

PRÁCTICAS CONCERTADAS Y CONSCIENTEMENTE PARALELAS

Helmut BROKELMANN¹
Socio, Howrey Martínez Lage

1. INTRODUCCIÓN

La práctica de los extintos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia no destacaba precisamente por la persecución de oficio de conductas colusorias que, en la mayoría de los casos, sólo llegaban a la atención de las autoridades de competencia cuando eran denunciadas por algún competidor o cliente de las empresas que concertaban sus acciones en el mercado. Esta situación ha sufrido un claro cambio con la entrada en vigor de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) hace ya más de un año, que se ha visto acompañada por una muy reforzada actividad inspectora de la nueva Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y, desde febrero de 2008, de un programa de clemencia, que parecen haber propiciado el afloramiento de toda una serie de conductas colusorias entre competidores que hasta ahora escapaban del escrutinio de nuestra autoridad de competencia.

A pesar de su carácter relativamente novedoso, esta actividad persecutoria de la CNC no se está dirigiendo únicamente contra los cárte-

¹ En su labor profesional como abogado, el autor ha intervenido en asuntos relacionados con las materias que se analizan en la presente contribución.

les clásicos —entendidos, conforme a la definición legal de la disposición adicional cuarta de la LDC, como «acuerdos secretos entre dos o más competidores»—, sino también contra otras prácticas que, sin llegar a formalizarse en un acuerdo, verbal o escrito, suscitan los recelos de las autoridades de competencia. Al margen de los supuestos de intercambio de información, que se analizan en otra contribución de esta obra colectiva, se trata esencialmente de prácticas subsumibles en el tipo de la «práctica concertada», prohibida tanto en el art. 81 TCE como en el art. 1 de nuestra LDC. A este tipo habría que añadir, en el ámbito de nuestro Derecho nacional, la «práctica conscientemente paralela», por estar expresamente tipificada en el art. 1 LDC, aunque, como explicaremos en las siguientes páginas, esta figura no debiera tener un alcance distinto del que tiene la práctica concertada en el art. 81 TCE.

La renovada actualidad de estos conceptos en la práctica de la CNC, así como un cierto grado de ambigüedad y, nos atreveríamos a decir, incluso de confusión, que acompañan a la figura de la «práctica conscientemente paralela» en nuestro ordenamiento interno, aconsejan un examen más pormenorizado del alcance de estos dos conceptos a efectos de delimitar con exactitud su ámbito de aplicación y los límites de los mismos.

2. LA NOCIÓN DE «PRÁCTICA CONCERTADA» EN EL DERECHO COMUNITARIO

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la práctica concertada se sitúa a medio camino entre el acuerdo propiamente dicho y la conducta conscientemente paralela, que, como veremos a continuación, en principio no contraviene el art. 81.1 TCE. Según la clásica definición del concepto en la jurisprudencia comunitaria acuñada en las sentencias *Colorantes* y *Suiker Unie*, que aquí reproducimos a partir de una sentencia posterior disponible en castellano, «la práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas»².

El concepto de «práctica concertada» ha evolucionado a lo largo de los años para convertirse en una cláusula general que —más allá de los «acuerdos» entre empresas y las «decisiones» de asociaciones— abarca cualquier forma de coordinación entre empresas, facilitando así a las autoridades de competencia la labor de calificar un sinfín de conductas

² As. C-89, 104, 114, 116, 117, 125 y 129/85, *Ahlström y otros/Comisión*, Rec. 1993, p. I-1307, apdo. 63.

que típicamente se desarrollan en el marco de un cártel complejo y de larga duración. El recurso a la noción de «práctica concertada» facilita a las autoridades de competencia la tarea de tener que calificar individual y pormenorizadamente si la coordinación ya ha alcanzado un grado suficiente como para ser calificada como «acuerdo» o si se trata meramente de una práctica concertada. La Comisión Europea califica incluso en ocasiones una práctica al mismo tiempo como «acuerdo» o «práctica concertada»³. Si todo el proceso entre las empresas imputadas tiene la finalidad de coordinar el comportamiento competitivo de dichas empresas en el mercado, la jurisprudencia tiene reconocido que basta con calificar el conjunto de conductas como «práctica concertada»⁴. De esta manera, la práctica concertada se ha convertido en un tipo abierto, con todas las dificultades que ello entraña desde el punto de vista de la necesaria tipicidad del Derecho sancionador.

La antigua discusión⁵ sobre si la existencia de una concertación es suficiente para infringir el art. 81.1 o si, además, es preciso acreditar que ésta ha sido «practicada», como parecería sugerir la literalidad de la noción de «práctica concertada», fue resuelta de manera salomónica por el TJCE en las sentencias de casación relativas al famoso cártel del polipropileno, en las que el TPI había confirmado la decisión de la Comisión de que la mera participación en una reunión entre competidores en la que se discutieron e intercambiaron informaciones sobre precios y volúmenes de ventas constituye una «práctica concertada» para cualquier empresa que participe en la misma⁶, dando así a entender que se trata de un delito formal (objeto) y no material (práctica que se concierta)⁷. Según el TPI, dado que el objetivo de estas reuniones era eliminar la incertidumbre sobre el futuro comportamiento competitivo de los partícipes, cualquier empresa partícipe no podía prescindir de tener en cuenta la información intercambiada en las mismas en su propia toma de decisiones.

El TJCE, sin embargo, discrepó del TPI y estableció en sus sentencias de casación⁸ que el tipo de «práctica concertada» exigía la concu-

³ Vid., p. ej., As. T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329 y T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otros/Comisión*, Rec. 1999, p. II-00931, apdos. 696-698; Decisión 569/2003, IV/37.614/F3 PO/*Interbrew y Alken-Maes*, DOCE de 7 de agosto de 2003, L76/1, apdos. 223-224.

⁴ Decisión de la Comisión 210/1999, *British Sugar Plc y otros*, DOCE de 22 de marzo de 1999, L 76/1, apdos. 70-71; As. T-202, 204, 207/98, *Tate & Lyle, British Sugar y otros/Comisión*, Rec. 2001, p. II-02035, apdos. 81-85.

⁵ Vid. M. WAELBROECK (1997), *Commentaire J Megret*, Concurrence, Etudes Européennes, Brussels, p. 127.

⁶ Vid., por ejemplo, la sentencia en el asunto T-1/89, *Rhône-Poulenc/Comisión*, Rec. 1991, II-867, apdos. 122-123.

⁷ Cfr. las Conclusiones del AG Vesterdorf en el asunto del polipropileno, de 24 de octubre de 1991, Rec. 1991, II-923.

⁸ As. C-49/92, *Comisión/Anic Partecipazioni Spa*, Rec. 1999, p. I-04125; C-199/92, *Hüls AG/Comisión*, Rec. 1999, p. I-04287; C-235/92, *Montecatini Spa/Comisión*, Rec. 1999, p. I-04539.

rrencia de los dos elementos, más un nexo de causalidad entre ambos. No obstante, el TJCE también declaró que el art. 81 no exigía que la «práctica» tuviera necesariamente un efecto restrictivo de la competencia en el mercado y que, una vez constatada la existencia de una concertación, ya no es preciso probar su puesta en práctica en el mercado, por cuanto existe una presunción de que «las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado»⁹. Según el Tribunal, esto es así, porque una empresa racional no puede evitar tener en cuenta la información disponible sobre el comportamiento competitivo de sus competidores al determinar el suyo propio¹⁰. Con arreglo a esta jurisprudencia, la presunción podrá refutarse si se demuestra que la concertación no tuvo ningún efecto en el mercado, pero no mediante la prueba de que no tuvo efectos restrictivos de la competencia.

Por último, cabe señalar que la noción de práctica concertada no está circunscrita a relaciones horizontales, sino que también puede darse en las relaciones entre fabricante y distribuidor, por ejemplo en aquellos casos en los que un acuerdo de distribución se complementa con una práctica concertada con el fin de limitar el comercio paralelo de los productos en cuestión¹¹.

Veamos ahora cuáles son los elementos constitutivos de cualquier práctica concertada a tenor del art. 81 TCE.

A) La necesaria coordinación y cooperación

Según la jurisprudencia del TJCE, los elementos centrales de toda práctica concertada son los requisitos de coordinación y cooperación, que deben distinguirse de la adaptación unilateral y autónoma del comportamiento de una empresa a la conducta de sus competidores, siempre que no haya mediado previamente una toma de contacto, directo o indirecto, entre las empresas en cuestión. En palabras del TJCE, «A este respecto, debe recordarse en primer lugar que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie* y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apdo. 173, y de 14 de julio

⁹ As. C-199/92, *Hüls AG/Comisión*, Rec. 1999, p. I-04287, apdo. 162.

¹⁰ As. T-202, 204, 207/98, *Tate & Lyle plc, British Sugar* y otros/Comisión, Rec. 2001, p. II-02035, apdos. 58 y ss.

¹¹ As. C-100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française* y otros/Comisión, Rec. 1983, p. 1825, apdos. 72-80; Resolución del TDC de 17 de diciembre de 1999, expediente 408/97, *Panasonic*, FD 5.º.

de 1981, Züchner, 172/80, Rec. p. 2021, apdo. 13), los criterios de *coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada*, lejos de exigir la elaboración de un verdadero «plan», deben interpretarse a luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar autónomamente la política que pretende seguir en el mercado común y las condiciones que pretende reservar a sus clientes. Según esta misma jurisprudencia (sentencias antes citadas Suiker Unie y otros/Comisión, apdo. 174, y Züchner, apdo. 14), si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no *excluye el derecho de los operadores a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores*, se opone sin embargo de modo riguroso a toda *toma de contacto directo o indirecto* entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado»¹² (la cursiva es nuestra).

Como se desprende de esta clásica definición acuñada en la jurisprudencia del TJCE, la práctica concertada es una práctica colusoria que, como tal, exige necesariamente la existencia de algún contacto bilateral o plurilateral, o una voluntad común entre las partes de la misma. De ahí que una práctica concertada pueda inferirse cuando ha habido un contacto entre competidores cuyo objeto haya sido eliminar la incertidumbre sobre su futuro comportamiento competitivo —ya sea por anunciar el propio comportamiento competitivo en el entendimiento de que los demás se adapten al mismo, ya sea por intentar conocer el futuro comportamiento de los demás competidores—. El medio habitual de conseguir esta concertación es el intercambio de información sensible, puesto que permite modificar artificialmente las condiciones normales de competencia, que se caracterizan precisamente por la incertidumbre en cuanto a las reacciones de los competidores respecto al propio comportamiento competitivo. La exigencia de independencia o autonomía se convierte, por tanto, en el eje de la jurisprudencia del Tribunal.

Cualquier «contacto» en el sentido de la jurisprudencia citada exige necesariamente un elemento de reciprocidad para poder plantear problemas de compatibilidad con el art. 81 TCE. En este sentido, es asentada jurisprudencia comunitaria¹³ que

¹² As. C-7/95 P, *John Deere/Comisión*, Rec. 1998, p. I-3138, apdos. 86 y 87.

¹³ As. acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-32/95, T-34/95, T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, *Cimentières CBR y otros/Comisión*, apdo. 1849.

«Sobre esta cuestión, debe señalarse que el concepto de práctica concertada *exige efectivamente la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad* (conclusiones del Abogado General Sr. Darmon para la sentencia Pasta de madera II, citadas en el apdo. 697 *supra*, puntos 170 a 175). Este requisito se cumple cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o, al menos, con su beneplácito, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado. Pues bien, de la lectura de la comunicación interna mediante la cual el Sr. Liduena, de Lafarge, difundió en su sociedad el acta de la conversación de 26 de noviembre de 1988, resulta que dicha conversación se produjo por iniciativa de Lafarge. Además, no hay en esta acta redactada por Lafarge nada que indique que el representante de ésta manifestara reparo u oposición alguna cuando Buzzi le hizo partícipe de su postura con respecto al mercado del sur de Francia. En estas circunstancias, las demandantes no pueden intentar reducir la actitud de Lafarge durante la referida conversación a un papel meramente pasivo de receptor de las informaciones que Buzzi decidió unilateralmente comunicarle sin que ella lo solicitara».

Con arreglo a esta jurisprudencia, el elemento decisivo para determinar si existe una coordinación anticompetitiva es el origen de la información que determina la conducta de las empresas en el mercado. Si la información se desprende de las condiciones del mercado o resulta de la acción competitiva de los competidores, normalmente no existirá ninguna concertación. Si, por el contrario, las empresas mantienen contactos antes de modificar su comportamiento en el mercado, con el fin de minimizar el riesgo del cambio, entonces nos encontramos ante una coordinación anticompetitiva que condiciona, reduciendo la incertidumbre, la libertad de actuación de las empresas.

Por el contrario, la adaptación inteligente al comportamiento existente o esperado de los competidores no viola esta exigencia de independencia, motivo por el cual las prácticas y comportamientos unilaterales no pueden cumplir el tipo de la «práctica concertada» prohibida en los arts. 1 LDC y 81 TCE. De no ser así, desaparecería la distinción entre la práctica «concertada» —contraria a dichas disposiciones— y la conducta paralela, que según la jurisprudencia comunitaria en principio no es contraria al art. 81 TCE, salvo, como veremos a continuación, cuando la concertación constituye la única explicación posible del paralelismo.

Aunque no se enmarque en el análisis de un acuerdo horizontal, sino vertical de distribución, no está de más traer a colación lo que ambos Tribunales comunitarios recordaron a la Comisión Europea en el asunto Bayer-Adalat respecto de los requisitos del art. 81.1 TCE: «La prueba de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del art. 85, apdo. 1, del Tratado debe basarse en la constatación directa o indirecta del *elemento subjetivo* que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de una *concordancia de voluntades* entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o la adop-

ción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo (*vid.* en este sentido, en particular, las sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apdo. 112, y Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apdo. 86)»¹⁴.

El hecho de que el art. 81 TCE confiera el mismo trato a «acuerdos» y «prácticas concertadas», pone de manifiesto que el requisito de la concordancia de voluntades —o de la «colusión», como se rotula el art. 1 LDC— es consustancial a ambos conceptos y permite a su vez su distinción del concepto de conducta unilateral, prohibida en el art. 82 TCE únicamente en el caso de que exista al mismo tiempo una posición de dominio. En palabras del Tribunal de Justicia en la sentencia Colorantes: «Article 85 draws a distinction between the concept of “concerted practices” and that of “agreements between undertakings” or of “decisions by associations of undertakings”; the object is to bring within the prohibition of that article a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition. By its very nature, then, a concerted practice does not have all the elements of a contract but may inter alia arise out of coordination which becomes apparent from the behaviour of the participants»¹⁵.

Esta distinción entre prácticas colusorias, prohibidas por el art. 81, y conductas unilaterales, compatibles con esta disposición, nos lleva a una de las cuestiones más espinosas en torno al concepto de «práctica concertada»: ¿A cuál de estas dos categorías —práctica colusoria prohibida o conducta unilateral lícita— deben asignarse las «conductas conscientemente paralelas»?

3. LA CONDUCTA CONSCIENTEMENTE PARALELA EN EL ART. 81 TCE

Como es sabido, a diferencia del art. 1 LDC, en el marco del art. 81.1 TCE la conducta conscientemente paralela no está expresamente tipificada, aunque la jurisprudencia comunitaria utiliza este concepto en situaciones, como veremos, muy tasadas, como prueba de la posible existencia de una «práctica concertada». Esta cuestión es especialmente relevante en mercados oligopolísticos, en los que la interdependencia

¹⁴ As. T-41/96, *Bayer AG/Comisión*, Rec. 2000, p. II-3383, apdo. 173.

¹⁵ As. 48/69, *ICI/Comisión*, Rec. 1972, p. 619, apdos. 64-65.

entre los oligopolistas puede proporcionar la explicación de un paralelismo de comportamiento frente a una acusación de concertación. La cuestión, en definitiva, consiste en determinar si el comportamiento paralelo de varios competidores en el mercado es el resultado de un proceso competitivo o si, por el contrario, es muestra de una concertación previa sancionable por el art. 81 TCE.

Esta disquisición no suele plantearse cuando existen pruebas directas de una toma de contacto entre los competidores —lo que los economistas denominan colusión explícita—, como por ejemplo la participación en reuniones o la existencia de llamadas telefónicas en la antesala del anuncio de incrementos de precios. Cuando existen tales pruebas, parece más difícil argumentar que existe una explicación alternativa a la concertación para el paralelismo detectado en el mercado. Lo mismo cabe decir respecto de los anuncios de precios que se producen, como ocurriera en el asunto Colorantes, de manera simultánea, por las mismas cantidades y por empresas con estructuras de costes diferentes (en aquel caso por estar ubicadas en mercados geográficos distintos). Salvo que exista un acontecimiento externo que proporcione una explicación alternativa a la concertación, éstos son los casos en los que normalmente se podrá deducir la existencia de una concertación de una conducta paralela y la práctica facilitadora que la acompaña, por ser ésta la única explicación posible del paralelismo.

La dificultad que se plantea realmente en los mercados oligopolísticos consiste en saber si el art. 81 TCE (y, por extensión, el art. 1 LDC) es aplicable en los supuestos que los economistas denominan de colusión táctica. Un ejemplo típico de una conducta paralela en estos supuestos serían los anuncios públicos de precios realizados frente a los clientes (a diferencia de los anuncios secretos, siempre sospechosos, que se realizan exclusivamente frente a los competidores), que suscitan la cuestión de si, cuando son secundados por los demás competidores en el mercado, constituyen una prueba suficiente de que ha habido una concertación o coordinación entre las empresas en cuestión o si el paralelismo en estos casos es el resultado de sus conductas autónomas. Y es que el seguimiento al líder de precios puede ser el resultado de un comportamiento autónomo de los competidores —una adaptación inteligente al comportamiento existente de un competidor—, en cuyo caso se tratará de un comportamiento competitivo irreprochable, o el resultado de una concertación previa, en cuyo caso nos encontraríamos ante una práctica concertada.

¿Cuál debe ser entonces el requisito de prueba que en estos casos incumbe a la autoridad de competencia (art. 2 del Reglamento 1/2003)?

El principal precedente en esta materia es la sentencia Pasta de Madera, en la que el TJCE, anulando la decisión de la Comisión en sentido contrario, estableció, como primera regla, que el anuncio unilateral de un incremento de precios a través del mercado (es decir, a los consumidores y no exclusivamente a los competidores) no constituye una «práctica concertada», incluso cuando se realiza con tanta antelación que permite reaccionar a los competidores, por la simple razón de que la incertidumbre sobre el comportamiento de los competidores de la empresa que ha realizado el anuncio de sus precios no desaparece ni disminuye con dicho anuncio: «En el presente caso, las comunicaciones consisten en los anuncios de precios que se hicieron a los usuarios. Dichas comunicaciones no constituyen, de por sí, una actuación en el mercado que pueda reducir la incertidumbre de cada empresa sobre la actitud que adoptarán sus competidores. En efecto, en el momento en que cada empresa efectúa tales comunicaciones, no tiene ninguna seguridad acerca del comportamiento que adoptarán las demás. En consecuencia, procede considerar que el sistema de anuncios trimestrales de precios, vigente en el mercado de la pasta, no constituye, en cuanto tal, una infracción del apdo. 1 del art. 85 del Tratado»¹⁶.

Según esta misma sentencia, puede, en cambio, haber «práctica concertada» y, por tanto, infracción del art. 81 TCE si se acredita que ha habido una concertación sobre los precios anunciados. A estos efectos, el Tribunal estableció, como segunda regla, que una conducta conscientemente paralela únicamente puede servir como prueba indiciaria de una coordinación o cooperación entre las empresas y, por ende, demostrar la existencia de una práctica concertada, si la coordinación es la única explicación de la conducta paralela en el mercado: «Puesto que la Comisión no dispone de documentos que acrediten directamente la existencia de una concertación entre los productores interesados, es preciso comprobar si el sistema de anuncios trimestrales de precios, la simultaneidad o cuasisimultaneidad de los anuncios de precios y el paralelismo de los precios anunciados observado durante el periodo 1975/1981, constituyen un conjunto de indicios serios, precisos y concordantes de la existencia de una concertación previa. Con objeto de pronunciarse sobre el valor probatorio de estos elementos, procede recordar que *una conducta paralela sólo puede ser considerada como prueba de la existencia de una concertación, si dicha concertación constituye su única explicación plausible*. En efecto, es preciso tener en cuenta el hecho de que, si el art. 85 del Tratado prohíbe toda forma de colusión que pueda falsear el juego de la competencia, *no excluye el derecho de los operado-*

¹⁶ As. C-89, 104, 114, 116, 117, 125 y 129/85, *Ahlström y otros/Comisión*, Rec. 1993, p. I-1307, apdos. 64-65.

res económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores (vid. la sentencia Suiker Unie/Comisión, antes citada, apdo. 174). En consecuencia, en el presente asunto, procede comprobar si el paralelismo de comportamiento alegado por la Comisión no puede explicarse sino por la concertación, habida cuenta de la naturaleza de los productos, de la importancia y del número de las empresas, y del volumen del referido mercado (apdos. 70-72)».

Así pues, una conducta conscientemente paralela sólo puede servir como prueba indiciaria de una coordinación o cooperación entre las empresas y, por ende, demostrar la existencia de una práctica concertada, si la coordinación es la única explicación de la conducta paralela en el mercado. A estos efectos, el Tribunal declaró en la sentencia *Rhein-zink* que sería suficiente que las empresas acusadas de incurrir en una práctica concertada dieran una «explicación alternativa» de los hechos acreditados en el expediente: «*The Commission's reasoning is based on the supposition that the facts established cannot be explained other than by concerted action by the two undertakings. Faced with such an argument, it is sufficient for the applicants to prove circumstances which cast the facts established by the commission in a different light and which thus allow another explanation of the facts to be substituted for the one adopted by the contested decision*»¹⁷.

El Abogado General Darmon explicó, en sus Conclusiones en el asunto *Pasta de Madera* por qué el requisito de prueba tenía que ser tan exigente en estos supuestos: «A este respecto, cuando se recurre a un sistema de *pruebas indirectas*, debe actuarse con prudencia a la hora de deducir la existencia de una práctica concertada. Según la jurisprudencia de este Tribunal, los elementos de prueba deben ser “suficientemente precisos y concordantes para servir de base a la convicción de que el comportamiento paralelo [...] ha sido resultado de una concertación [...]”. En otras palabras, se trata de adquirir una *certeza que vaya más allá de toda duda razonable*. Con arreglo a los principios relativos a la aportación de la prueba, dicha *demonstración corresponde a la Comisión: no se puede invertir la carga de la prueba con la simple comprobación de la existencia de un paralelismo de comportamiento*. Sin la existencia de una convicción que pueda formarse a partir de un conjunto de presunciones muy sustentadas, la concertación no estará demostrada. En cualquier caso, si se da una *explicación plausible* del comportamiento comprobado, compatible con una *elección autónoma* por parte de las empresas, la prueba de la concertación no habrá sido aportada» (apdo. 195).

¹⁷ As. 29-30/83, *Rheinzink/Comisión*, Rec. 1984, p. 1679, apdo. 16.

Esta jurisprudencia coincide con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre pruebas indiciarias, según la cual, la presunción de inocencia, que ampara a los imputados en un procedimiento administrativo sancionador en virtud del art. 24.2 de la Constitución Española (*vid.*, por ejemplo, STC 76/1990, de 26 de abril), puede ser destruida por pruebas incriminatorias, pero «sólo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio» (STC 173/1985, de 16 de diciembre)¹⁸.

En cuanto a los elementos que deben tenerse en cuenta para explicar una conducta paralela en el mercado, el TJCE estableció en la citada sentencia Pasta de Madera que: «Para concluir esta exposición, procede observar que, en el presente caso, la explicación del paralelismo de comportamiento por la existencia de una concertación no es la única plausible. En primer lugar, se puede considerar que el *sistema de anuncios de precios* aporta una *respuesta racional* al hecho de que el mercado de la pasta era un mercado a largo plazo y a la necesidad que experimentaban, tanto los compradores como los vendedores, de reducir los riesgos comerciales. Por otro lado, la analogía de las fechas de los anuncios de precios puede ser considerada como una *consecuencia directa de la gran transparencia del mercado*, que *no debe ser calificada de artificial*. Por último, el paralelismo de los precios y su evolución encuentran una *explicación satisfactoria en las tendencias oligopolísticas del mercado*, así como en las *circunstancias particulares* de determinados períodos. En consecuencia, el paralelismo de comportamiento observado por la Comisión no puede constituir la prueba de la existencia de la concertación. Puesto que no existe un *conjunto de indicios serios, precisos y concordantes*, procede concluir que la Comisión no ha demostrado la

¹⁸ Según el Tribunal Constitucional: «Para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: *a*) el hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; *b*) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; *c*) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explice el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia, y *d*) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o, como sostuvimos en la STC 169/1986, de 22 de diciembre (RTC 1986, 169) (F. 2), en una “comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”. Y, en consecuencia, la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (STC 137/2002, de 3 de junio).

existencia de la concertación relativa a los precios anunciados. En consecuencia, el apdo. 1 del art. 1 de la Decisión impugnada debe ser anulado» (apdos. 126-127, la cursiva es nuestra).

En definitiva, la jurisprudencia comunitaria exige que la concertación sea la única explicación plausible de la conducta paralela para que ésta pueda servir como prueba indiciaria de una práctica concertada. No se exige, por tanto, que las empresas demuestren que existe una explicación alternativa más plausible, sino simplemente una distinta, y tal y como está formulado el requisito legal, la carga de la prueba para ello incumbe a la autoridad de competencia, que ante la alegación de que existe una explicación alternativa debe demostrar que no es así.

A) La conducta paralela en el oligopolio

La distinción entre prácticas colusorias prohibidas por los arts. 1 LDC y 81 TCE y conductas paralelas que no contravienen estas disposiciones es especialmente relevante en mercados con rasgos oligopolísticos. En mercados de estas características puede existir un equilibrio colusorio dentro del oligopolio si éstos interactúan reiteradamente a través de anuncios de precios. A corto plazo, cualquier empresa preferirá no ser el líder de precios, puesto que así evitará el riesgo de que sus competidores respondan con precios inferiores, atrayendo más demanda e incrementando sus beneficios, especialmente en industrias en las que la estructura de costes de las empresas es similar. En un mercado oligopolístico en el que las empresas interactúan con frecuencia, los oligopolistas pueden, sin embargo, tener un interés en establecer un líder de precios, para así solucionar el problema de coordinación y alcanzar un equilibrio colusorio. Requisito imprescindible de este tipo de colusión es, que el paralelismo sea una pauta recurrente y exista un mecanismo de represalia en caso de desvío.

En este sentido, la Comisión Europea ha reconocido en su práctica que en tales situaciones oligopolísticas una conducta paralela como tal no es suficiente para demostrar la existencia de una práctica concertada: «*The situation prevailing in this case seems to have been more characteristic of that which could give rise to what is known in economic theory as “barometric price leadership”* (1: G. J. STIGLER, “The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices”, *Journal of Political Economy*, vol. LV, 1947, p. 431). *This does not remove from undertakings the ability to “determine independently the policy which (they intend) to adopt on the common market”*. *Under such circumstances, parallel pricing behaviour in an oligopoly producing homogeneous goods will not be in*

itself sufficient evidence of a concerted practice. However, sufficient evidence may result from parallel pricing in combination with other indications, such as contacts between undertakings on desirable price changes prior to price changes, or the exchange of information which reinforces contacts to this kind. In the present case, there are indications that, between October 1977 and April 1979, MG hoped to go beyond "barometric price leadership", that other undertakings had contacts amongst themselves, and that there were price changes after such contacts. However, the evidence available is insufficient to qualify the parallel conduct of the undertakings concerned as a concerted practice within the meaning of Articles 85»¹⁹.

Existen numerosos precedentes, además de los anuncios paralelos de precios en el asunto Pasta de Madera, en los que la interdependencia oligopolística u otros factores explicaban la conducta paralela, sin que hubiera lugar a una condena por infracción del art. 81. A modo de ejemplo, en el asunto Rheinzink²⁰, el Tribunal anuló la condena de la Comisión por haber incurrido en una práctica concertada porque el cese paralelo de relaciones comerciales por parte de varios competidores para supuestamente impedir la re-exportación de sus productos encontró una explicación alternativa en el hecho de que las empresas afectadas no habían pagado sus facturas, de modo que podía tratarse de una reacción normal de sus acreedores y no de una práctica concertada²¹.

No obstante, existen situaciones excepcionales, en las que una conducta paralela basada en anuncios sucesivos de precios puede servir como prueba de una práctica concertada, como demuestra el asunto Colorantes, único precedente en el que el TJCE confirmó la infracción del art. 81 TCE sobre esta base probatoria. En ese caso, se dieron circunstancias especiales que permitieron deducir la existencia de una práctica concertada en un contexto de anuncios unilaterales de precios porque ya existía un determinado grado de cooperación o coordinación entre las empresas participantes, que efectivamente no dejaba lugar a ninguna explicación alternativa para el paralelismo.

En dicho asunto, la simultaneidad e identidad de los anuncios de precios era prácticamente absoluta: éstos se producían en un lapso temporal muy corto, en ocasiones en un periodo de dos horas²² en el mismo día,

¹⁹ Decisión de la Comisión 405/84, *Zinc Producer Group*, DOCE de 17 de agosto de 1984, L 220/27, apdos. 75 y 76.

²⁰ As. 29, 30/83, *Rheinzink/Comisión*, Rec. 1984, p. 1679, apdos. 17-20.

²¹ *Vid.* igualmente la sentencia del TPI en el As. T-68, 77, 78/89, *Società Italiana Vetro y otros/Comisión*, Rec. 1992, p. II-01403, apdo. 200.

²² Decisión de la Comisión, IV/26.267 - *Materias colorantes*, DOCE de 24 de julio de 1969, L 195/11-17, apdo. 2: «[...] qu'en Italie, mis à part Ciba, qui, dès avant le 7 janvier, avait déjà

aunque más tarde el sistema se modificó para pasar a anuncios anticipados de precios por dos empresas (Ciba y BASF), que luego eran seguidos por los demás productores; las empresas realizaban anuncios de precios idénticos (subidas en porcentajes) para una larga lista de los mismos colorantes; los realizaban desde distintos países y para distintos mercados nacionales, que mostraban condiciones de competencia diferentes; además, se trataba de una pauta recurrente de la industria, en la que se habían producido tres incrementos generales e uniformes de precios entre enero de 1964 y octubre de 1967, y existía prueba de la celebración de una reunión a la que asistieron las 17 empresas imputadas por la Comisión.

El TJCE confirmó que estos anuncios idénticos hicieron que el mercado se volviera artificialmente transparente en cuanto a los porcentajes de subida²³. Además, el hecho de que existieran cinco mercados geográficos distintos hacía muy improbable que subidas idénticas de precios en cada uno de estos mercados distintos se produjeran de manera espontánea. En palabras del Tribunal: «*although parallel conduct in respect of prices may well have been an attractive and risk-free objective for the undertakings concerned, it is hardly conceivable that the same action could be taken spontaneously at the same time, on the same national markets and for the same range of products*»²⁴.

Donde, por el contrario, faltan estas circunstancias especiales o factores *plus*, una conducta paralela —por ejemplo a través de anuncios sucesivos de precios en un mercado oligopolístico— no constituye una «práctica concertada», por cuanto carece del elemento necesario de concertación o coordinación exigido en la jurisprudencia del TJCE. Esta jurisprudencia no permite, en nuestra opinión, extender el ámbito de la prohibición del art. 81 a las denominadas «coordinaciones a través del mercado», que en la mayoría de los casos se caracterizan precisamente por carecer del necesario elemento colusorio (a no ser que la concertación sea la única explicación plausible del paralelismo).

A este respecto también es importante recordar que «conscientemente» no debe confundirse y nada tiene que ver con «concertadamente». El carácter «consciente» de una conducta paralela no conlleva ninguna tacha de ilegalidad, como demuestra la referencia en la jurisprudencia

donné à sa filiale italienne l'ordre d'augmenter ses prix, les autres producteurs visés, à l'exception de ACNA, qui se trouvait sur son marché national, adressèrent tous par télex ou par télégramme à partir de leurs maisons-mères respectives, dont les sièges sont établis dans des endroits très éloignés les uns des autres, leurs instructions de hausse à leurs représentants respectifs dans la soirée du 9 janvier, Sandoz à 17 h 05, Hoechst à 17 h 09, Bayer à 17 h 38, Francolor à 17 h 57, BASF à 18 h 55, Geigy à 19 h 45 et ICI à une heure qui n'a pu être déterminée, la communication des instructions de cette société ayant eu lieu par téléphone.

²³ Sentencia ICI/Comisión, *supra* nota 14, apdo. 102.

²⁴ *Ibid.*, apdo. 109.

comunitaria a la adaptación —autónoma— al comportamiento «comprobado» de los competidores. Esta autonomía e independencia no se ve reducida por conocer los precios de un competidor a través del mercado, puesto que el proceso competitivo se desarrolla en muchos mercados —salvo en subastas de sobre cerrado— con conocimiento de lo que ha hecho o podido hacer el competidor (en palabras del TJCE el comportamiento «comprobado» de los competidores). Cualquier proceso competitivo se desarrolla «conscientemente», los competidores reaccionan al comportamiento real o previsto de sus competidores, sin que de ello se derive ningún indicio de incumplimiento del art. 81 TCE. La gasolinera que modifica sus precios lo hace con conocimiento de los precios de la gasolinera de enfrente y precisamente para responder a una modificación anterior de precios de ésta, lo mismo que el supermercado respecto de los precios de su competencia directa. También existen paralelismos «inconscientes», por ejemplo, cuando todas las petroleras incrementan sus precios proporcionalmente para reaccionar —simultáneamente— a una subida repentina, un *shock* exógeno, del precio del petróleo o si los propietarios de viviendas incrementan los precios de alquiler o venta en proporción con la tasa de inflación. El término «conscientemente» sólo sirve para distinguir las conductas adoptadas por los operadores con conocimiento y como reacción al comportamiento competitivo de sus rivales de los paralelismos inconscientes.

B) La nueva figura del «paralelismo tácito»

Existen algunas voces en la doctrina española que propugnan —incluso sin recurrir a la noción de la «práctica conscientemente paralela» del art. 1 LDC— una extensión del alcance del concepto de «práctica concertada» tanto en el art. 81 TCE como en el art. 1 LDC para abarcar también, de modo general, los supuestos denominados por los economistas de «colusión tácita». Como exponente de esta nueva corriente, podemos citar una reciente publicación del antiguo Director de Investigación de la CNC, Carlos PASCUAL PONS²⁵. En su trabajo, PASCUAL distingue entre tres tipos de comportamientos: i) los acuerdos o concertaciones explícitos, o cárteles, donde no existe ninguna duda sobre su naturaleza anticompetitiva; ii) el «paralelismo tácito», en el que el resultado es consecuencia de decisiones individuales e independientes de cada competidor y, por tanto, de la interdependencia oligopolística de las empresas que compiten en el mercado; y iii) lo que él denomina «paralelismo tácito», donde «las empresas deciden individual, colectiva

²⁵ C. PASCUAL PONS (2008), «Las prácticas facilitadoras de resultados anticompetitivos», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 5, pp. 17-28.

o consecutivamente acometer acciones deliberadas para “facilitar” que el mercado llegue a un resultado supracompetitivo»²⁶.

En opinión de PASCUAL, la segunda categoría —que nosotros denominaríamos, conforme al anterior análisis de la jurisprudencia comunitaria, como conducta conscientemente paralela que encuentra su explicación en la interdependencia oligololística y, por tanto, no da lugar a una práctica concertada— no plantea problemas de compatibilidad con el art. 81 TCE. Por contraste, en la tercera categoría, en la que se produce una práctica facilitadora, «existe una acción deliberada, más allá del mero comportamiento unilateral pero interdependiente, para producir un resultado negativo, que legitima una preocupación tan intensa como las prácticas del supuesto i)». Según el autor, se trataría de ampliar el ámbito de aplicación del concepto de «práctica concertada» a las prácticas facilitadoras —típicamente intercambios de información— iniciadas individualmente, pero secundadas por otros operadores, en las que «no está tan presente el elemento consensual en la forma de la práctica». Para suplir esta carencia, admitida por el autor, de elemento consensual o bilateral, Pascual propone una analogía con el Derecho civil «que no tiene problemas para presumir la existencia de un acuerdo del simple comportamiento de las partes sin más requisito formal que, por ejemplo, probar la existencia de una invitación a realizar una transacción y su posterior ejecución por la parte invitada».

Pues bien, en nuestra opinión, la extensión del alcance de la noción de «práctica concertada» propuesta por PASCUAL choca con la jurisprudencia comunitaria antes analizada, según la cual el elemento de coordinación o concertación es consustancial a cualquier infracción del art. 81 TCE —y, como veremos en la siguiente sección, también del art. 1 LDC—, por lo que el mero paralelismo sólo sirve como prueba de una práctica concertada cuando no existe explicación alternativa. Si la «práctica facilitadora» tiene la forma de una toma de contacto —directa o indirecta pero siempre recíproca— entre las empresas competidoras existe el elemento consensual necesario y podrá aplicarse el art. 81. En cambio, si la práctica facilitadora consiste, como propugna PASCUAL, en una conducta unilateral —por ejemplo, un anuncio de precios a los clientes seguido por los competidores—, sólo nos encontraremos ante una práctica concertada si no existe ninguna explicación distinta a la concertación para el paralelismo resultante del anuncio. Si los competidores siguen el anuncio del líder por ser ésta, autónoma e independientemente, la conducta más racional, la jurisprudencia del TJCE no deja ninguna duda sobre la legalidad de tal comportamiento.

²⁶ *Ibid.*, pp. 20-21.

Con menor motivo aún pueden estas conductas caracterizarse como «acuerdo» para probar el indispensable elemento colusorio sobre la base del comportamiento de las empresas implicadas, que probaría la existencia de una supuesta invitación del líder de precios y su ejecución por parte de los demás competidores que la secundan. Este razonamiento olvida que para que una conducta pueda interpretarse como «invitación» o «aceptación» es imprescindible que vaya acompañada del necesario elemento subjetivo, que consiste en la intención común de las partes de quedar vinculadas por su comportamiento. Sólo si existe esta concurrencia de voluntades —a la que hace referencia la sentencia Bayer-Adalat, como elemento imprescindible de cualquier conducta contraria a los arts. 1 LDC y 81 TCE— puede haber una actuación concluyente, en el sentido de que permitiría inferir que dos conductas unilaterales constituyen en realidad una invitación y su aceptación. Sin este elemento subjetivo, sin embargo, dos conductas unilaterales no pueden dar lugar a ninguna concertación o acuerdo entre las partes.

En este contexto tampoco hay que olvidar que el TJCE dejó bien claro en la sentencia Pasta de Madera que un mero anuncio de precios secundado por los competidores no constituye una «práctica concertada», incluso cuando se realiza con tanta antelación que permite reaccionar a los competidores, por la simple razón de que la incertidumbre sobre el comportamiento de los competidores de la empresa que ha realizado el anuncio de sus precios no desaparece ni disminuye con dicho anuncio.

Aceptar la interpretación expansiva propuesta por PASCUAL, equivaldría a una prohibición de anuncios de incremento de precios en mercados oligopolísticos, una intervención ciertamente no cubierta por el art. 81. En estos casos, la interdependencia de los oligopolistas y la teoría de la maximización de beneficios en el oligopolio proporcionan la explicación alternativa de una conducta paralela —sin concertación entre los oligopolistas—, incluso si el resultado de esta interdependencia en un oligopolio estrecho son precios por encima del nivel competitivo. La jurisprudencia comunitaria que hemos analizado siempre exige, también en situaciones de colusión tácita, una «toma de contacto», exigencia que es incompatible con la extensión del ámbito de aplicación del art. 81 a los supuestos de «coordinación a través del mercado», que casi siempre se caracterizan por carecer del necesario elemento colusorio. La única excepción a esta regla bien asentada en la jurisprudencia comunitaria se refiere a aquellas situaciones en las que la concertación sea la única explicación plausible del paralelismo o cuando existan pruebas directas de una toma de contacto entre los competidores.

La facultad y el deber de todo operador económico de «determinar autónomamente su política empresarial», esencia de la libre competen-

cia en el mercado común con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, no impide que una empresa no pueda seguir los pasos de otro operador, sin mediar concierto alguno con él. Muy al contrario: si una empresa tuviera prohibido seguir las estrategias comerciales de otro competidor —y, particularmente, del líder en el mercado— su conducta no sería plenamente autónoma sino que vendría determinada —parcialmente, por exclusión— por el operador que hubiera tomado la iniciativa (normalmente, el líder de mercado).

En definitiva, de la jurisprudencia comunitaria analizada se desprende que, si bien es cierto que una conducta paralela puede servir como prueba de una «práctica concertada» en el sentido del art. 81 TCE, no lo es menos que en estos supuestos el estándar de la prueba es especialmente exigente, por cuanto el paralelismo apreciado constituye la única prueba (indiciaria) de la existencia de una coordinación o cooperación entre las empresas. Como señalan FAULL y NIKPAY en su manual sobre el Derecho comunitario de la competencia, «*the test, however, is strict and hard to meet*»²⁷. Si, por el contrario, existe una explicación alternativa para la conducta paralela, el comportamiento paralelo en el mercado no puede servir como prueba de la práctica concertada, sino que constituye un comportamiento individual y autónomo de cada una de las empresas en cuestión. Si existen otras pruebas de coordinación —reuniones conjuntas, llamadas telefónicas, etc.— normalmente será más fácil acreditar que la conducta paralela proporciona, junto con tales elementos, la prueba de la existencia de una práctica concertada. En ausencia de tales elementos adicionales, sin embargo, la regla es que una conducta meramente paralela no constituye prueba suficiente de la existencia de una concertación, salvo que la concertación sea la única explicación posible del paralelismo apreciado en el mercado.

4. LA PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA EN EL ART. 1 LDC

La interpretación y aplicación de la noción de «práctica concertada» en el ámbito del art. 1 LDC por parte del TDC²⁸ en principio no mues-

²⁷ J. FAULL y A. NIKPAY (2007), *The EC Law of Competition*, 2.ª ed., p. 213.

²⁸ Resolución del TDC de 15 de abril de 1999, expte. 426/98, *Azúcar*: El Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional confirmaron dicha resolución aplicando un test que se corresponde con la jurisprudencia del TJCE: «[...] resulta acreditado que las empresas Ebro Azucarera, Acor, y la recurrente (ARJ), que tenían estructuras y costes distintos, durante los años 1995 y 1996, en cuatro ocasiones: 1 de febrero, 1 de abril, 1 de septiembre en 1995 y 1 de mayo de 1996, subieron los precios del azúcar para uso industrial en cuantías idénticas (4, 2 y 1 ptas./kg), y lo anunciaron en fechas muy próximas (con unos pocos días de diferencia). Por otra parte, hay expresa admisión por la recurrente del envío de comunicaciones por parte de Ebro y de formularios para la comu-

tra peculiaridades en relación con lo dicho respecto del art. 81 TCE en las secciones anteriores, a salvo, eso sí, del concepto de conducta conscientemente paralela, que el art. 1 LDC tipifica expresamente como «práctica» conscientemente paralela. Aunque la literalidad de los arts. 1 LDC y 81 TCE no sea idéntica —precisamente porque el art. 1 se refiere expresamente a la «práctica conscientemente paralela» no tipificada en el art. 81 TCE—, en nuestra opinión, no cabe duda de que ambas disposiciones coinciden en un elemento básico: la exigencia de que debe haber «colusión» entre las empresas para poder incurrir en cualquiera de las conductas tipificadas en estas disposiciones. De hecho, el art. 1 LDC se encabeza con el término «conductas colusorias», lo cual demuestra que esta disposición, al igual que el art. 81 TCE, exige un elemento de voluntad común o toma de contacto al menos bilateral para que dos o más empresas puedan infringirla. Las conductas unilaterales, en cambio, sólo están prohibidas en el marco de la prohibición del abuso de posición de dominio (arts. 2 LDC y 82 TCE).

El concepto de «práctica conscientemente paralela» tipificado en el art. 1 LDC tiene sus orígenes en la primera Ley española de defensa de la competencia aprobada en 1963. Para nuestro análisis de la práctica y jurisprudencia que sigue es interesante recordar lo que respecto del concepto de «conducta conscientemente paralela», señalaba el profesor GARRIGUES en un ciclo de conferencias (publicadas en el año 1964²⁹) sobre la recién aprobada Ley 110/1963, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, cuyo art. 1.º, recordemos, hacía referencia a las «conductas conscientemente paralelas», pero sorprendentemente no a las «prácticas concertadas» contempladas tanto en el entonces art. 85 TCEE como en el Derecho norteamericano («*concerted action*»): «El art. 1.º trata de las prácticas prohibidas. Mas en la Exposición de motivos a estas prácticas se les añade un adjetivo: el de colusorio. Son “*prácticas colusorias*”. La colusión (de *colludere*), expresa siempre la idea de un pacto celebrado entre dos personas en perjuicio de un tercero. Alude, por tanto, este adjetivo colusorio a un *origen convencio-*

nicación de las alteraciones de los precios, extremos que deben valorarse a la luz de la jurisprudencia comunitaria citada por la recurrente que pone especial énfasis en la flexibilidad con la que deben tomarse en consideración dichas referencias ante la dificultad de encontrar en este tipo de acuerdos pruebas plenas que pongan de manifiesto la concertación que para nosotros es evidente a la vista de las coincidencias puestas de manifiesto. No podemos aceptar, finalmente, la posibilidad de la existencia de una *explicación alternativa* a la coincidencia de precios sobre la base de la transparencia del mercado y el seguimiento al líder (en este caso Ebro), pues ya dijimos que esas dos circunstancias podrían explicar una cierta tendencia a igualar las bajadas de precios pero no las subidas» (sentencia de la AN de 6 de mayo de 2003, FJ 2, confirmada en casación por la sentencia del TS de 22 de marzo de 2006, FD 6 y 7).

²⁹ J. GARRIGUES (1964), *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, pp. 44-46.

*nal o concertado, consensual, en definitiva, de tales prácticas. El art. 1.º, núm. 1, dice: “Quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir o falsear la competencia, en todo o en parte, del mercado nacional”. Este artículo es una traducción libre, a mi juicio demasiado libre, del art. 85 del Tratado de Roma (en esto de las traducciones a veces echa uno de menos ciertas “restricciones” a la libertad de los traductores...). El Tratado de Roma destacaba el origen convencional de estas prácticas colusorias cuando hablaba de “acuerdos, decisiones y prácticas concertadas”, trilogía caracterizada por el elemento de la consensualidad. Pero la ley española ha venido a quebrar la lógica del sistema. Quizá por el deseo de no copiar o de no traducir literalmente, en lugar de hablar de “prácticas concertadas”, habla de “conductas conscientemente paralelas”. ¿Qué es esto de conductas conscientemente paralelas? *El simple hecho del paralelismo consciente entre dos conductas no significa más que una actuación similar, una finalidad similar o idéntica en la actuación de dos empresas; pero no supone acuerdo alguno entre ellas.* Si basta con que haya conductas que sean conscientemente paralelas entre dos empresas, sin que haya mediado entre ellas ningún acuerdo en perjuicio de tercero, la postura de la ley resulta un tanto excesiva, *porque permite condenar conductas que no se proponen en modo alguno atentar a la libre competencia, sino, a veces, resolver problemas de la economía interna de las empresas.* Por ejemplo: si dos empresas, a causa de la elevación de los costos de producción, se ven obligadas simultáneamente a elevar sus precios, esa elevación de precios, aunque sea coincidente, no implica ningún acuerdo colusorio ni, por tanto, ningún atentado a la libre competencia».*

En contraste con esta claridad conceptual, tanto la práctica del extinto TDC como la jurisprudencia de la Audiencia Nacional han sido en ocasiones ambiguos a la hora de interpretar la noción de «práctica conscientemente paralela», noción que, curiosamente, hasta donde nosotros sabemos, nunca ha sido realmente aplicada por las autoridades de competencia españolas. En efecto, aunque existen numerosas resoluciones del TDC y sentencias de la Audiencia Nacional que utilizan el concepto de práctica conscientemente paralela en el sentido comunitario, también existen precedentes en los que el TDC afirmó, como *obiter dictum*, que el art. 1 LDC no precisa necesariamente de un elemento colusorio e incluso han aparecido recientemente opiniones doctrinales que postulan una interpretación más amplia del concepto y distinta del art. 81 TCE.

Las resoluciones que interpretaron el concepto de «conducta conscientemente paralela» del art. 1 de la Ley 110/63 con más detalle fueron

Asturiana y Española del Zinc de 1986³⁰. En este asunto, las dos únicas productoras españolas de zinc comunicaron durante años a sus clientes, de manera simultánea y con hasta veinte modificaciones, precios absolutamente idénticos, que, además, comenzaban a aplicarse en el mismo día. En su resolución, en un principio, el TDC parecía descartar que, al separarse intencionadamente de su modelo inspirador, el art. 85 TCEE, el concepto de «conducta conscientemente paralela» del art. 1 podría haber «eliminado el elemento consensual» que caracteriza las «prácticas concertadas» de la norma comunitaria, estableciendo «un tipo autónomo distinto del colusorio, para el que basta el paralelismo consciente».

Una vez descartada esta interpretación, la segunda lectura posible del art. 1 LDC contemplada en la resolución del TDC tampoco se ajustaba a los precedentes comunitarios. En esta interpretación, en la que el TDC acepta que el art. 1 LDC siempre exige la existencia de colusión, la resolución afirma que «la mención de las conductas conscientemente paralelas tiene únicamente la función de facilitar la prueba del convenio, de modo que basta con demostrar que éstas se han producido para que el acuerdo —siempre necesario— se estime existente. Salvo que los interesados desvirtúen la presunción explicando la razón motivadora de impedir, falsear o limitar la competencia». Esta interpretación del concepto, sin embargo, se aparta algo del requisito de prueba establecido por la jurisprudencia comunitaria en el contexto del art. 81 TCE, donde se exige, como hemos visto, que la autoridad de competencia demuestre (art. 2 del Reglamento 1/2003) que la concertación constituye la única explicación plausible del paralelismo, siendo suficiente para desacreditar la misma, que las empresas imputadas den una «explicación alternativa» de los hechos acreditados en el expediente.

Pero el análisis se ensombrece en la segunda resolución del TDC en este asunto, en la que el Pleno resolvió los recursos de súplica de las empresas imputadas. En esta resolución, apartándose de lo dicho en la resolución original, el TDC afirmó «que la suposición de que detrás de la conducta conscientemente paralela ha de encontrarse inexorablemente, para que sea prohibida, un acuerdo, no viene impuesta por la Ley, debiendo por el contrario aceptarse que la prohibición alcanza a tales conductas, con independencia del acuerdo, en la medida en que deliberadamente los interesados, actuando unilateral pero armónicamente, estén sustrayendo a la libre competencia uno de sus componentes característicos». El razonamiento del TDC deja claro que utiliza el término «acuerdo» en el sentido de «elemento consensual».

³⁰ Resolución del TDC de 18 de julio de 1986, confirmada en súplica mediante resolución de 9 de enero de 1987.

Con este razonamiento, la resolución Asturiana y Española de Zinc se aparta claramente no sólo de la jurisprudencia comunitaria antes analizada, sino de la de las principales economías occidentales, como EEUU y Alemania, donde la «*concerted action*» desarrollada en el marco del art. 1 de la Sherman Act³¹ o la «*abgestimmte Verhaltensweise*» del GWB alemán se interpretan en los mismos términos que el art. 81 TCE, al prescindir del elemento colusorio, consustancial, como hemos visto antes, a cualquier práctica que sea contraria al art. 81 TCE. En nuestra opinión, lo correcto en el caso Asturiana de Zinc hubiera sido exigir este elemento colusorio y darlo, en su caso, por acreditado por el paralelismo —la «sincronizada identidad de comportamientos»— constatado por el TDC, que en dicho asunto se asemejaba mucho a lo ocurrido en el asunto Colorantes.

Frente a estas resoluciones dictadas todavía en aplicación de la antigua Ley 11/1963, en el marco de la LDC de 1989 —que, por primera vez, introduce el concepto de «práctica concertada» en nuestro ordenamiento— el TDC ya hizo suya la jurisprudencia del TJCE, que exige siempre un elemento colusorio y, cuando la conducta paralela es la única prueba de la misma, que no haya una explicación alternativa a la colusión para el paralelismo. El TDC resumió los requisitos de una práctica concertada en la resolución Autoescuelas Coslada³²: «Las prácticas concertadas prohibidas por el art. 1 de la LDC se configuran como acuerdos tácitos o formas de coordinación entre operadores económicos que no pueden ser expresamente probados. Es necesario apoyarse entonces en indicios concretos sobre los cuales se ha inferido la existencia de una concertación tácita entre operadores independientes que, a diferencia de los acuerdos escritos, carece de constancia expresa. En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha establecido en diversas Resoluciones —en sintonía también con la teoría de la explicación satisfactoria alternativa que igualmente utiliza el Tribunal Europeo de Justicia— que las pruebas indiciarias sólo pueden servir de base para respaldar un cargo si no hay otra explicación más razonable y alternativa de los hechos».

En este mismo sentido, la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional señalaba en la sentencia de 26 de enero de 2005

³¹ En EEUU, el Tribunal Supremo ha confirmado que un demandante de daños por una presunta «acción concertada» tiene que probar la existencia de una intención de actuar de forma coordinada («*conspiracy*»), puesto que de otra forma el comportamiento en el mercado de las diferentes empresas podría simplemente deberse a una coincidencia de diferentes objetivos independientes, lícitos por el derecho de una sociedad de defender sus intereses y mejorar su productividad en el mercado (Bell Atlantic Corporation *et al.*, núm. 05-1126 de 21 de mayo de 2007, apdo. 12).

³² Resolución del TDC de 25 de noviembre de 2005, Expte. 532/02.

(recurso núm. 364/2001) respecto al requisito de prueba de una «práctica concertada» en el sentido del art. 1 LDC, que «es cierto que la utilización de la prueba de indicios en el ámbito del Derecho de la Competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Como vamos a ver, en este caso no concurre ninguno de dichos requisitos, pues los indicios se basan en hechos entre los que no existe coincidencia y tampoco existe ninguna relación directa entre los hechos base y el hecho que se trata de acreditar (la concertación), *porque existe una —en realidad, más de una— explicación razonable para los primeros distinta de la concertación*».

El TDC también definió los requisitos de una práctica conscientemente paralela en el sentido del art. 1 LDC, entre otras en la resolución Películas Vídeo³³ en línea con esta interpretación del concepto de «práctica concertada»: «No cabe, por otra parte, considerar fundadamente la existencia de una práctica conscientemente paralela, pues para que pueda imputarse su comisión, es preciso que se cumplan conjuntamente los siguientes *requisitos*: 1) Que los hechos estén suficientemente acreditados. 2) Que haya una relación causal entre la presunta conducta y los hechos. 3) Que *no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos supuestos*».

No obstante, como puede verse incluso en las resoluciones citadas, persiste una cierta ambigüedad sobre cuáles son los requisitos cuya concurrencia debe demostrar la autoridad para poder imputar la comisión de una práctica conscientemente paralela. Así, no nos queda claro el significado de la «concertación tácita» a la que hace referencia la resolución Autoescuelas Coslada, y el requisito de proporcionar una «explicación *más* razonable y alternativa de los hechos» tampoco se corresponde con el requisito de prueba establecido en la jurisprudencia del TJCE.

La resolución que quizás con más claridad pone de manifiesto la ambigüedad de la interpretación de la noción de «práctica conscientemente paralela» en la práctica del TDC es la resolución Detergentes³⁴, en la que el TDC afirmó que «se consideran “prácticas concertadas”

³³ Resolución del TDC de 11 de mayo de 1998, Expte. 387/96, FD 4.º

³⁴ Resolución del TDC de 6 de marzo de 1992, Expte. 306/91.

aquellas actuaciones que, alterando o restringiendo la situación de competencia en un mercado, implican un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos, normalmente competidores, y *suponen cierta cooperación y coordinación* entre ellos. Las “prácticas conscientemente paralelas” *no exigen el elemento consensual*, aunque, evidentemente no podrán ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado». En ese asunto, el TDC concluyó que «se trata de unas “prácticas concertadas”, llegándose a un paralelismo de conducta a través de la difusión entre y por las empresas competidoras de información estratégica comercial». En este caso, el intercambio concertado de información confidencial permitió a las empresas adoptar una conducta paralela —la introducción simultánea de un detergente concentrado en un nuevo envase reducido (de 5 a 4 kg)— en el mercado. Fueron, pues, las prácticas facilitadoras —no unilaterales— que acompañaban a la conducta paralela, lo que permitió al TDC concluir que se trataba de una práctica concertada. Aunque finalmente no hizo falta el recurso a la figura de la conducta conscientemente paralela, una vez más, debe preocupar que ésta se definiera sin exigencia del elemento consensual.

Podemos encontrar la misma ambigüedad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Así, la reciente sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto de la fijación de los cargos por emisión de billetes afirma, por un lado, que «la actividad tipificada en el tipo sancionador del art. 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, *lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin*»³⁵. La misma sentencia declara que la resolución impugnada del TDC constató que existió «*intercambio de información y un acuerdo previo* para establecer los cargos por la intermediación en la emisión de billetes [...]. Por tanto, y en conclusión, existió intercambio de información entre Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE, acuerdo de las tres compañías aéreas en el cargo por la emisión de billetes que debía aplicarse y de Spanair y Air Europa de no competir con Iberia» (FJ 1.º).

Pero, por otro lado, la misma sentencia también afirma «que el art. 1 contempla, tanto los acuerdos expresos como tácitos y las conductas conscientemente paralelas. No exigen pues un acuerdo de voluntades formal, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos». Esta afirmación es, en el mejor de los casos, ambigua en cuanto al requisito de

³⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2008 (núm. 439/2006), FJ 2.º; Resolución del TDC de 26 de julio de 2006, Expte. 591/05, Agencias de viajes.

un elemento consensual y, en el peor, contradictorio con lo dicho en la misma sentencia con anterioridad, a saber, que el tipo sancionador del art. 1 exige siempre la «conurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin».

Nos inclinamos por pensar que sólo cabe interpretar la sentencia en el sentido de que no hace falta «un acuerdo de voluntades *formal*, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos», siempre que, como señala la misma sentencia en el siguiente párrafo, «esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado». Éste sería el requisito desarrollado por el TJCE en su jurisprudencia respecto de que la conducta paralela sólo puede ser prueba de una concertación si no existe una explicación alternativa.

Esta ambigüedad tanto en la práctica del TDC como en la jurisprudencia española parecen haber alentado a algunas voces doctrinales que pretenden extender, a través del tipo de la «práctica conscientemente paralela», el ámbito de aplicación del art. 1 LDC hacia conductas puramente individuales, más allá incluso de lo postulado por PASCUAL PONS en el artículo al que hacíamos referencia en la sección anterior. En este sentido, NAVARRO SUAY define las prácticas conscientemente paralelas, tomando como punto de partida la doctrina del TDC, como «[...] aquellas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que cada operador económico, sin que medie acuerdo ni concertación alguna, actuando unilateral pero armónicamente, ajusta deliberadamente su comportamiento al de otro competidor o competidores, evitando hacerse la competencia». La autora entiende que en el caso de las conductas conscientemente paralelas, «se trata de una coordinación que se apoya en el comportamiento unilateral de cada competidor que adecua su conducta al de otro u otros recurriendo a la observación o monitorización de la política comercial que desarrollan los demás». Para la autora, la tipología de las conductas conscientemente paralelas, recogería la «prohibición de la colusión tácita, es decir, aquella lograda por medios alternativos a los tradicionalmente basados en la concertación *inter partes*»³⁶.

Esta interpretación «unilateralista» de la noción de práctica conscientemente paralela sólo puede ser rechazada, no sólo porque nos situaría totalmente al margen de las legislaciones de competencia de la Comunidad Europea, de los principales países europeos, e incluso de EEUU³⁷, sino, ante todo, porque implicaría sancionar comportamien-

³⁶ M. NAVARRO SUAY (2004), «Las conductas conscientemente paralelas: Revalorización del concepto», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 232, pp. 49-63.

³⁷ *Vid. supra*, nota 30.

tos racionales de las empresas, que actúan unilateralmente en un contexto oligopolístico que se caracteriza precisamente por la interdependencia entre los miembros del oligopolio³⁸. Que no tendría ningún sentido aplicar el art. 1 LDC en estas situaciones también lo demuestra el hecho de que no existe ningún remedio de comportamiento para poner fin a una práctica de este tipo. ¿Se va a prohibir a las empresas comportarse racionalmente en un contexto oligopolístico? ¿O acaso aboga NAVARRO SUAY por imponer remedios estructurales, obligando a los oligopolistas —insistimos, por un comportamiento autónomo y racional— a desinvertir en beneficio de la entrada de nuevos competidores que remedien la estructura oligopolística del mercado? Parece evidente que semejante solución sería a todas luces excesiva y carente de toda proporcionalidad.

Los arts. 81 TCE y 1 LDC no pueden limitar la libertad de una empresa de adoptar una conducta económicamente racional por el hecho de conocer, sin mediar concertación previa alguna, una información divulgada por un competidor al mercado o a sus clientes. Obligar a una empresa en esta situación a adoptar un comportamiento contrario a cualquier lógica comercial iría demasiado lejos en el control de los comportamientos paralelos, porque significaría, en última instancia, perseguir, con la normativa de la competencia, comportamientos económicamente racionales, lo cual está claro que no puede ser compatible con la libertad de empresa constitucionalmente garantizada.

Un último comentario: estas tentativas doctrinales no conducen a ninguna parte tal y como se desprende de otra realidad incontestable, a saber, que en la gran mayoría de los casos de conductas colusorias a los que sea de aplicación el art. 1 LDC, será de aplicación paralela y obligada el art. 81 TCE, que, como hemos visto, exige con toda claridad la existencia de un elemento de coordinación o concertación (aunque para ello la conducta conscientemente paralela sea, excepcionalmente, la única prueba). En efecto, prácticamente todos los cárteles son susceptibles, según la jurisprudencia del TJCE³⁹, de cerrar el mercado nacional a competidores potenciales establecidos en otros Estados miembros y, por tanto, afectan el comercio intracomunitario, por lo que el art. 3 del Reglamento (CE) 1/2003 obliga a la aplicación paralela del art. 81 y prohíbe igualmente que la aplicación del art. 1 LDC lleve a un resultado diferente del que resultaría de aplicar la norma comunitaria. En definitiva, salvo en cárteles locales o regionales en los que el art. 81 pudiera no ser de apli-

³⁸ *Vid.*, en este mismo sentido, PASCUAL PONS, *supra* nota 25, p. 28.

³⁹ As. C-238/05, *Asnef-Equifax/Ausbanc*, Rec. 2006, p. I-11125, apdo. 37; As. 246/86, *Belasco y otros/Comisión*, Rec. 1989, p. I-2117, apdo. 33; As. 8/72, *Vereeniging van Cementhandela-ren/Comisión*, Rec. 1972, p. 977, apdo. 29.

cación, una interpretación del art. 1 LDC que se aparte del art. 81 TCE carece, por ende, de sentido práctico.

En definitiva, en nuestra opinión debe rechazarse cualquier intento de ampliar el ámbito de aplicación de los arts. 81 TCE y 1 LDC, a conductas paralelas en el marco de prácticas facilitadoras unilaterales —conocidas como «coordinaciones a través del mercado»—, pues falta la indispensable toma de contacto entre los competidores, sin la cual no existe el necesario elemento colusorio, salvo que, excepcionalmente, la concertación sea la única explicación del paralelismo de conducta.

Con más razón todavía debe rechazarse la pretensión de ampliar el ámbito de aplicación del art. 1 LDC a comportamientos totalmente independientes, adoptados por las empresas sin que medie coordinación alguna, pero con conciencia de la interdependencia, en el contexto de un oligopolio.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión, podemos constatar, que el art. 81 del Tratado CE exige siempre la concurrencia de un elemento colusorio —una «toma de contacto» directa o indirecta— para probar la existencia de una «práctica concertada». Cuando no existen pruebas directas sobre esta coordinación o cooperación —por ejemplo, en forma de asistencia a reuniones o llamadas telefónicas que preceden una subida de precios— una práctica concertada también puede acreditarse, excepcionalmente, mediante la mera prueba indiciaria de una conducta conscientemente paralela. Con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, sin embargo, una conducta conscientemente paralela únicamente puede servir como prueba indiciaria de una concertación entre las empresas y, por tanto, demostrar la existencia de una práctica concertada, si la coordinación es la única explicación de la conducta paralela en el mercado.

Cuando las empresas, por el contrario, se adaptan inteligentemente a la conducta existente o anticipada de sus competidores, en particular en mercados oligopolísticos caracterizados por la interdependencia de los miembros del oligopolio, no puede inferirse una práctica concertada ni a efectos del art. 81 TCE ni del art. 1 LDC. La jurisprudencia comunitaria también ha dejado claro que el anuncio unilateral de un incremento de precios a través del mercado (es decir, a los consumidores y no exclusivamente a los competidores) no constituye una «práctica concertada», incluso cuando se realiza con tanta antelación que permite reaccionar a los competidores, por la simple razón de que la incertidumbre sobre el comportamiento de los competidores de la empresa que ha rea-

lizado el anuncio de sus precios no desaparece ni disminuye con dicho anuncio.

A pesar de la ambigüedad que caracteriza la práctica de las autoridades españolas, en nuestra opinión, el concepto de «práctica conscientemente paralela», propio del art. 1 LDC, exige, al igual que el art. 81 TCE, un elemento colusorio para ser aplicable. Aunque existan voces doctrinales que postulan una extensión del ámbito de aplicación de este concepto a las conductas unilaterales adoptadas por los miembros de un oligopolio para adaptarse al comportamiento de sus competidores, de seguirse esta doctrina, el art. 1 LDC —titulado «conductas colusorias»— se estaría aplicando a comportamientos independientes completamente racionales y, por tanto, no remediables mediante una simple intimación de la autoridad de competencia. Semejante interpretación colocaría nuestro art. 1 LDC al margen no sólo de las legislaciones de los demás países industrializados avanzados, incluyendo EEUU, sino también del propio art. 81 TCE, cuya aplicación paralela es, sin embargo, obligada en la gran mayoría de los casos de conductas colusorias, en virtud del art. 3 del Reglamento (CE) 1/2003.

En estas circunstancias, parece evidente que sólo una interpretación y aplicación «armonizada» con el art. 81 TCE puede ser aceptable, no sólo *de iure* sino también desde la perspectiva de la política de competencia de nuestro país en el contexto europeo y mundial. Tras la escasa actividad persecutoria de nuestras autoridades en materia de cárteles durante las últimas décadas, España podrá situarse en la vanguardia de la persecución de estas conductas a partir de la introducción de un programa de clemencia en febrero de 2008, pero no debiera situarse en una cuestionable vanguardia de reinterpretación del tipo de las «prácticas concertadas y conscientemente paralelas», que en ningún caso pueden prohibir comportamientos independientes de las empresas que carezcan del imprescindible elemento de colusión.