

JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA DE LAS CONDUCTAS POR OBJETO

INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO

JULIO COSTAS COMESAÑA

Consejeros de la CNC¹

1. INTRODUCCIÓN

Tanto en el Derecho de la Unión Europea (artículo 101 TFUE)² como en el Derecho nacional de defensa de la competencia (artículo 1 LDC),³ los acuerdos y conductas colusorias están prohibidos si y sólo si tienen por objeto o efecto restringir la competencia.

Este carácter alternativo de la fundamentación de la prohibición –por objeto o por efecto– es causa de no poca controversia. A menudo se oyen voces que manifiestan que las autoridades recurren en exceso a la figura de las conductas por objeto y que con ello se cae en un análisis formalista que ignora el análisis económico. Se defiende que el denominado «enfoque basado en los efectos» debería ser más utilizado y que ello supone una aplicación del derecho de la competencia más cercana a la economía y más moderna.

No cabe duda de que ha habido épocas en que se ha abusado de un enfoque, llamémosle formalista, en el que se han tachado de anticompetitivas por su forma conductas que carecían desde un punto de vista económico de aptitud para distorsionar la competencia. Éste fue un sesgo que llevo a decisiones controvertidas más en sede del artículo 2 LDC y art. 102 del TFUE, pero también en lo que se refiere a los acuerdos verticales e incluso horizontales. Todo ello motivó o, al menos,

1. El trabajo contiene opiniones estrictamente personales de los autores, no comprometiendo en absoluto la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia.
2. El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, modificó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE), que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
3. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

fue una de las causas de la llamada modernización del derecho de la competencia en el contexto de la Unión Europea que, entre otras cosas, ha llevado a conferir un mayor peso al enfoque económico no sólo a la hora de analizar los casos, sino también de diseñar las reglas en materia de competencia (léase reglamento, directrices, orientaciones, etc.).

Posiblemente ahora nos encontramos inmersos en un movimiento pendular que lleva a desacreditar, ya sea por convicción o por interés, aquél análisis que no pase esa denominada «prueba de efectos». Sin embargo, esta postura supone a nuestro juicio olvidar algunos presupuestos fundamentales que en este artículo tratamos de recordar.

La prohibición de las denominadas «conductas por objeto», esto es, aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, es inherente a un sistema de defensa de la competencia eficaz. Tal prohibición no es ajena a la racionalidad económica ni al enfoque efectos que tanto se reivindica. En este sentido, aunque hay conductas que despiertan y despertaran debate, la controversia sobre algunas de ellas nos parece, hasta cierto punto, gratuita.

A continuación repasamos el concepto de restricción por objeto para luego adentrarnos en el papel que desempeña este tipo de restricciones en el sistema de defensa de la competencia y cuál es su lógica jurídico-económica. Por último, planteamos si determinados acuerdos como son los intercambios de información deben caer en el ámbito de las conductas por objeto.

2. EL CONCEPTO DE RESTRICCIÓN POR OBJETO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

El Tribunal de Justicia ha señalado que son restricciones de la competencia por objeto las que «por su propia naturaleza» se pueden considerar perjudiciales para el juego normal de la competencia, lo que se determina mediante el examen del contenido de sus disposiciones, de la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, y a la luz de los objetivos de las normas comunitarias de competencia.⁴

Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común».⁵

4. STJUE de 20 de noviembre de 2008, As. C-209/07 *Beef Industry*, párrafos 16 y 17; STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 27; STJUE de 6 de octubre de 2009, As. C-501/06 P y acumulados *GlaxoSmithKline*, párrafo 58, y Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 21.

5. STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 31.

La CNC comparte esta doctrina. Entre las últimas resoluciones, en la Resolución de la CNC FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN, se afirma: «La infracción del artículo 1.1 LDC existe desde el momento en que se realiza una recomendación colectiva cuyo objeto se ha probado anticompetitivo. La actuación de las asociaciones es formalmente objetable, más allá de sus efectos. Como se ha argumentado en el fundamento de Derecho anterior, que la recomendación no tuviese efecto en el mercado es algo intrascendente, puesto que tal efecto no es exigido por el tipo de infracción. Existe infracción del artículo 1 LDC porque la conducta protagonizada por las asociaciones que se analiza en este expediente es objetivamente apta para restringir la competencia por el contenido de las notas de prensa, por su difusión y por quiénes las han realizado, que además han cooperado con el fin de reforzar su eficacia».⁶

Una lectura a primera vista de las directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE podría inducir a pensar que la Comisión equipara restricciones por objeto a objeto u objetivo del acuerdo, cuando no es así porque son nociones distintas. El hecho de que las partes persigan con el acuerdo un fin legítimo (v. gr., introducir un nuevo producto o remediar los efectos de una crisis sectorial) no debe tener ninguna influencia en el análisis del objeto restrictivo de parte del contenido del acuerdo.⁷ En este sentido, bajo la prohibición del artículo 1 LDC y 101 TFUE, el concepto de acuerdo tiene un marcado carácter objetivo: basta con que la conducta tenga la aptitud para provocar la distorsión o falseamiento de la competencia. No es necesario el presupuesto de intencionalidad para decretar la prohibición. Como ha dejado claro el TDC y los órganos de revisión jurisdiccional han refrendado: «(...) se trata de un concepto objetivo de acuerdo, pues éste resultará prohibido cualquiera que haya sido la motivación que guió la actuación de las partes, si por su contenido y/o contexto económico se muestra apto para restringir la competencia».⁸

La naturaleza restrictiva de la competencia del acuerdo o práctica concertada puede ser más o menos evidente en función de las circunstancias del caso. Como señala la Comisión, en unos casos basta con analizar el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue para poder concluir, con el grado de certeza que es exigible en Derecho, que se trata de una restricción por objeto. Tal será el caso de las generalmente consideradas como restricciones especialmente graves o *hard-core restrictions*, categoría en la que se pueden incluir con general

6. Resolución de 14 de octubre de 2009, expte. S/0053/08, fd 67. En términos similares, también la Resolución de la CNC *Inprovo* de 28 de septiembre de 2009 (expte. S/0055/08, fd 4º).
7. STJ IAZ de 8 noviembre de 1983, Ass. 96/82 y otros acumulados, párrafo 25, STG de 9 de julio de 2009, S: T-450/05 *Peugeot Nederland*, párrafos 55 y 56, y STJUE de 20 de noviembre de 2008, As. C-209/07 *Beef Industry*, párrafo 21. En el párrafo 17 de esta sentencia, se utilizan los conceptos de «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto». Como defendemos en el texto estas expresiones no son equivalentes a «restricciones por objeto» y «restricciones por efecto».
8. Resolución de 18 de octubre de 2006 recaída en el expte. 603/05 Procuradores Pontearreas y ratificada por SAN de 17 de junio de 2008.

aceptación las conductas concertadas de fijación horizontal de precios, limitación de la producción y reparto de mercados y clientes, así como, probablemente, las demás conductas que se enumeran en los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC a modo de ejemplos de conductas restrictivas incluidas dentro de la cláusula general prohibitiva.

En otros supuestos menos claros o evidentes, resulta preciso analizar otros factores adicionales, como «el contexto en el cual se aplica (o se aplicará) y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado. Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones a tal fin. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria».⁹

Es importante tener presentes los efectos jurídicos de calificar una conducta colusoria como restricción por objeto. El carácter alternativo de la condición restrictiva, por objeto o por su efecto, de la conducta concertada conduce a la prevalencia del concepto de objeto sobre el de efecto, en el sentido de que sólo resultará necesario el análisis de efectos (de la aptitud del acuerdo para generarlos) cuando no se haya podido probar que es restrictivo por objeto. Así lo proclama la Comisión siguiendo a la jurisprudencia comunitaria: «Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia».¹⁰

Por lo tanto, la relevancia de la distinción entre restricción por objeto y restricción por efecto es de naturaleza probatoria, como puso de relieve el Tribunal de Justicia desde el primer momento: «resulta superfluo tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo cuando resulte que éste tiene por objeto restringir... el juego de la competencia».¹¹ Una doctrina que la Comisión recoge en sus directrices sobre el artículo 101.3 TFUE, al señalar que «En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos» (párrafo 24), y por ello es posible sancionar infracciones por objeto que no han sido ejecutadas o puestas en práctica.

Las resoluciones de la CNC muestran este mismo enfoque. Citamos como ejemplo relativamente reciente lo dicho en la resolución recaída en el expediente denominado Seguro Decenal: «La conducta realizada (un cártel complejo de fija-

9. Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 22. La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 15 de enero de 2010 valoró la intencionalidad expresada por escrito por las partes, en el sentido de que determinada cláusula del convenio se incluía «a fin de evitar la competencia», como prueba de la finalidad restrictiva de la conducta sancionada por la Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008 (expte. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*).

10. Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 24.

11. STJUE de 13 de julio de 1966, Ass. 56 y 58/64 *Grundig*.

ción de precios mínimos) es una infracción por objeto, por lo que no es necesario acreditar sus efectos reales o potenciales sobre el mercado para concluir que constituye una conducta prohibida por los arts. 81.1 TCE y 1.1 Ley 16/1989».¹²

Una lectura a nuestro juicio superficial lleva a concluir que el efecto jurídico de calificar una conducta como restricción por objeto es eximir a las autoridades de competencia de la necesidad de realizar un análisis económico de los efectos reales o potenciales de la conducta restrictiva por objeto y aligerar la carga de la prueba. Las repercusiones perversas de esta lectura se amplifican por el temor a que, en los supuestos menos claros o evidentes, haya una excesiva tendencia por parte de las autoridades a calificar de restrictivas por objeto las conductas o, incluso, a calificar de restricciones por objeto conductas que no son tales. Con ello las autoridades, supuestamente, soslayarían el rigor de la prueba.

Ante este riesgo se reivindica el papel del análisis de efectos para calificar las conductas de restrictivas. Según ello, deben analizarse los efectos de la conducta para asegurarnos de que el acuerdo es restrictivo. El problema es que, desenfocando el razonamiento, a menudo se reivindica este análisis de efectos de forma absolutamente descontextualizada, llegando a manifestarse, con más frecuencia de lo que parece, que es necesario demostrar los efectos para calificar la conducta de restrictiva. Como decíamos antes, como consecuencia de este movimiento pendular, se aspira a modificar el carácter alternativo de la condición restrictiva que gobierna el artículo 1 de la Ley 15/2007 y el art. 101 del TFUE.

Este enfoque, en cierta forma, parte de una profunda desconfianza hacia el rigor con que realizan o deben realizar su tarea no sólo las autoridades de la competencia, sino también los órganos encargados de la revisión jurisdiccional de las decisiones de competencia dictadas por aquéllas. Sin embargo, no se trata de banalizar un debate que ha llegado a los propios órganos comunitarios de revisión jurisdiccional.¹³ Es necesario razonar al respecto y clarificar el papel que desempeñan las restricciones por objeto y los límites de las mismas.

¿Por qué no valorar en cada caso los efectos y perseguir sólo aquellas conductas que los hayan tenido? Aparentemente con ello se reduciría el riesgo de error y se aseguraría que no se rebaja el nivel de prueba de forma inadecuada.

La respuesta es que ese planteamiento supondría olvidar que el diseño de las reglas de competencia obedece a una lógica que no desatiende ni al análisis económico ni a los efectos de las conductas. Bien al contrario, se fundamenta en ellos.

12. Resolución de 12 de noviembre de 2009, expte. S/0037/08 Seguro Decenal. En este sentido también se han pronunciado nuestros tribunales, pudiendo citarse entre las últimas la sentencia de la Audiencia Nacional *Caja Vital* de 6 de noviembre de 2009.

13. En este sentido es muy elocuente la opinión del Tribunal de Justicia en el caso *GlaxoSmithKline*, pues frente a la opinión expresada por el Tribunal General, señala que «supeditar la existencia del objeto contrario a la competencia a la prueba de que el acuerdo conlleve inconvenientes para los consumidores finales» es un error de Derecho. STG de 27 de septiembre de 2006, As. T-168/01, párrafo 121 y STJUE de 6 de octubre de 2009, As. C-501/06 P y acumulados, párrafos 62 a 64. Esta doctrina del Tribunal de Justicia es objeto de crítica por algún autor: L. Idiot, «Le retour de l'objet anticoncurrentiel...», *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, nº 4-2009, p. 1-2.

Dicho planteamiento de constatación en cada uno de los casos de los efectos supondría también incurrir en riesgos y en costes todavía mayores para las empresas y para la sociedad en su conjunto, como a continuación exponemos.

3. LAS CONDUCTAS POR OBJETO Y EL DISEÑO DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia trata de evitar determinadas prácticas que obstaculizan el correcto funcionamiento de los mercados y que, al hacerlo, deterioran la eficiencia productiva, asignativa y dinámica reduciendo con ello, en última instancia, el bienestar económico.

Lo anterior se asienta en varios presupuestos. Primero, el fundamento y la razón de ser del sistema de defensa de la competencia es eminentemente económico. Ello sin perjuicio de que, tratándose de un derecho esencialmente sancionador, los procedimientos de competencia deben respetar los principios que rigen en el derecho administrativo sancionador.

Segundo, la función del derecho de la competencia es primordialmente disuasoria. Se trata de evitar conductas que perjudican al funcionamiento de los mercados y por ende al bienestar. La sanción no es un fin, es un medio para lograr objetivos social y económicamente deseables.

Tercero, se trata de una prohibición amplia. Se prohíben todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que, en el caso del art. 101 del TFUE, puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Se establece, además, que la prohibición podrá declararse inaplicable a aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En definitiva, el reproche de ilicitud constituye un paso ulterior del doble examen que exige la aplicación de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, y resultará del carácter injustificado de la restricción o de la ausencia de eficiencias que al menos compensen sus efectos perniciosos sobre la competencia.

Pese a lo prolijo que pueda parecer el enunciado, la cuestión de cuándo se cumple el presupuesto del tipo infractor queda muy abierta a las normas de desarrollo que se dicten —ya sea normas como tales o *soft law*— la doctrina que las interprete.

No debe extrañarnos esta apertura en la interpretación desde el momento en que la competencia económica es un concepto que carece de una definición uni-

taria, probablemente a causa de su permeabilidad por valores de política económica en sentido amplio. De la misma forma, cómo entender el perjuicio sobre la eficiencia económica, en qué plazo, así como qué bienestar económico protegemos —¿el de los consumidores, el general?— son cuestiones que no tienen una sola respuesta. Es necesario por ello contar con criterios, pautas, reglas de decisión o como quiera denominárseles, que aporten certidumbre al sistema y a las partes que en él operan.

Incluso teniendo claros los objetivos, es necesario que el sistema sea operable con eficacia. Las autoridades podrían examinar cada acuerdo y valorar las restricciones que introduce sobre la competencia, los efectos que las mismas tienen en el mercado y las eficiencias que aporta, para establecer el saldo neto de todo ello y decidir si le es de aplicación la prohibición o no. Sin embargo, ello no resultaría en un sistema eficaz. Es conocido que determinados tipos de prácticas con elevada probabilidad generan efectos perversos y nocivos que es preferible evitar. ¿Deben entonces las autoridades enfrascarse en un detallado análisis de los efectos de la práctica antes de concluir que la misma está prohibida una y cada vez que se enfrenten a ella?

La respuesta claramente es no. De nuevo, son necesarias reglas que aporten seguridad jurídica y eficacia decisoria en el sistema, cumpliendo además con el objetivo disuasorio del mismo.

Para diseñar un sistema eficaz esas reglas deben tener fundamentalmente en cuenta dos variables: la probabilidad de que al aplicar la regla se cometan errores y su coste y el coste del sistema en sí mismo.¹⁴

La probabilidad de ocurrencia de un determinado suceso se define en estadística como la proporción de veces que ocurriría dicho suceso si se repitiese un experimento o una observación en un número grande de ocasiones bajo condiciones similares. El análisis económico nos sugiere que, bajo determinadas condiciones de mercado, la probabilidad de que ciertos tipos de acuerdos sean perjudiciales para la eficiencia y para el bienestar es muy grande y su coste, muy elevado. Por ello, la normativa de competencia pretende prevenir su existencia y, como regla general, resultan ilícitos.

Así, cuando el análisis económico y la experiencia —que se refleja en la doctrina— muestran que determinadas conductas presentan en general un potencial muy elevado de efectos restrictivos, lo racional es emplear una regla de ilegalidad *per se*. La probabilidad de que, en esos casos, la decisión de prohibir la práctica sea errónea es muy baja y no es necesario ni deseable emplear recursos públicos en acreditar sus efectos reales nocivos sobre el mercado en cada caso. No olvidemos, además, que el objeto de las reglas es eminentemente disuasorio. Se trata de que los operadores económicos conozcan de antemano que deben eludir ese tipo de prác-

14. Para una descripción del denominado «Error-cost Framework» en el derecho *antitrust* ver el artículo «The limits of antitrust» del que es autor Frank H. Easterbrook, originalmente publicado en la *Texas Law Review*, vol. 63, 1984 y reeditado en la revista *Competition Policy International*, vol. 1, nº 1, primavera 2005.

ticas por el daño que generan. No en vano el coste de que se produzcan y no sean detectadas y/o sancionadas por las autoridades es todavía mayor para la economía en su conjunto.

El análisis económico y la evidencia empírica concluyen que los acuerdos entre competidores de precios y de reparto de mercado –categoría en la que incluiríamos las recomendaciones colectivas y los boicots– están en este ámbito. Se trata de acuerdos que tienen capacidad para distorsionar la competencia y que alteran la eficiencia asignativa y dinámica y, a menudo, la productiva, en detrimento del bienestar. Son acuerdos además que raramente producen eficiencias que puedan repercutir en beneficio de terceros.

Puede haber prácticas que en general presentan un potencial elevado de efectos restrictivos, aunque su efecto puede depender del contexto jurídico-económico en que se producen. El análisis económico nos ayuda a discernir el conjunto de factores en presencia de los cuales el potencial de la conducta para restringir la competencia o, por el contrario, para no resultar lesiva, es mayor. En esos casos pueden resultar más eficaces reglas basadas en presunciones rebatibles: se parte de un determinado presupuesto que se puede revertir con base en los hechos. Dichos presupuestos se fundan en conclusiones que el análisis económico nos aporta con un grado de certeza suficiente. Así, determinados tipos de acuerdo bajo ciertas circunstancias del mercado y a la vista de la posición de las partes en el mismo pueden considerarse como regla general lícitos o ilícitos, sin perjuicio de que las circunstancias particulares del caso puedan modificar este análisis.

Los Reglamentos de Exenciones por categorías son un claro ejemplo del funcionamiento de este tipo de reglas. Se generan ciertas reglas basadas en el análisis económico que permiten señalar en qué casos se considera que los acuerdos no generan restricciones de la competencia. Si no se cumplen los requisitos previstos en esas reglas, el riesgo de error es mayor, esto es, el riesgo de que se puedan declarar lícitos acuerdos que si restringen la competencia. Por ello, en esos casos se debe proceder a un análisis más individualizado y casuístico.

Cuando la naturaleza de la conducta y el contexto jurídico-económico es tal que el análisis económico no nos aporta reglas concluyentes, esto es, sujetas a una probabilidad de error y a un coste lo suficientemente reducidos, será preferible recurrir al denominado balance concurrencial, esto es, al análisis de los efectos que la conducta restrictiva tiene y a sus posibles eficiencias y a sopesar el balance de los mismos. En esos casos, ante la dificultad para esgrimir reglas eficaces para la consecución de los objetivos que se pretenden, es preferible incurrir en el análisis detallado de los efectos de la conducta. Pero no nos olvidemos de la dificultad que este análisis tiene y el tiempo y los recursos que consume. No sólo para las autoridades, también para las empresas. Este es el tipo de análisis que se debe realizar, sin ir más lejos, en una segunda fase de una operación de concentración. Tanto las autoridades como las empresas son bien conscientes del esfuerzo que supone evaluar y, más aún, medir esos efectos.

De hecho, si verdaderamente se piensa que puede haber un sesgo de las auto-

ridades a magnificar los efectos anticompetitivos, ignorando las eficiencias de las conductas, resulta más fiable restringir el enfoque efectos a aquellos casos en que sea necesario, reduciendo con ello no sólo los costes del sistema, sino la incertidumbre del mismo y la probabilidad de una evaluación inadecuada. Con sesgo o sin él, no cabe duda de que disponer de este tipo de reglas resulta más eficaz para autoridades y empresas y aporta mayor seguridad jurídica al sistema. No en vano, por cierto, uno de los pilares de la modernización del sistema comunitario de defensa de la competencia y también de los sistemas nacionales ha sido la supresión del sistema de autorización singular, que se basaba fundamentalmente en el análisis de los efectos caso a caso.

A partir de lo expuesto es importante incidir en varias cuestiones relevantes. En primer lugar, que el efecto jurídico de calificar una conducta como restricción por objeto no es eximir a las autoridades de competencia de la necesidad de realizar un análisis económico de los potenciales efectos de la conducta. Ese análisis ya está implícito, dicho sea de paso, en la calificación de una conducta como restricción por objeto. Cuestión a parte es que pueda pensarse que la fundamentación económica de la regla de decisión que se aplica (ya se encuentre contenida en un reglamento, una comunicación o en la propia doctrina) no es la correcta o que es rebatible. Esto es, que a la vista de la experiencia, de la evidencia empírica y/o de las conclusiones del análisis económico debe revisarse el criterio que se emplea. Pero ello no debe llevarnos a cuestionar la aplicación de la regla al caso, sino a debatir sobre la regla por si procede su modificación.

Segundo, esta forma de articular el sistema *antitrust* tiene grandes paralelismos con las reglas del sistema norteamericano. Es cierto que esta distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto, que realizan los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC (así como otras leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea), no está en el texto de la prohibición de colusión que formula el artículo 1 de la Sherman Act de 1980, que dispone:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

No obstante, superando una inicial interpretación literal del precepto transcrito, el Tribunal Supremo norteamericano tiene establecido que no se prohíbe toda restricción de la autonomía de comportamiento de las empresas, sino sólo los acuerdos que restringen la competencia de manera no razonable. Y al objeto de establecer cuándo un acuerdo restringe la competencia de forma no razonable, el mencionado Tribunal Supremo ha desarrollado dos reglas o test de legalidad contrapuestos: la regla *per se* y la regla de lo razonable.

El Tribunal Supremo reserva la regla *per se* para aquellos acuerdos que por su propia naturaleza constituyen restricciones no razonables, sin necesidad de examinar la intención de las partes y sus efectos sobre el mercado; por lo tanto, restric-

ciones de la competencia prohibidas en todo caso. Por el contrario, la *rule of reason* exige analizar si la conducta concertada ha causado o puede causar un efecto restrictivo sobre la competencia y, en su caso, demostrar que tal efecto restrictivo no es indispensable para alcanzar el fin lícito perseguido, para poder concluir que es una restricción ilegal al amparo del artículo 1 de la Sherman Act.

Cuestión aparte es que ciertos tipos de acuerdos que en el contexto europeo caen en el ámbito de un tipo de regla puedan verse bajo otro en el contexto norteamericano. Esta es una cuestión sin duda interesante, pero que escapa al objeto de este artículo.

Tercero, no toda restricción por objeto es *per se* ilegal. En la medida en que la aplicación de la regla *per se* conlleva una presunción de ilegalidad *antitrust* de la conducta concertada a la que se aplica, podríamos asimilar la regla jurisprudencial norteamericana con el concepto de restricción por objeto. Ahora bien, esta analogía sería correcta siempre que se identifique restricción por objeto con restricción ilegal *per se*; esto es, con una *hard-core restriction* o restricción no razonable, siendo ésta una asimilación que no está exenta de polémica.

En efecto, la jurisprudencia comunitaria nos dice que una vez demostrado que una restricción es por objeto, no es necesario verificar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia «a efectos de aplicación del apartado 1 del artículo 81 [101 TFUE]», y añade «En cambio, el apartado 3 del artículo 81 [101 TFUE] no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo 81 [101 TFUE] se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas». ¹⁵ Es decir, el efecto jurídico de calificar una conducta concertada como restricción por objeto radica en el establecimiento de una presunción, basada en la experiencia y en el análisis económico, de que es objetivamente apta para generar efectos restrictivos de la competencia, cuya ilicitud pende en último término del balance de eficiencias a que obligan los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. No es un efecto jurídico irrelevante o menor, porque tal presunción de efectos restrictivos que no de ilegalidad *per se* provoca un desplazamiento de la carga de la prueba, de la autoridad de competencia a la empresa responsable de la restricción por objeto.

Cuarto, lo dicho no implica que, más allá de inspirar las reglas, el análisis económico carezca de sentido en el análisis de las conductas por objeto. Por un lado, como ya hemos apuntado, la valoración de si un acuerdo o práctica concertada es o no una restricción por objeto se realiza en sede del número 1º de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, atendiendo a su contenido, a su finalidad objetiva y al contexto jurídico y económico en el que se debe aplicar. ¹⁶ Luego las circunstancias

15. Entre otras, STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 30, y Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 20.

16. STJUE de 20 de noviembre de 2008, As. C-209/07 *Beef Industry*, párrafo 16.

económicas que rodean al caso también forman parte del análisis de la conducta y pueden conducir, entre otras cuestiones, a que se concluya que la prohibición no aplica en virtud del artículo 5 LDC y, en particular, del artículo 3 RDC. Incluso si se concluye que el acuerdo es restrictivo el doble análisis confiere al análisis económico un importante papel en la aplicación de los criterios del apartado 3 del art. 1 LDC y del 101 TFUE. En los casos de conducta ilícita por su objeto, los efectos pueden ser tenidos en cuenta a la hora de graduar el importe de la sanción. En particular, en términos de la comunicación sobre cuantificación de las sanciones,¹⁷ el porcentaje a aplicar al volumen de ventas afectado por la infracción para calcular el importe básico de la infracción.

Esto es, que a la vista de la experiencia, de la evidencia empírica y/o de las conclusiones del análisis económico debe revisarse el criterio que se emplea. Pero ello no debe llevarnos a cuestionar la aplicación de la regla al caso, sino a debatir sobre la regla por si procede su modificación.

4. LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN COMO RESTRICCIONES POR OBJETO

Como antes se decía, no deja de ser lógico –y saludable– que se produzca debate sobre el tratamiento –o regla de decisión– que debe guiar el análisis de determinados tipos de acuerdo. Sin ir mas lejos, recientemente hemos vivido en materia de restricciones verticales un ejercicio de estas características que ha conducido a la modificación del Reglamento de Restricciones Verticales y de sus Directrices, entre otras cuestiones, para armonizar el mismo en mayor medida con las conclusiones a que nos lleva el análisis económico sobre el análisis de los acuerdos verticales.

Probablemente otra de las figuras cuyo tratamiento se encuentra sujeto a cierta controversia es el de los intercambios de información. Estas conductas no figuran en la lista de conductas restrictivas de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, probablemente porque es un tipo de conducta instrumental, a menudo necesaria para alcanzar alguna o algunas de las restricciones por objeto que en esos preceptos se citan como ejemplos de conductas restrictivas especialmente graves: fijación de precios, limitación de la producción o reparto de mercados y clientes entre competidores.

Como ya hemos considerado más arriba, esta circunstancia y particular naturaleza no excluye las conductas de intercambio entre competidores de información estratégica para competir de la categoría de restricciones por objeto en el sentido de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, pues tal valoración no depende del tipo de conducta (acuerdo, decisión o práctica concertada), sino que se determina en

17. Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

función del contenido de sus disposiciones, de la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, es decir, caso por caso.¹⁸

En la sentencia *Jonh Deere*, 'leading case' en materia de intercambios de información, el Tribunal de Justicia viene a señalar que la obligación de competir que impone el artículo 101 TFUE, en el sentido de que las empresas deben determinar autónomamente la política que pretenden seguir en el mercado, «no excluye el derecho de los operadores a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, tendiendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas así como el volumen de dicho mercado».¹⁹

Desde esta sentencia, la doctrina interpreta que el carácter anticompetitivo de un intercambio de información depende de las características del mercado en el que tenga lugar (grado de concentración, transparencia, estabilidad de las cuotas, complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada (agregada o no, pública o no, antigüedad, frecuencia del intercambio, detalle de la información, etc.). La necesidad de realizar, en todo caso, este análisis del contexto jurídico y económico en el que se produce el intercambio de información, permite afirmar que estas conductas no están prohibidas de forma automática,²⁰ lo cual no significa que no puedan constituir una restricción de la competencia por objeto, cuando de resultados de ese análisis se puede concluir que la conducta genera una transparencia artificial entre las partes apta para alterar su comportamiento competitivo, en cuyo caso su calificación como restricción por objeto en el sentido del artículo 101.1 del TFUE y 1.1 de la LDC no exige la constatación de los efectos.²¹ En realidad este

18. STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafos 23 y 24.

19. STJUE de 28 de mayo de 1998, As. C-7/95 P, párrafos 86 y 87. En la STJUE de 1 de octubre de 2003 (As. C-195/99 *Kupp Hoesh Stahl*), el Tribunal afirma que un sistema de intercambio de información puede constituir una infracción de las normas de competencia «aun cuando el mercado de que se trata no sea un mercado oligopolístico fuertemente concentrado», como era el caso en el asunto de los tractores (párrafo 63). Siguiendo a la sentencia *Jonh Deere*, la *Autoridade da Concorrência* portuguesa en una resolución de diciembre de 2005 (http://www.concorrancia.pt/download/comunicado2008_21.pdf) considera que la decisión de una asociación de empresas instaurando un sistema de intercambio de información de precios de venta al público de pan es una restricción por objeto. Opinión que ha sido confirmada por sentencia de 25 de junio de 2010 del Tribunal de Comercio de Lisboa, en la que se viene a decir que, aunque los efectos sobre los precios no hubieran tenido lugar, la naturaleza de la información y el método utilizado para recogerla revelan un sistema de intercambio de información comercialmente sensible que en sí mismo violó la Ley de competencia.

20. STG de 5 de abril de 2001, As. T-16/98 *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, párrafo 44: «por regla general, los acuerdos de intercambio de información no están prohibidos de manera automática, sino solamente en el caso de que tengan determinadas características relativas, en particular, al carácter sensible y concreto de los datos recientes frecuentemente intercambiados».

21. STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 30. En la doctrina, véase C. Fernández, «Los intercambios de información», en S. Martínez Lage / A. Petitbò Juan (dir.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2009, p. 191-212.

conjunto de circunstancias que hay que analizar para determinar si «por su propia naturaleza» el intercambio de información entre competidores es anticompetitivo no es diferente al que, con carácter general y conforme a la jurisprudencia citada, es preciso realizar para determinar si cualquier conducta colusoria es una restricción por objeto: contenido, finalidad objetiva y contexto económico y jurídico en el que se produce.

Por lo demás, nada en el texto de los artículos 101 TFUE y 1 LDC se opone a que los acuerdos o prácticas concertadas que establecen un intercambio de información puedan constituir una restricción por objeto, pues los ejemplos de conductas colusorias prohibidas que se citan en el número 1 de dichos preceptos no representan las únicas restricciones por objeto de la competencia. Así lo afirma expresamente la Comisión en la Comunicación en materia de acuerdos de intercambio de información entre empresas del sector marítimo: «Un intercambio de información puede incluso tener por su propio objeto restringir la competencia».²²

Entendemos que esta opinión es también la del Tribunal de Justicia, pues en el caso *T-Mobile* se califica como restricción por objeto una práctica concertada, consistente en una única reunión entre los competidores del mercado relevante (operadores de telefónica móvil), en la que se intercambia información confidencial (en particular, sobre la cuantía de la retribución a los distribuidores), que es concretamente apta para debilitar el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado (párrafos 35 y 41), sin que la comprobación de que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia esté «supeditada a que se compruebe la existencia de una relación directa entre dicha práctica con los precios al consumo» (párrafo 38), pues la prohibición del artículo 101.1 TFUE «no sólo está dirigida a proteger los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal» (párrafo 37). Por ello, en el párrafo 43, el Tribunal de Justicia concluye:

una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no es necesario que se impida, restrinja o falsee efectivamente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los

22. DOUE C 245/10, de 26.09.2008, párrafo 42. En las conclusiones de la abogada general del caso *Beef Industry* (As. C-209/07) se afirma que no existe una lista taxativa de restricciones por objeto (párrafo 48). Para un comentario a este caso y al asunto *GlaxoSmithKline* véase: L. Blázquez / M. Rogers, «Los asuntos *Glaxo Wellcome* e *Irish Beef*. ¿Qué acuerdos tienen por “objeto” restringir la competencia en Derecho Comunitario», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 12, nov.-dic. 2009, p. 55-60.

Sin embargo, de la lectura de la Sentencia de la Audiencia Nacional *Caja Vital* de 6 de noviembre de 2009, parece deducirse que la Sala sostiene una interpretación contraria a la expuesta en el texto, por cuanto se afirma: «la presunción de ser restrictivos de la competencia por su objeto únicamente [se extiende] a los acuerdos de fijación de precios, limitación de la producción y reparto del mercado».

precios al consumo final. El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes.

Esta posición creemos que es la que subyace en el párrafo siguiente del Proyecto de Comunicación-Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal:

Por consiguiente, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Esto también se aplica a los intercambios de información sobre conductas actuales que revelan las intenciones sobre la conducta futura y a los casos en que la combinación de diversos tipos de datos permite deducir directamente los precios o cantidades previstos en el futuro. Esto no es óbice para que pueda haber otros tipos de intercambios de información (principalmente intercambios privados individualizados entre competidores relativos a precios y cuotas de mercado) cuyo fin sea restringir la competencia en el mercado, que por lo general se considerarán restrictivos por el objeto. Estos tipos de intercambios de información corren el riesgo de ser investigados y, en último término, multados en su condición de carteles.²³

El mero intercambio entre competidores de información estratégicamente útil (es decir, comercialmente sensible) puede ser una infracción autónoma de las normas de competencia, si constituye en sí mismo un acuerdo, una decisión colectiva o una práctica concertada, pero el intercambio de información también puede formar parte de un acuerdo de cooperación horizontal más amplio o complejo (de un cártel), en el que el intercambio de información puede cumplir diversas funciones anticompetitivas, en general, orientadas a reforzar la eficacia del cártel.²⁴ Pero en ambos casos, la valoración de si es una restricción por objeto o por efecto depende de la naturaleza del intercambio (características de la información) situado en su contexto jurídico y económico (características del mercado), que será lo que determinará o no su aptitud para restringir de forma sensible el principio de autonomía de comportamiento en el mercado de las empresas que participan en el acuerdo.

23. (SEC (2010) 528), párrafo 68. A pie de página, en la nota 46, la Comisión aclara que la información relativa a las intenciones en cuanto a futuras cantidades puede incluir, por ejemplo, las ventas futuras, las cuotas de mercado, los territorios o las listas de clientes.

24. Los párrafos 61 a 66 del Proyecto de Directrices sobre los acuerdos de cooperación apuntan los principales problemas de competencia derivados de los intercambios de información.

Por ello, el intercambio de información puede ser una restricción por objeto tanto si es una conducta aislada como si forma parte de un acuerdo de cooperación horizontal más amplio. En este sentido, en el Resolución de 21 de enero de 2010, a CNC afirma que «el mero intercambio de información puede suponer una infracción de las normas de competencia».²⁵ Pero si el intercambio de información forma parte de un acuerdo horizontal más amplio, su evaluación en sede del artículo 101.1 TFUE «debe realizarse en combinación con una evaluación del acuerdo de cooperación horizontal».²⁶

Este enfoque, necesariamente global, de lo que no deja de ser una única infracción conformada por una pluralidad de conductas y comportamientos, todos ellos orientados al logro de un mismo fin anticompetitivo, es el que, frente al intento de parcelación alegado por las empresas imputadas, ha seguido la CNC en la ya citada Resolución Fabricantes de Gel:

...se realiza una defensa sobre la base de considerar que existen en el presente expediente dos acusaciones diferentes: un reparto territorial del mercado y, como conducta autónoma, un intercambio de información encaminado a la coordinación de las políticas comerciales, pero ese planteamiento resulta erróneo. No se trata de dos conductas diferentes sino diferentes instrumentos de un acuerdo global entre cuatro cajas de ahorro que, aunque muestren evidencias diferentes, no pueden ser más que analizadas en su conjunto. Es cierto que el instrumento más visible de este pacto es el de no apertura de sucursales, pero eso se debe a diversas circunstancias, como son el hecho de ser el instrumento básico para llevar a cabo el pacto de no competencia y el de disponer de una gran variedad de pruebas que desvirtúan sobradamente las alegaciones exculpatorias de los imputados y, finalmente, porque la existencia del acuerdo global carecería de sentido sin ese aspecto del respeto territorial (...). No se trata de conductas aisladas..., sino que existe... un acuerdo o cártel que implica la renuncia a competir en determinados territorios, y la realización de determinadas colaboraciones en común que, en definitiva, implica un grado de coordinación de comportamientos entre competidores ilícito de acuerdo con el artículo 1 de la LDC. Por lo tanto se ha de afirmar de manera rotunda que existe una sola imputación (...). Ese planteamiento de separar las conductas parece ir encaminado a enjuiciar cada una de las manifestaciones de la existencia de la colaboración

25. Expte.. S/0084/08 *Fabricantes de Gel*, fd 13º, en el que se añade: «tras el intercambio de información estratégica para competir que se produce como fase previa e imprescindible para la constitución del cártel, si éste finalmente no se constituye, o si alguno de los que participó en el intercambio decide finalmente no participar en el mismo, deban las autoridades de competencia dejar de valorar qué implicaciones para el comportamiento competitivo del mercado se pueden derivan del mero intercambio de información. Por ello, cuando el intercambio de información no forma parte de una conducta anticompetitiva más amplia es cuando se analiza si el objeto de los mismos es igualmente anticompetitivo, y solo en caso negativo se requiere que se constaten los efectos anticompetitivos de la conducta.»

26. Proyecto de Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, párrafo 57. Y así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; véase C. Fernández, *op. cit.*, p. 196 y 205.

por separado, con el propósito no oculto de manifestar que algunas de los acuerdos que se analizan no tienen finalidad, o efectos anticompetitivos, que están amparados por la Comunicación de la Comisión de 2001, o que, en cualquier caso, están prescritos. Pero el Consejo no se puede dejar arrastrar por ese método de análisis individualizado, como si se tratara de conductas autónomas, sin conexión entre ellas, realizadas hace tiempo y que carecen de continuidad. El análisis de la conducta anticompetitiva sólo cobra sentido si se realiza en su conjunto..., porque conductas que podrían tener justificación o no presentar perfiles de infracción anticompetitiva si se presentaran aisladamente, cuando se analizan en su conjunto, se evidencia que la justificación de tales conductas no se encuentra en una forma de colaboración lícita entre empresas, sino que sólo cobra sentido, en este caso concreto, como expresión de un grado de colaboración reforzado que forma parte de un acuerdo global de marcado carácter anticompetitivo. Y ese acuerdo global constituye una sola infracción contra las normas de la competencia de considerable gravedad. (fd 4º).²⁷

En nuestra opinión esta doctrina de la CNC es consistente con la jurisprudencia comunitaria citada. Entendemos que lo relevante al determinar el carácter anticompetitivo del intercambio de información es si (1) tal conducta crea una transparencia del mercado artificial (porque en ausencia del acuerdo o práctica no estaría disponible o sería difícil de obtener), (2) que está limitada a las partes, y (3) que es susceptible afectar a su conducta competitiva.²⁸ Y si el intercambio de información sensible tiene lugar y está ordenado (como un instrumento más) a hacer viable un acuerdo de cooperación entre competidores anticompetitivo por objeto, no cabe sino extender esta presunción anticompetitiva por objeto del cártel a todas las conductas restrictivas que integran esa infracción única.

27. Las sentencias de la Audiencia Nacional que han resuelto los recursos formulados contra esta resolución no han confirmado la aplicabilidad, a este caso, de ese enfoque global de los acuerdos de cooperación horizontal complejos. En particular, en la Sentencia *Caja Vital* de 6 de noviembre de 2009, el Tribunal divide las conductas acreditadas en dos bloques: uno de restricciones por objeto y otro de restricción por efectos, incluyendo en este último los intercambios de información acreditados entre las cajas sancionadas: (1) de información estratégica para competir; (2) de comisiones aplicables al empleo de tarjetas; (3) sobre campañas publicitarias de fondos de inversión, y (4) sobre actuaciones frente a competidores.

28. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6ª edición, Oxford, 2008, ¶ 5.089.