



Roj: **SAN 2647/2025 - ECLI:ES:AN:2025:2647**

Id Cendoj: **28079230062025100242**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/05/2025**

Nº de Recurso: **709/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000709/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05385/2019

Demandante: HP INC. y HP PRINTING AND COMPUTING SOLUTIONS, S.L.U. (conjuntamente denominadas "HP")

Procurador: D^a GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ORACLE CORPORATION Y ORACLE IBÉRICA, S.R.L., ("ORACLE")

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil veinticinco.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 709/19 promovido por la Procuradora D^a Gloria Robledo Machuca en nombre y representación de **HP INC.y HP PRINTING AND COMPUTING SOLUTIONS, S.L.U.**(conjuntamente denominadas "HP")contra la resolución de 20 de febrero de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se acordó declarar que en el expediente S/0354/11 no se había acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandadas ORACLE CORPORATION Y ORACLE IBÉRICA, S.R.L., ("Oracle"), representadas por el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando dictase sentencia por la que acuerde:

"(a) Con estimación de los motivos de impugnación contenidos en los Fundamentos de Derecho Jurídico-materiales Primero a Quinto de esta demanda, o subsidiariamente estimando el motivo de impugnación contenido en el Fundamento de Derecho Jurídico-material Sexto, anular la Resolución impugnada por incurrir en una infracción del artículo 24 de la Constitución, el artículo 51.1 de la LDC y/o los artículos 47 y 51.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(b) En cualquier caso, adicionalmente a lo solicitado en el punto (a) anterior, acogiendo la pretensión de plena jurisdicción formulada por esta parte, al amparo de los artículos 24, 103 de la Constitución y 71.1b) de la LJCA, ordene al Consejo de la CNMC que dicte una nueva resolución que, sobre la base de la SAN y de la STS:

i) Declare que han quedado acreditadas la posición de dominio de Oracle y las infracciones de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE denunciadas;

(ii) Decida acerca del juicio culpabilístico procedente; e

(iii) Imponga a Oracle la multa que corresponda.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la Administración y a Oracle"

SEGUNDO.-El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se desestimara el recurso interpuesto, confirmando el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.-Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 12 de marzo de 2025, en que tuvo lugar; prolongándose la deliberación a las sesiones de 9 y 30 de abril de 2025.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 20 de febrero de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recaída en el expediente S/DC/611/17, en cuya parte dispositiva se acordó lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar, al amparo del artículo 53.1 c) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en el presente expediente no se ha acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos propuestos por la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de Competencia.

SEGUNDO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto".

En dicho acuerdo se hacía, además, una relación de los antecedentes que precedieron a su dictado en estos términos:

"1. Con fecha 6 de julio de 2011 tuvo entrada en la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de denuncia de Hewlett Packard Company y Hewlett Packard Española, S.L. (conjuntamente HP)1, en el que se denunciaba a ORACLE, por supuestas conductas prohibidas en el artículo 2 de la LDC y por el artículo 102 TFUE (folios 1 a 386).

2. HP denunciaba la decisión de ORACLE, anunciada el 22 de marzo de 2011, de suspender todos sus desarrollos de software para el procesador Itanium de Intel Corporation (Intel), utilizado fundamentalmente en la familia de servidores Integrity de HP, que pudiera dar lugar a una negativa injustificada en la prestación de servicios y a una discriminación abusiva. Asimismo, según la denuncia, estas prácticas derivarían de la modificación de la política de precios de los sistemas de bases de datos relacionales Enterprise de ORACLE a partir de diciembre de 2010, pudiendo originar una discriminación abusiva.

3. En el marco de esta denuncia, HP solicitó la adopción de determinadas medidas cautelares.

4. Como consecuencia de la citada denuncia, la DI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, inició una información reservada con el fin de determinar si concurrían circunstancias que pudieran justificar, en su caso, la incoación de expediente sancionador.
5. En el marco de dicha información reservada, con fecha 13 de julio de 2011, la DI envió un requerimiento de información a 15 empresas y organismos públicos, usuarios de sistemas de gestión de bases de datos relacionales (folios 400 a 418, y 456 a 461). Estos fueron el Ministerio de Defensa, la Dirección General del Catastro, la Sanidad Pública Vasca (Osakidetza), el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (en adelante, AENA), Renfe Operadora, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en adelante, BBVA), Mapfre, S.A., Bankia, S.A., Caja España-Duero, Telefónica, S.A., Indra Sistemas, S.A., Centros Comerciales Carrefour, S.A. (CARREFOUR), Iberdrola Generación, S.A.U., y Mercadona, S.A.
6. Las respuestas a los anteriores requerimientos tuvieron entrada el 18 de julio de 2011 (BBVA, -folios 472 a 480), 19 de julio de 2011 (Caja España-Duero, folios 481 a 483, AENA, folio 484, la Dirección General del Catastro, folios 485 a 490, y SESCAM, folios 491 y 492), 20 de julio de 2011 (Osakidetza, folios 493 a 496), 21 de julio de 2011 (Mercadona, S.A. folios 497 a 499 e Iberdrola Generación, S.A.U. -folios 611 a 619), 22 de julio de 2011 (Indra Sistemas, S.A. -folios 637 a 642, y 651 y Mapfre, S.A. folios 643 a 645), 26 de julio de 2011 (Ministerio de Defensa, folios 646 a 649), 27 de julio de 2011 (CARREFOUR, folios 653 a 655 y Renfe Operadora, folios 656 y 657), 5 de agosto de 2011 (Bankia, S.A. folios 703 a 709), y 8 de agosto de 2011 (Telefónica, S.A. folios 720 a 725).
7. Con base en la información reservada, la DI observó indicios racionales de infracción de la LDC y del TFUE, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó con fecha 28 de julio de 2011 la incoación de expediente sancionador (expediente que quedó registrado con el número S/0354/11) contra ORACLE por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE (folios 658 y 659), concediendo la condición de interesado en el expediente al denunciante HP.
8. Con fecha 29 de julio de 2011, HP presentó un escrito de alegaciones en el que aportó determinada información (folios 673 a 690).
9. Con fecha 16 de septiembre de 2011, la DI envió requerimientos de información a HP (folios 835 a 837), ORACLE (folios 838 a 842), International Business Machines, S.A. (IBM) (folios 826 a 830), Microsoft Ibérica, S.R.L. (Microsoft) (folios 831 a 834), e Intel Corporation Iberia, S.A. (folios 843 a 846). Sus respuestas tuvieron entrada en la CNC con fechas 28 de septiembre de 2011 (HP, folios 882 a 1.091), 4 de octubre (ORACLE, folios 1.296 a 1.476; IBM folios 1.099 a 1.188; Microsoft, folios 1.189 a 1.284), y 10 de octubre de 2011 (Intel, folios 1.493 a 1.515), respectivamente.
10. Con fecha 25 de noviembre de 2011, HP presentó un escrito (folios 1.618 a 2.069) por el que volvían a reiterar su solicitud de adopción de medidas cautelares, basándose en esta ocasión en nueva documentación interna de ORACLE obtenida en el transcurso de la fase de discovery del litigio judicial que enfrentaba a ambas sociedades en EE.UU.
11. Con fecha 7 de diciembre de 2011, HP presentó un escrito (folios 2.113 a 2.118) por el que aportaba documentación complementaria a la aportada con fecha 25 de noviembre de 2011.
12. Con fecha 9 de enero de 2012, mediante acuerdo del instructor (folios 2.147 y 2.148), se incorporó al expediente cierta documentación en formato papel procedente de la página web corporativa de ORACLE (folios 2.150 a 2.171).
13. Con fecha 13 de enero de 2012, HP presentó un escrito (folios 2.172 a 2.212) por el que aportaba la versión confidencial de la resolución de la Autoridad de la Competencia francesa sobre denegación de medidas cautelares solicitadas por HP a raíz de las mismas presuntas prácticas anticompetitivas denunciadas en España. Asimismo, en dicho escrito ofrecía una valoración de dicha resolución.
14. Con fecha 16 de enero de 2012, ORACLE presentó un escrito por el que aportaba las alegaciones que había presentado en el marco del procedimiento francés sobre adopción de medidas cautelares anteriormente reseñado (folios 2.215 a 2.450).
15. Con fecha 25 de enero de 2012, la DI envió requerimientos de información a HP (folios 2.452 a 2.457), ORACLE (folios 2.458 a 2.465), IBM (folios 2.466 a 2.473), Microsoft (folios 2.474 a 2.479.1), y Sybase Iberia, S.L. (Sybase) (folios 2.480 a 2.487).
16. Las respuestas a los anteriores requerimientos tuvieron entrada el 8 de febrero de 2012 (HP, folios 2.526 a 2.601), 10 de febrero de 2012 (ORACLE, folios 2.603 a 2.616; MICROSOFT, folios 2.617 a 2.625), 14 de febrero de 2012 (IBM, folios 2.627 a 2.643) y 22 de febrero de 2012 (IBM, folios 2.667 a 2.673, corrigiendo errores presentes en su escrito de 14 de febrero de 2012). Ante la ausencia de respuesta de SYBASE dentro del plazo acordado,



se le reiteró la solicitud de información con fecha 17 de febrero de 2012 (folios 2.645 a 2.653.1), respondiendo con fecha 2 de marzo de 2011 (folios 2.718 a 2.720), respuesta completada con un escrito posterior de 5 de marzo de 2012 (folios 2.723 a 2.729).

17. Con fecha 6 de febrero de 2012, la DI envió un nuevo requerimiento de información a ORACLE (folios 2.510 a 2.516), ante el cual la entidad remitió un escrito que tuvo entrada en la CNC con fecha de 24 de febrero de 2012 (folios 2.689 a 2.694) en el que argumentaba que no estaba en disposición de aportar las estimaciones solicitadas por la DI. Ante la falta de respuesta en dicho escrito a lo requerido, la DI reiteró a ORACLE la solicitud de información con fecha 28 de febrero de 2012 (folios 2.697 a 2.702), cuantificando la multa coercitiva diaria a imponer en caso de falta de respuesta (folios 2.711 a 2.715). La respuesta de ORACLE a esta reiteración tuvo entrada el 6 de marzo de 2012 en su versión confidencial (folios 2.730 a 2.899) y el 13 de marzo de 2012 en su versión no confidencial (folios 2.952 a 2.953). La DI consideró que con dicha respuesta ORACLE seguía sin atender a su deber de colaboración y a su obligación de dar cumplida respuesta al requerimiento de la CNC de 6 de febrero de 2011, por lo que se dirigió de nuevo a ORACLE, con fecha 16 de marzo de 2012, para reiterar la solicitud de información concretando la multa coercitiva hasta dicha fecha por el retraso en el cumplimiento de dicha obligación (folios 3.007 a 3.011). La respuesta parcial de ORACLE a la información requerida en la nueva reiteración tuvo entrada en la CNC con fecha 20 de marzo de 2012 (folios 3.013 a 3.058).

18. Con fecha 17 de febrero de 2012, la DI envió un nuevo requerimiento de información a Microsoft (folios 2.654 a 2.659), cuya respuesta tuvo entrada en la CNC con fecha de 24 de febrero de 2012 (folios 2.695 y 2.696).

19. Con fecha 27 de febrero de 2012, ORACLE presentó un escrito por el que solicitaba que se archivasen las actuaciones con base en distintos motivos (folios 2.703 a 2.710).

20. Con fecha 13 de marzo de 2012, HP presentó un escrito (folios 2.906 a 2.945) por el que aportaba determinada documentación complementaria.

21. Con fecha 13 de marzo de 2012, la DI envió un requerimiento de información a HP (folios 2.946 a 2.951), cuya respuesta tuvo entrada en la CNC con fecha de 20 de marzo de 2012 (folios 3.060 a 3.116).

22. Con fecha 16 de marzo de 2012, mediante acuerdo del instructor (folios 2.967 y 2.968), se incorporó al expediente cierta documentación en formato papel procedente de distintas páginas web (folios 2.969 a 3.006).

23. El 21 de marzo de 2012 la DI formula el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a HP (folios 3.212 a 3.301 y 3.392) y ORACLE (folios 3.302 a 3.391 y 3.393) con fecha 23 de marzo de 2012. Junto con esta notificación, se requirió a ORACLE su volumen de negocios total en el año 2011.

24. Con fecha 20 de abril de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de ORACLE (folios 3.801 a 4.242) formulando alegaciones al PCH, escrito que fue complementado el 23 de abril de 2012 con la presentación de dos versiones adicionales del mismo (folios 4.244 a 4.382). Junto con sus alegaciones ORACLE solicitó que se suspendiera el plazo máximo para dictar y notificar la Resolución con el fin de cooperar y coordinar actuaciones con la Unión Europea según el art. 37.1 c) de la LDC.

25. Con fecha 24 de abril de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de HP (folios 4.403 a 4.545) formulando alegaciones al PCH, escrito que fue complementado con fecha 26 de abril de 2012 con la presentación de su versión no confidencial (folios 4.547 a 4.632).

26. Con fecha 21 de marzo de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de ORACLE, en el que solicitaba levantamiento de la confidencialidad de parte de la documentación, en su mayoría aportada por HP, que había sido declarada cautelarmente confidencial por la DI, (folios 3.394 a 3.405).

27. El 23 de marzo de 2012 se trasladó a HP la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE, para que alegase lo que estimara conveniente en cuanto al levantamiento de la confidencialidad de los documentos que había aportado HP (folios 3.406 a 3.408).

28. Con fecha 26 de marzo de 2012, ORACLE aportó la contestación completa al requerimiento de información de la DI de 6 de febrero de 2012 (folios 3.411 a 3.416 y 3.479 a 3.483).

29. El 30 de marzo de 2012 la DI acordó la imposición de una multa coercitiva a ORACLE de 26.400 euros (folios 3.447 a 3.450), por haber incumplido el deber de colaboración con la CNC, al que hace referencia el antecedente 17.

La imposición de esta multa coercitiva fue recurrida por ORACLE ante el Consejo de la CNC (expediente R/0101/12) el 11 de abril de 2012. El recurso fue desestimado mediante Resolución del Consejo de 10 de julio de 2012, que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso (rec. 462/2012) fue estimado por la AN mediante sentencia de 26 de diciembre de 2013, porque la información demandada por la CNC no se encontraba en la esfera de disposición de la recurrente.



30. Con fecha 12 de abril de 2012, tuvieron entrada en la CNC las alegaciones de HP (folios 3.488 a 3.786) en relación con la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE de 21 de marzo de 2012. En este escrito, HP levanta parcialmente la confidencialidad previamente solicitada.
31. Con fecha 26 de abril de 2012, la DI dictó un acuerdo en relación con la solicitud de levantamiento de confidencialidad de ORACLE de 21 de marzo de 2012, en el que en parte accedía a la solicitud de ORACLE, pero en el que también se denegaba parcialmente el levantamiento solicitado (folios 4.384 a 4.393). Este acuerdo fue recurrido por ORACLE ante el Consejo de la CNC (expediente R/103/12) el 10 de mayo de 2012. El Consejo desestimó el recurso mediante Resolución de 9 de julio de 2012, que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con fecha 15 de mayo de 2013, se declaró firme el decreto de desistimiento (rec. 470/2012).
32. El 9 de mayo de 2012 tuvo entrada en la CNC un escrito de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (folios 4.908 a 4.910) solicitando copia del PCH de 21 de marzo de 2012, así como de las alegaciones de ORACLE al mismo. Esta información fue remitida a la Comisión Europea el 10 de mayo de 2012 (folios 4.912 a 4.914), siendo ORACLE informada de la remisión a la Comisión Europea de sus alegaciones al PCH el mismo 10 de mayo de 2012 (folios 4.915 a 4.919).
33. Con fecha 24 de mayo de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de ORACLE, en el que solicitaba el levantamiento de la confidencialidad de parte de las alegaciones de HP al PCH que habían sido declaradas cautelarmente confidenciales por la DI (folios 5.019 a 5.030). Esta solicitud de ORACLE se trasladó a HP el 25 de mayo de 2012 (folios 5.031 a 5.035), para que alegase lo que estimara conveniente.
34. El escrito de HP en relación con el levantamiento de la confidencialidad de parte de sus alegaciones al PCH tuvo entrada en la CNC el 4 de junio de 2012 (folios 5.041 a 5.178), junto con una nueva versión no confidencial de sus alegaciones al PCH.
35. El 6 de junio de 2012 la DI acuerda cerrar la fase instrucción y se lo notifica a las partes el 21 de junio de 2012.
36. El 22 de junio de 2012 la DI formula la Propuesta de Resolución (PR) que se notifica a las partes en la misma fecha.
37. Con fecha 9 de julio de 2012, la DI dictó un Acuerdo por el que resolvía la solicitud presentada por ORACLE con fecha 24 de mayo de 2012, sobre levantamiento de confidencialidad. Este acuerdo fue recurrido por ORACLE ante el Consejo de la CNC (expediente R/111/12) el 27 de julio de 2012. El recurso fue desestimado mediante Resolución del Consejo de 17 de octubre de 2012.
38. El 18 de julio de 2012 se reciben en la CNC las alegaciones de ORACLE a la PR. El 20 de julio de 2012 se reciben en la CNC las alegaciones de HP a la PR.
39. El 19 de julio de 2012, la DI eleva al Consejo su Informe y Propuesta de Resolución.
40. El 31 de julio de 2012 se recibe escrito de ORACLE en el que solicita que se acuerde la suspensión del plazo del procedimiento para la coordinación con la Comisión Europea y cualquier otra autoridad nacional de competencia que pudiera estar analizando las mismas conductas.
41. El 3 de septiembre de 2012 el Consejo acuerda solicitar alegaciones a las partes acerca de la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo para resolver en tanto la Comisión Europea toma una decisión sobre las mismas conductas. El Acuerdo es notificado a las partes el 7 de septiembre de 2012 y el 13 de septiembre se reciben las alegaciones. El Consejo, en su reunión de 19 de septiembre, acordó no suspender el procedimiento sin perjuicio de la aplicación del artículo 37.2 a) de la LDC, para el caso en que la Comisión Europea procediese a incoar procedimiento por los mismos hechos. Acuerdo que se notificó a las partes.
42. El 5 de septiembre de 2012 se recibe en la CNC escrito de ORACLE informando que han hecho público un comunicado poniendo de manifiesto que continuará los desarrollos de software para el procesador Itanium.
43. El 20 de septiembre de 2012 se recibe en la CNC escrito de HP informando sobre la decisión de 28 de agosto de 2012 del Tribunal Superior de California, Condado de Santa Clara.
44. El 21 de noviembre de 2012 se reciben en la CNC alegaciones adicionales de ORACLE en las que, además, solicita vista si se decidiera no archivar el expediente.
45. El 26 de noviembre de 2012 el Consejo dictó Acuerdo para la remisión a la Comisión Europea de la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, Reglamento 1/2003), informando a los interesados y suspendiendo, con base en el artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la

Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 27 de diciembre de 2012, se acordó y notificó la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia. La CE envió un escrito manifestando su posición el 22 de diciembre de 2012 (folios 9184 a 9189).

46. El 10 y el 20 de diciembre de 2012 se reciben en la CNC alegaciones adicionales de HP (folios 8046 a 8066).

47. El 17 de enero de 2013 tiene entrada en la CNC documento aportando alegaciones de HP reiterando versiones no confidenciales de los escritos de alegaciones presentados al Consejo en fecha 20 de septiembre y 10 y 20 de diciembre de 2012 (Folios 8077-8100). El 25 de febrero de 2013 ORACLE presentó un documento aportando alegaciones (Folios 8101 a 8110).

48. Con fecha 26 de febrero de 2013, el Consejo de la CNC dictó resolución del expediente S/0354/11, acordando que no había resultado acreditada la existencia de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 TFUE y resolviendo el archivo el expediente sancionador (folios 8111 a 8193).

49. HP interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) contra dicha resolución, dando lugar a la Sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2015 (núm. de recurso 06/0168/2013), que estimó parcialmente sus pretensiones, ordenando que "la Sala de Competencia dicte nueva resolución en la que tenga por acreditados los hechos probados por la Comisión de Investigación en la propuesta de resolución impugnada." (Folios 8440 a 8474, en adelante, la Sentencia de la AN).

50. Esta sentencia fue recurrida en casación por ORACLE y por la CNMC originando la sentencia del TS número 583/2018 de 10 de abril de 2018 (recurso de casación núm. 3568/2015) (en adelante, la Sentencia del TS), en cuya ejecución se dicta esta resolución, que estimaba parcialmente el recurso de estas empresas, declarando "anulada la referida resolución, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada" (folios 8440 a 8474). El testimonio de dicha sentencia, con expresión de su firmeza, fue recibido en esta Comisión con fecha 20 de julio de 2018 (folio 8471.1).

51. Con fecha 21 de septiembre de 2018, HP remitió escrito poniendo de manifiesto el cambio de razón social de las sociedades Hewlett Packard Company y Hewlett Packard Española, S.L por HP Inc. y HP Printing and Computing Solutions, SLU., respectivamente³ (folios 8402 a 8487).

52. Con fecha 4 de octubre de 2018, la Sala de Competencia de la CNMC acordó (folios 8488 a 8490):

a. Retrotraer las actuaciones al momento de elevación por parte del órgano instructor del informe y propuesta de resolución en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y reanudar su tramitación.

b. Emplazar a ORACLE y a HP para que presentasen las alegaciones que estimaran convenientes en el plazo de 15 días, así como la información y documentación de la que dispongan en relación con este procedimiento y las prácticas analizadas.

53. Con fecha 13 de noviembre de 2018, después de acceder al expediente tras el acuerdo del 18 de octubre de 2018 y ser concedida la ampliación de plazo en 7 días hábiles el día 22 de octubre de 2018, se recibió escrito remitido por HP en el que se pronunciaba en sentido desfavorable sobre la necesidad de la práctica de pruebas distintas a las ya realizadas, de actuaciones complementarias, de vista oral y de remitir nueva documentación a las autoridades de la UE. El escrito se acompañaba con los documentos de prueba practicada ante la AN (folios 8576 a 8861).

54. Con fecha 14 de noviembre de 2018, tras ser concedida una ampliación del plazo de 7 días hábiles el 19 de octubre de 2018, se recibió escrito remitido por ORACLE en el que solicitaba la admisión de las pruebas propuestas, la celebración de vista conforme al artículo 51.3 de la LDC y la declaración de confidencialidad del escrito remitido y documentos anexos a los mismos (folios 8862 a 9104). 55. Con fecha 22 de noviembre de 2018, se notificó a la Comisión Europea la resolución y la decisión judicial del TS conforme al artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, suspendiéndose el cómputo del plazo para resolver por el plazo de 30 días (folios 9105 a 9113).

56. Con fecha 27 de noviembre de 2018 y 10 de diciembre de 2018, HP y ORACLE solicitaron acceso al expediente. El acceso al expediente fue concedido a ambas empresas el día 14 de diciembre de 2018.

57. Con fecha 21 de diciembre de 2018, ORACLE remitió a la CNMC escrito de alegaciones en el que contestaba al escrito de alegaciones remitido por HP el día 13 de noviembre de 2018 y solicitaba que se dictara resolución conforme a su escrito de alegaciones remitido el día 14 de noviembre.



58. Con fecha 28 de diciembre de 2018, HP remitió escrito de alegaciones a la CNMC en el que solicitaba el rechazo de la confidencialidad solicitada por ORACLE en su escrito de alegaciones de 14 de noviembre de 2018 y la incorporación al expediente de uno de los informes que acompañaban a dicho escrito y pedía un trámite de audiencia para valorar la prueba practicada y el contenido de la respuesta por parte de la Comisión Europea.

59. Esta resolución ha sido aprobada por la Sala de Competencia en su sesión de 20 de febrero de 2019".

SEGUNDO.-A la vista de los antecedentes expuestos, debemos partir para enjuiciar la pretensión actora (dirigida, como hemos señalado, a la anulación de la resolución recurrida y a que esta Sala declare "... que han quedado acreditadas la posición de dominio de Oracle y las infracciones de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE denunciadas ... Decida acerca del juicio culpabilístico procedente..."e "... Imponga a Oracle la multa que corresponda...")de lo resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2018, recurso núm. 583/18 que, tras casar y anular la de esta Sala y Sección de 24 de septiembre de 2015, recurso núm. 168/13, dispuso lo siguiente:

"Se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de las entidades HEWLETT PACKARD CIA y HEWLETT PACKARD ESPAÑOLA, S.L. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de febrero de 2013 en la que, por entender que no había resultado acreditada la existencia de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se acuerda el archivo del expediente sancionador que se había incoado contra las entidades Oracle Corporation y Oracle Ibérica, SRL, quedando anulada la referida resolución, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada".

En ejecución del fallo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dictó la resolución de 20 de febrero de 2019, aquí recurrida, por la cual acordaba, literalmente, *"Declarar, al amparo del artículo 53.1 c) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que en el presente expediente no se ha acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos propuestos por la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de Competencia".*

Por tanto, el objeto del procedimiento que resolvemos ahora debe ceñirse a determinar si esta resolución, de conformidad con los fundamentos que incorpora y que preceden a su parte dispositiva, da cumplimiento en sus estrictos términos a la sentencia del Tribunal Supremo en cuya ejecución ha sido dictada.

Es preciso tener presente al objeto de delimitar el alcance del pronunciamiento que cabe hacer aquí, y no obstante las pretensiones ejercidas por la recurrente, la crítica que el Tribunal Supremo hace a la sentencia de esta Sala. Así, y ante la decisión de la entonces CNC de declarar que no había resultado acreditada la existencia de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 TFUE, y de acordar por ello el archivo del expediente sancionador, pone de manifiesto lo siguiente:

"En el caso que ahora nos ocupa es importante destacar que la sentencia recurrida no reprocha a la CNMC haber incurrido en arbitrariedad en la valoración de la prueba, ni declara que haya existido error manifiesto en la apreciación de algún medio de prueba; y, en fin, tampoco indica una concreta infracción normativa en la que pudiese haber incurrido el Consejo de la CNMC al examinar el material probatorio o al interpretar y aplicar los artículos 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 102 del TFUE. Dicho de otro modo, la sentencia no señala que la actuación del Consejo de la CNC haya incurrido en una deficiencia o infracción jurídica que obligue a concluir que no hay otra alternativa viable sino la consistente a aceptar el relato de hechos recogido en la propuesta de la Dirección de Investigación. Sucede, sencillamente, que la sentencia de la Audiencia Nacional considera más acertada la valoración de los hechos que había llevado a cabo la Dirección de Investigación, cuyo relato es acogido en lo sustancial en el fundamento jurídico segundo de la sentencia. Y, partiendo de esa apreciación, ordena a la Sala de la Competencia de la CNMC que "(...) dicte nueva resolución en la que tenga por acreditados los hechos probados por la Comisión de Investigación en la propuesta de resolución impugnada, entendiendo igualmente producida la existencia de una infracción por abuso de posición de dominio..."

Entendemos por ello que lo que la sentencia recurrida reprocha en realidad a la resolución de la CNC es no haber justificado debidamente la decisión de archivo del expediente; y ello, por considerar la Sala de la Audiencia Nacional que el órgano que acordó el archivo no realizó una adecuada valoración del material probatorio. Pues bien, según la jurisprudencia a la que antes nos hemos referido, lo procedente en tal caso no es que el órgano jurisdiccional fije por sí mismo los hechos que deben considerarse probados -ni siquiera a base de asumir como tales los que fijó la Dirección de Investigación en su propuesta-, y menos aún que entre la sentencia a calificar jurídicamente tales hechos y a afirmar de manera expresa que la conducta es constitutiva de infracción, sino que

debe ordenar que se retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo a fin de que el órgano actuante reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada".

Por tanto, lo que hemos de examinar es si la CNMC ha retrotraído el procedimiento al momento anterior a la decisión de archivo y reanudado después su tramitación, constatando que, en efecto, en ese trámite ha recabado la información y, en su caso, practicado las pruebas que supuso necesarias para, finalmente, y sobre la base de tal información y material probatorio acopiado, dictar una resolución suficientemente motivada. Decisión que, como sabemos, ha sido la de declarar que no se ha acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Sirva todo ello también para acotar los motivos de impugnación que en su extensa demanda aduce HP y, ya desde este momento, excluir la invocación que hace al ejercicio de la plena jurisdicción por parte de esta Audiencia Nacional cuando solicita que declare que *"... han quedado acreditadas la posición de dominio de Oracle y las infracciones de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE denunciadas..."*, decida además *"... acerca del juicio culpabilístico procedente"*, y finalmente *"... imponga a Oracle la multa que corresponda"*, lo que resulta abiertamente contrario al ámbito de decisión que marca la sentencia del Tribunal Supremo.

TERCERO.-Sostiene HP en la demanda, como presupuesto de su análisis, que el *"... el TS comparte con la AN que el Consejo de la CNC "no realizó una valoración pormenorizada del material probatorio disponible, ni examinó con el necesario detenimiento la relación de hechos que la Dirección de Investigación recogía en su propuesta como acreditados" (FD Cuarto de la STS, página 25)"*.

Y añade que *"... la propia STS reconoce que lo que sí podría haber realizado la AN es señalar que la actuación del Consejo de la CNC incurrió en una deficiencia o infracción jurídica que obliga a concluir que no hay otra alternativa viable sino la consistente en aceptar el relato de hechos recogido en la PdR de la DI (FD Tercero de la STS, página 23), pero considera que ésta se extralimitó al calificar jurídicamente dichos hechos afirmando de manera expresa que las conductas de Oracle constituían un abuso de posición de dominio"*.

No participamos de esta conclusión por cuanto, en contra de lo que afirma HP, el Tribunal Supremo no confirmó en modo alguno los hechos declarados probados que acoge la propuesta de resolución y que la sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 2015 asumió al disponer que *"... la Sala de Competencia dicte nueva resolución en la que tenga por acreditados los hechos probados por la Comisión de Investigación en la propuesta de resolución impugnada, entendiendo igualmente producida la existencia de una infracción por abuso de posición de dominio contemplada en el art.2 de la LDC y 102 del TFUE en relación con el art. 62.3.b de la ley 15/07 "*.

En rigor, el Tribunal Supremo admite, al igual que la Audiencia Nacional, que la resolución que dispuso el archivo del expediente no realizó una valoración pormenorizada del material probatorio disponible, ni examinó con el necesario detenimiento la relación de hechos que la Dirección de Investigación recogía en su propuesta como acreditados, pero en ningún momento declara que tales hechos hubieran sido en efecto probados. Es más, reprocha a la Sala de instancia que, ante la falta de valoración suficiente de la prueba por parte de la CNC, sea el órgano jurisdiccional el que *"... fije por sí mismo los hechos que deben considerarse probados -ni siquiera a base de asumir como tales los que fijó la Dirección de Investigación en su propuesta-, y menos aún que entre la sentencia a calificar jurídicamente tales hechos y a afirmar de manera expresa que la conducta es constitutiva de infracción..."*.

Lo que es consecuencia necesaria del criterio que sigue el Tribunal Supremo en los casos en lo que, como el presente, se juzga la legalidad del acuerdo de archivo de un procedimiento sancionador, y el órgano jurisdiccional entiende que se ha acordado sin haberse llevado a cabo las actuaciones de investigación necesarias.

En tales supuestos, lo que procede es la retroacción del expediente al momento anterior a la decisión de archivo a fin de que sea la propia Administración, que es quien ostenta en definitiva la potestad sancionadora, la que practique las actuaciones de investigación que se omitieron, o en su caso las pruebas adicionales necesarias, y resuelva a continuación de modo motivado acerca de la responsabilidad del expedientado o disponga el archivo del procedimiento.

Todo ello determina que el pronunciamiento que podamos hacer aquí quede necesariamente limitado en esos términos, lo que excluye que esta Sala, como pretende la entidad actora en su demanda, declare que *"... han quedado acreditadas la posición de dominio de Oracle y las infracciones de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE denunciadas"; "Decida acerca del juicio culpabilístico procedente";e "Imponga a Oracle la multa que corresponda"*.

Y es que ello supondría arrogarnos una potestad, la de sancionar, que corresponde solo a la Administración, que ha decidido en este caso no ejercerla por las razones que explicita en la resolución recurrida.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2018 critica precisamente que la de esta Sala decidiese *"... cuáles son los hechos probados en relación con un procedimiento sancionador que aún no ha concluido, de manera que con su decisión el órgano jurisdiccional ha determinado una parte sustancial del contenido de la resolución administrativa que habrá de dictarse, apartándose con ello de la jurisprudencia relativa al ámbito del control judicial sobre las declaraciones de archivo del expediente sancionador y vulnerando, en definitiva, el artículo 24 de la Constitución".* Y también censura que *"... la Sala de instancia no sólo se pronuncia sobre los hechos que han de considerarse probados sino también sobre su calificación jurídica, afirmando la existencia de una infracción por abuso de posición de dominio, dejando sólo a la CNMV la apreciación sobre la culpabilidad y sobre la sanción que en su caso deba imponerse".* A lo que añade lo siguiente: *"Pues bien, cuanto en ocasiones anteriores esta Sala ha considerado contraria a derecho la decisión de archivo o sobreseimiento de un procedimiento sancionador, por ejemplo, por no estar debidamente motivada la resolución administrativa que acordó el archivo, hemos puesto cuidado en señalar que no corresponde al órgano jurisdiccional sustituir la motivación defectuosa, siendo lo procedente que la sentencia señale los aspectos fácticos y jurídicos que el acuerdo administrativo impugnado dejó sin examinar. Puede verse en este sentido nuestra sentencia de 21 de septiembre de 2015 (casación 4179/2012, F.J. 6º)".*

No puede olvidarse, además, que la sentencia que ahora pronunciamos no se dicta en ejecución de la del Tribunal Supremo citada. En ella anuló la de esta Sala de 24 de septiembre de 2015 y ordenó, insistimos, a la CNMC que *"... retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada".*

Por tanto, lo que revisamos es la legalidad de lo actuado por la CNMC en ejecución de lo ordenado por el Tribunal Supremo, y ello con los límites expresamente marcados por este en cuanto a los posibles pronunciamientos que cabe hacer aquí.

CUARTO.-Tras las consideraciones anteriores es también conveniente detenerse en el concreto pronunciamiento de la resolución recurrida, que concluye que *"... en el presente expediente no se ha acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos propuestos por la Dirección de Investigación de la extinta Comisión Nacional de Competencia".*

Esta conclusión se precede de un relato de hechos que la CNMC considera acreditados (folios 29 a 52 de la resolución) con arreglo a las pruebas que igualmente describe. Hechos que sintetiza así:

"1. HP y ORACLE habían mantenido una fluida relación de trabajo durante más de 25 años hasta que se produjeron los hechos denunciados.

2. La práctica totalidad de la producción del procesador Itanium de Intel en 2010 es comprada por HP para ser utilizada en su línea de servidores Integrity.

3. Con efectos a partir del 24 de septiembre de 2009, ORACLE redujo el core factor de la nueva licencia de la Enterprise Edition de Oracle Database para los servidores que utilizan el procesador Ultrasparc t2+ de SUN en un 33%.

4. Con fecha 9 de septiembre de 2010, ORACLE mantuvo que tenía previsto continuar compatibilizando sus productos con los servidores Integrity de HP al igual que hiciera con los demás servidores más importantes basados en el sistema operativo UNIX.

5. Con efectos a partir del 1 de diciembre de 2010, ORACLE dobló el core factor de la nueva licencia de la Enterprise Edition de Oracle Database para los servidores que utilizaban el procesador Itanium 9320 de Intel, comprados a partir de esa fecha.

6. Con fecha 22 de marzo de 2011, ORACLE anunció que dejaba de hacer compatible todo su nuevo software con el procesador Itanium.

7. Con fecha 8 de febrero de 2010, Intel anuncia públicamente que tiene previsto comercializar dos nuevas versiones del procesador Itanium con los nombres en clave Poulson y Kittson.

8. Con posterioridad al anuncio por el que dejaba de desarrollar nuevo software para el procesador Itanium, en ORACLE se comenzaron a preparar iniciativas comerciales para captar clientes de servidores HP Integrity en el nuevo contexto competitivo, iniciativas que posteriormente se llevaron a cabo.

9. El personal de ventas de ORACLE interpretó que con su anuncio de 22 de marzo de 2011 estaba dictando la obsolescencia tecnológica del procesador Itanium. Documentos internos de HP e informes de consultoras especializadas tenían en cuenta el futuro incierto de Itanium desde, al menos, 2009 y el escaso interés de Intel en su desarrollo.

10. Para los clientes que utilizaban servidores de HP basados en Itanium y Oracle Database, resultaba menos costoso y arriesgado sustituir dicho servidor antes que la base de datos.

11. Un elevado número de consumidores que utilizaban conjuntamente servidores de HP basados en el procesador Itanium y Oracle Database declararon verse perjudicados por el anuncio de ORACLE de dejar de hacer compatible su nuevo software con dicho procesador. Dichas quejas fueron previstas por ORACLE.

12. HP ofreció a ORACLE asumir completamente el coste de la portabilidad de la nueva versión de Oracle Database (12g) al procesador Itanium el 30 de noviembre de 2011 en el procedimiento de medidas cautelares ante la Autoridad de la Competencia francesa y lo reiteró ante la CNMC.

En relación a la prueba que sustenta tales hechos, se relaciona en la misma resolución. Y resultan especialmente significativas respecto de esta cuestión de la prueba, a la que alude de manera específica la sentencia del Tribunal Supremo de 2018, las consideraciones contenidas también en la resolución impugnada, que dedica el apartado 5.1 de su fundamentación jurídica precisamente a la solicitud de prueba. Señala al respecto que "En su escrito de 13 de noviembre, HP refiere y adjunta 6 anexos documentales referidos a escritos e informes incorporados al recurso 168/2013, seguido ante la Audiencia Nacional. Aunque la parte no propone formalmente prueba alguna, dicha documental queda incorporada al expediente (folios 8576 a 8861).

Por su parte, ORACLE propone, en su escrito de 13 de noviembre, que se incorporen como prueba documental los 6 anexos que acompañan, incluido el informe elaborado por RBB Economics, fechado el 9 de noviembre de 2018107, que adjunta como anexo 3 (folios 8862 a 9101).

Analizada la idoneidad de las pruebas propuestas por las empresas, esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todas las pruebas documentales aportadas por las partes junto con sus escritos de alegaciones al acuerdo de retroacción de actuaciones de fecha 4 de octubre de 2018, sin perjuicio de su valoración".

En este apartado, la CNMC razona acerca de la pertinencia de la prueba propuesta por ORACLE a la que se opone HP. Y admite en su totalidad la aportada por esta.

También a estos efectos es especialmente significativo el hecho de que HP no haya propuesta prueba alguna en el curso del presente proceso, limitándose a solicitar el trámite de conclusiones.

Por lo demás, la resolución describe los términos de la propuesta de la Dirección de Investigación (DI) que instaba la declaración de "... una infracción infracción única y continuada, por conductas prohibidas en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistentes en:

- modificar el core factor que aplica a las nuevas licencias de la Enterprise Edition de Oracle Database:

- . con efectos a partir del 24 de septiembre de 2009, del procesador UltraSPARC T2+ de SUN, pasándolo de 0,75 a 0,5, y

- . con efectos a 1 de diciembre de 2010, del procesador Itanium 9300 de INTEL, pasándolo de 0,5 a 1, o anunciar que ORACLE dejará de hacer compatible las nuevas versiones de Oracle Database con el procesador Itanium de INTEL, utilizado fundamentalmente por los servidores de gama alta de HP."

Asimismo explica de manera detallada los motivos que, de acuerdo con dicha propuesta, justificarían la posición de la DI.

Y a partir de esa descripción, dedica el grueso de su fundamentación (apartado Cuarto de los Fundamentos de Derecho) a la valoración que los hechos probados merecen a la Sala de Competencia, cuestionando de modo motivado las conclusiones de la propuesta de resolución y sus justificaciones.

En síntesis, la resolución analiza en primer lugar el mercado de producto relevante, y señala que la definición del mismo que planteó la DI en este expediente se aleja de la definición acogida por la Comisión Europea en la decisión Oracle/Sun. Explica de manera prolija las razones que le llevan a esa afirmación, si bien concluye que "... la delimitación exacta del mercado relativo a las bases de datos, aunque es un factor determinante para la posición de dominio de ORACLE, no cambia las conclusiones de la presente resolución en la medida en que, como se verá más adelante, no se ha podido acreditar una infracción de la normativa de competencia, independientemente de que se defina de una manera más estrecha".

Examina a continuación la incidencia en el mercado de los servidores, y determina, también tras la motivación reflejada en el apartado 4.1.2, que "De lo expuesto, según el criterio de la Sala, el mercado de producto relevante

es el mercado de servidores de alta gama. Este mercado estaría compuesto por los servidores mainframe, los servidores basados en arquitecturas RISC o EPIC y no hay razones suficientes para excluir a las arquitecturas basadas en procesadores x86 teniendo en cuenta que ya ejercían una notable presión competitiva sobre el resto de servidores mencionados".

A partir de esa definición del mercado relevante, está en disposición de analizar si ORACLE ocupa en el mismo una posición de dominio, como presupuesto necesario para poder imputarle una infracción del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE.

En ese análisis, examina las cuotas de mercado de la empresa y de otros competidores incorporando las tablas que igualmente constan en la resolución, de todo lo cual concluye que *"Las cuotas de mercado de ORACLE, si bien no son suficientes por sí mismas para probar la existencia de una posición de dominio, reflejan la posición de liderazgo que ORACLE tenía en el mercado de bases de datos. En cualquiera de los dos casos, se observa que IBM y Microsoft también presentan unas cuotas elevadas, ya que cada uno de ellos representa cuotas de entre el 15 y el 20% del mercado de producto afectado. Como se ha señalado, las cuotas reflejan la situación del mercado en un momento determinado del tiempo. Para poder decidir si ORACLE tiene la capacidad necesaria para actuar de forma independiente en el mercado, es necesario analizar también las barreras de entrada y expansión que se dan en el mercado de bases de datos"*.

Dedica el apartado 4.2.2 a la constatación de la existencia de barreras de entrada y de expansión bajo diversos criterios (Costes fijos elevados y economías de escala; Efectos de red; Costes de cambio; Reputación), todo lo cual le permite afirmar que *"... esta Sala, en línea con la Comisión Europea en el expediente Oracle/Sun, considera que no puede concluirse que ORACLE disponga de una posición de dominio individual en el mercado de bases de datos relacionales de alto rendimiento como propone la DI. Pese a ello y ante las limitaciones del análisis provocadas por una definición del mercado relevante diferente a la instrucción, es necesario analizar si la conducta de ORACLE, en caso de estar en posición dominante en el mercado de bases de datos, pudiera ser constitutiva de un abuso conforme al artículo 102 del TFUE y al artículo 2 de la LDC"*.

En el análisis que sigue a continuación (apartado 4.3), se plantea la CNMC la cuestión del carácter único de la infracción por cuanto tanto la DI como HP entendían que la infracción tendría ese carácter debido a que las dos conductas abusivas imputadas, la modificación del *core factor* y el anuncio del cese de la compatibilización por parte de ORACLE, formarían parte de una estrategia exclusionaria común.

Y en dicho análisis la resolución hace una indicación de indudable interés y en la que coincidimos ahora cuando declara que *"... que la aplicación de los criterios propuestos por HP en sus alegaciones con base en la sentencia de la AN no son adecuados. En primer lugar, el TS indubitadamente señala que la AN no debió referirse a la calificación jurídica de las conductas o su encaje en un tipo infractor, por lo que el TS no ha afirmado en ningún momento la procedencia de la aplicación de tales criterios."*

En segundo lugar, el test legal propuesto se basa en una sentencia anulada, tras el recurso de apelación, resuelto por la Gran Sala del TJUE, en el mismo asunto Intel86. El TJUE estimó la alegación de Intel en la que critica el hecho de que el Tribunal General, en los párrafos a los que hace referencia HP en su escrito de conclusiones ante la AN, admita que sus prácticas pueden calificarse de abuso de posición dominante, sin haber procedido previamente al examen de la totalidad de las circunstancias del asunto y sin haber analizado la probabilidad de que esa conducta provocara una restricción de la competencia".

Los motivos que relaciona justifican un examen por separado de las dos conductas al objeto de constatar si cada una de ellas reúne los requisitos exigibles para advertir una discriminación abusiva y la negativa de suministro.

Y esto es lo que lleva a cabo la CNMC en los apartados 4.4, sobre la discriminación de precios abusiva a través de la modificación del *core factor*; y 4.5, en relación a la negativa de ORACLE a compatibilizar su nuevo software con los servidores que empleen el procesador Itanium.

En cuanto a lo primero, considera, con apoyo en las razones que expone, que no se habría acreditado que la conducta de ORACLE de modificación del *core factor* produjera una discriminación abusiva a HP, y ello por cuanto no se trata de una parte contratante de ORACLE, porque no se habría probado que exista una equivalencia de las prestaciones entre los procesadores UltraSPARC T2+ y los procesadores Itanium, y porque HP, dice, no ha sufrido una desventaja competitiva en el sentido del artículo 102, párrafos primero y segundo, letra c) del TFUE y el artículo 2.2, letra d) de la LDC.

Y en cuanto a la negativa de ORACLE a compatibilizar su nuevo software con los servidores que empleen el procesador Itanium, declara, después de llevar a cabo un examen sobre las circunstancias acreditadas, que la decisión de ORACLE de dejar de compatibilizar sus versiones futuras de Oracle Database con los servidores que utilizan la plataforma Itanium no constituiría un abuso en el sentido del artículo 102 del TFUE y artículo 2

de la LDC porque, en primer lugar, el insumo no era indispensable; y, en segundo lugar, y como consecuencia del anterior, no tendría la capacidad de eliminar la competencia efectiva en el mercado de servidores.

Para excluir la existencia de una posible discriminación abusiva, la resolución analiza de manera pormenorizada los argumentos que incluye al respecto el PCH de los que afirma que no son suficientes para acreditar la desventaja competitiva de HP de acuerdo con los requisitos legales exigibles para declarar una discriminación abusiva con base en el artículo 102.2, letra c) y en el artículo 2, letra d) de la LDC.

Conclusión que apoya en dos consideraciones al señalar, por un lado, que *"... el cambio en la política de compatibilidad de ORACLE, por sí solo, no es capaz de reunir los requisitos de una discriminación abusiva y, como se ha indicado, tampoco puede la discriminación ser tratada como un abuso exclusionario, sin un análisis exhaustivo de la equivalencia de los servidores que utilizan una tecnología RISC/EPIC"*.

Y, por otro, que *"... la evaluación de la evidencia que consta en el expediente sobre si ORACLE, actuando como un empresario diligente y competidor de HP, pudo entender que la obsolescencia del procesador Itanium estaba lo suficientemente cercana como para condicionar su decisión de inversión sobre un determinado producto futuro del que se beneficiara HP, tendría que tener en cuenta que la decisión estratégica de invertir en el desarrollo de un producto futuro no se adopta solamente sobre la base de un análisis de los rendimientos a corto plazo de ese producto, sino también de la viabilidad a largo plazo del mismo, sobre todo, en un sector tan dinámico como el tecnológico en el que las empresas tienen que centrar sus recursos financieros y humanos en nuevas tecnologías emergentes. Por ello, si bien la plataforma Itanium pudiera ofrecer cuantiosos rendimientos a ORACLE en el año previo a la toma de la polémica decisión, este no puede ser el único factor para tomar una decisión sobre la viabilidad futura de una inversión en dicha plataforma"*.

QUINTO.-Sobre la base de todo lo anterior, estamos en disposición de afirmar que la resolución impugnada, al declarar que no ha resultado acreditado el abuso de posición dominante, sí ha llevado a cabo una valoración del material probatorio disponible y realizado un examen suficiente de la relación de hechos proporcionada por la Dirección de Investigación, en los términos exigidos por el Tribunal Supremo, de tal forma que no cabe sino concluir que su sentencia ha sido ejecutada en sus propios y estrictos términos.

En efecto, y teniendo en cuenta el alcance del pronunciamiento que corresponde hacer a esta Sala al revisar la legalidad de una resolución del Consejo de la CNMC adoptada en los términos del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, hemos de resolver que dicha decisión tiene una justificación suficiente, y se encuentra motivada a la vista de los hechos que declara probados y de la fundamentación jurídica que igualmente refleja.

Frente a los argumentos que esgrime la demandante, debemos insistir en primer término en que la pretensión de que la Sala *"... al amparo de los artículos 24 , 103 de la Constitución y 71.1b) de la LJCA , ordene al Consejo de la CNMC que dicte una nueva resolución que, sobre la base de la SAN y de la STS: i) Declare que han quedado acreditadas la posición de dominio de Oracle y las infracciones de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE denunciadas; (ii) Decida acerca del juicio culpabilístico procedente; e (iii) Imponga a Oracle la multa que corresponda"* resulta incompatible con el pronunciamiento que cabe hacer aquí y que de manera expresa recuerda la tan reiterada sentencia del Tribunal Supremo en cuya ejecución se ha dictado la resolución recurrida.

No se trata de llamar al ejercicio de la plena jurisdicción que refiere la entidad actora cuando formula esa pretensión; en rigor, lo que reclama es que esta Sala actúe como órgano sancionador cuando es lo cierto que carece de esa potestad, la de sancionar, que corresponde solo, y como hemos dicho antes, a la Administración, en este caso al Consejo de la CNMC. De tal suerte que la exigencia de que declaremos la existencia de una infracción del artículo 2 de la misma LDC o 102 del TFUE supondría una abierta vulneración de lo dispuesto en el artículo 53.1.a) de la misma Ley 15/2007. Además de contravenir el criterio expresado por el Tribunal Supremo al respecto.

Por tanto, no hay en ello lesión de los artículos 24 y 103 de la Constitución y 71.1.b) de la LJCA que invoca ORACLE sino, antes, al contrario, estricto cumplimiento de la norma, de rango legal, que atribuye la potestad de declarar la comisión de la infracción y la de sancionar en estos casos al Consejo de la CNMC, que es quien las ha ejercido.

SEXTO.-En cuanto al resto de infracciones que, a juicio de la demandante, se habrían consumado en este caso, denuncia que *"... la Resolución de la CNMC incurre en infracciones graves del ordenamiento jurídico que son determinantes de su nulidad y anulabilidad, al amparo de lo dispuesto en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPAC ")*, en particular debido a que:

(a) Existe una clara contradicción entre lo indicado en los hechos probados de la propia Resolución de la CNC, confirmados por la AN y el TS, y la (insuficiente e incorrecta) argumentación jurídica realizada por el Consejo en la Resolución de la CNMC.

(b) La Resolución de la CNMC realiza una errónea valoración de la prueba practicada en relación con la definición del mercado y una errónea aplicación del Derecho y la jurisprudencia aplicable al respecto.

(c) La Resolución de la CNMC realiza una errónea valoración de la prueba practicada en relación con la existencia de la posición de dominio de Oracle, y una errónea aplicación del Derecho y la jurisprudencia aplicable al respecto.

(d) La Resolución de la CNMC realiza una errónea valoración de la prueba en relación con la existencia de una conducta abusiva y una errónea aplicación del Derecho y la jurisprudencia aplicable al respecto".

Ha de reiterarse, en primer lugar, que en modo alguno el Tribunal Supremo ha confirmado los hechos probados en los términos que afirma ORACLE.

En ningún pasaje de la sentencia de 10 de abril de 2018 se hace tal confirmación, ni se condiciona el nuevo pronunciamiento al que aboca la decisión del Tribunal Supremo a que se respeten o se mantengan los hechos probados. Únicamente se exige que se dicte nueva resolución suficientemente motivada, una vez recabada la información y practicada la prueba que, en su caso, se considere necesaria. Que es, precisamente, lo que ha hecho la CNMC en la resolución recurrida, como hemos expuesto antes.

Las consideraciones de la recurrente sobre la errónea valoración de la prueba y la errónea aplicación del Derecho y la jurisprudencia aplicables obedecen a una interpretación particular de HP.

Así, buena parte de la demanda se dedica a justificar que la CNMC ha realizado una incorrecta definición del mercado relevante, con consecuencias sobre la determinación de la posición de dominio que ostentaría ORACLE en el mismo.

Recuerda en este sentido que el Consejo de la CNMC considera que no se ha acreditado de manera suficiente la delimitación de un mercado relevante de producto más estrecho que aquel que incluye todas las RDBMS, y que el mercado de servidores donde se producen los efectos de la conducta es el de servidores de gama alta (incluyendo las arquitecturas basadas en procesadores x-86, sin distinción); y sostiene que estas consideraciones son incorrectas con argumentos que contradicen los expuestos en la resolución recurrida, a los que nos hemos referido antes, en lo que constituye una contraposición de criterios que de ningún modo evidencia el error o la ilegalidad de la actuación de la CNMC al delimitar el mercado relevante.

Refleja lo que supone son errores del Consejo en una tabla en la cual se limita a exponer consideraciones que apoyarían su interpretación, pero que carecen de todo apoyo fáctico por cuanto, como dijimos, ni siquiera solicitó el recibimiento del proceso a prueba. De tal suerte que la conclusión de que "... dentro del mercado de RDBMS, entre 2009 y 2011, se podía diferenciar un mercado más estrecho de RDBMS de alto rendimiento, mientras que, en el mercado de servidores, se podía identificar un segmento de gama alta (aquellos basados en procesadores EPIC/RISC) que no incluye los servidores basados en procesadores x-86 (al menos, sin duda alguna, aquellos con menos de 8 sockets, como identificó la DI y la AN)" no deja de ser una apreciación particular.

De igual manera, las afirmaciones sobre la posición de dominio que ostentaría ORACLE y que contradicen las que hace la CNMC al respecto, y que propician las conclusiones sobre las diferentes posiciones de HP y el Consejo de la CNMC recogidas también en un cuadro comparativo en la demanda, no permiten a esta Sala suponer que deba prevalecer el criterio de la demandante sobre el adoptado por la resolución que recurre.

En efecto, la posición de la CNMC al respecto se justifica en un análisis que tiene en cuenta otros factores además de la cuota de mercado, como advierte expresamente al abordar esta cuestión, pues atiende también a lo que califica como factores más dinámicos, y así las barreras de entrada y expansión.

Los datos analizados en la resolución, partiendo de la definición de mercado relevante que describe, le llevan a reconocer que las cuotas de mercado de ORACLE, si bien no son suficientes por sí mismas para probar la existencia de una posición de dominio, reflejan la posición de liderazgo que tenía en el mercado de bases de datos, advirtiendo no obstante que IBM y Microsoft también presentan unas cuotas elevadas, ya que cada uno de ellos representa cuotas de entre el 15 y el 20% del mercado de producto afectado.

Pero para determinar si ORACLE, dice la resolución, tenía la capacidad necesaria para actuar de forma independiente en el mercado, resulta necesario analizar las barreras de entrada y expansión que se producen en el mercado de bases de datos. Y es precisamente dicho análisis (que toma en consideración factores como los costes fijos elevados y economías de escala, los efectos de red, los costes de cambio, o la reputación), el que lleva a concluir a la CNMC que ORACLE no disponía de una posición de dominio individual en el mercado de bases de datos relacionales de alto rendimiento.

Cuestiona también HP las conclusiones de la CNMC acerca de la justificación de la infracción única y continuada.

La resolución, partiendo de las dos conductas imputadas a ORACLE por la DI (modificación del *core factory* anuncio de dejar de compatibilizar su software de base de datos con los servidores que empleen el procesador Itanium), razona por qué se debe pronunciar sobre las conductas por separado al objeto de determinar si las mismas cumplen con los requisitos legales aplicables, y ello al entender que *"... deben tener el efecto de expulsar a HP del mercado analizadas por separado, porque si por separado no cumplen con los requisitos legales para declarar la existencia de un abuso, no pueden conjuntamente formar parte de una estrategia exclusionaria común que condujera a una infracción única"*.

La demandante cuestiona esta afirmación y sostiene que *"... es completamente incorrecta desde el punto de vista jurídico, en la medida en que tanto la Comisión Europea como los Tribunales europeos han considerado en varias ocasiones, tanto antes como después de la Resolución de la CNC, la existencia de infracciones únicas y continuadas del artículo 102 TFUE cuando las conductas desarrolladas por una empresa dominante, apreciadas en su conjunto, forman parte de una estrategia exclusionaria común y, por tanto, constituyen una conducta abusiva, a pesar de que cada una de las conductas considerada por separado pudiera no ser restrictiva"*.

Pues bien, ha de comenzarse señalando que las consideraciones que recoge al respecto HP en su demanda no cuestionan que se lleve a cabo un análisis por separado de las conductas atribuidas a ORACLE, como afirma está en su contestación a la demanda y reitera en conclusiones

Lo que dice HP es que es posible advertir la existencia de infracciones únicas y continuadas del artículo 102 TFUE cuando las conductas desarrolladas por una empresa dominante, apreciadas en su conjunto, forman parte de una estrategia exclusionaria común y, por tanto, constituyen una conducta abusiva, a pesar de que cada una de las conductas considerada por separado pudiera no ser restrictiva.

Y esta tesis encontraría apoyo, entre otros pronunciamientos, en la sentencia del TGUE T-486/11 que cita la misma demandante, en cuyo apartado 136 declara que *"En el considerando 713 de la Decisión impugnada la Comisión puso de relieve que las prácticas de TP, descritas en los anteriores apartados 128 a 135, produjeron un efecto acumulado en los OA, que encontraron obstáculos en cada etapa del proceso de acceso a los productos mayoristas de TP. Indicó que, aunque cada uno de los obstáculos creados por TP, considerado por separado, pudiera no parecer muy obstructor, apreciados en conjunto formaban una conducta abusiva cuyo objetivo era cerrar a los OA el acceso al mercado mayorista del acceso de banda ancha. Como conclusión, la Comisión calificó el abuso de posición dominante cometido por la demandante como una infracción única y continuada (artículo 1 de la Decisión impugnada)"*.

También se sustenta en la sentencia del TGUE de 1 de julio de 2010, dictada en el asunto AstraZeneca (T-321/05), y que fue confirmada por el TJUE en sentencia de 6 de diciembre de 2012 (C-457/10), remitiéndose a su apartado 892 en el que dice lo siguiente:

"A este respecto, ha de señalarse que el concepto de infracción única y continuada se refiere a un conjunto de acciones que se inscriben en un plan conjunto, debido a su objeto idéntico, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 870 supra, apartado 258). Para calificar distintas actuaciones como de infracción única y continuada, procede comprobar 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 contribuyen, mediante una interacción, a la realización de los objetivos contemplados en el marco de este plan global. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia susceptible de demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos utilizados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos en cuestión (sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 2007, BASF y UCB/Comisión, T-101/05 y T-111/05, Rec. p. II-4949, apartados 179 y 181)"

A juicio de esta Sala tales pronunciamientos, sin ser categóricos, sí permiten cuestionar la afirmación de la CNMC, que sí lo es, según la cual las dos conductas atribuidas a ORACLE *"... deben tener el efecto de expulsar a HP del mercado analizadas por separado, porque si por separado no cumplen con los requisitos legales para declarar la existencia de un abuso, no pueden conjuntamente formar parte de una estrategia exclusionaria común que condujera a una infracción única"*.

Pero admitido esto, la consecuencia no puede ser que habría quedado acreditada la infracción, como reclama ORACLE.

En efecto, la CNMC se pronuncia en primer término sobre la eventual discriminación de precios abusiva a través de la modificación del *core factor* (apartado 4.4 de la resolución), con la conclusión de que no puede considerarse acreditado que la conducta de ORACLE, al llevar a cabo dicha modificación, produjera una

discriminación abusiva de HP pues, en primer lugar, no se trata de una parte contratante de ORACLE; por otro lado, no habría quedado acreditado que exista una equivalencia de las prestaciones entre los procesadores UltraSPARC T2+ y los procesadores Itanium; y, en tercer lugar, HP no habría sufrido una desventaja competitiva en el sentido del artículo 102, párrafos primero y segundo, letra c) del TFUE y el artículo 2.2, letra d) de la LDC.

Además, examina también el alcance de la negativa de ORACLE a compatibilizar su nuevo software con los servidores que empleasen el procesador Itanium (apartado 4.5), para concluir que su decisión de dejar de compatibilizar sus versiones futuras de Oracle Database con los servidores que utilizan la plataforma Itanium no constituye un abuso en el sentido del artículo 102 del TFUE y artículo 2 de la LDC toda vez que el insumo no era indispensable, además de que, a consecuencia de ello, no tendría la capacidad de eliminar la competencia efectiva en el mercado de servidores. Y, por otra parte, admite que la decisión adoptada por ORACLE tuviera un carácter estratégico como empresario diligente y competidor de HP, en los términos en que lo describe en el apartado 4.5.2.

Y resulta conveniente destacar en este punto el hecho de que HP no solicitó el recibimiento del pleito a prueba en el momento procesalmente oportuno, lo que pudiera haberle permitido, en su caso, desvirtuar los hechos en los que se asientan las referidas conclusiones de la CNMC.

SÉPTIMO.-Por último, no podemos dejar de insistir, a la vista de los presupuestos de los que parte la entidad recurrente, que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2018, recurso núm. 3568/2015, de cuya ejecución trae causa la resolución impugnada, no solo anula la resolución de la extinta CNC de 26 de febrero de 2013 y ordena que se "*... retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada*"; sino que acota claramente el alcance del pronunciamiento que puede hacer ahora esta Sala al revisar la legalidad de lo actuado por la CNMC, y excluye en todo caso que pueda fijar por sí misma los hechos que deban declararse probados -ni siquiera, dice, a base de asumir como tales los que fijó la Dirección de Investigación en su propuesta-, "*... y menos aún que entre la sentencia a calificar jurídicamente tales hechos y a afirmar de manera expresa que la conducta es constitutiva de infracción*".

Todo ello es consecuencia, también como anticipábamos, de la titularidad de la potestad de sancionar, únicamente atribuida a la Administración, que en este caso la ha llevado a considerar que no está acreditada la comisión de la infracción en los términos del artículo 53.1.c) de la Ley 15/2007. Conclusión que se precede de una motivación que hemos considerado suficiente, conforme a lo expuesto en los fundamentos anteriores, y cuya base fáctica no se ha desvirtuado por la entidad actora.

Lo que determina que el recurso haya de ser desestimado.

OCTAVO.-Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la entidad actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Gloria Robledo Machuca en nombre y representación de **HP INC.** y **HP PRINTING AND COMPUTING SOLUTIONS, S.L.U.** (conjuntamente denominadas "**HP**") contra la resolución de 20 de febrero de 2019, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se acordó declarar que en el expediente S/0354/11 no se había acreditado suficientemente la existencia de infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Resolución que declaramos conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.