

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LO LÍCITO Y LO ILÍCITO EN MATERIA DE PRÁCTICAS COLUSORIAS*

A preliminary approximation to the lawful and unlawful in colusory practices

Uma primeira abordagem do que é lícito e ilegal em práticas colusórias

Dr. José Rodríguez Miguez^a
jarmiguez@gmail.com

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2019
Fecha de revisión: 15 de octubre de 2019
Fecha de aceptación: 29 de enero de 2020

DOI: <http://doi.org/10.25058/1794600X.1707>

Para citar este artículo:

Rodríguez Miguez. L. (2020). Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias. *Revista Misión Jurídica*, 13, (18), 155-183.

RESUMEN

El presente trabajo se centrará en la determinación de lo lícito y lo ilícito desde la perspectiva del Derecho de la competencia que es crucial para el desarrollo económico. La exposición se limitará a una aproximación, pues se trata de un tema amplio y especialmente complejo, que se centrará en los acuerdos o prácticas colusorias.

Se trata de un tema esencial, pues los operadores económicos deben conocer la frontera que delimita la licitud o ilegalidad de su actuación en los mercados cuando mantiene contactos o relaciones con otras empresas, sean o no competidoras, incluso compartiendo con ellas la participación en asociaciones e instituciones que los representan. Esto no resulta, en muchas ocasiones, ni fácil ni posible de concretar en términos de seguridad jurídica, especialmente en los mercados y con modelos de negocio en continua evolución creadora.

PALABRAS CLAVES

Derecho de la competencia, Derecho antimonopolio, prácticas restrictivas, exención por categorías.

* Artículo de reflexión.

a. Responsable de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia, integrada en el Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia (España). Las opiniones expresadas en el presente trabajo son estrictamente personales y no reflejan necesariamente, ni vinculan al organismo en el que presta sus servicios.

ABSTRACT

The present work focuses on the determination of the “lawful and unlawful” from the perspective of Competition Law that is crucial for economic development. On this occasion, our examination will be limited to a simple approximation, since it is a broad and especially complex issue, which also forces us to focus on one of the various fields of Competition Law, that of agreements or collusive practices.

It is, however, an essential issue, as economic operators must know the border that defines the legality or not of their performance in the markets when they maintain contacts with other companies, whether or not they are competitors, even sharing with them the participation in associations and institutions that represent them; and this is not, in many cases, easy or possible to always specify absolutely in terms of legal certainty, especially in markets and with business models in continuous creative evolution.

KEY WORDS

Competition Law, Antitrust Law, Restrictive Practices, Block Exemptions.

RESUMO

Este trabalho se concentrará em determinar o que é legal e o que é ilegal sob a perspectiva do direito da concorrência, crucial para o desenvolvimento econômico. A exposição será limitada a uma aproximação, uma vez que é um tópico amplo e especialmente complexo, que se concentrará em acordos ou práticas colusórias.

Esta é uma questão essencial, uma vez que os operadores econômicos devem conhecer a fronteira que delimita a legalidade ou não de suas ações nos mercados quando mantêm contatos ou relacionamentos com outras empresas, sejam elas concorrentes ou não, inclusive compartilhando com eles a participação em associações e associações. instituições que os representam. Isso não é, em muitos casos, fácil ou possível de obter em termos de segurança jurídica, especialmente em mercados e com modelos de negócios em contínua evolução criativa.

PALAVRAS-CHAVES

Direito da concorrência; lei antitruste; práticas restritivas; isenção por categoria.

INTRODUCCIÓN¹

El presente trabajo se centrará en el Derecho de la competencia, también conocido como Derecho antitrust en el ámbito anglosajón². El tema elegido, lo lícito y lo ilícito desde la perspectiva del Derecho de la competencia³, es crucial para el desarrollo económico⁴.

Si bien el presente estudio se limitará al caso de los acuerdos o prácticas colusorias⁵, se hace

1. *Es un verdadero placer y motivo de sano orgullo responder a la amable invitación de Dr. Orlando Solano Bárcenas, en su condición de editor, a colaborar con la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia), prestigiosa publicación dirigida a la comunidad académica internacional, especializada en el Derecho y las Ciencias Sociales.*

2. *Entre el Derecho de la Competencia Europeo y el Derecho Antitrust existen diferencias y matices fructos de concebirse y aplicarse conforme a tradiciones jurídicas diferentes, lo que no nos debe llevar a pensar que sean sistemas completamente incompatibles y no sea posible reconocer que los conceptos básicos son comunes, por lo que una futura convergencia no es una ilusión absolutamente infundada. La deseada convergencia podría acabar siendo en el futuro una realidad que, a nuestro juicio, podría partir precisamente el mundo Iberoamericano al tratarse de un ámbito que aún su tradición europea, con el contacto más directo con la visión norteamericana.*

3. *Como reconoce GALÁN, “La prohibición de las prácticas colusorias es uno de los pilares sobre los que se asienta la defensa de la competencia. Una ojeada no solo al Derecho de la Unión Europea (UE) y al propio Derecho interno español, sino también a otros ordenamientos, tanto de países europeos como de fuera de Europa, pone de relieve que, junto a la prohibición del abuso de posición dominante en el mercado (y, en su caso, al control de las concentraciones y de las ayudas públicas), la prohibición de las denominadas prácticas colusorias, es decir, de las concertaciones interpersonales que tienen un objeto o efecto lesivo para la competencia, constituye un instrumento de primer orden para que la competencia desarrolle sus beneficios efectos en el mercado.” (GALÁN CORONA, Eduardo, “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, en BENEYTO BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (Dir.): Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 234-283.*

4. *Buena prueba de la importancia de la libre competencia en el desarrollo de los países es la existencia de un área específica en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para esta materia, que viene desarrollando una intensa labor. A este respecto, véase: <https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/competencia.htm> O el papel también desempeñado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, más conocida por sus siglas en inglés como “UNCTAD”, que cuenta también con un área específica en esta materia. A este respecto, véase también: <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Competition-Law-and-Policy.aspx>*

5. *No debemos ignorar que en determinadas ocasiones na práctica puede ser analizada desde la perspectiva del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en*

preciso anotar que en el Derecho de la competencia europeo y español⁶, el término empresa/empresario y, por ende, el de operador económico, tiene un carácter funcional y no rígido y formalista, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, y recoge nuestra vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)⁷, de tal modo que cualquier persona o entidad que desarrolle una actividad económica, total o parcial, pública o privada y tenga o no ánimo de lucro, se considera empresa/empresario/operador económico⁸ a los efectos de la sujeción a esta disciplina⁹.

Esa cuestión, definir los límites de la licitud, en este caso, en materia de acuerdos o prácticas colusorias, constituye, sin duda, el reto principal, tanto de los profesionales que aplicamos esta disciplina (desde el sector público, o Public Enforcement, o privado), como para los órganos judiciales con competencia propia (Private Enforcement)¹⁰ o revisora de la

actuación administrativa; igualmente de los propios operadores económicos, en cuyo proceder deben tener muy en cuenta no sobrepasar los límites de la ilicitud. Ello debe ser así sin dejar de aprovechar todas las opciones lícitas para desarrollar las actividades económicas, aunque sin desconocer o minimizar los riesgos que conlleva infringir las normas de competencia, que pueden acarrear para los responsables (empresas e incluso directivos) graves sanciones, en algunos casos incluso de carácter penal.

En este punto se hace preciso anticipar la importancia que esta cuestión ha adquirido en el marco del Derecho español y europeo de la competencia con el cambio de paradigma que ha supuesto la aprobación del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (hoy artículos 101 y 102 TFUE)¹¹, que, en concreto, transformó el sistema inicial que había consagrado el Reglamento 17/62 para la aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios¹², desde un sistema de "Autorización o notificación previa", hacia un modelo de "Autoevaluación" (conocido también como régimen de "exención legal"). Por lo tanto ya no es la Comisión Europea (o la Autoridad nacional o regional correspondiente) quien examine ex ante la licitud o no, de cualquier posible práctica potencialmente restrictiva de la competencia y dictamine, tras su notificación previa o, caso de no haberse realizado, cuando fuera detectada, sino

adelante "TFUE")/1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante "LDC") o del Artículo 102 TFUE/ Artículo 2 LDC, en función de las condiciones del mercado y de la existencia o no de posición de dominio. Acerca de esta cuestión, vid. Luc Peepkorn/Ekaterina Rousseva, Article 102 TFEU: Exclusive Dealing and Rebates, en *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 2, Issue 1, February 2011, pp. 36-38.

6. Para una visión general del Derecho Europeo y Español de la Competencia, en castellano, nos remitimos a la obra colectiva BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. (Dir.): *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

7. Aunque ni el TFUE, ni ningún otro tratado define el término "Empresa", la LDC sí lo hace. Así en su Disposición adicional cuarta. Definiciones. Se dispone: "1. A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación."

8. Acerca de esta cuestión resulta muy explícita la redacción del epígrafe "Concepto de empresa y de actividad económica", de la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante "DOUE") C 262, de 19.7.2016, p. 1.

9. No debemos olvidar que el Derecho de la Competencia se ocupa también de las ayudas otorgadas por los Estados (Ayudas estatales), a las empresas y que son igualmente objeto del Derecho de la Competencia, desde la perspectiva de la Promoción de la Competencia (Advocacy) la actividad de las Administraciones Públicas y los Poderes normativos. Acerca de la distinción entre Defensa y Promoción de la Competencia, véanse, RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, "Promoción versus defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto", en *Revista Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*, n° 19, 2, 2010, pp. 51-98 y ÁLVAREZ SUÁREZ, Marisa, "La evolución de la promoción de la competencia en España", en *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, n° 3082, Madrid, 2016, pp. 27-40.

10. Es preciso subrayar a propósito de la fundamental distinción entre aplicación pública y privada que si bien la existencia de una conducta prohibida (ex artículos 1.1 y 102 TFUE/1 y 2 LDC)

puede ser declarada indistintamente por las Autoridades de Competencia o los tribunales de justicia, solamente corresponde a estos últimos la potestad de declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, decisiones y recomendaciones que reúnan las condiciones enunciadas en los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC (artículos 101.2 TFUE y 1.2 LDC), así como la determinación, en su caso, de las posibles indemnizaciones por daños derivados de infracciones antitrust.

11. DOUE L 1 de 4.1.2003, p. 1/25. Acerca de los primeros años de aplicación de este Reglamento 1/2003, vid., GIPPINI FOURNIER, Eric, "The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003 (Report to FIDE Congress 2008)", FIDE CONGRESS 2008, Vol. 2, , p. 1 a 25. Una versión de este documento se puede consultar en file:///C:/Users/jrodriguez/Downloads/SSRN-id1139776.pdf Asimismo, vid. *Communication from the Commission - Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives* (COM(2014) 453, 9.7.2014) y *Commission Staff Working Document SWD (2014) 230 - Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 (SWD(2014) 230/2, 9.7.2014)*. Ambos documentos pueden consultarse en <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>

12. Cfr. Reglamento (CEE) n° 17 del Consejo: primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DOUE 13, de 21.02.1962).

que hace recaer sobre los propios operadores económicos tal evaluación, bien para acometerla, si entiende que no es restrictiva o que se ampararía en el Artículo 101.3 TFUE y/o 1.3 LDC, con carácter previo a adoptarla, y siempre a expensas de que sea detectada la cuestionada licitud y, en su caso, sancionada, con posterioridad.

No cabe duda de que en este contexto, cualquier clarificación sobre el ámbito de lo lícito y lo ilícito se hace realmente incuestionable¹³.

Desde una perspectiva metodológica se ha optado por una exposición sucesiva de los contenidos, apuntando los antecedentes antes de exponer la correspondiente situación actual, examinando la regulación de la Unión Europea y la interna española, analizando las normas y su interpretación, tanto por los tribunales de Justicia, como por las Autoridades de Competencia, tanto europea como nacionales, centrando el estudio en el caso español.

Ello supone delimitar el marco de lo prohibido, pues existe una “prohibición general” de las prácticas que reúna determinadas condiciones y, a partir de esta premisa, delimitar igualmente las conductas que pueden acogerse a alguna exención individual o por categoría de prácticas.

1. DE LO LÍCITO Y LO ILÍCITO EN MATERIA DE PRÁCTICAS COLUSORIAS

En el presente epígrafe se expondrá el sistema diseñado para la lucha contra las prácticas colusorias, desde la perspectiva de la competencia, a partir de la prohibición general, que no absoluta, recogida en los Artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, para exponer a continuación, en epígrafes sucesivos, las excepciones a la misma, ilustrando la dificultad de establecer la frontera entre lo lícito y lo ilícito con un caso reciente, que resulta especialmente ilustrativo.

13. *Acerca del proceso de modernización del Derecho Europeo de la Competencia en relación a la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 TFUE sigue siendo de interés la brillante exposición que se recoge en el Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, presentado por el Ministerio de Economía y Hacienda el 20 de enero de 2005, como paso previo a la tramitación de la que fue la actual LDC (versión original), especialmente el epígrafe II, titulado “Evolución y condicionantes del sistema actual”, pp. 13 a 18. Disponible en: <http://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/Libro%20Blanco.pdf>*

1.1 El punto de partida: unas normas necesariamente abiertas

El punto de partida para cualquier delimitación sobre cuáles prácticas colusorias o, en general, de conducta empresarial, pueden ser o no lícitas ha de ser necesariamente aseverar que no todo lo que los operadores desean hacer es lícito desde la perspectiva del Derecho de la competencia y que, por ello, su estrategia corporativa, comercial o de cualquier otra naturaleza, sólo debe adoptarse tras un previo análisis de los posibles riesgos que implica¹⁴. Esta afirmación, que podría considerarse innecesaria, resulta, sin embargo, imprescindible. Y lo es, en cierto modo, de manera paradójica, pues no sólo se debe tener en cuenta el riesgo real de una sanción (no sólo económica, sino reputacional), sino que acudir a prácticas anticompetitivas resulta en muchos casos a medio y largo plazo perjudicial para los intereses de la propia empresa. Nadie duda hoy de que una economía competitiva es más eficiente y que las ventajas de un entorno competitivo, si bien dificulta las cosas, recompensa el esfuerzo y la habilidad, y logra en el progreso la riqueza tanto para empresarios como para consumidores y usuarios; es decir, para la sociedad en su conjunto. Aunque, el estímulo de la competencia nos ayuda a mejorar y todos nos beneficiamos de ella, pero de forma especial las empresas que consiguen ser más competitivas.

La clave del sistema radica en que cualquier razonamiento sobre la licitud o ilicitud no puede ser formulado en abstracto, sino debe aplicarse a la realidad del acuerdo o práctica que se desea adoptar y de las condiciones y circunstancias concretas del mercado o mercados en que se realice. Ello no es óbice para que sea posible delimitar ciertos ámbitos de seguridad respecto de la licitud de ciertas prácticas a partir de la

14. *En este punto debemos destacar la importancia de la implantación de Programas de Cumplimiento o Compliance que examinen, entre otros potenciales riesgo, los riesgos antitrust. En este sentido. Véanse, entre otros trabajos RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: “Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas”, en BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (eds): La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61- 107 y “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, en Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, Nº. 17, 2015, pág. 6 y s. Mas recientemente y desde una perspectiva más amplia, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: “Buen gobierno y programas de cumplimiento” en Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero, coord. MARCOS R.TORRES CARLOS; ANGEL FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR (dir.), ELENA F. PÉREZ CARRILLO (dir.), 2018, págs. 501-517.*

jurisprudencia y del esfuerzo de la Comisión Europea plasmado en normas y, sobre todo, comunicaciones interpretativas, destinadas a ofrecer a los operadores un ámbito de “confort” razonable.

Sentada esta premisa ineludible, lo primero que se encontrará todo aquel que se acerque al Derecho de la Competencia es la amplitud de los conceptos que emplean las normas que debe aplicar y cumplir. En efecto, las normas legales que constituyen la base de esta disciplina jurídica están formuladas en términos suficientemente amplios para garantizar su eficacia y substrato que, si bien tiene un alto componente económico, no debe ocultar el hecho básico de ser normas jurídicas. Resulta evidente, no obstante, el mayor peso que el análisis económico ha ido adquiriendo en la aplicación de estas normas, tanto al uno como al otro lado del Atlántico (se trata de lo que se ha denominado como “Economic Approach”)¹⁵.

De este modo, el Artículo 101.1 TFUE¹⁶, dispone:

1. Serán incompatibles con el mercado interior 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 interior [...].

Aunque este precepto tenga su antecedente en la Sección I de la Sherman Act¹⁷ y recoja a diferencia de aquel ejemplos concretos de prácticas prohibidas, ambas normas se caracterizan indudablemente por el mismo rasgo; lo que podríamos denominar como indefinición “necesaria”, esto es, que incorpora ciertas categorías y conceptos de notable amplitud, al concebirse como normas abiertas¹⁸, circunstancia

que permite considerar que, no siendo normas idénticas, sí que tienen un substrato común¹⁹. Esto es mucho más evidente y claro en la relación entre las normas europeas y las de los diferentes Estados Miembros en sus respectivas normas nacionales de competencia²⁰, como se puede observar en el caso de España, del que lógicamente se hará especial referencia²¹.

LAMADRID, centrándose en la noción de “restricción de la Competencia”, tras afirmar que en la legislación de competencia de la UE una conducta se considera legal o ilegal dependiendo de si restringe o no la competencia, confirman que tal restricción no deja de ser un concepto abierto que no está definido en los Tratados por lo que debe inferirse desde la aplicación de la legislación a escenarios concretos, razón por la que durante décadas, los comentaristas se han esforzado en cerrar el abismo que existe entre las amplias y vagas disposiciones sobre las que se rige la regulación de competencia basado y la interpretación caso por caso de estas disposiciones. Cfr. IBÁÑEZ COLOMO, Pablo/LAMADRID DE PABLO, Alfonso, “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en SSRN, 18 Oct 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, pp. 1-47; en concreto, p. 1.

19. No debemos ignorar tampoco en este punto que la cultura en la que se enmarca la Sherman Act es la del Common Law, que no es la raíz única ni la exclusiva del Derecho de la Unión Europea, en el que se amalgamas culturas jurídicas diversas y no sólo la anglosajona.

20. Esa falta de precisión obedece, no sólo a la diferencia de culturas jurídicas que subyace entre la Sherman Act y el TFUE, y dentro de la Unión Europea entre sus diferentes Estados Miembros, sino a la pretensión, en ambos casos, de dotar a la normativa de la suficiente amplitud para que pueda ser aplicada a una realidad económica en constante transformación. Por esta razón, la determinación de lo lícito y lo ilícito es una tarea crucial que corresponde no sólo a los tribunales y Autoridades Públicas llamadas a aplicar esta normativa, sino a los propios operadores económicos que deben conocer cuándo un comportamiento puede entrar en colisión con la legalidad de competencia. En este contexto adquiere un papel muy relevante el Compliance o cumplimiento en materia de competencia o Antitrust. Acerca de esta cuestión en España y en el Derecho comparado, cuestión a la que hemos aludido en una nota anterior.

21. Compárense, como haremos en detalle más adelante, en el caso español, los artículos 101 y 102 TFUE con los artículos 1 (“Conductas colusorias”) y 2 (“Abuso de posición dominante”) de la LDC aunque estos último presenten ciertas singularidades . como la existencia del Artículo 3 LDC (“Falseamiento de la libre competencia por actos desleales”), que extiende el ámbito de lo prohibido al afirmar que “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”Asimismo, el artículo 4 LDC dispone:

Artículo 4. Conductas exentas por ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.”. Por su parte, el artículo 5 LDC: “Artículo 5. Conductas de menor importancia. Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente

15. Vid- DREXL, Joseph. (Dir.), *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, Edward Elgar publications, 2011.

16. La versión consolidada del TFUE puede consultarse en el DOUE, C 326, de 26.10.2012, p. 47-390.

17. El tenor literal de la Sección I de la Sherman Act, es el siguiente “Section 1: 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.” 15 U.S.C. § 1. Cfr. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>

18. A este respecto, como recuerdan IBÁÑEZ COLOMO/

En definitiva, resulta evidente que, aunque el Derecho europeo no puede considerarse un derecho de creación jurisprudencial como el anglosajón; en la práctica debería tender a un sistema semejante a “Common Law”, si bien la salida pactada de Gran Bretaña de la UE (Brexit) sujetará esta tendencia basada en el precedente y volverá a imponerse el derecho basado no tanto en la práctica sino en la ley, siguiendo el patrón romano y germánico, del cual se nutre también el derecho español. A pesar de ello debe reconocerse que es la jurisprudencia, cuando se acude a ella, la que fija las pautas básicas de aplicación del Derecho de la competencia en Europa (UE y Estados Miembros) y, en buena medida, del legislador europeo y los de los Estados Miembros²². Por otro lado, la jurisprudencia no ha sido siempre uniforme, ni necesariamente coherente, por lo que resulta complejo extraer fórmulas generales de casos concretos (Case-by-Case), pues el valor del “precedente” en el ámbito de la Unión Europea es diferente del que tiene en la tradición judicial norteamericana²³. Esta es la razón que lleva al autor a formular esta aproximación al ámbito de lo “lícito” y de lo “ilícito” centrando la atención únicamente en los acuerdos o prácticas colusorias, sin entrar a abordar idéntica problemática en relación con el abuso de posición dominante, ni con la regulación sobre concentraciones económicas o las ayudas estatales, cuyo estudio requeriría un examen específico igualmente denso y complejo.

Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado.”

22. Si bien el Derecho de la Competencia es una de las Políticas de la Unión Europea, en determinados ámbitos los Estados Miembros retienen competencias que pueden solaparse con la competencia (piénsese en la fiscalidad, por ejemplo, respecto de los casos de Tax Lease enjuiciados por la Comisión Europea desde la perspectiva de las ayudas estatales, o en materias sometidas a regulación sectorial no armonizada plenamente; sin olvidar que la producción normativa de la Unión Europea se lleva con no poca frecuencia a través de Directivas y no de Reglamentos, lo que exige de los Estados Miembros su transposición al Derecho interno nacional.

23. Resulta evidente que el llamado BREXIT, o salida del Reino Unido de la Unión Europea disminuirá el peso de la tradición del Common Law en el Derecho Europeo, sin que ello impida decir que esta tradición jurídica sea ajena a la propia configuración del Derecho de la Unión Europea. Acerca del control judicial del Derecho Europeo de la Competencia es imprescindible la consulta del detallado trabajo de CASTILLO DE LA TORRE, FERNANDO/ GIPPINI FOURNIER, Eric, Evidence, Proof and Judicial Review in Eu Competition Law, Edward Elgar Publishing, 2017.

1.2 El alcance de la prohibición de las prácticas colusorias: visión general

A continuación, y de forma inevitablemente resumida, se ofrecerá una visión general de la regulación de los acuerdos o prácticas colusorias en la Unión Europea y en España para, a partir de ella, aproximarnos al ámbito de lo lícito y lo ilícito, esencialmente coincidente en ambos ámbitos. Esta aproximación, se cree será suficientemente ilustrativa del reto al que nos enfrentamos en la aplicación del Derecho de la competencia²⁴.

La prohibición se extiende a los acuerdos o prácticas calificadas en el Derecho español como “colusorias”, término que define el Diccionario de la Lengua Española, que edita la Real Academia Española de la Lengua (RAE)²⁵, que incluye como primera acepción la de “1. f. Der. Pacto ilícito en daño de tercero.”²⁶, en la medida en que reconduce su ilicitud, de forma más amplia al pacto del que deriva un “daño de tercero”, lo que justifica su prohibición y abre paso a un capítulo fundamental en esta disciplina, como es la reparación del daños causado a dicho tercero.

La delimitación de estas conductas prohibidas aparece reflejada de forma casi coincidente tanto en el ya citado Artículo 101.1 TFUE como en el Artículo 1 LDC.

El Artículo 101.1 TFUE:

1. Serán incompatibles con el mercado interior 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 interior y, en particular, los que consistan en:

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

24. Para la exposición de este punto seguiremos básicamente el reciente trabajo del ya citado GALÁN CORONA, E., (“Prohibición...”, en BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (Dir.): Tratado..., op. cit, pp. 234-283, especialmente, a partir de p. 244).

25. Paradójicamente la definición es más precisa que la que ofrece el Diccionario del español jurídico que elabora desde fechas más recientes la propia RAE: “Colusión: 1. Merc. Acuerdo restrictivo de la competencia.”

26. Cfr. <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colusi%C3%B3n>

- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Por su parte, el Artículo 1.1 LDC dispone:

Artículo 1. Conductas colusorias.

1. 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 y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La lectura de ambos preceptos revela, a pesar de incorporar algunos términos diferentes (decisión/recomendación colectiva), la inclusión en este último (artículo 1.1 LDC) de las denominadas “conductas conscientemente paralelas”, además de la obvia delimitación del ámbito europeo o nacional²⁷, que dichas

27. Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional español reconoció competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas dando lugar a la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Sobre esta cuestión, pueden verse, entre otros

prácticas han de tener por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

La jurisprudencia ha ido clarificando con mayor o menor precisión y acierto cada uno de los conceptos enunciados en dichos preceptos, lo que ha llevado a revisar y actualizar tanto el derecho derivado de la Unión Europea, como las comunicaciones adoptadas por la Comisión Europea e incluso la propia definición que de cártel ofrece el legislador español (el cártel es el supuesto enunciado implícitamente entre los ejemplos ofrecidos tanto por el Artículo 1011 TFUE, como 1.1 LDC)²⁸.

A este respecto, debe tenerse en cuenta, en el ámbito de la UE que el Artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento 1/2003 dispone:

- 1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81 del Tratado (hoy art. 101 TFUE) que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo 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 (hoy art. 101 TFUE) que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no

trabajos: RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: “Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas”, en en (eds): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61 a 107. y “Descentralización y eficiencia en la protección de los consumidores y la competencia: el caso español”, en *Revista de Derecho de la Competencia*, CEDEC, vol. 10, nº 14, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Bogotá, 2014, pp. 207 a 233.

28. La reforma de la LDC llevada a cabo por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, ofrece hoy una nueva definición de cártel. Vid. Disposición adicional cuarta. Definiciones (LDC): “2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.” Para una visión completa y singular de los cárteles, vid., BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015 y J.M. Beneyto Pérez y J. Mailló González-Orús (eds.), J. Corti Varela (ed. asoc.), *The Fight against Hard Core Cartels in Europe*, Bruylant, 2016.

están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

Centrándonos ya en los conceptos abiertos recogidos en los referidos preceptos, como recuerda GALÁN²⁹, bajo la voz “acuerdos” se engloba todo tipo de concursos de voluntad entre concretas empresas u operadores económicos, cualquiera que sea la forma en que se manifiesten y el modo en que se han producido, precisando que la existencia de un acuerdo relevante para los arts. 101.1 TFUE y 1.1 LDC **“tiene que concurrir el consentimiento de las partes del mismo**, siendo indiferente el modo en que se manifieste dicho consentimiento, que puede ser tanto expreso como tácito” (negrilla fuera del original). Asimismo, dicho acuerdo puede estar recogido por escrito o ser verbal, caso este último en el que la dificultad estará en la prueba, sin perjuicio de que, como veremos, se pueda hablar de práctica concertada y no de un acuerdo verbal que no se puede acreditar.

La segunda modalidad de colusión está constituida por las “decisiones” (Artículo 101 TFUE) o las “Recomendaciones colectivas” (Art. 1 LDC). Mientras que el Artículo 101.1 TFUE cita las decisiones aludiendo a su procedencia: “de asociaciones de empresas”, esta precisión no la recoge, sin embargo, el Artículo 1.1 LDC. En ambos casos, su objeto son las declaraciones de voluntad emanadas de los órganos de uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas, colegios profesionales dirigidas a los miembros de la misma que puedan tener efecto sobre la competencia.

No obstante, la figura que plantea mayores dificultades entre las prácticas enunciadas en dichos preceptos³⁰ es la de las denominadas **“prácticas concertadas”** que serían, como han sido calificadas³¹ “una suerte de categoría de

cierre para la represión de la colusión interempresarial., pues abarcaría todas aquellas actuaciones de empresas en el mercado que suponen de alguna manera una concertación o coordinación entre ellas y que se manifiestan a través de un comportamiento de las empresas que no tiene que ser necesariamente coincidente o idéntico, pero que sí es coordinado, pues es fruto o consecuencia de una deliberada voluntad de eliminar los riesgos de la competencia mediante alguna forma de colaboración. De ahí que la jurisprudencia haya admitido en estos supuestos la prueba de la concertación a través del juego de presunciones.

La clarificación de los conceptos se extiende no sólo al alcance de la conducta (acuerdo, decisión/recomendación, práctica concertada, etc.), sino también, de forma especialmente relevante, a la cuestión de las infracciones “por objeto” o “por efecto” (tengan como objeto restringir la competencia o cuyos efectos sean efectivamente restrictivos de la competencia), distinción clave, puesto que cuando una conducta se cualifica como anticompetitiva por su objeto, no se hace preciso un examen exhaustivo de sus efectos, aun potenciales sobre la competencia³².

Esta distinción adquiere así un valor crucial, puesto que el excesivo formalismo priva a los operadores de acudir a nuevas fórmulas cuyo efecto restrictivo se vea compensado con sus efectos pro competitivos. A pesar de ello, como reconocen IBÁÑEZ/LAMADRID³³, no se puede

29. Cfr. GALÁN CORONA, E., “Prohibición...”, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

30. Omitimos, por su limitado alcance la figura de las “prácticas conscientemente paralelas”, que mantiene desde un principio nuestro legislador y que se recoge hoy también en el artículo 1 LDC. Nos remitimos a lo expuesto al respecto por GALÁN (*op. cit.*, pp. 256-259) quien matiza que “las prácticas conscientemente paralelas vendrían a cumplir una función similar a la que en el Derecho antitrust norteamericano ha cumplido la doctrina del *conscious parallelism*, colmar el vacío que en la lucha contra las restricciones de la competencia derivadas de la colusión puede presentarse ante la dificultad de acreditar la presencia del acuerdo o concierto de voluntades, si bien no debe olvidarse que el paralelismo consciente se presenta en nuestro Derecho como una categoría sustantiva —no como instrumento probatorio—, al mismo nivel que acuerdos o decisiones.”

31. GALÁN CORONA, E., “Prohibición...”, *op. cit.*, pp. 252 y ss.***

32. Como mantiene IBÁÑEZ el TJUE ha sostenido constantemente que, al establecer el objeto de una práctica, debe considerarse su naturaleza y el contexto legal y económico del que forma parte. IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. “Persistent myths in competition law (II): the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object”, publicado en *Chilling Competition*, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>. Para un resumen del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia europea resulta de interés el resumen que de la misma hace el Abogado General Sr. Michal Bobek en sus Conclusiones, presentadas el 5 de septiembre de 2019, en el Asunto C 228/18, *Gazdasági Versenyhivatal/udapest Bank Nyrt et al*, en la petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) y el comentario de las mismas recogido en AG BOBEK in Case C-228/18, *Budapest Bank (or the art of Consolidating and clarifying the case law on restrictions by object)*, en <https://chillingcompetition.com/2019/09/05/ag-bobek-in-case-c-228-18-budapest-bank-or-the-art-of-consolidating-and-clarifying-the-case-law-on-restrictions-by-object/>

33. Como apuntan Pablo IBÁÑEZ COLOMO/Alfonso LAMADRID DE PABLO (“On the notion of restriction...”, *op. cit.*, pp. 20 y 29) repasando la jurisprudencia europea al respecto, el enfoque

afirmar que la noción de restricción de la competencia pueda considerarse aún hoy una cuestión absolutamente resuelta, si bien, es posible afirmar que existe un consenso acerca de que para concluir que una conducta es restrictiva de la competencia y, por lo tanto debe ser prohibida por ilícita, es necesario considerar la naturaleza de la misma atendiendo al específico contexto legal y económico en el que se produce. Los autores citados entienden abandonado ya el excesivo formalismo que tradicionalmente se había seguido en la aplicación del Derecho europeo de la competencia, resultando imprescindible ir más allá de los aspectos puramente formales de la práctica en cuestión y examinar sus posibles aspectos positivos y negativos, reales o potenciales. De allí se desarrolla lo que se conoce como “Contrafactual Analyses” o “Balancing Test” que permitiera valorar la práctica en su conjunto, prohibiéndola sólo cuando el balance fuera negativo en términos de competencia, considerando superada la interpretación que consideraba suficiente acreditar que la libertad de acción de los operadores se había visto de algún modo limitada o reducida. por la práctica cuestionada.³⁴

Lo cierto es que, pese a los importantes avances producidos, fuera de los supuestos de prácticas colusorias enumerados de modo ilustrativo tanto por el artículo 101.1 TFUE, como 1.1 LDC, la frontera entre lo lícito y lo ilícito se hace más borrosa e insegura. Surge así la cuestión clave, ¿cuándo un acuerdo, una decisión, una práctica concertada afecta o puede afectar a la competencia?; afectación que, como ha consagrado la jurisprudencia, ha de ser “sensible”, cuestión esta última que admite fijar ciertos rangos en función del mercado afectado. Esta cuestión clave nos hace repensar la necesidad de evidencia empíricas para apoyar o no tal afectación. Por lo que, sin ser una panacea, debemos considerar que el análisis económico

seguido por la jurisprudencia europea para distinguir entre restricciones por objeto y por efecto es, a su juicio, sólido en teoría y ha sido seguido constantemente a lo largo de los años, si bien persiste una considerable incertidumbre, sino confusión, entre los comentaristas, que respondería, en primer lugar, al hecho de que los tribunales no siempre han sido muy explícitos sobre el enfoque que siguen; segundo en que a menudo se puede apreciar una diferencia entre lo que dicen los tribunales y lo que realmente hacen, añadiendo, apreciando en tercer lugar que los Tribunales no han aplicado esta distinción siempre con el mismo rigor.

34. Vid. Pablo IBÁÑEZ COLOMO/Alfonso LAMADRID DE PABLO, “On the notion of restriction...”, *op. cit.*, pp. 5 a 16.

puede ser un instrumento relevante y, bajo determinadas condiciones, puede ofrecer elementos de juicio que pueden ser decisivos. Tal es la razón de que desde la UE se hayan adoptado diversas normas y comunicaciones dirigidas a ofrecer pautas de conducta³⁵ (en esta y otras materias, como se verá adelante).

2.3 La exención individualizada de prácticas colusorias concretas

Como recuerda nuevamente GALÁN,

[...] **la prohibición de las prácticas colusorias no es una prohibición absoluta e incondicionada.** A diferencia de la prohibición del abuso de posición dominante, en materia de prácticas colusorias la prohibición decae cuando, pese a los efectos nocivos de la prohibición recogida en el art. 101.1 TFUE y 1.1 LDC, la concertación empresarial produce efectos beneficiosos, de modo que, valorando los efectos positivos y los negativos, resulta aconsejable que no entre en juego la prohibición, pues los primeros compensan los segundos. A estos efectos, el art. 101.3 TFUE y el Derecho español (apartados 3, 4 y 5 del art. 1 LDC) supeditan la exención en cuestión a la concurrencia de determinadas condiciones acumulativas³⁶. (negrilla fuera del original).

En consecuencia, que una conducta reúna los requisitos del artículo 101.1 TFUE y/o 1.1 LDC no implica, sin más y de forma inexorable, su prohibición, pues tras valorar sus pros y contras, la misma puede escapar de la prohibición si concurren las circunstancias expuestas en el Artículo 101.3 TFUE y su equivalente en el Derecho interno español, el Artículo 1.3 LDC³⁷.

Este hecho resulta especialmente importante desde la entrada en vigor del sistema de exención

35. A este respecto, consúltese la web oficial de la Dirección General de la Competencia de la Unión Europea (DGCOMP), en concreto, el apartado destinado a Legislación: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

36. Cfr. GALÁN CORONA, E., “Prohibición...”, *op. cit.*, p. 271.

37. En este punto el sistema europeo difiere de la práctica inicialmente seguida en la aplicación de la Sherman Act, que partía de una prohibición absoluta hasta que la jurisprudencia desarrolló la doctrina de la “Rule of Reason”. Acerca de esta cuestión, puede verse el ya clásico trabajo de Giner Parreño. César A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y Rule of Reason (el caso “ICI Paints España, S.A.”)”, en *Derecho de los negocios*, nº 33, 1993, págs. 10-13.

legal que asume el Reglamento 1/2003³⁸ y que se acoge por nuestra vigente LDC conforme al que la prohibición, a pesar de operar a priori, puede ser enervada si concurren las condiciones previstas en el Artículo 101.3 TFUE o 1.3 LDC. Ello supone que el operador que decide acometer una práctica, en principio prohibida, debe poder acreditar ante una eventual investigación de las Autoridades de la Competencia, que su posible efecto anticompetitivo resulta, compensados por sus efectos pro competitivos en los términos previstos en dichos preceptos. Así, conforme al Artículo 101.3 TFUE:

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
 - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
 - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el Beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Por su parte, el Artículo 1.3 LDC dispone:

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:
- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
 - b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
 - c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de

38. Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (hoy artículos 101 y 102 TFUE) (DOUE L 1 de 4.1.2003, p. 1).

una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Estas previsiones se fueron completadas, en el marco del proceso de modernización de la aplicación de los actuales artículos 101 y 102 TFUE, con la adopción por la Comisión Europea de lo que se denominó, “Paquete Modernizador” de estos preceptos³⁹, uno de cuyos elementos básicos fue la aprobación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁴⁰, en cuyo Apartado 1) se precisa que:

1. El apartado 3 del artículo 81 del Tratado [hoy Artículo 101.3 TFUE] establece una norma de excepción a la que pueden acogerse las empresas en caso de determinarse que existe una infracción a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado [hoy Artículo 101.3 TFUE]. Los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas(1) contempladas en el apartado 1 del artículo 81 [hoy Artículo 101.3 TFUE] que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo gozarán de validez y vigencia sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.”⁴¹

Dicha excepcionalidad individual, es decir, para cada caso concreto, se ve completada como se analizará de inmediato con la pronta adopción, ya durante la vigencia del Reglamento (CEE) n°

39. Dicho “Paquete Modernizador” incluía, además del Reglamento 1/2003, los siguientes instrumentos: Reglamento (CE) n° 773/2004 De la Comisión de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DOUE L 123, de 27.4.2004, p. 18); Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 43); Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 54); Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 65); Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 78); Comunicación de la Comisión Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 81) y la Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE (DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 97).

40. DOUE C 101, 27.4.2004, p. 97.

41. Para una exposición detallada de la aplicación de esta excepción tanto en la Unión Europea como en el Derecho interno español, nos remitimos nuevamente al trabajo del Profesor Galán Corona ya referido. Vid. GALÁN CORONA, E., “Prohibición de prácticas... op. cit., pp. **

17 del Consejo: primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 TFUE)⁴², con la adopción de reglamentos de “exenciones por categorías” o “en bloque”, que permiten excluir a *priori* de la prohibición general aquellas prácticas cuyos potenciales efectos anticompetitivos hayan sido constatados como menores o compensados por su ventajas para la propia competencia por la jurisprudencia y la práctica de la Comisión Europea (o la Autoridad Nacional de Competencia que tenga atribuída esta capacidad). al margen de la posible aplicación de la llamada cláusula de minimis o de “restricciones de menor importancia”, que igualmente fue desarrollada respecto de las prácticas cuya afectación potencial o real se considerase, también a *priori*, poco relevante o significativa.

Cabe concluir esta cuestión citando los supuestos, no tan excepcionales en que las posibles prácticas colusorias se debieran a actos impuestos por el poder público. A este respecto, tanto la Comisión como la jurisprudencia europea han sido especialmente rigurosas, considerando que la adopción de dichos acuerdos en el contexto de directrices públicas no es suficiente para exonerarlos de la prohibición del Artículo 101 TFUE, ya que el legítimo derecho de un Estado a planificar no libera a sus empresas de la responsabilidad por los acuerdos que adopten⁴³.

Por su parte, en el marco de la LDC, esta cuestión es resuelta claramente por el Artículo 4 LDC, que, conforme a una consolidada jurisprudencia nacional, limita la exoneración únicamente a las conductas que resulten de la aplicación de una ley, y “[s]in perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia” (Artículo 4.1 LDC), lo que significa que si la conducta entrara en el ámbito de aplicación del Artículo 101 TFUE, warw último sería plenamente aplicable, al igual que ocurre, conforme al Artículo 4.2 LDC, con las recogidas en la propia LDC que “[...]deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.”

En definitiva, se puede concluir este punto afirmando que el alcance real de la prohibición de

las prácticas colusorias queda algo atemperado en su rigor inicial, no solo por la necesaria concurrencia de todos los requisitos que definen las conductas colusorias, sino también por la posibilidad, aunque ciertamente limitada, de que las mismas puedan acogerse a exenciones individuales, a que la conducta sea reputada de importancia menor o a que pueda –con las reservas apuntadas- tener amparo legal.

2. LA IMPORTANCIA DE LAS EXENCIONES POR CATEGORÍA COMO PUERTO SEGURO DE LA LICITUD DE PRÁCTICAS COLUSORIAS

Lo expuesto hasta ahora nos permite apreciar con claridad las dificultades a las que nos enfrentamos a la hora de valorar en la práctica la licitud de los múltiples acuerdos que cierran entre sí las empresas a diario, compitan o no en el mismo mercado, y cómo la inseguridad que se puede suscribir resulta dañina para la propia evolución y dinamismo de los mercados. De ahí la importancia de la adopción, a instancias de la Comisión Europea, del sistema de exenciones por categorías⁴⁴, a partir de la elaboración de un previo Reglamento de habilitación, lo que ha permitido perfilar con algo más de seguridad el ámbito de lo que les es lícito pactar a las empresas y los riesgos de incurrir en una práctica prohibida.

En efecto, ya el glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea⁴⁵ incluía entre sus términos el de “Exención por categorías (reglamento de)”, definiéndolo como

Reglamento adoptado por la Comisión o por el Consejo, de conformidad con el apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE⁴⁶ [hoy Artículo 101.3 TFUE], que establece las condiciones en las que determinados tipos de acuerdos quedan exentos de la prohibición de acuerdos restrictivos prevista en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE [hoy Artículo 101.3 TFUE]. Cuando un acuerdo cumple las condiciones establecidas en un reglamento de exención por categorías no es necesaria su

44. Para una visión completa del régimen de exenciones por categorías, véase la relación y comentarios incorporados en la web oficial de la DGCOMP de la Comisión Europea, en la siguiente dirección: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>

45. Cfr. https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_es.pdf

46. Subrayado añadido.

42. DOUE, 13. de 21.02.1962, p. 204.

43. Cfr. GALÁN CORONA, E., “Prohibición...”, *op. cit.*, pp. 468 y 469.

notificación por separado, sino que el acuerdo es automáticamente válido y directamente aplicable⁴⁷. Existen reglamentos de exención por categorías, por ejemplo para los acuerdos verticales, los acuerdos de I+D, los acuerdos de especialización, los acuerdos de transferencia de tecnología y los acuerdos de distribución de vehículos de motor⁴⁸.

Lo más destacado de esta definición, que por elaborarse antes del Reglamento 1/2002 mantiene las referencias al sistema de notificación previa, radica en el hecho de que el establecimiento de un régimen de exención por categorías debe acordarse mediante un Reglamento adoptado por la Comisión o por el Consejo de la Unión Europea, lo que lo convierte en norma vinculante de aplicación directa. Su base jurídica se encuentra en el hoy Artículo 101.3 TFUE, ya ampliamente citado, y en el Artículo 103 TFUE, conforme al cual, en lo que a nuestro tema se refiere, se dispone:

Artículo 103

1. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102.

2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:

[...]

b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo⁴⁹;

c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102;

d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado; [...]

En lo que respecta al Derecho interno español, el Artículo 1, apartados 4 y 5 LDC, disponen:

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las

disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

De este modo, las conductas colusorias que en principio serían ilícitas, ex Artículo 101.1 TFUE o 1.1 LDC, son autorizadas de forma general, en bloque o categoría, en vez de serlo singularmente (para un caso concreto). Su adopción condensa la experiencia, según la cual, bajo determinadas condiciones, los acuerdos que cumplan determinados requisitos son lícitos.

La técnica de las exenciones por categorías se ha extendido a otros ámbitos de Derecho europeo de la competencia, como las ayudas estatales⁵⁰, y ha permitido determinar el ámbito de licitud respecto de los acuerdos adoptados en sectores específicos, como la agricultura, seguros, servicios postales, servicios profesionales, transporte o telecomunicaciones⁵¹.

El sistema de exenciones permitió en su día, como apunta ARAUJO⁵², a propósito de la reforma que del sistema establecido para las exenciones en materia de acuerdos verticales llevada a cabo en 1999, permitió anticipar el advenimiento del régimen de 'excepción legal' que consagraría el Reglamento 1/2003. En contraposición a los Reglamentos de exención anteriores, que condenaban a la prohibición a todo lo no expresamente autorizado, el nuevo sistema autorizaba ya los acuerdos que se encuentren

50. Cfr. Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE L 187, 26.6.2014, p. 1).

51. Para conocer la regulación específica de estos sectores nos remitimos a la ya referida web oficial de la DGCOMP.

52. Cfr. ARAUJO BOYD, Marcos, "Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales", en BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. (Dir.): Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, vol. 1, pp. 293-428; pp. 395.

47. Subrayado añadido.

48. Subrayado añadido.

49. Subrayado añadido por el autor.

en el 'puerto seguro' (definido de forma mucho más flexible a partir de una autorización general y determinadas 'listas' de conductas no autorizadas)⁵³, relegando a los demás a un análisis individual para el que se proporcionaban unas detalladísimas directrices, sistema que se mantuvo en su posterior reforma de 2010 y se extendería a los acuerdos horizontales susceptibles de exención.

En el presente trabajo se delimitará el ámbito de licitud en los acuerdos horizontales (entre competidores) y verticales (entre operadores que actúan en distinto nivel del proceso económico)⁵⁴. La solución, aunque como se verá tiene un alcance limitado, se ha plasmado a través de Reglamentos del Consejo, Reglamentos de la Comisión y Directrices publicadas en forma de Comunicaciones de la Comisión. A continuación, examinaremos las vigentes exenciones por categoría actualmente aplicables.

2.1 El ámbito de licitud en los acuerdos de cooperación horizontal

En relación con los acuerdos horizontales⁵⁵, sentada la prohibición general de los cárteles, el marco de licitud de los demás posibles acuerdos horizontales parte del contenido del Reglamento (CEE) nº 2821/71 del Consejo, de 20 de diciembre de 1971, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado (hoy artículo 101.3 TFUE) a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas⁵⁶. Esta norma es el punto de partida que ha permitido desarrollar reglas para amparar las posibles vías lícitas de colaboración entre competidores⁵⁷ respecto de aquellos acuerdos

que reúnan los requisitos del artículo 101.3 TFUE. El Consejo habilita así a la Comisión para aplicar, mediante sus propios reglamento, el citado artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE⁵⁸, que tengan como objeto la investigación y el desarrollo de productos, tecnologías o procedimientos hasta la fase de aplicación industrial. Igualmente la explotación de los resultados, incluyendo las disposiciones relativas a los derechos de propiedad intelectual que permite compensar su potencial efecto anti-competitivo con las ventajas que surgen de una sana colaboración entre empresas.

Sobre esta base jurídica, que permanece vigente, se ha ido desarrollando el régimen de autorización/licitud de estos acuerdos, cuyo punto de inflexión más importante se produjo, como señalan BARRANTES e IRISARRY⁵⁹, en enero de 2001, con la aprobación por la Comisión de dos Reglamentos de exención por categorías, aplicables, respectivamente, a los acuerdos de especialización

El Consejo habilita así a la Comisión para aplicar, mediante sus propios reglamento, el citado artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, que tengan como objeto la investigación y el desarrollo de productos, tecnologías o procedimientos hasta la fase de aplicación industrial. Igualmente la explotación de los resultados, incluyendo las disposiciones relativas a los derechos de propiedad intelectual que permite compensar su potencial efecto anti-competitivo con las ventajas que surgen de una sana colaboración entre empresas.

58. Conforme al apartado 3 del Artículo 101 TFUE, "3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

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

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 102

(antiguo artículo 82 TCE)

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en"

59. Cfr. BARRANTES DÍAZ, Begoña/ IRISARRY ROBINA, Belén., "Prohibición de prácticas colusorias (III): acuerdos de cooperación horizontal"; en BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J. (Dirs.): Tratado..., op. cit., Vol. 1, pp. 331-392; p. 333

53. La denominación de "safe haven", o "puerto seguro", nos recuerda ARAUJO hace referencia a la arquitectura normativa que está en la base de los reglamentos de exención posteriores a 1999 y que, a diferencia de los anteriores, se limitan a amparar los acuerdos que cumplen las condiciones que definen, sin prohibir aquellos que se encuentran fuera de su ámbito de aplicado." Cfr. ARAUJO BOY, Marcos, op. cit., p. 403.

54. A esta clásica distinción se ha unido recientemente la categoría denominada de acuerdos "hub & spoke", propia del ámbito de la distribución en su más amplio sentido El término "Hub & Spoke" se ha traducido al castellano como de "aporte y dispersión". Cfr. ANTÓN BURGOS, Francisco Javier., "El sistema "hub and spoke" en el transporte aéreo" en Anales de geografía de la Universidad Complutense, nº 11, 1991, págs. 111-124. Este trabajo puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

55. Cfr. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal.html>

56. Cfr. DOUE L 285 de 29.12.1971, p. 46/48

57. acuerdos que reúnan los requisitos del artículo 101.3 TFUE.

y de investigación y desarrollo (I+D) a los que se unían unas Directrices específicas sobre Acuerdos Horizontales, embarcando una línea de progresivo abandono de planteamientos “formalistas”, que se vería más acentuada con la aprobación, en 2010, del vigente marco de exenciones en materia de acuerdos horizontales.

En la actualidad están vigentes el Reglamento (UE) N° 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3 del TFUE, a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo⁶⁰ (en adelante, el “Reglamento 1217/2010”); y el Reglamento (UE) n° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización⁶¹ (en adelante, el “Reglamento 1218/2010”).

Con estos dos nuevos reglamentos se sigue el camino marcado por los de 2001, incorporando reglas y límites de la exención que se establecen en función de que las empresas sean o no competidoras reales o potenciales y la exención sólo es aplicable cuando el acuerdo

pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Como en la ocasión anterior, los dos Reglamentos son complementado o “interpretados” por la propia Comisión a través de sus nuevas “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal⁶².”

La justificación del marco de exención para estos acuerdos se expone claramente en estas últimas, ya en su punto 2 se afirma que

Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el

riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación.

Analicemos las características de cada uno de los acuerdos objetos de la exención.

2.1.1 Acuerdos de cooperación en materia de investigación y desarrollo

El Reglamento 1217/2010 define, en su Artículo 1.1 a), qué debe entenderse por “acuerdo de investigación y desarrollo”», identificándolo como:

un acuerdo suscrito entre dos o más partes que se refiera a las condiciones en las que estas persigan:

- i) la investigación y el desarrollo en común de productos o de tecnologías considerados en el contrato, así como la explotación en común de sus resultados,
- ii) la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes,
- iii) la investigación y el desarrollo en común de productos o tecnologías considerados en el contrato, con exclusión de la explotación en común de sus resultados,
- iv) la investigación y el desarrollo remunerados de productos o de tecnologías considerados en el contrato, así como la explotación en común de sus resultados,
- v) la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo remunerados de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes, o
- vi) la investigación y el desarrollo remunerados de productos o tecnologías, con exclusión de la explotación en común de sus resultados.

La aplicación de la exención (Artículo 1) se hará, “en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado.” De otro modo no entrarían en la prohibición y no precisarían exención alguna.

Este Reglamento precisa que la exención, respecto de los acuerdos de investigación y

60. DOUE L 335 de 18.12.2010, p. 36.

61. DOUE L 335 de 18.12.2010, p. 43.

62. DOUE C 11, de 14.01.2011, p. 1. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)

desarrollo que contengan disposiciones referentes a la cesión de derechos de propiedad intelectual o a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual a una o varias partes o a una entidad que las partes designen para llevar a cabo la investigación y el desarrollo en común, la investigación o el desarrollo remunerados o la explotación en común, a que esas disposiciones no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos, pero guarden relación directa con ellos y sean necesarias para su aplicación⁶³.

Las condiciones que deberán cumplir estos acuerdos para acogerse a la exención y, como exponemos en nuestro trabajo, ser considerados lícitos y no prohibidos se supedita además de la premisa anterior, al cumplimiento de las condiciones que especifica su Artículo 3 (“Condiciones para la exención”), conforme al cual:

1. La exención [...] se aplicará con sujeción a los requisitos establecidos en los apartados 2 a 5.
2. El acuerdo de investigación y desarrollo deberá estipular que todas las partes tendrán pleno acceso a los resultados de la investigación y el desarrollo en común o a la investigación o el desarrollo remunerados, incluidos los derechos de propiedad intelectual o conocimientos técnicos que puedan derivarse, con el fin de proseguir la investigación o la explotación, tan pronto como estén disponibles. Cuando, de conformidad con el presente Reglamento, las partes limiten sus derechos de explotación, en especial cuando se especialicen en el contexto de la explotación, el acceso a los resultados a los efectos de su explotación podrá limitarse en consecuencia. Además, los institutos de investigación, los centros académicos o las empresas que ejerzan actividades de investigación y desarrollo como un servicio comercial sin participar normalmente en la explotación de los resultados, podrán acordar limitar el uso de los resultados a ulteriores investigaciones. El acuerdo de investigación y desarrollo podrá prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a los resultados a los efectos de proseguir la investigación o la explotación, sin que esa compensación sea, no obstante, tan alta que impida en realidad ese acceso.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando el acuerdo de investigación y desarrollo únicamente prevea la investigación y el desarrollo

en común o la investigación y el desarrollo remunerados, deberá conceder a cada una de las partes acceso a cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes de las otras partes, si esos conocimientos son indispensables para que pueda explotar los resultados. El acuerdo de investigación y desarrollo puede prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a sus conocimientos técnicos previos, sin que esa compensación sea, no obstante, tan alta que impida en realidad ese acceso.

4. Toda explotación en común solo podrá referirse a resultados que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o que constituyan conocimientos técnicos indispensables para la fabricación de los productos o la utilización de las tecnologías considerados en el contrato.

5. Las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato en virtud de una especialización en la explotación estarán obligadas a servir los pedidos de esos productos de las otras partes, excepto cuando el acuerdo de investigación y desarrollo también prevea la distribución en común a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, letra n), incisos i) o ii) o cuando las partes hayan acordado que solo la parte encargada de la fabricación de los productos considerados en el contrato podrá distribuirlos.

Además, en este Reglamento, al igual que en los demás que examinarán, fija un “umbral de cuota de mercado” y la duración de la exención, que se establecen en función de que las partes sean o no competidoras.

De este modo, conforme a lo dispuesto en Artículo 4º:

1º.- En los casos en que las partes no sean empresas competidoras, la exención se aplicará mientras se realice la investigación y el desarrollo.

Cuando los resultados se exploten en común, la exención seguirá aplicándose durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercialicen por primera vez en el mercado interior.

2º.- En los casos en que dos o más partes sean empresas competidoras, la exención se aplicará durante el período contemplado en el apartado 1, esto es, mientras se realice la investigación y el desarrollo con la posibilidad de extenderla siete años. Esta opción sólo será objeto de exención si, en el momento de celebrarse el acuerdo se

63. *Subrayado añadido*

dan las siguientes condiciones, que especifica el Reglamento:

- a) tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo a que se hace referencia en el artículo 1, apartado 1, letra a), incisos i), ii) o iii), la cuota de mercado combinada de las partes en el acuerdo de investigación y desarrollo no excede del 25 % de los mercados de productos o del mercado tecnológico de referencia, o
- b) tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo a que se hace referencia en el artículo 1, apartado 1, letra a), incisos iv), v) o vi), la cuota de mercado combinada de la parte financiadora y de todas las partes con las que aquella haya suscrito acuerdos de investigación y desarrollo en relación con los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato no excede del 25 % de los mercados de productos o del mercado tecnológico de referencia.

No obstante, lo anterior se especifica en el Artículo 4.2 que “3. Una vez finalizado el período contemplado en el apartado 1, la exención continuará aplicándose mientras la cuota de mercado combinada de las partes en el mercado de referencia para los productos o tecnologías considerados en el contrato no sea superior al 25 %”.

Pero el Reglamento va más allá, al especificar aquellos acuerdos cuya ilicitud se considera, *a priori*, incuestionable (aunque individualmente considerados, podrían ser exceptuados aplicando directamente el Artículo 101.3 TFUE/1.3 LDC), pero no en virtud de esta exención por categorías⁶⁴. Se enuncian así en el Artículo 5 de este Reglamento 1217/2010, de “Restricciones especialmente graves”, identificando como tales las siguientes:

[...]los acuerdos de investigación y desarrollo que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan como objeto uno de los elementos siguientes:

- a) restringir la libertad de las partes para realizar, independientemente o en cooperación con terceros, actividades de investigación y desarrollo en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de investigación y

desarrollo o, tras la finalización de la investigación o el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados, en el campo al que este se refiere o en un campo relacionado con el mismo;

b) limitar la producción o las ventas, exceptuando los que:

i) fijen objetivos de producción cuando la explotación en común de los resultados incluya la producción conjunta de los productos considerados en el contrato,

ii) fijen objetivos de producción cuando la explotación en común de los resultados incluya la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de los procedimientos considerados en el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, letra m), incisos i) o ii),

iii) establezcan prácticas que supongan una especialización en el contexto de la explotación, y

iv) restrinjan la libertad de las partes para producir y vender productos, tecnologías o procedimientos que compitan con los productos o tecnologías considerados en el contrato durante el período en el que las partes hayan acordado explotar en común los resultados, así como para ceder o conceder las licencias de dichos productos o tecnologías;

c) fijar los precios cuando se vendan los productos considerados en el contrato o se concedan licencias de las tecnologías consideradas en el contrato a terceros, exceptuándose la fijación de los precios que se cobran a los clientes inmediatos o la fijación de los cánones de las licencias aplicables a los licenciatarios inmediatos cuando la explotación conjunta de los resultados incluya la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, letra m), incisos i) o ii);

d) restringir el territorio en el que las partes pueden vender pasivamente los productos considerados en el contrato o conceder licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, con la excepción del requisito de conceder a otra una licencia exclusiva de los resultados;

e) prohibir o limitar la venta activa de los productos o de las tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes que no hayan sido asignados en exclusiva a una de las partes en virtud de una especialización en el contexto de la explotación;

f) exigir a las partes que no satisfagan las demandas de clientes en los territorios respectivos

64. Esta técnica, como veremos, empleará en los acuerdos de especialización y en los verticales, configurando una verdadera “lista negra”, de acuerdos que podríamos calificar como “en principio, no exentos, ergo, prohibidos”.

de cada una de ellas, o de clientes repartidos entre las partes en función de una especialización en el contexto de la explotación, que pretendan comercializar los productos considerados en el contrato en otros territorios del mercado interior;

g) restringir la posibilidad de que los usuarios o revendedores compren los productos considerados en el contrato a otros revendedores en el mercado interior.

Tampoco se aplicará la exención (Artículo 6. Restricciones excluidas) “a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos de investigación y desarrollo”, enunciando la siguiente lista:

- a) la obligación de no impugnar, tras la culminación de los trabajos de investigación y el desarrollo, la validez de los derechos de propiedad intelectual que posean las partes en el mercado interior y que sean pertinentes para la investigación y desarrollo o, tras la expiración del acuerdo de investigación y el desarrollo, la validez de los derechos de propiedad intelectual que posean las partes en el mercado interior y que protejan los resultados de la investigación y el desarrollo, sin perjuicio de la posibilidad de poner término al acuerdo de investigación y desarrollo en el caso de que una de las partes impugne la validez de dichos derechos de propiedad intelectual;
- b) la obligación de no conceder licencias a terceros para fabricar los productos considerados en el contrato o para utilizar las tecnologías consideradas en el contrato salvo que el acuerdo prevea la explotación de los resultados de la investigación y el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados por al menos una de las partes y esa explotación se produzca en el mercado interior respecto a terceros.

Resulta evidente que, a pesar de que la enumeración de requisitos y excepciones es amplia y compleja, para aquellos no familiarizados con este tipo de acuerdos, ofrece pautas más seguras y flexibles para delimitar el ámbito de lo lícito e ilícito, pudiendo apoyarse en ella frente a cualquier investigación por infracción de la prohibición general de acuerdos.

2.1.2 Acuerdos de especialización

En el caso de los Acuerdos de especialización, su base legal se encuentra en el Reglamento n° 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965,

relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas⁶⁵.

En la actualidad, las condiciones de la exención en bloque se recogen en el ya aludido Reglamento 1218/2010, que distingue tres categorías básicas de acuerdos de especialización: 1) acuerdos de “especialización unilateral,” 2. Acuerdos de “especialización recíproca” y 3) Acuerdos de “producción en común”, que define, respectivamente, en los siguientes términos:

« [A]cuerdo de especialización unilateral», un acuerdo de entre dos partes presentes en el mismo mercado de productos, en virtud del cual una de las partes acepta cesar total o parcialmente la producción de determinados productos o abstenerse de producir esos productos y se compromete a comprárselos a la otra parte, la cual se obliga a producirlos y suministrarlos;

«[A]cuerdo de especialización recíproca», un acuerdo entre dos o más partes presentes en el mismo mercado de productos, en virtud del cual dos o más partes aceptan, sobre una base de reciprocidad, cesar total o parcialmente o abstenerse de producir determinados y diferentes productos, y se comprometen a comprárselos a las otras partes, las cuales se obligan a producirlos y suministrarlos, o

«[A]cuerdo de producción en común», un acuerdo en virtud del cual una o más partes se comprometen a producir conjuntamente determinados productos⁶⁶

La exención se aplica⁶⁷ a los acuerdos de especialización que contengan disposiciones que se refieran a la cesión de derechos de propiedad intelectual o la concesión de licencias correspondientes a tales derechos a una o varias de las partes, siempre que tales disposiciones no constituyan el objeto principal de los mismos, pero estén directamente relacionadas con ellos y sean necesarias para su aplicación. Para ello será asimismo preciso que:

- a) las partes acepten una obligación de compra exclusiva o de suministro exclusivo, o

65. *DOUE 36 de 06.03.1965, p. 533.*

66. *Cfr. Artículo 1, letras a) a d) del Reglamento 1218/2010*

67. *Cfr. Artículo 2 del Reglamento 1218/2010.*

b) las partes no vendan independientemente los productos de la especialización, pero los distribuyan conjuntamente.

Como en el caso de los acuerdos en I+D, el Reglamento 1218/2010 acude también al método de fijar umbrales para delimitar los acuerdos que pueden ampararse en la exención⁶⁸. De este modo, la exención se aplicará a los acuerdos de especialización ya contemplados a condición de que la cuota combinada de mercado de las partes no exceda del 20 % de cualquier mercado de referencia.

El Reglamento 1218/2010 enuncia también su "lista negra" de "Restricciones especialmente graves"⁶⁹, pues la exención no se aplica a los acuerdos que, directamente o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores controlados por las partes, tengan como objeto cualquiera de los siguientes, que enumera del modo siguiente:

- a) fijar los precios de venta de los productos a terceras partes, con excepción de los precios que se cobran a los clientes inmediatos en el contexto de la distribución conjunta;
- b) limitar la producción o las ventas, con excepción de:
- i) las disposiciones sobre la cantidad acordada de productos en el contexto de acuerdos de especialización unilateral o recíproca, o la fijación de la capacidad y el volumen de producción en el contexto de un acuerdo de producción conjunta, y
- ii) las disposiciones que fijen objetivos de venta en el contexto de la distribución conjunta, o
- c) el reparto de mercados o de clientes.

Por su parte, las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal ofrecen reglas especiales y ejemplos, exponiendo la situación y el análisis correspondiente a cada uno de ellos en relación a los Acuerdos de investigación y desarrollo⁷⁰ los Acuerdos de producción⁷¹, los Acuerdos de compra⁷², los Acuerdos de comercialización⁷³ y,

68. Cfr. Artículo 3 ("Umbral de cuota de mercado"). Por su parte, el Artículo 5 establece las reglas para la "Aplicación del umbral de cuota de mercado".

69. Cfr. Artículo 4 del Reglamento 1218/2010

70. Directrices, epígrafe 3, p. 26.

71. Directrices, epígrafe 4, p. 35.

72. Directrices, epígrafe 5, p. 44.

73. Directrices, epígrafe 6, p. 49.

finalmente, los Acuerdos de estandarización⁷⁴. De este modo, y respecto de cada una de estas categorías de acuerdos horizontales, la Comisión, en primer lugar los define, expone cómo se determina el mercado de referencia, los criterios de evaluación con arreglo al artículo 101,1 TFUE, exponiendo los principales problemas de competencia que han suscitado a la luz de su experiencia y el ámbito en que cabe aplicar la existencia de restricciones de la competencia, por objeto o por efecto y las pautas para su evaluación con arreglo al artículo 101.3 TFUE, en términos de mejoras de eficiencia, carácter indispensable, beneficio para los consumidores y, finalmente, la no eliminación de la competencia, tras lo que ofrece, como ya anticipamos, una serie de ejemplos prácticos⁷⁵.

2.2. El ámbito de licitud en los acuerdos verticales

El establecimiento de un ámbito exento en materia de acuerdos verticales ha sido siempre mucho más

74. Directrices, epígrafe 7, p. 55.

75. A este respecto y como medida del alcance de estas Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontales, destacaríamos las reflexiones que formula la Comisión respecto de los intercambios de información: "2.2.2. Restricción de la competencia por el objeto:

72. Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto. Al evaluar si un intercambio de información constituye una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión prestará especial atención al contexto jurídico y económico del intercambio en cuestión (1). Para ello tendrá en cuenta si el intercambio de información, por su propia naturaleza, puede dar lugar a una restricción de la competencia (2).

73. Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios o cantidades desemboque en un resultado colusorio (3). La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el período de ajuste a los nuevos precios (véase el Ejemplo 1, punto 105). Además, es menos probable que este tipo de intercambio de información sobre futuras intenciones se haga por razones favorables a la competencia que el intercambio de datos reales.

74. Así pues, 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 a tenor del artículo 101, apartado 1 (4) (5). Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente carteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen carteles no sólo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo."

amplio y flexible que el previsto para los acuerdos horizontales. No debemos olvidar que respecto de los acuerdos entre no competidores, denominados por ello como “verticales”, la tan influyente Escuela de Chicago⁷⁶ ha negado tradicionalmente, en las últimas décadas en el Derecho Antitrust norteamericano, la presencia de cualquier efecto anticompetitivo a estos acuerdos⁷⁷. Su influencia en el Derecho de la Competencia que, aunque también ha sido importante, ha tenido un alcance menor que, sin embargo, se ha plasmado en el tratamiento de los acuerdos verticales.

El punto de partida de las exenciones por categorías en acuerdos verticales se encuentra en el Reglamento (CE) n° 19/65/CEE⁷⁸ que habilitó a la Comisión Europea para aplicar mediante Reglamento el artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas que de otro modo habrían entren en el ámbito de aplicación individual del Artículo 101.1 TFUE⁷⁹.

76. Para una lectura crítica de los orígenes de la Escuela de Chicago en materia Antitrust y el surgimiento del llamado movimiento Neobrandesiano, que recupera los orígenes del Derecho Antitrust, véase el breve aunque muy interesante trabajo de WU, Tim, *The Cuse of Bgness.titrust nthe New Gilded Edge*, Columbia obal Repost, 2018; en concreto, pp. 83-139. A favor de los postulados de la Escuela de Chicago, véase, también entre otros, KOBAYASHI, Bruce H./MURIS, Timothy J., *Chicago, Post-Chicago, And Beyond: Time To Let Go Of The 20th Century, Antitrust Law Journal, Forthcoming, George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, Posted: 14 Mar 2012, pPp. 12-31 (Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021196 y en https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1231ChicagoPostChicago.pdf)

77. Acerca de la posición de la Escuela de Chicago en el tratamiento antitrust de las restricciones verticales y su afluencia en la Unión Europea, véanse, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Lo que queda de la Escuela de Chicago en el Derecho de la Competencia, Derecho Mercantil*, 29 de abril de 2012 (Disponible en: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2012/04/lo-que-queda-de-la-escuela-de-chicago.html>); Daniel Sokol, *The Transformation Of Vertical Restraints: Per Se Illegality, The Rule Of Reason, And Per Se Legality*, University of Florida Levin College of Law, UF Law Scholarship Repository, UF Law Faculty Publications Faculty Scholarship, Florida, 2014 (disponible en: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/546>).

78. Cfr. Reglamento n° 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas DOUE 08 / Vol. 01, p. 85.

79. Como destaca ARAUJO BOYD, Marcos, “La temprana adopción de reglas en materia de acuerdos verticales refleja el protagonismo que tuvo esta área del Derecho de la Competencia en sus primeros años. Un protagonismo que guarda estrecha relación con la vocación instrumental que se predicaba de estas normas, concebidas como medio para la integración europea. A ello se sumó la necesidad de dar respuesta a las numerosas notificaciones presentadas a la Comisión Europea en base al sistema previsto en el primer Reglamento de aplicación de las disposiciones del Tratado en este campo, el Reglamento 17/62. Esta realidad llevó al Consejo a otorgar a la Comisión el poder de adoptar reglamentos de exención por categorías, el primero

El marco de licitud respecto de estas prácticas colusorias verticales es en la actualidad el delimitado por el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas⁸⁰, existiendo igual que en el caso de los acuerdos horizontales, unas “Directrices relativas a las restricciones verticales”⁸¹.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en el ámbito de los acuerdos verticales, el alcance de la exención ha experimentado, como ya vimos respecto de los horizontales, una notable evolución causada, como destaca ARAUJO⁸², que anticiparía la perspectiva delimitada por el Reglamento 1/2003, abandonándose el enfoque habitualmente calificado de “formalista”, hacia un modelo que este autor califica como “más abierto a la realidad económica.”

Tales cambios han supuesto que la actual regulación de los acuerdos verticales abandonase un sistema de “reglas aplicadas de manera inflexible a través de los antiguos reglamentos de exención en favor del sistema hoy aplicado, y basado en una autorización general de las restricciones verticales salvo las expresamente prohibidas, y, complementado con criterios de evaluación para situaciones específicas”⁸³. Se debe

de los cuales sería el Reglamento 67/67, primer Reglamento de exención de acuerdos de distribución exclusiva.” Vid. ARAUJO BOYD, Marcos, “Prohibición ..., op. cit., p. 395.

80. DOUE L, 102, de 23.4.2010, p. 1.

81. DOUE C, 130, de 19.5.2010, p. 1. Es preciso destacar que esta regulación europea expirará el 31 de mayo de 2022. Por ello, ya en 2019, la DGCOMP ha llevado a cabo una primera consulta pública para preparar su reforma a la que siguió un taller (workshop) en Bruselas, al que fueron convocados los que participen en dicha consulta. Como se recoge en la nota-resumen que se reseña a continuación, el debate se centró, principalmente, en los retos que el comercio electrónico y, más concretamente en el papel de las plataformas en línea (on-line) y la necesidad de aclarar la reciente jurisprudencia europea respecto del concepto de “agencia” en ese nuevo contexto y las condiciones bajo las que los proveedores podrían restringir las ventas a través plataformas digitales. Davis, Alan, “Insight into vertical agreement block exemption refresh”, *OUT-LAW ANALYSIS* | 26 Nov 2019- Esta nota se puede consultar en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/insight-into-vertical-agreement-block-exemption-refres>

82. Vid. ARAUJO BOYD, Marcos, “Prohibición..., pp. 395.

83. Cfr. Vid. ARAUJO BOYD, Marcos, “Prohibición..., pp. 395, Este mismo autor añade que “Tanto respecto de los reglamentos generales como los específicos citados en último lugar se observa como característica común de estas normas su rigidez. Para

recordar que existen, asimismo, reglas especiales para los acuerdos verticales en el sector de los vehículos de motor⁸⁴, en cuyo examen no tendremos ocasión de detenernos en esta ocasión.

El nuevo Reglamento 330/2010, al igual que su predecesor, el Reglamento (CE) 2790/99⁸⁵, acude al sistema de lo que se ha denominado “puerto seguro”. De acuerdo con el Reglamento 330/2010 (Artículo 2), la exención se aplica a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año⁸⁶. Los acuerdos verticales celebrados por dichas asociaciones estarán amparados, sin perjuicio de la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros o a las decisiones adoptadas por la asociación.

En concreto, la exención se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador, o la utilización

por el comprador, de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes. No obstante, la exención se aplicará a condición de que, en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales no exentas con arreglo al presente Reglamento.

En el caso de empresas competidoras, el Reglamento establece que la exención no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras, salvo que dichas empresas suscriban un acuerdo vertical no recíproco y:

- a) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o
- b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales.

Este Reglamento tampoco se aplica a los acuerdos verticales cuyo objeto entre en el ámbito de aplicación de otros reglamentos de exención por categorías, a menos dispongan lo contrario.

Al mismo tiempo, y siguiendo de forma más detallada la misma técnica que ya hemos visto en los Reglamentos de exención de cooperación horizontal, el Reglamento 330/2010 fija umbral de cuota de mercado (Artículo 3⁸⁷), de modo tal que la exención sólo se aplicará cuando “la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia⁸⁸ en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales⁸⁹.”

beneficiarse de la exención, evitando riesgos de inejecutabilidad y sanciones, todo acuerdo de distribución (con la discutible excepción de los de menor importancia) debía cumplir las condiciones rígidamente impuestas en los Reglamentos, sin poder incluir restricciones adicionales distintas de las específicamente enumeradas, en lo que se denominaría «efecto de camisa de fuerza».

La conveniencia de introducir una lectura más flexible de las normas de competencia en este campo llevó, tras un amplio debate, a la adopción del Reglamento (CE) 2790/99, el primer Reglamento basado en el enfoque de «puerto seguro». El mismo sería complementado a través de las Directrices sobre Restricciones Verticales adoptadas el 13 de octubre de 2000, así como “El Reglamento de 1999 y las Directrices de 2000 propusieron un nuevo sistema de aplicación de las normas de competencia, anticipando el advenimiento del régimen de «excepción legal» que consagraría el Reglamento 1/2003. En contraposición a los Reglamentos de exención anteriores, que condenaban a la prohibición a todo lo no expresamente autorizado, el nuevo sistema autoriza los acuerdos que se encuentren en el «puerto seguro» (definido de forma mucho más flexible a partir de una autorización general y determinadas «listas» de conductas no autorizadas), relegando a los demás a un análisis individual para el que se proporcionan unas detalladísimas directrices.”

84. Cfr. http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/legislation.html

85. Cfr. Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L 336, de 29.12.1999, p. 21).

86. Énfasis añadido.

87. Vid. Artículo 7, “Aplicación del umbral de cuota de mercado” y Artículo 8, “Aplicación del umbral de volumen de negocios”.

88. Énfasis añadido.

89. 2. A efectos del apartado 1, cuando, con arreglo a los términos de un acuerdo entre múltiples partes, una empresa adquiera los bienes o servicios contractuales de una empresa parte del acuerdo y venda los bienes o servicios contractuales

Como destaca ARAUJO⁹⁰, la fijación de un umbral en los acuerdos verticales

limita el beneficio a los acuerdos que presentan un menor riesgo de dañar la competencia, relegando a los demás a un análisis individual, para el que es de gran ayuda el contenido de las Directrices.” Subrayando que “como recuerda su apartado 23, no existe presunción alguna de prohibición respecto de los acuerdos entre empresas cuyo umbral supere el referido nivel.

La exención se pierde si concurren determinadas restricciones, que el Reglamento 30/2010 especifica en su Artículo 4 (“Restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías”)⁹¹, que configuran, como ya vimos en el caso de los acuerdos de cooperación horizontal, una verdadera “lista negra”⁹². De este modo, “[...] no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

- a) la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes;
- b) la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento, pueda vender los bienes o servicios contractuales, excepto:
- h) la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva

a otra empresa parte del acuerdo, para que se pueda aplicar la exención prevista en el artículo 2, la cuota del mercado de la primera empresa en su calidad de comprador y de proveedor deberá respetar el umbral de cuota del mercado previsto en dicho apartado.

90. Cfr. ARAUJO BOYD, Marcos, “La prohibición...”, *op. cit.*, pp. 403-404.

91. En el título del artículo se añade entre paréntesis la precisión de “restricciones especialmente graves”.

92. No debemos olvidar que en este caso, como subraya ARAUJO, la no aplicación del Reglamento de exención “sí implica una presunción de no conformidad a las normas de competencia, como declara el apartado 47 de las Directrices, pero ciertamente es solo una presunción, como reconocen los apartados 60 y siguientes de las Directrices.” Cfr. ARAUJO BOYD, Marcos, *op. cit.*, p. 404.

por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador,

ii) la restricción de ventas a usuarios finales por un comprador que opere a nivel del comercio al por mayor,

iii) la restricción de ventas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema, y

v) la restricción de la facultad del comprador de vender componentes suministrados con el fin de su incorporación a un producto, a clientes que tengan intención de usarlos para fabricar el mismo tipo de productos que el proveedor;

c) la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen al nivel de comercio minorista al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado;

d) la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de actividad comercial;

e) la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a talleres de reparación o proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos.

Asimismo, quedan excluidas de la exención las siguientes restricciones (Artículo 5), que como apunta ARAUJO⁹³, recordando por contraposición a la anterior “lista negra”, su tradicional denominación de “lista gris”, puesto que, en este caso, “la retirada de la exención no condena el acuerdo, sino únicamente la cláusula en cuestión. Los acuerdos que contengan este tipo de limitaciones no se enfrentan a una presunción de ilegalidad, pero es necesario disponer de elementos que permitan la justificación concreta de las cláusulas en cuestión.” Conforme a dicho precepto:

1. La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

93. Cfr. ARAUJO BOYD, Marcos, *op. cit.*, p- 404.

a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años⁹⁴.

b) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios.

c) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, letra a), este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, letra b), la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios cuando se reúnan las siguientes condiciones:

a) se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales;

b) se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual⁹⁵;

c) sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador;

d) y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo.

El Reglamento incorpora finalmente una cautela adicional, al prescribir en su Artículo 6 (“No aplicación del Reglamento”), que

[c]on arreglo al artículo 1 bis del Reglamento no 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante un reglamento que, cuando existan redes paralelas

94. A efectos del apartado 1, letra a), una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida.

95. El apartado 1, letra b), se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la divulgación de conocimientos técnicos que no sean de dominio público.

de restricciones verticales similares que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado.

Es preciso mencionar, si quiera brevemente, que la jurisprudencia reciente ha sido más polémica en el caso de los acuerdos verticales que en el de los horizontales. Un buen ejemplo de ello es el representado por las sentencias *Pierre Fabré*⁹⁶ y *Coty*⁹⁷, respecto de la validez/licitud de cláusulas restrictivas respecto de la comercialización por internet⁹⁸. La polémica pone en evidencia la dificultad, pero no imposibilidad, de aplicar las reglas tradicionales a realidades nuevas, con complejidad propia, como la que deriva de las nuevas tecnologías y el comercio electrónico, que son hoy esenciales en un mercado que por global, ofrece desafíos y oportunidades al mismo tiempo.

Por su parte, las Directrices sobre acuerdos verticales parte de la distinción entre acuerdos verticales generalmente excluidos del ámbito de aplicación del Artículo 101.1 TFUE, distinguiendo entre 1. Acuerdos de menor importancia y PYME y 2. Acuerdos de agencia y ofreciendo las reglas relativas a la aplicación del reglamento de exención por categorías. En este punto, las Directrices delimitan el espacio protegido creado por el Reglamento de Exención por Categorías

Asimismo, desarrolla los supuestos de las restricciones especialmente graves contempladas en el Reglamento de Exención por Categorías y los casos individuales de restricciones a las ventas especialmente graves que puedan no estar incluidas en el artículo 101.1 TFUE, o que puedan cumplir las condiciones del artículo 101.3TFUE, así como las restricciones excluidas

96. Cfr. STJUE de 13 de octubre de 2011. *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l’Autorité de la concurrence y Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi. Petición de decisión prejudicial: Cour d’appel de Paris - Francia. Asunto C-439/09. Ref.: EU:C:2011:649.*

97. STJUE de 6 de diciembre de 2017. *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Asunto C-230/16. Ref.: ECLI:EU:C:2017:941*

98. Este tema y la contradicción o evolución de una a otra sentencia ha sido y continuará siendo una polémica abierta. En este sentido, vid. El post de ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Coty vs Fabre”, de 9 de octubre de 2018, en <https://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2018/10/coty-vs-fabre.html>

por el Reglamento de Exención por Categorías, la divisibilidad y la gama de productos distribuidos a través del mismo sistema de distribución⁹⁹

2.3. La regla de Minimis

Además de las exenciones por categorías, la Comisión ha admitido la aplicación de la regla “de minimis”¹⁰⁰, excluyendo expresamente de la misma¹⁰¹, a las infracción “por objeto”. Quedan excluidos también del ámbito de aplicación del Artículo 101.1 TFUE aquellos acuerdos que a pesar de que puedan tener como efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia en el mercado interior al no supera determinados umbrales de cuota de mercado no restringirían sensiblemente la competencia, advirtiendo adicionalmente, que el simple hecho de superarlos no implica automáticamente que la afectación sea ya considerada sensible. Tal es el caso:

- a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores).
- b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes en el acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores).

Si resulta difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10 %. Y quedarán reducidos al 5% cuando en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida

99. Adicionalmente, las Directrices ofrecen reglas más detalladas acerca de la retirada e inaplicabilidad del reglamento de exención por categorías y orientaciones para la evaluación de casos individuales.

100. Adicionalmente, las Directrices ofrecen reglas más detalladas acerca de la retirada e inaplicabilidad del reglamento de exención por categorías y orientaciones para la evaluación de casos individuales. the De Minimis Notice SWD(2014) 198 final (COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf).

101. Cfr. Punto 2 de la Comunicación y nota 2, en la que se remite a la STJUE en el asunto C-226/11, Expedía, en particular los apartados 35, 36 y 37.

por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares).

Como reconoce la propia Comisión¹⁰² esta regla es particularmente pertinente para las categorías de acuerdos no cubiertos por ningún reglamento de exención por categorías de la Comisión y para los que estándolo contengan una restricción excluida, esto es, una restricción que no figure como restricción especialmente grave pero que no obstante no esté cubierta por el correspondiente Reglamento de exención por categorías.

3. UN EJEMPLO DE LIBRO: LAS CLÁUSULAS “DE PARIDAD” (NMF) EN LA RESERVA DE HOTELES A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Como resulta evidente, un tema como el propuesto en el presente trabajo admitiría multitud de ejemplos. Hemos optado, sin embargo, por uno especialmente singular y reciente, que evidencia con claridad la disparidad de criterios que es posible sostener ante casos idénticos o muy similares. En este caso, la Autoridad de Competencia Alemana (Bundeskartellamt), hace una interpretación más restrictiva de la que había mantenido con anterioridad, apartándose no sólo de su propia posición anterior, sino de la mantenida, tras diversas vacilaciones, por otras Autoridades nacional de competencia y por la propia Comisión Europea. Por ello, este caso se convierte en un ejemplo muy gráfico de las dificultades reales a las que debe hacer frente quien aplica el Derecho de la Competencia en general y, en este caso, el Artículo 101 TFUE y su equivalente nacional correspondiere-

Nos referimos al caso “Booking” en Alemania y la utilización en sus contratos con hoteles de unas determinadas cláusulas, conocidas por su similitud con las incorporadas en las relaciones comerciales internacionales como cláusulas “NMF” (Nación más favorecida).

Este caso también pone en evidencia la dificultad intrínseca de apreciar y valorar el carácter restrictivo y, por ende, la licitud o no,

102. Cfr. Punto 14 de la Comunicación.

de una cláusula contractual en un contrato de distribución, concretamente de reservas hoteleras, cuando esta se realiza a través de plataformas digitales, una realidad nueva, como ya se advirtió, a la que el Derecho de la competencia ha de hacer igualmente frente.

Como es bien sabido, Booking.com actúa como corredores de habitaciones de hotel para consumidores. Si un consumidor realiza la reserva con Booking, la plataforma gana una comisión del 10-15% (según la decisión). Sin embargo, si los consumidores eluden la plataforma pero sirviéndose de la información que aporta haciendo su reserva directamente a través del sitio web del hotel, Booking o la plataforma de que se trate, no hace negocio, a pesar de que los consumidores pueden haber localizado el hotel y examinado el precio ofertado a través de la plataforma.

Para evitar dicha situación, que altera las bases en las que estas empresas mediadoras fundamentan su negocio, las plataformas como Booking operan incorporando a sus contratos con los hoteles cláusulas de paridad de precios o cláusulas de NMF.

El problema surge a la hora de evaluar el alcance de dichas cláusulas. Como explican CANDEL y GARCÍA QUIROGA, las cláusulas de NMF, a las que también denominan “cláusulas de paridad”, son términos contractuales por los que las empresas se comprometen a equiparar las condiciones de compra o venta de sus productos o servicios a las ofrecidas por sus competidores, y se puede distinguir entre dos tipos de cláusulas NMF, las “amplias” y las “estrechas”:

- Las NMF “estrechas” prohíben al hotel (en este caso) ofrecer mejores términos a través de canales donde el proveedor controla los precios (un ejemplo sería, que el hotel se comprometa a no ofrecer un precio más bajo en su propia página web).
- Las NMF “amplias” prohíben al hotel ofrecer un precio más bajo que a la parte contratante a cualquier parte y mediante cualquier canal (por ejemplo, obligar a un hotel a ofrecer el precio más bajo en Booking.com, tanto en su propia página web como en la de otros metabuscadores).

En el conjunto de casos suscitados se valora la incidencia sobre la competencia efectiva en dicho mercado de dichas cláusulas, atendiendo a

la mayor o menor amplitud de la restricción que incorpora a los contratos entre las plataformas y los hoteles, examinando las diferentes alternativas y la licitud o no de las mismas desde la perspectiva del más eficiente funcionamiento de los mercados¹⁰³.

Como destaca DEUSCHLE, el uso de cláusulas NMF ha sido un problema en la ley antimonopolio durante años con enfoques muy diferentes. Las autoridades de competencia en Francia, Italia y Suecia iniciaron investigaciones contra la amplia cláusula NMF de Booking.com. Estas investigaciones fueron enterradas después de que Booking acordara utilizar solo cláusulas NMF limitadas o estrechas en el futuro, esencialmente estipulando paridad de precios en el propio sitio web del hotel. De este modo, estas autoridades antimonopolio aprobaron cláusulas NMF estrechas que consideraron pues lícitas.

Esta información se expone de forma más precisa por CANDEL y GARCÍA QUIROGA, quienes señalan que las autoridades de competencia habrían alcanzado conclusiones dispares con respecto a la licitud de las cláusulas NMF. Así, por un lado, mientras las autoridades de Francia, Italia y Suecia, contando con la asistencia de la propia Comisión Europea, coordinaron sus investigaciones iniciadas en 2010 acerca de estas cláusulas en el sector de las agencias de viaje online y en abril de 2015 adoptaron tres decisiones paralelas en las que aceptaban los mismos compromisos de Booking.com, líder en el sector, prohibiendo las cláusulas amplias, pero permitiendo cláusulas estrechas. Acto seguido, la empresa y su principal competidor Expedia, eliminaron las cláusulas amplias y extendieron las cláusulas estrechas en todas sus relaciones contractuales en países de la Unión.

103. No hemos podido acceder a la decisión del Tribunal Regional Superior de Dusseldorf, por lo que la exposición de este ejemplo la haremos a partir de los comentarios que sobre la misma ofrecen DEUSCHLE, Adrian “The Düsseldorf Court: Booking Needs ‘Most Favoured Nation’ Clauses”, publicado el 6. June 2019 en <https://www.d-kart.de/en/olg-duesseldorf-booking-braucht-bestpreisklauseln/> y CANDEL, Joaquín/GARCÍA QUIROGA, Beatriz, “Booking.com gana la batalla a los hoteles en Alemania: Es competitivo impedirles ofrecer precios inferiores al ofertado en Booking.co”, publicado el 25 junio, 2019, en <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/booking-com-gana-batalla-hoteles-alemania-competitivo-impedirles-ofrecer-precios-inferiores-ofertado-booking/>

Sin embargo, en Alemania, la Autoridad de Competencia Alemana (Bundeskartellamt) había sido más radical y prohibía todas estas cláusulas; es decir, no sólo las amplias, sino también las estrechas. La situación previa es resumida por CANDEL y GARCÍA QUIROGA en los siguientes términos:

la Autoridad de la Competencia alemana ha tenido una posición más dura. En un primer momento, había prohibido las cláusulas NMF amplias en su Decisión de diciembre de 2013 contra HRS-Hotel Reservation Service. Sin embargo, en la decisión de Booking.com en diciembre de 2015, se desmarcó de la posición de las otras autoridades de competencia, prohibiendo también las cláusulas NMF estrechas.¹⁰⁴

Como recuerda DEUSCHLE, el Bundeskartellamt, no aceptó compromisos y declaró ilegal el uso de cláusulas NMF amplias por parte de HRS, en una decisión confirmada por el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, haciéndola legalmente vinculante. A raíz de esta decisión, Booking cambió sus contratos a cláusulas NMF limitadas. Los Términos y Condiciones dicen la siguiente:

El hotel ofrece a Booking.com paridad con respecto a las tarifas y condiciones. [...]

104. Como informan estos autores, dada la disparidad, se acordó crear un grupo de trabajo de 11 autoridades de competencia nacionales y la Comisión Europea. Éste publicó un informe en abril de 2017 que mide los efectos del uso que los metabuscadores hacen de las cláusulas NMF con los hoteles en sus contratos y el impacto que éstas tienen en la competencia. Éste concluye que la sustitución de cláusulas NMF anchas por estrechas de facto no ha alterado el comportamiento de los metabuscadores quienes siguen igualando el precio más bajo ofrecido por un tercer buscador. En los casos particulares de Alemania y Francia, los hoteles no diferenciaban más entre metabuscadores que en los demás estados donde las cláusulas NMF estrechas no estaban prohibidas. Por ello, resulta difícil justificar su limitación. SE puede consultar el citado informe ("Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities in 2016"), mediante el link que incorporan a su comentario, en la dirección: https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf. Asimismo informan de que Aparte del asunto Booking.com, la Comisión ha perseguido las cláusulas NMF en el mercado de los e-books (Decisión del 2012 y Decisión del 2017), como cubrimos anteriormente en el blog, donde la Comisión aceptaba los compromisos de las empresas. También en 2017, inició una investigación en el sector de los principales touroperadores europeos (Kuoni, REWE, Thomas Cook, TUI) y Meliá Hoteles, por discriminar presuntamente a los clientes por su nacionalidad y residencia. En estos casos no se distinguía entre cláusulas NMF estrechas y anchas. En España, hasta la fecha no se ha iniciado ningún expediente en relación con esta materia, si bien la CNMC publicó un estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España en 2018, en el que evalúa el impacto de dicha cláusula.

La paridad de tarifas y condiciones no se aplica a precios y condiciones:

ofrecido en otros portales de reservas en línea;
ofrecido a través de canales de distribución fuera de línea, siempre que dichas tarifas no se publiquen o comercialicen en línea y / o no se publiquen, siempre que dichas tarifas no se comercialicen en línea¹⁰⁵.

El Bundeskartellamt, apunta DEUSCHLE, había visto también como ilegal esta cláusula estrecha en su decisión de 2015¹⁰⁶ contra Booking.com, demostrando ser, en aquella ocasión, como destaca dicho autor, más estricta que en otras partes de Europa.

Tras dicho pronunciamiento, Booking recibió la orden de eliminar las cláusulas de paridad de precios estrechos de sus contratos y cumplió con este requisito y, según un análisis realizado por el Bundeskartellamt, aludido por DEUSCHLE, el 72% de los hoteles de la muestra realmente redujo los precios y/o condiciones de la Reserva en su sitio web.

En la sentencia que comentamos ahora, el Tribunal Regional Superior de Dusseldorf (la Corte Suprema de Dusseldorf/Kartellsenat des Oberlandesgerichtses Dusseldorf)), en su pronunciamiento de 4 de junio de 2019¹⁰⁷, examinó las cláusulas de la "nación más favorecida" y el efecto restrictivo lícito o no de las mismas en función del alcance de la restricción que incorporaban, estimando el recurso presentado por la empresa Booking contra la Decisión del Bundeskartellamt, de 23 de diciembre de 2015, en la que prohibía a Booking.com utilizar las cláusulas NMF, tanto

105. Esta redacción procede de traducción al inglés que hace el autor de la original en alemán.

106. Este autor habla de una Decisión de 2016, pero entendemos, con CANDEL y GARCÍA QUIROGA, que dan como fecha de la resolución impugnada en este caso la del 23 de diciembre de 2015, que esta es la correcta, como respaldan otras fuentes consultadas que se trata de una decisión de 2015, ya que, como señalaba la prensa en aquellas fechas ("Alemania prohíbe a Booking.com ofrecer el precio más bajo"; Redacción TH - 24 diciembre, 2015, en <https://www.tecnohotelnews.com/2015/12/alemania-booking-com-eliminar-la-clausula-de-mejor-precio/>), "El Bundeskartellamt alemán ordenó a Booking.com Deutschland GmbH, Berlín; y Booking.com BV, Amsterdam, suspender por completo la práctica en sus contratos y los términos y condiciones generales del 31 de enero «en la medida en que afecten a los hoteles en Alemania». Booking.com anunció el miércoles que la compañía tiene la intención de apelar la decisión, de acuerdo un comunicado de prensa."

107. Este caso se identifica con las siglas VI-Kart 2/16 (V).

amplias como Para el Tribunal, como de forma resumida exponen CANDEL y GARCÍA QUIROGA, las NMF estrechas son necesarias para evitar el oportunismo ("free-riding") por parte de clientes y hoteles. Sin esta cláusula, y esta es, a juicio de dicho autores, la ratio decidendi de su sentencia, "los clientes podrían utilizar Booking.com para identificar el hotel que más se adecua a sus necesidades (y los hoteles para anunciarse) para luego realizar u ofrecer la reserva en la página web del mismo, quedándose la empresa sin la comisión como intermediario del 10-15%." No obstante, recuerdan, mantiene la prohibición de las cláusulas amplias para permitir la creación y crecimiento de otros metabuscadores, favoreciendo así la competencia en el sector.

El Tribunal Regional de Dusseldorf (Corte Suprema de Dusseldorf) concluyó en su sentencia, como resume DEUSCHLE, que las cláusulas NMF limitadas dan como resultado una restricción de la competencia en el sentido del Artículo 101 TFUE y § 1 de la ley alemana contra las restricciones de la competencia. Es decir, restringen la libertad de las compañías hoteleras para fijar precios y, por lo tanto, perjudican la competencia en el mercado de agencias de viajes en línea, así como en el mercado de habitaciones de hotel. Como resultado de la restricción a la subvaloración de los precios, los hoteles generalmente tampoco ofrecerán precios más bajos a otras plataformas, según el Tribunal, ya que esto debilitaría su propio canal de distribución en línea. Además, debilita el mercado de habitaciones de hotel. Las posibilidades de los hoteles de utilizar "medidas de gestión de capacidad" están limitadas por las cláusulas estrictas. La cláusula prohíbe que los hoteles ofrezcan contingentes excedentes favorables por un período corto solo en sus propios sitios web.

No obstante lo anterior, y siguiendo al mismo comentarista de la sentencia, a pesar de los efectos restrictivos sobre la competencia establecidos por el Tribunal, el Pleno excluye las cláusulas estrictas de mejor precio del alcance de la prohibición de acuerdos anticompetitivos acudiendo a la jurisprudencia alemana sobre restricciones accesorias¹⁰⁸, que es el concepto jurídico al que

108. *Acerca de la Doctrina de las Restricciones Accesorias*, IBÁÑEZ/DELMADRID subrayan que en esta doctrina el análisis de la pros/contas entra en juego, pues se basa en la idea de que, a falta de algunas cláusulas clave, existen acuerdos que nunca se concluirían, por lo que tales cláusulas se consideran objetivamente necesario para que exista el acuerdo y, por lo

acude el Tribunal para eximir a Booking de la prohibición de acuerdos anticompetitivos. De acuerdo con esta lectura, hay una excepción no escrita al § 1 GWB (y también al Artículo 101.1 TFUE) conforme a la que tales restricciones son necesarias para la implementación de un contrato (es decir, inmanente al contrato) que, aparte de esto - es neutral para la competencia no puede caer bajo la prohibición. Un requisito adicional es que estas restricciones deben limitarse a lo que es absolutamente necesario en términos de duración, geografía y sustancia¹⁰⁹.

El presente pronunciamiento nos permite extraer dos conclusiones básicas. La primera, relativa al supuesto planteado, que nos hace coincidir con CANDEL y GARCÍA QUIROGA en que ofrece mayor seguridad al sector, puesto que alinea la jurisprudencia alemana en relación con las cláusulas NMF a la práctica mayoritaria entre los países de la Unión Europea¹¹⁰. Pero también, y esa es la segunda consideración que queremos subrayar a los efectos del prerrente trabajo, pone claramente de relieve que en la distinción entre licitud/ilicitud, al menos es ciertos casos, dista de ser clara y uniforme.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha demostrado la complejidad que supone delimitar lo lícito de los ilícito en materia de competencia y, más concretamente en el ámbito de las prácticas colusorias.

A pesar de que sólo resultan prohibidas aquellas prácticas que encajan en el Artículo 101.1 TFUE y/o el Artículo 1.1 LDC, precisar el ámbito de la prohibición, más allá de los supuestos enunciado expresamente en dichos preceptos, resulta una cuestión compleja que exige un conocimiento profundo y actualizado de la materia. En la práctica esta aplicación se muestra, con demasiada frecuencia, ambigua e incompleta;

tanto, no limite competencia.

109. *Para este autor, no faltan opiniones que entienden que la solución podría haberse alcanzado con el § 2 de la Ley Alemana contra las Restricciones de Competencia o el Art. 101.3 TFUE, en lugar de referirse a una restricción no escrita de las reglas, reconociendo, no obstante que el tribunal ofrece un excelente resumen de los casos en los que la teoría alemana de restricciones auxiliares (llamada 'Immanenztheorie') se ha aplicado hasta la fecha.*

110. *Sin perjuicio, como añaden CANDEL y GARCÍA QUIROGA, de esperar a ver "[...] si la Autoridad alemana decide reabrir de nuevo el debate y recurrir la decisión."*

en consonancia, los pronunciamientos judiciales, cuando no son contradictorios, dejan todavía un margen de apreciación importante.

El actual sistema de "autoevaluación hace recaer sobre las empresas la carga de analizar con detalle su conducta ante una potencial investigación por parte de las autoridades de competencia, dirigida a acreditar que la práctica no restringe la competencia o, de hacerlo, aporta una serie de beneficios que compensarían tal afectación, resultando en consecuencia lícita al amparo del Artículo 101.3 TFUE y/o 1.3 LDC.

Por su parte, el sistema de exenciones en bloque o por categorías ofrece ciertamente reglas básicas y "puertos seguros", respecto de determinado tipo de acuerdos, especialmente en el caso de las potenciales restricciones verticales fruto de acuerdos entre empresas.

Sin embargo, lo que resulta incuestionable es que los acuerdos entre empresas, incluso aunque sean competidoras, no son sólo, ni siempre, ilícitos, sino que con frecuencia resultan necesarios y positivos.

Establecer la frontera entre la licitud y la ilicitud es, no obstante, una tarea repleta de dificultades, que le plantea a los empresarios la necesidad, no solo de convivir con ellas, sino convertirlas en una oportunidad de éxito, del que se beneficia la sociedad en su conjunto, cuando se obtiene respetando las reglas de juego de una verdadera competencia efectiva.

Como colofón a lo expuesto en el presente trabajo, debemos citar, pues incide en la línea sugerida en el mismo, la aprobación por la Comisión Europea, con motivo de la pandemia generada por el COVID-19, de la Comunicación Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19 (DO C 116 I, de 8.4.2020, p. 7) que trata de promover acuerdos entre empresas, en las excepcionales circunstancias que atraviesa la economía europea, para optimizar sus recursos y capacidades para afrontar a través de la cooperación empresarial, la crisis sanitaria y económica generada por la pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Lo que queda de la Escuela de Chicago en el Derecho de la Competencia, Derecho Mercantil, 29 de abril de 2012 (Disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2012/04/lo-que-queda-de-la-escuela-de-chicago.html>)
- ÁLVAREZ SUÁREZ, Marisa, "La evolución de la promoción de la competencia en España", en Boletín económico de ICE, Información Comercial Española, nº 3082, Madrid, 2016, pp. 27-40.
- ANTÓN BURGOS, Frabscisco Javier., "El sistema "hub and spoke" en el transporte aéreo" en Anales de geografía de la Universidad Complutense, nº 11, 1991, págs. 111-124. Este trabajo puede consultarse en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>
- ARAUJO, M., "Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales", en BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (Dirs.): Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, vol. 1, pp. 293-428.
- BARRANTES DÍAZ. Begoña/IRISSARRY ROBINA, Belén., "Prohibición de prácticas colusorias (III): acuerdos de cooperación horizontal", en BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (Dirs.): Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, Vol. 1, pp. 331-392.

- BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo: La lucha contra los cárteles en España, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (eds.), Justo. CORTI VARELA (ed. asoc.), *The Fight against Hard Core Cartels in Europe*, Bruylant, 2016.
- BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (Dirs.): Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- KOBAYASHI, Bruce H./MURIS, Timothy J.. Chicago, Post-Chicago, And Beyond: Time To Let Go Of The 20th Century, *Antitrust Law Journal*, Forthcoming, George Mason University Law and Economics Research Paper Series, Posted: 14 Mar 2012, pp. 12-31 (Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021196 y en https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1231ChicagoPostChicago.pdf).
- GALÁN CORONA, Eduaardo, “Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general”, en BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (Dirs.): Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, 2 Vols., Bosch, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 234-283.
- CANDEL, Joaquín/GARCÍA QUIROGA, Beatriz, “Booking.com gana la batalla a los hoteles en Alemania: Es competitivo impedirles ofrecer precios inferiores al ofertado en Booking.co”, publicado el 25 junio, 2019, en
- CANDEL, Joaquín/GARCÍA QUIROGA, Beatriz, “Booking.com gana la batalla a los hoteles en Alemania: Es competitivo impedirles ofrecer precios inferiores al ofertado en Booking.co”, publicado el 25 junio, 2019, en <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/booking-com-gana-batalla-hoteles-alemania-competitivo-impedirles-ofrecer-precios-inferiores-ofertado-booking/DEUSCHLE, Adrian> “The Düsseldorf Court: Booking Needs ‘Most Favoured Nation’ Clauses”, publicado el 6. June 2019 en <https://www.d-kart.de/en/olg-duesseldorf-booking-braucht-bestpreisklauseln/>
- DREXL, Joseph. (Dir.), *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, Edward Elgar publications, 2011.
- IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. “Persistent myths in competition law (II): ‘the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object’”, publicado en *Chilling Competition*, disponible en: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>
- IBÁÑEZ COLOMO, Pablo/LAMADRID DE PABLO, Alfonso, “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en SSRN, 18 Oct 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, pp. 1-47
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: “Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas”, en BENEYTO PÉREZ, José María/MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (eds): La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 61 a 107.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, “Promoción versus defensa de la Competencia en España: una visión de conjunto”, en *Revista Dereito, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*, nº 19, 2, 2010, pp. 51-98
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, “Descentralización y eficiencia en la protección de los consumidores y la competencia: el caso español”, en *Revista*

- de Derecho de la Competencia, CEDEC, vol. 10, n° 14, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Bogotá, 2014, pp. 207 a 233.
- SOKOL, Daniel, The Transformation Of Vertical Restraints: Per Se Illegality, The Rule Of Reason, And Per Se Legality, University of Florida Levin College of Law, UF Law Scholarship Repository, UF Law Faculty Publications Faculty Scholarship, Florida, 2014 (disponible en: <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/546>).
 - WU, Tim, The Cuse of Bgness.titrust nthe New Gilded Edge, Columbia obal Repost, 2018