



Roj: **SAN 3126/2015 - ECLI: ES:AN:2015:3126**

Id Cendoj: **28079230062015100251**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/09/2015**

Nº de Recurso: **168/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3126/2015,**
STS 1362/2018,
ATS 6199/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000168/2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01853/2013

Demandante: HEWLETT PACKARD COMPANY Y HEWLETT PACKARD ESPAÑOLA S.L

Procurador: D. MANUEL LANCHARES PERLADO

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ORACLE CORPORATION Y ORACLE IBÉRICA S.R.L. Y ORACLE IBÉRICA S.R.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **HEWLETT PACKARD COMPANY Y HEWLETT PACKARD ESPAÑOLA S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares Perlado, siendo asistida por el letrado Sr. Rafael Murillo Tapia y Francisco Cantos Baquedano, frente a la **Administración del Estado (CNC)**, dirigida y representada



por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada ORACLE CORPORATION y ORACLE IBÉRICA S.R.L, representada por el Procurador Sr. Joaquín Fanjul de Antonio, y asistida por los letrados Sr. Miguel Odriozola y Carlos Vérguez, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de febrero de 2013**, relativa a declaración de no acreditación de existencia de infracción en expediente sancionador, siendo la cuantía del presente recurso de indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por la actora, en fecha 29 de abril de 2.013, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares Perlado, frente a la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de febrero de 2013, que declara no acreditada la infracción en el expediente sancionador incoado contra la codemandada.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando la anulación de la resolución impugnada, dictándose nueva resolución que acepte la propuesta de resolución efectuada por la Dirección de Investigación, y declare la calificación de la conducta de ORACLE como responsable conforme a los hechos probados, y contraria a los art.2 de la LDC y 102 del TFUE y se imponga la multa que correspondiere. Subsidiariamente, interesa que se anule la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones al objeto de que se dé trámite de audiencia a la actora o se practique por el Consejo la prueba complementaria necesaria.

Dentro de plazo legal la Administración y partes codemandadas formularon a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y solicitando la confirmación de la resolución impugnada. La codemandada ORACLE, además interesó la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa de la actora.

TERCERO : Por auto de fecha 11 de junio de 2.014 se acordó el recibimiento a prueba del proceso, practicándose las pruebas propuestas por las partes.

CUARTO : Habiéndose evacuado el trámite de conclusiones, por escrito y por su orden quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 26 de junio de 2.015.

Por providencia de fecha 11 de junio de 2.015 se acordó dejar sin efecto el señalamiento al objeto de practicar la diligencia final interesada por la Sala, y una vez practicada la misma y oídas las partes se procedió a nuevo señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar en fecha 9 de septiembre de 2.015.

QUINTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de febrero de 2013, que en relación con el expediente sancionador incoado contra la codemandada nº S/0354/11, acuerda Declarar al amparo del art. 53.1.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que en este expediente no ha resultado acreditada la existencia de una infracción del art. 2 de la citada Ley y del art.102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por parte de Oracle Corporation y de Oracle Ibérica, S.R.L.

SEGUNDO .- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, empezando por los relativos al procedimiento:

A/ HEWLETT PACKARD (HP) presentó denuncia contra las codemandadas, por haber incurrido en abuso de posición dominante conforme al art.2 de la Ley 15/2007 .

La DI realizó una información reservada, requiriendo información a la diversas empresas y organismos públicos, que enviaron las respuestas respectivas. En fecha 28 de julio de 2.011 se acuerda la incoación del expediente sancionador contra dichas empresas por abuso de posición de dominio.

Después de hacer alegaciones HP en fecha 29.7.2011, y de practicar diversos requerimientos de información a diversas empresas HP aportó documentación procedente del procedimiento existente en EEUU entre ambas sociedades. Tras sucesivos trámites de requerimientos de información y alegaciones formuladas por ORACLE argumentando que no podía aportar la información solicitada se le impuso a esta sociedad una multa



coercitiva de 26.400 euros en fecha 30.3.2012 que fue anulada por la Sala en sentencia de fecha 26.12.2013, decidida en el recurso 462/2012 . El 21.3.2012 se dicta el pliego concreción de hechos. Oracle formuló alegaciones en fecha 23.4.2012 y HP el 24.4.2012. El 8 de junio de 2.012 se acuerda el cierre de la fase de instrucción y se dicta a continuación el 22 de junio de 2.012 propuesta de resolución, proponiendo una sanción por infracción grave del art.2 de la LDC , frente a la que la actora presentó alegaciones el 20.7.2012 y ORACLE el 18.7.2012.

El 26 de noviembre de 2.012 la DI remite la propuesta de resolución al Consejo.

El Consejo de la CNC en fecha 26 de febrero de 2.013 resuelve el procedimiento declarando que no ha quedado acreditada la infracción imputada a las codemandadas.

B/ Hechos acreditados relativos a la conducta imputada a ORACLE:

1. HP y ORACLE ha venido manteniendo una fluida relación comercial durante más de 25 años hasta que se produjeron los hechos denunciados, siendo éste un hecho admitido por las partes.

2. La práctica totalidad de la producción del procesador Itanium de INTEL es comprada por HP para ser utilizada en su línea de servidores Integrity (folio 1500).

3. A partir del 24 de septiembre de 2009 Oracle redujo el precio mundial de la nueva licencia de Enterprise Edition de Oracle data base para los servidores que utilizan el procesador Ultrasparc t2+ de Sun, al rebajar en un 33% el llamado core factor de dicho procesador que determina el precio de las nuevas licencias, de 0,75 a 0,5.

4. Con fecha 1 de diciembre de 2010 la codemandada ORACLE aumentó el precio de la nueva licencia de la Enterprise Edition de Oracle database para los servidores que utilizan el procesador Itanium 9320 al doblar el core factor de dicho procesador pasando de 0.5 a 1. Se trata de un hecho que al igual que la anterior es igualmente admitido por las partes.

5. Con fecha 22 de marzo de 2011 Oracle anunció que dejaba de hacer compatible todo su nuevo software con el procesador Itanium, por lo que a partir de esa fecha las nuevas versiones del software de Oracle no funcionan en aquellos servidores que utilicen procesadores Itanium.

6. Con fecha 8 de febrero de 2010 Intel anunció públicamente que tiene previsto comercializar dos nuevas versiones del procesador Itanium con los nombres en clave Poulson y Kittson, lo que se reitera mediante otro anuncio el 23.3.2011, (folios 2974 y 146).

7. ORACLE, desde el día siguiente al anuncio por el que dejaba de desarrollar nuevo software para Itanium, desarrolló iniciativas comerciales para captar clientes de servidores HP Integrity que utilizaban su software, como se deduce de diversos correos electrónicos y otras comunicaciones (como los de 23.3.2011 y 25.3.2011, folios 1751,1752,1759 y 1760, 1743 y ss, 1762, 1769 a 1773) y de 17 de junio de 2011 , (folios 1789 y ss).

Con dicha política ORACLE pretendía la obsolescencia tecnológica del procesador Itanium (folio 2681).

8. Para los clientes de HP que utilizaban servidores basados en Itanium y ORACLE les resulta menos costoso y arriesgado sustituir dicho servidor antes que la base de datos, tal como se ha revelado de los requerimientos de información realizado por la Dirección de investigación respecto de 12 clientes consultados, habiéndolo así indicado 8 de ellos (BBVA, Catastro, Servicio de Salud del País Vasco, Mercadona, Ministerio de Defensa, RENFE Operadora e Iberdrola).

9. HP ha sido excluida de los concursos de la Junta de Andalucía por la utilización de la tecnología Itanium (folios 900 y 1950), exigiendo el soporte informático de Oracle.

10. La actora ofreció a la codemandada asumir completamente el coste de la portabilidad de la nueva versión de Oracle database al procesador Itanium, sin que ello haya sido aceptado por la codemandada, (folio 2561)..

11. En fecha 21 de enero de 2.010 se dictó la decisión de la Comisión Europea relativa a la concentración ORACLE/SUN MYCROSISTEMS. Tras la adquisición de Sun ORACLE ha pasado a ofrecer la base de datos MySQL para muchos sistemas operativos . Antes de esa adquisición ORACLE no vendía hardware (folio 3158).

TERCERO .- La resolución impugnada considera que no ha tenido lugar la acreditación de la existencia de infracción, siendo así que la recurrente, por el contrario, asume la posición de la DI, y la codemandada la del Consejo, entendiendo la primera que no se ha valorado en la resolución impugnada los hechos acreditados por dicha Dirección de Investigación.

Como cuestión previa debemos resolver la relativa a la falta de legitimación activa de la recurrente, que plantea la codemandada ORACLE, por entender que carece de interés legítimo la actora para interponer el presente



recurso contencioso- administrativo al interesar la acción para sancionar de las codemandadas, por lo que conforme al art.69.1b de la Ley jurisdiccional carecería de legitimación para ello.

Sobre la cuestión relativa a la legitimación activa del recurrente ha venido indicando el Tribunal Supremo que Ya con la Ley de esta jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 (BOE de 26 de diciembre), se contemplaron los presupuestos procesales no como simples requisitos formales del proceso fin a sí mismos, sino como el cauce y camino para asegurar las garantías de una correcta resolución del litigio. Se orillaron las interpretaciones rígidas y formalistas apartadas de una interpretación teleológica de las normas desconectas con el interés general debatido y merecedor de la protección jurisdiccional; no en vano decía su exposición de motivos que «[l]os requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la justicia, no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma [...]».

La vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ahonda en el antiformalismo que la jurisprudencia resaltó al hilo de la interpretación de la Ley de 1956, ya bajo la protección del nuevo texto constitucional. Su exposición de motivos se encargó de recordar «[L]a reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes, sin concesión alguna a tentaciones formalistas, con las que tienen por finalidad agilizar la resolución de los litigios. La preocupación por conseguir un equilibrio entre las garantías, tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado constituye uno de los ejes de la reforma».

Con ello, la legitimación activa se erige en pieza clave de interpretación de nuestro derecho procesal, soporte del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución . Sin embargo, se trata de un derecho de configuración legal, por lo que «[l]a apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, y por ende la legitimación activa para recurrir en vía contencioso- administrativa, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE », [entre otras (SsTC 47/1988, de 21 de marzo, FJ 4 ; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 3 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 3 ; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2 ; 45/2004 y 112/2004, de 12 de julio, FJ 3 ; y 173/2004, de 18 de octubre , FJ 3)]. Por lo tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva pivota en torno al concepto de legitimación activa como presupuesto del acceso a los órganos jurisdiccionales; de manera que, bajo este instituto, se concreta el que una determinada situación jurídica sea susceptible de ser tutelada por los jueces, a través de la correspondiente acción instada en el proceso.

Puesto que en el terreno de la legitimación está en juego el acceso a la jurisdicción, habrá de desplegar con «[s]u máxima eficacia el principio pro actione, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento del fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad». (SsTC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3 , y 173/2004, de 18 de octubre , FJ 3).

No está de más si recordamos que el catálogo que dibuja el artículo 19 de la LJCA diferencia entre la legitimación activa, en general, con la concurrencia de un derecho e interés legítimo, y otros tipos de legitimaciones como la legitimación corporativa, la legitimación de la Administraciones y la que corresponde al Ministerio Fiscal.

La legitimación activa, del apartado primero del citado artículo, se configura como cualidad que habilita a las personas físicas o jurídicas para actuar como parte demandante en un proceso concreto; y se vincula, con carácter general, a la relación que media con el objeto de la pretensión que se deduce en el proceso. Concretamente, se condiciona a la titularidad de un derecho o interés legítimo cuya tutela se postula, así se ha expresado, entre otras, en las SsTS 23 de diciembre de 2011 (casación 3381/08 , FJ 5), 16 de diciembre de 2011 (casación 171/2008, FJ 5 °) o 20 de enero de 2012 (casación 856/08 , FJ 3).

Pese a la mayor amplitud del interés legítimo frente al directo, ha de referirse en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico y distinto del mero interés por la legalidad. Por ello se insiste en la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal manera que la legitimación activa, comporta que la anulación del acto o disposición impugnada, produzca un efecto positivo (beneficio) o evitar uno negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto. Se exige que la resolución o disposición administrativa pueda repercutir directa o indirectamente, o en el futuro, pero de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, en la esfera jurídica de quien la impugna, sin que baste la mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento; entre otras, la STS 16 de noviembre de 2011 (casación 210/10 , FJ 4°).



El estudio de la legitimación ha distinguido entre la llamada legitimación «ad processum» y la legitimación «ad causam». La primera se identifica con la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, con la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, identificándose con la capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos. Distinta de la anterior resulta la legitimación «ad causam», como manifestación concreta de la aptitud para ser parte en un proceso determinado, por ello depende de la pretensión procesal que ejercite el actor. Constituye la manifestación propiamente dicha de la legitimación y se centra en la relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual esa persona puede intervenir como actor o demandado en un determinado litigio. Esta idoneidad deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el derecho material, por lo que se reputa más como cuestión de fondo y no meramente procesal, como hemos señalado en las SsTS de 20 de enero de 2007 (casación 6991/03, FJ 5) 6 de junio de 2011 (casación 1380/07, FJ 3) o 1 de octubre de 2011 (casación 3512/09, FJ 6).

La regla general para que la legitimación activa, le sea reconocida a una determinada persona física o jurídica en la interposición de un recurso contencioso-administrativo, exige la existencia de un interés legítimo, que debe ser identificado con ocasión de la interposición de cada recurso contencioso-administrativo.

Sin embargo y como excepción, en determinadas ocasiones, ese concreto y específico interés legítimo que vincula al recurrente con la actividad objeto de impugnación, no resulta exigible. Por ejemplo, ese requisito legitimador no resulta de aplicación en algunos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa, en los que se permite que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso sin ninguna exigencia adicional. Es lo que se denomina «acción popular» en el artículo 19.1.h) de la Ley de esta jurisdicción, y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales tradicionalmente la han denominado «acción pública» tan habitual, por ejemplo, en el ámbito del urbanismo o en determinados supuestos relacionados con el medio ambiente. El entronque constitucional de esta acción está en el artículo 125 de nuestra Carta, y exige que una norma con rango de ley así la reconozca expresamente, con la finalidad de «[r]obustecer y reforzar la protección de determinados valores especialmente sensibles, haciendo más eficaz la defensa de los mismos, ante la pluralidad de intereses concurrentes» como dijeron las SsTS de 14 de mayo de 2010 (casación 2098/06, FJ 5) y 6 de junio de 2013 (casación 1542/10, FJ 5º). Se considera que la relevancia de los intereses en juego demanda una protección más vigorosa y eficaz que la que puede proporcionar la acción de los particulares afectados. Por ello, cualquier ciudadano que pretenda simplemente que se observe y se cumpla la ley, puede actuar, siempre y cuando así le haya sido previamente reconocido.

Fuera de estos supuestos, expresamente reconocidos y previstos por la ley, es necesario el concurso del interés legítimo como presupuesto habilitante para poder acceder a la jurisdicción, en palabras del Tribunal Constitucional «[e]l interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida [...]», [entre otras (SsTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3 ; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3 ; 73/2006, de 13 de marzo , FJ 4; y STC 28/2005, de 14 de febrero , FJ 3)].

El casuismo y la variedad de situaciones que la realidad jurídica nos puede deparar, exige un análisis puntual y pormenorizado de cada supuesto enjuiciado, para discriminar e identificar el concreto interés legítimo que sustenta la legitimación activa del recurso entablado, como ya apuntamos en nuestras SsTS 12 de noviembre de 2012 (casación 1817/09, FJ 2) y de 14 de marzo de 2011 (casación 4223/08 FJ 2).

Tratándose por tanto, la de la legitimación de una cuestión eminentemente casuística, en el ámbito de la defensa de la competencia también se ha pronunciado el Tribunal Supremo admitiendo que dicha legitimación existe en los supuestos de archivo del expediente sancionador o de declaración de inexistencia de infracción, en el caso de que los denunciantes se hallen interesados en la obtención de una declaración de la existencia de una infracción y puedan sentirse afectados por la conducta denunciada en cuanto han sufrido un perjuicio derivada de la misma. Éste es el caso de la recurrente, en tanto en cuanto, imputa a ORACLE que la conducta examinada le ha supuesto una merma de su posición en el mercado de servidores, e indica, entre otras consideraciones, que se ha visto privada de la adjudicación de diversos concursos de las Administraciones Públicas, y en este sentido también alega que tiene un interés competitivo en el mercado que puede verse afectado por la actuación de la denunciada.



Por consiguiente, y en línea con lo que indicamos en la sentencia de 29.6.2015, que recuerda la doctrina de la STS de 4.3.2014, recurso 1995/2011, y a su vez, entre otras, las sentencias de esta Sala de 6.4.2009, recurso 169/07, recurso 26.9.2001, recurso 972/98, y la de 22.1.2002, así como las STS de 4.12.2012, recurso de casación 3446/09, 30.1.2008, recurso de casación 548/2002 y 4.5.2007, recurso de casación 1890/2002, hemos de admitir que la actora tiene legitimación activa para impugnar la resolución del entonces Consejo de la CNMC hoy examinada, pues la misma afecta a la esfera jurídica de intereses de la actora, por las razones que expone, considerándose directamente afectado por la conducta de ORACLE, la cual no se ha valorado como constitutiva de posición de dominio, rechazándose así la pretensión de inadmisibilidad formulada.

CUARTO .- Como siguiente cuestión, y consecuencia de la anterior, debe examinarse la relativa al ámbito del control judicial en los supuestos en que la autoridad de competencia se separa del criterio del órgano instructor y declara la inexistencia de una infracción acreditada contra la defensa de la competencia, y en consecuencia no impone sanción alguna.

De la doctrina de las sentencias de fecha 18.9.1992 (asunto T-24/90, Automec/Comisión), y de 14.2.2001 (asunto T-115/99), 13.12.1999, asunto Européenne automobile/Comisión, asuntos T-9/96 y T-211/96) del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal Supremo antes mencionada de 4.3.2014, recurso

1995/11, o de 27.11.2012, y de esta Sala de 10.10.2008, se deduce que ese ámbito alcanza al control acerca de si "la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación ni de desviación de poder. Todo ello con la finalidad de "examinar atentamente los elementos de hecho o de derecho puestos en su conocimiento por la parte denunciante, con el fin de determinar si dichos elementos revelan una conducta que pueda falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Por otro lado la STS de 4.3.2014 el Tribunal Supremo llegó a declarar la existencia de una infracción que la CNC no consideró como tal, aunque no llega a sancionar por las razones allí expuestas. A este ámbito expuesto centraremos nuestro examen, tratando de respetar las potestades intrínsecas de la Administración en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora, como es la relativa a la procedencia de una sanción y a la fijación de la cuantía de la misma (STPI de 28.9.1992, párrafo 93).

QUINTO .- La actora imputa a la codemandada, conforme a los hechos acreditados por la DI, la existencia de un abuso de posición de dominio.

Sobre el abuso de posición de dominio, para que quede acreditado su existencia, el TS ha venido exigiendo entre otras, en STS 8.5.2003, recurso 4495/1998; 13.12.2004, recurso 915/2002, 4.4.2006, recurso 4699/2003, 22.3.2006, recurso 5468/2003, e igualmente las SAN 26.9.2005, recurso 471/2003 y 111/2004, 15.1.2010, recurso 26/08, o de 30.6.2015, recurso 114/2014 la concurrencia de estos elementos:

- 1.- La existencia de una posición de dominio que permite a una empresa poder actuar al margen de sus competidores, clientes y consumidores (STJUE de 13.2.1979, Hoffmann-La Roche/Comisión; 14.10.2010, Deutsche Telecom/Comisión C-280/08).
- 2.- Una conducta abusiva, que puede incluirse entre las que prevé el art.2 de la LDC, y por tanto previsible, la cual se entiende de forma objetiva, sin que dependa de la intencionalidad del actor (STS 30.5.2006, recurso 7151/2003; 4.4.2006, recurso 4699/2003).
- 3.- Una falta de justificación de dicha conducta.
- 4.- Un efecto de impedir el acceso al mercado, o a un segmento del mercado de un competidor.

En el caso examinado, consistente en la imputación de una conducta de denegación de suministro la actora imputa a la codemandada que al hacer incompatible su base de datos de alto rendimiento con el procesador Itanium, y por tanto, con el servidor HP, y al subir el core factor respecto del procesador Itanium y bajarlo respecto de los procesadores Ultrasparc de Sun se está expulsando del mercado a los servidores Integrity de HP.

Ese efecto de salida del mercado que supone un perjuicio para la competencia puede ser objeto de prueba por presunciones y no plena, pero debe acreditarse (sentencia de 17.2.2011 del TUE, asunto Tella Sonera).

SEXTO .- Urge, por tanto, delimitar el mercado relevante, al menos de producto, en el que se pueda apreciar si existe o no una posición de dominio por parte de ORACLE, tal como exige la Jurisprudencia del TUE (Sentencia del Tribunal General, asunto Telefónica /Comisión T-336/2007, de 29.3.2012, Hoffmann/Comisión asunto 85/76, de 13.2.1979). Igualmente, STS de 6.11.2013, recurso 2736/2010 .

La Dirección de investigación ha considerado que el mercado relevante para apreciar la asistencia de una posición de dominio es el que viene delimitado por las bases de datos de alto rendimiento. Ello se justifica en un conjunto de circunstancias existentes en el mercado de tales bases de datos, que fundamentarían



la delimitación de este segmento de mercado. Estas circunstancias son esencialmente las relativas a la existencia de efectos de red, economías de escala y los elevados costos de inmigración para los clientes de dicha bases de datos, así como las importantes barreras a la entrada. Estos criterios ya fueron tenidos en cuenta en la mencionada decisión de la Comisión Europea de concentración ORACLE/SUN (párrafos 23 a 25). Por el contrario, el Consejo considera que conforme a la decisión mencionada de dicha Comisión Europea debemos considerar que es la totalidad del conjunto de las bases de datos la que justificaría la existencia de ese mercado relevante sin diferenciación entre bases de alto, medio o bajo rendimiento.

Lo cierto es que la mencionada decisión de la Comisión Europea de 21 de enero de 2010 en el expediente de concentración tuvo en cuenta la totalidad de las bases de datos como mercado relevante respecto de ese concreto procedimiento de concentración -"en el presente asunto", dice-, tal como de forma reiterada se deduce de los apartados 86,92, 107, 109 y 428 de dicha decisión. Pero ello no impide que el mercado relevante en este ámbito pueda dar origen a determinados segmentos de mercado, lo cual ya fue anunciado por dicha decisión de la Comisión Europea. Parece lógico pensar que los clientes que demandan unas bases de alto rendimiento que exigen unas determinadas prestaciones de mantenimiento y de seguridad se diferencian de forma clara y aquellos otros clientes demandantes de bases de datos de menor calado.

La comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia publicada en el diario oficial de 9 de diciembre de 1997 deja claro que respecto del mercado de producto a los efectos de definir el mercado, se establece como criterio primordial el de la sustituibilidad de la demanda, expresado en primer lugar, el cual implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutivos (párrafo 15). Por el contrario el criterio de la sustituibilidad de la oferta se tiene en cuenta con carácter secundario (párrafo 20), y siempre " en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata", lo cual requiere que "los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo".

De la prueba practicada ha quedado acreditado que los clientes de esas bases de datos de alto rendimiento prefieren cambiar de servidor antes que cambiar de base de datos. De los informes periciales de las dos partes, incluido el de RBB Economics LLP, puede deducirse, en una valoración en conjunto de los mismos, el escaso nivel de contestabilidad que pueden originar dichos clientes a la conducta desarrollada por ORACLE. La migración en ningún caso puede tener lugar hacia bases de datos de bajo rendimiento (folio 3155, de la propuesta de resolución), siendo difícil la migración de datos, como recogen los apartados nº136 137 de la Decisión Oracle/Sun, justificándose así el segmento de las bases de alto rendimiento, en el que Oracle ocupa una cuota de mercado que oscila entre 70 y 80%, como expresa la DI y no niega la actora.

Incluso si se estuviese en cuenta el volumen total de mercado que incluyese todo tipo de bases de datos la cuota de mercado de ORACLE admitida por las partes y por la Comisión Europea (párrafo 196 de la decisión, basado en el informe Gartner) oscila entre el 40 y el 50%, y le colocaría a esta empresa según los criterios del TUE dentro del ámbito de la ocupación de una posición de dominio (STUE de 3.7.1991, asunto Akzo /Comisión C-62/86, y de 17.12.2003, British Airways /Comisión asunto T- 219/99).

Por otro lado, desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta no resulta pensable que otros operadores de Software, como Hitachi, Fujitsu, Teradata o Intersystems, que actúan en el mercado de las bases de datos de bajo rendimiento - como acredita la DI y con independencia de lo que indiquen en sus páginas web -, puedan entrar con plena facilidad y rapidez en el mercado de las bases de alto rendimiento, en el que los precios de las licencias son muy diferentes, y en el que como hemos dicho, y reconoce la decisión de la Comisión Europea, existen importantes costes derivados de la migración de dichas bases de datos (folios 12, 13 y 16 del dictamen de Compass Lexecon, y apartados 136 y 137 de la Decisión Oracle/Sun), ocupando además dichas empresas una escasa cuota de mercado dentro del segmento de las bases de bajo rendimiento. Ello es absolutamente indiferente de que la codemandada pueda estar presente en el sector de las bases de datos de alto y bajo rendimiento.

La decisión del Consejo para entender que ORACLE no ocupa posición de dominio se ha pretendido justificar también en el hecho de que HP podría acudir, desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta a otro tipo de procesadores los X 86 , de más de 8 sockets de CPU, para utilizar su servidor. La Dirección de Investigación, e incluso el perito de la actora, pese a lo que indique la recurrente, admite dicha sustituibilidad, acudiendo al hecho de que HP lo reconoce en la propia denuncia (folio 3156), sin olvidar lo indicado por Intel en su página web. Sin embargo, consideran HP y la DI que no puede darse mayor relevancia a este dato. Igualmente hay que admitir que el software descrito para los procesadores X86 no es compatible con los procesadores de arquitectura EPIC (folio 3157). También, y conforme a lo expresado por el perito de la parte actora y en relación con la Comunicación de la Comisión antes mencionada, es necesario que esa sustitución deba tener lugar en términos de eficacia y prontitud, lo que en modo alguno ha acreditado ni la codemandada ni la decisión



del Consejo, sin que la cuota de mercado de dichos servidores X86 de al menos 8 sockets tampoco se ha acreditado especialmente relevante, pues gira en torno al 11%, como ha acreditado la actora.

Por consiguiente bien si tenemos en cuenta como mercado relevante el de las bases de datos de alto rendimiento como el que se refiere a la totalidad de las bases de datos lo cierto es que puede decirse que ORACLE ocupa una posición de dominio, siempre superior al 40% de la cuota de mercado, y separado del siguiente competidor en más de un 20%.

SÉPTIMO .- Conforme los hechos declarados probados en el fundamento jurídico segundo, y dejando a un lado debates no relevantes alegados como la presunta intención inicial del Consejo de sancionar a la codemandada interpretando el art.11.4 del Reglamento 1/2003 , o la tesis de la codemandada sobre la intención de la actora de buscar intencionadamente la competencia de la CNC queda acreditado que ORACLE, tras la adquisición de Sun, entró en el mercado del hardware, por lo que ello le suponía obtener mayor rentabilidad mediante la utilización de sus propios servidores que los ingresos que le suponía utilizar los servidores de HP. Para ello diseñó una estrategia encaminada a captar los clientes de HP, lo que se deduce de los correos electrónicos anteriormente aludidos.

ORACLE, en esencia, se opone a las conclusiones de la Dirección de investigación, justificando las decisiones adoptadas, y alegando en primer término que no estaba obligado a mantener un concreto Core factor con HP, que ya de por sí es más beneficioso que el aplicado otras empresas, como IBM. Igualmente que el procesador Itanium se encontraba en situación de obsolescencia tecnológica, como según indica la codemandada, ha expresado Intel. Y finalmente que la rebaja del core factor a SUN respondió a la finalidad de evitar en términos económicos la doble marginalización.

Sin embargo, las anteriores consideraciones no desvirtúan las conclusiones de la DI, valorándose así:

a/ la posición de dominio que ocupa Oracle,

b/ la escasez de clientes contestables (en estos casos de alto rendimiento) -que el propio perito de la parte codemandada admite que alcanza a un 35%,

c/ el elevado volumen de ingresos que suponen la base de datos Enterprise respecto de los servidores HP, lo que admite la codemandada en el folio 47 de sus conclusiones, al indicar que el 50% de los servidores HP Integrity utilizan la base de datos de ORACLE, de lo que se puede entender que el software de ORACLE era esencial para HP, tal como exige el TUE, así STG de 9.9.2009, asunto T-301/04, Clearstream/comisión.

d/ Y que dichos servidores de gama alta de HP, en su mayor parte sólo pueden utilizar el procesador Itanium. Todo ello permite deducir que la conducta de la actora consistente en la subida del core factor a Itanium, el descenso de aquél respecto del servidor de Sun, la declaración de incompatibilidad tecnológica con el procesador Itanium, así como los correos electrónicos indicados en el fundamento jurídico segundo de los propios directivos de ORACLE, recogidos el procedimiento seguido ante el Tribunal de California, así como la negativa a admitir que HP asumiese el coste de portabilidad del software de ORACLE nos hace concluir, mediante todos estos hechos encadenados, que respondían a una estrategia encaminada a impedir que HP pudiese continuar en el mercado de servidores de bases de datos de alto rendimiento, sin que se haya acreditado suficientemente que el procesador Itanium se encontrase en obsolescencia, dada la proclamación de INTEL de continuar con sus nuevas versiones, y sin que la demandada haya acreditado suficientemente lo contrario.

También alega la parte codemandada la invocación de la doctrina recogida en la sentencia Post Danmark A/ S Konkurrenceradet, asunto 209/10, de 27 de marzo de 2.012 , según la cual es exigible una prueba del daño causado y la exclusión real o potencial del mercado, como consecuencia el abuso de la posición de dominio. Pero tal como dijimos en la sentencia de fecha 29 de junio de 2.015 , basta con la prueba presunta de la existencia de tal daño al entender no justificado tal abuso, de modo que pueda ser deducirse los perjuicios causados en el mercado y que posibiliten a una empresa poder acudir al mismo. Lo cierto es que la propia resolución impugnada, folio 71, admite que los ingresos de HP descendieron de forma notoria desde la plena eficacia de la política desarrollada por ORACLE en el segundo trimestre de 2012, abriendo una brecha en el mercado de más de 25 puntos. Daremos preferencia, así a la conclusión a la que llega el Consejo en dicho folio con preferencia al folio 82 de la propia resolución que cita la actora, porque el momento para comprobar la influencia de la estrategia de ORACLE es precisamente a partir del comunicado final de marzo de 2.011 y no antes.

Por otro lado también ha quedado acreditada la exclusión de la actora respecto de dos concursos realizados por una Administración Pública, como la Junta de Andalucía. Y en último caso el perjuicio al mercado derivaría de la reducción de 3 a



2 servidores (Oracle e IBM), lo que supone un importante descenso de la oferta.

No puede invocarse que HP tenía otras alternativas, como cambiar de Software, o de procesador, si es un gran productor de los X86 o de seguir comercializando la versión de Enterprise 11g (folio 9 de la contestación), si como hemos dicho los clientes prefieren cambiar de servidor antes que de Software, y resulta preciso la actualización de las bases de datos, y además los servidores X86 no son compatibles con el software de ORACLE. Es cierto que no es exigible a una empresa mantener y continuar el desarrollo de software para todas las plataformas, pero cuando se ocupa una clara posición de dominio sí le es exigible a la empresa dominante no agravar las condiciones del mercado en detrimento de otras empresas.

Lo expuesto, por tanto, resulta relevante a los efectos de apreciar la existencia de una infracción acreditada de abuso de posición de dominio contemplado en el artículo 2 de la Ley 15/2007 y 102 del TFUE en relación con el art. 62.3.b de la Ley 15/07 tal como fue calificada por la Dirección de Investigación.

OCTAVO .- En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, sin necesidad de entrar en las pretensiones subsidiarias formuladas, relativas a la infracción del artículo 51 de la LDC , y del principio de audiencia por cambio en la calificación jurídica, así como por la aportación de documentación confidencial a la que no pudo acceder la recurrente. Pero siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencia de fecha 4 de marzo de 2.014 antes citada, deberemos entender que dicha estimación es con carácter parcial, en el sentido único de anular la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, de modo 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 , reservando a la Sala de competencia de la CNMC la decisión acerca del juicio culpabilístico procedente y en su caso, de la aplicación de la pertinente sanción, así como las medidas accesorias que se consideran necesarias en ejecución de dicho pronunciamiento, en línea con lo que expusimos en el fundamento jurídico cuarto, atendiendo a la doctrina asentada ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2015 , así como a todo lo expuesto en esta sentencia.

NOVENO .- Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

1º.-DESESTIMAR la pretensión de inadmisibilidad que formula la codemandada ORACLE CORPORATION y ORACLE IBÉRICA S . R.L.

2º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por **HEWLETT PACKARD COMPANY Y HEWLETT PACKARD ESPAÑOLA S.L** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares Perlado, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada

por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de febrero de 2013** , y en consecuencia, anulamos la misma, en los términos establecidos en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia .

3º.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo en cuanto a lo demás que solicita la recurrente .

4º.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales .

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación ordinario, por lo que no resulta firme, que podrá prepararse en esta Sección en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a hoy fe.