



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CC. SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN
GRADO EN DERECHO

“POLÍTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN”

AUTORA: PILAR VALTUEÑA ESTEBAN
TUTOR: JOSÉ JORGE NOGALES GARCÍA

Segovia, Julio de 2022

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las prácticas restrictivas de la competencia y las políticas de defensa de la competencia, con especial estudio del intercambio de información entre competidores. En primer lugar, se muestra cual ha sido el contexto y la necesidad por la cual surge el Derecho de la Competencia europeo. A continuación, el trabajo se divide en dos importantes bloques: en primer lugar, se analizan las prácticas restrictivas de la competencia, un tema amplio con gran importancia en la actualidad y, en segundo lugar, se lleva a cabo un estudio de una cuestión más específica, el intercambio de información. Dentro de este último bloque, se finaliza el trabajo con un análisis en líneas generales de los posibles efectos restrictivos en la competencia como consecuencia de los intercambios de información.

PALABRAS CLAVE

Mercado competitivo, intercambio de información, prácticas anticompetitivas, defensa de la competencia, Comisión Europea.

ABSTRACT

The present essay is the study of restrictive practices and antitrust policies, with a special focus on the exchange of information between competitors. First of all, it shows the context and the need for the emergence of European competition law. Next, the work is divided into two important blocks: firstly, it analyses restrictive practices of competition, a broad topic of great importance at present, and secondly, a study of a more specific issue, the exchange of information, is carried out. Within this last block, the work ends with a general analysis of the possible restrictive effects on competition as a consequence of information exchanges.

KEY WORDS

Competitive markets, exchange of information, anti-competitive practices, antitrust, European Commission.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	6
1.1 Introducción	6
1.2 Derecho de la competencia	6
1.3 Panorama histórico y cronología del Derecho de la competencia europeo ...	8
1.3.1 <i>Origen del Derecho de la Competencia en el ámbito europeo</i>	8
1.3.2 <i>La Comisión y la política Económica Europea</i>	9
1.4 La política de defensa de la competencia en los tratados europeos	11
1.4.1 <i>Ordenamientos aplicables y órganos de control</i>	11
1.4.2 <i>Conductas que distorsionan la libre competencia</i>	12
1.4.2.1 <i>Acuerdos colusorios y practicas concertadas entre empresas</i>	13
1.4.2.2 <i>Abuso de posición dominante</i>	15
1.4.2.3 <i>Concentraciones económicas</i>	17
1.4.2.4 <i>Ayudas públicas</i>	18
1.5 Derecho de la competencia en España	20
1.5.1 <i>Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)</i>	21
1.5.1.1 <i>Conductas colusorias</i>	21
1.5.1.2 <i>Abuso de posición dominante</i>	23
1.5.2 <i>Ley 3/1992, de Competencia Desleal</i>	23
1.6 Organismos relevantes	24
1.6.1 <i>Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)</i>	24
1.6.2 <i>Consejo de Ministros</i>	25
1.6.3 <i>Órganos de las CCAA</i>	25
1.6.4 <i>Comisión y Tribunal de Primera Instancia</i>	25
CAPITULO II. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	26
2.1 Introducción y normativa aplicable	26
2.2 Clasificación de los intercambios de información entre competidores	27
2.2.1 <i>Programa de clemencia</i>	29
2.2.2 <i>Intercambio unilateral de información</i>	29
2.3 Método de evaluación	31
2.4 Intercambio de información entre competidores por objeto	32

2.5	Intercambio de información entre competidores: posibles efectos restrictivos	
	34
2.5.1	<i>Características del mercado</i>	35
2.5.2	<i>Características de la información intercambiada</i>	36
2.6	Exenciones (artículo 1.3 LDC y 103 TFUE)	41
	CONCLUSIONES	42
	BIBLIOGRAFÍA	44

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo propone una estructura basada en dos grandes bloques: en primer lugar, se analizan aquellas prácticas restrictivas de la competencia, un tema amplio con gran importancia en la actualidad y, en segundo lugar, se lleva a cabo un estudio de una cuestión más específica, el intercambio de información.

Con la adhesión de España a la Unión Europea, las consecuencias que ello ha conllevado para nuestro ordenamiento jurídico han sido innumerables. Pues bien, la referida incorporación ha influido con una enorme trascendencia en el ámbito del Derecho mercantil, el cual ha tenido que adaptarse en diversos aspectos para ser conforme al Derecho de la Competencia de la Unión Europea.

Al hilo de lo anterior, en nuestro texto se analiza la normativa y políticas que regulan la materia a tratar, y se puede establecer el siguiente marco:

- a) Por un lado, se estudia la normativa nacional, donde destaca fundamentalmente la importancia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- b) Por otro lado, se analiza la normativa comunitaria, cómo influyen en el ámbito objeto del presente trabajo los tratados y directivas del Derecho de la Unión Europea.

Es necesario destacar que ambas normativas coexisten y son de aplicación simultánea, aunque en caso de discrepancia prevalece el Derecho de la Unión Europea.

En el primer bloque, destinado a las prácticas restrictivas de la competencia, se analizan como ideas principales las siguientes:

- Un estudio de la importancia de la defensa de la competencia en una economía de mercado.
- El análisis del Derecho de la competencia, tanto a nivel estatal como en el plano europeo.
- Los objetivos del referido Derecho de la competencia y las conductas que pretende prevenir y combatir, de las cuales, las más importantes son las siguientes:
 - 1) Prácticas colusorias
 - 2) Abuso de posición dominante

- 3) Concentraciones económicas
 - 4) Ayudas públicas.
- Los organismos relevantes en nuestro asunto a tratar.

En el segundo capítulo se lleva a cabo un estudio del intercambio de información, en el cual se tratan las ideas que se exponen a continuación.

En primer lugar, se recoge la normativa aplicable que rige los referidos intercambios de información, adquiriendo especial importancia en este punto la normativa comunitaria, así como las decisiones de las autoridades de la competencia y de los tribunales.

Posteriormente se pasará a analizar la clasificación de los intercambios de información entre los competidores, los cuales pueden ser de tres clases:

- a) Puros o aislados
- b) Acuerdos de cooperación horizontal
- c) Acuerdos que suponen un “facilitador” para la fijación de precios o cantidades o el reparto de mercados

Tras analizar la aludida clasificación, se estudiará el método de evaluación por el cual se deducirá si el intercambio de información llevado a cabo es constitutivo o no de una práctica restrictiva de la competencia.

Por último, se finaliza el trabajo con un análisis en líneas generales de los posibles efectos restrictivos en la competencia como consecuencia de los intercambios de información.

CAPÍTULO I. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1.1 Introducción

La primera parte del trabajo se centrará en el estudio del Derecho de la Competencia, tanto a nivel europeo como a nivel nacional, con especial énfasis en el ámbito interno. De esta manera, podremos comprender en qué contexto surgen las prácticas restrictivas de la competencia y las consecuencias que implican.

En España, la propia Constitución en su artículo 38 reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»¹. La normativa del Derecho de la competencia a nivel interno la conforman principalmente dos leyes. En primer lugar, la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia. Se trata de la principal ley en España cuyo objeto es la defensa de la competencia, protegiendo el interés general a través de un sistema de sanciones en caso de que tenga lugar alguna vulneración.

Además, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que confiere protección contra la competencia desleal, tiene como objeto la protección del interés particular y emplea como principal herramienta las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios².

Por otro lado, España como Estado Miembro de la Unión Europea, le será aplicable el Derecho de Competencia europeo, prevaleciendo este último en caso de discordancia. Será posible incluso aplicar una directriz europea sobre la materia que todavía no haya sido transpuesta en el derecho nacional y, por tanto, alegable ante los tribunales nacionales.

1.2 Derecho de la competencia

Para comenzar nuestro estudio en la materia, es importante comprender qué es el Derecho de la competencia y en qué situaciones se produce una vulneración de este. Por ello, deberemos conocer y entender su definición, alcance, prácticas y normativa que lo regula.

¹ <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=38&tipo=2>

² BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 2021. pp 165-224.

BROSETA PONT y MARTINEZ SANZ nos brindan una definición de competencia, entendiéndola como aquella “situación en la que se encuentran actual o potencialmente dos o más empresarios que, operando en el mismo ámbito del mercado, ofrecen bienes o servicios susceptibles de satisfacer, incluso con medios diferentes, la misma necesidad, y que se encuentran en una situación de conflicto de interés frente a la clientela”³.

El Preámbulo de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, señala que la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esto, para el consumidor se traduce en una reducción de precio a la hora de adquirir determinados productos o servicios, o un aumento de la cantidad ofrecida por el mismo precio. Como consecuencia última, repercute en el incremento del bienestar del conjunto de la sociedad⁴.

Para alcanzar esta competencia efectiva, surge el denominado Derecho de la competencia como una rama del Derecho mercantil que tiene por finalidad asegurar y promover la sana competencia entre las empresas que participan en el mercado, protegiendo los derechos e intereses de los consumidores, y mejorando y protegiendo a su vez la calidad de los bienes y servicios⁵. El Derecho de la Competencia regula la actividad de los operadores en el mercado y la forma de actuar de estos en el mercado.

¿Pero, por qué es necesario el Derecho de la competencia?

En aquellos países con una economía de mercado, el Derecho y las políticas de la Competencia cobran una especial importancia, puesto que el Estado (o Estados en el caso de la Unión Europea) trata de garantizar que el sistema económico funcione de forma competitiva, garantizando que la libertad de los individuos a la hora de consumir bienes o servicios quede asegurada.

Una mejor competencia conllevará que un mayor número de sujetos ofrezcan un producto o servicio en el mercado, reduciendo por ello el precio de adquisición y a su vez (y por regla general) un aumento de la demanda, puesto que a los adquirentes habituales

³ BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 2021. pp 165-224.

⁴ Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁵ <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/derecho-de-competencia/>

se van a incorporar otros nuevos que, tras una bajada de precio, pueden adquirir esos productos o servicios⁶.

Por tanto, las políticas de defensa de la competencia tienen como objetivo que las empresas compitan entre sí, ofreciendo un producto o servicio en el mercado, generando un beneficio a los consumidores que podrán elegir entre productos y servicios de mayor calidad, accediendo a ellos a un menor precio. Esto estimula la innovación y el avance tecnológico de las empresas, utilizado para poder diferenciarse del resto de competidores del mercado.

1.3 Panorama histórico y cronología del derecho de la competencia europeo

1.3.1 Origen del Derecho de la Competencia en el ámbito europeo

En el ámbito europeo, podemos establecer como punto de inicio del Derecho de la competencia, la firma del Tratado CECA en 1951 y el Tratado de Roma o Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957. Uno de los principales objetivos y puntos en común de ambos tratados, es su visión respecto del libre mercado, el pensamiento económico liberal y el principio de libre competencia como rector de la vida económica. De hecho, uno de los principales objetivos del Tratado de Roma fue la instauración de un mercado común basado en un régimen de libre competencia. Así, el artículo 3.a) del Tratado prevé la supresión de los derechos de aduana y de las restricciones a la libre circulación de mercancías en el mercado común; en el mismo precepto en el apartado f) impone el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en dicho mercado⁷.

En ambos Tratados se sientan las bases del Derecho de la competencia europeo basado en:

- La apertura del mercado nacional respecto del resto de países de la Unión a través de un mercado interior, prohibiendo aquellos acuerdos que conlleven un reparto del mercado o tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia afectando al comercio de los Estados Miembros: *“El apartado 1 del artículo 81 prohíbe todos los acuerdos*

⁶ FERNÁNDEZ LOPEZ, Juan Manuel. *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Navarra: Aranzadi, 2010. pp217 -222.

⁷ FERNÁNDEZ LOPEZ, Juan Manuel. *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*. Pamplona. Editorial Aranzadi, 2010. Pp 218.

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”⁸.

- Evitar el abuso de posición dominante por parte de las grandes empresas que se encuentran en esa situación; Las empresas pueden desarrollarse libremente, pero tienen límites al abuso de poder. El Artículo 82⁹ del Tratado de la Comunidad Europea (en lo sucesivo TCE) prohíbe el abuso de una posición dominante en el mercado por parte de una o varias empresas. Se trata del actual artículo 102 TFUE que establece que será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, por parte de una o más empresas.
- Se desarrolla el principio de equidad económica, a través de:
 1. El antiguo artículo 31 TCE, actual artículo 37 TFUE, pretendía regular los monopolios, y que las autoridades de los Estados Miembros, adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de modo que, se excluyese cualquier tipo de discriminación entre los nacionales de los Estados Miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado
 2. La aplicación de las normas de competencia a las *empresas públicas* a raíz de lo establecido en el artículo 86 TCE, actual artículo 106 TFUE, “*Los Estados Miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado.*”
 3. Y el control de las *ayudas públicas* a través del artículo 87 TCE, actual artículo 107 TFUE, que señala que “*las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales*” que bajo cualquier forma amenacen o puedan distorsionar la libre competencia, beneficiando a determinadas empresas o producciones, serán incompatibles con el mercado común.

1.3.2 La Comisión y la Política Económica Europea

La Comisión es el órgano europeo responsable de la efectiva aplicación de los tratados, así como de la correcta aplicación del Derecho de competencia europeo. De esta forma, la Comisión guía sobre cómo ha de ser el modo de proceder de las empresas o dirige su

⁸ Artículo 81 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

⁹ Artículo 82 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

actividad, en el caso de que estas a través de su comportamiento estuviesen a punto de vulnerar el Derecho de la competencia.

Tras la creación del mercado único se hizo imprescindible la creación del Derecho de la Competencia, el cual pasó a formar parte de la “Política Económica” europea. De este modo, todas las normas relativas a esta materia, son adoptadas por los distintos Estados Miembros y, por ende, las empresas que operan en esos Estados deben respetarlas.

En este punto es necesario recalcar que las políticas europeas sobre competencia han de ser aplicadas al mismo tiempo que la ley nacional sobre competencia; es decir, ambas legislaciones son de aplicación de manera simultánea. Aunque cabe destacar que, en caso de divergencia, prevalecerá la norma europea sobre las nacionales (en razón del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea). Es más, la legislación europea puede ser invocada directamente por cualquier persona ante los tribunales de cualquier Estado Miembro, aunque esta contradiga la ley nacional, o también, en el caso de que todavía no se hubiese producido la transposición de una directiva europea podrá, de igual manera, ser invocada ante cualquier tribunal.

Cabe destacar que durante los años 2004-2005, se introdujeron una serie de reformas de la política de competencia para mejorar la supervisión por parte de la Comisión. Esta evolución normativa consistió en fomentar el establecimiento de organismos reguladores de la competencia en los Estados Miembros. En el caso de España, es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo CNMC) el organismo que promueve y preserva el buen funcionamiento en España de todos los mercados en interés de los consumidores y de las empresas¹⁰.

El antiguo artículo 81 TCE, actual artículo 101 TFUE, establece en su primer apartado que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre empresas que afecten al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia.

Sin embargo, en el mismo artículo 101 TFUE, en su apartado tercero admite que hay determinadas conductas que a priori podrían considerarse anticompetitivas, pero que en circunstancias excepcionales pueden ser permisibles, cuando de dicha conducta se obtienen mayores efectos beneficiosos sobre la competencia que negativos.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc>

La Comisión, es el único órgano con la facultad de hacer excepciones a las normas de competencia. Por ello, ha dado luz verde a una serie de situaciones anticompetitivas a través de los conocidos como reglamentos de exención por categorías. Actualmente, estos reglamentos incluyen excepciones a los siguientes tipos de acuerdos: Acuerdos de menor importancia (empresas con una cuota de actividad inferior al 10 % del mercado; de distribución en exclusiva; de compra exclusiva; de licencias de patentes; de franquicia, etc.

La Comisión ha establecido un sistema de disuasión y castigo a base de multas, para aquellos que incumplen el Derecho de competencia, acarreando una serie de consecuencias económicas para sus infractores. Para calcular en cuánto resultaría esta sanción, se parte del porcentaje de las ventas anuales que ha obtenido la empresa comercializadora del producto. Normalmente se tienen en cuenta las ventas de los productos afectados en el último año en el que se produjo el incumplimiento.

1.4 La política de defensa de la competencia en los tratados europeos

1.4.1 Ordenamientos aplicables y órganos de control

Profundizando en el estudio del Derecho de la Competencia europeo, hemos de volver a mencionar al “mercado interior” entendiéndolo como aquel mercado en el cual los bienes, servicios y capital se mueven libremente, así como los ciudadanos europeos, que son libres de moverse entre los distintos Estados Miembros. Desde su creación en 1993, la UE tiene competencia exclusiva en el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para su funcionamiento (artículo 3.1 TFUE), reduciendo de este modo muchas barreras comerciales¹¹.

Dentro del marco de la UE, la Comisión Europea controla aquellas prácticas consideradas contrarias a la competencia que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros, y estas decisiones de la Comisión Europea son recurribles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹².

Las instituciones de la UE se limitan a ejercer un control administrativo, declarando prohibida una práctica, exigiendo su cese e imponiendo una sanción económica. Pero, en

¹¹https://eurlex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24

¹² CRUZ RIVERO, DIEGO. *Acceso a la Abogacía II*. Madrid. Tecnos 2018. pp. 1021

ningún caso, el TJUE o la Comisión Europea pueden estimar la existencia de daños y perjuicios o conceder una indemnización a los particulares afectados.

1.4.2 Conductas que distorsionan la libre competencia

La legislación europea establece mecanismos para prevenir aquellas actividades que puedan distorsionar la libre competencia, siendo estas:

- La creación de un cártel. Implica que determinadas empresas pactan un acuerdo para fijar un precio uniforme para un mismo producto, limitando su producción o repartiéndose el mercado.
- Abuso de una posición dominante. Consiste en la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado. Tanto el artículo 2 LDC como el 102 TFUE, no prohíben la existencia de la posición dominante (que puede llegar a darse por la propia estructura del mercado), sino que lo que se prohíbe es que se produzca un abuso de dicha posición¹³.
- Concentración de empresas. Se trata de operaciones que provocan un cambio duradero y estable en la estructura de una o varias empresas, ya sea porque existe una fusión de dos o más empresas anteriormente independientes; una adquisición del control de una empresa sobre una o varias empresas; o la creación de una empresa en participación. Es por ello, que este tipo de operaciones debe ser aprobada previamente puesto que pueden suponer una amenaza para la competencia en ese mercado¹⁴.
- Ayudas Públicas. La Comunicación de la Comisión ofrece una definición de ayudas estatales conforme al artículo 107 TFUE (DO C 262, de 19 de julio de 2016), entendiéndolos como la concesión que un Estado hace a una empresa, empresas o producciones, a través del trasvase de fondos públicos, y que aporta a esta última una ventaja directa o indirecta respecto del resto de competidores del mercado.

Explicuemos con más detenimiento el contenido de cada una de ellas:

¹³ CRUZ RIVERO, DIEGO. Acceso a la Abogacía II. Madrid. Tecnos 2018. pp. 1022

¹⁴ BRIONES ALONSO, Juan; FOLGUERA CRESPO, Jaime; FONT GALARZA, Andrés; NAVARRO VARONA, Ederne. *El control de concentraciones económicas en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons 1999. pp35

1.4.2.1 Acuerdos colusorios y prácticas concertadas entre empresas

El artículo 101 del TFUE señala que los acuerdos colusorios y prácticas concertadas entre empresas quedarán prohibidas siempre que tengan por objeto alterar, falsear o impedir la libre competencia dentro del mercado¹⁵.

Para considerar que una práctica alcanza este resultado colusorio, la conducta colusoria habrá de tener por objeto o producir el efecto de “*impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior*”¹⁶. No es necesario que se llegue a producir el resultado, será suficiente con que exista la posibilidad de producirse, sin importar la voluntad o intención de las partes¹⁷.

Las empresas que lleguen a estos acuerdos o concierten prácticas, no han de ser necesariamente competidoras, es más, podemos diferenciar entre los conocidos como acuerdos verticales y horizontales. Los primeros, son celebrados entre empresas que se encuentran en distintas fases de la cadena productiva, mientras que, por otro lado, los acuerdos horizontales se celebran entre empresas en la misma etapa de la cadena de producción. Este último caso sería el de *Coca-Cola* y *Pepsi*, dos empresas que actúan en el mismo mercado: la comercialización de refrescos, mientras que el primero de los casos, podría darse entre *Coca-Cola* y una empresa de azúcar que le suministre este ingrediente necesario para producir sus refrescos.

Los efectos del acuerdo o práctica deberán verse reflejados en el interior de algún o algunos Estados Miembros, independientemente de que este haya sido acordado dentro de la UE o que los sujetos participantes pertenezcan a un Estado Miembro. A título de ejemplo, en el caso *Pasta de Madera*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 27 de septiembre 1988, desestimó la anulación de una decisión de la Comisión en la cual se aplica una serie de sanciones a un grupo de productores de pasta de madera finlandeses que concertaron los precios de su producto, y cuyos efectos se vieron reflejados en el mercado interior.¹⁸ En aquel entonces, Finlandia todavía no era un Estado Miembro, no lo

¹⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 101.

¹⁶ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 101.

¹⁷ BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 2021. pp 165-224.

¹⁸ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso *Pasta de Madera*. Sentencia de 27 de septiembre 1988. Considerando 33.

fue hasta su entrada en el año 1995, pero a pesar de ello, en este caso, en el año 1988 le fue aplicable el Derecho comunitario.

La Comisión señala mediante unos umbrales de cuotas de mercado, circunstancias en las cuales, a través de un acuerdo, se puede llegar a impedir, restringir o distorsionar la competencia. En algunas ocasiones dichos acuerdos tienen unos efectos tan “insignificantes” en el mercado, que no llegarían a estar prohibidos en términos del artículo 101 TFUE¹⁹. El apartado 3 hace referencia a cuotas: 3. En la presente Comunicación, la Comisión indica, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, las circunstancias en las que considera que los acuerdos que puedan tener como efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior no constituyen una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 101 del Tratado.

Esta definición negativa de lo «sensible» no implica que los acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación constituyan una restricción sensible de la competencia. Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud del artículo 101, apartado 1, del Tratado.

En base a la Comunicación *de minimis*, DO C 291, de 20 de agosto de 2014, la prohibición del artículo 101 TFUE no se aplicará a aquellas conductas de “menor importancia”, cuando los efectos sobre la competencia o el comercio de los Estados Miembros no son “sensibles”²⁰. Las prácticas colusorias que quedan amparadas por esta exención, serán aquellas que puedan llegar a tener un efecto perjudicial para la competencia en el mercado interior (que no sensible), aunque no tengan como objeto la restricción de la libre competencia.

Existe una serie de casos, en los cuales la Comisión no iniciará de oficio ni a instancia de parte un expediente sancionador:

¹⁹ Apartado 3. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis)

²⁰ Apartado 3. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis)

- Si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados, cuando las partes del acuerdo son competidores reales o potenciales entre sí. Regla igualmente aplicable, si no es posible determinar que el acuerdo es entre competidores o no competidores.
- Si la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo, no excede el 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por dicho acuerdo, si este existe entre no competidores.
- En los supuestos donde la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por diferentes proveedores o distribuidores, los umbrales de cuota de mercado anteriores, se reducirán a un 5% en ambos casos (tanto acuerdos entre competidores como no competidores).

En estos casos, la cuota de mercado se calcula en base al valor de las ventas (o el valor de las compras en su caso). Aunque, de demostrar su buena fe y no superar los porcentajes detallados, la Comisión no impondrá multa a esas empresas.

1.4.2.2 Abuso de posición dominante

El artículo 102 TFUE prohíbe comportamientos que, en la medida en que pueda afectar al comercio de los Estados Miembros, comporten un abuso de posición dominante por parte de una o varias empresas en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo²¹.

Lo que se pretende evitar es que aquella empresa o empresas que hayan conseguido una posición dominante en el mercado no ejerzan un abuso de su poder o influencia sobre este, no prohibiendo, por tanto, la existencia de una posición dominante.

El TFUE señala que solo estará prohibida por el Derecho de la UE aquella posición dominante que afecte al comercio entre los Estados Miembros.

De este modo, el artículo 102 TFUE detallar algunas conductas que son consideradas como abusivas, según dicta el propio tratado:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*

²¹ Artículo 102 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *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*²².

En las normas no se define específicamente “posición dominante”, pero podemos considerarlo como aquella situación en la cual uno o varios empresarios (de forma concertada) actúan en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, y tienen capacidad para imponer sus condiciones comerciales en un mercado relevante²³.

Uno de los puntos más conflictivos y a la vez más relevantes sobre esta cuestión, es la determinación del mercado relevante en el que se opera. Este deberá estar identificado de forma objetiva (es decir, deben existir productos o servicios sustitutivos en ese mercado) territorial y temporalmente. El principal criterio utilizado a la hora de determinar si se encuentra esa o esas empresas en una posición dominante es tomar como referencia su cuota de mercado, aunque no exclusivamente, puesto que existen otros parámetros a tener en cuenta son la propia estructura del mercado o el número de competidores que operan en ella.

En la famosa sentencia de *United Brands Company*, el principal problema con el que se encontró el Tribunal fue la fijación del mercado de referencia en el cual se operaba. En este caso la parte demandante alegó que los plátanos formaban parte del mercado de las frutas frescas, puesto que esta fruta es fácilmente intercambiable o sustituible por otras como las manzanas o las uvas. Por otro lado, el mercado de referencia también podía ser exclusivamente el del plátano puesto que constituye un mercado suficientemente homogéneo y distinto debido a las características de esta fruta (Ricos en Potasio, no es una fruta de temporada, fácil de trasladar, etc...) comparado con el resto de frutas frescas²⁴.

²² Artículo 102 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²³ CRUZ RIVERO, DIEGO. *Acceso a la Abogacía II*. Madrid. Tecnos 2018. pp. 1023

²⁴ Considerando 12. Caso *United Brands*. Sentencia de 14 de febrero de 1978. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Además, el TJUE en su Sentencia de 9 noviembre de 1983 se pronuncia en el Caso Michelin, sobre que entiende por abuso de posición dominante, entendiéndola como aquella *“posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándose comportarse, en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes”*²⁵.

1.4.2.3 Concentraciones Económicas

Al igual que en los anteriores puntos, tanto el derecho interno español y europeo, ofrecen una definición muy similar de concentraciones económicas.

En el derecho europeo, esta práctica encuentra su desarrollo en el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 (en adelante RCC), y encontramos una definición sobre la concentración económica en su artículo 3 como *“los cambios duraderos del control como consecuencia de fusión, o por medio de operaciones en las que una o más empresas adquieran el control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, mediante toma de participaciones en el capital, compra de activos, o contrato”*²⁶.

Las concentraciones económicas se producen cuando una única empresa o varias modifican su control por la fusión de varias de ellas, por una adquisición de una empresa o de parte de ella por otra, o por la creación de una empresa en participación, cuando estas lleven a cabo las funciones de una entidad autónoma²⁷.

No se ha de ver este tipo de operaciones como algo negativo, es más, se hacen muy necesarias en el entorno globalizado y competitivo en el que operan los mercados de los Estados Miembros, pudiendo aumentar la competitividad de la industria europea²⁸.

En el caso de que dos o más empresas deseen realizar esta operación, deberán obligatoriamente notificar con carácter previo a las autoridades de la competencia (en el caso europeo, es la Comisión) y siempre y cuando tenga una dimensión comunitaria que

²⁵ Considerando 30. Caso Michelin. Sentencia de 9 de noviembre de 1983. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

²⁶ Reglamento (UE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

²⁷ <https://www.iberley.es/temas/concentraciones-empresariales-44081>

²⁸ Artículo 4 Reglamento Comunitario de concentraciones n°139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004.

pueda afectar al mercado interior puesto que, se ven involucradas empresas de distintos Estados Miembros. El artículo 4.1 RCC prevé la posibilidad de la notificación previa, cuando de buena fe se demuestre la intención de llegar a un acuerdo.

¿Cuándo será preceptiva la autorización por parte de las autoridades comunitarias sobre este tipo de operaciones? Como requisito fundamental, estas operaciones deben afectar al mercado común como se ha explicado en el párrafo anterior. Además, debe tratarse de una operación de gran entidad donde las empresas que participan en dicha concentración dispongan de un volumen de negocios a nivel mundial superior a 5.000 millones de euros y, el volumen individual de negocio a nivel de la UE, de al menos dos de las empresas participes deberá superar los 250.000 millones de euros.

De no alcanzarse estas cifras, alternativamente, se tendrán en consideración aquellas operaciones en las cuales el volumen de negocio de las empresas implicadas supere a nivel mundial los 2.500 millones de euros y, en al menos 3 Estados Miembro, los 100 millones de euros y el realizado por al menos dos empresas individualmente, supere los 100 millones de euros en la UE y los 25 millones en los tres Estados Miembros referidos. Este volumen en sus dos terceras partes no podrá pertenecer exclusivamente a un solo Estado Miembro, puesto que en ese caso pasaría a ser legítimo para resolver sobre la cuestión, el propio Estado Miembro²⁹.

En el caso de existir dudas sobre dicha concentración y si esta es incompatible con el mercado común, se denegará la posibilidad de llevar a cabo la operación.

1.4.2.4 Ayudas Públicas

La normativa europea señala en su artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que serán incompatibles con el mercado común “*las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*”.

²⁹ BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 2021. pp 188.

Basándose en jurisprudencia, la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal, conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, desarrolla como la figura de las ayudas estatales³⁰.

Estas ayudas o subvenciones es muy probable que tenga un efecto restrictivo sobre la competencia y el comercio entre Estados Miembros si el beneficiario de ellas opera en el mercado común, independientemente del tipo de actividad a la que se dedique.

La Comisión Europea y el TJUE han sostenido en reiteradas ocasiones que el tamaño del beneficiario o la cuantía de la ayuda recibida es irrelevante para determinar si la ayuda tiene un efecto adverso o no sobre la competencia. Por ello, no es relevante la cuantía de la ayuda o el tamaño de la empresa que la recibe, es suficiente con que exista un efecto de distorsión o de amenaza a la libre competencia³¹.

La competencia puede llegar a distorsionarse, aunque la ayuda pública concedida por un Estado Miembro a una empresa o entidad no les ayude a expandirse y conseguir mayores cuotas de mercado. Será con que esta ayuda permita mantener una posición competitiva más fuerte respecto al resto de competidores. Por tanto, la ayuda debe considerarse una distorsión de la competencia puesto que a menudo otorga a su beneficiario una ventaja desproporcionada, al liberarlo de los costes propios de la gestión corriente con los que normalmente debería haber cargado.³²

La concesión de este tipo de ayudas no está totalmente bloqueada, en determinados casos será admitida y serán compatibles con el mercado interior, como señala el apartado 2º y 3º del artículo 107 TFUE.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;*

³⁰ Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, apartado 81.

³² Considerando 189. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;*

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;*
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;*
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;*
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común; e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.*

1.5 Derecho de la competencia en España

El Derecho de la competencia es único para todo el territorio nacional. El artículo 149.1.6^a de la Constitución Española es el que atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre legislación mercantil, y más adelante en el mismo artículo apartado 1.13^a se establece la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Al igual que en el ámbito europeo, el control de las prácticas restrictivas de la competencia se realiza ante sede administrativa, que declarará que esa conducta está prohibida e impondrá en consecuencia una sanción, y es que, solo ante el Juzgado de lo Mercantil puede reconocer una indemnización a los terceros afectados.

En España, son dos leyes las que principalmente conforman el Derecho de la competencia español. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991 de competencia desleal (en adelante LCD). Es habitual confundir y mezclar la competencia

desleal con conductas contrarias al derecho de competencia, puesto que ambas tienen similitudes, pero se trata de materias distintas³³.

El Derecho de la competencia europeo y español tienen estructuras similares en sus legislaciones. La ley nacional toma muchos conceptos y modos de regular determinadas figuras del Derecho de la competencia de la forma en la que lo ha hecho el Derecho europeo. Como en la práctica podemos comprobar que constantemente se repiten muchos conceptos y definiciones, no nos detendremos tanto en su explicación puesto que existen muchas similitudes.

1.5.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)

La Ley 15/2007 de defensa de la competencia, en vigor desde el 1 de septiembre de 2007, introdujo importantes cambios institucionales, legales y procedimentales en el sistema de defensa de la competencia en España. Pasemos a detallar algunas de las conductas que recoge esta ley:

1.5.1.1 Conductas colusorias

Una definición muy parecida a la que existe en el Derecho Europeo, sobre las conductas colusorias existe en el Derecho Español. El Art. 1 LDC entiende por prácticas colusorias a los acuerdos entre empresas, decisiones o recomendaciones colectivas y prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que tengan por objeto, produzcan, o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

A la definición general, se añade a modo de ejemplo un catálogo de conductas que se consideran colusorias, a saber: la fijación de precios o de otras condiciones comerciales; la limitación del desarrollo industrial, comercial, financiero o técnico; el reparto de los mercados así como las fuentes de abastecimiento o aprovisionamiento; la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; o la subordinación de la celebración y el perfeccionamiento de los contratos a la aceptación de una serie de prestaciones suplementarias³⁴.

³³ https://protecciondatos-lopd.com/empresas/ley-de-competenciasdesleal/#Que_es_la_competencia_desleal

³⁴ Artículo 1.1 Ley de Defensa de la Competencia.

De este primer apartado del artículo 1 LDC podemos resumir en cuatro las conductas prohibidas por el Derecho de la competencia español:

- *Acuerdos*, incluyendo de ese modo a los contratos.
- *Decisiones o recomendaciones colectivas*; tomadas por asociaciones, fabricantes, o por ejemplo Colegios de profesionales. Para que estos actos se consideren colusorios deben producir una restricción, un impedimento o un falseamiento de la competencia en todo en parte del mercado nacional.
- *Prácticas concertadas*; “Se trata de una conducta restrictiva de la competencia resultado de la coordinación entre empresas que deriva de un acuerdo tácito o, más frecuentemente, de un acuerdo explícito que no es posible acreditar mediante pruebas directas”³⁵.
- *Prácticas o conductas que son conscientemente paralelas*; existe cuando dos o más competidores se abstienen de competir a través de una actuación coordinada, sin previo acuerdo jurídico y de forma consciente.

Será suficiente con que se pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, independientemente del resultado final.

En el caso de que se diera alguna de las situaciones mencionadas, las consecuencias de llevar a cabo tales acuerdos conllevarán a la nulidad de pleno derecho debido a que son declarados incompatibles con el mercado común, sin perjuicio de las posibles sanciones que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) pueda imponer.

Es posible que dependiendo del tipo de práctica concertada, esta pueda ser admitida siempre y cuando impliquen mayores ventajas para los consumidores que desventajas; contribuyan a mejorar la producción, comercialización o distribución de productos/servicios; cuando contribuyen al progreso técnico o económico; o cuando cumplen con los requisitos de exención. Explicaremos más adelante que requisitos y qué implica esta exención³⁶.

³⁵ Definición RAE – Práctica concertada. Diccionario panhispánico del español jurídico, 2022. <https://dpej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-concertada>

³⁶ Artículo 1.3 Ley de Defensa de la Competencia.

1.5.1.2 *Abuso de posición dominante*

En el artículo 2 LDC se expresa que quedará prohibida la “*explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”³⁷. Por tanto, al igual que el derecho europeo lo que realmente se prohíbe es el abuso de la posición la cual ostenta esa o esas empresas en posición de dominio, no por ello prohibiendo o vetando los monopolios o que una empresa ostente una posición dominante respecto al resto de sus competidores.

El derecho de la competencia español incluye como abuso de posición dominante, la negativa injustificada por parte de una empresa o grupo de empresas en posición de dominio a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios³⁸.

Por último, en el apartado tercero del artículo 2 LDC se indica que “*La prohibición (...) se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal*”. En España existen monopolios legales o también llamados monopolios legales, en los cuales para que una empresa pueda operar en un mercado específico precisaran de la concesión de una franquicia pública, una licencia gubernamental, una patente o por derechos de autor. Algunos ejemplos son AENA o Renfe.

1.5.2 *Ley 3/1991 de Competencia Desleal*

Me detendrá muy brevemente en la explicación de esta ley. Por Competencia Desleal podemos entender toda aquella actividad realizada por empresarios o profesionales con la finalidad de obtener una ventaja sobre los competidores y que sean contrarias a la buena fe. La Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD), distingue entre actos de competencia desleal puesto que en el mercado operan sujetos de distinta índole, siendo necesario diferenciar entre los consumidores y los empresarios.

Se refiere a toda actuación de empresarios o profesionales en el mercado que pueda ser percibida como contraria a la buena fe con el fin de obtener una ventaja competitiva. Las conductas desleales de comerciantes o profesionales que distorsionen o puedan distorsionar el comportamiento económico de los consumidores se entenderán contrarias a los requisitos de buena fe.

³⁷ Artículo 2 Ley de Defensa de la Competencia.

³⁸ Artículo 2.1 c) Ley de Defensa de la Competencia.

LCD protege los intereses de privacidad de los empresarios y también protege los intereses de los consumidores. El artículo 3 de esta Ley establece de manera sucinta y clara que “La Ley se aplicará a los empresarios, profesionales y cualquier otra persona física o jurídica que participe en el mercado”.

1.6 Organismos relevantes

En España, se aprueba en el año 2002 el Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Unión Europea.

Este reglamento pretende establecer un régimen que garantice que no se falsee la competencia en el mercado, y que las autoridades de la competencia y los tribunales velen por la aplicación eficaz y uniforme de las normas de la competencia.

1.6.1 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se constituye como una autoridad pública de entre las previstas en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

Esta institución se regula en la Ley 3/2013, de 4 de junio, por la que se crea la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia. Tiene por objeto asegurar, mantener y promover un funcionamiento uniforme, transparente y una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos en beneficio de los consumidores y usuarios.

Desempeñará sus funciones en todo el territorio español y en todos los mercados o sectores económicos. Ejercer funciones de supervisión y arbitraje, aplicación de la normativa de defensa de la competencia, toma acciones y decisiones sobre el uso de mecanismos de cooperación, promueve y realiza investigaciones en materia de competencia, resuelve conflictos que puedan surgir entre distintos operadores económicos, entre otras funciones. Todas ellas se encuentran recogidas en el artículo 5 de la Ley 3/2013.

La CNMC surge en el año 2013 tras integrar en un único organismo, los seis organismos supervisores que estaban en funcionamiento en España en ese momento: La Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal, Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

La CNMC se constituye principalmente en dos órganos de gobierno: el Consejo y el Presidente, que también lo es de su Consejo.

El Consejo es un órgano colegiado de decisión, compuesto por diez miembros nombrados por el Gobierno. El mandato de estos miembros dura 6 años y no es renovable.

El Consejo puede actuar en Pleno o en Sala. Se estructura en dos salas, la primera de ellas es la Sala de Competencia dedicada a temas de competencia y la segunda es la Sala de Supervisión Regulatoria, destinada a la supervisión de sectores regulados. Por otro lado, el Pleno está integrado por todos los miembros del Consejo y lo preside el Presidente.

Podrá presentar denuncia ante la CNMC cualquier persona física o jurídica que tenga conocimiento de la transgresión de las normas que vigila la CNMC.

1.6.2 Consejo de Ministros

El Consejo de ministros, según la Carta. 14 de la Ley de Defensa de la Competencia, puede participar en los procedimientos de control de concentración de empresas. Este control debe realizarse de conformidad con el art. 60 de la Ley de Defensa de la Competencia.

1.6.3 Órganos de las Comunidades Autónomas

El artículo 13 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas son competentes para aplicar la Ley. La CNMC busca la colaboración de todas las autoridades en materia de protección de la competencia y la actuación coordinada entre las Comunidades Autónomas y el Estado.

Las competencias de las comunidades autónomas se ejercerán en el seno de cada comunidad de acuerdo con las competencias ejecutivas establecidas en el artículo. 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, relativas a la prohibición de la colusión, el control del abuso de posición dominante y la distorsión de la libre competencia por prácticas desleales. Estos derechos también deberán ejercerse de acuerdo con la Ley de Coordinación de Poderes del Estado y las Comunidades Autónomas n.º 1/2002, de 21 de febrero.

1.6.4 Comisión y Tribunal de primera instancia

Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho comunitario, la defensa de la competencia será compatible con las decisiones de la Comisión Europea de conformidad con la aplicación de las disposiciones del Tratado sobre capacidad de la Unión Europea.

El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas también participará en la consideración de los recursos.

CAPÍTULO II: EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

2.1 Introducción y normativa aplicable

Aunque una de las conductas más habituales de infracción del Derecho de la competencia en España sea el intercambio de información entre empresas competidoras³⁹, no exista una regulación legal específica que regule este tipo de conductas. Es la práctica decisoria de las autoridades de la competencia, tribunales y Directrices europeas, las que cobran mayor peso a la hora de atenerse a la legalidad respecto a esta materia⁴⁰.

Como hemos resaltado en anteriores ocasiones, en España, la norma fundamental que regula el Derecho de la Competencia es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, regula a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Se trata del órgano responsable de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia, promover y proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en todos

³⁹ WARD, Andrew y LAVANDEIRA SUÁREZ, Pablo. *Intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como Infracciones "por objeto*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n° 95 (2015): mayo-agosto. pp 39

⁴⁰ WARD, Andrew y LAVANDEIRA SUÁREZ, Pablo. *Intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como Infracciones "por objeto*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n° 95 (2015): mayo-agosto. pp 37-68

los sectores productivos y en todo el territorio nacional⁴¹. A nivel europeo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y las Distintas Directrices existentes regulan esta cuestión. En concreto cobran especial relevancia las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

Ya hemos analizado tanto el artículo 1 LDC como el 101 TFUE, y si hemos de extraer una conclusión de ambos artículos, es que, aunque no existe una prohibición expresa a los intercambios de información, al hacer mención de las prácticas concertadas, implícitamente se prohíben los intercambios de información entre competidores. Por ello, la normativa aplicable a los intercambios de información en la práctica corresponde a:

- Autoridades españolas de defensa de la competencia: CNMC y la Comisión Europea a nivel europeo.
- Jurisprudencia (tanto los tribunales nacionales como europeos).
- Las Directrices Horizontales (en los sucesivos DH). Regulan de forma detallada los principios generales de la evaluación de los intercambios de información entre competidores.

Desde el punto de vista práctico, generalmente las autoridades de la competencia se han centrado en el análisis de los intercambios de información entre competidores de tipo horizontal (es decir, empresas que se encuentran en el mismo nivel de producción o distribución).

Ha surgido la duda sobre si cabe el mismo análisis en los acuerdos verticales, es decir, aquellos acuerdos o intercambio de información entre empresas que se encuentran en niveles distintos de producción o de distribución. Aunque se han dado casos al respecto, no es frecuente que el intercambio de información que se pueda producir afecte a la competencia.

2.2 Clasificación de los intercambios de información entre competidores

⁴¹ (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946#:~:text=El%20t%C3%ADtulo%20tercero%20se%20refiere,en%20todo%20el%20territorio%20nacional.>)

Para continuar con nuestro estudio de los intercambios de información entre empresas, realizaremos una clasificación en base a los criterios expuestos por los autores ANDREW WARD y PABLO LAVANDEIRA en su estudio de los intercambios de información.

Así, podremos clasificar los intercambios de información entre empresas en tres rangos:

- 1) En primer lugar, podemos clasificar a los intercambios de información en aquellos en los cuales, los competidores comparten información de forma directa. Son aquellos intercambios de información conocidos como puros (*stand-alone*) o aislados (*párrafo 55 DH*).

Dice así: “(...) *El intercambio de información puede revestir diferentes formas. En primer lugar, los competidores pueden compartir datos de forma directa*”⁴².

- 2) En último lugar, en el párrafo 56 DH, se habla de acuerdos de cooperación horizontal. Se trata de un supuesto en el cual, aquellas empresas que se encuentran en un mismo nivel de producción e intercambian información (ej. sobre costes de producción).

En este tipo de supuestos habrá que poner en contexto y evaluar cuánto y en qué grado afecta al mercado y por ende, que efectos tiene para poder considerar que el acuerdo vulnera el Derecho de la Competencia.

- 3) (*Párrafo 59 DH*): El caso expuesto en el párrafo 59 de las Directrices horizontales, nos habla de aquellos acuerdos donde el intercambio de información supone un facilitador para la fijación de precios/cantidades o el reparto de mercados, es decir, si existe un cartel.

“La comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel”.

⁴² Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 55.

De la lectura de este artículo podemos extraer que el intercambio de información entre competidores, suele ser un elemento constitutivo de un cártel. Entra aquí en juego el conocido como programa de clemencia, que permite a las empresas que forman parte de un cártel y pongan en conocimiento de la Autoridad de Competencia su existencia, permitiendo a la Autoridad investigar éste, la exención del pago de la multa que pudiera corresponderle o, una reducción del importe de ésta, si la Autoridad ya tenía conocimiento de dicho cártel, si las empresas aportan elementos de prueba⁴³.

2.2.1 Programa de clemencia

Explicemos en mayor detalle en que consiste este programa de clemencia. Se trata de una política de gracia que tiene como consecuencia el perdón o la disminución de una sanción, aplicable a una determinada empresa como consecuencia de su implicación en un cartel. Para ello, la empresa deberá proporcionar información relevante sobre las actividades y acuerdos del cártel de forma que aporte suficientes pruebas o indicios para demostrar que existe ese cartel.

Estas pruebas pueden resultar de utilidad para que las autoridades de la competencia impongan sanciones a las empresas participes de ese cartel y este desaparezca. Al prometer a una de las partes intervinientes eliminar por completo o en parte la sanción que tendría que pagar por ser parte integrante de este cartel, se fomenta que alguno termine destapando la existencia de este cartel y sus integrantes.

2.2.2 Intercambio unilateral de información

¿Qué ocurriría en el caso de que una empresa unilateralmente, decidiese compartir información con otra u otras?

En esas circunstancias y en conclusión de lo expresado en los párrafos 62 y 63 Directrices Horizontales, si una empresa revela unilateralmente información que constituya secreto comercial a múltiples competidores vía telefónica o por correo, puede reducir la

⁴³ <https://www.cnmec.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia#:~:text=El%20programa%20de%20clemencia%20permite,si%20la%20Autoridad%20ya%20ten%C3%ADa>

incertidumbre estratégica en el mercado y aumentar el riesgo de disminución de la competencia⁴⁴.

Estas situaciones en las cuales una empresa revela información estratégica a sus competidores, se podrá considerar que estos últimos la aceptan y que incurren por tanto en una práctica concertada, independientemente del medio por el cual se transmiten estas informaciones (correo postal, llamadas telefónicas, reuniones, etc...), resulta indiferente el instrumento utilizado.

Es por ello, que no importa si solo es una empresa la que informa unilateralmente a sus competidores sobre su futuro comportamiento en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan entre sí sobre sus respectivas consideraciones e intenciones. En ambos casos, se reduce la incertidumbre estratégica a los competidores sobre las futuras políticas comerciales, reduciendo de esa forma la libre competencia y produciéndose un comportamiento colusorio⁴⁵.

El artículo 101 TFUE resultaría también aplicable en el caso de acudir a una reunión en la cual una empresa revela sus planes de precios a sus competidores, aunque no exista un acuerdo explícito para aumentar el precio⁴⁶.

Cuando una empresa recibe datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presume que aceptó la información y ajustó su comportamiento de mercado en consecuencia, a menos que indique explícitamente que no desea recibir tales datos⁴⁷.

⁴⁴ WARD, Andrew y LAVANDEIRA SUÁREZ, Pablo. *Intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como Infracciones "por objeto*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n° 95 (2015): mayo-agosto. pp 37-68

⁴⁵ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 62.

⁴⁶ Asunto T-202/98 y otros, Tate & Lyle/Comisión

⁴⁷ asunto C-199/92 P, Hüls

En relación a los anuncios, las Directrices horizontales en su párrafo 63⁴⁸ disponen que, por un lado, el hecho de que una empresa emita un anuncio públicamente y de forma unilateral, no constituye a priori un intercambio de información que restrinja la libre competencia, es decir, se trata de un comportamiento que se encuentra permitido. Sin embargo, este mismo párrafo 63 establece que constituirá un entendimiento común entre empresas, aquella sucesión de anuncios de distintas empresas competidoras, debido a que *“podrían resultar ser una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación”*.

2.3 Método de evaluación

En este punto, trataremos de analizar el método de evaluación utilizado, para determinar si el intercambio de información producido entre competidores constituye o no una práctica anticompetitiva que restringe la libre competencia del mercado.

Nuestro punto de inicio para entrar a analizar los intercambios de información, es entender cuáles son los acuerdos, prácticas y comportamientos que supongan una vulneración del Derecho de la Competencia, que ya han sido explicados en el Capítulo I del presente trabajo.

Por otro lado, el intercambio de información entre competidores no se ha de ver siempre como algo negativo, es más, en muchas ocasiones este comportamiento origina **eficiencias** del mercado donde los consumidores son los más beneficiados de ello. Así, el **párrafo 57** de las Directrices Horizontales enumera algunas de las ventajas que implica el intercambio de información:

- Reducción de la asimetría de la información. Se generan ineficiencias en el mercado debido a que algunas empresas disponen de más información sobre determinadas condiciones del mercado que otras, provocando que las primeras tengan una situación privilegiada respecto a las otras.
- Mejora empresarial a nivel interno comparando las prácticas propias de cada empresa con las de otros competidores que están siendo más eficientes. De esta

⁴⁸ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 63.

manera, se pondrán en práctica sólo aquellas conductas que resulten mucho más eficientes, mejorando de ese modo los beneficios de la empresa.

- Reducción de costes.
- Agilidad en la entrega de productos perecederos.
- Resolver el problema de la demanda inestable.
- A nivel consumidor, este obtendrá mayores facilidades a la hora de realizar búsquedas, ahorrando costes y aumentando sus posibilidades de elección respecto del producto que necesita.

Por otro lado, de los párrafos 65 a 71 de las Directrices horizontales, describen algunos problemas derivados del intercambio de información entre competidores:

- 1) *Puede producir un resultado colusorio.* El intercambio de información entre competidores facilita que sus comportamientos o conductas estén coordinadas/alineadas entre ellos, aumentando artificialmente la transparencia en el mercado⁴⁹.
- 2) *Puede crear exclusión anticompetitiva.* Aquellos competidores que no formen parte del acuerdo entre varias empresas, se posicionan en una situación de desventaja debido al hecho de no poder acceder a la información que si tienen aquellos competidores que intercambian esa información⁵⁰.

2.4 Intercambio de información entre competidores por objeto

El apartado 24 de las Directrices Horizontales nos da una breve explicación sobre qué se entiende por restricciones de la competencia por el objeto, incluyendo aquellas que, “*por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1*”⁵¹. No será necesario examinar los posibles o reales efectos en el mercado cuando el acuerdo tenga un objeto contrario a la competencia.

⁴⁹ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 65.

⁵⁰ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 66.

⁵¹ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 24.

Encontramos una definición más específica en el párrafo 72, considerando que cualquier intercambio de información que tenga como finalidad restringir la competencia se considerará como restricción de la competencia por objeto. Según el párrafo 25 DH, la Comisión tendrá en cuenta en la evaluación del carácter anticompetitivo de un acuerdo, el contexto jurídico y económico, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, es decir, el resultado que se pretende obtener con el acuerdo o práctica concertada y, por último, evaluará si por su propia naturaleza, el acuerdo es proclive a restringir la competencia⁵².

No hay que confundirlo con la intención de cada una de las partes (elemento subjetivo), es más, esta intención no es un factor necesario para determinar el carácter anticompetitivo del acuerdo, aunque la Comisión sí podrá tenerlo en cuenta para su análisis.

Son, por ejemplo, los casos detallados en el párrafo 73 de las Directrices Horizontales. El hecho de que determinadas empresas competidoras declaren de forma pública frente a otros competidores, cuál será su “*conducta relativa a precios o cantidades*”⁵³, puede conducir a resultados colusorios.

Además, de que este tipo de intercambio es poco probable que favorezca la competencia, cuando diversos competidores de manera unilateral hacen pública este tipo de información, se corre el riesgo de alcanzar un nivel más alto de precios, sin que las empresas tengan riesgo de perder cuota de mercado o se desencadene una guerra de precios durante el ajuste a esos nuevos precios.

Por guerra de precios, hemos de entender aquellas situaciones en las cuales se produce una continua disminución de precios en una industria concreta, generando una espiral de bajada de precios entre el resto de competidores. Usualmente las guerras de precio son iniciadas por uno de los competidores que quiere ganar mercado atrayendo clientes provenientes de productos o servicios sustitutos o de la competencia directa⁵⁴.

⁵² Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 72.

⁵³ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 73.

⁵⁴ <https://bienpensado.com/como-sobrevivir-a-una-guerra-de-precios/>

En el caso de que los competidores de un determinado sector, compartieran de manera unilateral información relativa a su futuro comportamiento respecto a precios o cantidades, reducirían en gran medida la posibilidad de que se produzca una guerra de precios.

En el punto 105 Directrices Horizontales⁵⁵, se explica un ejemplo de una situación en la cual se produce un intercambio de información de precios futuros que restringe la competencia por el objeto.

“Situación: Una asociación de empresas de autocares del país X difunde información individualizada sobre los precios futuros previstos sólo a sus empresas miembros. La información contiene varios elementos, tales como el precio previsto y la ruta a la que se aplica el precio, las posibles restricciones a este precio, tales como qué consumidores pueden comprarlo, si se exige el pago por anticipado o una estancia mínima, el periodo durante el cual pueden venderse los billetes a ese precio (primer y último día de venta de billetes), y el tiempo durante el cual puede utilizarse para el viaje el billete a ese precio (primera y última fecha de viaje”.

¿Por qué en este caso se restringe la competencia por objeto? Pues bien, en el caso, una asociación de empresas de autocares decide compartir entre sus miembros cuál es la previsión de precios que se aplicará a los viajes de una determinada ruta, además de otra serie de elementos; La asociación, al divulgar precios futuros entre sus asociados está facilitando que cada una de las empresas asociadas pueda ajustar los precios, al conocer el precio futuro de sus competidores, ya sea igualando incrementos, o bien no haciéndolo. En caso de que estas no modifiquen sus precios, las empresas que anunciaron incrementos, podrán revisar sus anuncios. Se establecería un proceso de revisión de precios que convergiría en un nivel de precios anticompetitivos cada vez mayor, todo ello facilitado por la difusión de los precios futuros entre los asociados. Si no se hubiese publicado estos precios, no se darían estos ajustes que convergen en precios superiores.

2.5 Intercambio de información entre competidores: posibles efectos restrictivos

Para el análisis del impacto real o potencial del intercambio de información en el mercado, este se deberá realizar de forma individual, es decir, caso por caso y en base a dos aspectos fundamentalmente: Las características del mercado para el intercambio de información y las

⁵⁵ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 105.

características del intercambio de información⁵⁶. Aunque estas dos características sean las principales, hay que tener en cuenta que existen otras que también pueden ser importantes para calificar determinados intercambios de información.

2.5.1 Características del mercado

En mercados “transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos”⁵⁷ será mucho más sencillo llegar a un resultado colusorio, puesto que las características iniciales del mercado facilitan que, a través de un intercambio de información, se alcance dicho resultado.

De hecho, el intercambio de información entre competidores puede mejorar la transparencia del mercado al limitar la incertidumbre en los datos estratégicos más relevantes como el *precio*, la *producción* o la *demanda*.

Pero el aumento de la transparencia del mercado, no es el único modo de facilitar un resultado colusorio a través del intercambio de información. Este resultado también podrá alcanzarse reduciendo la complejidad del mercado, limitando la inestabilidad o compensando la asimetría.

Otro aspecto a tener en cuenta y que determinará la posibilidad de que el intercambio tenga un efecto restrictivo de la competencia, es la combinación de un nivel de transparencia preexistente con la forma en que el intercambio de información modifica dicho nivel⁵⁸. Para alcanzar un resultado colusorio, cuanto menor sea el nivel preexistente de transparencia en el mercado, mayor será el valor del intercambio de información.

En cuanto a la concentración del mercado, es más probable que los intercambios faciliten resultados colusorios, llegando a un entendimiento común en un oligopolio

⁵⁶ WARD, Andrew y LAVANDEIRA SUÁREZ, Pablo. *Intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como Infracciones “por objeto*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 95 (2015): mayo-agosto. pp 37-68

⁵⁷ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 77.

⁵⁸ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 78.

restringido⁵⁹ o en un mercado con un número muy pequeño de empresas existentes. En mercados más complejos⁶⁰ donde existe un mayor número de empresas competidoras, será más complicado alcanzar un resultado colusorio a través del intercambio de información. ¿Por qué? La razón es muy sencilla, no es lo mismo llegar a un entendimiento común de fijar un precio entre varias empresas sobre un producto determinado, que en mercados donde operan diversas empresas con productos no homogéneos⁶¹.

Finalmente, la colusión también es más probable que ocurra si las condiciones de oferta y demanda son relativamente estables y el mercado tiene una estructura simétrica (cuando las empresas son similares en términos de costos, demanda, participación de mercado, gama de productos, etc.).

2.5.2 Características de la información intercambiada

Aunque es cierto que es más sencillo alcanzar un resultado colusorio en mercados como los descritos en el epígrafe anterior, también es posible alcanzarlos en mercados donde sus características iniciales, no son propicias a alcanzar un resultado colusorio, pero que a través del intercambio de información se puede llegar a él.

En los párrafos 86 a 94 de las Directrices Horizontales se establecen una serie de parámetros a considerar a la hora de evaluar el impacto del intercambio de información.

Para determinar si ese intercambio de información entre competidores, puede llegar a tener un efecto restrictivo de la competencia, será conveniente analizar las características de la información intercambiada. Estos parámetros sirven como “*guía*” para realizar este análisis de la información intercambiada desde la perspectiva de la normativa de competencia.

1) En el párrafo 86, encontramos la definición de “Información Estratégica”. Es más probable que los intercambios de datos estratégicos entre competidores, es decir, datos que reducen la incertidumbre en los mercados, caigan dentro del alcance del artículo 101 TFUE que otros tipos de intercambios de información. El intercambio de datos estratégicos puede

⁵⁹ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 79.

⁶⁰ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 80.

⁶¹ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 80.

tener un efecto restrictivo sobre la competencia, ya que reduce la independencia en la toma de decisiones de las partes y reduce sus incentivos para competir.

Algunos ejemplos de información estratégica pueden estar relacionados con precios, listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidad, calidad, planes de marketing, riesgos, inversiones, tecnología y planes de I+D y sus resultados. La lista no es exhaustiva y, en cualquier caso, la utilidad de la información considerada estratégicamente importante también depende del análisis de otros parámetros⁶².

Generalmente, la información de precio y cantidad es la más estratégica, seguida por la información de costo y demanda. Sin embargo, si las empresas compiten en I+D, los datos técnicos pueden ser más estratégicos para la competencia.

2) Los párrafos 87 y 88 de las Directrices Horizontales tratan sobre la cobertura de mercado. Para que el intercambio de información entre competidores tenga un impacto en la competencia, es necesario analizar que esas empresas tengan una parte significativa de la cuota de mercado en el cual operan.

Si estas empresas no cubriesen “una parte suficientemente amplia del mercado”, los competidores que no participasen en ese intercambio de información, podrían limitar cualquier comportamiento anticompetitivo de las empresas involucradas.

Por otro lado, no se llegará a un resultado en el cual se restrinja la competencia cuando existe un acuerdo de cooperación horizontal entre empresas y este acuerdo requiere algún intercambio de información. Este intercambio al no ir más allá de lo que requiere la cooperación horizontal, no tendrá alcance como para restringir la competencia.

Por ejemplo, cuando dos empresas cooperan horizontalmente compartiendo algún tipo de suministro, se requiere un intercambio de información previo para poder llevarse a cabo,

⁶² WARD, Andrew y LAVANDEIRA SUÁREZ, Pablo. *Intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como Infracciones "por objeto"*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 95 (2015): mayo-agosto. pp 37-68

pero este intercambio de información, al no ir más allá de lo necesario para poder llevar a cabo la colaboración en el suministro, no será restrictivo de la competencia.

3) El párrafo 89 describe los Datos Agregados/Personalizados.

El intercambio de datos personalizados o individualizados, puede tener como resultado una coordinación entre empresas, siendo por tanto por regla general, el intercambio de este tipo de datos individualizados contrarios a las normas del Derecho de la competencia.

Para evitar que se puedan identificar datos individuales de competidores, se tendrá que estar especialmente atento si un número reducido de empresas, a la hora de desglosar determinados datos, obtengan como resultado un número tan reducido de categorías que haga posible identificar información sensible del resto de las empresas.

Pongamos como ejemplo el asunto UK Agricultural Tractor Registration Exchange. En él, ocho fabricantes e importadores de tractores agrícolas del mercado del Reino Unido intercambiaron información sobre el volumen de ventas al por menor y las cuotas de mercado. El mercado de tractores agrícolas del Reino Unido tiene una demanda estable o en declive, por lo que las acciones futuras de los competidores, en gran medida pueden preverse sobre la base de las transacciones efectuadas. En la sentencia se declara que: *“La Comisión se opone al intercambio de datos agregados del sector en la medida en que, como consecuencia del desglose por zonas geográficas, productos o periodos de tiempo, en los informes facilitados por SIL figuren menos de diez tractores vendidos para un territorio, tipo de producto o período de tiempo determinado. Si las ventas totales son inferiores a este mínimo, existe gran riesgo de que, a pesar de estar agregados, los datos permitan, directa o indirectamente, identificar el volumen exacto de ventas de algunos o de todos los competidores”*⁶³.

Y es que, el intercambio de información de datos agregados, por regla general no se suele considerar contrario a la competencia, siempre y cuando las empresas no puedan extraer información individualizada de sus competidores, ni directa ni indirectamente. Es más, la recogida y publicación de datos de mercado agregados por una organización comercial o por una empresa de información sobre el mercado puede tener efectos positivos⁶⁴.

⁶³ Asunto UK Agricultural Tractor Registration Exchange, considerando 16.

⁶⁴ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 89.

4) Antigüedad de los datos.

Dependiendo de cuán reciente o antigua sea la información, se considerará si está restringe o no la competencia. Cuanto más reciente sea esa información, mayor será el impacto en el comportamiento futuro de las empresas en ese mercado⁶⁵.

La Comisión Europea, y el mismo sentido se ha manifestado la CNC, establece que, por lo general, la información de más de un año de antigüedad entre competidores, no puede llegar a tener un impacto significativo en el comportamiento futuro de las empresas competidoras. En el caso de que esos competidores se encuentren cartelizados, el intercambio de información permite realizar un control de qué empresas están siguiendo el acuerdo y de cuáles se están desviando (si los datos son individualizados) o incluso, siendo datos agregados, de que alguien se está desviando e incumpliendo el acuerdo.

Aunque también es cierto y de acuerdo con el párrafo 90 de las Directrices Horizontales, que no existe un umbral predefinido a partir del cual los datos pueden ser considerados históricos o suficientemente antiguos que no lleguen a suponer un riesgo para la competencia. Para determinarlo, se deberá prestar especial atención a las características específicas del mercado de referencia y a la frecuencia de las renegociaciones de precios, el tipo de datos en cuestión, su agregación y frecuencia de intercambio. Por tanto, el carácter histórico o reciente de la información debe evaluarse con flexibilidad⁶⁶.

En relación con el asunto explicado anteriormente, el UK Agricultural Tractor Registration Exchange⁶⁷. Las partes alegaron ante la Comisión que la información intercambiada entre ellas, sólo se refería a transacciones pasadas y que por consiguiente no tenía repercusiones sobre la competencia. Finalmente, la Comisión entendió que el intercambio de datos de antigüedad superior a un año era histórico y no restringía la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, mientras que la información de menor antigüedad la consideró reciente.

⁶⁵ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 90.

⁶⁶ FERNÁNDEZ, Cani. *Intercambios de información*. – Revista Cuatrecasas. Pp. 207

⁶⁷ Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, considerando 50.

5) Datos públicos/no públicos.

Los intercambios de información verdaderamente públicos, generalmente no constituyen una infracción del artículo 101. "La «información verdaderamente pública» es aquella a la que por lo general todos los competidores y clientes tienen acceso fácilmente (en términos de costes de acceso)"⁶⁸. Por tanto, la información verdaderamente pública son aquellos datos de mercado a los que se puede acceder fácilmente y que podrán acceder del mismo modo tanto compradores y empresas que no participan en ese un intercambio de información, como aquellas empresas que llegan a un acuerdo.

Por otro lado, están los "datos de dominio público", que en ocasiones no son verdaderamente públicos puesto que el coste de adquirir los datos impide que otras empresas y consumidores accedan a los datos. Asimismo, el hecho de que las partes del intercambio hayan comunicado previamente los datos al público (a través de un periódico o un sitio web) no significa que un intercambio posterior no público no vulnere el artículo 101.

También se podrá alcanzar un efecto restrictivo de la competencia en el caso de que, a raíz de datos disponibles públicamente, los competidores intercambien información de manera adicional obteniendo como resultado una reducción mayor de la incertidumbre del mercado. "En este caso, la información adicional es importante para mover el equilibrio del mercado hacía resultado de la colusión".

6) Intercambio público/no público de información

El hecho de que la información se intercambie en público puede disminuir la probabilidad de un resultado colusorio en el mercado siempre que las empresas no participantes en el intercambio de información, los competidores potenciales y los compradores estén en condiciones de limitar el posible efecto restrictivo de la competencia. No obstante, no se puede excluir totalmente que incluso los intercambios de información verdaderamente públicos puedan facilitar un resultado colusorio en el mercado.

⁶⁸ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. Párrafo 92.

La evaluación de los obstáculos a la entrada y del poder de negociación compensatorio en el mercado sería pertinente para determinar si las partes ajenas al sistema de intercambio de información pudieran comprometer los resultados esperados de la coordinación.

Sin embargo, la transparencia cada vez mayor ante los consumidores puede disminuir o aumentar el alcance de un resultado colusorio porque con una mayor transparencia ante los consumidores, como la elasticidad de los precios de la demanda es mayor, la rentabilidad de la desviación es más alta pero la represalia es también más severa.

2.6 Exenciones (artículo 1.3 LDC y 101.3 TFUE)

Tanto en el artículo 1.3 LDC como en el artículo 101.3 TFUE, artículos materialmente idénticos, admiten como lícitas determinadas excepciones a la prohibición general de los artículos 1.1LDC y 101.1TFUE.

Ambos artículos consideran que puede aplicarse una exención a aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas en los cuales existe un intercambio de información entre competidores, siempre y cuando tengan por finalidad “promover el progreso técnico o económico” y “mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios”.

Además, para poder aplicar la exención será necesario que se cumplan una serie de condiciones:

- Que el intercambio de información conduzca a una mayor eficiencia. Ello implica que no se podrá imponer a las empresas mayores restricciones que las necesarias para alcanzar las finalidades anteriormente descritas.
- Se produzca un beneficio para los consumidores o usuarios.
- Que las empresas participes, no se elimine la competencia de una parte sustancial del mercado de los productos o servicios sobre los que se acuerda.

En definitiva, el intercambio de información conduce a una mayor eficiencia y la necesidad de lograr mejoras de rendimiento, beneficiando al consumidor y sin descartar de una forma significativa a la competencia de los productos en cuestión.

Por ello, y para que sea aplicable la exención el análisis debe realizarse caso por caso y de acuerdo a las características del tipo información. El intercambio de información entre

competidores no constituye una violación de las reglas de competencia, es más, puede desembocar en un resultado positivo y conducir a una mayor productividad.

CONCLUSIONES

1. Una competencia efectiva entre las empresas constituye una de las notas definitorias de una economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Todo ello para el consumidor se traduce en una reducción de coste a la hora de adquirir determinados productos o servicios, o un aumento de la cantidad ofrecida por el mismo precio. Como consecuencia última, repercute en el incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. Por tanto, y tras las explicaciones aportadas a lo largo del trabajo, ha quedado meridianamente claro que resulta imprescindible que se halle en vigor una normativa que regule la defensa de la competencia.

2. En relación con la normativa que regula el Derecho de la competencia, influyen en la materia tanto diversas leyes a nivel estatal (fundamentalmente cabe destacar la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal) como distintas normas en el Derecho de la Unión Europea. Ambos regímenes coexisten y son aplicables simultáneamente; ahora bien, en el supuesto de que existiera alguna discrepancia entre ambas, será la norma comunitaria la que prevalezca sobre la norma estatal, por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

3. Respecto al Derecho de la competencia en el plano comunitario, uno de sus principales objetivos desde sus orígenes ha sido la implantación y posterior aseguramiento del mercado interior así como del principio de libre competencia. Tales fines han sido acogidos igualmente en nuestro ordenamiento.

4. No se encuentra establecida una prohibición total y absoluta a toda conducta anticompetitiva. En determinadas circunstancias excepcionales se admiten ciertos acuerdos en supuestos en los que se obtienen mayores efectos beneficiosos que negativos.

5. La normativa europea establece una serie de conductas cuya concurrencia supone una distorsión de la libre competencia, las cuales son las siguientes:

- 1) La creación de un cártel
- 2) El abuso de posición dominante
- 3) Concentración de empresas
- 4) Ayudas públicas

Ahora bien, cabe destacar que tales comportamientos no están prohibidos por la Ley como regla absoluta en todos los casos, sino que en determinados supuestos se establecen excepciones por las cuales existen ciertas prácticas que pueden tener cabida en las referidas conductas que sí estén permitidas por el ordenamiento jurídico.

6. En relación con el intercambio de información, concretamente respecto a su regulación en el ordenamiento estatal, llama poderosamente la atención que es una materia de la que España carece de regulación legal, a pesar de que constituya una de las conductas más habituales de infracción del Derecho de la competencia. Esta carencia legal a nivel interno se puede suplir perfectamente por la aplicabilidad directa del Derecho de la Unión Europea, así como de las decisiones de las autoridades de la competencia, tribunales y Directrices europeas.

7. Entre empresas competidoras, el intercambio de información suele ser constitutivo de un cártel. Con determinados presupuestos, las empresas pueden verse beneficiadas del conocido como programa de clemencia, que permite a las mismas verse revestidas de ciertos beneficios, a saber:

- Si la autoridad de la competencia no tenía conocimiento y una empresa que forma parte de un cártel lo pone en su conocimiento, permitiendo a aquella investigarlo, podrá eximirse del pago de la multa que pudiera corresponderle.
- Si la citada autoridad ya tenía conocimiento de la existencia del cártel y la empresa aporta elementos de prueba, puede verse beneficiada de una reducción del importe de la referida multa.

8. El intercambio de información no está prohibido en todo caso, sino que en determinadas situaciones va a desplegar efectos beneficiosos para el mercado. Para saber si nos encontramos ante una situación de restricción de la libre competencia o no, se ha de emplear un método de evaluación, que se encuentra regulado en el artículo 101 TFUE, en el plano europeo, y en el artículo 1 LDF, a nivel nacional.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid: Tecnos, 2021.
- FERNÁNDEZ LOPEZ, Juan Manuel. *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Navarra: Aranzadi, 2010.
- CRUZ RIVERO, DIEGO. *Acceso a la Abogacía II*. Madrid: Tecnos 2018.
- BRIONES ALONSO, Juan; FOLGUERA CRESPO, Jaime; FONT GALARZA, Andrés; NAVARRO VARONA, Edurne. *El control de concentraciones económicas en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons 1999.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

- WARD, Andrew y LAVANDEIRA SUÁREZ, Pablo. *Intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como Infracciones "por objeto*. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 95 (2015): mayo-agosto.
- FERNÁNDEZ, Cani. *Intercambios de información*. – Revista Cuatrecasas.

WEB-GRAFIA

- <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=38&tipos=2>
- <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/derecho-de-competencia/>
- Página oficial CNMC. <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc>
- https://eurlex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24
- <https://www.iberley.es/temas/concentraciones-empresariales-44081>
- https://protecciondatos-lopd.com/empresas/ley-de-competenciadesleal/#Que_es_la_competencia_desleal
- Diccionario panhispánico del español jurídico, 2022. <https://dpej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-concertada>

- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946#:~:text=El%20t%C3%ADtulo%20tercero%20se%20refiere,en%20todo%20el%20territorio%20nacional>
- <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia#:~:text=El%20programa%20de%20clemencia%20permite,si%20la%20Autoridad%20ya%20ten%C3%ADa>
- <https://bienpensado.com/como-sobrevivir-a-una-guerra-de-precios/>