José María Beneyto
Jerónimo Maillo
*Directores*

# TRATADO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

*Unión Europea y España*

2.ª Edición

BOSCH

Wolters Kluwer

BOSCH

José María Beneyto
Jerónimo Maillo

# TRATADO DE DERECHO DE COMPETENCIA

*Unión Europea y España*

2.ª Edición

Tomo I

Wolters Kluwer

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2017, **Varios Autores**

Para la presente edición:
© 2017, **Wolters Kluwer, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
http://www.wolterskluwer.es

Primera edición: Junio, 2017

ISBN: 978-84-9090-226-4 (obra completa)
ISBN: 978-84-9090-222-6 (papel Tomo I)
ISBN: 978-84-9090-223-3 (digital)
Depósito legal: M-18038-2017
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
*Printed in Spain*

"Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra".

José María Beneyto y Jerónimo Maillo
*Directores*

examinar a continuación los distintos supuestos de exención de la prohibición, concluyendo con una breve referencia a la sanción civil de nulidad que se impone a determinadas modalidades de concertación empresarial.

## II. El modelo de la prohibición de las prácticas colusorias

Como ya se ha señalado, las concertaciones entre empresas con un objeto o efecto lesivo para la competencia constituyen un grave atentado contra ésta, toda vez que por esta vía las empresas sustituyen la actuación autónoma en el mercado tratando de obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general.

Por este motivo, los ordenamientos jurídicos, a la hora de articular la defensa de la competencia prohíben tales comportamientos, pero los modelos de prohibición no son uniformes. De un lado, cabe establecer una prohibición absoluta, sin excepciones en principio; es el caso del Derecho estadounidense (sección 1 de la *Sherman Act*), si bien no cabe desconocer el juego de la *rule of reason* que, rápidamente acogida por la jurisprudencia, matiza el rigor del planteamiento señalado. Frente a este modelo, se sitúa el supuesto de que la prohibición afecte a las prácticas colusorias, solamente en el caso de que las consecuencias de la misma sean constitutivas de «abuso» o produzcan graves perjuicios a la economía nacional. Pero hay un sistema intermedio, que es donde se sitúa tanto el Derecho de la UE como el Derecho nacional; en este modelo las prácticas colusorias, esto es, las concertaciones entre empresas con objeto o efecto lesivo para la competencia, están prohibidas, aunque se admite la posibilidad de exonerar de la prohibición a algunas en razón a que, pese a su objeto o efecto anticompetitivo, presentan ventajas o beneficios que aconsejan alzar la prohibición.

El modelo seguido, por tanto, es el de prohibición con exceptuación. La prohibición opera *a priori*, esto es, las prácticas colusorias están prohibidas sin necesidad de previa declaración alguna, sin perjuicio de la eventual exceptuación. Pero el modo de aplicar la exceptuación permite dos submodelos, en función de que la misma requiera previa declaración de la autoridad pertinente, otorgándola (lo que implica un control *a priori* de la exceptuación), o de que la exceptuación se aplique automáticamente, sin necesidad de previa declaración autorizándola, sin perjuicio del control *a posteriori* de la autoridad de competencia. En el primero se trata de un sistema de prohibición con reserva de autorización que precisa previa declaración; en el segundo estamos ante un sistema de prohibición con exención o excepción legal.

El Derecho de la UE y el Derecho español coinciden desde el año 2007 en cuanto al modelo a que se adscriben para la represión de las denominadas prácticas colusorias. Tras la promulgación del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas hoy en los arts. 101 y 102 TFUE, la UE ha optado en la represión de las prácticas colusorias por el sistema de prohibición con exención o excepción legal.Y la vigente Ley nacional (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante, LDC), en su art. 1 acoge el mismo sistema.

En efecto, el art. 1, apartados 1 y 2, del Reglamento 1/2003 dice:

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

Por su parte, el art. 1 LDC reza así:

«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, las que consistan en:

a) La fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios

b) La limitación o el control de la producción, la distribución o 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.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

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.

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

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 art. 81 del Tratado CE *(hoy art. 101 TFUE)* 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».

Una comparación de los preceptos transcritos con los anteriormente vigentes tanto en el ámbito nacional como en el de la UE pone de relieve la importancia del cambio producido. Si bajo el imperio del Reglamento 17/1962, de 6 de febrero de 1962, la prohibición del apartado 1 del entonces art. 81 TCE (hoy art. 101 TFUE) entraba en juego automáticamente sin necesidad de previa declaración (prohibición a priori), siempre que concurrieran los requisitos contenidos en la referida norma, mientras que la exceptuación del apartado 3 precisaba la previa y expresa declaración de la Comisión, para lo cual los acuerdos habían de notificarse a ésta (art. 4 Reglamento núm. 17/1962), ahora la situación es otra. Los apartados 1 y 3 del referido precepto no se aplican en momentos distintos, sino simultáneamente y sin necesidad de ninguna declaración previa: un acuerdo, decisión o práctica concertada está prohibido si, incurso en el apartado 1, no cumple las condiciones del apartado 3 del art. 101 TFUE, y no estará prohibido si, a pesar de estar incurso en el apartado 1 del aludido precepto, cumple las condiciones del apartado 3 del mismo.

De un sistema de prohibición con autorización previa ha pasado el Derecho de la UE –utilizando los términos empleados por el Preámbulo del Reglamento (CE) 1/2003– a un sistema o modelo de prohibición con excepción legal. La autoridad *antitrust* no va a intervenir *a priori* para declarar o autorizar la excepción; ésta se produce automáticamente (si se reúnen las condiciones precisas) y la autoridad *antitrust* se reserva la potestad de verificar *a posteriori* la correcta aplicación de la norma.

De modo similar, en el ámbito nacional, la prohibición contenida en el apartado 1 del art. 1 LDC no se aplica, sin necesidad de declaración previa a tal efecto, si concurren los requisitos expresados en el apartado 3 del mismo precepto, ni tampoco si se hacen presentes los requisitos contenidos «*en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del viejo art. 81 del Tratado CE* (hoy art. 101 TFUE) *a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso aunque las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE*» (apartado 4 del art. 1 LDC) o cuando mediante Real Decreto el Gobierno declare la aplicación del art. 1.3 LDC a determinadas categorías de conductas comprendidas en el apartado 1 de dicho art. 1 LDC (apartado 5 del art. 1 LDC).

Las consecuencias de este importante cambio son evidentes: Por una parte, ha desaparecido la exigencia de la notificación de los acuerdos que pretendieran ampararse en la exceptuación del apartado 3 del hoy art. 101 TFUE. No puede desconocerse que, al margen de la importante carga burocrática que la gestión de las notificaciones suponía para las empresas y, sobre todo, para la Comisión, la notificación era en los últimos tiempos utilizada por las empresas con gran frecuencia para «blindarse» frente a actuaciones de las autoridades *antitrust* nacionales, amparándose en la competencia (exclusiva) que la Comisión, conforme al ya derogado Reglamento núm. 17/1962, ostentaba en materia de exceptuaciones y en la gran lentitud de los trámites ante ésta. Por otra parte, la desaparición, en virtud del Reglamento 1/2003, de la notificación obligatoria hizo que quedara carente de sentido el monopolio de la Comisión para la aplicación del apartado 3 del hoy art. 101 TFUE, de modo que los apartados 1 y 3 de dicho artículo son aplicados conjuntamente tanto por la autoridad *antitrust* de la Unión Europea, como por las autoridades y tribunales nacionales, pudiendo las empresas inculpadas de una infracción del art. 101.1 invocar la concurrencia de los requisitos que integran la exceptuación o exención legal.

Igualmente, en el plano nacional las empresas, a la hora de valorar si un acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela queda incursa en la prohibición del art. 1.1 LDC, han de constatar que en las mismas no se hacen presentes las condiciones y requisitos de los apartados 3, 4 y, en su caso, 5 de dicho art. 1, pues, de ser así, la prohibición no entra en juego. No es, por tanto, necesario acudir a la autoridad nacional de competencia (hoy, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, conforme dispone la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) para obtener la exención de la prohibición del art. 1.1 LDC, sino que, al igual que en el Derecho de la UE, la prohibición del apartado 1 decae si concurren los requisitos del apartado 3 (o, en su caso, 4 y 5) de dicho precepto y ello han de evaluarlo los interesados, sin perjuicio de la eventual intervención posterior de la autoridad *antitrust*.

El cambio producido, tanto en el Derecho de la Unión Europea como en el nacional, ha merecido en términos generales valoraciones positivas, pero también –aunque sin duda en menor medida– suscitó algunos recelos. Estos se basaban en la pretendida «inseguridad jurídica» que la falta de notificación podría suscitar en los operadores económicos ante la incertidumbre sobre la licitud o no de un acuerdo, en razón a si en él concurren o no, tanto los requisitos del apartado 1, como los del apartado 3 del art. 101 TFUE, como asimismo los de los apartados 1, 3 y 4 del art. 1 LDC. Por este motivo, durante los trabajos preparatorios del Reglamento 1/2003, se planteó la posibilidad de instaurar un sistema de notificación facultativa de acuerdos a la Comisión, a fin de que ésta pudiera pronunciarse sobre su compatibilidad con el hoy art. 101 TFUE, lo que permitiría a los interesados oponerlo frente a actuaciones de las autoridades nacionales.

*Tales pretensiones no prosperaron, pues una de las finalidades de la Comisión al promulgar el Reglamento 1/2003 era descentralizar la aplicación del Derecho antitrust de la hoy Unión Europea y en modo alguno quiere facilitar vías para bloquear la actuación de las autoridades nacionales. En este sentido, la Comisión entendió (y este razonamiento es en gran medida aplicable también en el ámbito interno) que cuatro décadas en la aplicación del Derecho* antitrust *en el contexto europeo aportan un bagaje suficiente para el conocimiento de ese sector del ordenamiento, reflejado en las decisiones adoptadas por la Comisión y en las sentencias de los tribunales de la UE, en los reglamentos de exceptuación por categorías y en las Directrices publicadas por la Comisión, con independencia de las que puedan publicarse en el futuro. Aunque, como se expresaba ya en el* Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE *(Bruselas, 28/04/1999), la Comisión tiene la intención de profundizar en la línea ya emprendida de Comunicaciones y Directrices para facilitar a los interesados la aplicación de los preceptos citados, se ha reservado en el art. 10 del Reglamento 1/2003 la posibilidad de, cuando así lo requiera el interés público de la UE relativo a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE*, «declarar mediante decisión adoptada de oficio que el art. 81 del Tratado (hoy 101 TFUE) no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del art. 81 del Tratado, bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del art. 81 del Tratado. La Comisión podrá igualmente hacer esta declaración con arreglo al art. 82 del Tratado». *En sentido similar, el art. 6 LDC faculta a la autoridad* antitrust *nacional* a *declarar,* mediante *decisión adoptada de oficio,* «que el art. 1 no es aplicable a un acuerdo, decisión o práctica, bien porque no se reúnen las condiciones del apartado 1, o bien porque se reúnen las condiciones del apartado 3 de dicho artículo. Dicha declaración de inaplicabilidad podrá realizarse también con respecto al art. 2 de esta Ley».

Este Tratado de Derecho de la Competencia fue pionero en España y se ha convertido en una obra de referencia en la materia. La 2ª edición se presenta como una obra de consulta, actualizada y ampliada, que analiza en profundidad la aplicación de la normativa de defensa de la competencia comunitaria y española, tanto en su parte general como respecto de sectores especiales en los que tiene un gran impacto. Sin duda, la principal bondad de esta obra es que armoniza el estudio científico detallado de la normativa aplicable con su ineludible interpretación práctica.

A lo largo de la obra, se abordan con profundidad jurídica cuestiones como la prohibición de las prácticas colusorias (*cárteles,* acuerdos verticales, acuerdos de cooperación horizontal); las concentraciones económicas y sus efectos; los procedimientos administrativos ante la Comisión; el control jurisdiccional; el procedimiento sancionador; el control de ayudas públicas y otras intervenciones públicas anticompetitivas. Del mismo modo, se pone el foco en el marco regulatorio y su aplicación en diversos sectores especiales como, entre otros, el energético, farmacéutico, deportivo, alimentario, financiero, transportes, servicios profesionales o las prácticas anticompetitivas en la contratación pública.

La obra, impulsada y dirigida desde el Centro de Política de la Competencia de la Universidad CEU San Pablo, ha sido elaborada por un grupo de prestigiosos expertos.

ISBN: 978-84-9090-222-6
9 788490 902226
3652K28066

AENOR ER Empresa Registrada UNE-EN ISO 9001 ER-0280/2005
IQNet
AENOR Gestión Ambiental UNE-EN ISO 14001 GA-2005/0100

Wolters Kluwer