÑOLAS APLICABLES EN MATERIA DE PRUEBA	3
3.	PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - CARGA DE LA PRUEBA -	6
3.1	Aplicabilidad de la presunción de inocencia a los procedimientos sancionadores en materia de competencia	6
3.2	Aplicación práctica del principio de presunción de inocencia en los procedimientos de cártel	7
4.	REQUISITOS - NIVEL DE EXIGENCIA DE PRUEBA EN MATERIA DE CÁRTELES	9
4.1	El nivel de prueba exigible en materia de cárteles	13
4.2	Aplicabilidad de distintos requisitos indiciarios o probatorios exigibles para actuar en las fases previas de un procedimiento de cártel	14
5.	MEDIOS/TIPOS DE PRUEBA	16
6.	ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA- PRUEBA ILÍCITA	19
6.1	Pruebas obtenidas en vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio- El problema de los “hallazgos casuales”	19
6.2	Secreto de las comunicaciones (comunicaciones abogado-cliente)	23
6.3	Prueba de cargo desconocida por el acusado	25
6.4	Admisibilidad de prueba aportada anónimamente	25
6.5	Admisibilidad de prueba obtenida por autoridades de competencia de otros Estados miembros	26
7.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA	27
7.1	Evaluación individual o conjunta de la prueba	32
8.	ATAJOS PROCESALES- USO Y ABUSO.	36
8.1	Infracción única y continuada	38
8.2	Criterios europeos vs criterios castizos	39
8.3	Uso y abuso	42
8.4	Prueba por indicios	47
8.5	Matriz-filial- presunción <i>Stora/Akzo</i> :	50
9.	CUESTIONES ESPECÍFICAS RELATIVAS A PRUEBAS DE DESCARGO	53
9.1	Principio de libre aportación de prueba	54
9.2	Práctica de la prueba de descargo solicitada por las empresas investigadas	55
9.3	Sobre la celebración de vista y su relevancia para el descargo	57

---

<sup>1</sup> Los autores agradecen la colaboración de José Luis Azofra así como los comentarios de Luis Ortiz Blanco y Fernando Castillo de la Torre a una versión previa, si bien las opiniones aquí contenidas –al menos las erradas- son únicamente atribuibles a quienes suscriben.

Tanto los autores como su despacho de abogados han representado a clientes en un número significativo de los procedimientos de cártel tramitados por la autoridad española de competencia, algunos de los cuales se citarán en esta contribución.

Las citas de jurisprudencia no adoptan el formato clásicamente utilizado por los Tribunales de la UE ni el nuevo ECLI, sino que en todos los casos hacen referencia a las referencias Aranzadi.

### 1. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones relativas a la prueba son en muchas ocasiones las de mayor práctica en los procedimientos sancionadores en materia de cárteles y, sin embargo, son también las que paradójicamente menos atención reciben por parte de la doctrina.<sup>2</sup>

Las cuestiones probatorias en materia de cárteles se plantean en diversos planos. Así, en todo asunto debe determinarse **qué** es lo que hay que probar (objeto de la prueba); **quién** debe probarlo (carga de la prueba); **cómo** puede probarse (medios de prueba); y con **cuánto** nivel de suficiencia (estándar de prueba).

El objeto de la actividad probatoria en relación con un cártel se proyecta sobre diversos aspectos del mismo. En cada caso concreto la autoridad de competencia deberá probar, entre otros: (i) en su caso, que las pruebas aportadas por un solicitante de clemencia tienen suficiente entidad o valor añadido para justificar la concesión de una exención/reducción de la multa; (ii) que las pruebas de que dispone justifican el inicio de una investigación; (iii) que los hechos objeto de investigación han tenido lugar; (iv) que dichos hechos constituyen una infracción; (v) en la mayoría de los casos, que dicha infracción es única y continuada; (vi) la duración de la infracción; (vii) que cada una de las empresas investigadas ha participado y es responsable de la infracción; (viii) en muchos casos, que la matriz ejercía influencia decisiva sobre filiales que hubieran participado en el cártel; (ix) al calcular una posible multa, si el cártel desplegó efectos; y (x) en su caso, si concurren algunas de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en la Ley.

Las discusiones en torno a cuestiones de índole probatoria surgen además con frecuencia e intensidad reforzada en la fase de revisión jurisdiccional (al menos en España, a donde aún no ha llegado la figura de los *settlements* que viene afianzándose en los procedimientos tramitados por la Comisión Europea).<sup>3</sup> En efecto, la mayoría de los recursos contra las Resoluciones sancionadoras de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) y sus predecesores (“TDC” y “CNC”) recogen alegaciones cuestionando la admisibilidad, suficiencia y/o interpretación de la prueba.

---

<sup>2</sup> Los autores no conocen de la existencia de ninguna publicación relativa a la prueba de los cárteles en Derecho español. La atención que se ha dedicado a esta materia en Derecho europeo es también escasa; existen, no obstante, notables excepciones, principalmente CASTILLO DE LA TORRE, F. *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2011; JOSHUA, J.M. “Proof in Contested EEC Competition Cases”, *European Law Review*, Volumen 12, 1987; GIPPINI FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010 y FAULL & NIKPAY (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2014, Capítulo 8, p. 1222-1272.

<sup>3</sup> Sobre esa cuestión véase, entre otros, LAINA, F. y LAURINEN, E. “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013.

Pese a ello, la presente contribución sostiene que en Derecho español aún carecemos de unas reglas consolidadas y coherentes que permitan una evaluación sistemática de la prueba en materia de cárteles.

En lo que sigue repasaremos –de forma no necesariamente exhaustiva<sup>4</sup> la práctica decisoria de la CNMC y sus predecesores y la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (“AN”) y el Tribunal Supremo (“TS”), siguiendo eminentemente una estructura inspirada en los conceptos de carga, requisitos (o estándar), admisibilidad y valoración de la prueba.

Las propuestas y conclusiones que se expondrán a continuación tienen como única pretensión identificar cuestiones relevantes y dar pie a un debate que, en última instancia, pueda contribuir mejorar el tratamiento de las cuestiones de prueba en Derecho de la competencia español.

A continuación expondremos las principales normas europeas y españolas aplicables en materia de prueba (sección 2), abordaremos cuestiones generales relativas al principio de presunción de inocencia y a la carga de la prueba (sección 3), nos preguntaremos acerca del estándar –o estándares de prueba- aplicados en materia de cárteles en España (sección 4), haremos referencia a los medios de prueba más comúnmente utilizados en este ámbito (sección 5), discutiremos algunos supuestos de inadmisibilidad (sección 6), trataremos de discernir los criterios y métodos utilizados en la valoración de la prueba (sección 7), nos ocuparemos de presunciones y atajos procesales (sección 8), comentaremos algunas cuestiones específicas relativas a pruebas de descargo (sección 9) y terminaremos resumiendo nuestras principales conclusiones (sección 10).

## **2. NORMAS EUROPEAS Y ESPAÑOLAS APLICABLES EN MATERIA DE PRUEBA**

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>5</sup> (“LDC/2007”) no contiene reglas específicas en materia de prueba, por lo que –en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 LDC/2007-<sup>6</sup> resultan de aplicación supletoria las reglas previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>7</sup> (“LRJ-PAC”). Estas, a su vez, se

---

<sup>4</sup> La extensión del artículo puede erróneamente sugerir que las cuestiones que aquí se tratan son abordadas de manera exhaustiva. En realidad, sin embargo, la extensión del artículo se debe a que los autores han carecido de tiempo para redactar una contribución más breve.

<sup>5</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada en el BOE de 4 de Julio de 2007.

<sup>6</sup> Artículo 45 LDC/2007: “*Supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley*”.

<sup>7</sup> Ley 30/1992, de 26 de noviembre, publicada en el BOE el 27 de noviembre de 1992

limitan a tres disposiciones, concretadas en los artículos 80 –sobre medios y periodos de prueba-,<sup>8</sup> 81 –que regula la práctica de la prueba-<sup>9</sup> y 137.1 –que configura la presunción de inocencia como principio esencial del procedimiento sancionador-.<sup>10</sup> La Constitución Española (“CE”) consagra a su vez las reglas básicas en materia probatoria, al reconocer en su artículo 24.2 que todo ciudadano tiene derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” y “a la presunción de inocencia”.<sup>11</sup>

El Derecho europeo de la competencia tampoco contiene normas específicas en materia probatoria, con la excepción del artículo 2 del Reglamento 1/2003,<sup>12</sup> que codifica la jurisprudencia de los Tribunales europeos en relación con la carga de la prueba al establecer que “[e]n todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos [101] y [102] del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del

---

<sup>8</sup> Artículo 80 de la LRJ-PAC: “Medios y período de prueba. 1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. 2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. 3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”.

<sup>9</sup> Artículo 81 de la LRJ-PAC: “Práctica de prueba. 1. La Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. 2. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan. 3. En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos”.

<sup>10</sup> Artículo 137 de la LRJ-PAC: “Presunción de inocencia. 1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. 2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. 3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados. 4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”.

<sup>11</sup> El artículo 24.2 CE dispone que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

<sup>12</sup> Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, publicado en el Diario Oficial L 1 de 4 de enero de 2003.

*apartado 1 del artículo [101] o del artículo [102] del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue*". (Énfasis añadido).

En Derecho de la Unión se considera que las cuestiones de índole probatoria corresponden al Derecho de cada Estado miembro de conformidad con el principio de autonomía procesal. En este sentido, el considerando 5 del Reglamento 1/2003 establece que “[e]l presente Reglamento no afecta ni a las normas nacionales en materia de valoración de la prueba ni a las exigencias a que están sometidas las autoridades de competencia y jurisdicciones nacionales de los Estados miembros para determinar los hechos pertinentes de un asunto, siempre que esas normas y exigencias sean compatibles con los principios generales del Derecho comunitario.” La referencia a los principios generales del Derecho de la Unión en esta disposición debe entenderse hecha, principalmente, a los principios de equivalencia y efectividad, que requieren que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables “no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna” (principio de equivalencia) “ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de [estos] derechos”, sino que “las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales” (principio de efectividad).<sup>13</sup>

El Derecho europeo impone, además, una obligación adicional: cuando las autoridades nacionales apliquen el Derecho de la Unión respeten en todo caso las garantías que este Derecho ofrece.<sup>14</sup> Ello resulta particularmente importante en Derecho europeo de la competencia habida cuenta de lo frecuente de la aplicación paralela del Derecho europeo y nacional.

Cabe anticipar en este punto que una de las principales aspiraciones de este artículo es sugerir que los procedimientos sancionadores y contenciosos nacionales en materia de cárteles incorporen, como estándares mínimos la jurisprudencia europea en materia probatoria; la jurisprudencia parece exigirlo cuando resultan aplicables los artículos 101 y 102, y razones de coherencia lo justifican también cuando se aplique el Derecho nacional.<sup>15</sup> La experiencia de la Comisión Europea y de los Tribunales europeos en este

---

<sup>13</sup> Ver, entre muchas otras, la Sentencia del TJCE 86/1986, de 15 de mayo (TJCE 1986,86), para. 18 y 19. En este sentido es interesante señalar la disparidad existente entre las Conclusiones del Abogado General Kokott en el caso T-Mobile y la posición finalmente adoptada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia TJCE 159/2009, de 4 de junio (2009,159), paras. 49 a 53. En este caso, el Abogado General Kokott afronta el problema de la presunción de causalidad entre la información intercambiada y la infracción anticompetitiva como uno dejado al derecho nacional mientras que el Tribunal considera que se trata éste de un problema de interpretación en que los tribunales nacionales deben estar a la interpretación de los tribunales europeos.

<sup>14</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TJCE 115/2005, de 26 de abril (TJCE 2005,115), para. 32; Sentencia del TJUE 192/2006, de 11 de julio (TJCE 2006,192), para. 56; y Sentencia del TJUE 244/2007, de 27 de septiembre (TJCE 2007,244), para. 25.

<sup>15</sup> Uno de los autores ha hecho en otras ocasiones la misma propuesta de alineación de estándares con carácter más amplio en relación a todas las garantías procesales. Véase ORTIZ BLANCO, L. y

ámbito ha dotado a su práctica decisoria y a su jurisprudencia de una sofisticación de la que aún carecemos en España, y que parece razonable importar.

### 3. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA - CARGA DE LA PRUEBA -

#### 3.1 Aplicabilidad de la presunción de inocencia a los procedimientos sancionadores en materia de competencia

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (“TC”) el derecho a la presunción de inocencia –reconocido en el artículo 24.2 de la CE- resulta plenamente aplicable en el ámbito sancionador, y garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. En términos prácticos, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia (lo contrario equivaldría a exigir una *probatio diabólica* vetada en Derecho).<sup>16</sup>

Si bien los principios anteriores se desarrollaron inicialmente en el ámbito penal, es constante la jurisprudencia nacional que dispone la plena aplicabilidad de este principio a los procedimientos administrativos sancionadores,<sup>17</sup> y más concretamente, a los

---

LAMADRID DE PABLO, A. *El procedimiento sancionador y sus garantías*, Martínez Lage, S. and Petitto Juan, A. (eds), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

<sup>16</sup> Véanse las SSTC 212/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990, 212) (F.D. 5º) y 131/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 131) (F.D. 7º), que establece que: “*el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su inocencia, y cualquier suficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio*. Véase asimismo, entre otras, la STC de 20 de enero (RTC 2007,790): “[L]a presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril [RTC 1994, 120], F. 2; 45/1997, de 11 de marzo [RTC 1997, 45], F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que “entre los múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos”. (...) [L]a carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una *probatio diabólica* de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4).” En el mismo sentido, véase igualmente la STC 129/2003, de 30 de junio (RTC 2003\129).

<sup>17</sup> Ver Artículo 137.1 de la LRJ-PAC, transcrito en la nota a pie de página 10 de la presente contribución. Véanse también, entre otras, las SSTC 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987,2); y 297/1993, de 18 de octubre (RTC 1993,2). En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido que: “[e]l derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas

expedientes sancionadores de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.<sup>18</sup> También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha venido reconociendo la aplicación de este principio en el ámbito de los procedimientos administrativos para la aplicación del Derecho europeo de la competencia.<sup>19</sup> En concreto, el TJUE ha declarado que “*corresponde a la Comisión aportar las pruebas que permitan demostrar la participación de una empresa en la infracción contemplada y su responsabilidad en cada uno de sus elementos.*”<sup>20</sup>

### **3.2 Aplicación práctica del principio de presunción de inocencia en los procedimientos de cártel**

Lo anterior es claro y pacífico; todos –autoridades, empresas y abogados- estamos de acuerdo con los principios que vienen de exponerse y, de hecho, estos forman parte de la retórica habitual en cualquier recurso, sentencia o resolución. En la práctica, sin embargo, la operación práctica de las reglas de carga de la prueba en procedimientos de cártel se ve afectada por diversos factores:<sup>21</sup>

En primer lugar, la amplitud de los conceptos utilizados en los artículos 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) y 1 LDC/2007, principalmente de las nociones de “acuerdo”, “restricción de la competencia” y la tendencia expansiva de la

---

*presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos”.* (Vid. SSTC 13/82 de 1 de abril [ RTC 1982, 13] , 36 [ RTC 1985, 36] y 37/85 de 8 de marzo [ RTC 1985, 37] , 42/89 de 16 de febrero [ RTC 1989, 42] , 105/94 de 11 de abril [ RTC 1994, 105] , 45/97 de 11 de marzo [ RTC 1997, 45] y 56/98 de 26 de marzo [RTC 1998, 56] ). [...] Esta propia Sala ha dicho insistentemente que: “*los principios generales que inspiran el Derecho Penal son aplicables a la potestad sancionadora de la Administración, y entre estos principios destaca el de presunción de inocencia, con las modulaciones oportunas, eso sí, según la clase de procedimiento*”.

<sup>18</sup> Ver, por todas, la STS 2169/2010 de 10 de diciembre (RJ 2010,2169).

<sup>19</sup> Sentencia TJCE 56/1992 de 8 de julio (TJCE 1992,56), para. 149 y 150. Véase también a este respecto la Sentencia del TPICE 110/2002, de 20 de marzo (TJCE 2002,110). “*Debe también admitirse que, en atención a la naturaleza de las infracciones contempladas, así como a la naturaleza y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas susceptibles de conducir a la imposición de multas o multas coercitivas* (véanse, en este sentido, principalmente, las SSTEDH 2/1984, de 21 de febrero (TEDH 1984,2), y 20/1987, de 25 de agosto (TEDH 1987/20). El TJUE ha confirmado además la aplicabilidad del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (“CEDH”), que forma parte del Derecho europeo en virtud del apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (tras su modificación por el Tratado de Lisboa).

<sup>20</sup> Ver, entre otras, Sentencia del TJCE 151/1999 de 8 de julio (TJCE 1999,151), para. 86. Como ya se ha explicado, esta jurisprudencia está ahora codificada en el artículo 2 del Reglamento 1/2003.

<sup>21</sup> En el mismo sentido, ver FAULL & NIKPAY (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2014, Capítulo 8, p. para. 8.466 y 8.467.

noción de “cártel”<sup>22</sup> unida a la estructura bifurcada de la disposición –que se estructura en prohibición/excepción- facilita sobremanera el cumplimiento de las condiciones de aplicabilidad de la norma. En España el hecho de que la LDC/2007 incorporase una definición de cártel<sup>23</sup> no parece haber contenido la fuerza expansiva del concepto.<sup>24</sup>

En segundo lugar, debido a la dificultad de recabar pruebas en materia de cárteles los Tribunales de la Unión, seguidos en este punto por los españoles, han rebajado –con una lógica en su mayor parte comprensible- la carga de la prueba que recae sobre las autoridades de competencia,<sup>25</sup> y lo han hecho de dos formas:

- (i) dispensando a la autoridad de la carga de probar determinados hechos, siendo éste el caso de la no necesidad de probar (a) los efectos del cártel, por constituir éste una infracción por el objeto;<sup>26</sup> (b) que cada parte en un cártel participó en cada contacto anticompetitivo;<sup>27</sup> (c) el mecanismo específico de operación del cártel;<sup>28</sup> o (d) la existencia de intención o dolo.<sup>29</sup>
- (ii) validando la aplicabilidad de una serie de presunciones de las que nos ocuparemos más adelante.

---

<sup>22</sup> Ver FAULL & NIKPAY (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2014, Capítulo 8, p. para. 8.450.

<sup>23</sup> La disposición adicional cuarta de la LDC/2007 establece que “[a] efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.”

<sup>24</sup> Ver a este respecto RINCÓN GARCÍA LOYGORRI A., “¿Qué es un cártel para la CNC?”, Documento de Trabajo, *Serie Política de la Competencia*, Número 32/2012, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2013. Véase, entre otras, la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2011, en el expediente S/0185/09 *Bombas de Fluidos*.

<sup>25</sup> FAULL & NIKPAY (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2014, Capítulo 8, para. 8.449-8.457.

<sup>26</sup> La autoridad de competencia únicamente tendrá en cuenta los efectos a la hora de calcular el importe de la sanción. Los Tribunales europeos, no obstante, han venido tratando los cálculos de la Comisión a este respecto como “hipotéticos”. Ver, entre otras, la Sentencia del TPICE 381/2006, de 14 de diciembre (TJCE 2006,381), para. 286.

<sup>27</sup> En este sentido ver, por ejemplo, la Sentencia del TJCE 151/1999 de 8 de julio (TJCE 1999,151), para. 203.

<sup>28</sup> Sentencia del TPICE 105/1998, de 14 de mayo (TJCE 1998,105). Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,217).

<sup>29</sup> Sentencia del TPICE 381/2006, de 14 de diciembre (TJCE 2006,381), para. 205: “Según una reiterada jurisprudencia, para que una infracción de las normas sobre la competencia pueda considerarse deliberada, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado común”.



La validez de la operación de estos “atajos probatorios” se valorará en el marco de la sección 8 de la presente contribución. Lo relevante por ahora es observar que, por todo ello, la realidad práctica que venimos observando en España es que desde el mismo momento en el que la autoridad de competencia inicia una investigación -sobre la base de cualquier indicio, independientemente de su fiabilidad o solidez- corresponde a la empresa acusada explicarse ofreciendo pruebas sólidas de descargo. En la práctica esto implica un muy rápido desplazamiento la carga de la prueba desde la autoridad a la empresa.<sup>30</sup>

Así pues, parece sencillo para la autoridad de competencia cumplir con la carga de la prueba que le corresponde. Si lo hace de manera suficiente o no es una cuestión relacionada ya con el nivel del “estándar” o “grado de prueba” aplicable.<sup>31</sup> En este sentido, y en la medida en que el respeto al principio de presunción de inocencia depende de la adecuada operación de las reglas sobre carga/estándar, si el estándar no fuera el adecuado existiría el riesgo de vaciar en la práctica el contenido de la presunción de inocencia.

#### **4. REQUISITOS - NIVEL DE EXIGENCIA DE PRUEBA EN MATERIA DE CÁRTELES<sup>32</sup>**

El principio de presunción de inocencia resulta, como ya hemos visto, plenamente aplicable en los procedimientos sancionadores en materia de competencia. Sin embargo, en la práctica parece que la presunción de inocencia tiene un alcance distinto en función de la conclusión que en cada caso deba probarse; en otras palabras: el tipo de consecuencias derivadas de una declaración de culpabilidad determina distintos estándares de persuasión para desvirtuar la presunción. Cuanto más gravosas sean las consecuencias para el interesado, mayor será el nivel de convicción requerido para probar los hechos de que se trate. Así, el nivel o los requisitos de prueba serán distintos

---

<sup>30</sup> FAULL & NIKPAY (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2014, Capítulo 8, para. 8.467.

<sup>31</sup> En este sentido, véanse, entre otras, las conclusiones de la AG Kokott asunto C-8/08, *T-Mobile, para. 80*, en las que distinguió entre el grado de prueba -entendido como “[l]as condiciones en las que ha de considerarse probado un hecho”- y la carga de la prueba. (“*En el caso de una presunción de causalidad, como la del presente asunto, no se trata, a diferencia de lo que considera la Comisión, de una cuestión relativa a la carga de la prueba o a la inversión de la carga de la prueba, sino de una cuestión de grado de prueba.*”)

<sup>32</sup> Sobre estándares de prueba en Derecho de la competencia, ver en ORTIZ BLANCO, L. “Standards of Proof and Personal Conviction in EU Antitrust and Merger Control Procedures”, en EHLERMANN, C.D. y MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing, 2011. GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010, y CASTILLO DE LA TORRE, F. “Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases”, en EHLERMANN, C.D. y MARQUIS, M. (eds.) *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing, 2011.

Field Code Changed

en cada caso, en función de si lo que se pretende es, por ejemplo, realizar una inspección, cursar una solicitud de información o imponer una sanción.<sup>33</sup>

Los juristas educados en sistemas de *common law* tienen el reflejo natural de interrogarse acerca del estándar de convicción aplicable en cada caso en términos de un estándar de prueba abstracto y predeterminado,<sup>34</sup> y en cierto modo han contagiado esta tendencia a otros juristas de tradición continental.<sup>35</sup> En realidad, sin embargo, autoridades y órganos jurisdiccionales europeos llegan a conclusiones sin atender necesariamente a un estándar predefinido, sino que a la luz de los factores que específicos que se les presentan en cada caso alcanzan una convicción. Así, el estándar de prueba real aplicado en la práctica dependerá de todos aquellos factores que pueden influir en si cada autoridad, juez o tribunal concretos quedan convencidos de algo o no.

Es por ello que las discusiones relacionadas con el estándar, nivel, o grado de prueba exigible aplicable en materia de cárteles constituyen un intento de conceptualizar los estándares de persuasión que cada órgano encargado de resolver tendrá en cada caso. Para quienes esto escriben, tales debates resultan del deseo de aplicar etiquetas con las que estamos familiarizados a procesos abstractos de formación de una opinión; de dotar de apariencia de objetividad jurídica a lo que de otro modo podría parecer un ejercicio subjetivo.<sup>36</sup>

No es extraño, por ello, que los tribunales europeos hayan tratado de resistir a la tentación de verbalizar de forma explícita el estándar de prueba aplicable en estos procedimientos.<sup>37</sup> Los Tribunales europeos no llegan, de hecho, a hablar de un “estándar” explícito como tal, sino que se limitan a adjetivar el tipo de prueba con distintas fórmulas, exigiendo que las pruebas sean “*firmes, precisas y coherentes*”<sup>38</sup>, “*convergentes y convincentes*”<sup>39</sup>, o “*convincientes*”<sup>40</sup>. Estas exigencias no fijan un

---

<sup>33</sup> En este sentido véase, por ejemplo, la Sentencia del TGUE 109/2014 de 14 de marzo (TJCE 2014,109), para. 59.

<sup>34</sup> Como explica Eric Gippini-Fournier, ello puede deberse a factores históricos y culturales, entre los que cabe señalar la tradición contradictoria propia de los sistemas de *common law*, la necesidad de dar instrucciones al jurado en asuntos penales, o el papel de los precedentes en la formación del Derecho. GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010, p.4.

<sup>35</sup> Ver GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010.

<sup>36</sup> Enfrentados a la misma prueba distintos juzgadores pueden alcanzar conclusiones divergentes. Por fortuna es menos frecuente, pero también ha ocurrido, que el mismo juzgador alcance conclusiones divergentes sobre el valor probatorio de unos mismos elementos; véase <http://chillingcompetition.com/2014/01/24/oops-anecdotal-evidence-on-the-assessment-of-evidence/>

<sup>37</sup> El Juez Vesterdorf actuando como Abogado General en el asunto *Rhône-Poulenc*.

<sup>38</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TJCE 43/1993 de 31 de marzo (TJCE 1993,43).

<sup>39</sup> Sentencia del TJCE 269/2006, de 27 de septiembre (TJCE 2006,269), para. 97.

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, la Sentencia del TPICE 296/2006, de 27 de septiembre (TJCE 2006,269), para. 82.

estándar de prueba para la autoridad de competencia, sino que exigen una cierta calidad en la prueba –tanto de cargo como de descargo–, siendo en base a una evaluación de ésta prueba que, *a posteriori*, se alcanzará una conclusión sobre si algo ha quedado probado o no.<sup>41</sup> Como ha reafirmado el TJUE, “*el principio que prevalece en Derecho comunitario es el de la libre aportación de las pruebas y que el único criterio pertinente para apreciar las pruebas aportadas reside en su credibilidad*”.<sup>42</sup>

Un repaso de la práctica decisoria de la CNMC, y su predecesora CNC, y de la jurisprudencia de los Tribunales españoles demuestra que éstos también han evitado adherirse a un estándar preestablecido, refiriéndose, entre otros, a la acreditación “*indubitada*”<sup>43</sup>, “*fehaciente*”<sup>44</sup>, “*fuera de toda duda razonable*”,<sup>45</sup> a actividad probatoria “*más que satisfactoria*” o a la existencia de “*evidencia directa y abundante*”<sup>46</sup>. Acometer la tarea de tratar de destilar un estándar de la jurisprudencia española es, por ello, una empresa destinada a no resultar en un estándar unívoco. En su lugar, un análisis de los precedentes nacionales demuestra que ante la pregunta de ¿cuál es el nivel de prueba o de convicción exigible para concluir que una parte ha satisfecho los requisitos y la carga de la prueba?, solamente cabe una respuesta poco satisfactoria: el necesario para que el juzgador alcance en cada caso una convicción firme.<sup>47</sup>

La imprecisión de éste término es inherente al proceso de formación de una opinión personal basado en la libre apreciación de la prueba<sup>48</sup> y deja margen a un amplio –y en

---

<sup>41</sup> Ver asimismo GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010, p. 9.

<sup>42</sup> Sentencia del TJCE 18/2007 de 25 de enero (TJCE 2007,18), para. 45

<sup>43</sup> Resolución del Consejo de la CNC, de 12 de enero de 2012, *Hormigón y productos relacionados*, Expte. S/0179/09), página 84 “*el Consejo considera que las alegaciones de las partes sobre la falta de prueba de la existencia de los acuerdos de fijación de precios y reparto de los mercados imputados no pueden ser aceptadas y comparte con la Dirección de Investigación la consideración jurídica de que la información disponible en el expediente acredita de forma indubitada que las empresas imputadas (con distinta responsabilidad) han adoptado un acuerdo de fijación y subida escalonada de los precios (...) así como un acuerdo de reparto de mercado (...)*”.

<sup>44</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2011 en el expediente S/0086/08, *Peluquería profesional*, FD Séptimo: “*el Consejo coincide con la DI en que está fehacientemente acreditado que se trata de una conducta única y continuada que por la naturaleza de la información intercambiada y el objetivo perseguido constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC/2007/2007, calificada como cártel(...)*. Resolución de la CNC de 29 de junio de 2011 en el expediente S/0224/10, *Colomer*, Hecho Probado 3 y Fundamento de Derecho Cuarto; Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*, Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>45</sup> Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*, Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>46</sup> Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 en el expediente S/0120/08, *Transitarios*, Fundamento de Derecho Cuarto.

<sup>47</sup> En sentido similar, y en relación con el derecho europeo, ver GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010, p. 11,

<sup>48</sup> Ver sección 8 *infra*.

gran medida inevitable- grado de subjetividad. En última instancia, el órgano decisorio- autoridad o juez- actuará en base a una convicción íntima, basada en su propia percepción de lo que constituye la “normalidad económica”.<sup>49</sup> Enfrentado a distintas alternativas, el órgano decisorio optará –en la línea del principio de la navaja de Ockham- por la solución más simple; así, cuando más simples los hechos y más clara la teoría del daño más bajo será el estándar de prueba que el decisor se impone; a contrario, cuando la teoría sea más compleja o improbable el estándar será superior.<sup>50</sup> No es casualidad que en España las referencias a la necesidad de descartar “dudas razonables” se encuentren eminentemente en las Resoluciones y Sentencias en las que se evalúan paralelismos de conductas en base a pruebas indiciarias e indirectas.<sup>51</sup>

Esta subjetividad, en cualquier caso, no es mayor ni menor por la ausencia de una etiqueta; así no parece que la subjetividad asociada a un estándar de “balance de probabilidades”, como el verbalizado en jurisdicciones de *common law*, sea inferior a la observable en jurisdicciones como las nuestras.

En síntesis, si bien es comprensible que exista la tendencia de querer crear una ficción de sistemática y de razonamiento jurídico cartesiano para tratar de limitar o regular en apariencia el proceso de formación de la convicción de un juez o una autoridad de competencia, lo cierto es que la formación de la convicción humana difícilmente puede ser objetiva y absolutamente racionalizada.

No obstante -y esto es capital-, aceptar esta subjetividad no implica que deba renunciarse a controlarla. Para quienes esto escriben, es fundamental que el grado de subjetividad inherente a este proceso de persuasión personal se vea mitigado por (a) un proceso exhaustivo y transparente de valoración de la prueba por parte de la autoridad; y

---

<sup>49</sup> En el mismo sentido, SIBONY, A.L. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, L.G.D.J., 2008, p. 736-739.

<sup>50</sup> Es célebre en Derecho anglosajón la Sentencia redactada por Lord Hoffman en el asunto re B (Children) [2008] UKHL 35, en la que afirmó “ha llegado la hora de decir, de una vez por todas, que solo existe un estándar civil de prueba u que este es el probar que es más probable que un hecho ocurriera a que no” (“*the time has come to say, once and for all, that there is only one civil standard of proof and that is proof that the fact in issue more probably occurred than not*”). En el apartado 72 de dicha Sentencia, Lord Hoffman recurría al igualmente célebre ejemplo del animal visto en Regent’s Park (¿perro o león?) y afirmaba que si el animal era visto fuera del zoo en una zona regularmente usada para pasear perros entonces será más probable que se trate de un perro; por el contrario, si el animal se viera junto a la jaula del león mientras la puerta está abierta, entonces puede ser bastante más probable que se trate de un león que de un perro (“*Consider the famous example of the animal seen in Regent’s Park. If it is seen outside the zoo on a stretch of greensward regularly used for walking dogs, then of course it more likely to be a dog than a lion. If seen in the zoo next to the lion’s enclosure when the door is open, then it may well be more likely to be a lion than a dog*”).

<sup>51</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, la Resolución de Consejo de la CNC de 15 de junio de 2010 en el expediente S/0018/07, *Precios Leche*, la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata*, y la STS 5389/2009, de 5 de octubre (RJ 2009,5389).

(b) una revisión jurisdiccional igualmente exhaustiva y transparente.<sup>52</sup> La importancia crucial de ambos sistemas de control no debería subestimarse. De hecho, el TC español parece también respaldar la idea de que la transparencia del razonamiento subyacente a la formación de una convicción es el principal límite a la evaluación de la prueba por parte de la autoridad, juez o Tribunal en cuestión.<sup>53</sup> Volveremos sobre ambas cuestiones más adelante

#### 4.1 El nivel de prueba exigible en materia de cárteles

Asumamos por ahora que, en contra de lo antedicho, fuera posible y deseable establecer o verbalizar unos requisitos – o, empleando conceptos anglosajones, un estándar- de prueba abstractos y formales en materia de cárteles en España. Esto sería teóricamente posible a la luz del Derecho de la Unión; en efecto, el considerando 5 del Reglamento 1/2003 dispone que dicho Reglamento “*no afecta ni a las normas nacionales en materia de valoración de la prueba ni a las exigencias a que están sometidas las autoridades de competencia y jurisdicciones nacionales de los Estados miembros para determinar los hechos pertinentes de un asunto, siempre que esas normas y exigencias sean compatibles con los principios generales del Derecho comunitario.*”

En tal caso ¿a qué estándar parecería atenerse la práctica española?, y ¿por qué estándar deberíamos optar?

El carácter cuasi-penal de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia ha llevado a muchos por abogar por un estándar de naturaleza penal, que conlleve la exigencia de probar más allá de cualquier duda razonable la participación de una empresa en una infracción de cártel. Este estándar, sin embargo, podría quizás no ser el idóneo en esta materia, debido, por un lado, a que las autoridades de competencia no disfrutaban de los poderes de investigación previstos en el orden penal, y, por otro lado, a que las sanciones por infringir las normas de competencia no llevan aparejadas – al menos hoy en día en España- penas privativas de libertad. Ello motiva que el estándar penal no sea en la práctica el aplicado por autoridades y tribunales nacionales, quizá con la sola excepción de algunos asuntos relativos a la valoración de pruebas indiciarias, en los que, como veremos, el Tribunal Supremo sí ha exigido que se “excluya la duda razonable”.<sup>54</sup> Ello no obstante, parece claro que una posible futura criminalización de las infracciones de cárteles debería necesariamente llevar aparejada la elevación del estándar de prueba hasta su homogeneización con el estándar penal.

---

<sup>52</sup> Sobre la importancia del sistema de revisión jurisdiccional a este respecto en Derecho europeo, ver GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010, p. 10.

<sup>53</sup> STC 120/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 120)], Fundamento Jurídico Segundo; 45/1997, de 11 de marzo (RTC 1997, 45), Fundamento Jurídico Cuarto, por todas: “(...) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación”.

<sup>54</sup> STS 7048/2000, de 6 de marzo (RJ 2000,7048); y STS 589/2009 de 3 de febrero (RJ 2009,589).

El estándar civil de balance de probabilidades tampoco se antoja satisfactorio. Éste estándar tampoco parece haber sido el aplicado por las autoridades de competencia, a excepción de en el Reino Unido.<sup>55</sup> Habiendo sido desarrollado para resolver conflictos entre intereses privados en disputa, el estándar de balance de probabilidades parece introducir un margen de subjetividad que puede resultar excesivo en un derecho de índole sancionador.

En la práctica, y generalizando, la mayoría de autoridades y tribunales parecerían aplicar un estándar de “firme convicción”, una suerte de punto intermedio entre el estándar penal que exige probar “más allá de toda duda razonable” y el estándar civil de “balance de probabilidades” o “preponderancia de prueba”.

Así, en los casos en los que el juzgador tenga dudas que le impidan alcanzar una “convicción íntima” o un grado de convicción suficiente, entonces, y en aplicación de la presunción de inocencia, la duda deberá jugar en favor de la empresa acusada.<sup>56</sup> Obviamente, el problema de las disposiciones aplicables “en caso de duda” es que parecen entrar en juego solamente cuando la duda sea reconocida por el juzgador, lo que no es siempre todo lo frecuente que cabría desear y lo que, en cualquier caso, es difícil de controlar. De ahí, nuevamente, la necesidad de transparencia y exhaustividad en los razonamientos de valoración de prueba.

#### **4.2 Aplicabilidad de distintos requisitos indiciarios o probatorios exigibles para actuar en las fases previas de un procedimiento de cártel**

En experiencia de estos autores parece claro que dentro de un mismo procedimiento de cártel se aplicarán requisitos indiciarios o probatorios exigibles variables, en función de si el objeto de la prueba tiene incidencia en la imposición de una sanción o no.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Ver, por ejemplo 1022/1/1/03 *JBB Sports plc v. OFT* [2004] CET 17, paras. 104-109, citada en GIPPINI-FOURNIER, E. “The Elusive Standard of Proof in Competition Cases”, *World Competition*, Vol. 2, 2010, p. 2.

<sup>56</sup> Ver, entre otras, Sentencia del TJCE 334/2011, de 25 de octubre (2011,334), paras. 93-94; Sentencia del TJUE 352/2012, de 22 de noviembre (TJCE 2012,352), para. 72. Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (2004,217), para. 177: “[A]demás, las dudas que pueda albergar el juez deben beneficiar a la empresa destinataria de la decisión que afirme la existencia de una infracción (véase, en este sentido, la sentencia *United Brands/Comisión*, citada en el apartado 56 supra, apartado 265). El juez no puede por tanto concluir que la Comisión ha acreditado con arreglo a Derecho la existencia de la infracción de que se trate si aún alberga dudas sobre esta cuestión, principalmente en el marco de un recurso en el que se solicita la anulación de una decisión por la que se impone una multa”.

<sup>57</sup> Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (2004,217), para. 177: “[A]demás, las dudas que pueda albergar el juez deben beneficiar a la empresa destinataria de la decisión que afirme la existencia de una infracción (véase, en este sentido, la sentencia *United Brands/Comisión*, citada en el apartado 56 supra, apartado 265). El juez no puede por tanto concluir que la Comisión ha acreditado con arreglo a Derecho la existencia de la infracción de que se trate si aún alberga dudas sobre esta cuestión, principalmente en el marco de un recurso en el que se solicita la anulación de una decisión por la que se impone una multa”. (Subrayado añadido).

En este sentido, parece claro que no será necesario obtener una firme convicción de que una infracción ha tenido lugar para ordenar una inspección o para conceder provisionalmente inmunidad/reducción de la multa a un solicitante de clemencia.<sup>58</sup> En estos casos la autoridad dispone de mayor latitud para evaluar las pruebas a su disposición a la luz del estándar que considere oportuno. Ello es en buena parte lógico durante la fase de investigación, puesto que sería absurdo pretender que solamente pudieran investigarse las infracciones ya establecidas.<sup>59</sup>

Parece por ello sensato que la aplicación del estándar máximo se reserve para las conclusiones que tienen efectos directos sobre la declaración de culpabilidad y la sanción impuesta a una empresa dada, tales como la declaración de existencia de la infracción, la declaración de participación de cada empresa, la determinación de la duración de la infracción y la existencia de circunstancias agravantes.

En cualquier caso, es preciso observar que el problema que puede surgir en estos casos es que la valoración inicial en fase de investigación –sujeta a un estándar inferior– termine por contaminar valoraciones posteriores –sujetas a un estándar superior–.

Este riesgo es particularmente identificable en los sistemas en los que la aplicación de una norma está encomendada a autoridades que combinan labores de instrucción y resolución.<sup>60</sup> Así, por ejemplo, en un caso en el que la autoridad considere en un momento inicial que las pruebas aportadas por un solicitante de clemencia son suficientes para otorgar la inmunidad condicional en virtud de las normas de clemencia puede existir el riesgo de que esa apreciación contamine la continuación del procedimiento a partir de ese momento. En efecto, es posible que la autoridad sea poco proclive a apartarse de su previa conclusión provisional aun cuando otros elementos

---

No obstante, cabe señalar que su reciente Sentencia TJCE 250/2013, de 13 de abril (2013,250), paras. 93 y 94 en los que el Tribunal parece indicar que los requisitos de prueba que se exigen a la Comisión en defensa de la presunción de inocencia son los mismos a pesar de que la decisión impugnada no lleve aparejada la imposición de una multa.

<sup>58</sup> Véase el artículo 56 LDC/2007 y el apartado 8 de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, publicada en el Diario Oficial C 298 de 8 de diciembre de 2006; que disponen que podrán beneficiarse del programa de clemencia no solo las empresas que aporten pruebas que permitan acreditar el cártel sino también quienes aporten pruebas que permitan realizar una inspección orientada en relación con el supuesto cártel.

<sup>59</sup> Ver en este sentido, y entre otras, la SAN 323196/2011, de 20 de julio (JUR\2011,323196), Razonamiento Jurídico Tercero.

<sup>60</sup> Algunos autores han apuntado también a la existencia de un posible “*confirmation bias*” por parte de los instructores en esquemas institucionales que combinan investigación y decisión en una única autoridad. Ver en este sentido WILS, W. “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function”, *World Competition: Law and Economic Review*, 2004, p. 216.

puedan apuntar a que la infracción a la que se refiere el solicitante de clemencia no sea claramente constitutiva de un cártel.<sup>61</sup>

Como en muchos otros casos, la solución a éste problema no exige un cambio normativo; en la medida en la que deriva de una actitud humana la primera forma de evitarlo es la adopción de una actitud prudente por parte de la autoridad.

En todo caso, en las situaciones en las que puedan producirse excesos, la “contaminación” en las decisiones de una autoridad por la utilización de estándares de prueba inferiores en los trámites previos puede y debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales en vía de recurso. Ello no hace sino reforzar la necesidad de una revisión jurisdiccional seria y minuciosa de las Resoluciones de la CNMC, particularmente en materia de cárteles. Volveremos también sobre este punto más adelante.

## 5. MEDIOS/TIPOS DE PRUEBA

En virtud del carácter supletorio de la LRJ-PAC respecto de la LDC/2007, los medios de prueba admitidos son los contenidos en el artículo 80.1 de esta norma, es decir, todos los admisibles en Derecho.

Los medios de prueba tradicionales en procedimientos de infracción en materia de cárteles han sido tradicionalmente documentos escritos, si bien a raíz de la adopción del Reglamento 1/2003 comenzaron a adquirir más importancia las pruebas aportadas de forma oral.

Los medios de prueba más comunes utilizados por las autoridades de competencia pueden clasificarse, a grandes rasgos y en función de su origen, del siguiente modo:

- Documentos incautados en el marco de inspecciones domiciliarias (incluyendo correos electrónicos, anotaciones de agendas,<sup>62</sup> documentos contables o presentaciones internas, entre otros);<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Alegaciones de este tipo se han formulado, entre otros, en el expediente que resultó en la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2011, en el expediente. S/0185/09 *Bombas de Fluidos*.

<sup>62</sup> En algunos casos el Consejo ha reconocido que en estos casos “no se trata de un correo electrónico que verifica la identidad del emisor y el receptor”, sugiriendo quizás, sin explicitarlo, que por ello deben tener menor credibilidad. Véase en este sentido la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata*, página 51.

<sup>63</sup> Este tipo de documentación es utilizada como medio probatorio en prácticamente todos los procedimientos de cártel. A título meramente ilustrativo véanse, por ejemplo, el Expediente S/0037/08 *Compañías de Seguro Decenal* (en el que el principal medio de prueba fueron los correos electrónicos intercambiados entre las empresas imputadas y las guías de tarificación que las empresas se comprometían a suscribir); el Expediente S/0014/07 *Gestión de Residuos Sanitarios* (en el que la CNC probó su imputación recurriendo correos electrónicos, anotaciones en las agendas de los directivos de las compañías, estudios estadísticos de éxito en la presentación de oferta a concursos, etc.).



- Documentos aportados por las partes del procedimiento: a instancia de la autoridad mediante un requerimiento de información o voluntariamente, en ocasiones en el marco de una solicitud de clemencia;<sup>64</sup>
- Fuentes públicas: prensa, televisión o radio;<sup>65</sup>
- Documentos que obran en poder de otras administraciones públicas;<sup>66</sup>
- Documentos aportados por terceras partes (denunciante u otros terceros interesados);<sup>67</sup>
- Confesiones al margen de la solicitud de clemencia: por ejemplo, en los propios escritos de alegaciones, tales como el reconocimiento de hechos;<sup>68</sup>
- Declaraciones indocumentadas;<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> La práctica decisoria de la autoridad española de defensa de la competencia viene reconociendo como “pruebas fiables” a las aportadas en el marco de solicitudes de clemencia por personal directivo de empresas con un conocimiento directo sobre los hechos sobre los que declaran y que, además de inculpar a terceros, reconocen su papel de infractores en el presunto cártel. En este sentido ver, entre otras la Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el Expediente S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*. Fundamento de Derecho Tercero: “*El valor como prueba de cargo de una solicitud de clemencia está fundamentalmente determinada, por un lado, por la calidad intrínseca de la información aportada por el solicitante de exención o reducción en su declaración ante la CNC (soporte documental, contemporáneo a los hechos, carácter incriminatorio, participación directa del declarante, etc) y, por otro lado, por el hecho de ser consistente y/o estar corroborada por otros medios de prueba no aportados al expediente por el solicitante de clemencia, como puede ser una inspección previa a la solicitud de clemencia*”. En dicha Resolución el Consejo también clarificó que “*nada (...) indica que las solicitudes de exención y de reducción de la multa no se puedan presentar por una empresa después de haber sido sometida a una inspección por la CNC, ni tampoco que su valor probatorio sea nulo o inferior por este simple hecho*”. En otras Resoluciones el Consejo ha explicado que el valor probatorio que debe conferirse a las “declaraciones del clemente” deriva del hecho de que proviene de una renuncia del derecho del acusado a callar total o parcialmente; véase la Resolución de la CNC de 21 de noviembre de 2012 en el Expediente S/0317/10 *Material de archivo*, Fundamento de Derecho Sexto; en la misma Resolución (Fundamento de Derecho Quinto) se cita jurisprudencia europea de la que el Consejo extrae que las declaraciones formuladas el amparo del programa de clemencia tienen “un valor probatorio especialmente alto”.

<sup>65</sup> Ver, por ejemplo, Resolución del Consejo de la CNC, de 26 de septiembre de 2012, Expediente S/0335/11, *CEOE*.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC de 1 de abril de 2009 en el Expediente 623/07, *Transportistas Barcelona*, en relación con informes de la Autoridad Portuaria y de la Policía.

<sup>67</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013 en el expediente S/0329/11, *Asfaltos Cantabria*.

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de 19 de octubre de 2011 en el expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras*, que apreció una atenuante por cooperación con la autoridad a las empresas que aportaron documentos contables reconociendo su participación en la infracción. Ver supra nota a pie 64.

<sup>69</sup> La SAN 119122/2013, de 8 de abril (JUR 2013,119122) declaró que las “*declaraciones autoinculpatorias de otros participantes en la conducta enjuiciada no bastan para establecer la*

- Periciales ordenadas por la autoridad, bien de oficio o a instancia de parte.<sup>70</sup>
- En asuntos recientes la autoridad de competencia española ha recurrido incluso a grabaciones de reuniones y conversaciones telefónicas entre representantes de las empresas sancionadas sin que mediase intervención de autoridad judicial;<sup>71</sup>

---

*participación de otras en la misma, pero si, como es el caso, vienen acompañadas de un conjunto de documentos, y lo que reflejan los mismos ha sido confirmado por las pruebas obtenidas en las investigaciones de la Administración, tales declaraciones pueden y deben ser tenidas en cuenta como prueba de cargo*". En el mismo sentido, véase la Resolución de la CNC de 10 de diciembre de 2009 en el Expediente S/0085/08, *Dentífricos*, en la que tanto la DI como el Consejo consideraron que, si bien "[l]a declaración de un directivo, acompañada de pruebas que la corroboren o de la declaración de otras partes puede ser prueba suficiente para acreditar la existencia de una infracción (...) en este caso, la declaración del directivo no ha sido acompañada por ninguna otra evidencia que lo soporte ni la DI en el curso de su investigación la ha encontrado". Por lo que se refiere a pruebas de descargo, la Resolución de 21 de noviembre de 2012 en el Expediente S/0317/10, *Material de archivo*, reconoce que la declaración de un directivo de la empresa incoada no es suficiente para desvirtuar las declaraciones de clemencia aportadas por otra empresa.

<sup>70</sup> En algunos asuntos en los que la autoridad ha ordenado la práctica de pruebas periciales (por ejemplo Resolución del Consejo de la CNC, de 12 de enero de 2012, Expediente. S/0179/09, *Hormigón y productos relacionados*.) algunas de las empresas investigadas solicitaron la posibilidad de interrogar y examinar al perito propuesto por la autoridad (en ese caso un perito de la Policía Científica); el Consejo denegó tales solicitudes afirmando que el nombramiento de un perito por la autoridad constituye un prueba o actuación complementaria que no debe estar regulada por las reglas aplicables a peritos de parte. El Consejo rechazó los argumentos derivados de la Ley de Enjuiciamiento Civil arguyendo que se trata de "una normativa que, bajo ninguna perspectiva, le resulta de aplicación", y que las normas aplicables a los procedimientos en materia de competencia no contienen previsión normativa alguna en relación con estas cuestiones.

<sup>71</sup> Resolución del Consejo de la CNC, de 12 de enero de 2012, Expediente S/0179/09, *Hormigón y productos relacionados*, en el que dichas grabaciones fueron empleadas como principal prueba de cargo. El uso de grabaciones intervenidas en ausencia de control judicial es una cuestión controvertida en otras jurisdicciones. Diversos Tribunales nacionales han anulado resoluciones de autoridades nacionales de competencia basadas en el uso de dichas grabaciones; véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Distrito de Róterdam de 11 de Julio de 2013 que anuló las multas impuestas por la autoridad holandesa a empresas dedicadas a la recogida de residuos en el puerto de Rotterdam al entender que el caso se basaba en la entrega ilegal de grabaciones por parte de la Fiscalía a la autoridad de competencia. En el mismo sentido, el Pleno de la Cour de Cassation francesa decidió el 7 de enero de 2011 que en Derecho francés no resulta admisible como prueba el uso de grabaciones telefónicas realizadas sin el consentimiento de la otra parte por cuando que ello resultaría contrario al artículo 6 del CEDH. En otras jurisdicciones, como Suecia, el uso de este tipo de grabaciones sí ha sido validado por el Tribunal Supremo (ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/820).

La Comisión Europea, por su parte, se ha mostrado muy reticente al uso de este tipo de medio probatorio. En su Decisión en el asunto IV/33.884 - *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische* la Comisión reconoció (apartado 32) que "[d]urante la investigación, [la empresa denunciante] envió a la Comisión algunas grabaciones y transcripciones de conversaciones telefónicas que mantuvo con una serie de empresas. Estas grabaciones y transcripciones se realizaron de forma secreta y sin el consentimiento de las empresas implicadas. La Comisión reconoce que, por esta razón, debió haberlas devuelto inmediatamente a CEF. Así lo hizo poco tiempo después. La Comisión quiere subrayar que estas grabaciones y transcripciones no han incidido en absoluto en el

A continuación se abordarán los principios que rigen la admisibilidad de los medios de prueba (sección 6), así como las reglas de valoración de prueba que, en la práctica, hacen que cada uno de los medios de prueba que vienen de identificarse pueda ser merecedor de un mayor o menor valor probatorio (sección 7).

## 6. ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA- PRUEBA ILÍCITA

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece la inoperancia de las pruebas obtenidas por medios ilícitos:

*“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”* (Énfasis añadido).

En Derecho de la UE rige el mismo principio, por lo que la vulneración de un derecho fundamental en el proceso de recopilación o tratamiento de la prueba determinará su inadmisibilidad.<sup>72</sup>

En los procedimientos de infracción en relación con cárteles las vulneraciones de Derechos fundamentales invocadas con más frecuencia de refieren a entradas en domicilio sin autorización judicial o con autorización judicial viciada; supuestas vulneraciones al derecho al secreto de las comunicaciones; o a posibles vulneraciones del derecho a no declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable. A continuación se discutirán brevemente algunos de estos supuestos.

### 6.1 Pruebas obtenidas en vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio- El problema de los “hallazgos casuales”

En principio no resultan válidas las pruebas obtenidas en vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la CE,<sup>73</sup> y que se extiende tanto a personas físicas como a personas jurídicas tal y como han reconocido reiteradamente tanto el TC<sup>74</sup> como el TS.<sup>75</sup>

---

*procedimiento relativo al presente asunto ni han tenido influencia alguna en el contenido de la Decisión”.*

<sup>72</sup> Ver, por ejemplo, Sentencia del TJCE 30/1989, de 21 de septiembre (TJCE 1989,30); Sentencia del TJCE 39/1990, de 17 de octubre (TJCE 1990,39); Sentencia del TJUE 294/2002, de 22 de octubre (TJCE 2002,294) y la más reciente Sentencia del TG (410/2009), de 12 de diciembre (*Almamet/Comisión*), paras. 39 a 43.

<sup>73</sup> “*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”

<sup>74</sup> Por todas, STC 137/1985, de 17 de octubre (STC 1985,137)

<sup>75</sup> Por todas, STS 3640/2010 de 24 de abril (RJ 2010,3640).

Los argumentos relacionados con la vulneración de este derecho surgen frecuentemente en los recursos contra las decisiones que autorizan inspecciones domiciliarias. En concreto, los argumentos a este respecto suelen partir de la idea de que los documentos recabados en una inspección han excedido del objeto de la misma.

Una cuestión particularmente controvertida que ha surgido en una serie de expedientes recientes es la validez como prueba de “hallazgos casuales”, es decir, de la recopilación no intencionada de material probatorio relativo a una infracción con un ámbito material, temporal o geográfico distinto de la inicialmente investigada.

El precedente más relevante en éste ámbito radica probablemente en el asunto *STANPA*.<sup>76</sup> En este asunto la CNC practicó una inspección para investigar conductas anticompetitivas en el sector de la peluquería profesional, pero recabó documentación no relacionada necesariamente con este sector, lo que llevó a la empresa a recurrir alegando una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio. Al conocer el asunto, la AN, recalcando que las inspecciones únicamente pueden ejercerse en relación con un ámbito material determinado por el objeto de la orden de autorización,<sup>77</sup> consideró que la inspección recurrida “afectó a ámbitos no relacionados con la peluquería profesional, no se encontraba amparado por las autorizaciones de entrada y registro y, por ello, constituye una actuación administrativa irregular vulneradora del derecho a la inviolabilidad del domicilio. La Administración en el registro realizado el 19 de junio de 2008 violó el derecho reconocido a la entidad actora por el artículo 18.2 de la Constitución.” (Fundamento de Derecho Tercero). En virtud de este razonamiento la AN concluyó que la actuación material de la inspección fue contraria a Derecho y

---

<sup>76</sup> SAN 782/2009, de 30 de septiembre (RJ 2009,782); y STS 6424/2012, de 27 de abril (RJ 2012,6424). El primer pronunciamiento de referencia en relación con esta cuestión se encuentra en la Sentencia del TS 5474/2003, de 17 de marzo (RJ 2003,5474) en relación con una inspección realizada en la sede de FACONAUTO. En dicha Sentencia el TS examinó que no había existido una vulneración de los derechos de defensa de la empresa por parte del SDC al recabar datos que le eran desconocidos y que no encajaban exactamente en el objeto de la inspección en la medida en que los documentos en cuestión fueron exhibidos a la autoridad “sin ningún tipo de coacción”.

<sup>77</sup> “Las facultades [de inspección] han de ser ejercidas en relación a un ámbito material que viene determinado por la conducta que es objeto de investigación, porque, precisamente, para encontrar datos que acrediten la conducta investigada es para lo que se da la orden de entrada y registro que consiente el interesado, o, en su defecto, autoriza el Juez. Quiere ello decir que todo registro viene circunscrito a unos concretos hechos, y respecto de los mismos se limita el derecho contenido en el artículo 18.2 de la Constitución. Y en este punto es donde radica el conflicto de autos, porque precisamente el registro se extendió más allá de la conducta investigada, y por tanto más allá de la orden que autorizaba la entrada y registro en las sedes de la entidad actora.” (Fundamento de Derecho Segundo). “La cuestión radica en que en el curso del registro se aprehendieron documentos - mediante copia de los contenidos en el disco duro de los ordenadores existentes en las sedes de la actora -, que no guardaban relación con el sector de productos de peluquería profesional, ámbito al que se circunscribían las conductas investigadas y al que venían referidas las órdenes de entrada y registro (...) [d]e lo expuesto hasta ahora hemos de concluir que el registro se extendió a datos que nada tenían que ver con el sector de productos de peluquería al que venían referidos los hechos constitutivos de la infracción imputada y para cuya investigación se dieron las autorizaciones de entrada y registro”.

ordenó a la CNC la devolución de los documentos no amparados por la orden de investigación.<sup>78</sup> Un razonamiento muy similar fue también adoptado por la AN en el asunto COLGATE.<sup>79</sup>

El TS, sin embargo, casó la Sentencia de la AN en el asunto *STANPA* mediante Sentencia de 27 de abril de 2012. La STS, enfatizando la necesidad de preservar la eficacia de las inspecciones sobre la base de la Sentencia del TJUE en *Dow Chemical Iberia*,<sup>80</sup> argumenta en su Fundamento de Derecho octavo que procede casar la SAN con la siguiente argumentación:

*“[L]a limitación de las potestades de intervención que la sentencia recurrida establece en relación con el cumplimiento de las autorizaciones domiciliarias concedidas para llevar a cabo las actuaciones de inspección no es conforme con el criterio presente en ese apartado 24 antes transcrito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989 [DOW CHEMICAL IBÉRICA, asuntos acumulados 97 a 99/87]. Criterio que se viene a enmarcar en esa meta de eficacia de la protección de la libre competencia que antes se apuntó y en la necesidad de evitar obstáculos que de manera injustificada puedan impedir la actuación inspectora.*

*Ha de acogerse, pues, la indebida aplicación del derecho a la inviolabilidad del domicilio que el representante de la Administración reprocha a la sentencia recurrida, y coincidir con él en que no fue correcta la vulneración de ese derecho fundamental declarada por el fallo de la Audiencia Nacional.”*

La STS *STANPA* confirma que la posición del TS parece inclinarse por una concepción amplia de la eficacia de las investigaciones, y por tanto de la no vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio aunque se recaben documentos ajenos al objeto predeterminado en una orden de inspección.

La postura de la entonces CNC –que se resistió a adaptarse a lo dispuesto por la Audiencia Nacional en *STANPA* hasta en tanto el Supremo no se pronunciara– vio, pues, validada su teoría, que ya ha llevado a la práctica en una serie de Resoluciones en las que ha considerado que los hallazgos casuales recabados en una inspección pueden

---

<sup>78</sup> En relación con esta Sentencia véase FIGUEROA, P. y ACINAS, J. “Inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de la Competencia: unas brevísimas consideraciones al hilo de la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2009”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 16, 2010.

<sup>79</sup> SAN 790/2011, de 26 de septiembre de 2011 (RJCA 2011,790). A diferencia del asunto *STANPA*, sin embargo, en *COLGATE* la AN no ordenó la devolución de los documentos incautados.

<sup>80</sup> El TS citaba a este respecto la TJCE 39/1990, de 17 de octubre (TJCE 1990,39), para. 24: “*Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas*”. Véanse asimismo los apartados 22-26 de dicha Sentencia.

dar lugar a un nuevo expediente siempre y cuando se respeten “*ciertas garantías procesales*” consistentes en la apertura de nuevas diligencias, el inicio de un nuevo procedimiento sancionador en el que se recaben pruebas adicionales y en el que las empresas puedan ejercer sus derechos de defensa.<sup>81</sup>

Si bien una discusión profunda al respecto de esta cuestión escapa del ámbito de la presente contribución,<sup>82</sup> cabe interrogarse acerca de si el TS realmente de forma aplicó correcta la Sentencia *Dow Chemical Iberia* del TJUE, así como si la postura del TS puede verse afectada por las recientes Sentencias del TGUE en los asuntos *Nexans* y *Prysmian*,<sup>83</sup> en las que el Tribunal determinó que la Comisión Europea se excedió al recabar documentación ajena a los sectores de actividad indicados en la decisión por la que se autorizó la inspección.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Ver, entre otras, Resolución de 26 de abril de 2010 en el expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, y la Resolución de 7 de octubre de 2010 en el expediente R/0053/10, *Montesa Honda*; véase también la Resolución de 7 de febrero de 2011 en el expediente S/0155/09, *STANPA*, que impuso una sanción por una infracción en el sector de los cosméticos y que indica explícitamente que el procedimiento trae causa de la información encontrada en inspecciones simultáneas llevadas a cabo en el marco de otros expedientes sancionadores relativos a mercados distintos, a saber S/0084/08, *Geles*, S/0085/08 *Dentífricos* y S/0086 *Peluquería Profesional*. Véase igualmente la Resolución de 19 de octubre de 2011 en el expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras*.

<sup>82</sup> Sobre estas cuestiones véase la aportación de ESCUDERO, A. “Poderes de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia”, *Serie Política de la Competencia*, CEU Ediciones, N° 36, 2013, p. 1-52.

<sup>83</sup> Sentencia del TGUE, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-135/09, *Nexans France SAS y Nexans SA c. Comisión*, (no recopilada en Aranzadi); Sentencia del TGUE, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-140/09, *Prysmian SpA y Prysmian Cavi e Sistemi Energia Srl c. Comisión*, (no recopilada en Aranzadi).

<sup>84</sup> Sentencia del TGUE, de 14 de noviembre de 2012, en el asunto T-135/09, *Nexans France SAS y Nexans SA c. Comisión*, (no recopilada en Aranzadi), paras. 64-66: “*No obstante, a pesar de lo anterior, cuando la Comisión realiza una inspección en los locales de una empresa en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, está obligada a limitar su indagación a las actividades de dicha empresa relacionadas con los sectores indicados en la decisión por la que se ordena la inspección y, por consiguiente, una vez que ha comprobado, tras efectuar su examen, que un documento o una información no están comprendidos en dichas actividades, debe abstenerse de utilizarlos para su investigación. 65 En efecto, si la Comisión no estuviera sujeta a dicha limitación, en primer lugar, en la práctica, cada vez que tuviera indicios que le permitieran sospechar que una empresa ha infringido las normas sobre competencia en un ámbito concreto de sus actividades, podría realizar una inspección sobre la totalidad de dichas actividades cuyo fin último sería detectar la existencia de cualquier infracción de las citadas normas sobre competencia que la empresa pudiera haber cometido, lo que resulta contrario a la protección de la esfera de actividad privada de las personas jurídicas garantizada como un derecho fundamental en una sociedad democrática. 66 Además, la obligación de la Comisión de indicar la finalidad y el objeto de la inspección en las decisiones adoptadas en virtud del artículo 20, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003 tendría un objetivo meramente formal si estuviera definida según sugiere la Comisión. La jurisprudencia según la cual dicha obligación tiene principalmente por objeto permitir a las empresas afectadas comprender el alcance de su deber de colaboración se vulneraría en la medida en que dicha obligación se extendería sistemáticamente a todas las actividades de las empresas de que se trate”.*

Hasta el momento nos hemos centrado en si los documentos recabados fuera del marco del objeto de la inspección pueden ser utilizados para iniciar un nuevo expediente. Cuestión distinta es la relativa al valor probatorio de dichos documentos. Puesto que la Sentencia del TS en STANPA no se pronuncia sobre esta concreta cuestión, el precedente más relevante continúa siendo la STS FACONAUTO, que reconocía el valor probatorio de tales documentos solamente si la inspección tenía lugar sin necesidad de mandamiento judicial, con consentimiento del titular y en su presencia, y siempre y cuando los documentos en cuestión fueran exhibidos a la autoridad “*sin ningún tipo de coacción*”. En la medida en que la práctica totalidad de las inspecciones de la CNMC se realizan actualmente al amparo de una autorización judicial, el cumplimiento de estos criterios es, cuando menos, dudoso.<sup>85</sup>

## 6.2 Secreto de las comunicaciones (comunicaciones abogado-cliente)

Otro tema controvertido en relación con la admisibilidad de pruebas es el relacionado con la protección del secreto de las comunicaciones abogado-cliente, que también ha dado lugar a interesantes discusiones y pronunciamientos judiciales en los últimos años.<sup>86</sup>

La protección del secreto de las comunicaciones abogado-cliente se configura no como un derecho fundamental sustantivo, pero sí se reputa como elemento integrante del derecho de defensa recogido en los artículos 24 CE y 6 CEDH. Por ello, tanto en Derecho español como en Derecho europeo se ha afirmado que la autoridad de competencia tiene vedado el acceso a comunicaciones entre abogados externos<sup>87</sup> y el

---

<sup>85</sup> Un Informe de la Abogacía del Estado de fecha 16 de octubre de 2008 abordaba también ésta cuestión atendiendo a si existe aquiescencia o no por parte de la empresa investigada en el acceso de los inspectores al domicilio social; esto es, si ha mediado autorización judicial o no para realizar la inspección domiciliaria. En dicho informe la Abogacía del Estado concluía que “[e]n el caso de que la actuación investigadora haya requerido autorización judicial, resulta necesario que por parte de la Comisión se informe de este extremo al Juez en cuanto garante de los derechos fundamentales, expresando el propósito de la Administración de utilizar dichos datos en un nuevo procedimiento salvo que el titular del órgano jurisdiccional ordene lo contrario. Todo ello sin perjuicio de que, si las informaciones así obtenidas exigen recabar de la empresa nuevos datos procederá solicitar, previo, acuerdo motivado del Director de investigación, una nueva autorización de entrada en domicilio para la averiguación de infracciones distintas a aquellas objeto del primer procedimiento.”

<sup>86</sup> Véanse las Sentencias del TJCE de 18 de mayo de 1982 en el asunto 155/79 *AM&S Europe* y de 14 de septiembre de 2007 en el asunto, C-550/07 P, *Akzo* TJCE (2010,275). El análisis más completo de estas cuestiones en Derecho europeo se desarrolla en GIPPINI FOURNIER, E. “Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond de Cursory Glance”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 28 Book 4, 2005. Para un análisis sobre el estado de la cuestión en Derecho español, véase ALLENDES ALAZAR, R. “Confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente y eficacia de las inspecciones de competencia: dos principios a la búsqueda de un equilibrio”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.7, Enero-Febrero, 2009.

<sup>87</sup> La documentación elaborada por los abogados internos de las empresas sí puede ser incautada y utilizada como prueba por la autoridad de competencia. De hecho, en algunas inspecciones la autoridad española de competencia ha centrado sus búsquedas en los despachos de abogados internos; véase en este sentido la Resolución de la CNC de 14 de diciembre de 2009 en el expediente R/0030/09, *UNESA*.

personal de la empresa siempre y cuando estos se redactan para proteger los derechos de defensa del cliente y la empresa facilite elementos útiles que justifiquen que los documentos merecen protección legal,<sup>88</sup> habiéndose arbitrado mecanismos procesales (el procedimiento del sobre cerrado) para solucionar posibles discrepancias.<sup>89</sup>

En la Sentencia STANPA la AN sostuvo que el hecho de que la autoridad de competencia haya tenido acceso a un documento cubierto por el privilegio no sería susceptible de vulnerar el derecho de defensa salvo en el caso de que dicho documento o información fuera utilizado causando así indefensión.<sup>90</sup>

Esta posición parece contraria a la explicitada por el TJUE en el asunto *Akzo*, en el que afirmaba que

*“en algunas ocasiones, incluso un somero examen del documento implica el riesgo de que, pese a su carácter confidencial, los agentes de la Comisión adquieran conocimiento de informaciones amparadas por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Tal podría ser el caso, en particular, si el carácter confidencial del documento en cuestión no se dedujera claramente de los signos externos. [...]”*

*procede considerar que el hecho de que la Comisión adquiera conocimiento de un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del referido principio. Así pues, contrariamente a lo que parece sostener la Comisión, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes resulta más amplia que la exigencia de que la información confiada por la empresa a su abogado o el contenido del asesoramiento de éste no sean utilizados contra dicha empresa en una decisión sancionadora por infracción de las normas sobre la competencia”<sup>91</sup>*

---

<sup>88</sup> Ver, entre otras, las Resoluciones de la CNC de 3 de octubre de 2008 en los expedientes R/004/08 *CP España*, R005/08 *L’Oreal* y R006/98 *STANPA*. En su Sentencia de 27 de abril de 2012 (RJ 2012\6424) en relación con la inspección practicada en la sede de STANPA el Tribunal Supremo estableció que para que la actuación inspectora pudiera ser anulada por vulneración de las comunicaciones abogado cliente habría sido preciso que la empresa señalase los concretos documentos que debían gozar de protección y motivar las razones por las que esta protección estaría justificada.

<sup>89</sup> Manual de Procedimiento de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en procedimientos para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, sección 2.1. “Definición de documento”. Ver asimismo las Sentencias del TJCE de 18 de mayo de 1982, en el asunto C-155/79, *AM & S/Comisión*, (no recopilada en Aranzadi) y del TJUE de 14 de septiembre de 2007 en el asunto *AKZO*, C-550/07 P (TJCE 2010,275).

<sup>90</sup> SAN 782/2009, de 30 de septiembre (RJ 2009,782): “*Es por tanto necesario que se haya producido alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión. La actuación que examinamos no es constitutiva del uso de la información obtenida en el registro irregular, y por tanto, no puede causar indefensión material en la forma definida por el TC. No apreciamos vulneración del derecho de defensa*”. En el mismo sentido, véase SAN 790/2011, de 26 de septiembre de 2011 (RJCA 2011,790) en el asunto *COLGATE*.

<sup>91</sup> Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2007 en el asunto *AKZO*, C-550/07 P (TJCE 2010,275), paras. 81 y 86.



Al pronunciarse acerca de esta contradicción al resolver el recurso de casación en este asunto el TS evitó entrar sobre el fondo, manteniendo así la incertidumbre acerca de los principios aplicables. En su lugar, concluyó que la información en cuestión no estaba protegida por el secreto de las comunicaciones puesto que éste no había sido invocado por STANPA en tiempo útil. Las referencias que el TS hace a la jurisprudencia *Akzo* parecerían, no obstante, aceptar implícitamente su plena traslación a Derecho español.<sup>92</sup>

Para quienes esto escriben, la postura de la autoridad de competencia y la AN en STANPA es cuestionable. Si bien es cierto que en derecho administrativo continental la anulación de una prueba resuelve en principio cualquier problema, la situación de las comunicaciones abogado-clientes es peculiar. En estos casos se produce una violación del derecho a la presunción de inocencia puesto que implícitamente se valida que se ponga a la vista de autoridad algo que va a contaminar su visión del expediente y la tramitación del mismo. Una vez la autoridad ha tenido acceso a la información la situación tiene difícil arreglo; parecería por ello más adecuado trasladar al ámbito español la doctrina jurisprudencial y la práctica administrativa del “sobre cerrado” aplicada por la Comisión Europea<sup>93</sup> con las adaptaciones necesarias, posiblemente otorgando un papel al Juzgado que autoriza la inspección.

### **6.3 Prueba de cargo desconocida por el acusado**

Según jurisprudencia europea consolidada, la autoridad de competencia no puede válidamente aducir en apoyo de sus tesis información contenida en documentos sobre los que las partes no hayan tenido oportunidad de pronunciarse<sup>94</sup> por lo que dichas pruebas deberán ser reputadas inadmisibles.<sup>95</sup> Esta regla está también plenamente consolidada en Derecho español.

### **6.4 Admisibilidad de prueba aportada anónimamente**

Los Tribunales de la Unión no han mostrado objeción a la utilización por parte de la Comisión Europea de material probatorio aportado por una persona física o jurídica concreta –identificada por la Comisión– que solicita se preserve su anonimato de cara al exterior.

---

<sup>92</sup> Véase la STS 6424/2012, de 27 de abril (RJ 2012,6424).

<sup>93</sup> Manual de Procedimiento de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en procedimientos para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, sección 2.1. “Definición de documento”.

<sup>94</sup> Ver, entre otros, la Sentencia del TJCE 112/1989, de 11 de abril (TJCE 1989,112), para. 21.

<sup>95</sup> Sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1983, en el asunto 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts Gesellschaft AEG-Telefunken c Comisión*, para. 27, (no recopilada en Aranzadi). El artículo 27 del Reglamento 1/2003 también dispone que “[l]a Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones”; a su vez, el artículo 11.2 del Reglamento 773/2004 dispone que “[e]n sus decisiones la Comisión solo se basará en aquellas objeciones respecto de las cuales las partes mencionadas en el apartado 1 hayan tenido la oportunidad de formular sus observaciones”.

Una cuestión distinta, y más controvertida, se refiere a la admisibilidad de documentos anónimos o procedentes de fuentes no identificadas. En Derecho europeo habitualmente se considera que estos documentos son en principio admisibles, si bien tendrán credibilidad reducida cuando el contexto en el que se produjeron no se conozca o si éste no puede verificarse.<sup>96</sup> Esta regla parece sensata, excepto en los casos en los que pueda parecer que la autoridad esté concediendo exenciones del pago de la multa de forma encubierta.<sup>97</sup>

## **6.5 Admisibilidad de prueba obtenida por autoridades de competencia de otros Estados miembros**

El artículo 12 del Reglamento 1/2003 establece un sistema de intercambio de información entre autoridades de competencia que se proyecta sobre elementos de hecho y de derecho, incluida información confidencial.

Las pruebas obtenidas a través de éste mecanismo resultan admisibles, y ello aun cuando éstas hayan sido recabadas por autoridades con poderes de investigación más amplios que los de la autoridad receptora,<sup>98</sup> siendo los únicos límites a esta regla (i) que se hayan respetado los derechos fundamentales de la empresa en el momento de recabarse la prueba,<sup>99</sup> (ii) que sólo se utilice como medio de prueba a efectos de la aplicación de las normas de competencia, respetando la finalidad para la cual fue recopilada por la autoridad remitente (artículo 12(2) del Reglamento 1/2003); y (iii) que no se utilice para imponer penas privativas de libertad ni, en determinadas condiciones, sanciones económicas a personas físicas (artículo 12(3) del Reglamento 1/2003).<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Sentencia del TPICE 266/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,266).

<sup>97</sup> Véase la Resolución del Consejo de la CNC, de 22 de julio de 2009, Expte. 648/08 *Hormigones de Cantabria*, en relación con la empresa gestora AFACOR. Si bien en la Resolución se afirma que la CNC desconocía el origen de la documentación empleada como principal prueba de cargo, posteriormente algunos funcionarios han reconocido públicamente que la documentación fue entregada a la autoridad por la empresa “gestora” del cártel, no habiéndose reconocido este extremo debido a que el sistema de clemencia no existía aún y la autoridad no consideraba apropiado imponer una sanción a la empresa en cuestión.

<sup>98</sup> Ver WPJ W., “Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement”, *World Competition*, Vol. 29, No 1, marzo 2006.

<sup>99</sup> Sentencia del TPICE, de 27 de septiembre de 2006, en el asunto T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. C Comisión*, paras 229 y ss. (no recopilada en Aranzadi).

<sup>100</sup> En relación con esta cuestión, véase para más detalle ORTIZ BLANCO, L. (Ed) *EU Competition Procedure*, 3rd ed, Oxford University Press, 2013 y ORTIZ BLANCO, L. y LAMADRID DE PABLO, A. “EU Competition Law Enforcement: Elements for a discussion on effectiveness and uniformity”, *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2011*, Chapter 4, 2012.

## 7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En las secciones precedentes hemos comprobado que en materia de cárteles la carga de la prueba es relativamente fácil de desplazar hacia la empresa imputada, y que el estándar de prueba/convicción no es abstracto y predeterminado, sino que dependerá de la impresión subjetiva que el conjunto de pruebas disponible en cada caso produzca en el juez o en la autoridad de competencia.

En estas circunstancias, el ejercicio de valoración de la prueba deviene absolutamente clave; una valoración exhaustiva y transparente es –tanto en vía administrativa como judicial- la única forma de contrarrestar el amplio grado de discrecionalidad inherente a este ejercicio.<sup>101</sup>

En la mayoría de jurisdicciones de la UE, así como en Derecho de la Unión, rige el principio de libre apreciación/valoración de la prueba por parte del órgano encargado de resolver.<sup>102</sup> Dentro de este margen de libre apreciación ¿qué elementos de prueba serán los más valorados por el juez? La respuesta a esta pregunta no es sencilla, puesto que, como venimos diciendo, el proceso de formación de convicción de un juez/autoridad de competencia dependerá en cada caso de un enorme número de factores. Determinar con carácter general el valor que en cada caso se dará a un medio de prueba concreto es un ejercicio necesariamente abstracto e incompleto y probablemente fútil, a la postre.

Hecha esta importante salvedad, diversos autores han tratado de identificar los medios de prueba generalmente considerados más creíbles, así como los factores externos que pueden contribuir a afianzar o destruir esa credibilidad.

En relación con los factores externos a considerar, parece útil atender a la lista de factores no exhaustivos ofrecida por el juez Vesterdorf actuando como Abogado General en el asunto *Rhône-Poulenc*.<sup>103</sup> En dicho asunto Vesterdorf analizaba el valor probatorio de un memorándum que sintetizaba una reunión presuntamente comprometedor. En sus Conclusiones, explicaba que al valorar la credibilidad de un documento dado deberá analizarse “*el origen del documento, las circunstancias de su*

---

<sup>101</sup> STC 120/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 120), Fundamento de Derecho Segundo; STC 45/1997, de 11 de marzo (RTC 1997, 45), Fundamento de Derecho Cuarto, por todas: “(...) *la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación*”.

<sup>102</sup> Ver, por ejemplo, el Auto 396/2004, de 29 de octubre (TJCE 2004,396), para. 28. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en su artículo 741 también dispone que “*el Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia (...) Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.*” (Subrayado añadido).

<sup>103</sup> Conclusiones del AG Vesterdorf en los asuntos acumulados T-1/89 y otros, *Rhône-Poulenc c Comisión*, sección I-E.4.

*elaboración, así como su destinatario y preguntarse si, de acuerdo con su contenido, parece razonable y fidedigno*<sup>104</sup>.

Más concretamente, algunos de los criterios o reglas de valoración que se desprenden de la jurisprudencia y práctica decisorias europea y española se centran en:<sup>105</sup>

- la credibilidad y nivel de detalle de su contenido;<sup>106</sup>
- la persona de la que proviene, y si esta dispone de conocimiento directo de los hechos;<sup>107</sup> así, por ejemplo, la información con origen en un ejecutivo de la empresa se presumirá generalmente más creíble que la que proceda de un empleado;<sup>108</sup>
- las circunstancias que motivan su existencia;
- su carácter contemporáneo de los hechos investigados;<sup>109</sup>
- si la prueba en cuestión resulta contraria a los intereses de quien la aporta, en cuyo caso ésta se reputará más creíble;<sup>110</sup> lo que no implica *necesariamente* que

---

<sup>104</sup> Conclusiones del AG Vesterdorf en los asuntos acumulados T-1/89 y otros, *Rhône-Poulenc c Comisión*, sección I-E.4.

<sup>105</sup> Para un análisis individualizado del desarrollo de estos criterios por parte de los Tribunales de la Unión, ver FAULL & NIKPAY (eds), *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 2014, Capítulo 8, para. 8.484 y ss.

<sup>106</sup> Sentencia del TJCE 25/2007, de 25 de enero (TJCE 2007,25), para. 63: “[i]n assessing the evidential value of a reporting document, regard should be had first and foremost to the credibility of the account it contains”.

<sup>107</sup> Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,217), para 207.

<sup>108</sup> Ver, entre otras, la Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10 *Navieras Ceuta-2*: *A este respecto, la Dirección de Investigación ha considerado —y este Consejo comparte— que “El valor de los datos aportados en las declaraciones realizadas por Balearia en el marco del programa de clemencia viene dado por una parte porque las ha realizado personal directivo que tuvo un conocimiento directo sobre las reuniones y los contactos sobre los que declaran.”*

<sup>109</sup> La Comunicación española sobre el programa de clemencia dispone en su apartado 56 que “pruebas escritas que datan del periodo en que se produjeron los hechos investigados (actas, correos electrónicos, cartas, faxes, etc.) facilitadas en su solicitud de clemencia tienen mayor valor probatorio que las datadas posteriormente” (la Comunicación apoya su afirmación en este punto en la jurisprudencia europea). Un ejemplo de la aplicación práctica de esta regla puede encontrarse en la Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 en el expediente S/0316/10 *Sobres de Papel* (“la DI ha considerado un documento con un alto probatorio el acta aportada por TOMPLA de la reunión de SSOMA de 4 de noviembre de 1986, dado que es un documento contemporáneo del cártel y que de forma fehaciente establece el inicio de la infracción en 1977”). La jurisprudencia de la Audiencia Nacional también se remite a la jurisprudencia europea según la cual “debe concederse gran importancia en especial al hecho de que un documento haya elaborado en relación inmediata con los hechos”: ver, por ejemplo, la SAN 119122/2013, de 8 de abril (JUR 2013,119122).

<sup>110</sup> Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10 *Navieras Ceuta-2*: “Esas personas físicas no solo inculpan a terceros sino que reconocen su propia participación en el

las pruebas aportadas por personas con conocimiento indirecto tengan siempre un valor inferior:

- si la prueba en cuestión procede de un reconocimiento de los hechos por parte de una empresa solicitante de clemencia.<sup>111</sup>

No obstante, en el caso de que la prueba aportada solamente incrimine a terceras partes y a exculpar a quien la aporta, ésta deberá ser objeto de un análisis particularmente cauteloso.<sup>112</sup> Ello es así puesto que la jurisprudencia europea ha reconocido que debido a que los solicitantes de exención/reducción de multas tienen interés en aportar a la Comisión pruebas con “valor añadido”, estos tienen incentivos para hacer imputaciones que les resulten útiles para maximizar así su aportación.<sup>113</sup>

- las acusaciones vertidas contra terceros con origen en la declaración de un solicitante de clemencia deberán ser valoradas atendiendo principalmente a si están o no corroboradas por otras pruebas o indicios.<sup>114</sup> Es también

---

*presunto cártel en el que pueden tener ellos mismos la consideración de presuntos infractores. El TJCE [Sentencia del TJCE de 25 de enero de 2007, Ass. C-403/04 y C-405/04] ha declarado al respecto que, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas fiables, por lo que procede atribuir un considerable valor a las declaraciones del solicitante de reducción de la sanción”.*

<sup>111</sup> Ver supra, nota 64. Los Tribunales europeos han entendido que éste tipo de pruebas tienden a ser creíbles, ya que de probarse que no lo son la entidad que las aporta podría poner en riesgo la exención o reducción de la multa que espera obtener. Ver Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,217), para. 212 o la más reciente Sentencia de TGUE 127/2012, de 5 de junio (TJCE 2012,127), paras. 59-61. En el ámbito español, véase a título ilustrativo la Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10 *Navieras Ceuta-2*: “El valor como prueba de cargo de una solicitud de clemencia está fundamentalmente determinada, por un lado, por la calidad intrínseca de la información aportada por el solicitante de exención o reducción en su declaración ante la CNC (soporte documental, contemporáneo a los hechos, carácter incriminatorio, participación directa del declarante, etc.) y, por otro lado, por el hecho de ser consistente y/o estar corroborada por otros medios de prueba no aportados al expediente por el solicitante de clemencia, como puede ser una inspección previa a la solicitud de clemencia”. Véanse asimismo la Resolución de la CNC de 21 de noviembre de 2012 en el expediente S/0317/10, *Material de archivo*, Fundamento de Derecho Quinto o la Resolución de la CNC de 15 de febrero de 2013 en el expediente S/0343/11, *Manipulado Papel*, Fundamento de Derecho Cuarto.

<sup>112</sup> Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,217).

<sup>113</sup> El Consejo de la CNC, no obstante, no ha querido entrar a valorar esta cuestión, señalando que “sobre otros efectos del programa de clemencia y la parcialidad manifiesta de los participantes en el programa, éstas constituyen meros juicios de valor de su autor, por lo que no es materia de contestación por parte del Consejo”. Véase la Resolución de la CNC de 21 de enero de 2010 en el expediente S/0084/08 *Fabricantes de gel*.

<sup>114</sup> Resolución de la CNC de 21 de enero de 2010 en el expediente S/0084/08 *Fabricantes de gel*, citando la jurisprudencia del TJUE 19/2007, de 25 de enero (TJCE 2007,19), paras. 219-220 y 335. En la Resolución de la CNC de 10 de diciembre de 2009 en el expediente S/0085/08, *Dentífricos*, tanto la DI como el Consejo consideraron que, si bien “[l]a declaración de un directivo, acompañada de pruebas que la corroboren o de la declaración de otras partes puede ser prueba suficiente para acreditar la existencia

jurisprudencia reiterada que “no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios”.<sup>115</sup>

- si la prueba se ha aportado tras un periodo de reflexión madura, ésta será más creíble que la aportada de forma apresurada (lo que puede ser relevante en el caso de explicaciones verbales formuladas durante una inspección);<sup>116</sup>
- en el caso de documentos anónimos o procedentes de fuentes no identificadas; el Derecho europeo habitualmente considera que estos documentos tendrán credibilidad reducida cuando el contexto en el que se produjeron no se conozca o no pueda verificarse.<sup>117</sup>

Más allá de estos criterios –referidos todos ellos al valor intrínseco de cada elemento de prueba considerado individualmente- autoridades de competencia y Tribunales confieren relevancia capital al hecho de que sean congruentes con otros indicios o pruebas obrantes en el expediente,<sup>118</sup> si bien en España es relativamente frecuente que

---

*de una infracción (...) en este caso, la declaración del directivo no ha sido acompañada por ninguna otra evidencia que lo soporte ni la DI en el curso de su investigación la ha encontrado”. Ver igualmente la Resolución del Consejo de la CNC, de 2 de marzo de 2011, expediente S/0086/08, Peluquería profesional, Fundamento de Derecho Noveno: “De acuerdo con la información aportada por la empresa solicitante de exención del pago de la multa, el cártel formado por los principales fabricantes del sector de peluquería profesional en España se inicia a principios de los años ochenta (1980-1983) con 7 empresas, y después se incorpora SCHWARZKOPF (actualmente, HENKEL). Por tanto aunque hay noticias de la existencia del cártel desde inicios de los ochenta, la DI considera como fecha de inicio para la imputación la primera reunión del G8 acreditada en el expediente celebrada el 8 de febrero de 1989, (haciéndose referencia en el acta de dicha reunión a contactos y acuerdos anteriores entre las empresas del G8, así como a la existencia de un notario que facilitaba los 102 intercambios de información entre dichas empresas) (...). En el mismo sentido, véase la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 en el expediente S/0120/08, Transitarios, Fundamento de Derecho Tercero. Por otro lado, la Resolución de 21 de noviembre de 2012 en el expediente S/0317/10, Material de archivo, reconoce que la declaración de un directivo de la empresa incoada no es suficiente para desvirtuar las declaraciones de clemencia aportadas por otra empresa. En el mismo sentido se pronuncia la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, en el expediente. S/0244/10 Navieras Baleares. En el mismo sentido, y por lo que respecta al Derecho de la UE, ver la Sentencia del TPICE 382/2004, de 29 de abril (TJCE 2004,382), para. 430 f.*

<sup>115</sup> Ver, por todas, la Sentencia de TGUE 127/2012, de 5 de junio (TJCE 2012,127), para. 61 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>116</sup> Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,217).

<sup>117</sup> Ver Sentencia del TPICE 266/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,266). Ver también la Sentencia de TGUE 127/2012, de 5 de junio (TJCE 2012,127), para. 63.

<sup>118</sup> Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10 Navieras Ceuta-2: “Por otra parte, el valor de la información aportada por el solicitante de reducción de multa viene también determinado porque viene acompañada de documentos probatorios que ratifican sus declaraciones. Por último, los datos aportados con la solicitud de reducción están corroborados en

las afirmaciones acerca de la existencia de distintos elementos coherentes y que se corroboran sean excesivamente genéricas y no se refieran a los elementos individuales ni a la forma en que se corroboran.

Trasladando estos criterios a una clasificación en función de la naturaleza de los posibles medios de prueba, algunos autores han indicado que –en igualdad de condiciones- la autoridad de competencia tenderá a conceder mayor entidad probatoria a los siguientes medios, y por este orden:<sup>119</sup>

- 1) Documentos elaborados por las partes y contemporáneos a la infracción;
- 2) Documentos auto-incriminatorios, siempre que hayan sido redactados de forma consciente y sin presión;
- 3) Informes de autoridades públicas sobre hechos conocidos en el ejercicio de sus funciones;<sup>120</sup>
- 4) Documentos elaborados por terceras partes, por ejemplo en el marco de solicitudes de clemencia;<sup>121</sup>
- 5) Acusaciones –afirmaciones incriminatorias- de terceras partes;<sup>122</sup>
- 6) Explicaciones no documentadas ofrecidas en defensa propia;<sup>123</sup>

---

*muchas ocasiones, por la documentación recabada en las inspecciones realizadas, tanto en Balearia, como en Trasmediterránea."*

<sup>119</sup> Los autores siguen en este punto la lista propuesta en ORTIZ BLANCO, L. "Standards of Proof and Personal Conviction in EU Antitrust and Merger Control Procedures", en CD EHLERMANN y M. MARQUIS, *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing, 2011.

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, la SAN 199/2008, de 19 de enero (RJ 199,2008): "*En cuanto a los informes de la Autoridad Portuaria y de la Policía, no pueden calificarse de indicios o presunciones, pues tratándose de autoridades que informan sobre hechos de los que han tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones públicas, tienen la fuerza que les otorga tal carácter y constituyen prueba directa*".

<sup>121</sup> Ver supra nota a pie 64.

<sup>122</sup> Ver supra, notas a pie 114 y 115.

<sup>123</sup> Resolución del Consejo de la CNC, de 21 de enero de 2010, expediente S/0084/08, *Fabricantes de Gel*, Fundamento de Derecho Cuarto: "*Sólo constan en el expediente las declaraciones del director general de SARA LEE durante la inspección domiciliaria en las que declara a los inspectores de la DI que ellos tienen una mayor autonomía comparados con otras multinacionales, sin sustentar estas declaraciones en nada más. Esa supuesta mayor autonomía declarada pero no documentada, no desvirtúa, aun en caso de ser cierta, la responsabilidad de quien la domina y por ello, tiene la capacidad de poder imponer su comportamiento en el mercado*".

Esta lista es, como ya se ha dicho, inherentemente inexacta en la medida en que trata de categorizar algo que en la práctica no se hace de forma explícita debido al hecho de que la evaluación de pruebas se lleva a cabo en conjunto, y no de forma individual.

A continuación abordaremos las virtudes y peligros de éste tipo de evaluación:

### **7.1 Evaluación individual o conjunta de la prueba**

Las autoridades y tribunales europeos y españoles han insistido en la necesidad de proceder siempre a una valoración de la prueba en su conjunto, al entender que la valoración individual de cada elemento de prueba a la luz del estándar aplicable sería impracticable.<sup>124</sup> En este sentido, la CNC ha explicado en sus resoluciones que “[l]as empresas son plenamente conscientes de la ilegalidad de los acuerdos de cártel, y es frecuente que no dejen rastro documental directo de su existencia, composición, naturaleza, contenido y duración, de ahí la necesidad de acudir a menudo, en este ámbito de la defensa de la competencia, a la valoración global de la prueba obtenida así como a la prueba de indicios, siendo ambas técnicas probatorias plenamente admitidas por la jurisprudencia siempre que la conclusión sea razonable y razonada”.<sup>125</sup>

No es por ello necesario que cada elemento de prueba genere en la autoridad la firme convicción de que una infracción ha tenido lugar o de que una empresa concreta ha participado en la misma; lo relevante es que las pruebas consideradas en su conjunto lleven a esa conclusión.<sup>126</sup>

Nada hay que objetar a esta perfectamente lógica evaluación de conjunto. El problema, no obstante, está -una vez más- en la utilización práctica que puede hacerse de esta facultad de apreciación. Pues no es infrecuente que en ocasiones el análisis conjunto soslaye dificultades de evaluación que pueden surgir en torno a elementos probatorios individuales, tratando de hacer buena la fórmula matemática según la cual menos por menos es igual a más. Para quienes esto escriben, y para conjurar este riesgo, la valoración conjunta debería llevarse a cabo no solamente para reforzar los elementos de la acusación que parecen más débiles, sino también para debilitar a los que *a priori* pueden parecer más sólidos, según el caso.

En efecto, puede haber habido casos en los que la acumulación de una multiplicidad de indicios de poca entidad lleve a la conclusión de que ha tenido lugar un cártel. Sin

---

<sup>124</sup> Sentencia del TJCE 8/2004, de 7 de enero (TJCE 2004,8).

<sup>125</sup> Resolución de la CNC de 10 de noviembre de 2011 en el expediente S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*. Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>126</sup> Sentencia del TPICE 115/1998, de 14 de mayo (TJCE 1998,115); Sentencia del TPICE 40/2000, de 15 de marzo (TJCE 2000,40). Sentencia del TPICE 76/1999, de 20 de abril (TJCE 1999,76). Para un ejemplo nacional véase, por ejemplo, la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata*.



embargo, y partiendo de la premisa de que no puede exigirse a la autoridad que alcance una conclusión solamente tras llevar a cabo una valoración individual de cada elemento de prueba, lo cierto es que tampoco parece lógico hurtar a las partes el derecho de rebatir pruebas individuales si lo consideran necesario.

La autoridad no tendría por qué rehuir este debate, como en ocasiones puede haber ocurrido en España, no así –o desde luego no con la misma intensidad- ante la Comisión Europea y el Tribunal General; la gravedad de la acusación justifica que se tome la molestia de valorar uno a uno los elementos esgrimidos por las partes respecto al mayor o menor grado de persuasión que ofrece cada elemento de prueba. Ello sería sin perjuicio de su facultad para proceder en última instancia a una evaluación en conjunto (teniendo en cuenta los puntos fuertes y débiles de cada medio de prueba concreto).

En la práctica, no obstante, este análisis no siempre ocurre de esta forma, y la autoridad rehúye la discusión acerca de pruebas concretas bajo el argumento de que las pruebas en su conjunto llevan a la conclusión de que ha existido una infracción.

Un posible ejemplo de esto puede encontrarse en la Resolución *Licitaciones Carreteras*, en la que el Consejo reducía su valoración de la prueba a las siguientes afirmaciones:

*“Las diversas alegaciones vienen a decir que los numerosos indicios de que se dispone no son lo que parece o no están acreditados. A juicio de este Consejo, en cambio, los elementos de prueba son sólidos y los hechos están plenamente corroborados.*

*No se debe perder de vista que los elementos de prueba proceden de fuentes diversas y son complementarios y plenamente consistentes entre sí. Es precisamente este hecho el que permite contrastar su veracidad y les otorga un valor probatorio que las diferentes explicaciones parciales y fragmentarias esbozadas por las partes no consiguen rebatir. La documentación entregada por el denunciante es consistente con los documentos hallados en las inspecciones de diferentes empresas, con los apuntes contables de algunas de ellas y con la evidencia de pagos realizados.”<sup>127</sup>*

Un razonamiento de este tipo parece en sus grandes líneas correcto solo si asumimos todas las premisas de las que parte, pero, para quienes esto escriben, es insuficiente por genérico y abstracto, al llegar a una conclusión categórica sin referirse a los elementos concretos evaluados.

Otro ejemplo adicional puede encontrarse en la Resolución *Transitarios*, en la que el Consejo de la CNC se limita a afirmar:

---

<sup>127</sup> Resolución de la CNMC de 19 de octubre de 2011 en el expediente S/0226/10 *Licitaciones Carreteras*.

*“Considera el Consejo que la actividad probatoria realizada por la Dirección de Investigación en el presente caso es más que satisfactoria. Los hechos acreditados se basan en las declaraciones y documentación aportada no por uno, sino por tres clementes, y por la documentación encontrada en cuatro empresas que corrobora la veracidad del material probatorio aportado por los clementes. Lo que las partes quieren entender como “cualquier deficiencia en las pruebas presentadas” no tiene el efecto de desvirtuar los hechos que han sido acreditados por la Dirección de Investigación.*

*Tampoco resulta aceptable calificar la abundante evidencia como meros indicios y buscar a los mismos explicaciones alternativas plausibles, como pretenden hacer varias de las partes [...] en sus alegaciones. No estamos ante una conducta acreditada en base a la prueba de presunciones. Es innegable que existe evidencia directa y abundante de la existencia de colusión.”<sup>128</sup>*

Esta falta de discusión, observable también en otros expedientes, es grave y puede poner en peligro el pleno respeto de los derechos de defensa de las empresas. La obligación de explicitar el razonamiento subyacente a la evaluación de la prueba –que incluye la respuesta a los posibles argumentos de descargo que puedan aducir las partes– es, como venimos diciendo, la única limitación que se impone en la práctica a la libre apreciación de la prueba.<sup>129</sup>

La falta de una discusión suficiente, unida a la falta de transparencia en la valoración –debida en parte a la ausencia de un estándar explícito y coherente– y a la evaluación conjunta –que incrementa la discrecionalidad de que disfruta la autoridad– pueden en algunos casos privar a las empresas de la posibilidad efectiva de refutar las acusaciones a las que se enfrentan.

El problema aparentemente se ha manifestado con mayor intensidad ante el Consejo que ante la Dirección de Competencia. En la mayoría de los casos es la DC quien se encarga de exponer los elementos de cargo, de resumir las alegaciones de las partes (en cumplimiento del artículo 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>130</sup>, “RDC”) y de dar respuesta a estas, por lo que inevitablemente las discute de alguna manera. Aun cuando es habitual que las partes formulen protestas acerca de la forma en que sus alegaciones son tratadas –en ocasiones porque consideran que son omitidas para no tener que darles respuesta–, el Consejo ha validado de forma sistemática el proceder de

---

<sup>128</sup> Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 en el expediente S/0120/08, *Transitorios*.

<sup>129</sup> STC 120/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 120), Fundamento de Derecho Segundo; 45/1997, de 11 de marzo (RTC 1997, 45), Fundamento de Derecho Cuarto, ya citada: “(...) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación”.

<sup>130</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, publicado en el BOE de 27 de febrero de 2008.

la DC a este respecto.<sup>131</sup> Por su parte, además, y como ya hemos visto, el Consejo no siempre ha entrado a evaluar tales alegaciones con el detalle que parecería deseable; en su opinión, “[e]n procedimientos complejos (...), con varias empresas implicadas que realizan numerosas alegaciones, muchas de ellas coincidentes, se respeta plenamente el derecho de defensa realizando una valoración conjunta de las alegaciones en la medida en que permita a las partes conocer, siquiera de forma implícita, la motivación por la que se rechazan sus pretensiones”.<sup>132</sup> Existen, no obstante, excepciones a esta regla.<sup>133</sup>

En opinión de los autores, la valoración “conjunta” de pruebas y argumentos de cargo y descargo no debería ser utilizada como pretexto para eludir las cuestiones más delicadas o engorrosas, debiendo exigirse a la autoridad que examine con detenimiento y que responda de manera directa cuanto menos las alegaciones más sustanciales presentadas por las partes como, por otro lado, es habitual en las decisiones de cárteles de la Comisión Europea, de extensión generalmente muy superior a las nacionales.

En cualquier caso, y para quienes esto escriben, la solución al problema pasa necesariamente por elevar el estándar de revisión judicial. Si bien no cabe duda de que los procedimientos de cártel tienen en muchos casos un componente fáctico

---

<sup>131</sup> Es frecuente que las empresas investigadas consideren no haber recibido respuesta a los argumentos planteados en sus alegaciones o que estos han sido recogidos de manera incorrecta en el Pliego de Concreción de Hechos o la Propuesta de Resolución. En estos casos las empresas suelen recibir por respuesta que “han podido alegar todo aquello que a su defensa interesaba y han estimado oportuno”; “otra cosa es que los imputados no estén de acuerdo con la forma en que han sido procesadas sus alegaciones por la DI, pero ello no puede provocarles indefensión alguna, puesto que no existe un derecho a que dichas alegaciones sean atendidas en determinada forma, sino a obtener una decisión fundada jurídicamente, manifestada ni en la Propuesta de la DI, que no resuelve nada, sino en la Resolución que este Consejo emita sobre el asunto”; “la agrupación de alegaciones para responderlas conjuntamente no sería merecedora de reproche desde el punto de vista de nuestro Tribunal Constitucional, que reiteradamente se ha pronunciado en cuanto a la validez de dar una respuesta global y genérica para las alegaciones aducidas por las partes”. Véase en este sentido la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2011 en el expediente S/0086/08, *Peluquería profesional*. En el mismo sentido, ver, entre otras, la Resolución de la CNC de 10 de septiembre de 2010 en el expediente R/0050/10, *CTT Stronghold*; la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, en el expediente S/0244/10, *Navieras Baleares*, Fundamento de Derecho Cuarto.

<sup>132</sup> Resolución del Consejo de la CNC, de 12 de enero de 2012, expediente S/0179/09, *Hormigón y productos relacionados*, página 73. El Consejo se apoya en este punto en jurisprudencia según la cual “[l]a congruencia de las sentencias no requiere una exhaustiva argumentación que discorra paralela con las alegaciones de las partes, bastando con un razonamiento suficiente que dé cumplida respuesta a las pretensiones de los sujetos de la relación procesal. Y que, tal y como afirma la doctrina constitucional, tratándose no de las pretensiones, sino de las alegaciones aducidas por las partes para fundamentarlas, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales” (STS 1696/2005, de 9 de marzo (RJ 2005,1696)). Para quienes esto escriben, el razonamiento de la autoridad sí debiera ser explícito y pormenorizado al menos en lo que respecta a los elementos de prueba que le llevan a concluir que la infracción sí está acreditada.

<sup>133</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata*.

considerable que puede hacer engorroso un análisis detallado de todas las pruebas en juego, no es menos cierto que la, en ocasiones generosa y genérica, revisión jurisdiccional llevada a cabo por la Audiencia Nacional –en ocasiones limitada a afirmaciones carentes de razonamiento específico adaptado a la empresa recurrente-<sup>134</sup> ayuda a explicar la, en ocasiones, insoportable levedad de los análisis de la autoridad. Si bien los autores admitimos que la autoridad de competencia debe tener reconocido un mayor margen de apreciación en algunos ámbitos –como el relativo a los análisis económicos complejos- también estimamos que son los Tribunales quienes están mejor situados para evaluar en detalle y en Derecho los elementos probatorios en los que se fundan las Resoluciones de la CNMC en asuntos de cártel.

Es preciso en cualquier caso observar que el Tribunal Supremo sí parece haber devenido consciente del problema, al menos en casos señalados. Así, por ejemplo, al pronunciarse en casación sobre la Sentencia de la AN que confirmó la Resolución del TDC en el asunto *Administradores de Fincas*, el TS señaló que la AN “[q]uizá por el hecho de que el recurso era uno más de los que se habían interpuesto contra la misma resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y ya habían sido objeto de pronunciamiento por la Sala de instancia, lo cierto es que el tribunal no examinó con el exigible detenimiento al menos las alegaciones singulares de la demanda”. En dicha Sentencia el TS estimó que este proceder constituía una “omisión o insuficiencia de la respuesta jurisdiccional a alegaciones sustanciales de la demanda” y, por tanto, un “defecto procesal” que debe determinar la casación de la sentencia recurrida.<sup>135</sup>

## 8. ATAJOS PROCESALES- USO Y ABUSO.

La naturaleza compleja de los cárteles unida al secretismo y la voluntad de las partes de evitar su detección ha servido a la jurisprudencia para justificar el uso de presunciones en la investigación de este tipo de infracciones. Así, debido a la peculiaridad de las infracciones de cártel la jurisprudencia ha sido tradicionalmente generosa con las autoridades de competencia al admitir el recurso a presunciones.

Según la jurisprudencia europea, la autoridad no tiene obligación de probar determinados extremos de los cárteles (así, no será necesario definir mercados<sup>136</sup>, ni probar el funcionamiento detallado del cártel<sup>137</sup>, ni probar un elemento subjetivo

---

<sup>134</sup> SAN 16226/2013, de 6 de mayo (RJ 2013,16226): “La Sala viene considerando en casos como el de la actora (entre otras SAN de 25 de abril de 2013, Rec. nº 685/2011) que si bien los distintos elementos de prueba aisladamente considerados pudieran no acreditar por sí solos e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos que, en relación con la hoy actora, son tomados en consideración por la CNC”.

<sup>135</sup> STS 2658/2011, de 28 de marzo (RJ 2011,2658), Fundamento de Derecho Cuarto.

<sup>136</sup> Decisión de la Comisión de 1 de octubre de 2008, COMP/ 39181, *Candle Waxes*, apartado 653.

<sup>137</sup> Sentencia del TJUE 19/2007, de 25 de enero (TJCE 2007,19), para. 51.

doloso<sup>138</sup>, ni sus efectos, ni –en el caso de infracciones complejas- si la conducta constituye un acuerdo o una práctica concertada<sup>139</sup>).

Por otro lado, también corriente en el ámbito de los cárteles la operación de presunciones. Así, la autoridad también puede legítimamente valerse de ellas para satisfacer su carga probatoria; por ejemplo, puede presumir el impacto de la mera implementación del cártel<sup>140</sup>, que quien recibe información sensible de sus competidores la utilizará para definir su estrategia<sup>141</sup>, o que quien participó en reuniones de un cártel contribuyó al objetivo de éste,<sup>142</sup> o que una empresa matriz ejerce influencia decisiva sobre filiales controladas casi al 100%. Todas estas presunciones reflejan una posición sobre qué constituye la “normalidad económica”; se presume que algo es “como suele ser” salvo que se demuestre lo contrario<sup>143</sup>.

La razón de ser de éstas presunciones es innegable. El problema es que, como ocurre con muchos otros principios o reglas jurídicas, la aplicación de estas presunciones tiene una tendencia expansiva.

En su célebre artículo sobre la doctrina de las infraestructuras esenciales (“*essential facilities*”), Philip Areeda explicaba que el Derecho en ocasiones evoluciona en tres etapas: (1) en la primera surge un caso al que un Tribunal da respuesta; (2) en la segunda, la literalidad de esa respuesta se aplica a veces mecánicamente, otras interesadamente, para expandir su aplicación. Con demasiados pocos jueces suficientemente experimentados en la materia como para resistirse, la doctrina se expande más allá de los límites de su literalidad; (3) en última instancia esta expansión deviene ridícula, comenzando así el proceso de corrección del exceso.<sup>144</sup>

Con el incremento exponencial de las sanciones y la criminalización de los cárteles en diversas jurisdicciones quizá haya llegado el momento de acotar algunas de éstas

---

<sup>138</sup> Sentencia del TJCE 8/2004, de 7 de enero (TJCE 2004,8).

<sup>139</sup> Sentencia del TGUE 168/2012, de 29 de junio (TJCE 2012,168), para. 134-135.

<sup>140</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TPICE 381/2006, de 14 de diciembre (TJCE 2006,381), para. 286 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>141</sup> Sentencia del TJCE 153/1999, de 8 de julio (TJCE 1999,153), para. 162.

<sup>142</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TPICE 267/2006, de 27 de septiembre (TJCE 2006,267), para. 65.

<sup>143</sup> Sentencia del TJUE 399/2011, de 8 de diciembre (TJCE 2011,399), paras. 31-36.

<sup>144</sup> Phillip Areeda, “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 3, pp. 841-853: “As with most instances of judging by catch-phrase, the law evolves in three stages: (1) An extreme case arises to which a court responds. (2) The language of that response is then applied-often mechanically, sometimes cleverly-to expand the application. With too few judges experienced enough with the subject to resist, the doctrine expands to the limits of its language, with little regard to policy. (3) Such expansions ultimately become ridiculous, and the process of cutting back begins.”

presunciones. A continuación analizaremos brevemente la que es, sin duda, la más relevante:

### **8.1 Infracción única y continuada**

La noción de “infracción única y continuada” es clave en materia de cárteles, y muchos han coincidido en conceptuarla como la definición misma de cártel, al permitir aglutinar lo que de otro modo podrían constituir una multiplicidad de acuerdos, prácticas concertadas y comportamientos anticompetitivos aislados.

Este concepto –con origen en el Derecho penal general y aparecido por primera vez en materia de competencia en las decisiones recaídas en el cártel del Polipropileno-<sup>145</sup> se desarrolló en el Derecho europeo para abarcar todas las piezas constitutivas de una misma infracción y a todos los participantes en la misma atendiendo a su contribución a un objetivo común. El origen del concepto es comprensible; partiendo de la teoría del delito continuado aceptada universalmente en Derecho penal, la utilización de esta figura permite a la autoridad de competencia apreciar la existencia de una única infracción sin tener que descomponerla en sus elementos, ya constituyan estos infracciones en sí mismos o no.

Tal y como han explicado los Tribunales europeos, dado el carácter ilícito de estos actos, y la conciencia de dicha ilicitud que sus actores tienen, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación fraccionada y dispersa, pero ello no impide que pueda concluirse la existencia de una infracción única y continuada cuando esta información permite establecer la coherencia, coordinación y complementariedad de los elementos de un plan común para lograr un objetivo común.<sup>146</sup>

La calificación de una serie de arreglos anticompetitivos como una infracción única y continuada es susceptible de influenciar de forma crucial la suerte de un procedimiento. Este concepto permite a la autoridad (i) no tener que probar que cada acuerdo o contacto objeto de una investigación es ilícito en sí mismo y, en su lugar, amalgamar todo bajo un objetivo único (infracción única); y (ii) apreciar la prolongación de la infracción en el tiempo incluso en ausencia de pruebas en relación con determinados periodos (infracción continuada). Además, la calificación de un comportamiento como infracción única o no determinará la aplicabilidad del tope de la sanción del 10% de volumen de negocio anual, la posible prescripción o no de conductas de más de 4/5 años, y la admisibilidad o no de solicitudes de clemencia.<sup>147</sup> Puesto que, en función de las

<sup>145</sup> Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.149 – *Polipropileno*).

<sup>146</sup> Sentencia del TPICE 121/1994, de 7 de julio (TJCE 1994,121), para. 79. Sentencia del TJCE 8/2004, de 7 de enero (TJCE 2004,8), para. 258-261. Sentencia del TPICE 277/2005, de 15 de septiembre (TJCE 2005,277), para. 215. Sentencia del TJCE 263/2006, de 21 de septiembre (TJCE 2006,263), para. 94-96, 98 y 135. Sentencia del TGUE 359/2007, de 12 de diciembre (TJCE 2007,359), para. 180.

<sup>147</sup> Sentencia del TGUE 359/2007, de 12 de diciembre (TJCE 2007,359), para. 69 y 72.

circunstancias, la identificación de una infracción única y continuada puede ser favorable o desfavorable para las empresas parte de un procedimiento la jurisprudencia no ha clarificado –ni a nivel europeo ni a nivel español- si el principio de presunción inocencia debe exigir una “presunción de infracciones separadas”.

Al reforzar su lucha contra los cárteles la CNMC y sus antecesores han devenido en usuarios habituales de esta figura, lo que da lugar a cuestiones probatorias que merecen atención en esta contribución:

## 8.2 Criterios europeos vs criterios castizos

El desarrollo de la figura de la infracción única y continuada no ha seguido en España en todos los aspectos el mismo modelo que en Derecho europeo. En efecto, la Comisión Europea y los Tribunales europeos aplican e interpretan este concepto como uno propio del derecho de cárteles (así como en otros ámbitos de infracción como el abuso de posición dominante recogido en el artículo 102 del TFUE)<sup>148</sup>, apreciable en función de un análisis en conjunto<sup>149</sup> de una combinación de elementos objetivos no cumulativos, tales como la contribución a un objetivo común, las áreas geográficas cubiertas, la afectación de los mismos productos o servicios, la coincidencia en el *modus operandi*, la identidad del personal involucrado, y la participación en las mismas reuniones u otros contactos que permitan discernir si las diversas acciones se complementan y responden a un plan común.

Las autoridades españolas parten, sin embargo, en ocasiones –para bien o para mal- de las figuras asimilables del delito continuado y la infracción administrativa continuada, que les resultan más familiares.

Lo primero que llama la atención al aproximarse a la práctica decisoria y a la jurisprudencia española es que la CNMC y los órganos jurisdiccionales parecen aplicar distintos criterios. Así, tanto la Audiencia Nacional como el propio Tribunal Supremo tienen tendencia a remitirse a los criterios cumulativos desarrollados en relación con el delito continuado y la infracción administrativa continuada.<sup>150</sup> La CNMC, por su parte,

---

<sup>148</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TJCE 199/2014, de 12 de junio (TJCE 2014,199), paras. 1561 y siguientes.

<sup>149</sup> Ver, entre muchas otras, Sentencia del TPICE 271/2006, de 27 de septiembre (TJCE 2006,271), para. 312.

<sup>150</sup> Ver, por ejemplo, SAN 488/2007 524/2007. de 6 de noviembre (RJ 2007,488) (RJ 2007,524), y 491/2007 de 1 de diciembre (RJ 2007,491). “*En la doctrina científica y jurisprudencial el delito continuado, y la infracción administrativa continuada se integran por la concurrencia de los siguientes elementos:*

1) *Pluralidad de hechos diferenciales*

2) *Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebrada y da unión a la pluralidad de acciones de suerte que estas pierden su sustancialidad para aparecer como ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los mismos*

parecería haber tenido mayor tendencia a aplicar los criterios no cumulativos desgranados en la jurisprudencia de los Tribunales de la UE,<sup>151</sup> si bien frecuentemente se

---

3) *Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía*

4) *Unidad del precepto penal o administrativo sancionador violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas*

5) *Unidad de sujeto activo y*

6) *Homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines.”*

En el mismo sentido véanse las STS 1742/2007 de 10 de octubre (RJ 2007,1742).

<sup>151</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, en el expediente. S/0244/10 Navieras Baleares : “Nos encontramos pues, ante numerosos y extensos hechos acreditados sobre celebraciones de reuniones, acuerdos, borradores de acuerdos, resúmenes o actas de reuniones o conversaciones, que acontecen de forma continuada a lo largo de toda una década. El Consejo valora que, siguiendo la consolidada jurisprudencia existente en la materia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión /Anic Pertecipacioni C-42/92 P), en el presente caso las conductas acreditadas tenían una finalidad única, que se fue concretando progresivamente a través de diversas formas de cooperación anticompetitivas, constituyendo una única infracción. Se trata de un cártel que responde a un objetivo común, el de obtener en los servicios de transporte marítimo entre la Península y las Islas Baleares unos beneficios superiores a los que se obtendrían si todos los operadores implicados respetando el funcionamiento del mercado compitiesen en él. Los hechos revelan cómo, para el logro de dicho objetivo, fueron elaborándose y ejecutándose a lo largo de los años una serie de planes parciales, [...] Es más, ante la existencia de aislados incumplimientos, reales o aparentes, las reacciones inmediatas eran las de afeamiento de la conducta y reclamaciones de vuelta a los acuerdos. Los hechos acreditados revelan igualmente la contribución intencional de cada una de las tres partícipes al logro del objetivo común [...] Durante al menos una década las tres empresas imputadas en esta conducta llevaron a cabo una multitud de actos continuados, complementarios y coordinados entre sí, perfectamente articulados dentro de un único plan encaminado a eliminar la competencia entre ellos en los distintos servicios prestados por unos y otros. La jurisprudencia sobre la existencia de una infracción única y continuada es amplia, y los requisitos establecidos por la misma, a juicio de este Consejo, se cumplen sin duda en este caso. Por un lado tenemos acreditados actos desde 2001 hasta 2011, ciertamente más concentrados y numerosos en unos periodos que en otros, y algunos más directos que otros, pero como la jurisprudencia ha establecido dado el carácter ilícito de estos actos, y la conciencia de dicha ilicitud que sus actores tienen, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación fraccionada y dispersa, pero ello no impide que pueda concluirse la existencia de una infracción única y continuada cuando esta información permite establecer la coherencia, coordinación y complementariedad de los elementos de un plan común para lograr un objetivo común. [...] (STG de 7/07/1994, As. T-43/92, Dunlop, párr. 79; STJUE de 15/03/2000, As. C-104/95 Cimenteries CBR SA), STJUE de 7/01/2004, Ass. C-204/00 P y otros Aalborg, párr. 258 a 261; STG de 15/09/2005, As. T-325/01 DaimlerChrysler, párr. 215; STJUE de 21/09/2006, As. C-105/04, párrs. 94 a 96, 98 y 135 STG de 12/12/2007, Ass. T-101/05 y otros BASF AG, párr. 180; STG de 8/07/2008, As. T-53/03 BPB, párr. 63; STG de 14/12/2009, As. T-58/01, Solvay, párr. 294), citadas en RCNC de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 almacenistas de Hierro). Debe pues calificarse la infracción acreditada como una conducta única y continuada.” (Énfasis añadido). En sentido similar, véase la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 en el expediente S/0120/08, *Transitarios*, Fundamento de Derecho Sexto, la Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009 en el expediente S/003708, *Seguro Decenal* o la Resolución de la CNC de 2 de agosto de 2012 en el expediente S/0287/10, *Postensado y Geotecnia*.



remite también a los criterios “castizos”.<sup>152</sup> En otras ocasiones la autoridad ha sintetizado que existen 3 criterios relevantes: identidad de sujetos (admitiendo variaciones), plan preconcebido, y continuidad en el tiempo.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 2 de diciembre de 2011, en el expediente S/0251/10 *Envases hortofrutícolas*: “A juicio del Consejo, la descripción de los hechos recogida en el FD anterior de la conducta de INFIA, ILIP y VERIPACK, muestra una continuidad difícilmente rebatible, porque cumple todos y cada uno de los requisitos señalados por la jurisprudencia, a saber: Unidad de sujeto activo; pluralidad de acciones u omisiones; que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo, y que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.” (Énfasis añadido). Asimismo, el Consejo ha valorado en este mismo asunto Envases hortofrutícolas que, para que la conducta sea considerada como infracción única, debe reunir los requisitos exigidos en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora: “[C]umplen las conductas analizadas los requisitos de la infracción continuada, tal como se define en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que señala como infracción continuada: “la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. La misma postura ha sido adoptada, entre otras, en la Resolución de la CNC 28 de febrero de 2013 en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*, o en la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2013 en el expediente S/0380/11, *Coches de Alquiler*, Fundamento de Derecho Séptimo, c), que a su vez cita un buen número de Resoluciones del TDC y de la CNC y de Sentencias de la AN y el TS que se habrían hecho eco de estos mismos criterios “castizos”.

<sup>153</sup> Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 en el expediente S/0091/02, *Vinos finos de Jerez*: “Se cumplen, a criterio de este Consejo y frente a lo alegado por WH, todos los requisitos que la jurisprudencia establece en orden a probar la existencia de una conducta única y continuada frente a una pluralidad de conductas cuando lo que se analiza está formado por hechos en principio individuales, que no necesariamente independientes. En primer lugar se ha probado en el presente expediente la identidad de sujetos responsables de la conducta, por mucho que una minoría, que coincide además con los de menos tamaño, se hayan incorporado al cártel cuando este ya estaba en marcha. En segundo lugar se ha probado la existencia de un plan preconcebido, la limitación de la oferta con el fin de incrementar los precios del producto, algo que requería de toda una serie de actuaciones secuenciales para su éxito: puesta en conjunto de la información comercial relevante, cálculo de la demanda de mercado para limitar a ella la oferta total a poner en el mercado, establecimiento de precios mínimos de referencias, controles de seguimiento con más intercambio de información y reuniones periódicas, etc. Y en tercer y último lugar, la continuidad en el tiempo acreditada en el caso presente no deja lugar a dudas, pues apenas si transcurren unos meses, nunca más de seis, entre los numerosos hechos acreditados en una conducta que se alarga más de ocho años en el tiempo.” Ver asimismo Resolución del Consejo de la CNC de 26 de abril de 2011, en el expediente. S/0107/08, *Plataforma del Mejillón*: “Concurren los criterios enunciados por la Audiencia Nacional para la declaración de infracción única y continuada. Primero, en cuanto a la identidad subjetiva: Las organizaciones mayoritarias del sector son las que impulsan los acuerdos de precios y de reparto de mercado, precisamente porque son las que tienen más fuerza para hacerlo. Otras asociaciones han podido entrar y salir de tales acuerdos a lo largo del tiempo, pero no es un hecho relevante a los efectos de declarar que la conducta constituye una infracción continuada. Segundo, existe un objetivo común. Todos los acuerdos identificados a lo largo del tiempo y las prácticas llevadas a cabo para su perfeccionamiento han tenido como objetivo el sostenimiento de los precios del mejillón gallego y constituirían una infracción de la misma naturaleza. Tercero, las prácticas investigadas guardan una relación espacio temporal de sucesión. Existe también una conexión temporal entre las prácticas identificadas y una vinculación entre ellas puesto que la coordinación se retoma todas las temporadas entre los mismos representantes mayoritarios de los productores. Su mayor o menor intensidad suele depender de las condiciones de oferta en el mercado o

Por razonable que sea esta analogía, la importación automática de los criterios castizos al orden concurrencial puede no ser adecuada.

Así, por ejemplo, en Derecho europeo no se exige la identidad de partes que la jurisprudencia española sí requiere en los delitos continuados,<sup>154</sup> cuando parece lógico que una infracción de cártel (que a diferencia de otros delitos o infracciones necesariamente implica una pluralidad de sujetos infractores –en ocasiones cambiantes–) pueda considerarse única aunque no exista plena identidad de partes durante toda su vigencia. En la práctica, la CNMC es consciente de esto, por lo que cuando esta cuestión se plantea suele soslayar la interpretación que se ha hecho de la jurisprudencia española en el ámbito penal diciendo que esta no debe interpretarse de forma “literal”<sup>155</sup> para recurrir al asidero de la jurisprudencia europea.<sup>156</sup>

Frente a esta confusión de criterios, quienes esto escriben estimarían conveniente que tanto la CNMC como la AN y el TS se adhirieran de manera sistemática a unos criterios únicos y estables, que deseablemente debieran coincidir con los desgranados por la jurisprudencia europea.

### 8.3 Uso y abuso

La utilización masiva de la figura de la infracción única y continuada ha llevado en cierto sentido a su desfiguración. En vista de la peculiar naturaleza de los cárteles, los autores consideran que es razonable que las autoridades de competencia cuenten con una herramienta que permita poner cemento entre bloques probatorios aislados referidos a un mismo acuerdo global de cártel; el problema viene cuando al abrigo de esta

---

*incluso del momento de la campaña, puesto que hay cierta estacionalidad en las ventas.” (Énfasis añadido).*

<sup>154</sup> En la STS 5402/2005 de 30 de noviembre (RJ 2005,5402), Fundamento de Derecho Quinto se indica: “*Se exige que concurran con carácter general los siguientes requisitos: a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable [...].*”

<sup>155</sup> LABRADA, M.L. y DE GUINDOS, T, “La infracción única y continuada”, *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-Universidad Autónoma de Barcelona, p. 206: “*En lo que respecta al requisito de identidad de sujetos infractores, éste no puede ser entendido en su sentido literal (...). El requisito de sucesión temporal tampoco puede entenderse de manera estricta (...).*”

<sup>156</sup> Así lo explica alguna de las Resoluciones que se remite a los criterios utilizados en Derecho europeo, como la Resolución del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, en el expediente. S/0244/10 Navieras Baleares: “*La larga lista de acuerdos que existen en el expediente no son sino los instrumentos precisos en cada momento y en cada ruta, necesarios para el logro del objetivo último. No es por tanto preciso que cada uno de los integrantes del cártel estén presentes en todos y cada uno de los acuerdos a lo largo de la extensa vida del cártel. Igual que no es imprescindible para acreditar la existencia del cártel que todos sus integrantes estén igualmente activos, ni que todos ellos estén presentes en el nacimiento y desarrollo de toda la vida del cártel (...).*”

razonable teoría se amalgaman un conjunto de materiales o infracciones muy separados material y temporalmente.<sup>157</sup>

En efecto, la doctrina de la infracción única permite que un mismo cártel no deba descomponerse en múltiples acuerdos y prácticas concertadas individuales, pero no debería permitir tratar acuerdos o cárteles distintos como si fueran uno solo.

Lejos de ser baladí, la aplicación de la doctrina de la infracción única y continuada puede tener serias consecuencias; entre ellas, y principalmente, permite ampliar el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción (lo que, a su vez, tiene relevancia capital en el cálculo del importe de la sanción) y evitar la prescripción de conductas antiguas mediante su unión y evaluación conjunta con infracciones aún no prescritas.<sup>158</sup>

En España hemos podido comprobar cómo, en ausencia de un test jurisprudencial claro, y de un control jurisdiccional detallado, en determinados casos se han amalgamado infracciones aparentemente distintas so pretexto de que compartían el objetivo común de restringir la competencia.

Las alegaciones *a contrario* de las empresas, por otra parte, suelen ser desestimadas con referencias a jurisprudencia que ha reconocido que para identificar una infracción única no es indispensable que exista identidad absoluta de sujetos en cada parte de la infracción, que no es imprescindible que el *modus operandi* sea el mismo, o que una infracción puede referirse a mercados distintos. El problema, sin embargo, es que si bien es cierto que el cumplimiento o no de cada uno de esos factores por separado no resulta decisivo, no es menos cierto que todos ellos son relevantes a la hora de apreciar, en base a un cúmulo de circunstancias objetivas, si existe o no una infracción única.

A continuación ilustraremos nuestra crítica con algunos ejemplos procedentes de la realidad:

---

<sup>157</sup> Incluso uno de los principales artífices de la introducción del concepto en la práctica decisoria de la Comisión Europea ha llamado la atención sobre el uso expansivo de éste por parte de la Comisión – generalmente con el refrendo de los Tribunales europeos. Véase JOSHUA, J.M “Single continuous infringement. Are recent developments a bit of a stretch?”, *Competition Law Insight*, 10 March 2009 (“Durable as the single infringement concept has proved, it was never intended as a slogan to substitute for robust or factual assessment. Nor, without more detailed analysis, does it determine the issue of whether a given course of conduct constitutes a single conspiracy or multiple conspiracies. Merely having a similar general purpose does not turn separate agreements into a single infringement. Finding the right balance is an empirical process, but it would surely be desirable to formulate a uniform test free from suspicion the choice was driven by the desired outcome”).

<sup>158</sup> En ocasiones los tribunales europeos han reprochado a la Comisión Europea haber recurrido a la figura de la infracción única y continuada al objeto de poder sancionar determinadas que de otro modo –es decir, sin ser ligadas como un todo a comportamientos ulteriores- hubieran prescrito. Sentencia del TPICE 328/2006, de 15 de marzo (TJCE 2006,328), para. 72.

Quizá un primer ejemplo de esta posible interpretación excesiva sea la Resolución *Bombas de fluidos*.<sup>159</sup> En este asunto se calificó como cártel el intento de una serie de operadores por resucitar una asociación y adoptar pautas comunes, tales como condiciones contractuales o recomendaciones sobre plazos de pago junto con dos conversaciones en fechas concretas acerca de porcentajes de subida de precios. La Resolución de la CNC consideró los hechos como una infracción única al observar que:

*“Las empresas imputadas se comunicaban y reunían con regularidad para tratar temas y adoptar acuerdos que servían al plan común de unificar condiciones comerciales y fortalecer su posición ante sus clientes de manera concertada. Este propósito se reitera a lo largo de los años e impregna diferentes asuntos que a través del tiempo se van abordando en el seno de la Asociación.*

*[...] Basta que en el marco de sus reuniones y contactos haya una serie de actuaciones que se identifiquen con esa unidad de propósito apta para distorsionar la competencia. Esta unificación en única infracción de conductas diferenciadas entre sí debe predicarse en cuanto al carácter continuado de las mismas y en cuanto a su consideración como infracción global.”* (énfasis añadido).

Para quienes esto escriben, la referencia a un “*plan común de unificar condiciones comerciales y fortalecer su posición ante sus clientes de manera concertada*” podría predicarse respecto de acuerdos adoptados en asociaciones y no necesariamente constitutivos de una infracción de cártel. Da la impresión de que en este caso la vaguedad en la definición del objetivo común puede haber facilitado que dos contactos separados que podrían haber constituido infracciones puntuales y menores pudieran “contaminar” un comportamiento previo para dar lugar a una gran infracción de cártel. Esta interpretación expansiva de lo que constituye una infracción única de cártel fue, sin embargo, confirmada por la Audiencia Nacional, si bien no obstante la Sentencia de la AN trató de suplir en parte las carencias en el razonamiento de la Resolución.<sup>160</sup>

La interpretación “generosa” de lo que puede constituir una infracción única y continuada se ha hecho evidente también, por ejemplo, en la Resolución *Asfaltos de Cantabria*. En este caso la CNC sancionó como una infracción única y continuada (a) un acuerdo de reparto de mercado y fijación de precios entre 5 empresas y (b) un supuesto acuerdo entre un número mayor de empresas –que incluía a las 5 citadas– en relación con la presentación de ofertas de acompañamiento. Si bien ambos acuerdos tenían distintos integrantes, distinto *modus operandi*, distinta naturaleza y distinta

---

<sup>159</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2011, en el expediente. S/0185/09 *Bombas de Fluidos*.

<sup>160</sup> SAN 61847/2013, de 5 de febrero (JUR 2013,61847): “*las empresas del sector van homogeneizando diversas variables en las que deberían competir frente a sus clientes, variables que son parte del coste efectivo de la transacción y que, en consecuencia, contribuyen a la determinación, unas veces de forma directa y otras de forma indirecta, del precio final del producto a comercializar*” y “*es el conjunto, la reiteración, la aportación en cada ocasión de elementos que van completando esa imagen de lo que serán las condiciones comerciales en relación con las bombas de fluidos, lo que finalmente completa el elemento objetivo de la infracción*”

duración en el tiempo, sin que existiese constancia de la vinculación entre uno y otro, la Resolución de la CNC considero que ambos perseguían el objetivo común de restringir la competencia en el mercado Cántabro.<sup>161</sup>

Ahora bien, este razonamiento -únicamente aferrado a la “*finalidad común de restringir la competencia*” en un determinado mercado- no sería aceptable a nivel europeo, como ya tuvo ocasión de clarificar el TGUE en su importante Sentencia en el asunto *BASF*.<sup>162</sup> De hecho, el propio Consejo de la CNC se ha hecho eco correctamente del estándar europeo en relación con esta cuestión, afirmando en otro expediente (“Almacenistas de Hierro”)<sup>163</sup>, y remitiéndose precisamente a la jurisprudencia *BASF*, que “[I]os tribunales comunitarios tienen señalado que una infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos puede resultar “de una serie de actos separados en el tiempo o incluso de un comportamiento continuado”, siempre que las diferentes acciones se inscriban dentro de un plan conjunto debido a su objeto idéntico o único, que no puede determinarse mediante una referencia genérica a la distorsión de la competencia”.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013 en el expediente S/0329/11, *Asfaltos Cantabria*: “nos encontramos ante una infracción compleja, con acuerdos diferenciados entre los actores y distinta participación en los mismos, pero todos ellos con una única finalidad: distorsionar el mercado de contratación de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas, en carreteras, autovías, etc.”.

<sup>162</sup> Sentencia del TPICE 328/2006, de 15 de marzo (TJCE 2006,328): “El concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado al que afecte la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, en la medida en que tendría como consecuencia que varios comportamientos contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, relativos a un sector económico deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única. Así pues, para calificar diversas actuaciones como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas va destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y si contribuían, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único, estando, por lo tanto, las diversas actuaciones contrarias a la competencia «estrechamente relacionadas». A este respecto, procede tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de las diversas actuaciones en cuestión”. En este mismo sentido véase Sentencia TJCE 378/2012, de 12 de diciembre (2012,378), paras. 152 y ss.

<sup>163</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 12 de abril de 2000 en el expediente S/0106/08, *Almacenistas de Hierro*.

<sup>164</sup> Resolución del Consejo de la CNC de 12 de abril de 2000 en el expediente S/0106/08, *Almacenistas de Hierro*.

El ejemplo más reciente de la tendencia expansiva de la noción de infracción única y continuada puede encontrarse en la reciente Resolución en el expediente S/0404/12, *Servicios Comerciales AENA*<sup>165</sup>.

En su Resolución el Consejo de la CNMC se apartó de la propuesta de la DC –que identificó una infracción consistente en un intercambio de información entre empresas de alquiler de automóviles a instancias de AENA- para concluir que dicha infracción afectaba al mismo mercado que la infracción sancionada en el previo expediente S/0380/11 *Coches de Alquiler*<sup>166</sup>, y que por ello debieron ser instruidos en conjunto.

El Consejo entiende que las dos prácticas en cuestión –con naturaleza distinta, distintas empresas participantes, distintos ámbitos geográficos, nacidas en un contexto distinto y para finalidades distintas- constituyen una infracción única y continuada aparentemente porque se proyectaron sobre el mercado de coches de alquiler y, según la Resolución “*gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones, así como el intercambio de información sensible*”.

La Resolución, de hecho, viene a imputar a las empresas que solamente participaron en el intercambio de información también por su participación en la infracción ya sancionada en la Resolución previa (en la que no fueron parte), y exonera de multa a las ya sancionadas antes, por entender que resulta aplicable el principio de cosa juzgada.

Además de los asuntos citados, en los que la interpretación expansiva de la figura parece tener origen en el uso de referencias genéricas –y, por tanto, insuficientes-<sup>167</sup> a un “objetivo común”, en otros casos controvertidos la autoridad ha derivado la supuesta unicidad y continuidad de las infracciones constatación de repeticiones en el *modus operandi* de los acuerdos y de la regularidad de los contactos acreditados.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> Resolución del Consejo de la CNMC de 2 de enero de 2014 en el expediente S/0404/12, *Servicios Comerciales AENA*.

<sup>166</sup> Resolución del Consejo de la CNMC de 31 de julio de 2013 en el expediente S/0380/11, *Coches de Alquiler*.

<sup>167</sup> Ver supra nota a pie 162 y el texto que la acompaña.

<sup>168</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución del Consejo de la CNC, de 19 de octubre de 2011, expediente S/0226/10, *Licitaciones de carreteras*. En dicho asunto, y pese a que la propuesta de la entonces DI hacía referencia a 14 conductas anticompetitivas materializadas en diferentes licitaciones, el Consejo consideró que estas formaban parte de una estrategia e infracción únicas, y ello al apreciar una coincidencia en el *modus operandi*, observando que existía “*un mecanismo que opera repetidamente, con el mismo objeto y bajo las mismas pautas, en diversas licitaciones, sin perjuicio de que varíe el órgano que convoca la licitación o el territorio donde vaya a situarse la obra*”. En el mismo sentido, véase la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0120/08, *Transitarios*, que concluyó que varias empresas del negocio transitario por carretera habían incurrido en una infracción única y continuada de cártel consistente en el intercambio de información y fijación de condiciones comerciales, principalmente de los incrementos a aplicar a las tarifas base. Según el Consejo, la conducta anticompetitiva constituye una infracción única puesto que “[l]as empresas imputadas se reunían con regularidad para tratar temas y

Las consideraciones precedentes nos permiten constatar que en España carecemos de unos criterios estables para discernir qué constituye una infracción única y continuada y qué no. Esta carencia, junto con la facilidad de apreciar la existencia de objetivos comunes entre distintos acuerdos implica que en la práctica pueda optarse por unos u otros criterios, según el caso y según el resultado pretendido.

Nos sumamos por ello a la opinión expresada ya en 2009 por miembros de la CNMC en la que afirmaban es “*necesario crear un concepto jurisprudencial global, aún ausente en el derecho español y posiblemente de otros Estados miembros, que favorezca una aplicación coherente y homogénea del mismo por parte de las autoridades antitrust. Dicha coherencia resulta más necesaria aún si cabe teniendo en cuenta la interrelación existente entre el derecho nacional y el comunitario en este tipo de infracciones, a las que habitualmente resulta de aplicación no sólo la normativa nacional sino también lo dispuesto en el artículo 101 TFUE*”.<sup>169</sup>

#### **8.4 Prueba por indicios**

Debido a la particular naturaleza de los cárteles el empleo de la prueba indiciaria en procedimientos de infracción relativos a este tipo de infracciones resulta muy frecuente. En efecto, tal y como ha observado el Tribunal Supremo “*estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda.*”<sup>170</sup>

Al objeto de evitar la colisión del recurso la prueba indiciaria con el principio de presunción de inocencia el Tribunal Supremo ha insistido de forma reiterada en que la prueba por indicios debe estar sometida a un estricto control para ponderar su validez. Por tanto, solo podrá declararse acreditada la comisión de una infracción en base a dicha prueba cuando se cumplan una serie de estrictos requisitos.<sup>171</sup>

---

*adoptar acuerdos que tenían implicaciones sobre su estrategia competitiva en materias comercialmente sensibles. Tales temas así como el modus operandi se reiteran a lo largo de los años. Las comunicaciones están llenas de referencias al carácter regular y de “habitualidad” de estas actuaciones.”*

<sup>169</sup> LABRADA, M.L. y DE GUINDOS, T, “La infracción única y continuada”, *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO-Universidad Autónoma de Barcelona, p. 212.

<sup>170</sup> Ver STS 7048/2000, de 6 de marzo (RJ 2000,7048). Este pronunciamiento es habitualmente citado por la autoridad de competencia; véase, como ejemplo, la Resolución de la CNC de 10 de julio de 2013 en el expediente S/376/11, *Panaderías Pamplona* o Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata*.

<sup>171</sup> STS 4585/2005, de 26 de abril de 2005 (RJ 2005,4585).

Concretamente, es jurisprudencia reiterada que, para que la prueba por presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es preciso: (i) que los indicios estén plenamente probados –sin que pueda tratarse de meras sospechas–;<sup>172</sup> y (ii) que se explicite el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora;<sup>173</sup> de otro modo, según el TS, “*ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo*”.<sup>174</sup> Observamos, pues, una vez más que la transparencia del razonamiento constituye el eje del control que, al menos en teoría, se impone a la aplicación de este tipo de prueba.

Al realizar este ejercicio autoridades y Tribunales deberán, además, prestar atención especial a la posible existencia de explicaciones alternativas plausibles ofrecidas por las partes.<sup>175</sup> Así lo hizo, por ejemplo, el Consejo de la CNC en su Resolución de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata* al estimar, en contra de lo sostenido por la DI, y tras un detallado análisis que incluyó la práctica de prueba en fase de Resolución, que determinados indicios de la existencia de una posible concertación para la aplicación de incrementos de precios de envases de hojalata podrían en todo caso explicarse por razones distintas de la existencia de una práctica prohibida.<sup>176</sup>

El marco analítico que viene de describirse es, por lo demás, prácticamente idéntico al aplicado en la jurisprudencia europea en relación con la prueba de prácticas

---

<sup>172</sup> En la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata* se precisa que “*la aplicación de la prueba de presunciones no implica exigir que cada uno de los indicios que llevan a la conclusión de la concertación deban ser en sí mismos anticompetitivos, ni que todos los participantes en la concertación deban estar involucrados en cada uno de ellos, pues tal exigencia equivaldría a exigir tantas pruebas directas como indicios e imputados formen parte del proceso de imputación. Ante tal abundancia de pruebas sería absurdo invocar pues la prueba de presunciones*”.

<sup>173</sup> Por lo que respecta a la solidez de la inferencia que conecta los hechos base, indicios, con los hechos que se trata de probar, el Tribunal Constitucional ha venido señalando, por todas en la STC 70/2010, de 18 de octubre, que dicho análisis puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él, como desde su suficiencia o calidad concluyente, no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

<sup>174</sup> SSTs 7048/2000, de 6 de marzo (RJ 2000,7048); y 589/2009 de 3 de febrero (RJ 2009,589).

<sup>175</sup> Sentencia del TJCE 43/1993, de 31 de marzo (TJCE 1993,43)

<sup>176</sup> Véanse en particular las páginas 50 a 54 de la citada Resolución (“*a pesar de que la deducción descrita previamente es razonable, es decir, se puede inferir de los hechos acreditados, entiende este Consejo que la obtención de los resultados observados en el mercado de referencia puede deberse a un comportamiento económicamente racional por parte de sus protagonistas sin que sea absolutamente imprescindible la coordinación estratégica entre ellos*”).



concertadas, recientemente reafirmada en la Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 en el asunto *CISAC*.<sup>177</sup>

Por último, conviene señalar en este punto que en aplicación de estos principios en el pasado el TS ha anulado Resoluciones del TDC y de la CNC por haberse fundamentado incorrectamente en la prueba de presunciones y no haber conseguido desvirtuar la presunción de inocencia.

Así, por ejemplo, en su sentencia de 5 de octubre de 2009<sup>178</sup>, el TS anuló la Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, adoptada en el expediente núm. 565/2003 (“*Materiales Radiactivos*”) que sancionó a cuatro competidores por haber supuestamente concertado sus ofertas en concursos públicos convocados para la adquisición de radiofármacos. En dicho asunto el Alto Tribunal estimó que ni el TDC ni la Audiencia Nacional valoraron adecuadamente la explicación alternativa que justificaba la actuación de las partes y concluyó que de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, “en términos que excluyesen toda duda razonable”, que las empresas sancionadas se hubiesen concertado.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Sentencia del TGUE 250/2013, de 13 de abril (TJCE 2013,250).

<sup>178</sup> STS 5389/2009, de 5 de octubre (RJ 2009,5389).

<sup>179</sup> Id. “[L]a Sala de la Audiencia Nacional ha prescindido -de modo explícito- de evaluar la incidencia que un conjunto significativo de circunstancias de hecho pudiera tener en el enjuiciamiento de la conducta infractora. La Sala pone el acento en la concertación de ofertas [...] como si este fuera el único factor relevante y ninguna importancia significativa tuvieran aquellas otras circunstancias [...]”

[Las coincidencias de precios ofertados por las cuatro empresas que la Sala de instancia tiene como acreditadas en el apartado segundo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia se limitan a 4 de los 17 (o 5 de los 16, según el Servicio) productos objeto de licitación en el concurso 127/02 y a 5 de los 21 productos objeto de licitación en el concurso 128/02 [...] las coincidencias fueron parciales [...]

En lo que se refiere a la mayor o menor similitud de los incrementos de precios de varios de los productos ofertados por los cuatro licitadores en los dos concursos de referencia (incremento respecto a los precios de licitación), el Tribunal de Defensa de la Competencia afirmó en su resolución que “[...] para los diferentes lotes de productos, los aumentos estaban comprendidos en la mayoría de los casos en un intervalo entre el 50% y el 60% [...]” (Énfasis añadido).

“Existía, pues, al menos una explicación alternativa que justificaba tanto la asistencia al concurso como la “tendencia general” al incremento de algunos de los precios ofertados sobre los precios máximos de convocatoria” (Énfasis añadido).

“En suma, de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, en términos que excluyan la duda razonable, que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia, que es lo que castiga el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La utilización de la prueba de presunciones no permite, en este caso -que por sus características singulares probablemente constituya un supuesto límite- corroborar la validez de la respuesta jurídico-sancionadora que el Tribunal de Defensa de la Competencia acordó y la Sala de instancia confirmó”. (Énfasis añadido).

Más recientemente, y también en aplicación de la jurisprudencia expuesta, la Audiencia Nacional ha estimado los recursos interpuestos por diversas empresas sancionadas en la Resolución *Seguro Decenal*.<sup>180</sup>

### 8.5 Matriz-filial- presunción *Stora/Akzo*:

El artículo 62.1 de la LDC/2007 establece que “*la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.*” Así, la empresa matriz será igualmente considerada responsable de las infracciones de la normativa de competencia de sus filiales salvo en aquellos casos en que éstas actúen con autonomía respecto de la primera.

Esta circunstancia no solo asegura a la autoridad de competencia el pago de la sanción en caso de insolvencia de la filial sino tiene graves consecuencias económicas para las empresas infractoras. En efecto, en los casos en que se considere a la sociedad matriz responsable de las infracciones cometidas por sus filiales, la cifra sobre la que se calcula el porcentaje máximo del 10% de sanción aplicable a las infracciones graves<sup>181</sup>, como es el caso de los cárteles, será el volumen de negocios de la matriz y no de la filial.

El criterio decisivo para que entre en juego la corresponsabilidad es la existencia o no de una unidad de comportamiento en el mercado caracterizada por la posibilidad de que la ejercicio de influencia decisiva por parte de la matriz sobre la conducta de la filial.

---

<sup>180</sup> Ver SAN 106435/2013, de 20 de marzo (JUR 2013,106435). El iter lógico de la Sentencia de la Audiencia Nacional a este respecto se explicita en el Fundamento de Derecho Sexto. En un primer paso, la AN valora “*si existe prueba directa y suficiente que acredita la participación de las recurrentes en una conducta colusoria*”, a cuyo fin examina los concretos documentos a que se refiere la Resolución. Del examen de estos elementos, la sentencia concluye que “*no puede afirmarse que existe prueba directa para concluir que MAPFRE EMPRESAS alcanzara en 2001 con ASEFA, SUIZA, SCOR y MRSEP un acuerdo de precios mínimos para el SDD aplicable a todo el mercado y tratara de imponerlo.*”

Tras haber descartado de la forma que acaba de exponerse “*que exista prueba directa suficiente para concluir que MAPFRE EMPRESAS alcanzara en 2001 con ASEFA, SUIZA, SCOR y MRSEP un acuerdo de precios mínimos aplicable a todo el mercado y que trató de imponer dicho acuerdo a todos los competidores*”, el Fundamento de Derecho SÉPTIMO de la sentencia comprueba si, a la vista de las “*pruebas indirectas*” a que se refiere la resolución cabe afirmar la existencia de la infracción imputada. En este ejercicio considera especialmente si hay una “*explicación alternativa a la colusión*” respecto de dichas “*pruebas indirectas*”.

Por último, tras una valoración detallada de elementos de hecho, la Sentencia afirma en su Fundamento de Derecho OCTAVO que “*En conclusión siendo insuficientes las pruebas utilizadas en la decisión impugnada para demostrar la existencia de infracción (prueba documental, análisis de efectos en el mercado de la aplicación del acuerdo que según la CNC eliminaron la competencia e incrementaron los precios) y existiendo una alternativa verosímil a las tesis de la Comisión Nacional de la Competencia, procede anular la resolución en relación a la parte recurrente.*”

<sup>181</sup> Artículo 63.1 c) LDC/2007

En la práctica, la jurisprudencia ha validado que la constatación del ejercicio de influencia decisiva puede constatararse, por un lado, y de firma directa, cuando existan pruebas que acrediten dicho ejercicio.<sup>182</sup>

Por otro lado, tanto a nivel europeo como español se aplica la presunción *iuris tantum* de que existe control efectivo por parte de la matriz sobre la empresa filial cuando está participada al 100%<sup>183</sup> o casi al 100%<sup>184</sup> por aquélla. En estos casos corresponderá a la matriz desvirtuar dicha presunción acreditando la autonomía de su filial.<sup>185</sup>

Si bien la jurisprudencia europea ha interpretado esta presunción de forma vacilante, afirmando en algunos casos que el 100% no permitía por sí solo imputar responsabilidad a la matriz,<sup>186</sup> y que la Comisión debería aportar pruebas adicionales,<sup>187</sup> lo cierto es que en su Sentencia *Akzo* el TJUE ha resuelto las dudas existentes,

---

<sup>182</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013 en el expediente S/0316/10 *Sobres de Papel* (en el que la CNC atendió a un documento que a su juicio evidenciaba que los máximos directivos de la matriz conocían los acuerdos ilícitos en los que participaba su filial) y la Resolución de la CNC de 12 de enero de 2012 en el expediente S/0251/10 *Hormigón y Productos Relacionados* (en la que la CNC valoró la presencia en los órganos de administración de las participadas, el solapamiento de personal y otras razones como el uso de una misma dirección de correo electrónico y una misma cuenta bancaria).

<sup>183</sup> En la Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013 en el expediente *Distribuidores Saneamiento* la autoridad afirmaba que “[e]n materia de control, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial, existe una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia, correspondiendo, en su caso, a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado”.

<sup>184</sup> En la Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011 en el expediente S/0185/09 *Bombas de fluidos* la CNC consideró que la presunción se aplica también a otros porcentajes de participación “suficientemente elevada”; en dicho caso la presunción se consideró aplicable en presencia de una participación de la matriz en el 73% del capital social de su filial.

<sup>185</sup> Sentencia del TJCE, de 25 de octubre de 1983, en el asunto 107/82, *AEG Telefunken c Comisión*, Rec. p. 03151, apartado 50 (no recopilada en Aranzadi).

<sup>186</sup> Sentencia del TJCE 277/2000, de 16 de noviembre (TJCE 2000,277), para. 28: “Así, en contra de lo que afirma la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia no consideró que la posesión del 100 % del capital permitiera por sí sola imputar la responsabilidad a la sociedad matriz. También se basó en el hecho de que la recurrente no hubiera negado haber podido influir de forma decisiva en la política comercial de su filial, sin aportar, además, elementos de prueba en apoyo de sus afirmaciones sobre la autonomía de esta última.”

<sup>187</sup> Sentencia del TPICE 94/2007, de 26 de abril (TJCE 2007,94), para. 132: “A este respecto, la posesión de la totalidad del capital del filial, pese a constituir un fuerte indicio de que la sociedad matriz dispone de capacidad para influir decisivamente en el comportamiento de su filial en el mercado, no basta por sí solo para permitir imputar a la matriz la responsabilidad del comportamiento de la filial (véanse, en este sentido, la sentencia *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el apartado 131 *supra*, apartados 27 a 29, y las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en que se dictó dicha sentencia, Rec. p. I. 9928, puntos 17 a 62). Junto al porcentaje de participación sigue siendo necesario un elemento adicional, que puede no obstante consistir en indicios.”

confirmando la aplicabilidad automática de una presunción *iuris tantum* de influencia decisiva en los supuestos de participación al 100% sobre la filial en cuyo caso corresponderá a la sociedad matriz aportar pruebas que desvirtúen dicha presunción.<sup>188</sup>

Resulta interesante, no obstante, constatar que hasta la fecha los intentos de desvirtuar la presunción no han resultado fructíferos ni a nivel europeo ni tampoco en España,<sup>189</sup> si bien en ocasiones los Tribunales europeos han comenzado a reprochar a la Comisión el recurrir a argumentaciones demasiado genéricas al dar respuesta a los argumentos de descargo ofrecidos por las partes.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Sentencia del TJUE 274/2009, de 10 de septiembre (TJCE 2009,274), paras. 60 y 61: “*En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial que ha infringido las normas de Derecho comunitario en materia de competencia, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial (véase, en este sentido, la sentencia Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 136 y 137), y, por otra, existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial (véanse, en este sentido, las citadas sentencias, AEG-Telefunken/Comisión, antes citada, apartado 50, y Stora, apartado 29). En estas circunstancias, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce una influencia decisiva sobre la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (véase, en este sentido, la sentencia Stora, apartado 29). Esta interpretación ha sido posteriormente confirmada por la jurisprudencia más reciente de los tribunales europeos en esta materia; ver, entre otras, la Sentencia del TJUE 138/2013, de 8 de mayo (TJCE 2013,138), para. 47; y la Sentencia del TJUE 199/2013, de 11 de julio (TJCE 2013,199), para. 40.*

<sup>189</sup> Hasta el momento, y salvo error, dicha presunción únicamente ha sido desvirtuada ante los Tribunales europeos una ocasión y únicamente frente al TGUE puesto que su sentencia fue casada ante el TJUE. Así, en el asunto *Gosselin/Portielje* el TGUE (Sentencia del TGUE 197/2011, de 16 de junio (TJCE 2011,197), para. 54-58) consideró acreditado que la sociedad matriz no estaba en posición de influir sobre la filial casi íntegramente participada debido particularmente al hecho de que el órgano de administración de aquella empezó a funcionar una vez finalizada la infracción. No obstante, al resolver el recurso de casación interpuesto por la Comisión el TJUE (Sentencia del TJUE 199/2013, de 11 de julio (TJCE 2013,199), paras. 66-68) adoptó una interpretación extensiva de la presunción y concluyó que: “66. [...] para determinar si el autor de la infracción decide con autonomía su comportamiento en el mercado, deben tomarse en consideración todos los aspectos pertinentes de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a ese autor con su entidad de cabecera, y atender de esa forma a la realidad económica. La sola falta de adopción de una decisión de gestión por la entidad de cabecera con observancia de las exigencias formales previstas por el Derecho de sociedades no puede bastar por tanto a ese efecto. 68. [...] no se requiere necesariamente la adopción de decisiones formales por los órganos estatutarios para apreciar la existencia de una unidad económica integrada por el autor de la infracción y su entidad de cabecera, sino que por el contrario esa unidad puede nacer también de manera informal, en especial a raíz de los lazos personales existentes entre las entidades jurídicas que integran esa unidad económica”.

<sup>190</sup> Sentencia del TGUE 190/2011, de 16 de junio (TJCE 2011,190), paras. 65-80. “74 [...] la Comisión estaba obligada a pronunciarse sobre la alegación en contrario de la demandante, examinando si, habida cuenta del conjunto de los elementos pertinentes relativos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre las sociedades afectadas, la demandante había demostrado que su filial se comportaba de manera autónoma en el mercado. 75 La obligación de la Comisión de motivar su

En este sentido, y si bien en alguna ocasión el Consejo ha podido dar indicaciones acerca del tipo de prueba de descargo susceptible de probar la autonomía de una filial,<sup>191</sup> lo cierto es que, en la práctica, esta cuestión sigue lejos de ser pacífica, rechazado ese mismo tipo de pruebas en otros expedientes.

En opinión de los autores sería deseable explicitar criterios claros y estables acerca del tipo de pruebas necesarias para acreditar la autonomía de una filial; de lo contrario, existe el riesgo de que el amplio margen de apreciación de que la autoridad disfruta pueda resultar en decisiones subjetivas que tornen la presunción en irrefutable. En cualquier caso, es importante que autoridades y tribunales presten atención al mensaje trasladado en los últimos tiempos por los tribunales europeos en relación con la importancia de explicitar en todos los casos sus razonamientos con el mayor grado de detalle posible.<sup>192</sup>

## 9. CUESTIONES ESPECÍFICAS RELATIVAS A PRUEBAS DE DESCARGO

Como ya se ha expuesto anteriormente, una consecuencia directa del derecho a la presunción de inocencia es que la carga de la prueba recaiga sobre la autoridad que pretende declarar la existencia de una infracción. No obstante, y debido a las particularidades que presentan este tipo de infracciones, en la práctica existe una tendencia a desplazar con rapidez la carga de la prueba de la autoridad de competencia hacia la empresa investigada que deberá justificar su conducta a través de las pruebas de descargo que considere pertinentes.

A continuación analizaremos brevemente algunas de las cuestiones jurídicas que han surgido en la práctica en relación con la prueba de descargo.

---

*Decisión en este punto resulta claramente del carácter iuris tantum de la citada presunción, cuya destrucción exigía que la demandante aportara una prueba en relación con el conjunto de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre ella y su filial (...) 79 [...] la Comisión no adoptó una postura detallada sobre las pruebas aportadas por la demandante con el fin de destruir la presunción derivada de su participación en el capital de Chemoxal y, por lo tanto, no motivó de modo jurídicamente suficiente su conclusión sobre la imputación de la infracción de que se trata a la demandante. 80 En la medida en que la Comisión sostiene, en el escrito de contestación a la demanda, que las pruebas en contrario invocadas por la demandante eran insuficientes en cualquier caso para demostrar la autonomía de Chemoxal, procede señalar que en la motivación de la Decisión impugnada no figura ningún elemento que ponga de manifiesto que la Comisión examinó las citadas pruebas, extremo que obstaculiza el control del fundamento de la Decisión impugnada en este aspecto.”*

<sup>191</sup> Resolución de la CNC de 21 de enero de 2010 en el expediente S/0084/08 *Fabricantes de gel*, FD Cuarto: “los imputados podrían haber aportado pruebas como documentación que contenga reglas de funcionamiento interno, actas de los Comités de Dirección o Consejo de Administración, etc.”

<sup>192</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TGUE 190/2011, de 16 de junio (TJCE 2011,190), paras. 65-80.

## 9.1 Principio de libre aportación de prueba

El artículo 24.2 de la CE recoge el derecho fundamental de todas las personas a hacer uso de todos los medios de prueba que se consideren necesarios para estructurar su defensa.<sup>193</sup>

Esta disposición constituye el fundamento del principio procesal de libre aportación de prueba que ha sido posteriormente recogido en diversos textos legales, entre ellos la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común recoge este mismo principio en su artículo 80.1 que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho [...], en el apartado 3 de la misma disposición, que “[e]l instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada” y, en el artículo 135.III que los sujetos a un procedimiento sancionador tienen derecho a “[a] formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.”

En Derecho de la UE el derecho a la libre aportación de prueba también ha sido reconocido por la jurisprudencia de los tribunales europeos en materia de Derecho de la competencia.<sup>194</sup>

La consecuencia inmediata de este principio no puede ser otra que si el administrado al que se le imputa la infracción administrativa acredita mediante prueba de descargo la inexistencia de infracción, de su participación o de su responsabilidad, corresponderá a la autoridad desvirtuar detalladamente la prueba de descargo presentada por el imputado.

---

<sup>193</sup> Artículo 24.2 CE “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

<sup>194</sup> Sentencia del TPICE 217/2004, de 8 de julio (TJCE 2004,217), para. 72: “El principio que prevalece en Derecho comunitario es el de la libre aportación de la prueba y el único criterio pertinente para apreciar las pruebas aportadas reside en su credibilidad (conclusiones del Juez Sr. Vesterdorf, en funciones de Abogado General, en el asunto en el que recayó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Rhône-Poulenc/Comisión, T-1/89, Rec. pp. II-867 y ss., especialmente p. I-869; véanse también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2000, Met-Trans y Sagpol, asuntos acumulados C-310/98 y C-406/98, Rec. p. I-1797, apartado 29, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 2002, Vela y Tecnagrind/Comisión, asuntos acumulados T-141/99, T-142/99, T-150/99 y T-151/99, Rec. p. II-4547, apartado 223). Además, puede ser necesario que la Comisión proteja el anonimato de los informadores (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 1985, Adams/Comisión, 145/83, Rec. p. 3539, apartado 34) y tal circunstancia no puede por sí sola obligar a la Comisión a descartar una prueba que haya obtenido.”

## 9.2 Práctica de la prueba de descargo solicitada por las empresas investigadas

Si bien, como acaba de explicarse, el principio de libre aportación de prueba ha sido reconocido a nivel nacional y europeo, en ocasiones la aportación de las pruebas necesarias requiere de su práctica ante la DC o el Consejo.

En relación con la práctica de prueba, el artículo 137.4 LRJ-PAC dispone que “[s]e practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.” La misma regla se reitera en el artículo 80.3 del mismo texto legal, según el cual “[e]l instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.”

De lo anterior se desprende que la legislación nacional autoriza a la Autoridad de competencia a rechazar la práctica de pruebas de descargo propuestas por las empresas investigadas únicamente en aquellos casos en que se trate de pruebas “improcedentes” “innecesarias” o “impertinentes”.

A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *“la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye thema decidendi para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas es distinta de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas.”*<sup>195</sup>

Esta línea jurisprudencial ha sido precisada por el Tribunal Supremo, que en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de diciembre de 2009, declaró que no es preciso demostrar plena y absolutamente que la práctica de la prueba llevaría inexorablemente a una resolución favorable, sino que al actor únicamente se le puede exigir demostrar *“que las pruebas son pertinentes”* puesto que la resolución quizás *“podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia”*.<sup>196</sup> Así pues, la práctica de la prueba deberá ser admitida siempre y cuando

---

<sup>195</sup> STS 51/1985, de 10 de abril (RTC 1985,51).

<sup>196</sup> Según se afirma en dicha Sentencia, *“solo se exige demostrar que la resolución podría haberle sido favorable y no que la resolución habría sido favorable, como exige la sentencia impugnada. En efecto, como sostiene la recurrente, requerir una demostración plena y absoluta de la influencia de la prueba omitida en la resolución supone una probatio diabolica imposible de llevar a cabo, pues en última instancia será el órgano judicial el que valore las pruebas. Lo que corresponde al actor es demostrar que las pruebas son pertinentes. En el presente caso tratan de desestimar pruebas de cargo en que, al menos en parte se basa la resolución.”*

esta sea pertinente, y esta lo será cuando tenga por objeto refutar las pruebas de cargo en las que se basa la imputación.<sup>197</sup>

Y en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha adoptado una interpretación restrictiva de la posibilidad de las autoridades de rechazar la prueba propuesta por los administrados sobre la base de la presunta dilación del proceso. Así, en la Sentencia 51/1985 antes citada, el Tribunal declaró que *“la limitación del derecho consagrado por el art. 24.2 de la Constitución, al servirse de las pruebas pertinentes para su defensa como un derecho constitucional, no justifica su sacrificio a intereses indudablemente dignos de su tutela, pero de rango subordinado, como pueden ser la economía del proceso, la mayor celeridad de éste o la eficacia en la Administración de la Justicia. Es exclusivamente el juicio sobre la pertinencia lo que debe ser medido (...)”*

A la luz de esta jurisprudencia cabe preguntarse si la práctica de la CNMC resulta conforme con el artículo 24.2 de la CE.

En primer lugar, es posible constatar que en diversos asuntos la DI/DC y el Consejo han rechazado la práctica de las pruebas sobre la base de un juicio de necesidad<sup>198</sup> lo que, *a priori*, y en función de las circunstancias, podría no ser compatible con la estricta jurisprudencia ya referida. Para quienes esto escriben, parece claro que la autoridad solo podrá rechazar la práctica de prueba en base a esta argumentación cuando la impropiedad sea “manifiesta”, y en ningún caso por razones relacionadas con la celeridad en la tramitación del procedimiento; una deficiente motivación al respecto implicaría además la encubierta violación de un derecho fundamental.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 de diciembre de 2009, RJ\2010\2169, *“como sostiene la recurrente solo se exige demostrar que la resolución podría haberle sido favorable y no que la resolución habría sido favorable, como exige la sentencia impugnada. En efecto, como sostiene la recurrente, requerir una demostración plena y absoluta de la influencia de la prueba omitida en la resolución supone una probatio diabolica imposible de llevar a cabo, pues en última instancia será el órgano judicial el que valore las pruebas. Lo que corresponde al actor es demostrar que las pruebas son pertinentes. En el presente caso tratan de desestimar pruebas de cargo en que, al menos en parte se basa la resolución.”*

<sup>198</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013 en el expediente S/0342/11 *Espuma de Poliuretano* o la Resolución de la CNC de 21 de noviembre de 2012 en el expediente S/0317/10 *Material de archivo*. También se ha considerado innecesaria la práctica de las pruebas que persigan acreditar la ausencia de efectos de una infracción con el argumento de que los carteles constituyen infracciones por el objeto cuya prueba de efectos no es precisa (véase la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 en el expediente S/0120/08 *Transitarios*).

<sup>199</sup> Cabe citar en este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional que ha declarado de forma constante que *“del derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, aplicable al procedimiento sancionador (...) deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos”* (SSTC 157/2000 (LA LEY 10049/2000), de 12 de julio; 81/2000 (LA LEY 5414/2000), de 27 de marzo; y 42/2000, de 14 de febrero), hasta el punto de que si la proposición de prueba ha sido presentada en tiempo y forma y se trata de una prueba pertinente *“resulta vulnerado el derecho fundamental, tanto cuando no hay respuesta alguna a la solicitud (...) como cuando la misma se rechaza”*



En segundo lugar, la autoridad española también ha rechazado con carácter general la celebración de la práctica de prueba en fase de resolución so pretexto del carácter excepcional de la práctica de prueba ante el Consejo<sup>200</sup> y del consiguiente pretendido carácter extemporáneo de la solicitud<sup>201</sup> y en virtud de lo dispuesto en el artículo 36.1 del RDC.<sup>202</sup> Para quienes esto escriben, la regla contenida en el artículo 36 RDC al respecto es desafortunada, puesto que es muy posible que las partes consideren que la práctica de prueba es necesaria tras la lectura de la Propuesta de Resolución una vez concluida la instrucción.

Si bien existen excepciones a estas reglas generales a las que aludimos, lo cierto es que cuando sí se acepta la práctica de pruebas similares a las rechazadas en otros expedientes, o cuando se acuerda la práctica de prueba en fase de Resolución,<sup>203</sup> ello se hace de forma aparentemente discrecional sin que parezcan existir criterios claros al respecto, lo que, para los autores, es desafortunado. Abogamos, pues, por incorporar en fase de Resolución la posibilidad de que las empresas puedan practicar todas aquellas pruebas susceptibles de poder refutar o clarificar el contenido de la Propuesta de Resolución.

### 9.3 Sobre la celebración de vista y su relevancia para el descargo

El Derecho nacional de la competencia en materia de celebración de vistas difiere claramente del derecho de la Unión. En el caso de los procedimientos de infracción de las normas de competencia nacionales la celebración de vista es potestativa para el Consejo, que puede acordarlo de oficio o bien a solicitud de alguna de las partes interesadas. Así lo dispone el artículo 37.2 del RDC:

---

*sin motivación o la que se ofrezca puede tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable" (STC 104/2003, de 2 de junio y, en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 27/2001, de 29 de enero; 104/2002, de 6 de mayo; 116/2002, de 20 de mayo; y 9/2003, de 20 de enero).*

<sup>200</sup> Véanse, por ejemplo, las Resoluciones de la CNC de 28 de febrero de 2013 en el expediente S/0342/11 *Espuma de Poliuretano*, de 30 de julio de 2012 en el Expediente S/0256/10 *Inspecciones periódicas de gas* y de 3 de octubre de 2012 S/0371/11 *Autores literarios medios audiovisuales*: “*Igualmente es preciso subrayar que la vigente Ley 15/2007 establece un único procedimiento sancionador, en el que con claridad se separa la fase de instrucción por parte de la Dirección de Investigación y la fase de resolución por parte del Consejo, confiriendo al periodo probatorio ante el Consejo de un carácter hasta cierto punto excepcional*”.

<sup>201</sup> Entre muchas otras, Resolución de la CNC de 21 de noviembre de 2012 en el expediente S/0317/10 *Material de archivo*: “*Es necesario recordar que en el presente caso la parte, habiendo tenido oportunidad de solicitar a lo largo del periodo de instrucción estas pruebas, no lo ha hecho.*”

<sup>202</sup> A tenor de esta disposición: “*Recibido el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la práctica de pruebas, bien de oficio o a instancia de los interesados, instando a la Dirección de Investigación su práctica. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá rechazar la práctica de aquellas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación no lo hubieren sido.*”

<sup>203</sup> Como ejemplo de ambas excepciones a la regla general, véase la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de mayo de 2011, en el expediente. S/0128/09 *Fabricantes de Envases Hojalata*.

*“2. De conformidad con el artículo 51.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá, asimismo, acordar la celebración de vista, previa solicitud de los interesados o cuando la considere adecuada para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente. En dicha solicitud deberá contenerse la información a que hace referencia el artículo 19.1 de este Reglamento.”<sup>204</sup>*

En la práctica la regla general es que el Consejo ejerza su potestad discrecional para rechazar las solicitudes de celebración de vista cursadas por las partes. Según se reitera en numerosas Resoluciones. Al hacer esto, el Consejo habitualmente se limita a recordar que la celebración de la vista es potestativa y a afirmar de que dispone de la información suficiente para el “enjuiciamiento” del expediente, concluyendo por ello que la celebración de la vista es innecesaria y que su no celebración en ningún caso puede conculcar los derechos de defensa de las partes.<sup>205</sup>

Esta potestad discrecional del Consejo contrasta con la regulación a nivel europeo, mucho más garantista en este ámbito, al garantizar a las partes que hayan sido objeto de un pliego de cargos la celebración de una audiencia oral en caso de que así lo soliciten<sup>206</sup>. En este sentido, y puesto que la jurisprudencia europea ha establecido que las exigencias europeas relativas a la protección de los derechos fundamentales

---

<sup>204</sup> El artículo 37.3 RDC dispone a su vez que “[e]l Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia notificará al resto de interesados la solicitud de vista, al objeto de que puedan manifestar, en el plazo que se les indique, su voluntad de asistir y, en tal caso, aportar la información a que hace referencia el artículo 19.1 de este Reglamento. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia comunicará a los interesados que hubiesen solicitado asistir a la vista oral la fecha y la hora de celebración de la misma.”

<sup>205</sup> Véase, entre muchas otras, la Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013 en el expediente S/0342/11 *Espuma de Poliuretano*: “Respecto a la solicitud de vista realizada por (...), debe recordarse que es potestad del Consejo acordar la celebración de vista cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente (art. 19 del RDC). En el presente caso el Consejo ha resuelto no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para el análisis y enjuiciamiento del asunto. En todo caso, la negativa del Consejo a celebrar vista en ningún supuesto puede generar indefensión a las partes”. El mismo razonamiento pueden encontrarse en muchas otras Resoluciones; así, por ejemplo, en la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2012 en el expediente S/0256/10 *Inspecciones Periódicas de Gas*: “El Consejo, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando o considere adecuado para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente (art. 19 del RDC) ha resuelto no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para su valoración del asunto. En todo caso, la negativa del Consejo a celebrar vista en ningún supuesto puede generar indefensión para las partes”.

<sup>206</sup> Véase el artículo 12(1) del Reglamento 773/2004: “Derecho a ser oído: La Comisión dará a las partes a las que haya enviado un pliego de cargos la oportunidad de exponer sus argumentos oralmente en una audiencia, si así lo solicitan en sus alegaciones por escrito”. En el mismo sentido véase la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE, publicada en el Diario Oficial de la UE de 20 de octubre de 2011 C 308/25, paras. 106-108.

vinculan a los Estados miembros siempre que apliquen el Derecho europeo,<sup>207</sup> cabe preguntarse si la CNMC no debería estar obligada –en aquellos casos en los que también aplique el artículo 101 TFUE- a acordar la celebración de vista siempre y cuando las partes así lo soliciten.

Para quienes esto escriben, y a la luz de la experiencia europea, la oportunidad de presentar alegaciones y de confrontar argumentos con la autoridad oralmente constituye una importante garantía que se ha revelado enormemente efectiva, de la que no pueden derivarse perjuicios para la autoridad, y cuya trascendencia, pues, no debería ser obviada. En la medida en que las vistas resultan en la práctica totalidad de los casos adecuadas para el análisis y resolución de cualquier punto controvertido, no puede sino lamentarse su carácter excepcional en los procedimientos nacionales.

## 10. CONCLUSIONES

Las páginas precedentes han abordado de forma necesariamente no exhaustiva muchas de las cuestiones que se plantean en relación con la prueba de los cárteles en Derecho español.

En concreto, se han analizado las principales normas que rigen en la materia, la articulación práctica del principio de presunción de inocencia en los procedimientos de cártel y el nivel o requisitos de prueba aplicables en sus distintas fases; hemos expuesto asimismo cuales son los medios/tipos de prueba aplicados con más frecuencia en estos casos y discutido distintos escenarios en los que podría determinarse la inadmisión de dichos medios de prueba; hemos también comentado los principios, reglas y usos que rigen –en teoría y en la práctica- la valoración de la prueba, y nos hemos detenido en el uso y abuso de los atajos procesales más transitados en este tipo de procedimientos; por último, hemos realizado algunas consideraciones acerca de cuestiones específicas relativas a las pruebas de descargo.

En el curso de este ejercicio se ha optado en muchas ocasiones por un análisis comparado de las soluciones –a veces idénticas, otras similares, y otras claramente diferenciadas- que se han ofrecido a dichas cuestiones por parte de las autoridades y órganos jurisdiccionales europeos y españoles; en ocasiones incluso, hemos comprobado que en España se pueden resolver situaciones análogas con criterios formalmente dispares. En los casos en los que se han identificado disparidades los autores han sugerido que se adopte en España el criterio más garantista recordando, además, que allí donde resulte aplicable el Derecho europeo de la competencia no debería ser posible aplicar estándares inferiores a los fijados por los Tribunales Europeos.

---

<sup>207</sup> Ver, entre otras, la Sentencia del TJUE, de 26 de abril de 2005, en el asunto C-376/02, *Goed Wonen*, Rec. p. I-3445, para. 32. Sentencia del TJUE, de 11 de julio de 2006, en el asunto C-13/05, *Chacón Navas*, Rec. p. I-6467, para. 56. Sentencia del TJUE, de 27 de septiembre de 2007, en el asunto C-184/05, *Twoh International*, Rec. p. I-7897, para. 25.

Al margen de múltiples sugerencias y llamadas de atención concretas sobre el tratamiento que se ofrece o debería ofrecerse a distintas cuestiones puntuales, el mensaje central que estas páginas pretenden trasladar es muy simple: que por mucho que tratemos de objetivar y regular el ejercicio de la valoración de la prueba, lo cierto es que este no deja de ser un ejercicio humano con un gran componente subjetivo, y que su perfeccionamiento no requiere tanto actuaciones en el plano normativo como en el práctico.

En efecto, muchas de las teorías y conceptos abordados en las páginas precedentes se ocupan de debates que tienen por objeto tratar de sistematizar o racionalizar un proceso intelectual complejo que responde a dos cuestiones sencillas: ¿nos creemos algo o no nos lo creemos? Y, ante versiones contradictorias de unos hechos, ¿cuál nos creemos? La respuesta a ambas preguntas dependerá en todos los casos de las pruebas concretas que se presenten al órgano decisorio.

En gran medida estos intentos surgen de la tendencia natural a aplicar etiquetas que nos son familiares a procesos abstractos de formación de una opinión y de dotar de apariencia de objetividad jurídica a lo que de otro modo podría parecer –porque en gran parte lo es– un ejercicio subjetivo íntimamente ligado al caso concreto. Si bien es comprensible que exista la tendencia a crear una ficción de sistemática y de razonamiento jurídico cartesiano para tratar de limitar o regular en apariencia el proceso de formación de la convicción de un juez o una autoridad de competencia, lo cierto es que la formación de la convicción humana es difícilmente objetivable y racionalizable.

No obstante –y es aquí donde llegamos a la parte mollar de nuestro mensaje– aceptar la existencia de este componente subjetivo no implica en absoluto que debamos renunciar a controlarlo. Tal y como hemos expuesto, es fundamental que el inevitable grado de subjetividad inherente a este proceso de persuasión personal se vea mitigado por un proceso exhaustivo, explícito y transparente de valoración de pruebas de cargo y de descargo por parte de la autoridad, así como una revisión jurisdiccional igualmente exhaustiva y transparente.

La importancia crucial de ambos sistemas de control no debería subestimarse. De hecho, en distintos puntos del artículo hemos subrayado que la jurisprudencia constitucional española también enfatiza que la exhaustividad y transparencia del razonamiento subyacente a la formación de una convicción es el principal límite a la evaluación de la prueba por parte de la autoridad, juez o Tribunal de que se trate.<sup>208</sup>

---

<sup>208</sup> STC 120/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 120J), Fundamento Jurídico Segundo; 45/1997, de 11 de marzo (RTC 1997, 45), Fundamento Jurídico Cuarto, por todas: “(...) *la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación*”. En el mismo sentido nos hemos referido igualmente a jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que la “*omisión o insuficiencia de la respuesta jurisdiccional a alegaciones sustanciales de la demanda*” constituye un “*defecto procesal*” que puede determinar la anulación del acto viciado.

La exhaustividad, coherencia y calidad de un razonamiento que se extienda tanto a las pruebas de cargo como a los argumentos y pruebas que las partes consideren que pueden serlo de descargo son, pues, los mejores –y en ocasiones los únicos- antídotos y garantías contra la arbitrariedad y la discrecionalidad que de otro modo pueden permear y viciar la valoración de la prueba y, por ende, las consecuencias de un procedimiento. Y si bien estas cualidades en un razonamiento difícilmente pueden ser impuestas por vía normativa, sí deberían, sostenemos, ser autoimpuesta por la autoridad y, en su defecto, controlada estrictamente en vía jurisdiccional.

\*\*\*

#### **Listado de abreviaturas**

Audiencia Nacional	AN
Comisión Nacional de la Competencia	CNC
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	CNMC
Constitución Española	CE
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950	CEDH
Dirección de Competencia	DC
Dirección de Investigación	DI
Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia	DC/2007
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	LRJ-PAC
Reglamento de Defensa de la Competencia	RDC
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	TFUE
Tribunal Constitucional	TC
Tribunal de Defensa de la Competencia	TDC
Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea	TJCE
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea	TPICE

Tribunal General de la Unión Europea

TGUE

Tribunal Supremo

TS