

# ACUERDOS, DECISIONES Y OTRAS CONDUCTAS EXPLÍCITAS

Ricardo ALONSO SOTO \*

Catedrático de Derecho Mercantil  
de la Universidad Autónoma de Madrid  
Consejero Académico de «Gómez Acebo  
& Pombo Abogados, SLP»

## 1. INTRODUCCIÓN. LA PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS COLUSORIAS

En materia de prácticas restrictivas de la competencia, tanto en el Derecho comunitario europeo como en el Derecho español se prohíben las denominadas conductas colusorias (arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC).

Las conductas colusorias comprenden, con carácter general, los acuerdos o las prácticas concertadas entre empresas y las decisiones adoptadas por las asociaciones de empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado.

La prohibición de las conductas colusorias no tiene, sin embargo, carácter absoluto. En este sentido, la normativa reguladora de la competencia anteriormente citada determina que la prohibición no se apli-

---

\* El autor ha intervenido en la defensa de empresas frente a expedientes sancionadores por conductas relativas a alianzas estratégicas o acuerdos de cooperación entre empresas.

cará a aquellas conductas colusorias que, aun siendo anticompetitivas, reúnan los siguientes requisitos: i) Generen algunas ventajas de tipo económico, tales como el contribuir a mejorar la producción o la distribución de bienes o servicios o a fomentar el progreso técnico o económico, que compensen de manera suficiente y adecuada las restricciones a la competencia que van a producir en el mercado. ii) Reserven a los consumidores o usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes de su puesta en práctica. iii) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para los objetivos perseguidos. Y iv) no ofrezcan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar totalmente la competencia respecto a una parte sustancial de los productos de que se trate. Así pues, las prácticas colusorias que reúnan los requisitos mencionados podrán beneficiarse de una exención legal o dispensa de la prohibición (arts. 81.3 TCE y 1.3 LDC).

Hay que señalar, finalmente, que la infracción de la prohibición mencionada se sanciona con la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones o recomendaciones adoptados en contravención de la misma (arts. 81.2 TCE y 1.2 LDC).

## 2. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DE PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS COLUSORIAS

Como anteriormente se ha indicado, la prohibición de las conductas colusorias se contiene, por una parte, en el art. 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957 que expresamente establece:

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

Asimismo, la citada prohibición aparece reflejada en el art. 1.1 de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia en los siguientes términos:

«Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional».

De la lectura de estos textos legales se desprende que los elementos que configuran el tipo de prohibición son los tres siguientes:

- a) Que la conducta haya sido originada por un acuerdo, decisión o recomendación colectiva o consista en una práctica concertada o conscientemente paralela.

- b) Que la conducta produzca un efecto restrictivo de la competencia.
- c) Que la restricción de la competencia afecte a un determinado mercado,

cuyo análisis se realiza a continuación.

### 3. LOS ACUERDOS Y LAS DECISIONES

El primero de los elementos del tipo de prohibición es la existencia de un *acuerdo* entre operadores económicos o de una *decisión* o *recomendación colectiva* de una asociación u organización de operadores económicos.

La norma prohíbe la concertación entre empresarios para restringir la competencia, quedando, en principio, al margen de la prohibición las conductas unilaterales, las cuales, sin embargo, si generan efectos anti-competitivos, podrán ser encuadradas en alguno de los otros tipos o modalidades de conductas prohibidas.

En este ponencia vamos a limitar nuestro análisis al significado y alcance de los conceptos de acuerdo y decisión, dejando al margen el estudio de dichos aspectos en relación con las prácticas concertadas y las conductas paralelas porque son objeto de otras ponencias.

#### A) El concepto de acuerdo

El concepto de práctica colusoria en el Derecho de la competencia se extiende, por lo general, a una amplia gama de figuras, entre las que se encuentran, en primer lugar, los acuerdos.

Los acuerdos son pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia o, aun sin perseguir este efecto, producen una efectiva restricción de la competencia en el mercado<sup>1</sup>.

Se trata de un concepto económico que no se corresponde con la noción formal que nos ofrece el Derecho. A estos efectos, habrá acuerdo siempre que exista intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, sea cual sea la forma jurídica que revista o a través de la cual se manifieste.

---

<sup>1</sup> A este respecto conviene precisar que no hay que identificar restricción de competencia con limitación de la libertad de actuación de otros operadores económicos, sean competidores o no.

La noción de acuerdo abarca, por tanto, desde los contratos y otras formas de concertación hasta los *gentleme's agreements* que no llevan aparejada una obligatoriedad en sentido jurídico<sup>2</sup>.

A este respecto conviene realizar algunas precisiones:

- a) En primer lugar, hay que señalar que el concepto de *acuerdo no equivale al de contrato vinculante* que obligue jurídicamente a las partes a su cumplimiento. En el contexto del análisis de las prácticas colusorias, para que exista acuerdo basta la existencia de una concertación entre operadores económicos, no siendo preciso el efecto obligatorio de la misma. No hay que confundir, por consiguiente, un acuerdo de voluntades dirigido a producir efectos jurídicos vinculantes (contrato) con la concertación anticompetitiva, que no exige dicho requisito<sup>3</sup>. Lo que no empece que la sanción de nulidad haya de vincularse necesariamente con la eficacia y obligatoriedad jurídica del acuerdo.
- b) En segundo lugar, hay que resaltar que para que exista un acuerdo se exige, como requisito necesario, una *pluralidad de voluntades independientes o autónomas*<sup>4</sup>.

La exigencia de este requisito resulta, sin embargo, discutible en algunos supuestos que se han planteado en la práctica, tanto para su inclusión como para su exclusión del tipo.

i) El primero de los supuestos a analizar sería el relativo al *silencio o la no oposición de un operador económico con respecto al acuerdo en cuestión*. En efecto, ¿puede considerarse el silencio o la no oposición expresa de la contraparte como una manifestación de voluntad para determinar su calificación como acuerdo bilateral?

La jurisprudencia comunitaria ha dado una respuesta afirmativa a esta cuestión. Así, por ejemplo, ha establecido que el hecho de que un fabricante incluyera en las facturas de venta la mención «exportación prohibida» era una manifestación de la existencia de un acuerdo entre dicho fabricante y los distribuidores<sup>5</sup>, y lo mismo sucede en el caso de una circular remitida por un fabricante a los distribuidores<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> En el Derecho comunitario, el concepto de *acuerdo* comprende todo pacto o contrato que suponga la concertación de una pluralidad de voluntades independientes cualquiera que sea la forma que el mismo revista (*vid.* STJCE de 11 de enero de 1990, As. *Sandoz*).

<sup>3</sup> En contra, sin embargo, GOLDMAN y LYON CAEN (1984), *Derecho comercial europeo*, Madrid, p. 362; BERCOVITZ (1986), «Normas sobre competencia del Tratado CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ CAMPOS y MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho Comunitario Europeo*, II, Madrid, p. 354; GALÁN CORONA (1977), *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, p. 219.

<sup>4</sup> *Vid.* Resolución del TDC de 22 de marzo de 2000, As. *Canteras del Bierzo*.

<sup>5</sup> STJCE de 11 de enero de 1990 (As. *Sandoz*).

<sup>6</sup> STJCE de 13 de julio de 2006 (As. *Volkswagen*).

Esta doctrina jurisprudencial no ha sido seguida, sin embargo, en otros casos más recientes, como el asunto Bayer/Adalat. En este caso, frente a la posición de la Comisión Europea que había considerado que la conducta de la empresa farmacéutica, al racionar los suministros en función de las necesidades del mercado local, era constitutiva de un acuerdo anticompetitivo por existir un concurso de voluntades entre el fabricante y los distribuidores basándose en el mero hecho de que estos últimos habían aceptado la compra del producto en las condiciones señaladas, el Tribunal de Luxemburgo ha considerado que no ha habido pluralidad de voluntades porque no ha existido una aceptación tácita de los distribuidores, sino más bien una imposición por parte del fabricante de una práctica que no favorece a aquéllos. En definitiva, la asunción de la situación por los distribuidores no significa que haya habido colaboración y, por tanto, acuerdo o concertación<sup>7</sup>.

En conclusión, hay que diferenciar las medidas unilaterales adoptadas sin participación expresa o tácita de la contraparte, que de ninguna manera podrían encajarse en el concepto de acuerdo, de aquellas otras en las que el carácter unilateral es sólo aparente porque cuentan con la aquiescencia, al menos tácita, de la otra parte. En definitiva, para que se pueda aplicar la prohibición habrá que demostrar dicha aquiescencia expresa o tácita.

ii) Una regla similar se aplicaría en aquellos casos en los que la *conducta anticompetitiva viene impuesta por medidas estatales de tipo legal o administrativo*, porque tampoco hay voluntad independiente del operador económico. En estos casos, solamente cabrá hablar de prácticas colusorias restrictivas de la competencia cuando el Estado deje un margen de actuación a las empresas, supuesto en el que serán responsables tanto éstas como el Estado<sup>8</sup>.

iii) La exigencia de pluralidad de voluntades no se da en el supuesto del *pacto alcanzado entre un empresario y un comisionista o un agente comercial* que promociona la comercialización de sus productos o servicios, porque se estima que estos últimos, aunque sean empresarios y tengan personalidad jurídica propia, desde un punto de vista económico, que es el que resulta relevante en este caso, carecen de autonomía para establecer su propia política comercial y, por tanto, no puede concluirse que exista una verdadera pluralidad de voluntades independientes de los

---

<sup>7</sup> Vid. Sentencias del TPI de 16 de octubre de 2000 (As. *Bayer/Adalat*) y del TJCE de 6 de enero de 2004, que confirma la anterior. Vid. también las Resoluciones del TDC de 17 de enero 2002, As. *Fujifilm* y de 2 de octubre de 2006, As. *Maquinaria herramienta*.

<sup>8</sup> Vid. sentencias del TJCE de 11 de noviembre de 1996, As. *Landbroke Racing*; de 7 de octubre de 1999, As. *Irish Sugar*; y de 7 de mayo de 1998, As. *Somaco*.

partícipes en el acuerdo<sup>9</sup>. Tal es el caso del agente que actúa por cuenta ajena y no asume el riesgo económico-financiero de las operaciones en las que interviene.

iv) Los acuerdos entre una empresa o sociedad matriz y sus filiales o entre compañías bajo control común, que forman un grupo de empresas o de sociedades, tampoco se consideran acuerdos porque las segundas no gozan de independencia económica y, por consiguiente, no tienen por lo general una voluntad independiente y distinta de la de sus matrices. Además, no puede hablarse en estos casos de restricción de la competencia porque, para que pudiera producirse este efecto, se precisaría previamente la existencia de una situación competitiva entre ellas capaz de ser restringida por el acuerdo, lo que en la práctica raras veces sucede<sup>10</sup>.

El TDC ha considerado que no se da una situación de independencia económica en los siguientes casos: a) cuando existen participaciones minoritarias cruzadas entre las distintas sociedades; b) cuando en la junta general de socios de una sociedad hay mayoría *de facto* del resto de las empresas del grupo; c) cuando existen administradores comunes; d) cuando las actuaciones económicas de las empresas indican la existencia de una unidad de dirección<sup>11</sup>.

## B) Las decisiones y recomendaciones colectivas

A la figura anterior se equiparan las *decisiones o recomendaciones colectivas*, esto es, los acuerdos adoptados por las asociaciones de empresarios o las corporaciones profesionales, sean de carácter vinculante (decisiones) o sean simplemente orientativos (recomendaciones), que tengan como finalidad o produzcan una restricción de la competencia en el mercado.

La referencia a las asociaciones o corporaciones no ha de entenderse limitada a algún tipo particular o específico de ellas, de modo que, bajo esta modalidad de entes asociativos, se comprenderán todas las catego-

<sup>9</sup> Resoluciones del TDC de 30 de marzo de 1974, As. *Rochas*; 25 de junio de 1990, As. *Fina Ibérica*; y 30 de mayo de 2001, As. *CEPSA*. En Derecho comunitario *vid.* la Comunicación sobre Directrices en materia de restricciones verticales de 2001. *Vid.* también la STJCE de 16 de diciembre de 1975, As. *Suiker Unie* y la STPI de 15 de septiembre de 2005, As. *Daimler/Chrysler*.

<sup>10</sup> Resoluciones del TDC de 19 de noviembre de 1990, As. *Mazzoni*; 17 de mayo de 1993, As. *Potasas*; 11 de julio de 1994, As. *PRYCA*; 10 de mayo de 1999, As. *Aluminios de Navarra* y 21 de noviembre de 2001, As. *Caja Madrid/Ausbanc*. Decisiones de la CE de 18 de junio de 1990, As. *Christiani/Nielsen* y 30 de junio de 1970, As. *Kodak*. Y sentencias TJCE de 25 de noviembre de 1971, As. *Beguelin*; 14 de julio de 1972, As. *Materias colorantes* y, en sentido contrario, STPI de 12 de enero de 1995, As. *Viho*.

<sup>11</sup> Resolución del TDC de 3 de abril de 2007, As. *Excursiones Puerto de Sóller*.

rías de asociaciones, agrupaciones o corporaciones profesionales de operadores económicos en las que los asociados continúen manteniendo su independencia y autonomía económica, resultando irrelevante a este respecto, su naturaleza pública o privada, si están o no revestidas de personalidad jurídica o si tienen o carecen de fin lucrativo<sup>12</sup>. No se precisa que la asociación desarrolle por sí misma en el mercado una actividad de modo independiente. Lo esencial a este respecto es que la asociación o entidad tenga una estructura organizativa o un régimen de funcionamiento de origen legal o convencional y que esté dotada de un órgano de coordinación o dirección que adopte decisiones que expresan la voluntad de sus miembros. Este concepto incluye tanto a las asociaciones de empresarios como a los colegios profesionales, los sindicatos de trabajadores o las asociaciones de consumidores.

Lo que subyace tras esta concepción no es sancionar la voluntad del sujeto independiente que adopta el acuerdo o toma la decisión, lo que evidentemente constituiría una conducta unilateral de la persona jurídica o la entidad en cuestión de difícil encuadramiento en la prohibición que estamos analizando, sino evitar que se utilicen dichas figuras jurídicas para lograr o promover una concertación entre los asociados. En este sentido, la normativa de la competencia parte de la ficción de que cuando una asociación de operadores económicos adopta un acuerdo o recomendación a través de sus órganos de dirección es como si todos sus asociados hubieran adoptado dicho acuerdo o decisión y no de actuaciones unilaterales propias de dicha persona jurídica<sup>13</sup>.

No es preciso que las decisiones sean vinculantes. En este sentido, se habla de *recomendaciones* cuando los acuerdos adoptados en el seno de la asociación están desprovistos de efecto obligatorio y se deja al

---

<sup>12</sup> Una entidad compuesta por representantes del Gobierno de un Estado, que representa los intereses comerciales de empresas u operadores económicos y adopta decisiones en defensa de esos intereses es una asociación a estos efectos (STJ 3 de diciembre de 1987, As. *BNIC/Aubert Yves*).

<sup>13</sup> Sirvan de ejemplo, en el ámbito español, el acuerdo de la junta de gobierno de un colegio profesional estableciendo unos honorarios mínimos (*vid.* Ress. TDC de 18 de enero de 2000, As. *Abogacía*; 25 de junio de 2001, As. *Seguros médicos* y 26 de septiembre de 2002, As. *Consejo General de la Abogacía*), la recomendación sobre los precios o las condiciones de garantía a aplicar hecha por una asociación de empresarios (*vid.* Ress. TDC de 15 de febrero de 1994, As. *Pupillage de vehículos*; 9 de febrero de 1995, As. *Asociación de Panaderos de Salamanca* y de 13 de febrero de 2004, As. *Empresas cárnicas*) o el acuerdo del consejo de administración de una sociedad mercantil de la que forman parte empresarios competidores (*vid.* Ress. TDC de 7 de abril de 1990, As. *Electrodomésticos*; 1 de abril de 1992, As. *Imecosa*; 26 de marzo de 2001, As. *Cooperativa farmacéutica*; y 8 de junio de 2004, As. *Cofradía de pescadores*); y, en el ámbito comunitario europeo, las Decisiones de la CE de 15 de febrero de 1991, As. *SIPPA*, de 16 de septiembre de 1991, As. *IATA*, y de 23 de julio de 2003, As. *UEFA*; y las sentencias del TPI de 13 de febrero de 1994, As. *Europay* y del TJCE de 30 de enero de 1985, As. *BNIC*, y de 27 de enero de 1987, As. *Sachversicherer*.

arbitrio de las empresas su cumplimiento o incumplimiento. La recomendación, aunque desprovista de carácter obligatorio, será efectiva cuando sea seguida no por su carácter vinculante sino por el convencimiento de que el resto de los asociados la seguirán. En este caso, sin embargo, la prohibición sólo será efectiva cuando la aceptación de la recomendación por los asociados tenga una incidencia sensible sobre la competencia<sup>14</sup>.

### C) Otras conductas explícitas

Aunque las normas prohibitivas de las prácticas colusorias solamente se refieren expresamente a las figuras de los acuerdos y decisiones o recomendaciones colectivas, la doctrina suele englobar también bajo esta prohibición una serie de conductas explícitas en las que subyace una concertación entre operadores económicos, entre las que se incluirían las siguientes:

- Prácticas facilitadoras (intercambios de información entre competidores, fijación de puntos geográficos de referencia, difusión de cláusulas de aplicación de condiciones más favorables, establecimiento de condiciones generales o reglas a través de procedimientos comerciales habitualmente seguidos, etc.)<sup>15</sup>.
- Actuaciones derivadas de acción o presión de la Administración o realizadas por su instigación o aprobación (incluso por parte de las Autoridades Nacionales de Competencia)<sup>16</sup>.
- Acuerdos transaccionales dirigidos a poner fin a un litigio entre las partes o acuerdos o transacciones contenidas en una sentencia judicial<sup>17</sup>.
- Constitución de *joint ventures* de naturaleza cooperativa, que son aquellas empresas o sociedades que, estando bajo el control conjunto de otras y teniendo o no plenas funciones desde el punto de vista empresarial, se dedican a coordinar los comportamientos competitivos de las empresas matrices<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> STJCE 15 de mayo de 1975, As. *Frubo*.

<sup>15</sup> Estas prácticas son objeto de otra ponencia.

<sup>16</sup> *Vid.* Decisión de la CE de 4 de diciembre de 1986, As. *Eni/Montedison* y STJCE de 10 de diciembre de 1985, As. *Stichting Sigarreten Industrie* y de 21 de septiembre de 1988, As. *Van Eycke*.

<sup>17</sup> STJCE de 27 de septiembre de 1988, As. *Bayer y otros*; 8 de julio de 1982, As. *Nungesser*. *Vid.* también Resoluciones del TDC de 30 de octubre de 1990, As. *ANELE* y 4 de julio de 2001, As. *Operadores aeroportuarios*.

<sup>18</sup> *Vid.* MAÍLLO (2007), *Empresas en participación (joint ventures) y Derecho de la competencia*, Barcelona.

#### 4. EL EFECTO ANTICOMPETITIVO

El segundo elemento del tipo es el efecto restrictivo de la competencia. La Ley prohíbe exclusivamente las prácticas colusorias que impiden, falsean, perturban o alteran el funcionamiento concurrencial del mercado<sup>19</sup>.

##### A) La restricción de la competencia

La Ley se ha servido de este elemento para configurar un tipo de prohibición objetivo o, lo que es lo mismo, una infracción de resultado. En efecto, la norma equipara a este respecto el objeto o finalidad y el resultado, lo que significa que la infracción se considerará realizada no sólo en aquellos casos en los que el responsable tenga una intencionalidad anticompetitiva, es decir, cuando busque directamente la restricción de la competencia, sino también en aquellos otros en los que simplemente se produzca o pueda producirse un resultado anticompetitivo, aunque éste no haya sido buscado a propósito (arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC).

De esta última consideración deriva también la idea de que, para que haya infracción, bastará con la adopción del acuerdo sin que sea precisa su puesta en práctica, pues para integrar el tipo resulta suficiente el efecto potencial de la conducta. Se necesita, pues, como elemento esencial que el acuerdo, la práctica o la decisión en cuestión produzca, de modo real o potencial, una restricción sensible de la competencia en el mercado.

Resulta una ardua tarea establecer cuándo se cumple este requisito del efecto restrictivo de la competencia, porque ¿cómo saber qué ha de entenderse por una restricción de la competencia en el mercado?

A la hora de dar respuesta a este interrogante, hay que precisar que la restricción de competencia ha de ser entendida en sentido económico, esto es, la disminución de la rivalidad o la pugna competitiva en el mercado y, no la merma de la rivalidad entre las partes que conciertan el acuerdo o entre éstas y un tercero, es decir, la limitación de la libertad de actuación de un operador económico. La jurisprudencia comunitaria ha establecido que existe restricción de competencia en el mercado cuando se priva a los consumidores de las ventajas derivadas de una competencia eficaz en términos de abastecimiento o de precios<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid. Resoluciones TDC de 6 de septiembre de 1995, As. *Máquinas recreativas*; 18 de febrero de 1999, As. *Prensa de Segovia*; 1 de marzo de 2000, As. *Espectáculos taurinos*; y SAN de 15 de febrero de 2002 y 30 de septiembre de 2004; así como la STS de 17 de marzo de 2003.

<sup>20</sup> STPI de 27 de septiembre de 2006, As. *Glaxo SmitKline*.

Esta concepción no es siempre compartida por las autoridades de competencia que tienden a considerar que cada agente económico debe tener libertad para determinar de modo autónomo la estrategia comercial a seguir en el mercado<sup>21</sup> o que existe restricción cuando algún empresario se obliga a no desarrollar una estrategia empresarial que podría haber desarrollado si no hubiera acuerdo. Esta posición ha de ser considerada errónea porque no toma en consideración los efectos que sobre el mercado puede tener la limitación de la libertad de acción asumida por los operadores económicos que participan en el concierto, desconociendo que existen acuerdos que, pese a limitar la libertad de actuación de las empresas que los suscriben, producen el efecto de promover la competencia en el mercado y que, por tanto, no deben verse afectados por la prohibición<sup>22</sup>.

La prohibición absoluta de todo tipo de acuerdos que generan algún tipo de restricción de la competencia con respecto a las partes firmantes llevaría a la conclusión de que no es posible ninguna forma de cooperación entre empresas y a la prohibición de acuerdos eficientes desde un punto de vista económico, como los acuerdos de estandarización, algunos tipos de pactos de no competencia (los derivados de la compraventa de empresas) o la mayoría de los acuerdos para la distribución de bienes o servicios. En definitiva, hay acuerdos aparentemente anticompetitivos que pueden resultar eficientes y favorecer la competencia en vez de dificultarla y por esta razón no deberían estar prohibidos.

En conclusión, solamente deben encuadrarse dentro de la prohibición aquellos acuerdos que generan poder de mercado mediante la coordinación de los competidores o, lo que es lo mismo, producen el efecto de lograr una posición de dominio en el mercado por la vía de la colusión. Este tipo de acuerdos son los que verdaderamente producen efectos anticompetitivos y, por consiguiente, la prohibición de las prácticas colusorias debería referirse exclusivamente a ellos.

Así pues, el efecto anticompetitivo necesario para que entre en juego la prohibición solamente se dará con respecto a aquellos tipos de acuerdos que impiden, restringen o falsean la competencia al generar barreras de entrada, impedir el acceso a la demanda o el aprovisionamiento o excluir a otros competidores.

---

<sup>21</sup> Comunicación de la CE sobre la aplicación del art. 81.3 TCE.

<sup>22</sup> *Vid.* Resoluciones del TDC de 1 de marzo de 2000 y 1 de enero de 2002 sobre cárteles defensivos y de 6 de septiembre de 1995, As. *Máquinas recreativas* y 11 de diciembre de 1995, As. *Electrodomésticos Alicante*, referidas a centrales de compras.

## B) Acuerdos restrictivos por el objeto o por el efecto

Las normas prohibitivas distinguen, sin embargo, entre acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia y aquellos que, teniendo otra finalidad, producen o pueden producir un efecto restrictivo de la competencia.

i) *Las restricciones por su objeto* son aquellas que buscan directamente una restricción de la competencia. No obstante, hay que tener en cuenta que el hecho de que un acuerdo tenga por objeto la restricción de la competencia no depende exclusivamente de la intención de las partes sino del contexto en el que se produce la actuación de éstas<sup>23</sup>. Así pues, ni de la intención de las partes se puede inferir que un acuerdo es restrictivo de la competencia, ni del hecho de que se haya producido una restricción de la competencia se puede deducir que éste era el objeto del acuerdo.

Si se demuestra que un acuerdo tenía por objeto restringir la competencia, dicho acuerdo resultará absolutamente prohibido. La doctrina y la jurisprudencia han establecido un catálogo de acuerdos que por su propia naturaleza son restrictivos de la competencia, que se corresponde con los supuestos enumerados en los correspondientes artículos reguladores de la prohibición:

- Acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales.
- Acuerdos para la limitación de la producción, el mercado o las inversiones.
- Acuerdos para repartirse los mercados o las fuentes de aprovisionamiento.
- Acuerdos de discriminación que ocasionen una desventaja competitiva.
- Acuerdos de imposición de contratos anudados.

Cuando un acuerdo es restrictivo por su objeto, no es preciso tomar en consideración, a efectos de aplicarle la prohibición, si ha generado o no efectos restrictivos de la competencia en el mercado. Esta categoría opera como una especie de presunción, que sin embargo podrá ser desvirtuada por las partes que lo acordaron.

ii) *Las restricciones por su efecto* son aquellas que no pretendiendo directamente de forma intencional una restricción de competencia, sin embargo, producen efectivamente o pueden producir potencialmente un efecto restrictivo de la competencia.

---

<sup>23</sup> Punto 21 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 TCE de 2004. *Vid.*, asimismo, la STJCE de 13 de julio de 1966, As. *Grundig*.

Este tipo de restricciones son difíciles de determinar *a priori* y, por lo general, sólo son detectadas tras un detenido análisis de los acuerdos en cuestión. Entre los factores relevantes para determinar la naturaleza restrictiva de un acuerdo habrá que considerar fundamentalmente: de un lado, la situación comparativa desde el punto de vista de la competencia en la que se encontraría el mercado antes y después de la puesta en práctica del mismo; y, de otro, la existencia y el grado de poder de mercado conjunto que tienen o tendrían los partícipes, así como el nivel de presión competitiva a la que estarían sometidos.

Aunque la cuestión resulta polémica, no hay que confundir este análisis con el previsto a la hora de establecer las exenciones o dispensas de la prohibición previstas en los arts. 81.3 TCE y 1.3 LDC. En efecto, en el contexto del Derecho comunitario se ha producido una importante distorsión interpretativa en cuanto al significado de este elemento del tipo necesario para la propia existencia del ilícito contemplado en los arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC que, en nuestra opinión, incorpora la denominada regla de razón al análisis de las conductas anticompetitivas. Al establecer estas últimas normas que uno de los elementos del tipo es el efecto restrictivo de la competencia, están reconociendo que es en esta sede en la que deben ser contemplados los mencionados efectos y no, en cambio, en el marco de lo establecido en los arts. 81.3 TCE y 1.3 LDC.

Hay una diferencia fundamental entre ambas normas que generalmente pasa desapercibida y que además el Reglamento (CE) 1/2003 ha contribuido a desdibujar<sup>24</sup>: el art. 81.1 TCE (y por ende el art. 1.1 LDC) establece que un acuerdo no resulta prohibido si no genera un efecto anticompetitivo, dejando al juzgador la labor de determinar cuándo se puede producir dicho efecto, mientras que el art. 81.3 TCE (y, en consecuencia, el art. 1.3 LDC) determina que la prohibición del art. 81.1 no se aplica a aquellos acuerdos, que pese a resultar prohibidos por la citada norma, generan eficiencias económicas superiores a las restricciones económicas que comportan. De modo que, una correcta interpretación de estos textos nos lleva a la conclusión de que, si un acuerdo no produce un efecto anticompetitivo no estará prohibido, pero también que a un

---

<sup>24</sup> En este sentido, el art. 1 del citado Reglamento (CE) núm. 1/2003, establece: «1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho art. están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto. 2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto». La regulación se completa con una norma sobre la carga de la prueba que dispone: «la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del art. 81 TCE recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue; la empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del art. 81 TCE deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado (art. 2)».

acuerdo, que genera dicho efecto anticompetitivo y resulta, por tanto, prohibido, no se le aplicará la prohibición si produce efectos beneficiosos para la economía.

En definitiva, el análisis de los efectos sobre la competencia deberá hacerse en sede de los arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC para ver si resulta prohibido, y el análisis del balance concurrencial para determinar si las eficiencias que genera son superiores a los efectos restrictivos que comporta para ver si queda exento de la prohibición, deberá hacerse en sede de los arts. 81.3 TCE y 1.3 LDC.

### C) La importancia de la restricción de la competencia

El efecto restrictivo de la competencia al que nos venimos refiriendo deberá ser además «sensible», «apreciable» o «importante». Este requisito complementario fue establecido, en un primer momento, por la jurisprudencia comunitaria<sup>25</sup> y posteriormente ha pasado a formar parte del acervo comunitario y a ser incorporado por las legislaciones nacionales<sup>26</sup>.

El objetivo perseguido con esta incorporación es, sin duda, permitir a las autoridades de defensa de la competencia concentrar sus esfuerzos en aquellas infracciones que verdaderamente perturban el buen funcionamiento del mercado y causan un grave daño a la economía nacional y dejar de lado los casos en los que, unas veces, por el tipo de práctica o por la reducida dimensión del mercado afectado, y otras, por la escasa importancia de los efectos que se puedan producir, la rivalidad competitiva no resulta afectada de manera sustancial, logrando, de este modo, una utilización más eficiente de los recursos públicos asignados a la defensa de la competencia.

i) En el Derecho comunitario, la prohibición establecida en el art. 81.1 TCE no se aplicará, por consiguiente, a aquellos acuerdos o prácticas anticompetitivas que puedan calificarse como de importancia menor con respecto al mercado europeo. En este sentido se expresa la Comunicación de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2001, que sustituye a otras anteriores, al establecer una *regla de minimis* que

---

<sup>25</sup> Vid. sentencia del TJCE de 9 de julio de 1969, As. *Völk/Verbaecke*.

<sup>26</sup> Este elemento fue introducido en el art. 1 de la LDC de 1989 por el Real Decreto-ley 7/1996, al permitir a las autoridades encargadas de la defensa de la competencia dejar de perseguir aquellas conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Esta norma no excluía a los acuerdos de importancia menor de la prohibición de las prácticas colusorias, sino que se limitaba a declarar que las autoridades de defensa de la competencia podrán decidir no perseguirlos, de modo que dichos acuerdos continuaban siendo ilícitos. Vid. Resoluciones del TDC de 18 de febrero de 1999, As. *Prensa Segovia* y de 27 de marzo de 2000, As. *Hardi* y la SAN de 15 de febrero de 2000.

beneficia a aquellos acuerdos concertados por empresas que se encuentren en las siguientes circunstancias: que su cuota de mercado conjunta no supere el 10 por 100 del mercado o mercados afectados por el acuerdo, cuando se trate de acuerdos de tipo horizontal, esto es, de acuerdos entre empresas competidoras (por ejemplo, acuerdos entre fabricantes o entre minoristas); que su cuota de mercado conjunta no sobrepase el 15 por 100 del mercado de referencia, cuando se trate de acuerdos verticales, es decir, de acuerdos celebrados entre empresas que se encuentran situadas en distintos escalones del proceso productivo (por ejemplo, acuerdos entre fabricantes y distribuidores); o, finalmente, que su cuota de mercado no exceda del 10 por 100, si existen dificultades para determinar la naturaleza horizontal o vertical de los acuerdos en cuestión. Ha de advertirse, no obstante, que esta regla no se aplicará en ningún caso a los acuerdos horizontales de fijación de precios, reparto de mercados o limitación de la producción o de las ventas, ni tampoco a los acuerdos verticales que tengan por objeto restringir la facultad del distribuidor de fijar el precio de venta al público, sin perjuicio de que el proveedor puede imponer un precio máximo o recomendar un precio de venta; a los que concedan exclusivas territoriales en las que se establezca un sistema de protección territorial absoluta del distribuidor (prohibiendo, por ejemplo, las denominadas ventas pasivas o el comercio paralelo, cuya forma más habitual consiste en dirigirse al distribuidor exclusivo de una zona para adquirir una mercancía que seá revendida en otra zona distinta); a los que restrinjan las ventas tanto activas como pasivas a usuarios finales en un sistema de distribución selectiva; o a la restricción de suministros cruzados entre distribuidores.

ii) Por lo que se refiere al Derecho español, la LDC establece en su art. 5 que la prohibición de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, del abuso de posición dominante y del falseamiento de la libre competencia por actos desleales no se aplicará a aquellas conductas que, por su escasa importancia, sean incapaces de afectar de manera significativa a la competencia. El Reglamento de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, completa la norma estableciendo las reglas para determinar cuándo una conducta es de importancia menor, aunque parece referirse solamente a las del primer tipo, esto es a las prácticas colusorias, en términos similares a los de la Comunicación de la CE (arts. 1 a 3)<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Se considerarán de menor importancia sin que sea necesaria ninguna declaración previa a tal efecto: 1) Los acuerdos entre empresas competidoras (horizontales) cuando su cuota de mercado conjunta en los mercados afectados por la práctica no exceda del 10 por 100. 2) Los acuerdos entre empresas no competidoras (verticales) cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados afectados por la práctica. Sin embargo, cuando en un mercado la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para

La redacción de la norma ha generado una discusión doctrinal sobre el alcance de la misma, que, en buena medida, deriva del sentido atribuido a la norma que introdujo la *regla de minimis* en nuestro país. La cuestión se centra fundamentalmente en determinar si se trata de una norma que concede a las autoridades de competencia la facultad de determinar la perseguibilidad de este tipo de conductas o, por el contrario, de una norma que excluye de la prohibición a los acuerdos de importancia menor. La cuestión resulta de extraordinaria trascendencia porque, si se trata de una exención legal, este tipo de acuerdos quedarán al margen de la prohibición y no podrán ser perseguidos ni por la Comisión Nacional de la Competencia o las Autoridades Autonómicas de Defensa de la Competencia, ni tampoco ser objeto de enjuiciamiento por los juzgados de lo mercantil por la vía de la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

En nuestra opinión la norma establece que aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia no están prohibidas por no reunir el requisito de tipicidad necesario para configurar la prohibición.

Hay que señalar finalmente a este respecto que la determinación de la naturaleza de los acuerdos se realiza en función de criterios cuantita-

---

la venta de bienes o servicios concluidos con proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado anteriores quedarán reducidos al 5 por 100.

En ningún caso serán considerados de menor importancia los acuerdos entre competidores que tengan por objeto: *a)* la fijación de precios de venta; *b)* la limitación de la producción o de las ventas; *c)* el reparto de mercados o clientes incluidas las pujas fraudulentas en las subastas o concursos; y *d)* la restricción de las importaciones o exportaciones. Tampoco tendrán esta consideración los acuerdos celebrados entre no competidores que tengan por objeto: *a)* el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que deba ajustarse el comprador; *b)* la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva; *c)* la restricción de los suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a una misma red de distribución selectiva; *d)* la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que impida al proveedor vender los componentes, como piezas sueltas, a usuarios finales, talleres de reparación independientes o a proveedores de otros servicios a los que el comparador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos (servicio oficial); *e)* el establecimiento de cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o superior a 5 años; y *f)* la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales o de los grupos de clientes a los que puede vender dichos bienes o servicios.

Como excepción a la última regla anterior, podrán ser considerados, sin embargo, de importancia menor los acuerdos celebrados entre no competidores que tengan por objeto: *a)* el establecimiento de exclusivas por territorios o grupos de clientes; *b)* la restricción de las ventas a usuarios finales por parte de un comparador que opere en el mercado mayorista; *c)* la restricción de las ventas a distribuidores no autorizados por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva; y *d)* la prohibición al comprador de componentes de vendérselos a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor.

Las conductas desarrolladas por empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos (monopolios) y las desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes, en los que más del 50 por 100 esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias sean similares, nunca se considerarán de menor importancia.

tivos referidos a las cuotas que detentan las empresas en el mercado afectado (mercado relevante) y no en el conjunto del mercado comunitario europeo o del mercado nacional; así pues, un acuerdo que afecte a una parte significativa de un mercado local no tendrá la consideración de acuerdo de menor importancia. Por otra parte, hay que resaltar también que, al establecer el art. 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia que «sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. anteriores y a efectos de la aplicación de lo establecido en los arts. 5 y 53.1.b) LDC, el Consejo de la CNC podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 de la citada Ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia», está ampliando el ámbito de aplicación de la norma a aquellos supuestos de conductas anticompetitivas que, pese a exceder los límites de la *regla de minimis*, no produzcan efectos restrictivos significativos sobre la competencia en el mercado.

#### D) La intencionalidad

La intencionalidad o culpabilidad no aparece reflejada en las normas prohibitivas de las prácticas colusorias más allá de lo anteriormente expuesto, de modo que cabe plantear la cuestión de si dicho factor está implícito o, por el contrario, no forma parte del tipo de prohibición.

De lo expuesto se desprende también que la culpabilidad no es un elemento integrante del tipo de prohibición, pero servirá, por una parte, como elemento de prueba para determinar los efectos anticompetitivos, como más adelante veremos, y, por otra, como factor determinante para la imposición de una sanción pecuniaria. Así se establece claramente tanto en el Derecho comunitario europeo<sup>28</sup> como en el Derecho español<sup>29</sup> y así lo ha considerado también la jurisprudencia al estimar que, «en materia de prácticas restrictivas de la competencia, la sanción sólo es posible previa la existencia de una deliberada o negligente conducta infractora. Esto no podría ser de otra forma en el estado actual del Derecho sancionador, en el que se han superado los viejos esquemas de la responsabilidad objetiva y sin culpa»<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> El art. 23.2 del Reglamento (CE) 1/2003 establece: «Mediante decisión la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia: a) infrinjan las disposiciones del art. 81 o del art. 82 del Tratado».

<sup>29</sup> El art. 63 de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia establece: «Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente ley las siguientes sanciones».

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2006, As. *Consejo General de la Abogacía*.

Así pues, sin intención no habrá sanción. Para que proceda la imposición de multas la autoridad de competencia no sólo deberá demostrar que ha habido un acuerdo y que se ha generado un efecto anticompetitivo, sino probar también que la restricción de competencia fue intencional o negligente. En caso contrario, podrá proceder a declarar la existencia de una práctica anticompetitiva pero no podrá multar a los infractores.

## 5. LA AFECTACIÓN DEL MERCADO

En tercer lugar, el acuerdo deberá afectar a un determinado mercado que, según los casos, será el comunitario europeo o el mercado nacional en su totalidad o en parte.

El establecimiento de este requisito, que se inspira en la «cláusula de comercio» del Derecho de los Estados Unidos de América, la cual, como es sabido, tiene por objeto delimitar el campo de aplicación del Derecho federal frente a los Derechos estatales, se explica, de un lado, por el mantenimiento de las normas nacionales de competencia junto a las normas comunitarias y, de otro, por la atribución de la facultad de aplicación del Derecho comunitario de la competencia a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, de modo que este requisito cumple la doble función de determinar el Derecho aplicable a un caso y la asignación de la autoridad que habrá de aplicarlo.

Este elemento va a servir también para determinar, de un lado, el Derecho aplicable (comunitario o nacional) y, de otro, particularmente en nuestro país, la autoridad encargada de aplicar el Derecho español.

En efecto, cuando una práctica anticompetitiva produce efectos en un solo Estado se aplican las normas nacionales de competencia. No cabe duda de que las prácticas colusorias desarrolladas en España van a afectar al mercado nacional, pero no resulta tan clara la cuestión de determinar cuándo una práctica realizada en un determinado país afecta al comercio intracomunitario.

El término «afectación» ha de ser entendido en el sentido de que se produzca una alteración significativa de las corrientes de intercambios comerciales entre los Estados miembros o una fragmentación del mercado, esto es, que el comercio se desarrolle de manera diferente a como se desarrollaba antes de la práctica colusoria, no siendo preciso que la modificación perjudique necesariamente a la competencia<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de abril de 2004 y las STJCE de 6 de marzo de 1964, As. *Zoja*, de 12 de diciembre de 1967, As. *Brasserie de Haecht* y de 26 de noviembre de 1995, As. *Papeles pintados de Bélgica*.

Para que pueda aplicarse el art. 81.1 a una práctica colusoria se exige que sea posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de hecho o de derecho, que el acuerdo o la práctica pueden tener una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales de los Estados miembros<sup>32</sup>. La jurisprudencia española generalmente ha venido ignorando la concurrencia de este requisito necesario para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE<sup>33</sup>.

Para determinar la posible existencia de este elemento será preciso: en primer lugar, analizar si se ha producido alguna alteración de los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sin que sea necesario que dicha alteración sea negativa. A este respecto, se presume que existe afectación cuando el acuerdo tiene por objeto operaciones de exportación o importación. En segundo lugar, se exige que la afectación sea significativa. En este sentido, se presumirá que la afectación no resulta importante cuando la cuota de mercado conjunta de los partícipes en el acuerdo en el mercado relevante no sea superior al 5 por 100 y el volumen de negocios total anual en la Unión Europea de las empresas interesadas correspondiente a los productos objeto del acuerdo sea inferior a 40 millones de euros.

## 6. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS: LOS ACUERDOS HORIZONTALES

Las normas prohibitivas de los acuerdos anticompetitivos no distinguen entre categorías de acuerdos. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han establecido la distinción entre acuerdos horizontales y verticales, que se ha consagrado más tarde en algunas normas de desarrollo del art. 81 TCE, como los Reglamentos de exención por categorías, y en las comunicaciones orientativas de la Comisión Europea y también en algunas normas nacionales, siendo de destacar a este respecto la Ley española de Defensa de la Competencia que contempla dicha clasificación a efectos de la imposición de sanciones, estableciendo además un régimen menos severo para los acuerdos verticales (art. 62 LDC).

Se consideran *acuerdos de tipo horizontal* aquellos en los que los operadores que se conciertan se encuentran situados en el mismo escalón del proceso productivo y compiten directamente entre sí. Son fundamentalmente, por tanto, acuerdos entre competidores<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE de 2004.

<sup>33</sup> Sirvan de ejemplo las SSTs de 2 de junio de 2000, 15 de marzo de 2001 y 23 de diciembre de 2004 y las sentencias de los juzgados de lo mercantil núm. 5 de Madrid de 15 de abril 2005 y núm. 1 de Sevilla de 29 de julio de 2005.

<sup>34</sup> *Vid.* Ress. TDC de 3 de junio de 1997, As. *Industrias Lácteas*; 10 de junio de 1997, As. *Desmotadoras de algodón*; y de 4 de marzo de 2005, As. *Panaderos de Aranda de Duero*.

Se consideran, en cambio, *acuerdos de tipo vertical* aquellos en los que los sujetos que se conciertan pertenecen a diferentes escalones del proceso productivo y sólo compiten esporádicamente entre ellos. Se trata fundamentalmente de acuerdos de cooperación entre no competidores<sup>35</sup>.

Entre los acuerdos horizontales vamos a hacer referencia a los cárteles y a los acuerdos de cooperación.

i) Los *cárteles* pueden ser definidos como aquellos acuerdos secretos entre dos o más competidores que tienen por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones<sup>36</sup>.

Los cárteles son la categoría de acuerdos horizontales más dañinos para el funcionamiento de la competencia en los mercados. Su persecución ha sufrido recientemente un fuerte impulso con la implantación de las denominadas políticas de clemencia que conceden la inmunidad contra las sanciones o una importante reducción de las mismas a quienes perteneciendo a alguno de ellos denuncien su existencia a las autoridades de defensa de la competencia.

ii) Los *acuerdos horizontales de cooperación* son aquellos celebrados entre empresas competidoras para coordinar sus actividades o desarrollar una actividad en común. Estos acuerdos responden por lo general a diversas motivaciones entre las que pueden citarse la presión competitiva, los cambios habidos en el mercado, los avances tecnológicos u otras circunstancias.

Como ya se ha indicado con anterioridad, este tipo de acuerdos cuando producen un efecto restrictivo de la competencia están rigurosamente prohibidos. Ahora bien, los acuerdos horizontales no siempre son restrictivos de la competencia.

**La Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices para la aplicación del art. 81.1 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal** distingue entre tres bloques de acuerdos:

— Acuerdos que por su propia naturaleza afectan directamente a la competencia.

Tal sería el caso de los acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercados. Estos acuerdos han de resultar siempre prohibidos.

---

<sup>35</sup> Vid. Res. TDC de 12 de febrero de 1997, As. *Fabricantes de lencería*; 13 de marzo de 1998, As. *RESOPAL*; 25 de julio de 2002, As. *Mundial de fútbol*; y 2 de noviembre de 2004, As. *Eko-Ama/Mondariz*.

<sup>36</sup> Comunicación de la CE sobre dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel de 2002 y Disposición Adicional 4.<sup>ª</sup> LDC.

- Acuerdos que por su naturaleza no pueden afectar a la competencia.

Bajo esta rúbrica pueden agruparse los acuerdos de cooperación entre no competidores, los acuerdos de cooperación entre competidores que aisladamente no pueden desarrollar la actividad, acuerdos de cooperación en actividades que no influyen en la competencia. Estos acuerdos deben quedar al margen de la prohibición.

- Acuerdos que pueden afectar a la competencia por generar poder de mercado o reforzarlo.

Estos acuerdos deben ser sometidos a un análisis pormenorizado, basado en criterios de mercado como la posición de las partes u otros factores estructurales, para determinar si deben ser incluidos o no en el ámbito de la prohibición.

Entre los tipos de acuerdos que se analizan por la citada Comunicación a estos efectos se encuentran los siguientes:

- a) *Acuerdos de investigación y desarrollo en común*, como, por ejemplo, el desarrollo de productos nuevos, la mejora de los existentes y la explotación conjunta de los resultados.

Estos acuerdos no estarían incursos en la prohibición si la cuota de mercado es inferior al 25 por 100. No quedarían exentos, sin embargo, los acuerdos de fijación de precios o de objetivos de producción.

- b) *Acuerdos de producción, especialización o subcontratación*, como, por ejemplo, la fabricación conjunta o especialización unilateral o recíproca en la fabricación de determinados productos. Estos acuerdos no estarían incursos en la prohibición si la cuota de mercado es inferior al 20 por 100. No quedarían exentos, sin embargo, los acuerdos que supongan la exclusión de terceros operadores.

- c) *Acuerdos de compra en común*, como, por ejemplo, los de creación de una central de compras o de una plataforma B2B. Estos acuerdos no estarían incursos en la prohibición si la cuota de mercado es inferior al 15 por 100.

- d) *Acuerdos de comercialización en común*, como, por ejemplo, la distribución o la publicidad común, el establecimiento conjunto de un servicio postventa o la venta conjunta.

Estos acuerdos no estarán incursos en la prohibición si evitan la coordinación en los precios o los intercambios de información estratégica.

- e) *Acuerdos de estandarización* como, por ejemplo, el establecimiento de reglas, patrones o requisitos técnicos homogéneos. Estos acuerdos tampoco resultarán prohibidos si cumplen con los requisitos de transparencia, no obligatoriedad y no discriminación.
- f) *Acuerdos para la preservación del medio ambiente*, como, por ejemplo, los acuerdos para reducir la contaminación o para proceder al tratamiento conjunto de los residuos.  
Por lo general, este tipo de acuerdos no resultan prohibidos.
- g) *Alianzas estratégicas*. Son acuerdos de cooperación muy complejos que generan vínculos contractuales o estructurales entre las partes.  
Estos acuerdos deben ser analizados caso por caso en función de su naturaleza con arreglo a los tipos correspondientes y, además, en su conjunto. Y estarán prohibidos cuando faciliten la coordinación de conductas competitivas o refuercen el poder de mercado, pero no cuando constituyan un instrumento para competir en un mercado más amplio o globalizado.