

**TIPOLOGÍA DE RESTRICCIONES
HORIZONTALES: LIMITACIÓN A LA
PRODUCCIÓN, REPARTO DE MERCADOS,
ASIGNACIONES DE CLIENTES Y PRÁCTICAS
DE NATURALEZA DISCRIMINATORIA
[Art. 1.1.b), 1.1.c), 1.1.d) y 1.1.e) de la Ley 15/2007]**

Juan JIMÉNEZ-LAIGLESIA
José María JIMÉNEZ-LAIGLESIA
DLA Piper¹

1. INTRODUCCIÓN. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

El objeto de esta contribución es el examen de diferentes tipologías o categorías de restricción horizontal contenidas en el art. 1.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC) o en el art. 81 del Tratado CE y que configuran un conjunto, pudiera decirse, de carácter menos relevante, o incluso auxiliar o marginal, a la restricción derivada de una conducta principal de fijación de precio o de condiciones comerciales.

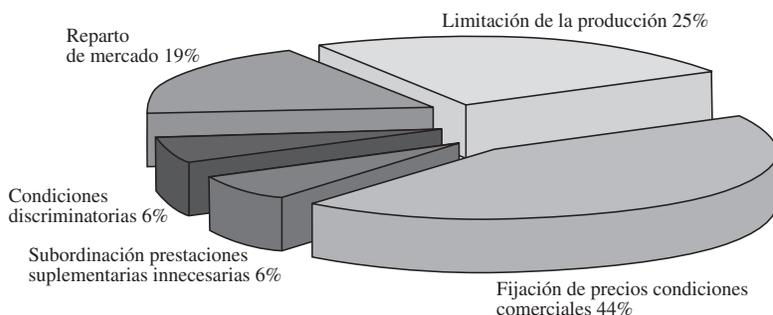
Si bien está claro que la enumeración de posibles conductas del art. 1.1 lo es con carácter meramente ejemplificativo, que a efectos prácticos no suele tener valor distintivo señalar cuál de las posibles prácticas se lleva a cabo y que lo cierto es que las conductas infractoras suelen

¹ Alfonso OIS, Arancha RUIZ VILLANUEVA, Samuel RIVERO, Luis SOTELO y Jorge MASÍA, del Departamento de Competencia y Regulación de DLA Piper en Madrid, han colaborado de forma determinante en todas las fases de este trabajo.

contener una estructura compleja, la fijación de precios es comúnmente considerada la más grave de las infracciones *antitrust* puesto que impide, de forma directa, que los consumidores se beneficien de precios menores. El extinto TDC siempre la ha considerado la más grave de las posibles restricciones existentes como ejemplifica, entre otros muchos, el asunto Perfumerías². No obstante, como se verá, la fijación de precios puede a su vez ser el resultado de un acuerdo de limitación de *output* o de reparto y asignación de mercados o clientes.

Esta contribución incide sobre el tratamiento autónomo de aquellas prácticas que no incluyen la fijación de precios como medio directo, si bien no es extraño que el efecto sobre los precios resulte una consecuencia de aquéllas. Lo relevante, en este punto introductorio, es el análisis estadístico, como señala a continuación la gráfica:

DESGLOSE DE LOS EXPEDIENTES INCOADOS POR INFRACCIÓN DEL ART. 1



Si tomamos datos de una serie temporal de 2004 a 2007 podemos observar que en 2004, de los expedientes incoados por denuncia atendiendo al artículo de la LDC infringido, 15 lo fueron del art. 1, y entre éstos, 7 por fijación de precios, 4 por limitación de producción y 4 por condiciones discriminatorias. En 2005 hubo 20 expedientes de esta naturaleza, entre los cuales 9 lo fueron por limitación de la producción o distribución, más incluso que los incoados por fijación de precios y condiciones comerciales (8). En 2006 el número total bajó a 12 expedientes incoándose el mismo número (4) por infracción del apartado *a*) y del apartado *b*).

² Resolución de 14 de octubre de 1997, Expediente 380/96.

Por último, durante el año 2007 las autoridades de competencia españolas han incoado 16 expedientes por conductas prohibidas correspondientes a acuerdos restrictivos de la competencia sancionados por el art. 1 de la LDC. El total de expedientes sancionadores asciende a 26.

Puede verse el desglose en el siguiente cuadro:

**DESGLOSE DE LOS EXPEDIENTES INCOADOS POR DENUNCIA
ATENDIENDO AL ARTÍCULO DE LA LDC INFRINGIDO**

<i>Artículo y apartado infringido</i>	<i>N.º de expedientes</i>
Artículo 1 (totales)	16
— Apartado <i>a</i>) Fijación de precios y condiciones comerciales	7
— Apartado <i>b</i>) Limitación de la producción	4
— Apartado <i>c</i>) Reparto de mercado	3
— Apartado <i>d</i>) Condiciones discriminatorias	1
— Apartado <i>e</i>) Subordinación prestaciones suplementarias necesarias	1
Artículo 6 (art. 2 Ley 15/2007) (totales)	9
— Apartado <i>a</i>) Imposición de condiciones comerciales	3
— Apartado <i>b</i>) Limitación a la producción, distribución o desarrollo técnico	0
— Apartado <i>c</i>) Negativa neta	5
— Apartado <i>d</i>) Imposición de condiciones discriminatorias	0
— Apartado <i>e</i>) Subordinación prestaciones suplementarias innecesarias	1
Artículo 7 (art. 3 Ley 15/2007) (totales)	1

Fuente: Memoria de actividades de la Comisión Nacional de Competencia, año 2007.

2. REPARTO DE MERCADOS Y CLIENTES

Los acuerdos horizontales entre empresas con el objeto de repartirse el mercado o los clientes (en suma, no competir entre ellas) constituyen una restricción de la competencia especialmente grave. A efectos de sanción³, ello implica que el porcentaje del volumen de ventas de los productos afectados por la infracción normalmente se sitúa en la parte más alta de la escala a la hora de apreciar la gravedad de la conducta⁴.

El ámbito geográfico del reparto y su concreta repercusión en el mercado pueden modificar, en su caso, la apreciación de la gravedad de la

³ Apartado 23 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra *a*) del Reglamento (CE) núm. 1/2003. Art. 62.4.a) y art. 1 de la LDC.

⁴ Los casos publicados muestran, por el momento, que la Comisión Europea aplica porcentajes inferiores al 20 por 100 incluso en casos de cárteles complejos en los que se combinan acuerdos de diversa naturaleza como reparto de mercado y de fijación de precios (*vid.* caso 39.165 *Vidrio Plano* apartado 482). No existe confianza legítima respecto a casos futuros, por supuesto.

práctica, pero no cabe duda de que, generalmente, acuerdos o prácticas con este objeto constituyen una infracción muy grave⁵. Como declara el Tribunal de Primera Instancia,

«además de la grave alteración del juego de la competencia que suponen, estas prácticas colusorias, al obligar a las partes a respetar mercados distintos, a menudo delimitados por las fronteras nacionales, provocan el aislamiento de estos mercados, neutralizando así el objetivo principal del Tratado CE de integración del mercado comunitario»⁶.

Se trata, por tanto, de prácticas calificadas de *evidentes*⁷ queriendo decir con ello que su tipificación no precisa de gran discusión y, en particular, que no es preciso para ello el examen de sus efectos a la vista de su objeto⁸. No es necesario examinar el contexto económico en el que se producen estas prácticas; ni siquiera parece necesaria una definición detallada del mercado, por lo que la función real del argumento de «no implementación de la conducta» reside en su naturaleza de atenuante (bastante limitado, por cierto)⁹. Por otro lado, acuerdos o prácticas con este objeto constituyen restricciones apreciables de la competencia que no pueden beneficiarse de la regla *de minimis*¹⁰. En última instancia estas prácticas o acuerdos entran directamente en conflicto con los objetivos del Tratado CE relativos a la integración de mercados, además de su objeto restrictivo¹¹.

⁵ Para un ejemplo en el que el acuerdo se calificó como grave y no muy grave, *vid.* el apartado 92 de la Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001 en el asunto COMP/37 800/F3 - *Fábricas de cerveza luxemburguesas*.

⁶ Apartado 85 de la STPI de 18 de julio de 2005 en el asunto T-241/01 *Scandinavian Airlines System AB*, 2005 Rec. II-2917.

⁷ STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartado 136.

⁸ Apartado 21 de la Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado: «Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios».

⁹ Tiene que existir un incumplimiento del acuerdo restrictivo hasta el punto de perturbación de su funcionamiento: apartado 113 de la STPI en el asunto T-26/02 *Daichi* 2006 Rec. II-497.

¹⁰ *Vid.* apartado 83 de la Decisión *Fábricas de Cerveza Luxemburguesas* citada más arriba. *Vid.* el art. 2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba en Reglamento de Defensa de la Competencia: «no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes [...] c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

¹¹ Sin embargo, *vid.* la STPI en el asunto T-168/01 *GlaxoSmithKline Services* 2006 Rec. II-2969 para el posible abandono de la regla *per se* respecto de las prohibiciones de exportación (evi-

La distinción entre acuerdo y práctica concertada (y el problema del control del paralelismo de conducta consciente esto es, la interdependencia del comportamiento), es particularmente relevante en el contexto de esta restricción ilícita *per se* teniendo en cuenta, claro está, que la carga de la prueba reside originalmente en quién defienda la existencia de una conducta de esta naturaleza.

Obviamente cuando existe un acuerdo por el que las partes cesan en competir en un determinado mercado no cabe ninguna duda al respecto¹², y la cuestión se limitará, en su caso, a discutir hasta qué punto la prueba en cuestión permite afirmar la existencia de un acuerdo (esto es, si existe o no prueba documental y/o declaraciones consistentes de las empresas implicadas), o si es posible en su caso para la empresa probar la existencia de un distanciamiento *público* del acuerdo, única vía para poder sostener la inexistencia de responsabilidad¹³.

Sostener la existencia de esta restricción tan grave sobre la mera existencia de una práctica concertada requiere, sin embargo, demostrar que dicha práctica ha tenido algún efecto sobre la conducta de las partes en el mercado (lo que no es lo mismo que tener que demostrar la existencia de un efecto apreciable en la competencia). La necesidad de demostrar una relación causal entre la práctica y el comportamiento real en el mercado constituye un obstáculo en ausencia de acuerdo, incluso si la jurisprudencia permite presumir que el mero intercambio de información entre empresas producirá un efecto en la conducta de cada una de ellas en el mercado (sobre todo si hay evidencia de prácticas a lo largo del tiempo)¹⁴.

En algunos casos la demostración de la existencia de una práctica de reparto de mercados se puede remontar a la existencia original de un

dentamente en este caso en el contexto de un acuerdo vertical), aceptando la posibilidad de la aplicación del art. 81.3 del Tratado a estas prácticas.

¹² Apartado 62 de la Decisión de 29 de septiembre de 2004 en el asunto COMP/C.37.750 *Kronenbourg/Heineken*: «*Memo from the CEO of Heineken France of 22 march 1996: Yesterday we have reached agreement with Danone to put an end to the stupid and costly acquisition war. We share the objective that between our two groups equilibrium must exist according to a general rule that none of the two is dominant in the Horeca market ...*» Hay algunos asuntos nacionales en los que resulta evidente la ausencia de asesoramiento al respecto: *vid.* Resolución del TDC en el expediente *Ambulancias Orense* (Exp. 590/2005) de 5 de junio de 2006: los estatutos de la asociación revelaban que su objeto era la «contratación del servicio público de transporte de enfermos en ambulancia con las Administraciones Públicas u otras entidades privadas y *su posterior distribución o reparto entre sus socios*». Igualmente la Resolución del TDC en el expediente 605/05 *Juguetes Cataluña* de 22 de noviembre de 2006 en el que las condiciones de admisión a la asociación establecían expresamente que «aquel socio que sin consultar al Consejo Rector, decida instalar otro punto de venta que perjudique a algún miembro de la cooperativa, será causa suficiente para expulsarlo de la misma».

¹³ STPI en el asunto T-56/99 *Marlines* 2003 Rec. II- 1439.

¹⁴ STPI en el asunto C-199/92 *P Huls* 1999 Rec. II-1711.

acuerdo suscrito en el pasado al que se pretende otorgar continuidad en el tiempo (o se defiende que su expiración formal no se *reflejó* en un cambio en el comportamiento), acompañado de la mera observación de paralelismo de comportamiento por el que las empresas no compiten entre sí. Ello se entremezcla, en ocasiones, con suposiciones sobre el comportamiento que las empresas hubieran debido llevar a cabo para competir, de tal forma que el paralelismo de conducta se convierte en suficiente justificación para exigir a las empresas explicar sus actos para evadir la responsabilidad (traspaso de la carga de la prueba). Estos supuestos no son tan extraordinarios fuera del ámbito de clemencia: por ejemplo, la constatación de que existen diferencias de precios que no han producido flujos comerciales entre los mercados¹⁵, o la apertura de sucursales en unos mercados y no en otros¹⁶ son factores que han permitido aplicar la presunción de la continuidad de un acuerdo ya expirado o la existencia de una práctica concertada de reparto de mercados.

Claramente la regla en estos casos debería ser que el paralelismo de comportamiento sólo puede ser considerado como prueba de la existencia de una concertación ilícita, si esta última constituye su única explicación plausible. Este principio ha sido recientemente reiterado en el contexto, precisamente, de una imputación de reparto de mercados basada en el paralelismo de conducta de empresas que se abstendrían de entrar en el mercado geográfico de sus competidoras. La cuestión es si el comportamiento paralelo tiene o no una explicación unilateral (no meramente si la conducta acarrea un beneficio a la empresa)¹⁷.

¹⁵ Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1990 IV/33.133 *Ceniza de Sosa*.

¹⁶ Resolución del TDC en el expediente 617/06 *Cajas Vascas y Navarra* de 18 de octubre de 2007. Existían pruebas documentales de la existencia de un acuerdo de no apertura de sucursales que se remontaba al año 1990. Dado que ninguna de las Cajas había abierto sucursales en ninguna de las tres provincias en las que no había operado tradicionalmente (mientras que sí han llevado a cabo una notable expansión a otras provincias limítrofes como Cantabria, La Rioja, Burgos o Zaragoza), se presumió la continuidad del acuerdo.

¹⁷ Sentencia del TS de los EEUU en el asunto *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*. El demandante alegaba, entre otras cuestiones, que las empresas de telecomunicaciones con monopolio regional de redes (Incumbent Local Exchange Carriers, ILECs) se abstendrían de entrar en el mercado geográfico respectivo en el que operaba cada una de ellas. El TS consideraba (en el contexto de la prueba que el demandante debe suministrar para superar una petición de archivo sumario del asunto), que la conducta paralela consistente en «no competir» es consistente con una decisión individual: «*The inadequacy of showing parallel conduct or interdependence, without more, mirrors the ambiguity of the behavior: consistent with conspiracy, but just as much in line with a wide swath of rational and competitive business strategy unilaterally prompted by common perceptions of the market. Accordingly, we have previously hedged against false inferences from identical behavior at a number of points in the trial sequence. An antitrust conspiracy plaintiff with evidence showing nothing beyond parallel conduct is not entitled to a directed verdict, see Theatre Enterprises, supra; proof of a §1 conspiracy must include evidence tending to exclude the possibility of independent action, see Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752, 104 S.Ct. 1464, 79 L.Ed.2d 775 (1984); and at the summary judgment stage a §1 plaintiff's offer of conspiracy evidence must tend to rule out the possibility that the defendants were acting inde-*

En la práctica general, sin embargo, los acuerdos o prácticas con el objeto de reparto de mercado forman parte normalmente de una *única infracción compleja*, concepto particularmente útil y comprensivo del funcionamiento normal de los cárteles clásicos en los que se combinan verdaderos acuerdos en los que revelan un *plan común* (la voluntad común de comportarse de alguna forma en el mercado), junto con prácticas que muestran la adhesión a mecanismos colusorios que facilitan la coordinación. La jurisprudencia en estos casos es clara: no hay obligación alguna de distinguir entre acuerdos o prácticas concertadas en casos de infracciones complejas de larga duración: en estos casos, escenario natural de los acuerdos de reparto de mercado, los conceptos de acuerdo y práctica concertada son fluidos y pueden solaparse¹⁸.

Interesa examinar de cerca algunas formas de reparto de mercado sin pretensión, claro está, de fundar tipología de acuerdos en este ámbito. La tipología es innecesaria en los casos claramente *per se* ilícitos (revelados normalmente por solicitudes de clemencia), en los que las autoridades reducen la exigencia de tipificación: no es extraño que la mera discusión sobre volúmenes a suministrar a un cliente o en un mercado en una reunión colusoria insertada en un cártel complejo que engloba otras restricciones (precio, clientes, mercado), baste para apreciar la existencia de reparto de clientes o de mercados sin mayor discusión con efectos sobre los porcentajes de ventas seleccionados a efectos de sanción. Por tanto la tipología no asiste a la empresa realmente en este tipo de casos.

El modelo clásico de reparto (común en la UE en el que muchos mercados siguen siendo nacionales) es el de respeto al mercado *tradicional o natural*¹⁹. Las empresas sencillamente se atribuyen áreas naturales de actuación en los que no se prevé la entrada de terceros (hasta el punto de considerar desleal dicho acceso).

Los acuerdos pueden ser de carácter relativamente sencillo: las partes acuerdan no entrar, abandonar o coordinar su presencia en el mercado, en su caso por cuotas asignadas y supervisadas²⁰, que en muchas oca-

pendently, see *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed.2d 538 (1986)».

¹⁸ STPI en el asunto T-7/89 *Hercules* 1991 Rec. II-1711.

¹⁹ Téngase en cuenta que un acuerdo de reparto de mercado limitado a un Estado miembro es susceptible de tener un efecto en el comercio intra-comunitario.

²⁰ Por ejemplo, *vid.* la Decisión en el caso COMP/F/38.899 - *Gas Insulated Switchgear*: los fabricantes japoneses y europeos de GIS (elementos de control de flujo de energía eléctrica en las redes) coordinaron la asignación de los proyectos en todo el mundo sobre la base de cuotas predeterminadas que reflejaban cuotas históricas y reservando los territorios sobre la base de la regla «home country». Por ejemplo, apartado (115): «*Also amongst the European members of the cartel there was the understanding that projects in "home countries" within Europe were to be left to*

siones reflejan un consenso sobre la posición de cada empresa en el mercado (por ejemplo su capacidad de producción nominal), acompañado en ocasiones de mecanismos de transparencia sobre cumplimiento y compensación. En estos casos, los acuerdos de reparto de mercado pueden ser también accesorios (lo que no afecta en nada a su gravedad), a los acuerdos de mantenimiento de un determinado nivel de precio: por ejemplo, las partes acuerdan cuotas de suministro en un mercado o a un cliente, con el objeto de mantener el nivel de precios acordado en el mercado²¹. La estabilidad de las cuotas de mercado se convierte en un indicador de la propia estabilidad del acuerdo de precios.

Los acuerdos de reparto de mercado pueden estar, por otro lado, insertos en estructuras complejas de acuerdos aparentemente legítimos entre las empresas. Las empresas sencillamente pueden repartirse el mercado en el contexto de una cooperación aparentemente legítima (incluso en el contexto de empresas conjuntas²²), o establecer una red de acuerdos de distribución, compra o suministro con el objeto de estabilizar su presencia en el mercado también mediante la compra-venta de activos o tomas de participación. Algunas estructuras pueden ser relativamente complejas²³.

Por supuesto las empresas pueden repartirse el mercado, o los clientes a suministrar, pero también pueden repartirse mercados de adquisición de forma que se pacten los términos de compra de los productos: por ejemplo, cuotas de producto a adquirir evitando la competencia en la adquisición²⁴ o llevan a cabo la compra conjunta para limitar o

“home producers”. Sometimes there were several “home producers” for a single “home country”. The other European cartel members were not supposed to intervene in the arrangement amongst “home producers”. Therefore, European projects originating in “home countries” did not need to be discussed with the other European producers and they did not have to be accounted for».

²¹ Por ejemplo, Decisión de 21 de diciembre 2005 en el asunto COMP/F/38.443 - *Sustancias químicas para la industria del caucho*. Apartado 67: «El éxito de cualquier incremento de precios dependía del asentimiento de los productores para mantener sus cuotas de mercado al nivel existente, de ahí la necesidad de estabilizarlas y de establecer un sistema de compensación en caso de que las proporciones cambiaran. Si los volúmenes de entrega cambiaban como consecuencia de un incremento de precios y un productor ganaba o perdía cuota, los participantes acordaron que permitirían a la parte que incurriese en pérdidas importantes de volumen recuperarlo a expensas de los otros competidores, en cuyo caso un productor que hubiera ganado volumen podría limitarlo para determinados clientes con el fin de permitir esta clase de compensación. Bayer cree que debido a este mecanismo de compensación, las cuotas de los productores no cambiaron perceptiblemente como resultado de los incrementos coordinados de precios».

²² Por ejemplo, reparto de rutas en el contexto de un acuerdo de cooperación sujeto a notificación: Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2001 en el asunto COMP.D.2 37.444 *SAS/Maersk Air* y COMP.D.2 37.386 *SUN-Air contra SAS y Maersk Air*. O sencillamente abstenerse de competir y constituir una empresa conjunta para repartirse los clientes de un tipo de servicio (Resolución del TDC en el expediente 633/07 *Creuers de Söller* de 9 de junio de 2008).

²³ Un ejemplo es la Decisión de 26 de octubre de 2004 en el asunto F-1/38.338. *Needles*: reparto de productos y territorios entre tres empresas a través de acuerdos bilaterales.

²⁴ Decisión de la Comisión en el asunto 38.238 *Tabaco Crudo España*.

eliminar las importaciones²⁵ o, incluso, acuerdan no competir en la integración vertical del negocio²⁶: en estos casos, se produce una limitación colusoria de la inversión con efectos similares al reparto de mercado (pues la estructura de distribución persigue un equilibrio colusorio²⁷).

En ocasiones, estos acuerdos son públicos y se pretenden justificar en el mutuo respeto a una competencia *leal* que asegure el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por las empresas con sus redes de distribución o clientes (acuerdos de compra exclusiva, por ejemplo): este tipo de acuerdos son delicados cuando prevén mecanismos de resolución de conflictos u obligaciones para las partes que vayan más allá de la protección acordada por el Derecho contractual²⁸.

Por otro lado, los acuerdos entre competidores que pueden tener un objeto más ambiguo son relativamente complejos de diferenciar de los acuerdos o prácticas dirigidos a la pura y simple eliminación de competencia. Por ejemplo, los acuerdos de suministro (recíprocos o no²⁹), entre empresas competidoras deben ser examinados cuidadosamente a pesar de que no constituyan acuerdos de reparto de mercados en sí mismos: en términos generales (depende del volumen, de su naturaleza exclusiva o no, de su duración, de las condiciones de suministro, etc.), se presupone que las empresas deben poder aprovecharse de la falta de capacidad de la otra para competir y que, por tanto, acordar suministrarse el producto puede restringir la competencia: en general la aproximación a este tipo de acuerdos se traduce en no objetar acuerdos ocasionales, limitados en el tiempo y relacionados con la necesidad de garantizar el suministro siendo su preocupación fundamental que el sistema de suministro recíproco institucionalizado sea un instrumento de reparto de mercados³⁰. En efecto, en estos casos es posible que las partes sencillamente estén acordando no suministrar en un mercado excepto a través de las otras partes en el acuerdo.

²⁵ Decisión *Importación de Aluminio de Europa del Este* DOCE 1985 L 92/1: acuerdo de compra de productos importados a un precio común y suministro exclusivo de los fabricantes extra-comunitarios. No hay defensa por riesgo de precios en *dumping*.

²⁶ Decisión *Kronebourg/Heineken* ya citada: acuerdo de «armisticio» en la adquisición de distribuidores mayoristas de forma que se respete la simetría de las redes de distribución incluyendo volúmenes de producto respectivos distribuidos por las redes: apartado 32: «*they agreed, firstly, on a provisional freeze on acquisitions (ban on any new acquisitions of distributors outside an agreed list), secondly, on a balancing of the total volume of beer distributed through each party's network and, thirdly, on a balancing of the volume of beer brands marketed by each party that would be distributed by the other*».

²⁷ *Ibid.*, apartado 66.

²⁸ Decisión *Fábricas de Cerveza Luxemburgo* ya citada.

²⁹ Decisión de la *Comisión Seamless Steel Tubes* DOCE 2003 L 140/1.

³⁰ Decisión de la Comisión en el asunto *CRAM* (DOCE L 362/40 1982) confirmada por sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 29&30 /83 1984 Rec. 1679.

Igualmente, los acuerdos de especialización (siempre que no cumplan los términos de la exención en bloque³¹) pueden producir efectos similares a un reparto de mercados (de producto o servicio), si las partes sencillamente abandonan determinados mercados y proceden a compartir un elevado grado de los costes sin ganancias de eficiencia aparentes. Resulta, por tanto, complejo justificar la reducción de competencia inherente a este tipo de acuerdos entre competidores con cuotas significativas si no existe ninguna razón de eficiencia.

Las relaciones de distribución entre competidores, excluidas de la exención de acuerdos verticales, constituyen también un área compleja por su potencial objeto ambivalente, salvo que la posición en el mercado sea poco relevante: la concesión de un derecho de exclusiva de distribución (aun cuando sea *de facto*), se ha objetado en varios casos³².

3. LIMITACIÓN DEL *OUTPUT*, DE LA DISTRIBUCIÓN, EL DESARROLLO TÉCNICO O LAS INVERSIONES

A) Existen justificaciones a la limitación de *output*

Tal y como antes señalábamos, y pese a su consideración como una práctica de presunto carácter residual o marginal, entre los aproximadamente 63 expedientes incoados bajo el art. 1 de la LDC en los últimos cuatro años, 21, o un tercio del total, lo fueron por infracción del apartado *b*) del art. 1.1 de la LDC. Las conductas aquí examinadas, sin embargo, suelen acompañar como elemento auxiliar, soporte o primera derivada del propio acuerdo o práctica de fijación de precios, reparto de mercados o asignación de cuotas de producción³³, aunque la fijación de precios es, a su vez, un resultado implícito de estas conductas.

El art. 1.*b*) de la LDC [y el correlativo art. 81.1.*b*) del Tratado CE] se refiere, fundamentalmente, a la coordinación anticompetitiva dirigida a restringir la producción o la oferta total y contiene la descripción de tres restricciones particulares que pueden ser objeto de consenso entre competidores y una genérica aplicable a casi cualquier acuerdo que goce de aptitud restrictiva de la competencia. Todas ellas, así como cualquier otra limitación con objeto o efecto sobre el mercado tienen reflejo, más

³¹ Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización

³² Decisión de la Comisión *Siemens/FAPUC* DOCE 1985 L376/29 o COMP/37.629 - *Tabacalera/Philip Morris*.

³³ En líneas generales valen las referencias relacionadas con la gravedad de la restricción, indicadas al comienzo del apartado 2 anterior.

o menos directo, sobre la cantidad total de *output* disponible y, al cabo, sobre la cantidad de *output* producida.

La limitación a la producción suele presentarse como resultado en lugar de como práctica principal, formando parte de conductas de carácter complejo. Normalmente si la conducta observada es una limitación directa de la producción, difícilmente podrá salvar un análisis económico razonable que justifique, desde la perspectiva de eficiencia, la restricción acordada. En efecto, comúnmente las limitaciones directas en producción suelen reflejar acuerdos «obviamente» o «evidentemente» ilegales, donde el objeto de los mismos es claramente anticompetitivo. Más adelante analizaremos su principal justificación, la situación de sobrecapacidad, y su aptitud para configurar una visión más tolerante por parte de las autoridades de competencia.

Por su parte, el análisis de conductas restrictivas sobre la distribución conlleva una casuística infinitamente más variada que cualquier otra tipología de restricción, dominada en la mayor parte de sus ejemplos por los distintos incentivos verticales presentes entre las partes del acuerdo analizado. Dejando a un lado los acuerdos caracterizados como «*naked restraints*», los acuerdos cooperativos que accesoriamente restringen la distribución de productos o servicios se caracterizan por tener efectos negativos sobre la competencia, como puedan ser: i) la exclusión de los otros proveedores o compradores mediante la instauración de barreras a la entrada, ii) la reducción de la competencia intermarca entre las empresas presentes en un mercado, iii) la reducción de la competencia intramarca entre los distribuidores, y iv) las limitaciones a la libertad de elección de los consumidores. Esencialmente, las limitaciones sobre la distribución se articulan con el propósito de resolver problemas contractuales; generar incentivos a las partes para desplegar un nivel óptimo de esfuerzo en el cumplimiento de las prestaciones acordadas con vistas a la creación de valor conjunto.

Nos concentraremos, por tanto, principalmente, en las prácticas conducentes a la limitación del *output* total, de las que cabe decir, de antemano, se producen o llevan a cabo en un contexto de posibilidades o cauces de autorización o justificación muy amplios: a través de ayudas de Estado³⁴, dentro del control de operaciones de concentración económica como restricciones accesorias de no competencia, en este mismo ámbito vía análisis de «*failing company defence*», bajo el mecanismo de acuerdos que pudieran formar parte de los reglamentos de exención por

³⁴ En materia de ayudas de Estado puede consultarse la IP/08/1495, de 13 de octubre pasado: *Commission gives guidance to Member States on measures for banks in crisis* en http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/financial_crisis_news_en.html

categoría, dentro de acuerdos bilaterales o multilaterales autorizados en un contexto de crisis estructural³⁵, etc. Como está generalmente aceptado y regulado, se dan numerosos acuerdos de naturaleza cooperativa, que incorporan decisiones estratégicas sobre capacidad y que normalmente serán permitidos pese a que contienen efectos sobre el *output* o la capacidad de producción (acuerdos sobre estándares, acuerdos sobre I+D, especialización, racionalización en materia de distribución, desarrollo de nuevos productos o servicios, reparto de riesgos de entrada en nuevos mercados), puesto que generalmente contienen decisiones que permiten reducciones sobre los costes totales de producción que pueden ser trasladadas a los consumidores finales.

En este sentido, la situación de sobrecapacidad o exceso de capacidad instalada se configura como el principal argumento de justificación de acuerdos dirigidos a limitar las cantidades producidas; si bien se considera que, en líneas generales, los consumidores están en mejor situación con excesos de oferta, en casos de sobrecapacidad estructural podrían tener que *pagar* finalmente por las ineficiencias que ello causaría al sistema. En caso de excesos no estructurales, la sobrecapacidad sólo ha encontrado eco en las autoridades como factor atenuante pero no justificativo de una restricción de esta naturaleza.

No obstante, no es menos cierto que pueden existir acuerdos que tengan por objeto limitar o eliminar la cantidad producida con fines que políticamente puedan anteponerse a la optimización de la eficiencia productiva y asignativa, y que contengan justificaciones que vayan más allá de las tradicionales, por ejemplo para satisfacer requisitos medioambientales; sirva en este sentido la Decisión CECED³⁶ sobre un acuerdo entre productores de lavadoras consistente en la limitación a la producción de lavadoras que no cumplan los estándares de eficiencia energética impuestos por los miembros parte del acuerdo.

Básicamente, el análisis se centraba en la consideración de la eficiencia técnica de las lavadoras que consumían relativamente menos electricidad, ya que un «menor consumo de energía produce indirectamente una reducción de la contaminación derivada de la generación de electricidad». Asimismo, la citada Decisión plateaba ciertos efectos pro-competitivos como una orientación futura de investigación y desarrollo hacia un aumento de la eficiencia energética más allá de los límites tecnológicos de la tecnología de lavadoras más eficiente. Tal y como señala la Decisión:

³⁵ Fuera del texto legal vigente en la materia (ya desde 1989 en realidad) pero reflejados en su momento en el art. 5.2.b) de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

³⁶ Decisión de la Comisión Europea, de 11 de febrero de 2000, en el asunto IV.F.1./36.718 CECED.

«(Apartado 30) Los miembros del CECED han acordado no fabricar o importar ya lavadoras que no cumplan los criterios aprobados por ellas. El acuerdo establece un nivel de eficiencia energética que han de cumplir todas las lavadoras fabricadas o importadas por las partes. Esta obligación implica que las partes ya no pueden fabricar o importar lavadoras de las categorías D a G, como podían hacer, y de hecho hacían, antes del acuerdo.

(Apartado 31) Con anterioridad al acuerdo, algunos fabricantes centraban su producción exclusivamente en las categorías A a C (y en parte D). El acuerdo les garantiza que otras partes no ofrecerán lavadoras de las categorías D a G. *Esta certeza es importante en un mercado estancado con fuertes competidores y búsqueda de oportunidades de venta.* Por ello, el acuerdo impide a los fabricantes e importadores competir en toda la gama de categorías energéticas, como hacían antes del acuerdo.

(Apartado 36) No obstante, el acuerdo producirá una reducción de la demanda de electricidad, al ser ésta fundamental para el funcionamiento de las lavadoras. Según el CECED, es probable que el acuerdo implique una reducción de 7,5 Twh en el consumo de electricidad de las lavadoras en la Comunidad (estimado en 38 Twh para 1995), una vez que se haya renovado completamente el parque de lavadoras existentes. Ello afectará a las capacidades de producción, instaladas para hacer frente a la demanda previsible, y, por consiguiente, a los productores de electricidad, que deberán limitar su producción total en un 2 por 100».

Ciertamente, entendemos que las limitaciones estrictas de producción plantean interrogantes sobre aptitud pro-competitiva y cuestiones ambiguas sobre justificación. Incluso en acuerdos como el anterior, donde las justificaciones medioambientales juegan un papel muy destacado, es muy cuestionable la utilización de parámetros no estrictamente económicos en el análisis de eficiencias.

Existe, no obstante, fuerte vinculación del examen de justificación a la restricción de *output* con el análisis de eficiencias en general³⁷: así, el apartado 54 de las directrices 81(3) exige un vínculo directo o nexo causal entre acuerdo y eficiencias alegadas; el apartado 60 requiere que, en general, las eficiencias sean resultado de la integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan activos a fin de realizar algo que no podrían realizar solas con eficacia o encomiendan a otras tareas que éstas pueden realizar con mayor eficacia; el apartado 65 examina la existencia de eficiencias de costes a través de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción o derivadas de la integración de activos, y el apartado 68 aboga por la necesidad de una mejor utilización de la producción y racionalización de las capacidades³⁸.

³⁷ Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (2004/C 101/8 de 27 de abril de 2004), fundamentalmente apartados 48 a 72.

³⁸ *Vid.*, asimismo, el art. 10.1.h) LDC.

B) Prohibiciones generales en materia de señales sobre capacidad

Las restricciones a la producción traen a colación el problema económico que se deriva de la situación de sobrecapacidad y sus efectos en determinadas industrias, máxime en sectores con capacidad interrelacionada, es decir, que afectan a más de un Estado miembro y que tienen consecuencias, por ejemplo, en decisiones sobre localización de unidades productivas y el empleo.

Las decisiones sobre capacidad futura y su desarrollo constituyen secreto comercial estratégico y el intercambio de información en este sentido está severamente restringido³⁹; de este modo, todo acuerdo o práctica dirigida a la coordinación de niveles de producción estaría en principio prohibido bajo las normas de competencia. De forma telegráfica, las empresas competidoras en un sector dado:

- i) No pueden comunicarse decisiones de inversión en nueva capacidad o desarrollos de ésta⁴⁰.
- ii) No puede comunicarse decisión alguna relativa al no-uso o no-expansión de la capacidad existente⁴¹.
- iii) Tampoco pueden competidores coordinar niveles de producción a través de intercambios informativos⁴².
- iv) No pueden pactar pagos compensatorios por los diferentes grados de utilización de capacidad.

³⁹ Con ciertas salvedades, como pueden ser sectores tales como el energético, en el que determinados activos están sujetos a las necesidades de planificación económica general y los periodos de maduración de inversión son muy elevados.

⁴⁰ Vid. las Decisiones de la Comisión Europea de 22 diciembre 1972, en el asunto IV/243, 244, 245 *Cimbel*, de 14 diciembre 1982 en el asunto IV/29.629 - *Rolled zinc products and zinc alloys* y de 6 agosto 1984 en el asunto IV/30.350 *Grupo de Productores de Zinc*.

⁴¹ Vid. el apartado 319 de la Decisión de la Comisión, de 19 de octubre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/34.446), *Trans Atlantic Agreement*, TAA. Tal y como indica la Decisión el TAA no sería un acuerdo de conferencia exento por el art. 3 del Reglamento (CEE) núm. 4056/86, sobre todo por las siguientes razones: por un lado, establece al menos dos niveles de tarifas y, por otro lado, prevé que no se utilice un volumen significativo de las capacidades existentes.

⁴² Vid. la Decisión de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 - *Cartoncillo*), considerandos 41, 82 y 136. En este caso, todos los fabricantes aplicaron las iniciativas de precios anunciando que incrementarían sus precios en un importe idéntico en cada Estado miembro y (en la mayor parte de los casos) a partir de la misma fecha. Los miembros del cártel representaban prácticamente todo el mercado comunitario del cartoncillo. Como resultado de estas iniciativas de precios colusorias, los clientes se encontraban con unos incrementos de precios uniformes en cada moneda para cada calidad de cartoncillo, sin posibilidades reales de obtener suministros de otros productores que no participaban en el cártel. Al establecer el importe del incremento de precio en cada moneda nacional, que posteriormente era aplicado por todos los fabricantes y presentado como una «iniciativa» en la que participaba todo el sector, se limitaban considerablemente las posibilidades de que los clientes pudiesen negociar libremente con sus proveedores.

- v) Ni establecer niveles similares de reducción de la capacidad instalada⁴³.
- vi) Ni acordar limitaciones para el uso de nueva tecnología que tenga influencia en los niveles de capacidad utilizados⁴⁴.
- vii) Ninguna de las anteriores prácticas merecería, en principio, un análisis de compatibilidad en el ámbito del art. 81 (3) del Tratado CE⁴⁵.

C) La reciente práctica española

Las resoluciones administrativas españolas en esta materia⁴⁶ se han centrado en la limitación y el control de la distribución (más que en asuntos en los que haya restricción de la capacidad utilizada o producida como conducta principal, debiendo destacarse que apenas hay asuntos en los que se analice la limitación o el control del desarrollo técnico o las inversiones) y pueden destacarse los siguientes⁴⁷ ejemplos:

- i) Asunto «Colegio de Gestores Administrativos de Galicia», Exp. 483/00, Resolución del TDC de 11 de enero de 2001 en el que se sancionaba la conducta consistente en exigir coactivamente a los colegiados la utilización de un servicio centralizado de presentación de expedientes a tramitar ante la Jefatura Provincial de Tráfico de Lugo.
- ii) Dentro del sector farmacéutico se han dado significativos ejemplos de imputación de infracciones del art. 1.1.b): en este sentido, el asunto «Alimentos Infantiles», expediente 409/97, Resolución del TDC de 11 de diciembre de 1998, sobre restricciones a la distribución a través de exigencias de etiquetado o la Resolución del TDC «Cosméticos Farmacia» (expediente 363/95) 31 de julio de 1996, que sancionaba determinados acuerdos de

⁴³ Decisión de la Comisión de 6 agosto 1984 en el asunto IV/30.350 *Grupo de Productores de Zinc*, considerando 38: «On 26 June 1968 the producers agreed not to build any new zinc production capacity without first informing the ZPG. They undertook to submit their production figures (tonnes of zinc produced) to the full ZPG meeting for approval. At the same time they agreed to make an across-the-board 20 per 100 cut in their production».

⁴⁴ Decisión de la Comisión Europea de 21 de octubre de 1998, *Pre-Insulated Pipes*.

⁴⁵ *Vid.*, por ejemplo, en este sentido la Decisión de la Comisión, de 1 de octubre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y el art. 53 del Acuerdo EEE contra Chisso Corporation, Daicel Chemical Industries Ltd, Hoechst AG, The Nippon Synthetic Chemical Industry Co. Ltd y Ueno Fine Chemicals Industry Ltd (asunto núm. C.37.370 *Sorbatos*).

⁴⁶ Ejemplo de conducta compleja que también contiene limitación de la distribución de bienes y servicios se puede encontrar en la ya citada Resolución del Consejo de la CNC en el expediente 617/06, de 18 de octubre de 2007, *Cajas vascas y Navarra*.

⁴⁷ Resulta extraordinariamente útil el resumen de resoluciones en el material que recoge Fernando Díez ESTELLA (2008).

limitación de la distribución con exclusión de otros canales o, por último, la Resolución «Colegio de farmacéuticos de Valencia» de 7 de abril de 2000, en el expediente 472/99, que sancionaba una conducta tendente a intentar evitar la distribución de leches infantiles en canales distintos a las propias farmacias, singularmente grandes superficies.

- iii) Muchos acuerdos de boicot colectivo han sido perseguidos por esta vía, generalmente derivados de la negativa de admitir empresas en asociaciones, el más significativo de los cuales es el asunto «Fabricantes de bisutería de Andalucía», objeto de Resolución del TDC de 17 de marzo de 2006, en el expediente 592/05⁴⁸.
- iv) Asimismo, restricciones en ventas pasivas han sido examinadas como restricciones bajo esta disposición; el asunto más reciente en esta materia se produjo en el expediente 634/07, «MDC Ingeniería/Productos Haller», Resolución de 21 de julio de 2008.
- v) Las cláusulas de no competencia sin límite temporal y geográfico en la transmisión o compraventa de empresas (o cuando no siendo una concentración notificable reúna los criterios del art. 81.3) suelen considerarse contrarias a este artículo.
- vi) Entre los expedientes incoados en los años 2007 y 2008 que atienden a una práctica concerniente, de manera principal o auxiliar, al apartado *b*) del art. 1 de la LDC pueden destacarse los siguientes:
 - a) *TRÍO+*, Expediente S/0020/07, en el que se analiza cómo el 27 de junio de 2007, Telefónica Cable, SAU y Sogecable, S.A. firmaron un acuerdo para ofrecer servicios de telecomunicaciones y de televisión digital satelital, así como para colaborar en la compra de contenidos de televisión de pago en el mercado español. En virtud de dicho acuerdo, Telefónica y Sogecable comercializarán conjuntamente un producto denominado «TRÍO+», compuesto por el servicio de televisión de pago por satélite «Digital+» de Sogecable y por el producto «DUO» (ADSL y voz) de Telefónica. Asimismo, Sogecable adquirirá contenidos para la plataforma de TV IP Imagenio de Telefónica;
 - b) *CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.*, Expediente 2697/06, en el que con fecha 21 de noviembre de 2007,

⁴⁸ *Vid.*, en particular, su Fundamento de Derecho 6.º. *Vid.*, asimismo, RTDC de 27 de julio de 2006 en el expediente 594/05, *Cines Campoo*, relativo a un cierre del mercado que limita la cantidad total servida.

la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia decidió iniciar formalmente expediente contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. (CEPSA) y otros operadores petrolíferos (GALP, AGIP y TOTAL) por la duración indebida y antirreglamentaria de los acuerdos de no competencia suscritos contractualmente con distintas Estaciones de Servicio (EESS);

- c) *ROTORES*, Expediente 2659/05, por el que el 11 de enero de 2008 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia acordó iniciar un expediente por posibles prácticas prohibidas por los arts. 1, 2 y 3 como respuesta a la denuncia planteada en el año 2005 por la empresa Mantenimientos de Instrumento de Laboratorio, S.L. (MIL), contra Controltécnica Instrumentación Científica, S.L. (CIC), Kendro Laboratory Products, Thermo Electron Corporation y Fiberlite Centrifuge Inc, por supuestas conductas prohibidas consistentes en la concesión de un contrato de distribución en exclusiva a CIC, que suponía un monopolio de ventas de los rotores de fibra de carbono para las máquinas centrífugas que permitía expulsar del mercado a cualquier competidor.

D) Cárteles de crisis

Las limitaciones a la capacidad de producción pueden también formar parte de planes más amplios de reestructuración de la sobrecapacidad en una industria, singularmente en casos de exceso de capacidad estructural. Cuando, en un periodo prolongado, el conjunto de un sector ha venido experimentando reducciones de la tasa de capacidad utilizada, reducción del *output* total y pérdidas operativas, y la situación o perspectivas no parece que vayan a cambiar a medio plazo, pueden concederse autorizaciones para reducciones o limitaciones de capacidad, en razón de los beneficios a largo plazo para el bienestar general⁴⁹ derivados del proceso de reestructuración. En estas condiciones, medidas razonables y proporcionadas dirigidas a una racionalización y reducción de la capacidad pueden ser permitidas⁵⁰.

La autorización de un acuerdo de esta naturaleza exige el cumplimiento de tres requisitos: 1) que el acuerdo o medida esté justificado

⁴⁹ XII Informe de Política de la Competencia de la Comisión Europea, puntos 38 y 39.

⁵⁰ Apartado 31 del II Informe de Política de la Competencia (Fibras de poliéster) y asunto Fibras Sintéticas I (VIII Informe de Política de la Competencia, apartado 42).

por la situación de la economía general y el interés público, 2) que tenga por objeto la adecuación de la oferta a la demanda, y 3) que se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de la demanda o que el exceso de capacidad sea claramente antieconómico. En acuerdos de «crisis» que no cumplan estos requisitos el argumento de sobrecapacidad puede servir para atenuar las multas impuestas, no para su autorización⁵¹.

No obstante, la rigidez de los requisitos exigidos para la aprobación de cárteles, la inexistencia de una excepción en el Tratado CE para poder limitar *output* o capacidad instalada y la presencia de mecanismos o medios de acción de esta naturaleza en el Tratado CECA ha planteado, con relativa frecuencia, la necesidad de crear una ley o norma específica para su autorización. El problema fundamental reside en el diagnóstico adecuado de lo que constituyen situaciones estructurales y su diferencia con las situaciones de carácter cíclico; en éstas las capacidades deben ser mantenidas a la espera de la recuperación; en las estructurales debe aceptarse la pérdida asociada a la falta de eficiencia en una perspectiva a largo plazo. No hay que olvidar que las crisis económicas contienen incertidumbre en términos macroeconómicos y microeconómicos igualmente.

Las autoridades han tendido a pensar que el mercado debe resolver estas situaciones generalmente, aunque han establecido diferentes términos de general aplicación bajo los cuales cabe presumir su compatibilidad con la normativa de competencia, satisfaciendo las condiciones del art. 81 (3):

- i) Cuando los acuerdos contienen programas detallados y vinculantes de cierre definitivo de capacidad instalada. Los programas deben ser, a su vez, eficaces y no discriminatorios.
- ii) Cuando, asimismo, incluyen compromisos que recojan la prohibición de construir nueva capacidad⁵².
- iii) Siempre que los consumidores finales no se vean privados de la competencia entre empresas. Los acuerdos de estas características no pueden eliminar competencia factible.
- iv) Los intercambios de información entre competidores se limiten a temas relacionados con la capacidad instalada y eliminada, y

⁵¹ Vid. los párrafos 55 y 56 de la STPI de 6 de abril de 1995 en el *asunto Welded Steel Mesh-Bastahlgewerbe*. De hecho, en las Decisiones CRN (18 diciembre 1972), *Cimbel, Italian cast glass* (17 diciembre 1980) o *White Lead* (12 diciembre 1978), la Comisión decidió prohibir los acuerdos pero no imponer multas a las empresas participantes.

⁵² Pueden valer planes que contengan penalizaciones por no ejecución de las decisiones sobre capacidad acordadas.

- v) Los acuerdos y planes que los plasman se lleven a cabo en un periodo de tiempo determinado (por ejemplo, tres años en el asunto *Fibras Sintéticas II* o cinco años en *Dutch Bricks*).

Los acuerdos o cárteles de crisis paradigmáticos son aquellos que podemos definir como multilaterales, al englobar a todas las empresas de un sector dado. Quizá los ejemplos más interesantes de acuerdos autorizados lo sean *Dutch Bricks* y *Fibras Sintéticas*⁵³, en los que se entendió se daban las condiciones de una verdadera racionalización sectorial. En el asunto *Stichting Baksteen (Dutch Bricks)*⁵⁴, el sector de los ladrillos en los Países Bajos se caracterizaba por la existencia de una capacidad excedentaria considerable, así como un crecimiento continuo de las existencias y dificultades de adaptación de la capacidad a la demanda, principalmente debido al desarrollo tecnológico (introducción de nuevos métodos y construcción de instalaciones más grandes por razones de economías de escala) y a la evolución desfavorable de la demanda, provocada por una disminución constante del consumo relativo de ladrillos y por la escasa elasticidad de la demanda con respecto a los precios. Tal y como la Decisión recoge:

«(19) El acuerdo tiene por objeto la reducción de la capacidad, para alcanzar una mejor utilización de las capacidades conservadas y para restablecer progresivamente y a medio plazo un equilibrio duradero entre la oferta y la demanda.

(20) En una economía de mercado, corresponde en primer lugar a las empresas determinar el punto en que el exceso de capacidad se hace económicamente insostenible, y adoptar las medidas necesarias para reducir dicha capacidad.

(21) En el caso presente, las fuerzas presentes en el mercado han sido y siguen siendo incapaces individualmente de realizar las reducciones de capacidad necesarias para restablecer y mantener a medio plazo una estructura eficaz de la competencia. Por esta razón, las empresas afectadas han emprendido colectivamente, y por un periodo de tiempo limitado, la adaptación estructural requerida.

(22) Es cierto que, en principio, corresponde a las empresas adoptar una política de precios flexible para influir sobre la demanda; no obstante, procede subrayar que la demanda de ladrillos es una demanda derivada, y que estos materiales constituyen sólo un 2-3 por 100 del coste de un edificio. En consecuencia, la elasticidad de la demanda con respecto a los precios es escasa y hasta inexistente a corto o medio plazo; no es probable que el precio de los ladrillos influya en la tasa de construcción o en la demanda total de materiales de construcción.

(23) Además, el procedimiento de fabricación de ladrillos es muy poco flexible, no solamente en cuanto a cambios en la utilización de la capacidad

⁵³ Si bien los no autorizados como *Cimbel*, Decisión *Cimbel* (22 diciembre 1972) también ofrecen muchos elementos para entender la orientación de las autoridades en la materia. *Vid.* <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31972D0474:FR:HTML>

⁵⁴ Decisión de la Comisión, de 29 de abril de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CE (asunto IV/34.456).

dados los costes fijos y semifijos, sino también en relación con la reducción de capacidad. De hecho, la mitad de los participantes cuenta solamente con un horno de cocción, lo que hace técnicamente imposible cualquier intento de reducir la capacidad.

(24) *El resto de los participantes, en su calidad de principales productores, no habrían decidido autónoma e individualmente reducir sus capacidades si no hubiesen tenido la certeza de que sus competidores harían lo mismo o financiarían esta operación, y de que no se instalarían nuevas capacidades durante el período de vigencia del acuerdo.*

(26) La reducción de la capacidad aliviará las cargas financieras de las empresas, derivadas del mantenimiento de la capacidad excedentaria no utilizada; al mismo tiempo, una mayor utilización de las capacidades conservadas impedirá que se produzca un descenso de la producción».

La Decisión consideraba satisfechas las condiciones derivadas del art. 85 (3) dado que las unidades de producción que deben ser objeto de cierre eran las menos adaptadas y las menos eficaces (a causa de su carácter obsoleto, reducido tamaño y anticuada tecnología), la producción se concentraría en adelante en las fábricas más modernas, que podrán funcionar a niveles de capacidad y de productividad más elevados; ello disminuirá la importancia relativa de los costes fijos, que representan un importante porcentaje de los costes netos. En consecuencia, la Comisión preveía un aumento de la rentabilidad del sector de los ladrillos en los Países Bajos, y con ello un retorno a la competitividad normal. Similares elementos de análisis se recogen en la Decisión Fibras sintéticas⁵⁵.

⁵⁵ Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio 1984 en el asunto IV/30.810. Apartado 31 y siguientes: *«In the present case, market forces by themselves had failed to achieve the capacity reductions necessary to re-establish and maintain in the longer term an effective competitive structure within the common market. The producers concerned therefore agreed to organize for a limited period and collectively, the needed structural adjustment. As major producers, many of them would have been unwilling to go ahead with capacity cuts on their own without the certain knowledge that their competitors would follow suit and that no new capacity would be installed for the period of the agreement. The fact that some of the parties, particularly the more diversified ones, may, for their own peculiar economic, technical or social reasons, have cut back their capacity further than others does not diminish the effectiveness of these collective arrangements in securing the capacity reductions required. By reducing its capacity, the industry will shed the financial burden of keeping underutilized excess capacity open without incurring any loss of output, since the remaining capacity can be operated more intensively. The capacity reductions also provide the undertakings with an opportunity to develop their particular strengths, since each has selected for closure those of its plants which are less profitable or competitive because of their obsolescence or small size. By concentrating on the production of particular products and giving up the production of others, the signatories will tend to become more specialized. Specialization on products for which they have the best plant and more advanced technology will help the parties to achieve optimum plant size and improve their technical efficiency. It will also help them to develop better-quality products more in tune with the user's requirements. The elimination of the capital and labour costs of unprofitable activities will make resources available for the capacity that remains in production. The eventual result should be to raise the profitability and restore the competitiveness of each party. It is worth noting that the total losses of the European synthetic-fibres industry are reported to have been down to dm 500.000.000 in 1983 from an estimated dm 1.200.000.000 in 1988. The coordination of plant closures will also make it easier to cushion the social effects of the restructuring by making suitable arrangements for the retraining and rede-*

Por su parte, los *acuerdos bilaterales* en condiciones de crisis estructural generalmente satisfarán las condiciones del art. 81 (3). La limitación de *output* es más efectiva en estas condiciones puesto que el número de competidores independientes se ve reducido de forma directa. Diferentes segmentos de actividad en productos químicos (Decisiones BPCL/ICI o ENI/Montedison) han ofrecido los ejemplos más interesantes en cuanto a examen de acuerdos bilaterales de limitación y reducción de capacidad; cabe decir que las formas de análisis en estos casos guardan muchas semejanzas con el examen propio de competencia efectiva en operaciones de concentración.

Merece recogerse el razonamiento de la Decisión en *Bayer/BP Chemicals*⁵⁶, en sus apartados 25 y 26:

«The agreements between Bayer, BPCL and EC meet the conditions for exemption laid down in Article 85 (3). They contribute to improving the production and distribution of goods and to promoting technical and economic progress, while allowing customers a fair share of the resulting benefit. They neither impose restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives on the undertakings concerned, nor do they afford the undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

The exemption is essentially justified because the agreements allow the parties to rationalize and modernize EC's polyethylene business, which is a part of an industry needing serious restructuring in the whole Community, more quickly and radically than would have been possible individually. The agreements thus produce benefits, notably through the industrial investments envisaged, which outweigh the abovementioned restrictions on competition».

O, como ejemplo de similares características, el asunto *Eni-chem/ICI*⁵⁷:

«Los acuerdos entre Eni-chem e ICI, con las restricciones de la competencia que implican, son, en el contexto del exceso de capacidad estructural del mercado en el momento de celebración de los acuerdos, indispensables para alcanzar a corto plazo los objetivos arriba mencionados. Como ya se ha puntualizado más arriba, la reestructuración radical que permiten los acuerdos no podría haberse alcanzado tan rápidamente ni de modo tan radical si se hubiese dejado por entero en manos de las fuerzas del mercado, actuando separadamente.

Por estas razones, la solución más viable para ambas compañías es no actuar unilateralmente sino emprender la reestructuración a través de una cooperación totalmente coordinada que sólo se puede llevar a cabo a través de la creación de una empresa de propiedad conjunta. Para que esta empresa pueda empezar a operar lo más rápida y competitivamente posible, los cierres de instalaciones

ployment of workers made redundant. It can be concluded then that the agreement contributes to improving production and promoting technical and economic progress».

⁵⁶ Decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1988 en el asunto IV/32.075.

⁵⁷ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987 relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE en el asunto IV/31.846.

deben efectuarse independientemente de la producción normal y de las actividades de distribución, así como de las actividades de investigación y desarrollo y de los servicios técnicos. El PVC no es un producto homogéneo sino que se vende en una gran variedad de calidades/grados/subgrados para cada tipo de base: cada uno de los clientes tiene sus propias necesidades y muy a menudo resulta necesario que un fabricante produzca una calidad/grado/subgrado especial a través de una técnica específica para un cliente determinado. Por tanto, la información sobre las necesidades del cliente que reciben los equipos de venta en el mercado debe transmitirse rápida y efectivamente a los centros de I+D y transferirse al nivel de la producción».

Por su parte, los conocidos como «*voluntary restraint agreements*» entre productores comunitarios y productores de fuera de la Comunidad, por medio de los cuales éstos se comprometen a no importar en la Unión o subir los precios en su ámbito geográfico, son acuerdos «en condiciones de crisis» que generalmente no se eximen bajo los criterios del art. 81 (3)⁵⁸.

La situación de capacidad no ha sido el único factor mitigante que haya conducido a una autorización de cártel de crisis. En este sentido, conviene traer a colación la Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003⁵⁹ relativa a las carnes de vacuno francesas:

«Por otra parte, conviene destacar la particularidad de la situación a la que se enfrentaban las dos federaciones de mataderos, la FNICGV y la FNCBV. En efecto, en las semanas anteriores a la celebración del acuerdo, sus miembros sufrieron operaciones ilegales de bloqueo de su aparato industrial, que impidió toda actividad económica, y el deterioro de las carnes. Fueron víctimas de daños materiales, a veces graves, a sus establecimientos. A pesar de ello, la exposición de los hechos pone de manifiesto que hasta el 23 de octubre de 2001, las dos federaciones representantes de los mataderos se opusieron a la firma de un acuerdo (*vid.* el considerando 32 de la presente Decisión). *Esta presión física debe tenerse en cuenta como circunstancia atenuante en favor de la FNICGV* y, en menor medida, de la FNCBV, habida cuenta del papel que el presidente de esta federación, a posteriori, asignó a la misma (*vid.* el considerando 35 de la presente Decisión). Por tanto, conviene reducir el importe de base de la multa en un 30 por 100 para la FNICGV y en un 30 por 100 para la FNCBV».

⁵⁸ Decisión de la Comisión de 8 de enero de 1975 en el asunto IV/27.039 *Preserved Mushrooms*: «*The agreement concluded in Taipei on 8 January 1973 between the French and Taiwanese producers has not been notified to the Commission under Article 4 or 5 of Regulation No 17. 2. In any event such market sharing and concerted price fixing, as in this case, within the common market involving the main firms in this particular branch of the food industry are inappropriate and indeed could not produce the improvements required by Article 85 (3). Nor could they make a valid contribution to promoting technical or economic progress; they can only harm the interests of consumers. 3. No grounds therefore exist for granting exemption under Article 85 (3)*». Asimismo, existen acuerdos específicos en mercados de transporte a los que sería aplicable la oscura regla del art. 6 (reducir distorsiones) del Reglamento 1017/68, de 19 de julio, por el que se aplican normas de competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Se trata de una norma con un régimen de exención específico, no ligado al del 81(3) y que nunca ha sido aplicada.

⁵⁹ Asunto COMP/C.38.279/F3.

Por su parte, los Estados Unidos han llevado a cabo una aproximación o enfoque de carácter discrecional o *ad hoc* al tratamiento de las situaciones de empresas en quiebra o sectores que requieran de procesos de racionalización industrial y tras medidas basadas en la coordinación empresarial. No existe un instrumento legal o administrativo que recoja las preocupaciones procedentes de la normativa de competencia y en general cuando se han adoptado decisiones en este ámbito, han procedido de justificaciones basadas en términos de interés público más general⁶⁰. La jurisprudencia norteamericana en la materia establece una respuesta clara en el sentido de que las normas de competencia exigen que ésta exista y en situaciones de crisis es el legislador, y no los tribunales, quienes deben decidir los pasos a dar.

No obstante, ha habido excepciones que deben resaltarse; en *Appalachian Coals v. United States*⁶¹ el Tribunal Supremo norteamericano abandonó la consideración categórica de imputación ilegal de la coordinación horizontal y tomó en consideración la situación de crisis del sector analizado para considerar lícitos acuerdos anticompetitivos que de otro modo hubieran sido considerados ilegales sin necesidad de análisis material. *Appalachian Coals* constituyó en su momento y hoy en día es estudiado como una excepción singular a la aplicación de la regla *per se* a los acuerdos horizontales de fijación de precios entre competidores. No obstante, el Tribunal Supremo norteamericano tardó sólo siete años en desmarcarse de este precedente en su decisión *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*⁶² Aun así, *Appalachian* era un acuerdo de crisis que se basaba en la fijación de precios, no en la limitación de capacidad instalada, por lo que su valor como precedente es discutible en el sentido de que tampoco las autoridades comunitarias de la competencia aprobarían un acuerdo con estas características.

Cierta doctrina norteamericana ha examinado la cuestión bajo la teoría de las alternativas reales (*real options*), una aproximación que se nutre del análisis financiero y que viene a examinar las tomas de decisión de entrada o salida de un sector o industria en condiciones de incertidumbre. La *real options theory* señala fundamentalmente que hay un valor (económico) que puede asociarse a no adoptar decisión alguna

⁶⁰ Al margen de la Industrial Recovery Act de 1934, considerada inconstitucional por el Tribunal Supremo en *Schechter Poultry*, quizá la única excepción sea la *Newspaper Preservation Act*, que permite al Fiscal general aprobar «*joint operating agreements*» de periódicos de la misma ciudad. Existe también doctrina de *mailing firm defence*, en condiciones muy restrictivas, y contenida en las *Merger Guidelines* revisadas en 1997; *vid. California v. Sutter*, 130 F. Supp. 2d. 1109 (N.D. Cal. 2002).

⁶¹ *Appalachian Coals v. U.S.* 288 U.S. 344, 53 S.Ct. 471 U.S. 1933.

⁶² *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940). *Vid.* también *Virginia Excelsior Mills, Inc. v. FTC*, 256 F. 2d 538 (4th Cir. 1958).

cuando hay incertidumbre en el entorno económico, valor que incluye los costes de re-entrada en el sector.

4. LA APLICACIÓN DE CONDICIONES DESIGUALES PARA PRESTACIONES EQUIVALENTES Y LA SUBORDINACIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS A LA ACEPTACIÓN DE PRESTACIONES SUPLEMENTARIAS

Las dos últimas categorías de ilícitos que detalla el art. 1 de la LDC son: i) 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; y ii) 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.

Conviene partir del hecho de que, tal y como señala la doctrina, las citadas categorías encuentran mejor encaje en el ámbito de la prohibición de abuso de posición de dominio que en el propio de los acuerdos colusorios⁶³. E incluso dentro de los acuerdos colusorios, tales conductas tienen más presencia en las relaciones verticales que en los acuerdos horizontales. De hecho, las Directrices sobre restricciones verticales contienen alusiones directas a tales prácticas (*i. e.*, la vinculación), inexistentes en las Directrices equivalentes para las restricciones horizontales⁶⁴. Adicionalmente, se ha de tener en cuenta que en determinadas ocasiones los ilícitos relacionados con las categorías d) y e) acaban subsumidos o sancionados por otras categorías como la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicios⁶⁵.

Ello, obviamente, no quiere decir que no existan acuerdos horizontales que puedan suponer una infracción de alguna de estas dos categorías, como demuestra la apertura el pasado 12 de noviembre de 2007 de un expediente sancionador contra Telefónica y Sogecable por la oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones y de televisión digital satelital⁶⁶, antes citado. Nos referiremos a ellas de forma separada.

⁶³ Vid. F. DÍEZ ESTELLA (2003), *La discriminación de precios en el Derecho de la Competencia*, Civitas, pp. 65 y ss.: «Tanto el concepto legal como el económico que se maneja de la discriminación de precios tiene más cabida en el ámbito de la prohibición del abuso de posición dominante que en el de la prohibición de los acuerdos colusorios [...]».

⁶⁴ Vid. párrafo 215, Directrices relativas a las restricciones verticales.

⁶⁵ Resolución de 22 de mayo de 2006 (Expediente 589/05, *FIAB/Grandes Superficies*).

⁶⁶ Según la nota de prensa de la CNC, «en virtud de dicho acuerdo, Telefónica y Sogecable comercializarán conjuntamente un producto denominado “TRIO+”, compuesto por el servicio de televisión de pago por satélite “Digital+” de Sogecable y por el producto “DUO” (ADSL y voz) de Telefónica. Asimismo, Sogecable adquirirá contenidos para la plataforma de TV-IP Imagenio de Telefónica».

A) **Discriminación: aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes**

La conducta sancionada por la norma consiste en la aplicación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, de forma tal que un operador experimente una desventaja competitiva. La doctrina suele distinguir dos tipos de discriminaciones, según persigan la exclusión del mercado de sus competidores («*primary-line injury*»), o la discriminación entre sus clientes o consumidores («*secondary-line injury*»). El presente apartado se centrará fundamentalmente en la segunda categoría, dado que la primera comparte muchos de sus elementos de definición con otros ilícitos contenidos en el art. 1.1 LDC, y a ellos por tanto ya nos hemos referido anteriormente, y además porque la necesidad legal de que el acuerdo horizontal, o los acuerdos adoptados colectivamente en el seno de una asociación, sitúen a los clientes discriminados en una posición de desventaja, parece vincular la dicción del art. 1.1.d) con el «*secondary-line injury*»⁶⁷.

La tipología de condiciones desiguales que los operadores podrían imponer a terceros puede resultar muy amplia, y variará en función del tipo de relación comercial que las partes mantengan en cada caso. No obstante, el supuesto típico de aplicación de condiciones desiguales es la discriminación de precios, consistente en la venta de un determinado bien (o servicio) a precios diferentes a pesar de que el coste del producto o servicio es idéntico en todos los casos para el vendedor del bien o proveedor del servicio. En ausencia de definición legal, la doctrina considera que se genera discriminación de precios, en términos generales, cuando dos productos similares que tienen el mismo coste marginal de producción son vendidos a diferentes precios⁶⁸.

Los elementos definitorios de esta figura son la existencia de condiciones desiguales, su aplicación a transacciones equivalentes, y la consiguiente generación de una desventaja a los competidores, requisitos que han de concurrir cumulativamente. Como ha indicado la doctrina, la apreciación de la existencia de los mismos requiere de un análisis caso por caso. Respecto a la equivalencia de las transacciones, se ha de señalar que no se exige identidad, sino únicamente equivalencia, debiéndose analizar la totalidad de las circunstancias relativas a las mismas. En este sentido, una definición se puede extraer del art. 60 del extinto Tratado

⁶⁷ Ello no significa que la discriminación *primary-line injury* no pueda suponer una infracción del art. 1.1. LDC. Existen numerosos casos en los que la discriminación exclusionaria ha sido merecedora de sanción; en este sentido, *vid.* Expediente 615/06, *GESA GAS /INFOCAL 2*.

⁶⁸ *Vid.* P. BUCCIROSSI (2008), en *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2008, p. 432: «*[p]rice discrimination exists when two "similar" products that have the same marginal cost to produce are sold by a firm at different prices*».

CECA, que señalaba que «dos transacciones son equivalentes si son celebradas con adquirentes competidores, se refieren a los mismos o similares productos y el resto de características comerciales relevantes no difieren sustancialmente».

Por lo que se refiere a la existencia de condiciones desiguales, el análisis que se ha de llevar a cabo es si dos transacciones que se estiman equivalentes producen diferente tasa de retorno para las empresas que forman parte del acuerdo. A este respecto, la Resolución de 31 de octubre de 2000 (Expediente 475/99, *Prensa Vizcaya*), respecto de un comportamiento realizado por la asociación de prensa de Vizcaya, señaló que «en cuanto al cargo tercero, por el que se imputa a la Asociación la fijación de condiciones diferentes para los distintos minoristas, se trata de un acuerdo prohibido por el art. 1.1.d) LDC, en la medida en la que resulta probado que la Asociación exigió a las denunciadas... la venta diaria de un número mínimo de ejemplares superior al que exigió para los demás vendedores en la misma época, sin que se hayan alegado o justificado por la Asociación las razones de esa discriminación, que se muestra arbitraria e inmotivada y, por ello, contraria al principio de igualdad de oportunidades que debe presidir la libre competencia»⁶⁹. Como se puede apreciar en la Resolución, es posible una justificación objetiva de la aplicación de condiciones desiguales, aunque normalmente esa justificación acaba llevando a concluir que, en realidad, se trata de transacciones no equivalentes, y que por tanto no se cumple uno de los requisitos cumulativos.

Finalmente, por lo que se refiere a la desventaja competitiva, la doctrina discute si es necesario probar la desventaja competitiva, o si ésta se presume directamente de la aplicación de condiciones desiguales a transacciones equivalentes. Si bien no hay una respuesta unánime, parece razonable pensar que sería exigible al menos una probabilidad de daño basada en las circunstancias *de facto* existentes⁷⁰. Así se aprecia en la Resolución de 20 de junio de 2003 (Expediente 544/02, *Colegio Notarial de Madrid*), en la que se analiza con cierta profundidad la incidencia del fondo compensatorio en la dinámica competitiva de la actividad notarial y particularmente en la posibilidad de fijar individualmente los precios

⁶⁹ Vid. también la Resolución de 29 de junio de 1998 (Expediente r309/98, *Arquitectos Castilla y León*) señaló que «en cuanto al segundo de los argumentos, es preciso señalar que, a diferencia de lo afirmado por el recurrente, su proyecto presentado el 19 de diciembre no fue ni el único que se visó con posterioridad al 25 de diciembre de dicho año, ni el único al que se exigió el Estudio Básico de Seguridad e Higiene, existiendo, incluso, un proyecto presentado por otro arquitecto en el que concurren ambas circunstancias» (Expediente 973230, según consta en los folios 72 y 189 vta. del expediente del SDC).

⁷⁰ Vid. Decisión 70/332/CE, de 30 de junio de 1970, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (Decisión IV/24.055 *Kodak*).

por los servicios prestados. Así, señalaba que «el Tribunal considera que el Acuerdo denunciado, al limitar la libertad de acción de los notarios, compensando los ingresos de los menos activos en el mercado de intervención de pólizas y escrituras financieras con porcentajes crecientes de los ingresos de los notarios más activos, constituye una infracción del art. 1 LDC, *al tener el efecto potencial de desincentivar la competencia por conseguir cuotas crecientes de dicho mercado* que conllevan, si se aplica el mecanismo compensatorio, contribuciones crecientes al fondo de compensación». Obviamente, como ocurre en la mencionada Resolución Prensa Vizcaya, si la conducta horizontal impide directamente el ejercicio de su actividad, la desventaja competitiva resulta directamente de la aplicación de condiciones desiguales a transacciones equivalentes.

B) Subordinación a la aceptación de prestaciones suplementarias

En este caso, se sancionan aquellas conductas horizontales en las que se subordina la celebración de un determinado acuerdo a la aceptación de prestaciones adicionales que no se incluyen normalmente en contratos de naturaleza similar. En particular, dicho precepto engloba cuestiones relativas a las categorías de «prestaciones anudadas» («*tying*») o «contratos anudados» («*bundling*»).

El principal efecto anticompetitivo que las «prestaciones vinculadas» podrían generar es el potencial cierre del mercado del producto vinculado⁷¹, lo cual se vislumbraría en un efecto de exclusión sobre los competidores. Como se ha indicado anteriormente, no hay muchos ejemplos de aplicación expresa del art. 1.1.e) a acuerdos horizontales que permiten a los partícipes la celebración de posteriores acuerdos en los que se subordina la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias, entendida esta figura en sentido amplio, que incluye tanto el *tying* como el *bundling*.

Una de estas escasas aplicaciones [si bien no hay una mención expresa al apartado e) del art. 1.1. LDC] es la Resolución de 10 de septiembre de 2007 (Expediente 615/06, *Gesa Gas/Infocal 2*), que analizó determinadas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el envío, por parte de Gesa Gas, como suministrador único de gas en las Illes Balears, de una carta circular en la que ofrecía a los usuarios la posibilidad de disfrutar simultáneamente, además del servicio de inspección periódica, obligatoria y gratuita de las instalaciones de gas, la revisión cuatrienal obligatoria, cuya ejecución está reservada solamente a las Empresas Instaladoras Autorizadas (EIA).

⁷¹ BELLAMY & CHILD: *European Community Law of Competition*, p. 497.

La CNC consideró que «el contrato tiene un objeto anticompetitivo, y que el contenido de la carta-circular remitida a los abonados al suministro de gas supone una discriminación para el resto de los instaladores autorizados (en tanto que produce que más del 80 por 100 de las revisiones las realice ECA, que cada vez tienen menos posibilidades de realizar revisiones y produce una distorsión de la competencia, con las ventajas que al suministrador de gas le proporciona el conocer las necesidades de los usuarios y fechas de inspección, así como el poder ofrecer un servicio simultáneo de inspección-revisión no replicable por ningún agente con independencia de la facilidad de acceso al domicilio del usuario por su condición de suministrador, la garantía que éste le proporciona, etc.)».

BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, G. (1997), *Antitrust and the bounds of power*, Hart Publishing Oxford, 1997, pp. 58-63.
- BELLAMY & CHILD (2008), *European Community Law of Competition*, 6.^a edición, Peter ROTH y Vivien ROSE (eds.), Oxford University Press.
- COSTAS COMESAÑA, J. (1997), *Los Cárteles de Crisis; crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2008), *Comentario a la LDC*, «Artículo 1, Conductas colusorias», Universidad Antonio Nebrija de Madrid, Thomson-Civitas.
- DOBBS, I. y RICHARDS, P. (2005), «Output restriction as a measure of market power», *ECLR*, Issue 10, pp. 572-580.
- GHOSH, S. (2000), «Relaxing antitrust during economic downturns; a real options analysis of Appalachian Coals and the mailing firm defence», *Antitrust Law Journal*.
- HILL, N. (agosto 2008), «Analyzing mergers using capacity closures», *Economic Analysis Group Discussion Paper*, U.S. Department of Justice.
- HOVENKAMP, H. (1994), *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, Aspen Publishing.
- LEMLEY y LESLEY (mayo 2008), «Categorical analysis in antitrust jurisprudence», *Iowa Law Review*.
- MØLLGAARD, P. (junio 2006), «Assessment of damages in the district heating pipe cartel», preparado para un volumen sobre política de competencia que será publicado por Cambridge University Press. Department of Economics Copenhagen Business School.
- ORTIZ, MAÍLLO, IBÁÑEZ y LAMADRID (2008), *Manual de Derecho de la Competencia*, Tecnos.
- PAREDES, T. (1996), «Turning the failing firm defence into a success: a proposal to revise the horizontal merger guidelines», *Yale Journal on Regulation*.
- WEBER, S. (2000), *Federal Trade Commission hearings on the changing nature of competition in a global and innovation-driven age, 2000: A comparative look at failing firms and failing industries*, Brooklyn Law School.
- WRIGHT, J. (2006), «Antitrust Law and Competition for Distribution», *Yale Journal on Regulation*, 2006.