



digitales_

Manual de comportamiento en
materia de derecho de la
competencia_



Aprobado por la Junta
Directiva de digitalES,
el 10 de noviembre de
2017

introduccion_

El presente documento tiene por objeto exponer las directrices que informen la actuación en DIGITALES, Asociación Española para la digitalización, con el objeto de garantizar el debido cumplimiento de la legislación española y de la Unión Europea de defensa de la competencia.

DIGITALES tiene como fin la defensa en todos los ámbitos de los legítimos intereses de sus asociados, así como promover el desarrollo del sector económico y empresarial propio de la Asociación y cooperar para la definición y fomento de tales intereses.

Para conseguir estos objetivos, DIGITALES proporciona un foro de debate y discusión entre sus miembros. En el desempeño de las actividades propias para alcanzar los objetivos de DIGITALES, los socios llegarán a acuerdos y posiciones consensuadas en defensa de sus intereses y la industria en la que operan. Ante el eventual riesgo de que algunos de esos acuerdos o comportamientos pudieran ir más allá del marco permitido por el derecho de la competencia, DIGITALES considera pertinente establecer una serie de pautas y directrices de comportamiento interno de forma preventiva con el objeto de evitar posibles riesgos que pudieran vulnerar el derecho de la competencia.

DIGITALES está totalmente comprometida con el cumplimiento de la legislación española y de la Unión Europea de defensa de la competencia. Las actividades de DIGITALES no deben, bajo ningún concepto, dar lugar a una restricción o falseamiento de la competencia. En consecuencia, DIGITALES ha adoptado un conjunto de reglas precisas, obligatorias y prácticas para el trabajo de la Asociación, que se resumen en el presente Manual.

Este Manual está dirigido y obliga a todo el personal de DIGITALES, a los representantes de los asociados que participan en las actividades de DIGITALES, a los órganos de gobierno de la Asociación y a todos los que participan en las actividades de la Asociación. Con este Manual, se pretende orientar a los asociados de DIGITALES que participan en las actividades de la Asociación.

Declaración sobre derecho de la competencia_

Es de obligado cumplimiento de DIGITALES que sus miembros, personal y órganos de gobierno cumplan plenamente con la legislación aplicable en materia de defensa de la competencia cuando participan en actividades de DIGITALES.

La Ley española aplicable desde el 1 de septiembre de 2007 es la ley 15/2007, de 3 de julio (la "LDC"), que sustituyó a ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. También es aplicable la legislación de la Unión Europea en caso de que la conducta en cuestión sea susceptible de afectar de manera apreciable el comercio entre Estados miembros de la Unión Europea.

En este sentido, el artículo 1 LDC prohíbe por lo general y salvo excepciones *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional"*.

La legislación sobre defensa de la competencia prohíbe por tanto, muchos tipos de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores con respecto a los términos o condiciones en las que compiten. El intercambio de información estratégica, confidencial o sensible puede ser en sí mismo contrario a las normas de defensa de la competencia, aunque las compañías que participen en este intercambio no hayan alcanzado acuerdos contrarios a la competencia o puesto en marcha prácticas colusorias.

Es por ello que los empleados de DIGITALES y los asociados darán pleno cumplimiento al presente Manual. Estas directrices se aplicarán tanto a los debates de las reuniones formales, como a todas las discusiones informales, antes, durante y después de la reunión.

celebracion de reuniones

- (i) El personal de DIGITALES y los asociados participantes deberán haber leído y comprendido este Manual y la Declaración sobre Derecho de la Competencia incluido antes de asistir a las reuniones de DIGITALES.
- (ii) El personal de DIGITALES y los asociados participantes se asegurarán de que no se lleven a cabo discusiones, decisiones, acuerdos o comentarios espontáneos que pudieran ser contrarios a la legislación sobre defensa de la competencia durante las reuniones.
- (iii) En caso de que la conducta de un participante en una reunión de la Asociación supuestamente no cumpla con las normas de competencia, el personal de DIGITALES, el Presidente, Secretario, Tesorero o líder del Grupo de Trabajo le remitirá a este Manual y solicitará el cese inmediato de la conducta.
- (iv) El personal de DIGITALES, el Presidente, Secretario, Tesorero o líder del Grupo de Trabajo deberá interrumpir o suspender la discusión o incluso la reunión en caso de que sea necesaria alguna aclaración jurídica en un supuesto de duda de compatibilidad con el Derecho de la Competencia.
- (v) Los participantes deberán solicitar la terminación o aplazamiento del debate o la reunión si cuestionan la legalidad de la discusión sobre un tema determinado, a la luz de la normativa de competencia,. Cualesquiera de estas solicitudes se harán constar en el acta.
- (vi) El personal de DIGITALES y los representantes de los asociados se asegurarán de que los órdenes del día, actas o cualesquiera otros documentos no incluyan ningún asunto que pudiera ser contrario a las normas de defensa de la competencia.
- (vii) El personal de DIGITALES, el Presidente, Secretario, Tesorero o líder del Grupo de Trabajo deberán asegurarse de que no hay desviación del orden del día. En caso de que los participantes solicitasen tratar algún asunto no contemplado en el orden del día, el personal de DIGITALES, el Presidente, Secretario, Tesorero o líder del Grupo de Trabajo tendrán que someter a aprobación la desviación solicitada e incluir esta decisión en el acta.
- (viii) Los participantes se opondrán a la inclusión en el orden del día de nuevos temas que potencialmente pudieran ser contrarios a la legislación sobre defensa de la competencia. Dichas objeciones se harán constar en el acta.

pautas de comportamiento prohibidas y permitidas en el desarrollo de las reuniones_

(i) Se consideran actuaciones prohibidas:

Discutir o intercambiar información comercialmente sensible con otros participantes en las reuniones en relación con:

- Precios de la compañía / precios de la industria.
- Recomendaciones o cambio de precios, descuentos, concesiones, aplazamientos, condiciones de venta y pago.
- Métodos de cálculo de precios, lista de precios y, en general, cualquier mecanismo indirecto de establecimiento de precios.
- Condiciones ofertadas en concursos públicos.
- Datos en relación con costes, producción, capacidad, inventario, venta, etc.
- Cambios en las capacidades de producción en la compañía o en el sector.
- Asuntos relacionados con los proveedores o clientes individuales reales o potenciales.
- Cuestiones que podrían tener el objeto o el efecto de influir en la conducta del mercado.
- Listas negras o boicot a proveedores o clientes.
- Anunciar anticipadamente la modificación de condiciones comerciales.

Acordar expresa o tácitamente o realizar recomendaciones individuales, colectivas o cualquier otro tipo de comportamiento colusorio en relación con:

- Precios de la compañía, incluyendo, entre otros, listas de precio de referencia, precios netos o mínimos, componentes del precio tales como recargo o descuentos, o cualquier otro mecanismo indirecto de fijación de precios.
- Plazos de entrega, condiciones económicas de transporte, avales y garantías, condiciones de pago y demás condiciones comerciales o de servicio.
- Reparto de mercados, clientes, productos o fuentes de aprovisionamiento.
- Limitaciones de la publicidad (códigos de autorregulación que vayan más allá de lo previsto en la normativa de publicidad del sector y de lo indispensable para proteger el interés general).

Apoyar o dar cobertura de eventuales infracciones de la normativa de defensa de la competencia cometidas por entidades asociadas o clientes en el seno de DIGITALES.

(ii) Se consideran actuaciones permitidas:

Sólo se permitirá el intercambio de:

- Información pública sobre tendencias del mercado.
- Información estadística siempre que sea general, con datos históricos, no confidenciales, agregados y procesados que no permitan la identificación de empresas individuales.
- Información comercial sensible o confidencial sólo si es tratada por DIGITALES u otra institución neutral y siempre que la información publicada o distribuida sea de forma agregada y hecha pública de manera que no permita la identificación de empresas individuales.

(iii) En el caso de que un asociado tenga cualquier duda respecto a qué tipo de información podrá intercambiar o comunicar en el desarrollo de las reuniones de DIGITALES, antes de ser compartida con el resto de asociados deberá realizar con carácter previo la correspondiente consulta a su departamento legal.

documentos de posición, notas de prensa, boletines y otras herramientas de comunicación_

DIGITALES se asegurará de que ninguna publicación contenga texto u otro elemento que, intencionalmente o no, pudiera sugerir un acuerdo, práctica concertada o recomendación de DIGITALES o de sus socios que pudiera violar la legislación en materia de defensa de la competencia.



ANEXO

NORMATIVA APLICABLE

1. Acuerdos prohibidos

La Ley española aplicable desde el 1 de septiembre de 2007 es la ley 15/2007, de 3 de julio (la "LDC"), que sustituyó a ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. También es aplicable la legislación de la Unión Europea en caso de que la conducta en cuestión sea susceptible de afectar de manera apreciable el comercio entre Estados miembros de la Unión Europea. En todo caso se recomienda del mismo modo tener presente lo señalado por la CNMC en su Guía de la Comisión Nacional de Competencia sobre Asociaciones Empresariales¹.

En este sentido, el artículo 1 LDC prohíbe *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional"*.

Este artículo prohíbe una amplia tipología de acuerdos como, por ejemplo, los relativos al boicot colectivo a otras empresas, a la fijación de precios, al reparto de mercados o clientes, a la limitación de la producción o la distribución, a la fijación de condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, a ciertos intercambios de información sensible entre competidores o a la participación coordinada en concursos públicos. La prohibición puede aplicarse tanto a acuerdos entre competidores (horizontales) como entre no competidores (relaciones entre operadores dentro de la cadena de distribución, "verticales").

2. Acuerdos restrictivos lícitos

(i) Acuerdos de menor importancia

Según el artículo 5 LDC, las conductas restrictivas que, por su menor importancia, no sean susceptibles de afectar apreciablemente la competencia en el mercado están exentas de la prohibición. El concepto "menor importancia" queda definido en el Capítulo I del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (el RD 261/2008).

La consideración de una conducta como de "menor importancia" consiste en su escasa trascendencia para el mercado en términos de aptitud para restringir la competencia. Esta idea genérica suele concretarse, por un lado, en la fijación de un determinado umbral de cuota de mercado conjunta de las empresas afectadas por debajo de la cual se entenderá que los acuerdos son de "menor importancia" (y, por tanto, no estarían prohibidos) y, por otro, en la identificación de algunas restricciones especialmente graves (concepto recogido en el punto 2.iii de este Manual) cuya presencia elimina toda posibilidad de considerar un acuerdo como de

¹ https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185648_0.pdf

“menor importancia”.

(ii) Umbral de cuota de mercado

El RD 261/2008 establece, en líneas generales, que se consideran “de menor importancia” los acuerdos entre empresas competidoras cuya cuota conjunta de mercado no supere el 10% y los acuerdos entre empresas no competidoras cuya cuota de mercado no supere el 15% en ninguno de los “mercados relevantes” afectados por el acuerdo. El “mercado relevante” es un concepto que ha sido precisado en los numerosos precedentes existentes y que no coincide necesariamente con el “mercado” desde el punto de vista de la actividad comercial de la empresa. La Comisión Europea define los mercados relevantes desde una doble óptica:

- ✓ el mercado de producto o servicio, que comprende “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”;
- ✓ el mercado geográfico, que integra “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográfica próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

(iii) Restricciones especialmente graves

Como ya se ha indicado, la existencia de algunas restricciones especialmente graves elimina la posibilidad de considerar un acuerdo como de “menor importancia” o de que el acuerdo se pueda examinar a la luz de otros reglamentos de exención. Estas restricciones son, para los acuerdos entre competidores, la fijación de precios de venta, la limitación de la producción o las ventas y el reparto de mercados o clientes, y potencialmente, aquellas actuaciones que indirectamente tengan ese resultado.

Para los acuerdos entre no competidores las restricciones son, entre otras, limitar la libertad del distribuidor para determinar el precio de venta y restringir el territorio o los clientes a los que el distribuidor puede vender (a excepción de las ventas activas).

Para ampliar información sobre este punto, puede consultarse el artículo 4 del Reglamento 330/2010 de la Comisión Europea, de 20 de abril, sobre Acuerdos Verticales

3. Acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico

No están prohibidos los acuerdos que, siendo restrictivos, contribuyen a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, en la medida en que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de estas ventajas, no impongan restricciones que no sean

indispensables para la consecución de aquellos objetivos y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados (artículo 1.3 LDC).

Bajo la LDC se impone un sistema de autoevaluación de modo que serán las propias empresas, las que habrán de evaluar si los acuerdos que celebren cumplen los requisitos del artículo 1.3 y, por tanto, resultan lícitos. A tal efecto existen diversos Reglamentos y Comunicaciones de la Comisión Europea sobre acuerdos específicos (normalización, I+D, especialización, transferencia de tecnología, etc.) y genéricos, como la Guía de la Comisión Nacional de Competencia sobre Asociaciones empresariales.

4. **Aplicación de las normas a asociaciones de empresas**

La prohibición recogida en el artículo 1 LDC se aplica tanto a las empresas como a las asociaciones de empresas. La norma prohíbe expresamente las decisiones y recomendaciones colectivas que sean restrictivas de la competencia; la noción "decisiones y recomendaciones colectivas" se refiere a las directrices y acuerdos emanados de las asociaciones sectoriales, con independencia de que sean o no vinculantes para los asociados. En general, el artículo 1 LDC prohíbe cualquier decisión o recomendación adoptada por una asociación de empresas que sea susceptible de influir sobre la actuación comercial de sus asociados.

En este sentido, existen numerosos precedentes en los que las autoridades españolas han sancionado a asociaciones empresariales por dirigir a sus asociados recomendaciones colectivas.

Finalmente, la vulneración del artículo 1 LDC puede resultar no sólo de acuerdos entre empresas, o de decisiones y recomendaciones colectivas de asociaciones, sino también de "prácticas concertadas". Se trata de una forma de coordinación entre empresas competidoras que, sin suponer un acuerdo propiamente dicho, implica "de facto" una cooperación entre ellas. La existencia de una práctica concertada requiere un comportamiento paralelo entre competidores y un mecanismo de contacto o coordinación previo. La asistencia de las empresas a las reuniones de la asociación sectorial a la que pertenecen puede satisfacer este requisito, en especial si la conducta paralela comienza a detectarse tras la celebración de la reunión. Las formas de la concertación pueden ser muy variadas, como pone de manifiesto la diversidad de decisiones existentes a este respecto tanto en el ámbito español como en el de la Unión Europea.

5. **Sanciones**

Las infracciones de la LDC pueden dar lugar a la imposición de multas de elevado importe a las empresas o asociaciones empresariales autoras.

La nueva Ley gradúa las infracciones en función de su gravedad:

- ✓ infracciones leves (entre otras, las relativas a cuestiones relacionadas con el deber de colaboración con la autoridad de competencia o de notificación de operaciones de concentración): multa de hasta el 1% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa;
- ✓ infracciones graves (entre otras, los acuerdos y demás conductas prohibidas señaladas anteriormente entre empresas que no sean competidoras): multa de hasta el 5% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio

anterior al de la imposición de la multa; e

- ✓ infracciones muy graves (entre otras, los acuerdos y demás conductas prohibidas señaladas anteriormente entre empresas que sean competidoras); multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

Cuando la autoridad lo considere indispensable para poner fin a la lesión de la competencia, podrá sancionar a los infractores mediante la imposición de condiciones estructurales (i.e. desinversiones de activos o de ramas de negocio).

También se contemplan sanciones de hasta 60.000 euros a determinadas personas físicas (p.ej. representantes legales o miembros de los órganos directivos de las empresas o asociaciones infractoras) que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. La Ley prevé expresamente que quedan excluidas de esta sanción las personas que no hubieran asistido a las reuniones en las que se alcanzaron los acuerdos o hubieran votado en contra o salvado su voto.

Por lo que se refiere a las asociaciones empresariales a las que se haya impuesto una multa por infracción de las normas de competencia pero no sean solventes, la LDC prevé que la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. Si los miembros se negaran a aportar dichas contribuciones en el plazo fijado, la autoridad podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de los miembros cuyos representantes pertenezcan a los órganos de gobierno de la asociación. Sin embargo, no podrá exigirse este pago a aquellos miembros que demuestren que: o no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción, o ignoraban su existencia, o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.

Por último, cabe recordar que los acuerdos, decisiones o recomendaciones contrarios a la normativa de defensa de la competencia son nulos de pleno derecho, por lo que no podrá exigirse su cumplimiento. Además, la vulneración de dicha normativa permite que los terceros que hayan sufrido pérdidas económicas o perjuicios como resultado del acuerdo o decisión ilegal reclamen judicialmente la correspondiente indemnización por el daño causado.

6. Programa de exención o reducción de multas (clemencia)

Los programas de exención o reducción de multas (programas de clemencia) implican que la autoridad de defensa de la competencia garantiza a la empresa miembro de un cartel la exención o reducción de multas a cambio de su colaboración mediante la aportación de información y documentación que permita a la autoridad declarar la infracción correspondiente o llevar a cabo una inspección. La LDC introduce estos programas en el sistema español de defensa de la competencia. La Ley prevé dos supuestos: la exención y la reducción de la multa. Podrá beneficiarse de exención en la multa la primera empresa participante de un cartel que:

- ✓ aporte elementos de prueba suficientes para ordenar una inspección, o
- ✓ aporte elementos de prueba que permitan comprobar la existencia de una infracción.

En ambos casos, la exención se concederá siempre y cuando la autoridad de defensa de la competencia no disponga ya de elementos suficientes, en un caso, para ordenar la inspección y, en el otro, para declarar la infracción. Adicionalmente, la Ley exige de

la empresa que quiera beneficiarse de la exención el cumplimiento de una serie de requisitos:

- ✓ Cooperación plena, continua y diligente a lo largo de todo el procedimiento administrativo.
- ✓ Poner fin a la participación en el cartel salvo que la autoridad de competencia le indique lo contrario.
- ✓ No haber destruido elementos de prueba.
- ✓ No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en el cartel.

En caso de no ser la primera empresa en aportar estos elementos de prueba, o que la autoridad de defensa de la competencia ya dispusiera de información suficiente para llevar a cabo una inspección o declarar una infracción, las empresas participantes en un cartel podrán solicitar la reducción de la multa aportando la información y documentación que tengan a su disposición y que supongan un valor añadido significativo respecto a los elementos de los que ya disponga la autoridad. Las reducciones serán de entre el 30% y el 50% para la primera de estas empresas; de entre el 20% y el 30% para la segunda, y hasta del 20% para las empresas siguientes.

d.
es