

Tema 4. Acuerdos restrictivos

4.1. Introducción

La concertación o la coordinación entre empresas, cuando el objeto de tal concertación o sus, efectos, traen aparejado la limitación de la competencia entre operadores, constituye un grave atentado contra la misma, ya que por esta vía las empresas sustituyen la actuación autónoma en el mercado, tratando de obtener el éxito y la eficiencia mediante la mejora de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que se reducen sus incentivos para la captación de los consumidores, en perjuicio de estos y de la eficiencia del mercado en general.

Por esta razón, los ordenamientos jurídicos, con vistas a articular la defensa de la competencia, prohíben tales comportamientos, como medio de preservar una situación de rivalidad entre las empresas, motor de funcionamiento del mercado. En Europa, los acuerdos restrictivos de la competencia son nulos de pleno derecho y, por tanto, no son invocables ante los tribunales. Además, pueden dar lugar a la imposición de importantes sanciones e, incluso, a reclamaciones por daños y perjuicios. En otras jurisdicciones, los acuerdos pueden, incluso producir consecuencias penales para los directivos responsables.

Las empresas considerarán estos riesgos a la hora de firmar acuerdos de esta clase, y si aun así deciden adoptar acuerdos, será de forma “secreta”, para evitar que existan pruebas incriminatorias.

La reacción de las autoridades de competencia ante el carácter “secreto” de los acuerdos restrictivos ha sido doble. En primer lugar, el concepto de “acuerdo” se ha ensanchado al máximo, para dar cabida a acuerdos escritos o verbales o simples entendimientos de conducta o pactos entre caballeros. Así, la legislación tanto nacional como europea prohíbe no sólo los “acuerdos”, sino también las “prácticas concertadas” entre empresas y las “decisiones de asociaciones de empresas”. La legislación española va más allá, prohibiendo, además, las “prácticas conscientemente paralelas”. En el apartado II se tratará con mayor detalle la amplitud de la prohibición, y en el apartado III se volverá sobre este tema al analizar la problemática de los acuerdos “tácitos”. En segundo lugar, el carácter “secreto” de los acuerdos también ha hecho que las autoridades hayan desarrollado mecanismos que resten incentivos a su adopción y a su continuidad (multas cada vez mayores, responsabilidad penal, programas de clemencia), y mecanismos más sofisticados de detección (colaboración internacional, técnicas jurídicas y económicas).

El ejemplo más sencillo en el que se puede pensar es el pacto de precios entre empresas competidoras. La realidad, sin embargo, es mucho más variada: las empresas pueden pactar en aspectos muy diferentes del precio, con efectos

similarmente restrictivos de la competencia. Así, sin ánimo de exhaustividad, los acuerdos susceptibles de afectar a la competencia pueden referirse, además de a los precios de venta, a los precios de compra o a los de reventa, a las cuotas de mercado, al reparto de clientes o de zonas geográficas, o de proveedores o fuentes de suministro, a las inversiones y a las características de los productos comercializados.

Asimismo, los acuerdos susceptibles de afectar a la competencia no son sólo entre competidores reales en el mercado. También pueden ser restrictivos los acuerdos entre competidores potenciales o entre no competidores. Cuando el acuerdo tiene lugar entre empresas que operan, a los efectos de éste, en el mismo nivel de la cadena de valor añadido, se habla de acuerdos horizontales, independientemente de si se trata de competidores reales o potenciales. Cuando las empresas operan en niveles distintos de la cadena de distribución (por ejemplo, un fabricante y un distribuidor mayorista, o un mayorista y un minorista), se habla de acuerdos verticales. Los acuerdos verticales pueden tener lugar entre empresas competidoras reales o potenciales y entre empresas no competidoras. El apartado III se dedica a los acuerdos horizontales, y el apartado IV a los acuerdos verticales.

Por otra parte, no todos los acuerdos entre empresas son restrictivos de la competencia. Algunos acuerdos pueden no restringir la competencia en absoluto. Otros pueden restringirla, pero pueden estar supeditados a la consecución de objetivos legítimos o pueden tener un impacto inapreciable en el mercado. Finalmente, algunos acuerdos pueden restringir la competencia de forma sensible y no estar vinculados a objetivos legítimos, pero pueden tener otros efectos que compensen la restricción de la competencia. Sólo los acuerdos que no entren dentro de ninguna de las categorías anteriormente mencionadas estarán, por lo general, prohibidos. En el apartado II se tratará esto con mayor detalle.

Finalmente, hasta ahora se ha hecho referencia a los acuerdos entre “empresas”. Los acuerdos entre consumidores no entran dentro del ámbito de la prohibición. Sin embargo, el concepto de “empresa” puede ser entendido de múltiples maneras. En la mayoría de las legislaciones, “empresa” es un concepto funcional. Esto quiere decir que la prohibición alcanza a los acuerdos en los que las partes actúen como si fueran empresas, aunque sean entidades públicas o de otro tipo.

Se entiende que dos competidores son *reales* si están presentes en el mismo mercado. Dos competidores son *potenciales* cuando, estando en mercados distintos, si el precio en uno de los dos mercados aumentara ligeramente de forma sostenida, el otro competidor estaría dispuesto a entrar rápidamente en el mercado.

4.2. Los acuerdos restrictivos de la competencia

En este apartado, se van a delimitar los acuerdos restrictivos de la competencia. Dado que las consideraciones que se expondrán son más jurídicas que económicas, la exposición se debe remitir necesariamente a la práctica en una jurisdicción en concreto, la europea y la española.

No obstante, la globalización ha afectado también a las normativas de competencia, de modo que los elementos principales del debate son similares a los de muchas otras jurisdicciones, además de las europeas. En la medida de lo posible, a lo largo de la exposición se hará referencia, además, a visiones y enfoques alternativos al europeo.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia en su artículo 101. Su tenor literal es el siguiente:

1. *“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:*

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. *Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.*

3. *No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*

Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”*

La operativa de este artículo, muy similar al art. 1 de la LDC, es que los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que restrinjan la competencia son contrarios al artículo 101.1 del Tratado, pero pueden ser exceptuables de la prohibición si satisfacen los requisitos del artículo 101.3. Los acuerdos prohibidos por el artículo 101.1 y que no cumplan los requisitos del artículo 101.3 son, en virtud del artículo 101.2, nulos de pleno derecho.

La principal diferencia entre los artículos 1 y 2 de la LDC y los artículos 101 y 102, radica en el ámbito de aplicación de cada uno de ellos... mientras que los preceptos comunitarios serán de aplicación cuando las conductas restrictivas de la competencia afecten al comercio entre los estados miembros, las normas nacionales regirán para aquellas conductas que restrinjan la competencia en todo o parte del mercado nacional.

El artículo 101 puede ser aplicado por la Comisión Europea, por las autoridades de competencia de los Estados Miembros y por los jueces y Tribunales nacionales. Las decisiones de la Comisión son recurribles ante el Tribunal de Primera Instancia y las sentencias de éste, a su vez, ante el tribunal de Justicia. En España, la autoridad encargada de aplicar la normativa de competencia es la Comisión Nacional de la Competencia.

Hay muchos aspectos que es necesario matizar en relación a la aplicación del artículo 101 del Tratado, y en este capítulo se tratarán algunos de ellos. En las secciones 1 a 4, de este Capítulo se examinarán los requisitos para que un acuerdo esté prohibido por el artículo 1 de la LDC y 101.1 del Tratado; en la sección 5, se analizarán los requisitos para que un acuerdo pueda quedar exceptuado de la prohibición, en virtud del artículo 1.3 y 4 de la LDC y 101.3.

A) Sujetos de la prohibición

Bajo la normativa europea, la respuesta a la anterior pregunta es sí. El Tratado no define el concepto de empresa a los efectos de la aplicación de su artículo 101, pero

la jurisprudencia ha determinado que el alcance de los sujetos de la prohibición debe hacerse de un modo funcional. **“Empresa”, a los efectos del artículo 101, es:**

“cualquier entidad que desarrolle una actividad económica, independientemente de su estatus legal y del modo en que sea financiada”¹

Por tanto, a la hora de valorar qué entidades están sujetas a la prohibición, lo importante no es la estructura de propiedad de la empresa ni su objeto cuando actúa en el mercado, sino el modo en el que actúa en el mercado en relación al acuerdo.

Esta teoría de la “unidad económica” ha experimentado, en fechas muy recientes, una importante clarificación, al hilo de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por la Audiencia Provincial de Barcelona, en el marco de la litigación de daños y perjuicios derivado del conocido cártel de los camiones -veremos esta cuestión en el tema 12 del programa-, y que se ha resuelto por Sentencia de 6 de octubre de 2021, en el Asunto C-882/19, *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.*

La determinación de lo que se entiende por actividad económica, no es una cuestión baladí. Aunque no existe una delimitación exacta, una posible definición es cualquier actividad que implique la prestación de bienes y/o servicios que pudiera ser realizada por la iniciativa privada.

B) Acuerdos, prácticas concertadas y decisiones colectivas

Los acuerdos restrictivos de la competencia pueden presentarse de muy diversas formas, y ser todas ellas dañinas del bienestar. Las empresas pueden coordinar sus comportamientos por medio de acuerdos escritos, o verbales, o simples entendimientos de conductas, o pactos entre caballeros. Dado que todas estas formas suponen un debilitamiento de la rivalidad entre las empresas y, por tanto, un impacto en el bienestar, están igualmente sujetas por la normativa de competencia.

Los términos “acuerdos” y “prácticas concertadas” responden a la voluntad del legislador de cubrir todas las posibles formas de cooperación y coordinación de las acciones coordinadas de las empresas. Un acuerdo es un consenso de voluntades entre varios agentes, explícitas o tácitas. Una práctica concertada es:

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, *Höfner and Elser / Macrotron*, párrafo 21.

“una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a la categoría de acuerdo propiamente dicho, sustituye de manera consciente los riesgos de la competencia por la cooperación entre ellas”²

La coordinación y la cooperación entre empresas que caracterizan la práctica concertada no requieren de la existencia de ningún “plan”. La prohibición se ensancha, así, al máximo, con el objetivo de que cada agente:

“determine independientemente la estrategia que pretenda adoptar en el mercado y las condiciones que pretenda ofrecer a sus clientes”³

En realidad, el hecho de que una práctica sea catalogada como acuerdo o como práctica concertada es irrelevante a los efectos de su tratamiento bajo la óptica de la normativa de competencia, y también es irrelevante para las consecuencias que pueda tener. Lo importante es que se constate la existencia de una forma de coordinación y cooperación entre las empresas que limite su autonomía en la toma de decisiones.

La coordinación de conductas entre empresas también puede producirse por medio de una asociación. **Las decisiones de asociaciones de empresas que produzcan una coordinación de conductas, por tanto, también están prohibidas.** De hecho, no sólo se prohíben las decisiones de asociaciones de empresas que sean vinculantes para sus miembros, sino también las recomendaciones de las asociaciones que sean o puedan ser mayoritariamente seguidas.

De aquí en adelante, en la exposición se hará referencia a “acuerdos” de un modo amplio, incluyendo las figuras jurídicas de “acuerdos”, “prácticas concertadas” y “decisiones de asociaciones de empresas” “conductas conscientemente paralelas”.

En España, la legislación sobre acuerdos restrictivos de la competencia prohíbe, además de los “acuerdos” y las “prácticas concertadas”, las “prácticas conscientemente paralelas”. Esta figura tiene su origen en la primera Ley española de Defensa de la Competencia, de 1963, que, sin embargo, no condenaba las “prácticas concertadas”. En la reforma de 1989, se introdujeron las “prácticas concertadas”, pero se mantuvo la figura de las prácticas conscientemente paralelas”, que ha perdurado en la actual Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

El origen de las prácticas conscientemente paralelas se debe a la voluntad del legislador de contar con más armas para la lucha contra las prácticas restrictivas de

² Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission*, párrafo 64.

³ Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1981, asunto 172/80, *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG*, párrafo 13.

las empresas. En los años 50 y 60 del siglo pasado, el paralelismo consciente y la colusión tácita eran una de las fuentes de preocupaciones más importantes de las autoridades de competencia. Sin embargo, el uso de esta figura ha sido, más bien, escaso. Desde 1989, no hay ningún caso en España en el que se haya condenado la aplicación de prácticas conscientemente paralelas. En la actualidad, existe un cierto consenso sobre que esta figura permite “ensanchar” al máximo los conceptos de “acuerdos” y “prácticas concertadas”, pero sin llegar a incluir los paralelismos debidos a la interdependencia en los mercados oligopolísticos.

C) El objeto o el efecto restrictivo de la competencia

Tanto la normativa nacional como la legislación europea prohíben los acuerdos que, por su objeto o por sus efectos, sean restrictivos de la competencia. En esta sección, se abordará más detalladamente el significado y alcance de los acuerdos restrictivos “por objeto” y “por efecto”.

Se dice que un acuerdo tiene el objeto de restringir la competencia cuando, por su propia naturaleza y las circunstancias en que se adopta, objetivamente es capaz de producir un efecto restrictivo de la competencia. El carácter objetivo de un acuerdo restrictivo, por tanto, es independiente de las motivaciones subjetivas de las partes en el momento de adoptarlo. No obstante, cuando un acuerdo sea restrictivo de la competencia por objeto, es prácticamente imposible que las partes no lo hubieran previsto así, por su naturaleza y el contexto en que se produce. Ahora bien, las partes siempre podrían alegar que no han actuado con la voluntad de restringir la competencia, sino tan sólo negligentemente, lo que, en su caso, podría dar lugar a una rebaja en la eventual sanción.

La polémica respecto a este concepto, y la aplicación que de él hacen las autoridades de competencia es permanente, y se ha vuelto a reavivar recientemente con la Sentencia *Cartes Bancaires* del Tribunal de Justicia, de 11 de septiembre de 2014 (As. C-67/13P).

Existen algunos acuerdos que, por su carácter, suelen ser considerados objetivamente restrictivos de la competencia. Los acuerdos de **fijación de precios**, por ejemplo, suponen una renuncia a la independencia en la toma de decisiones y, por tanto, casi siempre suelen ser reputados como acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto. Ahora bien, si una pequeña panadería de Londres pacta sus precios con una pequeña panadería de Madrid, ¿es dudoso que tal acuerdo pueda ser objetivamente restrictivo de la competencia! También son normalmente considerados acuerdos objetivamente restrictivos de la competencia los referentes al **reparto geográfico del mercado o de los clientes**, los acuerdos de **reparto de la producción o de las fuentes de abastecimiento y los que tengan**

por objeto controlar la producción, la innovación o las inversiones. En todo caso, siempre es necesario analizar los acuerdos en el contexto en el que se producen.

Por el contrario, **los acuerdos restrictivos de la competencia por sus efectos no contienen restricciones obvias de la competencia**, pero en el contexto en el que se producen, habida cuenta de la estructura del mercado, la posición de las partes en el mismo y la naturaleza de los productos y servicios cubiertos por el acuerdo, pueden tener efectos restrictivos de la competencia, que no se darían en otros contextos.

En el caso de los acuerdos restrictivos por objeto, la propia naturaleza del acuerdo es indicativa de una restricción. En el caso de los acuerdos restrictivos por efecto, no, de manera que para evaluar si un acuerdo produce una coordinación de políticas comerciales o estratégicas o provoca la expulsión de competidores o cierra el mercado a nuevos entrantes, hay que analizar la naturaleza del acuerdo en el contexto en que se inserta, teniendo en cuenta la estructura del mercado relevante de producto y geográfico, la posición de las partes y de sus competidores en el mismo, la existencia de barreras de entrada y el poder compensatorio de proveedores y clientes.

No obstante lo anterior, existen acuerdos que, pese a ser restrictivos por su objeto o por sus efectos, no están prohibidos. Cuando un acuerdo contiene restricciones que son indispensables para alcanzar un objetivo comercial legítimo, tales restricciones no entran dentro del ámbito de la prohibición. Por ejemplo, una cláusula que prohíba a un dentista abrir otra consulta en la misma ciudad en un periodo de tiempo de, digamos, un año, puede ser indispensable para que alguien esté dispuesto a comprársela. ¡Nadie querría comprarla si, tras la venta, el dentista abriera una nueva consulta en la puerta del al lado! En general, las restricciones que sean necesarias para facilitar una actividad comercial, como la penetración en un mercado, la venta de un negocio o la efectividad de una asociación de compra, se consideran accesorias a objetivos legítimos y, por tanto, no están prohibidas. No obstante, tales restricciones deben estar justificadas y ser proporcionales al objeto legítimo que pretenden.

Finalmente, además de las restricciones accesorias, existe otra categoría de restricciones que, pese a tener un objeto o un efecto anticompetitivos, no resultan prohibidas. Se trata de aquellas situaciones en las que las empresas no tienen más opción que acordar tales restricciones. Por ejemplo, en mercados altamente regulados, o cuando son impelidas a hacerlo por parte de las autoridades. Asimismo, tampoco resultan prohibidas las conductas autorizadas en virtud de una Ley.

D) El requisito de la restricción sustancial de la competencia: la regla de *minimis*.

La doctrina de *minimis* fue establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por primera vez en el asunto *Volk*⁴. De acuerdo con la misma, el artículo 101 del Tratado no es aplicable a los acuerdos cuyos efectos sobre el mercado son insignificantes. Por tanto, para que un acuerdo esté prohibido, sus efectos restrictivos sobre la competencia deben tener una cierta envergadura. Esto es aplicable tanto a los acuerdos restrictivos por su objeto como a los que son restrictivos por sus efectos. La LDC la recoge expresamente en su artículo 5 y la desarrolla posteriormente en los artículos 1 a 3 del RDC.

La doctrina de *minimis* es de considerable importancia desde los puntos de vista de la seguridad jurídica y de economía de medios de las agencias de competencia (dado que éstas cuentan con recursos limitados, es preferible que centren su atención en los acuerdos verdaderamente dañinos para el bienestar). Tras la Sentencia *Volk*, la Comisión Europea ha publicado varias Comunicaciones relativas a los acuerdos de menor importancia⁵ que, pese a no ser vinculantes más que para la propia Comisión, han tenido una enorme importancia en la práctica, y han sido seguidas por autoridades nacionales y Tribunales en la aplicación del artículo 101 del Tratado.

La Comunicación de *minimis* establece unos umbrales de cuota de mercado de las empresas por debajo de los cuales es improbable que los acuerdos tengan un efecto sustancial y, por tanto, quedan exentas de la aplicación del artículo 101. No obstante, la Comunicación establece una “lista negra” de restricciones para las que no es aplicable la exención, aunque las partes no rebasen los umbrales de cuota. La importancia de la Comunicación de *minimis* es que ha creado un recinto de seguridad para las empresas, por lo menos ante la Comisión Europea: la Comisión se compromete a no actuar contra los acuerdos que satisfagan los requisitos de la Comunicación, y a no imponer multas en los casos en que las empresas creyeran de buena fe que cumplían con los criterios. Sin embargo, no debe entenderse que los acuerdos que no satisfagan los requisitos de la Comunicación automáticamente infringen el artículo 101: se trata de una declaración de acuerdos que no son susceptibles de producir efectos significativos, lo cual no excluye que haya otros acuerdos que, pese a no cumplir tales requisitos, no tengan efectos apreciables.

Los umbrales de cuota han ido aumentando con el paso del tiempo. Actualmente, están fijados en el 10% de cuota de mercado conjunta de todos los participantes en

⁴ Sentencia del TJCE de 9 de Julio de 1969, asunto 5/69, *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*.

⁵ La última es de 2001 Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*) (Diario Oficial C 368 de 22/12/2001).

un acuerdo cuando sean competidores reales o potenciales, y el 15% de cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo en el supuesto de que no sean competidores. Nótese que la distinción de umbrales se refiere a relaciones entre competidores y no competidores, y no al carácter horizontal o vertical de las relaciones. Nótese también que en el caso de empresas competidoras, el umbral de cuota de mercado es conjunto, mientras que en el caso de no competidoras, los umbrales son individuales. Resulta lógico que la permisividad sea mayor con los acuerdos entre no competidores, puesto que, en este caso, el acuerdo no afectará a la intensidad de la competencia entre ellas.

Un acuerdo puede tener un efecto sensible sobre la competencia aunque las partes no tengan, individual o conjuntamente, un poder de mercado significativo cuando existen redes paralelas de acuerdos en el mercado.

Por ejemplo, si un proveedor y un distribuidor adoptan un acuerdo por el que el segundo distribuye los productos del primero y se compromete a no vender productos de otros proveedores competidores (acuerdo de marca única), este acuerdo no afectará significativamente a la competencia si ambas partes no tienen un poder de mercado significativo. Sin embargo, si todo el mercado está cubierto por redes paralelas de acuerdos similares entre proveedores y distribuidores, el efecto acumulativo puede producir una exclusión del mercado.

Para cubrir esta posibilidad, la Comunicación reduce los umbrales de cuota de mercado al 5% (tanto para acuerdos entre competidores y no competidores) ante la existencia de redes paralelas de acuerdos (se considera que las redes paralelas de acuerdos pueden producir efectos acumulativos sensibles cuando más del 30% del mercado está cubierto por esta clase de acuerdos).

Por otra parte, existen restricciones especialmente serias de la competencia que pueden tener un efecto sensible sobre la misma incluso aunque las partes no tengan una cuota de mercado significativa. La Comunicación no se aplica a los acuerdos que tienen un objeto evidente de restringir la competencia, según una "lista negra". Se consideran restricciones especialmente graves (y se incluyen en la "lista negra") los acuerdos horizontales que tengan por objeto la fijación horizontal de precios, la limitación de la producción o de las ventas o el reparto de mercados o clientes; y los acuerdos verticales que tengan por objeto la fijación de precios de reventa, las restricciones absolutas de reventa en territorios o a grupos de clientes o las restricciones a los suministros cruzados en los sistemas de distribución selectiva.

Los acuerdos que contengan restricciones de esta clase no están necesariamente prohibidos; sin embargo, no puede decirse automáticamente que no tengan un

efecto sustancial sobre la competencia y, por tanto, están excluidos de la Comunicación.

Más allá de las limitaciones que se han comentado hasta ahora sobre la aplicabilidad del artículo 101.1 a los acuerdos restrictivos de la competencia, existe una limitación adicional: el efecto sobre el comercio. Para que las prohibiciones del Tratado sean aplicables a los acuerdos, éstos deben tener un efecto sobre el comercio entre los Estados Miembros. No obstante, esta limitación no afecta a lo sustantivo del análisis, pues las legislaciones nacionales (que sí pueden aplicarse aunque los acuerdos no tengan efectos sobre el comercio entre los Estados Miembros) contienen disposiciones, al menos, tan estrictas como las del Tratado.

E) Los efectos positivos de los acuerdos

Hasta ahora, se ha visto qué criterios existen a la hora de catalogar un acuerdo como restrictivo o no de la competencia. Ahora bien, como se ha comentado en las secciones anteriores, el sistema europeo permite que todo acuerdo, por muy restrictivo que sea, sea exceptuable de la prohibición si produce efectos positivos que compensan los efectos negativos. El enfoque es, una vez más, funcional: lo importante, después de todo, no es lo restrictivo que sea un acuerdo, sino cuáles sean sus efectos netos sobre el bienestar (y cómo se repartan dichos efectos netos).

Tanto el artículo 101.3 del Tratado, como el artículo 1.3 de la LDC establecen cuatro condiciones acumulativas (esto es, se deben cumplir todas) que todo acuerdo restrictivo de la competencia debe cumplir para ser exceptuable de la prohibición del artículo 101.1 del Tratado y 1.1 de la LDC. Estas cuatro condiciones se refieren a:

- ▣ que el acuerdo suponga una ganancia de eficiencia,
- ▣ que una parte equitativa de dichas ganancias de eficiencia se transfiera a los consumidores,
- ▣ que las restricciones negativas para la competencia del acuerdo sean indispensables para alcanzar sus efectos positivos, y
- ▣ que el acuerdo no elimine sustancialmente la competencia en todo o en parte del mercado de que se trate.

La primera condición es una condición de eficiencia neta: si un acuerdo genera efectos negativos para la competencia, debe generar eficiencias que compensen sus efectos negativos. Lo interesante aquí es que ambos artículos 101.3

y 1.3 son muy concretos al respecto. Tales eficiencias deben referirse a la mejora de la producción o de la distribución o al progreso técnico o económico. En otras palabras: los beneficios del acuerdo deben obtenerse en el mismo ámbito que donde se producen sus efectos nocivos: la eficiencia. No se considera, pues, exceptuable un acuerdo porque contribuya a la mejora del empleo, la redistribución de la renta o la riqueza o el medio ambiente. Tales objetivos escapan a la política de competencia. Además, los beneficios deben ser ciertos con un alto grado de probabilidad, y no meras posibilidades, y deben ser sobre la eficiencia global (y no meros aumentos del beneficio empresarial): reducciones de costes o mejoras de la calidad o de la variedad de los productos o servicios.

En segundo lugar, para que un acuerdo sea exceptuable, debe asegurarse que una parte *equitativa* de los beneficios logrados por el acuerdo sea transmitida a los consumidores. Existe una gran ambigüedad sobre qué parte de la mejora es suficiente para que sea equitativa, pero, en general, debe asegurarse que los consumidores también salgan beneficiados del acuerdo. Así, un acuerdo que reduzca los costes de producción será exceptuable si las partes consiguen acreditar que tales reducciones de costes se traducirán en menores precios para los consumidores. Esto ocurrirá, en particular, cuando las partes tengan incentivos a seguir compitiendo tras el acuerdo.

En tercer lugar, las restricciones deben ser indispensables para lograr las eficiencias que se les suponen. Si un acuerdo plantea restricciones desmedidas para lograr unos objetivos de eficiencia, pero tales beneficios pueden alcanzarse con un menor coste para la competencia, el acuerdo no será exceptuable.

Finalmente, el acuerdo no debe dar lugar a la eliminación de una parte sustancial de la competencia en los mercados de que se trate. Sería ilógico que así fuera, puesto que, en tal caso, los efectos a largo plazo del acuerdo se verían sobrepasados por las restricciones. Es difícil, no obstante, que un acuerdo que satisfaga las tres primeras condiciones no satisfaga, también, esta última.

Las cuatro condiciones expuestas son, como se ha dicho, acumulativas, se aplican a todas las categorías de acuerdos, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas, verticales u horizontales, restrictivas de la competencia por su objeto o por sus efectos. En teoría, pues, no existen acuerdos prohibidos per se, como en el sistema estadounidense. No obstante, es poco probable que las restricciones más serias de la competencia satisfagan las cuatro condiciones. Los pactos de precios de reventa, o el reparto del mercado o de las fuentes de suministro no cumplirán, probablemente, ninguna de las cuatro condiciones.

Es posible que acuerdos de este tipo pudieran llegar a cumplir las condiciones (1) y (4), pero es muy improbable que cumplieran las condiciones (2) y (3). Estos acuerdos son de no competencia, por lo que es difícil que produzcan justamente lo contrario de lo que se les supone como objeto: el incremento de los beneficios de sus partícipes en detrimento del excedente de los consumidores.

4.3. Acuerdos horizontales

A) Definición de cárteles

Llamamos cártel a aquel acuerdo formal entre empresas que participan en un mismo mercado cuyo objeto, con carácter general, es fijar políticas conjuntas para la maximización de beneficios mediante la reducción o eliminación de la competencia, a través de: la fijación de precios y/o estableciendo cuotas de producción, poniendo barreras de entrada a nuevos competidores, etc...

Para ser efectivo, es necesario que las empresas que lo integran controlen una parte sustancial del mercado, por lo que, en principio, sólo suelen funcionar correctamente en un mercado oligopolista en el que resulte difícil la incorporación de nuevos competidores.

No todos los participantes se benefician por igual de la existencia del cártel. Las unidades de producción más eficientes tienen menos interés en mantener su participación, puesto que, por lo general, en condiciones de mercado abierto, podrían obtener beneficios similares. De ahí que las menos eficientes suelen hacer determinadas concesiones para el mantenimiento del cártel.

La existencia de cárteles disminuye los beneficios que una economía competitiva ofrece al consumidor y reduce y/o desestimula la incorporación de nuevas tecnologías a los procesos productivos.

Suele acudir, a este respecto, a lo que se conoce en Teoría de Juegos como el "dilema del prisionero". ¿Por qué, entonces, las empresas no coluden? Una explicación es que está prohibido, y si son descubiertas, se enfrentan a duras sanciones. Sin embargo, incluso si no estuviera prohibido coludir, lo cierto es que, en el modelo de Cournot, las empresas no coludirían. La razón de esto es que una vez alcanzado el acuerdo, lo más racional para cada una de ellas ¡es incumplirlo!

Supongamos que, si las empresas no coludiesen, el beneficio que obtendría cada una es 20 euros. Por el contrario, si coludiesen y se repartiesen el mercado a medias, el beneficio que obtendría cada una de ellas es 30 euros. Ahora bien, el acuerdo consistiría en que cada una de ellas redujera su producción respecto a lo que produciría en ausencia de acuerdo, a resultas de lo cual, la producción total será

menor y el precio será mayor que en ese caso. Pero si una de las dos empresas incumpliese lo acordado, podría vender más cantidad al precio más elevado, obteniendo todavía mayores beneficios. Al hacerlo, no obstante, provocaría que bajase el precio, y esto reduciría los beneficios de la otra empresa. Por ejemplo, supóngase que si una empresa incumple el acuerdo (y la otra lo cumple), sus beneficios serán 40 euros, y los beneficios de la empresa que lo cumple se reducirán a 10 euros. En esta situación, el problema a que se enfrenta cada empresa puede representarse por medio del siguiente diagrama de teoría de juegos.

En el diagrama se observan los resultados de cada estrategia (cumplir o incumplir el acuerdo) para cada empresa, en función de lo que haga su rival (cumplir o incumplir el acuerdo). Para la empresa A, lo óptimo será incumplir el acuerdo: si su rival cumple el acuerdo, la empresa A obtendrá mayores beneficios incumpléndolo (40 euros) que cumpliéndolo (30 euros); si su rival incumpliera el acuerdo, la empresa A obtendría mayores beneficios incumpléndolo también (20 euros) que cumpliéndolo (10 euros). El acuerdo, por tanto, no es sostenible, pues cada empresa tiene más incentivos a incumplirlo que a cumplirlo.

		Empresa A (alternativas y beneficios)	
		Cumplir el acuerdo	Incumplir el acuerdo
Empresa B (alternativas y beneficios)	Cumplir el acuerdo	30 / 30	40 / 10
	Inumplir el acuerdo	10 / 40	20 / 20

B) Acuerdos explícitos

Como se ha visto en la sección anterior, hay dos tipos de acuerdos posibles: los de explotación del mercado y los de cierre del mercado. Ambos tipos de acuerdos pueden aparecer juntos o por separado. Asimismo, se ha visto que la transparencia en el mercado es un elemento esencial para que se llegue a un acuerdo. Los acuerdos de intercambio de información incrementan esta transparencia, aunque también pueden tener efectos procompetitivos.

C) Acuerdos tácitos

En los oligopolios “perfectos”, se llegará al mismo resultado que si hubiera habido un acuerdo entre las empresas, pero sin que haya mediado acuerdo ni comunicación alguna al respecto. Esto se conoce como “el problema del oligopolio”.

El “problema del oligopolio” se produce como consecuencia de la “interdependencia estratégica” de las empresas oligopolistas. En un oligopolio “perfecto”, cualquier empresa sabe que, si inicia una rebaja de precios o una campaña agresiva de captación de clientes, sus rivales la imitarán, dejando sin efecto la acción inicial, y conduciendo, a la postre, a una situación en la que todas las empresas han empeorado.

Los oligopolios “perfectos” son aquellos en los que se cumplen las condiciones de sostenibilidad y diseño comentadas anteriormente. Un oligopolio será “perfecto” y producirá, por sí solo, el resultado colusivo, cuando:

- ▣ Haya pocos operadores.
- ▣ Las empresas sean, más o menos, simétricas en costes y en capacidad.
- ▣ Haya homogeneidad de producto.
- ▣ Haya transparencia de precios y de los resultados individuales (precios, producción, ingresos, ventas, clientes, etc.).
- ▣ Las empresas compitan repetidamente en el mercado, y el valor de cada transacción sea pequeño en relación al conjunto del mercado (bajo poder compensatorio de la demanda).
- ▣ Existan barreras a la entrada.

En general, las autoridades de competencia no lo tienen fácil para lidiar con el oligopolio “colusivo”, porque, en el fondo, es un problema que tiene más que ver con la estructura del mercado que con el comportamiento de las empresas. En el oligopolio “perfecto”, las empresas no se comunican para coordinar sus decisiones, sino que cada una de ellas adopta sus decisiones individual y autónomamente, teniendo en cuenta las respuestas más probables de sus rivales. Por tanto, en la medida que no se ha producido ninguna limitación a su comportamiento, el problema es estructural, más que de comportamiento.

D) Acuerdos de cooperación horizontal

Los acuerdos de cooperación horizontal son acuerdos entre las empresas que tienen como objetivo poner sus recursos en común para racionalizar y mejorar la eficiencia en la producción, la distribución, la comercialización, la inversión, el gasto en I+D o el cumplimiento de sus obligaciones en materia de medio ambiente. Son, por tanto, acuerdos que suponen una mejora de la eficiencia estática o dinámica en los mercados. Estos acuerdos, pueden, no obstante, tener efectos perniciosos sobre la competencia, en la medida en la que tengan los efectos de coordinar los comportamientos de las empresas, expulsar a competidores o cerrar los mercados a posibles entrantes.

Los acuerdos de cooperación horizontal pueden ser restrictivos de la competencia por su objeto o por sus efectos. Por ejemplo, un acuerdo por el que unos minoristas deciden constituir una central de compras para abastecerse de los bienes que venden puede tener efectos beneficiosos si permite contrarrestar el poder de negociación de los proveedores. Pero también puede ser objetivamente restrictivo de la competencia si el acuerdo especifica, además, las cantidades de bienes comprados que corresponden a cada minorista y no permite que las empresas se abastezcan directamente de los proveedores.

La ambigüedad de efectos de los acuerdos de cooperación hace que sea necesario analizarlos individualmente bajo un enfoque económico, no formalista. Esto es, para evaluar si son compatibles con el artículo 1 LDC o 101 TCE, es necesario analizarlos en el contexto en el que se producen, teniendo en cuenta la naturaleza del acuerdo, la estructura del mercado y la posición en el mismo de las partes en el acuerdo y de sus competidores, la existencia de barreras a la entrada y el poder compensatorio de proveedores y distribuidores.

No obstante, existen determinadas categorías de acuerdos de cooperación para las que se supone que sus efectos positivos superarán casi siempre a los negativos y que están cubiertos por una exención³⁰. Existen dos Reglamentos de exención por categorías aplicables a los acuerdos de cooperación: el Reglamento 2659/2002, relativo a los acuerdos de investigación y desarrollo⁶, y el Reglamento 2658/2000, relativo a los acuerdos de especialización⁷.

⁶ Reglamento (CE) n° 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (Diario Oficial L 304 de 5/12/2000).

⁷ Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (Diario Oficial L 304 de 5/12/2000).

Para los demás casos, el análisis es individual⁸. En ocasiones, puede encontrarse que el acuerdo de cooperación sea, en realidad, una operación encubierta de coordinación de precios, reparto de mercado o limitación de la producción o de las ventas, en cuyo caso, serán acuerdos prohibidos por su objeto. Alternativamente, también pueden encontrarse acuerdos que no tengan un objeto anticompetitivo, pero sí tengan, en el contexto en que se insertan, efectos sobre la competencia. Los comentarios a continuación se dirigen, más bien, a la evaluación de esta segunda clase de efectos.

4.4. Acuerdos verticales

Las relaciones verticales se dan entre empresas que operan en distintos niveles de la cadena de distribución a los efectos del acuerdo. Por ejemplo, entre un fabricante y un mayorista, o entre éste y un minorista. La cadena puede ser tan larga y compleja como se quiera, y su correcto funcionamiento determina, en buena medida, la eficiencia del conjunto de la economía. Por ejemplo, en España, el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia realizó un estudio en el que encontró que, para algunos productos hortofrutícolas, el precio de venta al público llegaba a triplicar los precios en origen, por el efecto de los márgenes de la cadena de distribución.

Las empresas, en sus relaciones verticales, pueden acordar determinadas restricciones sobre su conducta que pueden tener efectos sobre la competencia. Las restricciones verticales son menos problemáticas para la competencia que las restricciones horizontales. La razón es que en las relaciones horizontales, las empresas compiten unas con otras, y el debilitamiento de la competencia entre ellas tiene efectos perjudiciales para el mercado. En las relaciones verticales, como las empresas no compiten entre ellas, su incidencia sobre la competencia en el mercado es menor. Por otra parte, en las relaciones verticales, las empresas se necesitan unas a otras: el beneficio de un mayorista depende del buen desempeño de los minoristas, y el beneficio del minorista depende del precio al que le venda el mayorista. Por tanto, el mayorista no deseará que la competencia esté restringida en el mercado minorista, y el minorista tampoco deseará que esté restringida en el mercado mayorista: mayorista y minorista actuarán como poder compensador el uno del otro.

No obstante, determinadas restricciones verticales pueden reducir la competencia en los mercados. Por ejemplo, si los mayoristas fijan el precio de reventa a los minoristas, la competencia en precio entre minoristas desaparecerá; si, además, existe un reducido número de mayoristas y todos fijan sus precios de

⁸ Para un análisis individual de los casos, véanse las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (Diario Oficial C 3 de 6/1/2001).

reventa a sus minoristas, la competencia entre mayoristas se verá restringida, porque sus precios se hacen más transparentes.

Las restricciones verticales pueden tener, también, efectos positivos sobre la eficiencia. Por ejemplo, pueden contribuir a reducir los costes de distribución, facilitar la penetración de nuevas empresas en el mercado y la transmisión de conocimientos técnicos o *know-how*, o incentivar inversiones específicas para determinados productos.

En Europa, las restricciones verticales⁹ se abordan bajo un enfoque esencialmente económico. No existen restricciones prohibidas *per se*, sino que, al reconocer la posible existencia de efectos positivos y negativos de las restricciones verticales, se realiza un análisis de eficiencias. La práctica de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia, así como de las autoridades y Tribunales nacionales, ha configurado un sistema en el que se valoran los acuerdos verticales sobre la base de tres pilares básicos: la naturaleza de las restricciones, la estructura del mercado y la posición en el mismo de las partes.

Conforme a este sistema, existen cuatro categorías de restricciones verticales:

- ☐ Determinadas restricciones no están prohibidas por el artículo 101, puesto que se considera que sus efectos no son significativos, conforme a la doctrina de *minimis*.
- ☐ Determinadas restricciones pueden tener un efecto negativo apreciable sobre la competencia, pero sus efectos positivos compensarán prácticamente siempre los efectos negativos, y están exentas en virtud de un Reglamento de exención por categorías.
- ☐ Para los acuerdos de suministro y distribución, están exentas todas aquellas restricciones verticales en las que la parte que actúe en el nivel superior de la cadena de distribución tenga una cuota de mercado inferior al 30%, siempre que el acuerdo no contenga ninguna restricción de las incluidas en la “lista negra” (artículo 4 del Reglamento 330/2010¹⁰) ni ninguna cláusula “gris” (artículo 5 del Reglamento 330/2010).
- ☐ Determinadas restricciones pueden tener un efecto negativo sobre la competencia, pero también efectos positivos que lo compensen, y no estar

⁹ Para un análisis más detallado de las restricciones verticales, véanse las *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado* (Diario Oficial C 101 de 27/4/2004) de la Comisión Europea.

¹⁰ REGLAMENTO (UE) No 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L 102/1, de 23.04.10).

incluidas en los Reglamentos de exención por categorías. En este caso, no estarán prohibidas.

- ☞ Determinadas restricciones pueden tener un efecto negativo apreciable sobre la competencia, y no tener efectos positivos que lo compensen. Estos acuerdos estarán prohibidos.

Los ejemplos de restricciones verticales más comunes son:

- la fijación de precios de reventa
- los acuerdos de marca única
- la exclusividad territorial o de clientes
- los acuerdos de distribución selectiva o exclusiva

Toda esta material ha experimentado, como no podía ser de otra manera, una creciente importancia en fechas recientes con motivo del auge derivado del comercio electrónico (*e-commerce*), no sólo en los años de la pandemia provocada por el Covid, sino mucho antes. De hecho, y en relación con las ventas por internet, los acuerdos verticales, y qué restricciones pueden un fabricante imponer a sus distribuidores, es de destacar la Sentencia del TJUE en el caso *COTY*, de 6 de diciembre de 2017, As. C-230/16), y que sin duda ha marcado un antes y un después en esta materia.

En la actualidad, y dado que el Reglamento 330/2010 tiene como fecha de expiración el próximo 23 de mayo de 2022, la Comisión Europea ha lanzado una consulta pública sobre su reforma, y a partir de los comentarios recibidos a lo largo de los meses de junio y julio de 2021, ha elaborado un proyecto de Reglamento, que está en la actualidad siendo estudiado.