

RESTRICCIONES POR EL OBJETO Y PRÁCTICAS FACILITADORAS.
Algunas cuestiones suscitadas por la STG de 10 de noviembre de 2017 (Icap) en los mercados de derivados financieros sobre tipos de interés en Yenes*

Laura GONZÁLEZ PACHÓN
Profesora Ayudante Doctor
Universidad de Valladolid

El Tribunal General de la Unión Europea con fecha de 10 de noviembre de 2017, dicta sentencia anulando parcialmente la Decisión C (2013) 8602 final de la Comisión, de 4 de diciembre de 2013, contra el grupo Icap, en relación con prácticas colusorias relativas a derivados financieros sobre tipos de interés en yenes. Para el Tribunal General, la Comisión logra probar la participación de Icap en al menos cinco prácticas colusorias fijando, no obstante, una duración excesiva por lo que respecta a tres de estas prácticas restrictivas, sin motivar suficientemente la metodología en el cálculo de la multa.

I. Antecedentes del litigio

En el año 2013, en aplicación del artículo 11, apartado 6 del Reglamento (CE) n. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión sancionó a diversos bancos entre los que se encontraban UBS, RBS, Deutsche Bank, Citigroup y JP Morgan y al intermediario RP Martin, por su participación en una o varias prácticas colusorias en el sector de los derivados financieros sobre tipos de interés en yenes. Estas prácticas restrictivas, cuya duración se estimó entre uno y diez meses, consistieron en el intercambio de información entre agentes de los bancos participantes, acerca de determinadas estimaciones de valores del LIBOR¹ para el yen. Se consideró, además, que los agentes implicados también intercambiaron información, comercialmente sensible, en relación tanto con posiciones de negociación, como con futuras estimaciones de valores LIBOR para el yen.

Las sociedades arribas mencionadas admitieron su participación en estas prácticas colusorias de manera que el litigio se resolvió, respecto de ellas, por medio de una transacción con la consiguiente imposición de una multa por importe de 669.719.000 euros. De otra parte, la Comisión consideró que el grupo Icap, empresa de servicios de corretaje por medio de redes vocales y electrónicas dedicada también a servicios de postnegociación, facilitó seis de las siete prácticas restrictivas de la competencia descubiertas, conforme a los artículos 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE por manipulación de los tipos de referencia interbancarios LIBOR. Cabe apuntar que la intervención de sociedades de corretaje en prácticas restrictivas resulta de especial relevancia dado que aporta, a las operaciones con derivados financieros, un cierre de los tipos negociados por los bancos. Con todo, Icap no optó por la vía transaccional y siguiendo el curso de la tramitación del procedimiento ordinario le fue impuesta una multa de 4.960.000 euros, en virtud de la Decisión de 2015 (Decisión C(2015) 432 final, de 4 de febrero de 2015 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE(Asunto AT.39861-Derivados sobre tipos de interés en yenes). Es, precisamente con relación a esta multa, que el grupo Icap decide interponer un recurso de anulación ante el Tribunal General de la Unión Europea resultando la anulación parcial de la Decisión impugnada.

* Este trabajo se realiza en el marco del proyecto VA015G18, "Distribución y competencia: retos y problemas en el marco de una economía global y digitalizada", de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

¹ London Interbank Offered Rate, tomado como referencia internacional para marcar los tipos de interés en los créditos y empréstitos internacionales de tipo fluctuante.

II. Decisión impugnada

Las infracciones a que se refiere la sentencia consisten en el incumplimiento de los artículos 101 TFUE apartado 1 y 53 AEEE y atañen a los derivados sobre tipos de interés en yenes japoneses indexados en el JPY LIBOR.

El JPY LIBOR es, en síntesis, un conjunto de tipos de interés de referencia que se aplican en Londres y que en el momento de la adopción de la decisión impugnada era elaborado y publicado por la Asociación de Banqueros Británicos (British Bankers Association, en adelante BBA) siendo utilizado como valor de referencia en relación con numerosos productos financieros denominados en yenes japoneses. Para su cálculo se parte de las ofertas de precio realizadas diariamente por un panel de bancos miembros de la asociación referida. Es, en relación con este panel de bancos y las informaciones que se suceden entre ellos, donde encontramos el germen de estas prácticas colusorias objeto de este comentario. En efecto, de manera similar a lo que acontece con el EURIBOR, valor con el que estamos más familiarizados, las sucesivas ofertas que surgen en este panel, permiten establecer el tipo «medio» a partir del cual cada banco del panel está dispuesto a tomar prestados fondos solicitando y aceptando ofertas interbancarias por un volumen razonable.

A partir de la información comunicada por esos bancos y excluyendo las cuatro referencias más altas y las cuatro más bajas, la BBA determina los tipos diarios de JPY LIBOR². Se ha de tener presente que estos tipos de interés fueron utilizados como valor de referencia en todos los contratos bancarios que se celebraron en aquel momento siempre que estuvieran denominados o referenciados en yenes. Este planteamiento encuentra su refrendo en las peculiaridades de la economía japonesa que, tras una grave crisis financiera y económica en la década de los años 80 del siglo pasado, motivada a su vez por una burbuja financiera e inmobiliaria, se convirtió en una interesante alternativa a las divisas europeas como valor de referencia ya que presentaba (y presenta) tipos de interés próximos al cero, al tiempo que ofrecía un tipo de cambio favorable al Euribor y a la libra con respecto al yen³.

Si bien son diversas las cuestiones examinadas por el TG, abarcando desde la calificación sustantiva de la conducta hasta la duración del ilícito y los criterios de fijación de las sanciones pecuniarias, desde una perspectiva jurídica general, revisten especial interés las reflexiones relativas al concepto de restricción por el objeto así como al de práctica facilitadora. Ambas cuestiones serán objeto de análisis diferenciado en el presente comentario.

III. Aproximación al concepto de restricción o distorsión de la competencia por el objeto del artículo 101 TFUE, apartado 1

La prohibición de los acuerdos colusorios contemplada en el art. 101 TFUE, con independencia de la forma en que estos se manifiesten, constituye el núcleo de la legislación de la competencia tanto nacional como comunitaria. Se trata, en definitiva, de acuerdos entre empresas competidoras, dirigidos a limitar o eliminar la competencia entre ellas, al objeto de

² El Euroyen TIBOR, también citado en la sentencia, cuya manipulación por alguna de las sociedades implicadas no consta, cumple una función equivalente al anterior, calculado el valor, en este caso, a partir de ofertas publicadas en el panel de miembros de la Asociación de Banqueros Japoneses (Japanese Bankers Association), resultando excluidas las dos referencias más altas y las dos más bajas en el cálculo del tipo medio de interés diario de Euroyen TIBOR.

³ Su explicación podemos encontrarla en el llamado *carry trade*, herramienta financiera idónea para la consecución de importantes beneficios en el mercado de divisas internacional, en particular con el mercado japonés. Se trata de la venta por un inversor de divisas con tasas de interés relativamente bajas para comprar otra diferente con una tasa de interés más alta. Esta forma de arbitraje financiero está diseñado para explotar el resultado de diferencias entre las tasas de interés de los bancos centrales.

aumentar los precios y los beneficios de las empresas partícipes, sin que se produzca ninguna ventaja compensatoria objetiva. Si bien la prohibición se extiende tanto a los acuerdos horizontales como verticales, es decir, entre empresas situadas en distintas fases del proceso de producción o distribución de bienes, los cárteles o acuerdos horizontales entre los empresarios directamente competidores, son considerados la conducta restrictiva de la competencia que más daño puede ocasionar, no sólo por restringir o distorsionar la competencia, sino porque en casos extremos puede llegar incluso a eliminarla⁴.

En este marco, el Derecho comunitario dispone en el apartado 1 del art. 101 TFUE, que quedan prohibidos, por resultar incompatibles con el mercado interior, aquellos acuerdos entre empresas «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembro y que tengan por *objeto o efecto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior». En primer lugar, de una lectura detenida del art. 101 TFUE, se desprende, *prima facie*, su carácter preventivo, toda vez que no es preciso un daño efectivo a la competencia, propiciado por el acuerdo o la práctica colusoria de que se trate, bastando su *aptitud* para tal fin⁵. No todos los acuerdos entre empresarios quedan bajo el art. 101 TFUE, tan sólo aquellos que producen o tiene la capacidad de producir, una restricción sensible de la competencia, y todo ello con independencia de la intención última de las partes⁶. Se trata en este punto de la discutida distinción que realiza el precepto entre los *acuerdos restrictivos por el objeto* y los *acuerdos restrictivos por sus efectos*. Si bien, en un primer momento cabía entender que la distinción se centraba en el objetivo o fin perseguido por el acuerdo, de tal modo que sólo tendrían la calificación de restricciones por el objeto los acuerdos que persiguieran en la intención de las partes excluir o limitar la competencia en alguna de las formas prohibidas, pronto la *praxis* comunitaria recondujo la distinción a elementos sustantivos o de contenidos. En este sentido, son acuerdos restrictivos por el objeto, aquéllos que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia.

Un intento de clarificación de qué cabe entender por restricción por el objeto es llevado a cabo por la Comisión, recogiendo los criterios jurisprudenciales, en la *Comunicación sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*. En este sentido, la Comisión establece que: «se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 101 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro las normas comunitarias de competencia» (ap. 21).

En el caso concreto, el TG examina dos conductas específicas, cuya comisión fue facilitada por parte del grupo Icap, a fin de valorar si éstas pueden ser consideradas una restricción de competencia por el objeto: discusión sobre las propuestas presentadas por uno de los bancos y el intercambio de información confidencial. La actuación del grupo Icap resultó contraria a la competencia y, en consecuencia, sancionable, por facilitar la comisión de los hechos denunciados,

⁴ Lo que puede acontecer con los *hard core cartels*, vid. VELASCO SAN PEDRO L.A., «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas» en AA.VV. *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, 2005, págs. 55 y ss.

⁵ Vid. en relación con la aceptación del método económico aplicado a esta tradicional distinción entre «objeto o efecto», GARCIA CACHAFEIRO F. *Derecho de la competencia y actividad bancaria*, La Ley, 2003, págs. 74 y ss. Por otra parte, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de la sentencia LTM (56/65, EU: C: 1966:38), el carácter alternativo de esa condición, como indica la conjunción «o», hace necesario considerar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo (sentencia ING Pensii, C-172/14, EU: C: 2015:484, apartado 30).

⁶ La intencionalidad de las partes no es un elemento necesario en la determinación del carácter colusorio o restrictivo del acuerdo entre las empresas, si bien cabe la posibilidad de que tanto los tribunales nacionales como el de la Unión lo tengan presente a los efectos de la imposición de la correspondiente sanción.

ya que la participación de Icap en la transmisión de información sensible para la manipulación final del panel resultó evidente con independencia de si finalmente pudo influir o no en la competencia. En efecto, el grupo Icap operaba como intermediario en el mercado de depósitos en efectivo de yenes japoneses, a través de su ventanilla «Cash/Money Market Desk» situada en Londres, realizando estimaciones sobre los tipos JPY LIBOR del día por medio de un boletín comunicado a los establecimientos financieros, entre los que se encontraba algunos miembros del panel JPY LIBOR. Todo ello hacía suponer que ese boletín *podía influir decisivamente* en el comportamiento de los bancos en el momento de emitir sus ofertas de tipos de interés. A todo ello debía sumarse la participación de Icap, como intermediario financiero en el mercado de derivados sobre tipos de interés en yenes japoneses, a través de una ventanilla específica, ya que algunos de sus agentes intentaron mediante esta ventanilla influir en la cotización del JPY LIBOR, modificando el boletín mencionado en unos casos o mediante la utilización de los contactos de Icap con algunos bancos del panel JPY LIBOR en otros. Dicho lo anterior y al objeto de determinar la calificación de la práctica como restrictiva por el «objeto», dado que la coordinación entablada entre el grupo Icap y resto de los bancos presentó un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción a la libre competencia «por el objeto»⁷, atendiendo a los objetivos que se pretendieron alcanzar de una parte y el contexto económico y jurídico en el que inscribieron por otra, se llega a la conclusión de que la libre competencia resultó afectada de hecho⁸. En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de justicia que en estos casos pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos⁹. En último extremo, esta jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 50).

Así las cosas, parece cobrar sentido el empleo por el legislador comunitario de los términos *impedir, restringir o falsear* del precepto citado al sugerir una distinta graduación en relación con la intensidad cuantitativa respecto a una *posible* lesión de la competencia¹⁰.

En suma, la alegación realizada por el demandante Icap alegando que los comportamientos reprochados por la Comisión, al no poder influir en la competencia no les hacían responsables de la infracción a la que se refiere el art. 101 TFUE, no puede prosperar, al menos en este punto, por resultar de aplicación la doctrina de la restricción o distorsión de la competencia «por el objeto».

⁷ A partir de la sentencia LTM (56/65 EU:C:1966:38) cuando el art. 101 alude a que el acuerdo tenga por «objeto o por efecto» impedir, restringir o falsear la competencia, la conjunción «o» hace que se considere el «objeto» antes que el «efecto» del acuerdo.

⁸ En atención a la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como a las condiciones reales de funcionamiento y estructura del mercado, estas actuaciones resultaron perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado. Ejemplo de lo dicho lo encontramos en la fijación horizontal de los precios por los cárteles, resultando estas prácticas *per se* contrarias a la libre competencia y desde luego aptas para generar efectos negativos en el mercado, particularmente en relación con los precios, cantidad o la calidad de los productos o los servicios. Lo relevante en este punto es la innecesaria demostración del daño concreto ya que la experiencia muestra que estas conductas conducen a una reducción de la producción y alzas de precios que llevan a una deficiente asignación de recursos en perjuicio fundamentalmente de los consumidores.

⁹ Vid. sentencia ING Pensii, C-172/14, sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, apartados 28 y 30, y GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, apartado 55. No obstante lo anterior, la jurisprudencia comunitaria estima que si del análisis de la coordinación de las empresas no se revela un grado suficiente de nocividad para la competencia, será preciso entonces un examen de sus efectos de manera que para la aplicación de la prohibición contemplada en el art. 101 TFUE, se exigirá la concurrencia de factores que acrediten que el juego de la competencia ha resultado impedido, restringido o falseado de manera sensible Vid. la Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Allianz Hungría Biztosító C-32/11, Sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión, C-67/13 P y la Sentencia de 19 de marzo de 2015, asunto Doled Food y Dole Fresh Fruit Europe, C/286/13 P.

¹⁰ Vid. DÍEZ ESTELLA, F., GUERRA FERNÁNDEZ, A: *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, 2017, pág.52 y ss.

En segundo lugar, en lo que hace al intercambio de información entre competidores, es ésta una de las cuestiones más discutidas en la sentencia que nos ocupa, especialmente cuando nos encontramos ante un mercado, como es el de los derivados y los servicios de corretaje que les dan cobertura, en el que la comunicación entre las empresas y sus agentes forma parte de la naturaleza misma de los contratos y operaciones que en él se realizan. Además, se ha de advertir que la necesaria autonomía en el ámbito de actuación de los operadores económicos, que se desprende de las disposiciones del TFUE, no impide una práctica que, por otra parte, suele ser habitual entre ellos, como es la de adaptarse con habilidad al comportamiento que presumen que tendrán sus competidores, bien porque lo hayan hecho en el pasado o bien porque a la vista del comportamiento del mercado es previsible tal proceder¹¹.

Se hace necesario, en consecuencia, una interpretación del alcance de la *coordinación y cooperación* que pudiera existir entre empresas y agentes implicados al objeto de determinar si esta resultó de tal intensidad que pudo resultar constitutiva de una práctica restrictiva de la competencia. En efecto, esta autonomía puede quedar en entredicho en la medida en que pueda debilitar o incluso suprimir el grado de incertidumbre que pesa sobre el funcionamiento de los mercados de derivados, advirtiendo al competidor, por ejemplo, acerca del comportamiento que uno va a tener en el mercado.

Se trata de determinar, en este caso concreto, si la toma de contacto entre los competidores se hizo con la intención de influir en el comportamiento del mercado o si, por el contrario, fue simplemente una respuesta natural de los distintos operadores a las características del mercado en cuestión. En orden a determinar el valor de la coordinación de las propuestas remitidas al panel JPY LIBOR como un intercambio de información confidencial, podemos afirmar que este tipo de comportamientos resultan contrarios a la competencia, ya que están destinados a influir en el alcance de los pagos que debían realizar o cobrar los bancos afectados. Así las cosas, la sentencia analizada estima que la manipulación de los tipos JPY LIBOR, consistente en permitir que el panel reflejara un tipo elevado cuando los bancos implicados ocupaban posición neta acreedora y por el contrario, un tipo bajo en caso de posición neta deudora, pone de manifiesto una conducta contraria a la competencia. De esta manera, si los bancos del panel tenían un importante número de hipotecas o préstamos referenciados en yenes, algo seguro tratándose del mercado financiero de Londres, *The City*, corazón financiero de Europa, su preferencia en la mayoría de los casos sería que la referencia JPY LIBOR resultara lo más elevada posible y ello por dos motivos: en primer lugar, porque las hipotecas se suelen referenciar a un tipo variable, ya que el margen de interés que deja es mayor y, en segundo lugar, porque una tendencia al alza de tipos de interés por su propia naturaleza puede generar una mayor incertidumbre, lo que se traduce en el mercado financiero en una mayor demanda de derivados financieros, en definitiva, coberturas de tipos y es aquí donde la participación de empresas de servicios de corretaje encuentra su significación.

A juicio del tribunal esta coordinación o cooperación entre competidores, bancos, resulta contraria a las normas de la competencia, se aleja del juego normal de la competencia en el mercado de derivados en la medida en que debilita y suprime el grado de incertidumbre de un mercado como el de derivados financieros. Con ello se persigue proteger no sólo los intereses directos de los consumidores y usuarios sino también toda una estructura de mercado caracterizada por una incertidumbre que vive del variable juego de la oferta y la demanda.

III. Concepto de «facilitación» en el sentido del art. 101.1 TFUE

¹¹ En este sentido, *vid.* sentencias de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands* C_8/08 y la de 19 de marzo de 2015 *Doled Food y Dole Fresh Fruit Europe*, C/286/13 P.

Con carácter general, las prácticas facilitadoras, cuyo origen podemos situar en EE.UU. a finales del siglo XX, pueden ser definidas como aquellas conductas que incrementan significativamente la probabilidad de otro comportamiento anticompetitivo, por eliminar la incertidumbre y los incentivos en conflicto que generan presión competitiva¹². En efecto, con frecuencia estas prácticas están dirigidas a facilitar la coordinación de precios, reduciendo la incertidumbre sobre el comportamiento futuro de los competidores. Ahora bien, para que estemos ante una práctica facilitadora en el sentido del art. 101 TFUE es preciso que tenga *aptitud* suficiente para favorecer un resultado colusorio posterior que no se podría haber alcanzado de no mediar tal conducta facilitadora. Por último, no afecta a la calificación de prácticas facilitadoras el hecho de que se desarrollen de manera conjunta entre varias empresas o por el contrario de manera unilateral siempre que se produzca un efecto anticompetitivo.

Pues bien, a la vista de lo anterior se trata de determinar el concepto de «facilitación», por el cual el grupo Icap pudo verse inmerso en varias prácticas colusorias. Para ello, se hace necesario partir de la noción que el TFUE ofrece de «acuerdo», toda vez que el argumento principal que esgrimen los denunciantes se centra de una parte, en la falta de idoneidad del mercado en el que se desarrolla la actividad anticompetitiva y de otra, en el hecho de que sólo el comportamiento comercial de una de las partes resultó afectado por los términos del pacto anticompetitivo.

En primer lugar y en lo tocante al mercado de referencia, no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el art. 101 se refiera *únicamente* a empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia sino también a los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado¹³. Lo relevante es que el mercado en el que los acuerdos y prácticas concertadas se realizaron sea un mercado común, independientemente del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos del pacto de que se trate.

En segundo lugar, por lo que al alcance del término «acuerdo» del art. 101 TFUE se refiere (como también en la LDC española en su art. 1), existe un consenso doctrinal y jurisprudencial en que su interpretación debe realizarse en un sentido amplio y flexible superando una concepción estrictamente contractualista¹⁴. Y si bien es cierto que los acuerdos a los que se refieren las disposiciones comunitarias no deben ser necesariamente escritos, ni obligatorios desde un punto de vista jurídico, lo cierto es que deben suponer al menos el abandono del comportamiento independiente de las empresas implicadas (como mínimo dos), buscando un *objetivo común* de manera que al amparo de una coordinación y/o cooperación entre ellas, puedan limitar o eliminar la competencia obteniendo a cambio un beneficio. En este sentido y a los efectos de reconocer una «facilitación» de la sociedad Icap, con frecuencia se recurre, como también se hace en esta sentencia, a la doctrina establecida por el TG en su sentencia de 8 de julio de 2008 (C 194/14 P, AC-Treuhand AG) sobre el concepto de facilitador o colaborador necesario. Se parte de la premisa de que el facilitador podrá serlo toda empresa u operador en el mercado que desarrolle una actividad económica pero que además haya contribuido, incluso de forma

¹² Vid. *in extenso*, ESTEVAN QUESADA C. *Las prácticas facilitadoras. Control de colusión en los mercados oligopolísticos*, Valencia, 2013, págs. 137 y ss.

¹³ Se ha de advertir que la determinación de una práctica que facilita la colusión viene determinado fundamentalmente por el tipo de mercado en el que se produce resultando los mercados oligopolísticos especialmente sensibles a estas conductas. Vid. sentencia del pasado 22 de octubre (asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG, apartados 34, 35 y 36 a tenor de la cual la finalidad del apartado 1 del art. 01 TFUE consiste en garantizar el mantenimiento de una economía no falseada en el interior del mercado común, de manera que su plena eficacia implica que comprenda la contribución activa de una empresa a una restricción de la competencia, aunque dicha contribución no se refiera a una actividad económica que forme parte del *ámbito del mercado pertinente* en el que esa restricción se materialice.

¹⁴ Dado que pueden ser muy variados los procedimientos que pueden utilizar las empresas con el fin de ponerse de acuerdo o coordinarse restringiendo la competencia y desde luego los interesados pondrán especial cuidado en evidenciar trazas de su actuación, es razonable defender un concepto amplio del término «acuerdo». Vid. sobre el concepto de acuerdo, Velasco San Pedro, L.A., *op. últ. cit.* pág. 61 y ss.

subordinada y siempre deliberada, a la restricción de la competencia de que se trate. Además, se señala entre los elementos determinantes de la facilitación, la necesidad de poner a disposición del cártel de forma interesada, tanto su competencia profesional como su infraestructura para contribuir a los objetivos comunes perseguidos por el resto de participantes. Se deduce, en consecuencia, que la participación que se exige para asumir una facilitación o complicidad en un cártel, en los términos del art. 101. TFUE, debe revelar un comportamiento activo en la participación de la infracción y no meramente pasivo, lo que supone que la presencia, por ejemplo, de una empresa en reuniones en las que se hayan concluido acuerdos restrictivos de la competencia, incluso sin oposición expresa de ésta, no debe suponer necesariamente la consideración de cómplice o facilitador en tanto que no concurran el resto de los requisitos antes descritos¹⁵. Pues bien, en la sentencia que se comenta es, precisamente en relación con este último aspecto del carácter activo de la colaboración, donde la prueba del conocimiento de estar participando activamente en un cártel se torna compleja, más aún cuando esta prueba debe ser demostrada por la Comisión¹⁶.

En efecto, dada la especial naturaleza de los contratos sobre derivados en yenes japoneses y las necesarias comunicaciones entre las distintas entidades, las infracciones de las que se acusa a Icap acerca del conocimiento que tenía o que podía razonablemente prever sobre las peticiones realizadas por determinadas entidades financieras, en particular UBS y Citi, sociedades sancionadas por restringir la competencia, no se realizaban en interés exclusivo de su interlocutor, sino que eran consecuencia de una colusión entre los bancos implicados¹⁷. En este sentido, cabía la posibilidad de que Icap creyese legítimamente que tanto UBS como Citi, efectuaban esas peticiones con el fin de manipular los tipos de interés pero buscando el *beneficio propio* y no uno *concertado* con otros bancos. Al no ser posible la prueba en todos los comportamientos colusorios hubo conciencia de facilitar con su actuación la manipulación de los tipos del JPY LIBOR en el sentido deseado por los bancos implicados en la infracción. En otra de las prácticas en las que intervino Icap que se juzgaban como restrictivas de la competencia no fue posible tampoco su consideración como tal ya que la prueba aportada consistía en un correo electrónico entre dos miembros del personal de Icap en el que se decía literalmente que «pienso que UBS y RBS tienen un interés particular en que el [JPY LIBOR] a tres meses sea bajo». En este caso, la opinión manifestada por quien redactó el correo no parece dar a entender el conocimiento de que las entidades financieras aludidas participan en un cártel al que se pretende sumar el grupo Icap, se trataría más bien de una opinión personal sin mayor trascendencia y sin que pueda ser considerada esta prueba como seria y precisa. Por el contrario, en otra de las infracciones, sí se estimó que la participación de los demandantes dada la naturaleza de la sociedad, resultó decisiva ya que en la medida en que los tipos JPY LIBOR se calculan a partir de las propuestas de los miembros del panel, la influencia que pudo ejercer Icap sobre sus clientes que a su vez fueran miembros de dicho panel, permitió dar a las manipulaciones de esos tipos una mayor amplitud y, por tanto, un alcance significativo.

A la vista del desarrollo hasta aquí expuesto y al objeto de relacionar el concepto de restricción por el objeto y el de práctica facilitadora, las dos principales conductas analizadas en este comentario, es necesario poner de relieve que, desde una perspectiva jurídica general, las prácticas facilitadoras tendrían cabida tanto en las restricciones por el «objeto» como en las restricciones por el «efecto» del art. 101 TFUE, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia parece inclinarse por considerarlas en el ámbito de las segundas.

¹⁵ Vid. Sentencia de 22 de octubre de 2005, AC-Treuhand /Comisión, C-194/14 P, apartado 31.

¹⁶ En el ámbito del Derecho de la competencia, corresponde a la Comisión la prueba de infracciones aportando las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de los hechos constitutivos de la infracción.

¹⁷ Las continuas negociaciones entre los bancos podrían explicar que un banco determinado conozca la dirección de las propuestas de otro banco, sin que ese conocimiento necesariamente deba ser considerado como fruto de un intercambio de información.

En todo caso, dada la especial naturaleza de estas prácticas facilitadoras y, puesto que pueden tener un carácter *precompetitivo* pudiendo incluso resultar justificadas desde un punto de vista negocial, especialmente si atendemos a la naturaleza del mercado en el que se desarrollan, se requiere un análisis exhaustivo de las mismas que determine su carácter anticompetitivo en cada caso.