



Ciente: Asociación Provincial de Autoescuelas de Granada

Informe

Estudio sobre la legalidad del uso de mecanismos jurídicos que permitan fijar precios comunes a todas las autoescuelas asociadas

En Granada, a 20 de octubre de 2015

INFORME

Que emiten el letrado Dr. D. Javier López y García de la Serrana, director de la sociedad profesional **HispaColex, S.L.P.**, y el Profesor Titular de Derecho Mercantil Dr. D. Fco. Javier Maldonado Molina, Consejero Académico de **HispaColex, S.L.P.**, inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Granada con el número 1, a instancia de la Asociación Provincial de Autoescuelas de Granada.

Cuestión planteada:

Se nos solicita Informe sobre la creación de una figura jurídica, en particular una UTE, que permita unificar precios sin infringir la legislación sobre defensa de la competencia.

Sumario

1. Libre fijación de precios por autoescuelas y restricción de la libre competencia
2. La creación de sociedades instrumentales para comercializar los servicios de autoescuela y la legislación antitrust
3. ¿Cuándo sería lícita la creación de sociedades participadas u otros acuerdos de colaboración entre varias autoescuelas, desde el punto de vista de la legislación de defensa de la competencia?
4. ¿Qué pueden hacer las autoescuelas si consideran que otras autoescuelas practican competencia desleal?
5. Conclusiones

1. Libre fijación de precios por autoescuelas y restricción de la libre competencia

Hay que partir de que la fijación de precios es libre. A ello debe añadirse que la legislación antitrust prohíbe cualquier conducta que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, y en particular las que tengan por objeto o puedan producir el efecto de fijar directa o indirectamente los precios. La fijación de precios se considera una de las conductas más nocivas contra la libre competencia.

Art. 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

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

Art. 1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

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

Como se conoce, han sido numerosos los casos en los que las autoridades de defensa de la competencia han sancionado a asociaciones empresariales de autoescuelas por haber incurrido en este ilícito, a través de recomendaciones de precios:

- Caso Autoescuelas Tenerife: Resolución de 23 mayo 2000 del Tribunal de Defensa de la Competencia. Recomendación colectiva por la **Asociación de Autoescuelas de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife** de precios mínimos en las tarifas que cobran las autoescuelas para la obtención del permiso de conducir tipo B-1, restricción de la competencia al emitir indudables señales corporativas que transmiten pautas de homogeneización de precios y condiciones comerciales: responsabilidad de la asociación aunque las autoescuelas no hayan efectuado un seguimiento de la misma. Se sanciona a la Asociación con una multa de 42.070,85 euros.
- Caso Autoescuelas Alcalá: Resolución de 9 marzo 2000 del Tribunal de Defensa de la Competencia. Se acredita la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por parte de la **Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares** consistente en haber recomendado colectivamente a sus asociados la aplicación de unos precios máximos y, sobre todo, mínimos en las tarifas que cobran las autoescuelas para la obtención del carnet de conducir, con posibles sanciones disciplinarias por parte de la Agrupación. Se sanciona a la Asociación con una multa de 90.151,816 euros (concurría otra infracción: Acuerdo de la

Asamblea de la Asociación por el que se estipula la obligatoriedad de comprar el material didáctico a través de la misma).

- Caso Autoescuelas Extremadura: Resolución de 16 febrero 2005 del Tribunal de Defensa de la Competencia. Se declara acreditada la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la recomendación de precios por parte de la **Asociación Provincial de Autoescuelas de Badajoz** a sus asociados. Se sanciona a la Asociación con una multa de 60.000 euros, y a varias autoescuelas con una multa de 6.000 euros.
- Caso Autoescuelas de Vigo: Resolución de 27 de diciembre de 2007 del Tribunal Galego de Defensa da Competencia. Se declara responsable a la **Asociación Provincial de Autoescuelas de Pontevedra** de la realización de una recomendación colectiva de precios a sus asociados, práctica prohibida por el art. 1.1.a) de la Ley de defensa de la competencia (LDC) y se imponer a la citada Asociación una multa de 75.000 euros. Además se imponen sanciones a numerosas autoescuelas como responsables de la realización de una práctica concertada, prohibida por el art. 1.1.a) de la LDC, consistente en la fijación de precios para la obtención del permiso de conducir tipo B.

En tramitación, cabe mencionar la apertura con fecha 14 de agosto de 2014, de un expediente sancionador contra la **Asociación Provincial de Autoescuelas de Sevilla**, por parte de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, y que en estas fechas ha de estar próximo a ser resuelto.

De otro lado, existen muchos casos en los que los sujetos infractores han sido las propias autoescuelas, sin constar la intervención de asociación empresarial alguna:

- Resolución de 18 diciembre 1998 del Tribunal de Defensa de la Competencia, por la que se declara acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia consistente en una práctica concertada para aplicar las mismas tarifas generales, para la obtención del carné de conducir tipo B-1, por autoescuelas de **Collado-Villalba**.
- Resolución de 4 marzo 2003 del Tribunal de Defensa de la Competencia, por la que se declara acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, consistente en prácticas concertadas para aplicar las mismas tarifas en la enseñanza para la obtención del permiso de conducir tipo B por autoescuelas de **Coslada**.
- Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón de 8 de octubre

de 2013, por el que se declara acreditada la existencia de una concertación de precios prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de la preparación para la obtención del permiso de conducir tipo "B" en la ciudad de **Zaragoza**.

- Resolución de 23 de junio de 2005 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, por la que se declaró acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la adopción de una práctica concertada para aplicar las mismas tarifas en la enseñanza para la obtención del permiso de conducción tipo B por parte de autoescuelas del municipio de **Badalona**.
- Resolución de 21 de julio de 2005 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, por la que se impusieron sanciones de multa a quince autoescuelas de **Sabadell** a consecuencia de la realización de una conducta restrictiva de la competencia, consistente en la concertación de precios de las cuotas de inscripción y clases para la obtención de los permisos de conducir B, A y A1
- Resolución de 23 de noviembre del 2005 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, por la que se acordó sancionar a 27 Autoescuelas de **l'Hospitalet de Llobregat** por una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en prácticas concertadas para coordinar las tarifas para la obtención del permiso de conducir del tipo B por parte de autoescuelas de ese municipio.
- Resolución de 29 de abril de 2015, del Consejo Vasco de la Competencia, en la que se declara acreditada una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia y se imponen sanciones de multa a varias autoescuelas de **Vitoria**.

Últimamente se ha iniciado un expediente contra varias **autoescuelas de Alcalá de Henares**, en la que también es parte interesada a la **Asociación Provincial de Autoescuelas de Madrid** (Expte. SA 7/2015 Autoescuela Alcalá de Henares 2), por parte de la autoridad de defensa de la competencia de la Comunidad de Madrid (Viceconsejería de Innovación, Industria, Comercio y Consumo de la Consejería de Economía y Hacienda), en relación a los “certificados gremiales” emitidos para fijar el lucro cesante. Cabría por último citar otros expedientes en los que no se ha sancionado por considerar prescrita la infracción, de haberse cometido, como es el caso del asunto “**Autoescuelas de Teruel**” (Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón de 25 de junio de 2014).

2. La creación de sociedades instrumentales para comercializar los servicios de autoescuela y la legislación antitrust

La legislación antitrust describe de manera amplia diferentes conductas que pueden ser fuente de colusión, entendimiento o concierto de voluntades, contrarias a la libre competencia. Hay que partir que el encaje de una conducta (por ejemplo, el acuerdo de crear una sociedad instrumental, sea una UTE o cualquier otra) en una categoría u otra no es el factor más relevante para considerar vulnerada la prohibición contenida en el art. 1º LDC, sino que **lo relevante es que la conducta sea anticompetitiva por su objeto o por su efecto.**

Esto es, cualquier fórmula que de forma directa o indirecta suponga fijar precios, es un acto antitrust, salvo que concurren las circunstancias que permiten calificar esa fórmula como “procompetitiva” (arts. 1.3 LDC y art. 101.3 TFUE), según se expondrá. Por tanto, anticipamos, **resulta estéril acudir a cualquier forma o fórmula jurídica pensando que con ella una conducta antitrust será lícita: para la legislación sobre defensa de la competencia es irrelevante la forma en que se articulen los actos restrictivos de la competencia.**

Aunque como se ha expuesto, la conducta por la que se ha venido sancionando a las Asociaciones de Autoescuelas haya sido por realizar recomendaciones colectivas, hay que tener claro que **acordar la creación de una sociedad instrumental, sea una UTE o cualquier fórmula jurídica, a instancia de la Asociación Provincial Autoescuelas de Granada, con el objeto real (aunque se simule otro) de unificar precios al comercializar los servicios, es una conducta ilícita.** Igualmente hay que tener claro que **si quienes formen parte de una sociedad instrumental finalmente conciertan precios, estarán incurriendo en una conducta ilícita sancionable.**

Es evidente que la sociedad a crear se utilizaría como un instrumento para articular un cártel encubierto para incurrir en actividades que prohibidas (la fijación de precios). Y

lo mismo sucede respecto de cualquier otra fórmula artificial que se plantee. En particular, **la fórmula UTE resulta especialmente llamativa, porque la Unión Temporal de Empresas es una fórmula diseñada legalmente para permitir sumar capacidades en los procesos públicos de selección**, permitiendo una cooperación interempresarial puntual y temporal, sin crear una nueva sociedad (la UTE carece de personalidad jurídica) y manteniendo la independencia jurídica de las empresas que cooperan.

Dado que en la consulta se alude a la formalización de una UTE o la constitución de una sociedad, cabe citar cuatro ejemplos de lo que ahora se pretende, dos de ellos sobre UTE, y que como es lógico fueron considerados ilícitos antritrust:

a) **Formalización de una UTE** entre varias empresas para presentar una oferta conjunta a un concurso público, cuando todas ellas disponía de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y por tanto podían concurrir a ella de forma individual. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en Resolución de 20 enero 2003 (Caso Terapias Respiratorias Domiciliarias), consideró que tal UTE podía suponer una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, señalando que “En el caso presente las empresas pueden haber adoptado la forma de Unión Temporal con el legítimo objeto de acogerse al régimen tributario que la Ley 18/1982 establece, pero ello no impide que esta Unión Temporal pueda tener efectos anticompetitivos si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido, sin que parezca que pueda atribuirse el efecto positivo señalado por el Servicio de que «gracias a dicha Unión el INSALUD puede ofrecer los servicios incorporados al concurso de forma generalizada a todas las áreas a unos precios muy ventajosos», si todos los concursantes ofrecieron la máxima reducción de precios compatible con las bases del concurso”. Esto es, si bien la UTE puede considerarse una figura procompetitiva si se trata de permitir la adjudicación un concurso, con carácter temporal y con el positivo efecto de ofrecer los servicios licitados a un precio muy ventajoso, en los casos en los que no sea precisa la unión, es posible que nos encontremos con una conducta anticompetitiva.

b) **Formalización de una UTE** entre varias empresas de manera lícita para concurrir a un concurso, pero aprovechar la existencia de la UTE para limitar la competencia más allá de los servicios para los que se obtuvo el contrato público. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en Resolución de 20 de septiembre de 2006 (*caso Ambulancias Conquenses*), sancionó con las siguientes multas: Justo López Bono, SL 27.000 €; Ambulancias Conquenses, SL 40.500 €; Juan Antonio 27.000 €; Julio 36.000 €; Victoriano 31.500 €.; José 31.500 €.; Servicios Mixtos Nuestra Señora de Rus, SL 36.000 €; Salvador 31.500 €; Ambulancias Griñón Bueno 31.500 €; Lucas Zamora Solano/Ambulancias Lucas, SL 49.500 €; Luís 31.500 €, Emergencias Cuenca, SL 85.500 €; Arístides 40.500 €.

Pues bien, estos mismos empresarios decidieron optar por otra forma jurídica (SRL), y de nuevo más recientemente la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en Resolución de 23 julio 2013 (*caso Ambulancias Conquenses*) les ha vuelto a sancionar:

*“el Consejo coincide con la Dirección de Investigación en que la constitución de TSC tiene el mismo objeto y efecto de reparto del mercado de servicios de transporte sanitario terrestre privado de personas a empresas en la provincia de Cuenca que se sancionó en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 septiembre de 2006. Se trata de un acuerdo entre competidores que elimina voluntaria y conscientemente la competencia entre ellos, y **el hecho de que el acuerdo se haya formalizado bajo el paraguas de una entidad jurídica constituida legalmente, en este caso una S.L., no convierte automáticamente dicho acuerdo en lícito bajo la normativa de defensa de la competencia.** Es decir, que si agruparse en una UTE para realizar una oferta conjunta de prestación de servicios de transporte sanitario a empresas privadas fue sancionado en 2006 como un reparto del mercado prohibido por el artículo 1 LDC, no otra calificación jurídica puede merecer la agrupación en una Sociedad Limitada para realizar la misma conducta, por quienes a fecha de 2012 son titulares del 97% de las ambulancias autorizadas en la provincia de Cuenca”.*

c) **Constitución de una SRL** por diecisiete artesanos-empresarios, empresas y comerciantes individuales que se dedicaban, entre otras actividades, a la actividad de arte funerario (nichos e inscripciones), denominada «Arte Funerario Madrid, S.L.»,



acordando que esta sociedad contrataría con los terceros, pero que una vez conseguidos contratos los daría a sus socios para que los realicen. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en Resolución de 25 de octubre de 2000, denegó la autorización solicitada por considerar que *“no es posible conceder la autorización en este caso puesto que, al limitar la competencia creando un ámbito de colusión para fijar precios y condiciones, no sólo no permite a los usuarios y clientes potenciales participar de sus ventajas, sino que les puede perjudicar notablemente, especialmente a los particulares. El acuerdo consiente, e incluso propicia, que las empresas partícipes tengan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. Entiende el Tribunal entonces, tal y como también es expresado por el Servicio, que **no se está pidiendo autorización para la creación de una empresa en participación con autonomía comercial y financiera para el desarrollo de actividades,** para lo cual se necesitarían unos recursos propios superiores y la desvinculación e independencia respecto a los partícipes, sino que se trata de un acuerdo de cooperación para las denominadas por la solicitante «acciones comerciales conjuntas», venta en común, publicidad en común, etc., y que dicho acuerdo se ha planeado y concretado en la creación de la sociedad «Arte Funerario Madrid, SA», sociedad puramente instrumental”*.

d) **Constitución de una Agrupación de Interés Económico** compuesta por todos los socios de una asociación de empresarios del sector del transporte sanitario (Asociación Orensana de Ambulancias), habiéndose fijado como objeto “auxiliar de las actividades que desarrollen los socios, será 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”. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en Resolución de 5 junio 2006 (“Caso Ambulancias Orense”), declaró que se infringía el artículo 1 LDC, no por fijación de precios sino por reparto de mercado, al eludir la competencia entre las empresas asociados en los procedimientos de adjudicación de contratos con las Administraciones públicas, sustituyendo ese procedimiento selectivo por un reparto pactado de antemano. Declaró que *“El acuerdo descrito es, en sí mismo, constitutivo de una infracción del artículo 1*



de la Ley de Defensa de la Competencia que 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, suponiendo en particular lo previsto en el apartado c) de ese precepto, que se refiere al reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Resulta incontrovertido que con lo pactado entre las empresas de ambulancias de Orense se pretende repartir entre ellas el trabajo que resulte de las contrataciones con las Administraciones públicas y con entes privados, con independencia en el primer caso del resultado de los procedimientos de adjudicación y utilizando como instrumento la constitución de una Agrupación de Interés Económico”.

En definitiva, **en el caso de las Autoescuelas, en las que a priori la UTE no sería para concurrir a ningún concurso público, ni caso de existir tal concurso le permitiría ir más allá que a lo que deriva del servicio al que se concurra, su existencia no habría cómo justificarla.**

3. ¿Cuándo sería lícita la creación de sociedades participadas u otros acuerdos de colaboración entre varias autoescuelas, desde el punto de vista de la legislación de defensa de la competencia?

Las autoridades de defensa de la competencia han calificado como lícita, autorizando incluso, la creación de sociedades instrumentales para mejorar la gestión conjunta de aspectos comunes a varias empresas, *siempre que no impliquen acuerdos de fijación de precios ni afecten a la libertad para definir los productos o condiciones comerciales.* Así por ejemplo, en el año 2000, el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución de 19 octubre 2000) declaró que el acuerdo de constitución de una sociedad participada conjuntamente para la venta de billetes de transporte aéreo, notificado por Spanair, SA y Scandinavian Airlines System Consortium –SAS–, en los términos objeto del mismo no está incluido entre las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO. En el presente caso se trata de un acuerdo entre empresas



*competidoras cuyo objeto obviamente es la colaboración en la venta de sus productos. Sin embargo, dicha colaboración se limita a la creación de unos medios instrumentales para dicha venta y **no implica acuerdos de fijación de precios, ni afecta a la libertad de cada una de las empresas para definir sus productos ni sus condiciones comerciales.***

En efecto, Fuerza de Ventas, SA no tiene autonomía comercial, actuando en todo momento en nombre y por cuenta de cada una de las compañías aéreas, ya sean sus accionistas o sus clientes, como un intento de aumentar su eficiencia a través de mecanismos computerizados y telefónicos en la gestión y administración de la emisión y venta de billetes. Además, la organización de ventas que se constituye no es exclusiva, permitiéndose, asimismo, a ambas partes que sigan disponiendo de su propia estructura de ventas.

Por todo ello, el Tribunal considera que se trata de un acuerdo entre empresas cuyo objeto o efecto no es impedir, restringir o falsear la competencia, no siendo, por tanto, un acuerdo de los tipificados en el art. 1 LDC, sino una cooperación lícita, no requiriendo autorización singular, como acertadamente sostiene el Servicio.

***TERCERO.** No obstante, esta apreciación del Tribunal se basa en la declaración expresa de las solicitantes, por lo que si la empresa que se crea fuera utilizada para coordinar sus políticas comerciales podría tal comportamiento constituir una práctica prohibida por la LDC.*

Sin embargo, en otros supuestos, las autoridades de defensa de la competencia han considerado que la creación de sociedades instrumentales no es algo de lo que pueden resultar beneficiados los consumidores, sino que al tener por objeto o poder producir el efecto de que se fijen los precios, deben ser considerados actos ilícitos.

Hay que advertir que la Ley de Defensa de la Competencia (igual que el art. 101.3 del TFUE) prevé una exención legal, mediante el sistema de autoevaluación (no es posible solicitar la previa autorización singular de las autoridades de defensa de la competencia), para las conductas *procompetitivas*, siempre que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, y no impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para conseguir mejorar la comercialización de los servicios, entre otros requisitos:

Art. 1.3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a

promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

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

Parece evidente (1) que la fijación de precios a través de sociedades instrumentales no permite a los consumidores o usuarios de las autoescuelas participar de forma equitativa de las ventajas de ese pacto, se articule como se articule; (2) que la fijación de precios tampoco es indispensable para mejorar la gestión de las autoescuelas; (3) y que además elimina la competencia respecto del elemento esencial de la libre competencia: el precio.

Para determinar si un acuerdo de comercialización conjunto entre varias autoescuelas puede tener encaje en la exención legal prevista en el art. 1.3 LDC (y en el art. 101.3 TFUE), habría que atender a lo recogido en las **Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal** (2011/C 11/01). Para empezar, la Comisión Europea advierte sobre las restricciones de la competencia por su objeto a que pueden dar lugar los acuerdos de comercialización entre prestadores de servicios competidores:

234. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos que se limitan a la venta conjunta suelen tener el objeto de coordinar la política de fijación de precios de fabricantes o prestadores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos tengan por objeto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.

235. Esta evaluación no cambia si el acuerdo no es exclusivo, es decir, si las partes tienen libertad para vender individualmente al margen del acuerdo,

siempre que se pueda concluir que este dará lugar a una coordinación global de los precios aplicados por las partes.

Y seguidamente, en estas Directrices se especifica cuándo a pesar de ser una conducta restrictiva de la competencia (art. 101.1 TFUE) resulta aplicable la exención prevista en el artículo 101.3 TFUE por el hecho de dar lugar a eficiencias significativas. Y advierten lo siguiente en cuanto a los cuatro requisitos que deberían concurrir; basta que no concurra uno de ellos para excluir la aplicación de la exención ya que los mismos son acumulativos (Sentencia Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2013):

6.4.1. Mejoras de eficiencia

246. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. **Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable**, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales.

6.4.2. Carácter indispensable

249. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para **aquellos acuerdos que implican la fijación de precios** o el reparto del mercado, que **solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales**.

6.4.3. Beneficio para los consumidores

250. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. **Esto puede consistir en menores precios** o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, **cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia**. Cuando las partes tengan una cuota de mercado conjunta inferior al 15 %, es probable que cualesquiera mejoras de eficiencia demostradas resultantes del acuerdo beneficien suficientemente a los consumidores.

6.4.4. *No eliminación de la competencia*

251. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

4. ¿Qué pueden hacer las autoescuelas si consideran que otras autoescuelas practican competencia desleal?

Cuando varios empresarios o las asociaciones de empresarios tratan de articular algún sistema de fijación de precios, suele ser porque consideran que hay otros empresarios que practican una política de precios agresiva y desleal. Por ello, lo primero que conviene recordar es cuándo califica la Ley como “desleal” la competencia de los empresarios por fijar precios inferiores a los que se vienen fijando de manera general en el sector, y cómo han aplicado el régimen legal los tribunales respecto a la actuación de algunas autoescuelas. En el entendido que una competencia puede ser calificada como incorrecta (desleal) por otros muchos motivos (por ejemplo, por publicidad engañosa).

Dentro de un sistema competitivo, cada empresario participante en el mercado debe poder fijar libremente el precio de sus servicios, por lo que si algunas autoescuelas fijan unos precios muy inferiores a los del resto de las autoescuelas, ello no puede calificarse a priori como una conducta legalmente reprochable, ni como competencia desleal. Sería una muestra de la libre competencia que quiere el Estado. Ni siquiera es desleal la fijación de unos precios que no permitan cubrir los costes (“venta a pérdida” o por debajo de coste), salvo que concurra una intencionalidad: que forme parte de una estrategia predatoria encaminada no a ganar clientes, sino a acabar con otro u otros competidores, de modo que el competidor que por sus condiciones de liquidez no pueda seguir la “guerra de precios con venta a pérdida” se vea forzado a abandonar el mercado.

En concreto, establece la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que

Art. 17 LCD.

1. *Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre.*

2. *No obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal en los siguientes casos:*

a) *Cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento.*

b) *Cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos.*

c) *Cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.*

Las circunstancias que deben concurrir para considerar desleal la venta a pérdida, han sido expuestas por ejemplo en la Sentencia num. 105/2014 de 19 mayo de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª):

La venta a pérdida, tal y como se desprende del propio artículo 17.1 LCD es, en principio, lícita (en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 12 May. 199 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 Dic. 1.998, entre otras), **sólo excepcionalmente puede considerarse un acto de competencia desleal**; en particular, si en el caso considerado concurre alguna de las circunstancias expresa y exhaustivamente establecidas en el artículo 17.2 LCD , esto es, si induce a error a los consumidores sobre el nivel de precios de las restantes prestaciones ofrecidas en el establecimiento, desprestigia los productos vendidos a pérdidas o la imagen de otros establecimientos o tiene una finalidad predatoria. Por exigencias del principio de libertad de precios, y del modo antes apuntado, el reproche de deslealtad de la venta a pérdida debe fundarse en una apreciación rigurosa y restrictiva de estas circunstancias. Del mismo modo, el carácter objetivo que de forma general presta el artículo 4 Ley recompetencia Desleal al ilícito impone la necesidad de otorgar mayor relevancia a los elementos y circunstancias de esta naturaleza, sin que por ello sea lícito forzar los términos legales ("encaminadas") para hacer del juicio de deslealtad en este ámbito un juicio de intenciones.

El punto inicial del análisis ha de ser la constatación de una venta a pérdida o lo que es lo mismo, la realización de ventas por debajo de los costes variables o por debajo de los costes totales en el supuesto de que el tamaño del mercado no permita absorber a largo plazo los costes fijos sin un incremento del precio de venta por encima de los costes totales. Ahora bien, a esta constatación de una venta a pérdida ha de seguir la comprobación de que se inserta en una estrategia predatoria, esto es, que posee carácter sistemático y continuado, a la vez de comprobar que la venta a pérdida carece de toda justificación



competitiva objetiva, y si se combina con otras medidas igualmente orientadas a expulsar o alejar del mercado a los competidores existentes o potenciales, del mismo modo que debe llevarse a cabo una precisa delimitación del mercado relevante y de los sujetos que operan actualmente en el mismo y los potenciales entrantes, con el fin de establecer si, en efecto, concurren las condiciones bajo las cuales resulta racional emprender una estrategia predatoria, esto es, bajo las cuales cabe razonablemente esperar una recuperación de costes tras la expulsión o alejamiento de los competidores, o bien si en el caso concurren circunstancias de orden excepcional que alientan la puesta en marcha de semejante política cuando no sea económicamente racional.

Finalmente, deberemos examinar si, atendidas las circunstancias del caso, la estrategia identificada y en la que se integra la venta a pérdida, es efectivamente adecuada para expulsar a un competidor o grupo de competidores de mercado o para alejar del mismo a potenciales entrantes, pues no debe considerarse desleal ni la venta a pérdida que da lugar a una pérdida de cuota de mercado que permite a los competidores afectados mantenerse en el mercado ni la venta a pérdida que impide el lanzamiento de un nuevo producto o servicio o saca del mercado un producto o servicio ya implantado sin poner en riesgo la pervivencia de sus oferentes.

Trasladando esa doctrina a la fijación de precios por autoescuelas, resultaría que para calificar como desleal la conducta de una autoescuela por fijar unos precios por debajo de coste:

- a) en primer término debería quedar acreditada que el precio fijado es por debajo del coste
- b) y en segundo lugar, que esa conducta se inserta en una estrategia predatoria, esto es, que posee carácter sistemático y continuado

En general, no es frecuente que los tribunales admitan que se dé esta segunda circunstancia, teniendo en cuenta además que al encontrarnos ante una prohibición que es la excepción a la regla general (libre fijación de precios), se impone una interpretación restrictiva.

En cuanto a su aplicación judicial respecto al mercado de las autoescuelas, se ha estimado la existencia de competencia desleal por venta a pérdida, en un caso en el que la autoescuela predatoria trataba de eliminar a la única autoescuela existente en su

localidad junto a la del empresario desleal, soportando los costes con otras actividades económicas (asesoría fiscal/agencia de seguros). Se trata del supuesto objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de mayo de 2005, en la que declara respecto a una localidad de la provincia de Alicante que *“la posibilidad de mantener esos precios «a la baja» deriva de la existencia, en la Empresa demandada, de otras actividades, cuyo sustento físico y de servicios compartidos permiten realizar aquélla baja, y en ello consiste la conducta desleal, que trata de imponer esos precios no mantenibles para otra Empresa que no tenga la pluralidad de servicios referida, y que la obligue a la pérdida constante, bien de clientela, bien de tener que ofertar también precios por debajo de lo razonable”*.

Sin embargo, se ha desestimado en un supuesto en que no se acreditó la venta a pérdida por parte de una autoescuela, si bien también son de interés otras consideraciones que se contienen en su fundamentación jurídica. En concreto, en la Sentencia num. 173/2004 de 25 mayo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª), se declaró:

FD 2º. Al marco descrito se atrae la prueba practicada, cuyo resultado es bien diferente del que la visión sesgada, subjetiva o interesada del recurrente aporta a la Sala. Porque no estamos ante un supuesto análogo al decidido, por ejemplo, en la SAP Alicante 25-9-1998, de sólo dos autoescuelas en la localidad de Pego, municipio de unos diez mil habitantes (mercado reducido) en que el demandado comenzó a aplicar una determinada política de precios porque se lo permitía el desarrollo paralelo del negocio de gestoría, agencia de seguros y, asesoría –consolidando pérdidas resultantes del ejercicio de la actividad de autoescuela bajo coste con los beneficios de las restantes–, y lo hizo a raíz de la apertura del establecimiento de los demandantes, sino en un caso en que la Asociación de Autoescuelas de la provincia de La Coruña pretende que una no asociada trata de eliminar competidores del mercado ofertando precios por debajo del coste, práctica facilitada por el desconocimiento de la jornada laboral de su personal docente, la utilización de profesores no titulados, el incumplimiento de obligaciones tributarias, y que se ubica iniciada ya en el año 1988 con prolongación temporal hasta el presente. Aunque hiciéramos abstracción del juicio de racionalidad o verosimilitud de la tesis a examen; de la constatación del importante número de autoescuelas «supervivientes» a la acusada estrategia; de la normalidad en la reordenación del sector; de la constancia de varias autoescuelas que ofrecen condiciones similares (incluso inferiores) en el precio de la clase práctica de cara a la obtención de permiso de conducir clase B o en el importe global previsible; de la inexactitud en el



*alegato de que se regalaban dos clases prácticas (son en simuladores) y en el cálculo de franjas horarias en relación al alumnado y exámenes; del origen unitario de la obtención de ingresos en la realización de la enseñanza; de la implantación y relevancia de la demandada en la provincia del período acotado en un litigio que parece querer la apelante venga regido por principios inquisitivos y de causa general e la falta de acreditación del exceso imputado en la jornada laboral y en el empleo de profesores no habilitados, y la demostración de lo elevado de la plantilla y su alta en la Seguridad Social; de las numerosas y diversas inspecciones administrativas de las que fue objeto Autoescuela Sousa; de las exigencias indeclinables de la congruencia procesal (registro o declaración de alumnos), aún decíamos, al margen de todo eso, lo que no vale obviar es el resultado de la pericial acometida precisamente a instancias de la actora y a los fines sugeridos por ella. Menos aún si para desacreditar el dictamen se acude a los expedientes retóricos de apuntar a la mentira, la falsedad o la ignorancia del remitente. Porque **lo avalado por la mencionada prueba –en consonancia con la documental– es, se mire como se mire, que la demandada obtiene beneficio en la explotación** –incrementado a raíz de la acción inspectora de la administración tributaria– y que los precios de la competencia son «prácticamente iguales»; en otro orden de ideas vinculado a la materia, explica que «el personal está con un nivel de rentabilidad máxima».*

Aunque como se ha expuesto es muy difícil que se considere desleal la conducta de las autoescuelas que fijan unos precios muy inferiores a la media, no hay que descartar que sí estén incurriendo en otras conductas incorrectas o desleales.

Por todo lo anterior, cabe finalizar con las siguientes

5. Conclusiones

PRIMERA. La constitución de una sociedad o la formalización de una UTE en la que participen como socios todos los asociados, o la constitución de la S.L. unipersonal (constituida sólo por la asociación) que luego contrate con las diferentes autoescuelas, es improbable que pueda entenderse que cumple las exigencias que prevé el número 3 del artículo 1 LDC para ser considerada conducta exenta de la prohibición del número 1 de ese precepto.

Sería difícil convencer a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de:

1º que es un mecanismo que permite a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas: si fija o permite fijar precios, por definición no beneficia a los consumidores. De este mecanismo no van a resultar menores precios (al contrario, se fijarán precios mínimos), y además se da la circunstancia de que el poder de mercado de las partes es elevado (aunque carecemos de datos, presumimos que conjuntamente por encima del 15% del mercado de referencia que fijan las Directrices), con lo que es menos probable que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores.

2º que no impone a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos: para mejorar la gestión, no es preciso unificar precios. Como advierten las Directrices, los acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.

3º que no consienten a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados, cuando de lo que se trata la sociedad instrumental o participada fije el precio. Y


4º que se trata de un mecanismo que puede dar lugar a mejoras de eficiencia significativas, cuando las Directrices advierten que por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales.

SEGUNDA. Ni siquiera el hecho de que no se tuvieran que integrar en esa sociedad todos los miembros de la asociación, o que las autoescuelas tuvieran la posibilidad de contratar individualmente al margen del acuerdo, permite concluir que no estamos ante una conducta anticompetitiva, porque probablemente dará lugar a una coordinación global de los precios aplicados por las autoescuelas, tal y como advierte la Comisión en sus Directrices. Con las *restricciones por su objeto*, como es el caso de las relativas a la fijación de precios, se presumen los efectos negativos para el mercado, por lo que ni siquiera es preciso tener en cuenta los efectos concretos de la conducta, porque estamos ante una prohibición de carácter preventivo.

TERCERA. No podemos aconsejar la creación de ningún mecanismo que tenga por objeto o pueda producir el efecto de restringir la libre competencia, fijando precios en común, al no constatar que concurren los requisitos que prevé la legislación para que un acuerdo de comercialización se considere incluida en la exención legal que prevé el artículo 1.3 LDC.

CUARTA. Si la Asociación Provincial de Autoescuelas de Granada considera que alguna autoescuela está practicando competencia desleal, ya sea por “venta a pérdida” o por cualquier otro tipo de conducta incorrecta (publicidad engañosa, por ejemplo), quedamos a su disposición para analizarla una vez que nos proporcionen los datos de que dispongan.

Este es nuestro Informe, que emitimos y firmamos en Granada, a 20 de octubre de 2015



Fdo.: Javier López García de la Serrana
Socio-Director
HispaColex Servicios Jurídicos, S.L.P.



Fdo.: Fco. Javier Maldonado Molina
Consejero Académico
HispaColex Servicios Jurídicos, S.L.P.