

**INFORME SOBRE LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN DEL
PUNTO C) DEL ARTÍCULO 26 DEL REGLAMENTO DE
RÉGIMEN INTERNO DE LA ASOCIACIÓN ALICANTINA DE
RADIO TELETAXI.**

Dña. Carmen Rodilla Martí

D. Carlos Gómez Asensio.

D. José Miguel Corberá Martínez.

En Valencia, a 6 de mayo de 2022

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDCCV), en la fecha y con la composición arriba expresada, siendo ponente Dña. Carmen Rodilla Martí, emite informe de promoción como respuesta a la solicitud de información relativa a la reforma del punto c) del artículo 26 del reglamento de régimen interno de la asociación alicantina d radio teletaxi.

SUMARIO:

I. Antecedentes	2
II. Competencia de la CDCCV	2
III. Objeto y contenido del Informe	3
IV. Consideraciones generales previas	3
V. Valoración desde el punto de vista de la competencia	6
VI. Conclusiones y Recomendaciones	17

I. ANTECEDENTES

En fecha 27 de abril de 2022, el Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia (el Servicio) emite nota sucinta dirigida a la Sra. Presidenta de la Comisión de Defensa de la Competencia en relación con el expediente DEN-2022-05 “Régimen interno asociación alicantina de radio tele taxi”, mediante la cual, tras entender el Servicio que la denuncia objeto de dicho expediente no puede dar lugar a la incoación de procedimiento por presunta infracción a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), considera que la cuestión planteada sí podría ser objeto de un expediente de promoción de la competencia y, por tanto, de estudio e informe por la Comisión de Defensa de la Competencia. Por esta razón, se eleva a la CDCCV la documentación obrante en dicho expediente administrativo, para su consideración a dichos efectos.

Recibida la mencionada nota sucinta del Servicio, la CDCCV, en su sesión de 2 de mayo de 2022, acuerda emitir informe de promoción de competencia sobre las cláusulas de exclusividad, no competencia y prohibición de doble afiliación en el seno de asociaciones de empresas a raíz la “Solicitud de información del artículo 26 C) del Reglamento de Régimen Interno de la Asociación Alicantina de Radio Tele Taxi”.

II. COMPETENCIA DE LA CDCCV

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y su desarrollo reglamentario (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero) establecen dos ámbitos diferenciados de actuación de las autoridades de competencia: las funciones consultivas y de promoción de la competencia, y las funciones en materia sancionadora.

La CDCCV, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 50/2012, de 23 de marzo, por el que se crea la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana y se aprueba su reglamento (Decreto 50/12), y en el marco de lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia tiene atribuidas

tanto las funciones sancionadoras como las consultivas y de promoción en materia de competencia.

El presente informe se enmarca en el desarrollo de dicha última función de promoción de competencia, concretamente en lo relativo al ámbito de la actividad de informe de la CDCCV en relación con las cuestiones que se planteen por terceros y aspectos de promoción de la normativa de defensa de la competencia en la Comunidad Valenciana.

III. OBJETO Y CONTENIDO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto realizar una valoración desde el punto de vista de la promoción de la defensa de la competencia de los acuerdos de exclusividad, no competencia o prohibición de doble afiliación que se pactan en el seno de determinadas asociaciones de empresas a la luz de la cuestión planteada como consecuencia de la futura y eventual modificación, que será sometida a la votación en la Asociación Alicantina de Radio Tele Taxi, en relación con el artículo 26 C) del Reglamento de Régimen Interno de la Asociación Alicantina de Radio Tele Taxi.

A este respecto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 9 y 10 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), la función de promoción de la competencia “se desarrollará con los instrumentos que se consideren adecuados y, en especial, mediante la elaboración de informes, estudios, trabajos de investigación y propuestas”, en beneficio de todos los partícipes en el mercado y, en particular, de los consumidores, pudiendo recabar de los sectores económicos afectados datos e informaciones sobre la situación de los mercados.

De conformidad con lo expuesto, la CDCCV considera que es relevante desde su función de promoción de la competencia la elaboración del presente informe, en el cual se realizará una valoración, en términos generales, de los efectos que pueden producir las cláusulas de exclusividad y no competencia o prohibición de doble afiliación (indirecta), que ya han sido analizadas en otras ocasiones por las autoridades de la competencia y revisadas en sede jurisdiccional, en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, así como se emitirán las

recomendaciones y observaciones que la CDCCV considera pertinente y oportuno formular con respecto a la inclusión de este tipo de acuerdos y su efecto incentivador o desincentivador para la competencia.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

La actividad del taxi ha estado sometida tradicionalmente a una importante intervención pública y reglamentación administrativa, siendo especialmente complejo el marco normativo que la regula, en la medida en que está compuesto por normas aprobadas por distintas administraciones (estatal, autonómica y local), cada una de ellas en ejercicio de sus respectivas competencias.

La ordenación del sector del transporte terrestre se articula en torno a dos normas básicas: la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT); y el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (ROTT).

Por lo que respecta al ámbito autonómico, la Comunitat Valenciana, en el ejercicio de su competencia exclusiva en materia de transportes terrestres que transcurran íntegramente por su territorio, conforme a lo establecido en el art. 49.1.15.^a del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana¹, en relación con lo establecido en el art. 148.1.5.^a de la Constitución Española, se promulgó la Ley 6/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunidad Valenciana, con el fin de configurar un marco normativo regulador del transporte terrestre en la Comunitat Valenciana.

Dicha norma dedica su Título II a la regulación del Transporte de viajeros, cuyo capítulo III “Servicio de taxi”, quedó derogado por la promulgación de la Ley 13/2017, de 8 de noviembre, del Taxi de la Comunitat Valenciana (Ley 13/2017), la cual tiene por objeto: “Regular el transporte público discrecional de personas viajeras en vehículos de turismo que se realice dentro del territorio de la Comunitat Valenciana”, si bien de conformidad con su apartado 2: “Quedan exceptuados de la aplicación de esta ley: a) El arrendamiento de vehículos de turismo con conductor” (art. 1 Ley 13/2017).

¹ Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Este marco normativo se complementa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, entre otras, en la STS núm. 438/2017, de 4 de junio de 2018, F.D 6º, ap. 3²: “El servicio de taxis está concebido en la actualidad como una modalidad de transporte urbano mediante vehículos de turismo que constituye un servicio de interés público y respecto al que las administraciones responsables tratan de garantizar unos determinados niveles de calidad, seguridad y accesibilidad... estando concebido y regulado el servicio de taxis de la manera antedicha y siendo así que el servicio de taxis y el de VTC constituyen dos formas de transporte urbano que hoy en día compiten directamente en el mismo mercado y que prestan un servicio semejante, el objetivo de mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano aparece como una forma de garantizar el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general y, por tanto, amparado en la razón imperiosa de interés general de asegurar el modelo de transporte urbano antes señalado”.

La calificación anterior como servicio de interés público no puede, sin embargo, llevar a la conclusión de que el ejercicio de la actividad económica de auto-taxi sea considerada servicio público. Esto supone que no hay titularidad pública de la prestación de esta actividad económica, sino que el desempeño de la actividad ha de considerarse una participación en el mercado, entendiendo y configurando al titular de la licencia como un operador económico desde el punto de vista de la legislación sobre Defensa de la Competencia. En coherencia con esta afirmación, la Disposición Adicional Cuarta de la LDC considera que se entiende por empresa: “cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

De acuerdo con el Informe de la OCDE “Summary of Discussion of the Roundtable on Taxi, ride-sourcing and ride-sharing services”³, el mercado del taxi puede subdividirse en tres segmentos: el servicio de taxi en paradas, el servicio de taxi circulando en la calle y el servicio de reserva de taxi. Dentro de este último segmento habría que incluir además

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, núm. 438/2017, de 4 de junio de 2018 F.D 6º ap. 3.

³ OCDE, Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Summary of Discussion of the Roundtable on Taxi, ride-sourcing and ride-sharing services, 2018.

del servicio de reserva telefónico, otros sistemas de reserva mediante la utilización de tecnologías como la central de radio, contratos de larga duración (por ejemplo, con hoteles), reservas a través de herramientas consideradas nuevas tecnologías (correo electrónico, aplicaciones móviles, plataformas, páginas web, entre otros).

Esta última vía de utilización del servicio de transporte de viajeros ha experimentado un auge, de la mano del uso de los servicios de la sociedad de la información y los teléfonos móviles con sistemas de navegación y geolocalización e, incluso, algoritmos, que extienden los servicios de reserva a una audiencia más extensa. Esta corriente hacia la digitalización mejora la eficiencia alcativa (distributiva) haciendo que el proceso, habitualmente más complicado, de casar oferta y demanda sea más rápido (reduciendo tiempos de espera, o conociéndolos con más exactitud por el usuario, y mejorando la comodidad y calidad del servicio y permitiendo escoger distintos turismos y conductores, entre otros, de la mano de instrumentos de reputación online), fácil (con mecanismos intuitivos y de pago rápido) y efectivo⁴, e, incluso, seguro, al quedar determinados datos registrados digitalmente, contribuyendo a la mejora del bienestar del consumidor y el buen funcionamiento del mercado, dependiendo la extensión e intensidad de esta mejora, esencialmente, de cómo funcione la plataforma⁵.

Son éstas las razones que hacen esenciales la entrada de operadores en el mercado de captación y distribución de clientela que haga que la mejora del servicio arroje resultados beneficiosos, no sólo para los usuarios y prestadores del servicio de transporte de pasajeros, sino del mercado en general.

En este mercado donde la relevancia de los servicios de reserva vehiculados a través de herramientas tecnológicas, las nuevas compañías que entran en el mercado ven condicionada su expansión, entre otros, pero de forma especialmente reseñable, al suministro o disponibilidad de conductores vacantes o dispuestos a prestar el servicio, incluyendo, entre estos, a los titulares de licencias de taxi, cuyo número está limitado.

⁴ CRAMMER, J., KRUGER, A., “Disruptive Changes in Taxi Business: The Case of Uber”, American Economic Review, Vol. 105/5, págs. 177-182, 2016. Informe económico sobre los límites cuantitativos y las restricciones a la competencia en precios en el sector del taxi de la ciudad de Málaga – LA/01/2015.

⁵ Algunas de estas plataformas impiden, incluso, que los conductores escojan sólo las carreras más rentables, dejando sin servir a determinados consumidores, pues sólo se les revelaría el recorrido una vez aceptado el encargo.

Formuladas estas consideraciones generales previas acerca del mercado en el que se plantea la pregunta (transporte público discrecional de viajeros en vehículos de turismo), así como del régimen jurídico que le es aplicable y que determina su conformación, procede a continuación realizar una evaluación y eventual la justificación de determinadas restricciones que pueden imponerse desde las asociaciones de empresas, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia.

V. VALORACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA

1. Contenido del artículo 26 C) del Reglamento de Régimen Interno de la Asociación Alicantina de Radio Tele Taxi

Se ha solicitado a esta autoridad la emisión de un informe de viabilidad legal relacionado con la adopción de un acuerdo incluido en el Orden del día que la Asociación Alicantina del Taxi propone para próxima Asamblea General Ordinaria, que se realizará el 9 de mayo de 2022. La propuesta, si procede, consiste en la ampliación y modificación del artículo 26 del Reglamento de Régimen Interno.

En concreto, en mencionado artículo 26 se añadiría una letra “c) El uso de aplicaciones, plataformas o cualquier otro método de captación de clientes que no sean canales oficiales de la Asociación (emisora, Pidetaxi o cualquier otra que se acuerde), será motivo de expulsión de la Asociación previa ratificación por la Asamblea General. Durante el periodo de tiempo en el que se acuerde la expulsión y ésta sea ratificada por la Asamblea General, el asociado tendrá suspendido el servicio de emisora.

2. Las asociaciones de trabajadores autónomos como sujeto del Derecho de la competencia

Es jurisprudencia europea reiterada que el Derecho europeo de Defensa de la competencia tiene como destinatario a las empresas y el escrutinio se lleva a cabo sobre la pro- o anti-competitividad de las conductas se realiza respecto de la actividad de éstas (tanto desde la perspectiva de los acuerdos colusorios como del abuso de posición de dominio). A estos efectos, es imprescindible recordar que el concepto de empresa,

utilizado en el contexto de las normas de competencia, tiene un carácter autónomo respecto de las normas nacionales del que ha de partirse.

En relación con esta cuestión, existe jurisprudencia pacífica sobre el contenido de la noción de “empresa” entendiéndose por ésta cualquier entidad que lleva a cabo una actividad económica⁶, independientemente del estatus jurídico de la misma o la forma en la que se financie⁷. Sobre la actividad económica, concepto alrededor del que se desarrolla el concepto de empresa, se ha sostenido que por la misma habrá de entenderse cualquier actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un mercado⁸ y siempre que se lleve a cabo en condiciones de mercado⁹.

Igualmente, se afirma que por actividad económica ha de entenderse “cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios”, habiéndose pronunciado en igual sentido la Audiencia Nacional cuando afirma que la conducta prohibida por el artículo 1 LDC “puede ser realizada por cualquier agente económico – término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-”¹⁰.

⁶ Véanse Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90, Klaus Höfner & Fritz Elser v. Macrotron GmbH, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993, Asunto C-159/91 and C-160/91, Christian Poucet v. Assurances Générales de France & Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1995, Asunto C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances & others v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-55/96, Job Centre coop arl, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Asunto C-309/99, Wouters & others v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2004, Asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 & C-355/01, AOK Bundesverband and others v. Ichthyol-Gesellschaft Cordes & others.

⁷ Véase, entre otros, Asunto Höfner and Elser, apartado 21, Asuntos acumulados Poucet and Fistre, apartado 17, Asunto Federation Française des Sociétés d'Assurance, apartado 14, Asunto Albany, apartado 77.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1987, Asunto 118/85 Commission v Italy; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2001, Asunto C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz.

⁹ Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro delivered on 10 November 2005 “It is not the mere fact that the activity may, in theory, be carried on by private operators which is decisive, but the fact that the activity is carried on under market conditions. Those conditions are distinguished by conduct which is undertaken with the objective of capitalisation, which is incompatible with the principle of solidarity. That allows it to be determined whether a market exists or not, even if the legislation in force prevents genuine competition emerging on that market. By contrast, where the State allows partial competition to arise, the activity in question necessarily implies participation in a market”.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/02/09, recurso nº 327/2006, en el caso Ambulancias Ourense.

Se trata, pues, de una definición práctica, pegada a la realidad o, incluso, economicista del término, en contraposición a las nociones jurídicas que habitualmente se manejan en otras ramas del Derecho.

Parece lógico, pues, que sólo en presencia de dos o más empresas, en el sentido precedente establecido, puedan alcanzarse acuerdos susceptibles de ser analizados como *acuerdos* colusorios, dado que, para que exista un acuerdo de voluntades, inherentemente se requiere una pluralidad de sujetos. Por este motivo (necesidad de una pluralidad de empresas), aquellas situaciones en las que no se pueda hablar de un *acuerdo* en el sentido jurídico estricto del término al existir una única empresa (definida conforme al Derecho de la competencia), quedarían al margen de la aplicación de la norma, defraudándose la intención del legislador a través de la adopción de modelos asociativos de diversa índole que permitieran superar o trascender la pluralidad de empresas para convertirse en una única, adoptándose las decisiones en sus órganos, como la Asamblea General (que, de no tener posición de dominio, quedaría también al margen de la aplicación del precepto donde se regulan tales decisiones unilaterales).

Precisamente a los efectos de evitar la inaplicación artificial de la normativa, concretamente, el análisis de los pactos colusorios que puedan eventualmente acordarse en su seno, se han incluido como conductas susceptibles de ser sancionadas por los arts. 1 LDC y 101 TFUE las decisiones o recomendaciones de asociaciones de empresas. Se trata, *a priori*, de una idea contraintuitiva que se incluye *ex lege* porque, al estar ante una asociación de empresas, resulta complejo entender cómo una conducta unilateral (la decisión adoptada en el seno de ésta o recomendación realizada por ella a terceros, normalmente, sus miembros) pueda ser estudiada desde el art. 101 TFUE o 1 LDC.

En conclusión, las conductas llevadas a cabo por y en el seno de las asociaciones de empresarios, en la medida en la que funcionan como operadores económicos, y son sujetos a los que se les aplica el Derecho de la competencia y cuyos acuerdos (decisiones o recomendaciones) van a estar sometidos al escrutinio del Derecho *antitrust*¹¹.

¹¹ CNMC, Guía para asociaciones empresariales, 2009, a disposición para consulta en https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185648_7.pdf.

El concepto amplio de asociación de empresas es, al igual que sucede con el de empresa, una noción propia del Derecho de la Competencia. Consecuentemente, las autoridades que aplican el Derecho de la competencia han de alejarse de la conceptualización que de las mismas se hace en cualquier otra rama del derecho (Derecho Civil, Mercantil o Administrativo).

Para poder ser calificada como tal, es necesario que se cumplan dos requisitos: la existencia de un órgano de coordinación independiente que reúna a dos o más empresas (lo que permite acudir al concepto de asociación de empresas en lugar de a los acuerdos habituales entre empresas miembro de la misma), y, en segundo lugar, la función de defensa de los intereses económicos de las empresas asociadas¹², siendo el modelo por antonomasia de esta función la asociación de profesionales¹³.

En general, estas asociaciones han estado en el punto de mira de las autoridades de la competencia durante años, tanto de la nacional como de las autonómicas, siendo destinatarias de sanciones cuando se ha entendido que su actuación era contraria a la legislación antitrust (tanto el TFUE como la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la competencia), precisamente por el hecho de que las asociaciones empresariales sirvan de punto de discusión y de encuentro para las empresas que compiten en un mercado. Así, las autoridades se han mantenido vigilantes respecto de las actividades que se llevan a

¹² El ya extinguido TDC, en RTDC de 10 de octubre de 2002 en el Expte. 526/01, Certificados de Defunción, ha definido el concepto de asociación de empresas como “este tipo de asociaciones constituye una asociación de empresas, como cualquier otra agrupación profesional garantizando la defensa de los intereses colectivos e individuales de sus miembros”.

En esta línea, véanse también las decisiones de la Comisión Europea en los asuntos Fenex y Cemento (Decisión de la Comisión Europea de 5 de junio de 1996) donde se establece que la asociación “es una asociación que agrupa directamente a empresas de expedición y cuyo objeto sigue siendo la defensa de los intereses colectivos de sus miembros. Al margen de la terminología utilizada, (...) constituye una asociación de empresas con arreglo al art. 85 del Tratado”. Y en la Decisión de la Comisión Europea de 30 de noviembre de 1994 en los Asuntos Cemento “las asociaciones defienden los intereses de sus miembros, (...) y si (...) asumen compromisos, lo hacen en nombre de sus miembros y en interés de ellos y no en el suyo propio: de hecho, los (miembros) son los protagonistas reales, que actúan a través de sus asociaciones profesionales”.

¹³ La Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, establece que los empresarios pueden constituir las asociaciones profesionales que estimen convenientes “para la defensa de sus intereses”.

Además, el art. 7 de la Constitución española dispone que las asociaciones empresariales (que constituyen una especie de asociación profesional) “contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”. Igualmente, el art. 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, estipula que, entre los fines esenciales de estas entidades, se encuentra “la representación exclusiva de (la profesión) y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”.

cabo dentro de su estructura, por si alguna de éstas pudiera conllevar la realización de conductas contrarias a la normativa de competencia, tales como el intercambio de información comercial sensible entre competidores, la recomendación de pautas de conducta o la concertación de prácticas comerciales, entre otras.

En consecuencia, las asociaciones pueden ser sujetos infractores de la LDC y, por tanto, pueden ser sancionadas de forma independiente y autónoma a las empresas que las conforman. Así lo prevé expresamente el artículo 61.3 de la LDC, relativo a las sanciones, que comienza con la siguiente expresión: “Cuando se imponga una multa a una asociación (...)”. En este sentido, tanto las actuaciones de las propias asociaciones como sus cargos directivos estarán supervisadas y pueden ser objeto de sanción por el Derecho de la competencia, en la misma medida en la que lo están las empresas o los operadores económicos individuales, cuando en el marco de una actividad de carácter económico, lo transgredan a través actividades dirigidas o cuya consecuencia sea la de unificar el comportamiento de sus asociados y el de terceros.

3. Decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas

La prohibición fundamental en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) es la de acuerdos anticompetitivos entre empresas, que contiene el art. 1 de la Ley y 101 del TFUE. En particular, el art. 1.1. establece que “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”.

La finalidad de la referencia a las decisiones o recomendaciones colectivas es, como se ha apuntado previamente, la de permitir incluir ciertas conductas que emanan de un único autor (la asociación de empresas), a un acuerdo entre operadores económicos independientes y autónomos, entendiéndose que las conductas realizadas por asociaciones de empresas pueden configurarse como el resultado de la concordancia de voluntades¹⁴.

¹⁴ Véase, en este sentido, la decisión del TDC de 7 de abril de 2000 en el Expte. 472/99, Colegio Farmacéuticos Valencia, FD 7.º. Vid., además, Conclusiones del Abogado General LÉGER de 10 de julio de 2001 en el Asunto C-309/99, Wouters y otros, Rec. 2002, p. I-1577, apartado 62 “Las decisiones o recomendaciones colectivas con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen formas de prácticas

En consecuencia, una vez adoptados, han de ser analizadas tanto la eventual modificación de los estatutos de una asociación como el contenido de la decisión, bajo el prisma de los arts. 1 LDC y 101 TFUE. Y esto independientemente de cuál sea la forma a través de la que se haya adoptado la decisión o recomendación. Así, pueden haberse plasmado, a título orientativo, como sugerencia u observación, a través de circulares, cartas, prensa, páginas web o declaraciones de los directivos o, alternativamente, hacerse de forma más explícita e, incluso, vinculante, como una decisión que pueda haberse incluido en estatutos con una sanción disciplinaria asociada como consecuencia del incumplimiento. De esta forma, debe quedar claro que el pacto en estatutos es un acuerdo susceptible de ser analizado bajo el prisma de la legislación de competencia, legislación a la que están sometidos tanto los propios miembros de la asociación, en este caso, los taxistas, como la asociación en sí misma.

En un mercado competitivo, las empresas deben ser capaces de fijar autónomamente su política comercial. Por este motivo, las asociaciones empresariales han de evitar pronunciarse a través de decisiones o recomendaciones que tiendan a eliminar dicha independencia en el comportamiento económico de las empresas asociadas.

Uno de los casos que más preocupación suscita desde el punto de vista de la defensa de la competencia son las decisiones y recomendaciones de las asociaciones empresariales que afectan a aspectos relevantes de la actividad comercial¹⁵, dirigidos

colusorias prohibidas por el art. 1 LDC equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores [...]. Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios [...] puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo”.

Asimismo, y en el sector del taxi, la TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia num. 2382/2020 de 24 noviembre sostiene que la asociación sí sería un operador económico, con ánimo de lucro y que influye en el mercado de transporte de vehículos en el municipio “La Asociación está integrada por taxistas titulares de licencias de autotaxi del Ayuntamiento de Mijas, y como tal organiza la prestación de dicho servicio entre sus miembros, dicta acuerdos sobre la forma de prestación, pudiendo con sus decisiones afectar al libre ejercicio en la prestación del servicio restringiendo la competencia, por lo que le son de aplicación las normas sobre competencia, pudiendo ser multada por la infracción de la normativa de defensa de la competencia. Así el art. 61.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) prevé que las asociaciones sean sujetos infractores”-

¹⁵ En relación con la decisión comercial relativa a la posibilidad de publicitar sus servicios al margen de la asociación, el año 2000 el TDC sancionó al Colegio de Odontólogos de Córdoba por elaborar normas que limitaban la publicidad de los colegiados en las Páginas Amarillas (Resolución del TDC (Expte. 471/99,

tanto a sus empresas asociadas como a cualquier otro operador del mercado, siendo las obligaciones de exclusividad, no competencia o prohibición de doble afiliación cuestiones centrales con respecto a este tipo de actividad, materializadas en las fórmulas para captar a la clientela, especialmente en aquellos mercados en los que los parámetros de competencia ya estén extremadamente limitados por la intensa regulación pública aplicada al sector, que homogeniza las condiciones en las que el servicio se presta, como es el caso del servicio de transporte público discrecional de viajeros en taxi.

Entre este tipo de restricciones, puede encontrarse la imposición de ciertas condiciones más o menos extensas de exclusividad o no competencia o prohibición de doble afiliación (configuradas como prohibición directa o indirecta, si, aunque no se prohíba directamente la pertenencia a otra asociación, se impide beneficiarse de las funciones que ésta desarrolla en beneficio de sus asociados, entre las cuales se encuentra la de dar acceso al mercado a través de la gestión de los canales de acceso a la clientela, haciendo poco eficiencia su doble afiliación), consistentes en la obligación de prestar el servicio exclusivamente a través de los medios aprobados por la asociación, al margen de la cual no se puede desarrollar la actividad¹⁶. Se trata ésta de una restricción que ya ha sido analizada en alguna ocasión por las autoridades de competencia en distintos escenarios¹⁷.

La prohibición de prestar servicios en el mercado al margen de los previstos y pactados provocaría restricciones de dos tipos: por un lado, la capacidad de las empresas asociadas de participar de forma autónoma e independiente; y, por otro lado, de hacerlo

Odontólogos Córdoba) de 5 de octubre de 2000). En ese mismo año, el TDC analizó un código de autorregulación elaborado por la Federación de Bebidas Espirituosas y que sería vinculante para la publicidad de las bebidas alcohólicas. En la resolución se consideró que, aunque el acuerdo era contrario al art. 1 de la LDC al reducir la independencia de las empresas asociadas para desarrollar sus políticas comerciales, en realidad sí podía autorizarse ya que se objetivo era proteger los intereses generales en beneficio de los consumidores y el resto de ciudadanos, que las restricciones impuestas eran indispensables para alcanzar este objetivo y que el acuerdo no podía utilizarse para eliminar posibles competidores (Resolución del TDC (Expte. A 274/00, Publicidad Bebidas Espirituosas) de 10 de noviembre de 2000). Adicionalmente, el TDC también analizó un acuerdo promovido por la Unión Videográfica Española para la promoción del alquiler de películas de vídeo. Al no contener ninguna restricción de la competencia, ni prohibir la publicidad individual de sus miembros e incluso estar abierto a otras empresas no asociadas, se consideró que no infringía el art. 1 de la LDC (Resolución del TDC (Expte. A 222/97, Películas de Video) de 16 de septiembre de 1997).

¹⁶ TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia num. 2382/2020 de 24 noviembre.

¹⁷ Véase, por ejemplo, la Resolución S/05/2019, Radio Taxi Mijas de Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía o Resolución S/12/2017, Asociación Provincial de Trabajadores Autónomos de Auto Taxi de Córdoba (AUTTACOR).

en el marco en asociaciones competidoras que puedan desarrollar instrumentos y medios alternativos de captación de clientela, introduciendo competencia, mejorando y beneficiando, de esta forma a los consumidores.

Concretamente sobre esta materia, la Autoridad de Competencia andaluza ha se pronunciado en el sentido de entender que toda medida injustificada adoptada con el fin de limitar aún más la oferta del servicio de auto-taxi, en cualquiera de sus modalidades, afectaría gravemente a la competencia efectiva en este mercado relevante y, por ende, al bienestar de los usuarios del servicio¹⁸, eliminando el surgimiento de actividades competitivas que pudieran solaparse con las de la asociación, convirtiéndose, de esta forma, en operador único del mercado a través de un acuerdo de obligado cumplimiento (decisión en lugar de recomendación) precisamente por las sanciones previstas como mecanismo de protección ante un incumplimiento.

Esto no prejuzga, sin embargo, el resultado del análisis, arrojando una valoración negativa, por anticompetitiva, de cualquier acuerdo en la materia. Existen, por supuesto, potenciales justificaciones derivadas de la aplicación del art. 1.3 LDC, cuando puedan observarse eficiencias, que permitirían excepcionar la conducta de la consideración de restricción en virtud de criterios de eficiencia y necesidades organizativas (por ejemplo, como mecanismo para recepcionar quejas y solicitudes) o, incluso, de inversión (en los medios necesarios y costosos para poder prestar el servicio objeto parcial de la asociación como operador económico).

4. Abuso de posición de dominio

Alternativamente, se ha de analizar si el poder que ejerce la asociación respecto de sus asociados ha sido ejercido de forma abusiva. En este sentido, es posible conceptualizar la práctica como una conducta unilateral impuesta por la asociación a sus asociados gracias al poder de mercado que puede eventualmente poseer en un mercado previamente determinado.

El poder que ostenta un operador económico en un mercado dado puede, eventualmente, ser analizado desde la perspectiva del abuso. Y este análisis se puede

¹⁸ Resolución S/12/2017, Asociación Provincial de Trabajadores Autónomos de Auto Taxi de Córdoba (AUTTACOR).

llevar a cabo independientemente de la forma jurídica a través de la que se haya constituido, vestidura jurídica que, por lo demás, se ha defendido como irrelevante desde la perspectiva del Derecho de la competencia, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea. Consecuentemente, esta empresa dominante puede estar constituida por una asociación.

El requisito central del cual ha de partirse para poder llevar a cabo este estudio es la eventual existencia de una posición de dominio, determinada, indirectamente, por *proxis* o indicios, entre los que se encuentra la cuota que puede llegar a ostentar el operador en un mercado relevante previamente definido.

Siendo el anterior el principal indicador, existen elementos alternativos que también han de valorarse a la hora de determinar si existe una posición que permita ejercer poder de mercado, como las barreras de entrada al mercado. Entre éstas, debe necesariamente aludirse al control de los instrumentos, inputs o elementos esenciales, aspectos clave necesarios para poder participar en el mercado y con los que se puede extender el dominio en mercados adyacentes o aguas-abajo o las costumbres y usos de los consumidores, que en ocasiones son difíciles de superar en el corto plazo. Así, puede ser conveniente el análisis del dominio de determinadas herramientas útiles, e incluso, indispensables de captación de clientela en mercados descendentes (radio, plataforma digital, teléfono, etc.).

El segundo requisito imprescindible, en ausencia del cual no puede considerarse que nos hallemos ante un ilícito (dado que la mera ostentación de una posición de dominio no es en absoluto una conducta perseguida por el derecho de la competencia), radica en la existencia de una conducta abusiva. No existe un listado cerrado de comportamientos que puedan ser calificados como abusivos y, por ende, anticompetitivos, si se llevan a cabo por una empresa dominante, sino que, más bien al contrario, y como define la jurisprudencia europea y nacional, se considerará que una conducta es abusiva, en términos generales como expresa el TJCE, cuando implique el recurso a métodos diferentes de los que condicionan la competencia normal en productos o servicios en base

a las prestaciones de los operadores y tiene el efecto de disminuir el grado de competencia todavía existente en el mercado o el aumento de esa competencia¹⁹.

Este tipo de conductas, a los efectos de facilitar su estudio, pueden diferenciarse en dos tipos: las conductas abusivas por exclusión y las conductas abusivas por explotación (siendo estas últimas menos relevantes desde la perspectiva de los efectos en el mercado, no en los consumidores y clientes o proveedores).

La primera de las clases de conductas abusivas -las excluyentes- tiene como efecto, independientemente de cuál sea el objetivo o intención de los operadores, que es irrelevante a los efectos de calificar la conducta como ilícito, excluir a otros operadores del mercado, diseñando y contribuyendo en la configuración de un mercado con un número limitado de empresas con las que competir, bien en el mismo mercado, bien en mercados aguas abajo.

Es en este marco en el que han de ser analizadas las cláusulas que en ocasiones se imponen por las asociaciones de empresas que quieren conservar tal posición de dominio en el mercado, entre las que cabe resaltar la imposición de condiciones de exclusividad o de no competencia en la prestación de un servicio en el esquema de relaciones previsto por el operador dominante.

Se trata ésta de una situación o conducta a la que no han sido ajenas las autoridades de la competencia, y que ha sido ya analizado en algunas decisiones, los resultados de cuyos análisis reflejan la preocupación que existe por prácticas donde se limita u obstaculiza la participación de operadores en el mercado. A título ejemplificativo, puede citarse la Resolución del entonces TDC de 6 de julio de 2000²⁰, donde se valoró desde la perspectiva de competencia, entre otras cuestiones adicionales, una conducta realizada por la Asociación del Igualatorio Médico Quirúrgico y de Especialidades y al Igualatorio Médico Quirúrgico S.A. de Seguros (Igualquemisa), participada al 99% por la Asociación. La referida asociación, congregando a la mayoría de los médicos, recogía en sus estatutos la obligación de exclusividad a favor de Igualquemisa para cada uno de sus

¹⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Asunto 85/76 (Hoffman-LaRoche), Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76 (United Brands).

²⁰ RTDC, expediente 464/99, Aseguradoras Médicas Vizcaya.

miembros, impidiéndoles trabajar para otras compañías aseguradoras competidoras. A la infracción de dicha obligación de exclusividad se le asociaba, entre otras, la sanción de expulsión.

En el procedimiento, el TDC concluyó que Igualquemisa y la Asociación abusaron de su posición de dominio al “exigir a la mayor parte de los médicos que ejercen privadamente en Vizcaya que pudieran prestar sus servicios a otras entidades de seguros fuera de Igualquemisa, cuyas acciones pertenecen en un 99% a la Asociación, con la finalidad de dificultar o imposibilitar la entrada en el mercado de otros competidores”.

El efecto de este tipo de prácticas, tanto la obligación de exclusividad como la sanción de la infracción, será la exclusión de competidores en el mercado, así como de otro tipo de asociaciones o de modelos de negocio que funcionen aguas-arriba en los mercados de organización de los asociados, una situación que puede, eventualmente, dañar la estructura competitiva, impidiendo, entre otros, desarrollarse asociaciones alternativas que puedan ser titulares de medios de captación y satisfacción de clientela más beneficiosas para los consumidores. Este efecto restrictivo se ve especialmente agravado: en un mercado donde el número de operadores en el mercado aguas abajo está numéricamente limitado, al tratarse de un sector fuertemente regulado, entre otros, en número de licencias. Si la mayor parte de operadores ya se encuentran asociados, existen dos únicas formas de que asociaciones alternativas proliferen, tengan éxito y puedan competir con la incumbente: por una parte, una estrategia de migración de los taxistas de una asociación a otra (i) y, por otro lado, una estrategia de compatibilidad o multihoming (ii).

I) Escenario de exclusividad

Ciertamente, en un escenario de exclusividad existe la posibilidad de que las asociaciones puedan competir entre ellas por los asociados y sus cuotas, ofreciendo mejores condiciones a éstos y, por supuesto, a los clientes, a través de cuya mejora de condiciones atraerían más asociados, que se beneficiarían de esa extensión de la base de clientes.

No obstante, una situación en la que *a priori* los operadores ya estuvieran asociados en una plataforma mayoritaria y asentada en el mercado hace extremadamente compleja

esta vía, dado que, al imponerse una penalización o sanción por el incumplimiento de la cláusula de exclusividad, les permitiría ejercer el poder que tienen sobre los asociados, derivado de la propiedad de los medios mayoritarios de captación, a través de su expulsión de la asociación, privándolos de las fuentes de captación importantes que controlan, expulsándolos indirectamente del mercado o colocándolos en una situación de franca desventaja en detrimento, no sólo de estos asociados, sino de la competencia.

II) Multihoming

Alternativamente, se puede optar por una estrategia de multihoming o multiproveedor en mercados de dos lados con efectos de red, en contraposición a las obligaciones de exclusiva, como vía para reducir el poder de mercado de determinados operadores. Se trata de una circunstancia que ha sido favorecida por las autoridades de competencias, especialmente en los mercados de plataformas. En este modelo lo que se permitiría es que los usuarios puedan asociarse a varias organizaciones, impidiendo que se refuerce e, incluso, reduciendo la posición de dominio de la que pudiera disfrutar la asociación, repercutiendo positivamente en los consumidores.

Se trata de una práctica exclusionaria la de impedir, por parte de los titulares de la plataforma (en sentido amplio, en general, del medio que permita servir a ambos lados del mercado), que una parte del mercado (los conductores) migren y, de esta forma, imposibilitar que se alcance la masa crítica de prestadores del servicio necesaria para atraer a la otra parte del mercado (los usuarios).

De esta forma, el éxito de la entrada de un operador en el mercado dependerá de los incentivos que pueda crear en los usuarios para cambiar de operador aguas-arriba o hacer multihoming. Esta situación puede generar incentivos a los *incumbentes* dirigidos a evitar la factibilidad del cambio o el multihoming o directamente prohibirlo, privando a los entrantes de los beneficios de economías de escala necesarios y reduciendo la presión competitiva²¹. Estas restricciones, además, pueden ser de varios tipos: directas, donde la prohibición de multihome es expresa; o indirectas y más sutiles, donde pueden exigirse

²¹ Aunque en un segmento del mercado distinto (VTC), esta cuestión se ha planteado en el caso del software utilizado por Uber (Hell), donde se identificaba a aquellos conductores que hacían multihoming conduciendo también para Lyft, y que, al localizarlos, les ofrecía incentivos para prestar el servicio en exclusiva en la plataforma de Uber.

cuotas de asociado más elevadas a aquéllos que participen en otra asociación u otro tipo de circunstancias que fomentarían, de forma pro-competitiva, el siglehomíng (por ejemplo, descuentos en las cuotas que han de pagar por volumen, y no por la relación de exclusividad).

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Tras la solicitud de información realizada sobre la inclusión de la letra c) del artículo 26 del Reglamento de Régimen Interno de la Asociación Alicantina de Radio Tele Taxi, por entender que el mismo puede vulnerar las normas de la competencia reguladas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia, se emiten las siguientes conclusiones y recomendaciones:

El ordenamiento jurídico español y europeo, incluso el Derecho de la competencia, admite e, incluso, puede considerar positivo, la tendencia y creación de asociaciones de empresas si lo hacen para obtener la defensa de sus intereses y persiguen una serie de objetivos lícitos, en tanto que no obstaculizan la competencia en el mercado. Así, la atribución a esta asociación de determinadas funciones, como puede ser la defensa de sus intereses, la organización de sus miembros y la captación de clientela será pro-competitiva siempre que mejore el funcionamiento del mercado y beneficie al consumidor, algo que sucederá si se organizan mecanismos de centralización de la demanda de forma que se hace más eficiente y rápida la distribución de los prestadores.

Dicho lo cual, los acuerdos a los que se llega en el seno de estas asociaciones de empresas han de ser analizados desde la perspectiva de defensa de la competencia. En este sentido, parece que los acuerdos restrictivos que limiten la capacidad de los asociados, operadores económicos, de comportarse de forma autónoma en el mercado compitiendo en los mercados aguas abajo, especialmente en mercados donde los parámetros en los que se compite están muy limitados, han de valorarse prima facie como susceptibles de restringir la competencia. A salvo siempre la posibilidad de excepcionar la aplicación del art. 1.1 LDC cuando exista alguna justificación objetiva que, desde una perspectiva eficientista (organizativa, de incentivos a la inversión, etc.) pueda explicar la misma y exponer las razones por las que la restricción es ampliamente compensada.

Asimismo, y dependiendo de la existencia de una posición de poder de mercado, es posible analizar el comportamiento de una asociación, en tanto que operador de mercado, desde la perspectiva del abuso. Las conductas unilaterales cuya consecuencia puede ser la exclusión de competidores de mercado o la imposición de obstáculos y refuerzos de barreras de entrada que impidan entrar ha de ser valorada como práctica unilateral.

La CDCCV recomienda que, en la deliberación de la modificación de los estatutos de la Asociación se valore cuáles son los riesgos anticompetitivos en el mercado de introducir este tipo de cláusula en los estatutos.