Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NILS WAHL
presentadas el 23 de abril de 2015 [1]

Asunto C-172/14

ING Pensii — Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA
contra
Consiliul Concurenței
[Petición de decisión prejudicial

planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal Supremo) (Rumanía)]

«Procedimiento prejudicial — Prácticas colusorias — Modalidades de reparto de la clientela en el mercado rumano de gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios — Existencia de una restricción de la competencia "por su objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1 — Perjuicio para el comercio entre Estados miembros»

1. El presente asunto tiene su origen en un litigio entre ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (en lo sucesivo, «ING Pensii»), una sociedad gestora de un fondo de pensiones privado, y el Consiliul Concurenței (Consejo de la competencia rumano) sobre un recurso de anulación de una resolución que condenaba a dicha sociedad al pago de una multa por haber participado en un acuerdo cuyo objeto era restringir la competencia en el mercado de los fondos de pensiones privados. Más concretamente se refiere a los acuerdos establecidos por las gestoras de fondos de pensión privados obligatorios para el reparto de los partícipes por duplicado, es decir, las personas que, por desconocimiento de las reglas aplicables en la materia o por la negligencia de determinados agentes comerciales, se hubieran adherido a dos o más fondos en el período inicial de adhesión establecido por ley en 2007 (en lo sucesivo, «partícipes por duplicado»).

2. El presente procedimiento prejudicial, motivado en gran medida por la existencia de interpretaciones divergentes entre los órganos jurisdiccionales rumanos, lleva al Tribunal de Justicia a realizar determinadas aclaraciones sobre los conceptos de restricción de la competencia «por su objeto» y de perjuicio sensible para la competencia. Éste ofrece especialmente la oportunidad de recordar los elementos a tener en cuenta y el método de análisis que debe aplicarse para determinar si un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

I. **Marco jurídico nacional**

3. El sistema de reparto de los partícipes por duplicado al que se refiere el caso de autos se inscribe en el marco de la legislación nacional rumana relativa a la constitución, la organización y el funcionamiento del mercado de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios.

1 — Lengua original: francés.

4. El Derecho nacional aplicable indudablemente presenta una cierta complejidad. Sin pretensión de exhaustividad y a los efectos del análisis que se realizará a continuación, cabe destacar los siguientes elementos.

A. *Reglas generales relativas a la adhesión a los fondos de pensiones privados*

5. El régimen de pensiones en Rumanía se compone de los siguientes elementos:

— primer pilar: componente obligatorio, basado en la redistribución, gestionado de forma pública;

— segundo pilar: componente obligatorio, basado en la capitalización, gestionado de forma privada por sociedades anónimas que tengan por objeto la gestión de fondos de pensiones y regulado por la Ley nº 411/2004 relativa a los fondos de pensiones de gestión privada (legea privind fondurile de pensii administrate privat); [2]

— tercer pilar: componente facultativo, basado en la capitalización, también gestionado de forma privada.

6. Con arreglo a la Ley nº 411/2004, 18 sociedades mercantiles dedicadas a la gestión de fondos de pensiones como objeto único fueron autorizadas por la Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (Comisión de Supervisión del Régimen de Pensiones Privadas) (en lo sucesivo, «CSSPP») durante el período comprendido entre el 25 de julio de 2007 y el 9 de octubre de 2007, bajo la condición de que cada una de estas sociedades sólo podía gestionar un único fondo de pensiones en Rumanía.

7. De conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Ley nº 411/2004, las personas menores de 35 años que estén afiliadas y coticen en el régimen público de pensiones (primer pilar) deben adherirse también a un fondo de pensiones de gestión privada (segundo pilar).

8. No se pueden adherir al segundo pilar las personas mayores de 45 años o aquéllas que no coticen en el régimen público de pensiones (primer pilar). Las personas de edad comprendida entre los 35 y los 45 años que contribuyan al primer pilar podrán escoger si participar o no en el segundo pilar (artículo 30, apartado 2, de la Ley nº 411/2004). Independientemente de la contribución a los pilares primero y segundo, cualquier persona física puede contribuir al tercer pilar, aunque esto no puede suponer la sustitución de la contribución a los pilares primero o segundo para las personas que estén obligadas a contribuir a dichos regímenes de pensiones.

9. En lo referente a los partícipes en el segundo pilar, que son los únicos afectados por el asunto principal, el artículo 31 de la Ley nº 411/2004 establece que ningún individuo podrá participar al mismo tiempo en varios fondos de pensiones y que sólo podrá tener una única cuenta en el fondo de pensiones en el que participe.

10. Con arreglo al artículo 32, apartado 1, de la Ley nº 411/2004, las personas sólo se convertirán en partícipes en un fondo de pensiones mediante la firma de un documento de adhesión individual, por su propia iniciativa o a consecuencia de su adscripción por la institución encargada de realizar los registros.

2 — Ley nº 411/2004, tal como fue republicada en el *Monitorul Oficial al României* nº 482, de 18 de julio de 2007, y tal como fue modificada y completada por el Decreto-ley de urgencia del gobierno nº 112/2007, publicado en el *Monitorul Oficial al României* nº 710, de 22 de octubre de 2007 (en lo sucesivo, «Ley nº 411/2004»).

11. Según el artículo 33 de la Ley nº 411/2004, las personas que aún no se hubieran adherido a uno de los fondos de pensiones privados dentro de un plazo determinado serían afiliadas aleatoriamente a uno de los fondos de pensiones por la institución encargada de realizar los registros. Este reparto se efectuaría de manera proporcional a las cuotas de mercado obtenidas por cada una de las gestoras (artículo 33, apartado 2).

B. *Reglas específicas relativas a la adhesión inicial a un fondo de pensiones privado, al procedimiento de validación de las adhesiones y al reparto aleatorio de los partícipes no afiliados*

12. El procedimiento de adhesión inicial a un fondo de pensiones privado así como el procedimiento de validación y de reparto aleatorio de los partícipes fueron regulados por el Decreto nº 18/2007 relativo a la adhesión inicial y al registro de los partícipes en los fondos de pensiones privados,[3] tal como fue modificado y completado por el Decreto nº 31/2007,[4] (en lo sucesivo, «Decreto nº 18/2007)».

13. En virtud del artículo 17, apartado 1, del Decreto nº 18/2007, el procedimiento de adhesión inicial a un fondo de pensiones de gestión privada debía producirse dentro de un plazo de cuatro meses, que comenzó el 17 de septiembre de 2007 y concluyó el 17 de enero de 2008 (artículo 5, apartado 6, del Decreto nº 18/2007). Durante este período, todas las personas que no cumplieran los 35 años antes del 31 de diciembre de 2007 o que cumplieran dicha edad en tal fecha tenían la obligación, si además cumplían determinados requisitos, de adherirse a un fondo de pensiones privado (artículos 4, apartado 1 y 5, apartado 3, del Decreto nº 18/2007).

14. Por lo que respecta al procedimiento de validación y de reparto aleatorio de los partícipes (artículos 19 a 31 del Decreto nº 18/2007), el Decreto nº 18/2007 preveía que las gestoras estarían obligadas a comunicar a la Oficina nacional de las pensiones y otros derechos de seguridad social (Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale; en lo sucesivo, «CNPAS»), con periodicidad quincenal (los días 1 y 15 de cada mes), un informe con los datos relativos a las personas que hubieran firmado un documento individual de adhesión en las dos semanas anteriores a la elaboración de dicho informe. Si de los informes quincenales resultaba que una persona aparecía en los informes enviados por una o más gestoras como firmante de varios documentos individuales de adhesión, o si se comprobaba que su adhesión había sido provisionalmente validada en informes anteriores, la CNPAS inscribiría a dicha persona en el cuadro electrónico de los partícipes por duplicado (artículo 21, apartado 1, del Decreto nº 18/2007). En tal caso, las gestoras de los fondos estaban legalmente obligadas a verificar la autenticidad del documento individual de adhesión y de la copia del documento de identidad, que llevaban la firma manuscrita de la persona presentada como firmante de varios documento individuales de adhesión, y, si se comprobaba la autenticidad del documento, las gestoras podían comunicar de nuevo a la CNPAS, en el siguiente informe quincenal, los datos relativos a la adhesión de la persona en cuestión.

15. Al finalizar el procedimiento de adhesión inicial, las personas cuya adhesión apareciera como provisionalmente validada serían registradas como validadas y aquéllas que aparecieran como firmantes de más de un documento individual de adhesión eran inscritas en el registro de partícipes como no validadas y repartidas de forma aleatoria.[5] Por consiguiente, el reparto aleatorio debía aplicarse a las personas que, aunque tuvieran la obligación de adherirse a un fondo de pensiones privado durante la fase de adhesión inicial, no lo hubieran hecho, así como a las personas inscritas en el registro en calidad de personas cuya adhesión no hubiera sido validada. La CNPAS efectuaría el

3 — Publicado en el *Monitorul Oficial al României* nº 503, de 27 de julio de 2007.

4 — Publicado en el *Monitorul Oficial al României* nº 746, de 2 de noviembre de 2007.

5 — Tras las modificaciones introducidas por el Decreto nº 31/2007, la validación o invalidación de las personas que hayan firmado más de un documento de adhesión se realizó con periodicidad mensual, el día 15 de noviembre (para los informes quincenales de los días 1 y 15 de octubre y de 15 de noviembre), el 15 de diciembre (para los informes de los días 1 y 15 de diciembre) y el 17 de enero de 2008 (para los informes quincenales de los días 1 y 15 de enero de 2008).

reparto atribuyendo esas personas a un fondo privado, en proporción al número de personas cuya adhesión hubiera sido validada para cada fondo de pensiones privado en relación con el número total de personas cuya adhesión hubiera sido validada para el conjunto de los fondos de pensiones privados.

16. El Decreto nº 31/2007, que modificó y completó el Decreto nº 18/2007, estableció además que las gestoras debían indicar a los partícipes, dentro de un plazo de quince días a partir de la fecha de validación, para qué fondo de pensiones se había validado su adhesión. Si los partícipes informados no habían firmado un documento individual de adhesión a dicho fondo, tendrían la posibilidad de presentar una solicitud escrita ante la CSSPP y, una vez ésta hubiera resuelto al respecto, la CSSPP informaría a la gestora de la afiliación o no del partícipe al fondo de pensiones privado.

II. **Antecedentes de hecho del litigio y la cuestión prejudicial**

17. ING Pensii es una sociedad privada de gestión de fondos de pensiones. En particular, opera en el mercado de las pensiones de jubilación privadas obligatorias en Rumanía.

18. El presente asunto tiene su origen en una investigación realizada por el Consejo de la competencia y que tenía por objeto una posible violación del artículo 5, apartado 1, de la Ley sobre la competencia (legea concurenței) nº 21/1996[6] y del artículo 81 CE (actualmente artículo 101 TFUE) en el mercado rumano de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios (segundo pilar).

19. A la finalización de dicha investigación, el Consejo de la competencia llegó a la conclusión, en particular, de que en dicho mercado existían acuerdos contrarios a la competencia cuyo objeto era el reparto de los clientes entre las sociedades mercantiles que gestionan dichos fondos.

20. Mediante la Resolución nº 39, de 7 de septiembre de 2010, el Consejo de la competencia sancionó a catorce de dichas sociedades, entre las que figura la recurrente. Los acuerdos en cuestión, que por lo general fueron concluidos bilateralmente y que presentaban diversas formas, se referían a los partícipes por duplicado. Según se indicaba en esta Resolución, al celebrar dichos acuerdos los administradores de los fondos de pensiones privados se habían repartido los partícipes por duplicado a partes iguales (según la regla del 50/50) entre ellos y así habían intentado evitar el reparto de los partícipes por duplicado efectuado por la CNPAS.

21. El 4 de octubre de 2010, ING Pensii solicitó ante la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest), con carácter principal, la anulación de dicha Resolución nº 39 y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Resolución, para obtener una reducción del importe de la multa impuesta.

22. La sociedad recurrente alegó que el acuerdo en cuestión no era contrario al artículo 5, apartado 1, de la Ley sobre la competencia y que tampoco se cumplían los requisitos para la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1. En particular, sostuvo que el reparto de los partícipes registrados como partícipes por duplicado no había producido ningún efecto consistente en restringir, impedir o falsear la competencia dentro del mercado rumano de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios o de una parte significativa de éste. ING Pensii también afirmó que no se había eliminado la competencia entre las gestoras de los fondos de pensiones privados, dado que éstas habían competido durante el período inicial de adhesión.

6 — Ley en su versión modificada, completada y republicada (*Monitorul Oficial al României* nº 240 de 3 de abril de 2014). Según esta disposición, «estarán prohibidos todos los acuerdos, expresos o tácitos, entre los operadores económicos o asociaciones económicas, así como todas las decisiones de las asociaciones de operadores económicos y todas las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado rumano o en una parte de éste, y, en particular, los que consistan en: [...]
c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento [...]».

23. Por su parte, el Consejo de la competencia sostuvo que, para determinar el carácter contrario a la competencia del acuerdo concluido entre las gestoras de fondos de pensiones privados, entre las que se incluía ING Pensii, se debía tener en cuenta el marco jurídico que sirvió de base para la creación y el funcionamiento del mercado de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios, así como las peculiaridades del mercado en el que se hubiera concluido dicho acuerdo.

24. La Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) desestimó el recurso de ING Pensii mediante su sentencia nº 749, de 6 de febrero de 2012.

25. La sociedad recurrente interpuso entonces un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, en el que sostuvo, en particular, que la elección de un algoritmo de cálculo de los partícipes por duplicado distinto del previsto por la ley no constituía una infracción de la Ley sobre la competencia, sino, en todo caso, una infracción de la legislación específica en materia de pensiones privadas obligatorias. Asimismo, según ella, como la práctica colusoria se había limitado al reparto de los partícipes por duplicado, no había podido afectar a la competencia en el mercado en cuestión, ya que los partícipes por duplicado, que representaban menos del 1,5 % del mercado, no habían sido objeto de competencia entre las gestoras de los fondos de pensiones privados.

26. ING Pensii también afirmó que no tenía ningún interés de carácter práctico o económico en el reparto de los partícipes por duplicado a partes iguales, puesto que ya tenía la mayor cuota de mercado a fecha del 15 de octubre de 2007. Asimismo, en su opinión, el acuerdo había generado efectos positivos al conducir a una mayor eficacia del proceso de adhesión a los fondos de pensiones privados obligatorios, puesto que los partícipes tenían más posibilidades de que se respetara su elección que en caso de un reparto aleatorio.

27. Por último, la recurrente indicó que, en el caso de autos, no se había demostrado ningún efecto de segmentación del mercado nacional de los fondos de pensiones privados obligatorios a causa de la elección de otro algoritmo de cálculo de los partícipes por duplicado. Tratándose de un acuerdo que cubre un porcentaje marginal del mercado rumano, según esta parte era evidente que sus efectos reales o potenciales son insignificantes, y en ningún caso capaces de producir efectos en el mercado de la Unión Europea.

28. El Consejo de la competencia solicitó la desestimación del recurso de casación sosteniendo, esencialmente, que el acuerdo de reparto de los partícipes por duplicado podía falsear la competencia en el mercado de los fondos de pensiones privados obligatorios y, como tal, tenía un objeto contrario a la competencia. Según éste, la capacidad que tiene un acuerdo de producir efectos negativos y la constatación de que se ha producido una infracción consistente en el reparto del mercado y de las fuentes de abastecimiento no estarían condicionadas al número de clientes efectivamente repartidos, dado que este aspecto se referiría a los efectos concretos de una práctica colusoria.

29. En estas circunstancias el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«En el supuesto de una práctica de reparto de clientes, ¿es relevante el número concreto y final de estos a efectos del cumplimiento del requisito de que la competencia se vea significativamente afectada en el sentido de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, apartado 1, letra c)?»

30. ING Pensii, el Consejo de la competencia, el gobierno rumano y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas al Tribunal de Justicia y fueron oídos en la vista celebrada el 11 de febrero de 2015.

III. **Análisis de la cuestión prejudicial**

31. La presente petición de decisión prejudicial solicita al Tribunal de Justicia que indique si el número de personas afectadas por unos acuerdos de reparto de clientes como los examinados en el asunto principal es un dato pertinente para determinar si dichos acuerdos están sujetos a la prohibición de las prácticas colusorias establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, y, de ser así, en qué medida.

32. Habida cuenta de la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, es necesario realizar dos puntualizaciones previas.

33. En primer lugar, soy de la opinión de que, aunque en el litigio principal sólo parece impugnarse directamente la aplicación de las disposiciones nacionales del Derecho rumano en materia de competencia, esto es, en particular el artículo 5, apartado 1, de la Ley sobre la competencia, está claro que procede reconocer la admisibilidad de la cuestión. En el presente asunto, ING Pensii ha impugnado la aplicabilidad del artículo 101 TFUE, pero dicha objeción fue rechazada por el órgano jurisdiccional remitente. Dado que son precisamente los requisitos de aplicabilidad de dicha disposición los que se debaten en este asunto, no puedo menos que adherirme al enfoque de este último.

34. En efecto, cabe señalar que dicha disposición nacional, en su versión actualmente en vigor, reproduce casi palabra por palabra la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia establecida por el artículo 101 TFUE, apartado 1. En tales circunstancias, considero que cabe aceptar la presente remisión prejudicial, continuando en la línea de las soluciones adoptadas en los numerosos precedentes jurisprudenciales relativos a las prácticas restrictivas en aplicación del Derecho nacional de la competencia.[7] En efecto, existe un manifiesto interés de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera sean las condiciones en las que se tengan que aplicar.[8]

35. En segundo lugar, debe señalarse que, si bien parece que la cuestión de la existencia, en el asunto principal, de una restricción de la competencia «por su objeto» es el centro del debate y a ella se referirán las argumentaciones más importantes en las presentes conclusiones, la generalidad de los términos empleados por el órgano jurisdiccional remitente en la formulación de su cuestión prejudicial nos invita también a examinar de forma más global el requisito relativo al perjuicio significativo para la competencia. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente resaltó que, en el caso de autos, se trata de pronunciarse tanto sobre el carácter contrario a la competencia del acuerdo como sobre la cuestión de si los acuerdos de reparto de los partícipes por duplicado podían modificar la estructura del mercado de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios afectándolo de forma significativa.

A. *Sobre la pertinencia del número de personas concretamente afectadas por los acuerdos controvertidos en la determinación de un objeto restrictivo de la competencia*

36. En el presente caso, para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y tras haber hecho referencia a la jurisprudencia relevante, me parece indispensable proceder a un examen de los acuerdos de reparto controvertidos. Aunque, en definitiva, es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre si dichos acuerdos pueden estar sujetos a la

7 — Véanse, en particular, las sentencias Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), apartados 12 a 22; Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784), apartados 13 a 23; ETI y otros (C-280/06, EU:C:2007:775), apartados 19 a 29, y Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartados 17 a 23.

8 — Véase la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 20 y jurisprudencia citada.

prohibición de las prácticas colusorias contemplada en el artículo 101 TFUE, apartado 1, no es menos cierto que se pide al Tribunal de Justicia que ofrezca al juez nacional aclaraciones destinadas a determinar si dichos acuerdos tienen un objeto contrario a la competencia o, en caso contrario, efectos contrarios a la competencia.

1. Resumen de las conclusiones extraídas de la jurisprudencia

37. Es oportuno recordar que para entrar en el ámbito de la prohibición enunciada en el artículo 101 TFUE, apartado 1, un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada deben tener «por objeto *o* efecto» [9] impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior.

38. Según una reiterada jurisprudencia a partir de la sentencia Société Technique Minière, [10] el hecho de que, como indica la conjunción «o» se trate de un requisito alternativo, lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que debe aplicarse. De este modo, cuando se acredite el objeto anticompetitivo de un acuerdo, no será necesario examinar sus efectos sobre la competencia.

39. En cuanto a la distinción entre las infracciones «por el objeto» y las infracciones «por efecto», también en este caso se desprende de una jurisprudencia reiterada y ha sido señalado de nuevo recientemente de forma contundente en el asunto que dio lugar a la sentencia CB/Comisión, [11] que dicha jurisprudencia indica que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un *grado de nocividad* para la competencia *suficiente* para que pueda *considerarse innecesario el examen de sus efectos*.

40. En este sentido, actualmente está bien establecido que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. Así, se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial, en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a fin de aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores. [12]

41. Para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por su objeto» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes. Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta. [13]

9 — La cursiva es mía.

10 — 56/65 (EU:C:1966:38).

11 — C-67/13 P (EU:C:2014:2204), apartado 49.

12 — Sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartados 49 a 51 y jurisprudencia citada.

13 — Sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartados 53 y 54 y jurisprudencia citada.

42. Tal como mencioné en mis conclusiones en el asunto CB/Comisión,[14] aunque la apreciación más estandarizada a la que puede conducir la aplicación del concepto de restricción de la competencia «por su objeto» requerirá un examen detallado e individualizado del acuerdo controvertido, no obstante dicho examen debe diferenciarse claramente del examen de los efectos reales o potenciales de los comportamientos de las empresas acusadas.

43. A mi juicio, tomar en consideración el contexto económico y jurídico en el examen de un objeto contrario a la competencia ha de diferenciarse claramente, so pena de imprimir un sesgo perjudicial a la correcta interpretación del artículo 101 TFUE, apartado 1, de la prueba de los efectos contrarios a la competencia en virtud de la segunda parte de la alternativa prevista en la citada disposición. La consideración del contexto para determinar si el objeto de un acuerdo es contrario a la competencia únicamente puede servir para corroborar o neutralizar el examen de los propios términos del presunto acuerdo restrictivo. No podrá en modo alguno paliar la falta de identificación efectiva de un objeto contrario a la competencia mediante la demostración de los efectos potenciales de las medidas examinadas. En otras palabras, y al margen de las semejanzas conceptuales que existen entre las dos variantes de esta alternativa, la toma en consideración del contexto económico y jurídico para identificar una restricción de la competencia «por su objeto» no puede conducir a una calificación contraria a las empresas denunciadas cuando se trate de un acuerdo cuyos términos no pongan de manifiesto una nocividad desde el punto de vista de la competencia.[15]

44. A la luz de estas consideraciones me propongo examinar los acuerdos controvertidos, tras repasar sucintamente, en primer lugar, el contexto general y las modalidades de su elaboración.

2. Descripción del contexto general y de las modalidades de elaboración de los acuerdos controvertidos

45. Los acuerdos bilaterales de reparto de los partícipes por duplicado celebrados entre las gestoras de fondos de pensiones privados, que son impugnados en el asunto principal, se enmarcan en el contexto de la adhesión, que a partir de 2007 se hizo obligatoria para las personas menores de 35 años (personas incluidas en el segundo pilar), a uno de los 18 fondos de pensiones privados autorizados a tal efecto.

46. Teniendo en cuenta la obligatoriedad de la adhesión a uno (y solamente a uno) de los fondos de pensiones para las personas incluidas en el segundo pilar, no podía preverse que, a la finalización del período inicial de adhesión, de una duración de aproximadamente cuatro meses, las personas afectadas no estuvieran consideradas como afiliadas a un fondo concreto.

47. En este contexto, es importante recordar que, con arreglo a la legislación vigente, la afiliación a un fondo de pensiones no es legalmente válida hasta que haya sido registrada en la CNPAS. Antes de dicho registro, no existe validez alguna ni presunción de afiliación a un fondo particular. También cabe señalar que las personas que se hayan adherido a un fondo de pensiones de gestión privada y que hayan sido registradas como tales en la CNPAS no podrán modificar su adhesión antes de transcurrido un plazo de dos años, so pena de incurrir en gastos considerables, lo que, de cierta manera, fija las adhesiones para el futuro.

48. Así, en los casos en que los partícipes figuraran en los informes de varias gestoras (los partícipes por duplicado) y no hubiera sido posible, por uno u otro motivo, verificar el documento de adhesión, el legislador había dispuesto que los partícipes debían repartirse de forma «aleatoria» y directamente proporcional al número de personas cuya adhesión hubiera sido validada para cada fondo de pensiones privado en relación con el número total de personas cuya adhesión hubiera sido validada para el conjunto de los fondos de pensiones privados.

14 — C-67/13 P (EU:C:2014:1958), punto 40.

15 — *Ibidem*, puntos 44 y 45.

49. Parece que este reparto reflejaba, en esencia, el juego de la competencia entre los fondos de pensiones partícipes durante el plazo de adhesión, porque era proporcional al número de personas validadas por cada fondo en el momento del reparto. De la información proporcionada al Tribunal de Justicia por el Consejo de la competencia se deduce que el reparto en función del número de documentos de adhesión validados era una medida destinada a fomentar una participación más activa de los actores del mercado con el fin de atraer a los partícipes y garantizar una estructura del mercado basada en la competencia.

50. Por último, siempre según la información proporcionada por el Consejo de la competencia, la celebración de los acuerdos de reparto controvertidos, que se realizó de manera informal, comenzó con anterioridad al período de adhesión inicial, que dio comienzo el 14 de septiembre de 2007. [16] Ahora bien, en esa época no era posible cuantificar, ni tan siquiera estimar, el número final de partícipes que quedarían registrados como partícipes por duplicado. En otras palabras, las gestoras de los fondos de pensiones, mediante la celebración de los acuerdos en cuestión, decidieron contravenir el sistema de reparto de los partícipes por duplicado establecido por la ley repartiéndose ellos mismos a sus clientes, sin conocer el número exacto de personas que en definitiva se verían afectadas.

51. Finalmente, el reparto de los partícipes registrados como partícipes por duplicado las más de las veces se realizaba de forma bilateral entre la mayoría de las sociedades gestoras de fondos de pensiones. El reparto en cuestión, que se realizaba a partes iguales entre las gestoras, suponía la retirada de las personas afectadas del registro de los partícipes por duplicado y la validación de su adhesión a uno de los fondos ante la CNPAS. Al no proceder al control de autenticidad de las adhesiones establecido legalmente y al proceder a un reparto al 50/50, las gestoras incumplieron a sabiendas unas reglas que reflejaban el resultado de la competencia que ellas debían practicar entre sí.

52. A la vista de estos factores procede examinar si puede considerarse o no que los acuerdos en cuestión presentan, por sí mismos, un grado de nocividad para la competencia suficiente y, por tanto, que son restrictivos «por el objeto».

3. Examen de la cuestión sobre si los acuerdos de reparto de los partícipes por duplicado que se discuten suponen una restricción de la competencia «por su objeto», en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

53. Para realizar dicho examen voy a retomar el modelo de análisis que ya he expuesto anteriormente, centrándome en examinar sucesivamente el contenido de los acuerdos de reparto, los objetivos que éstos pretenden conseguir y el contexto económico y jurídico en el que se insertan.

a) Sobre el contenido de los acuerdos de reparto controvertidos

54. Mediante los acuerdos controvertidos, algunas gestoras de fondos acordaron, a primera vista, repartirse bilateralmente las personas no afiliadas definitivamente y que según los registros hubieran firmado varios documentos de adhesión a fondos de pensiones diferentes.

16 — Según la información obtenida durante la investigación llevada a cabo por el Consejo de la competencia, una de las gestoras, el 15 de agosto de 2007, propuso a las sociedades competidoras concluir acuerdos bilaterales y multilaterales estableciendo los criterios mutuos de validación en caso de documentos de adhesión múltiples a diversos fondos y sancionando financieramente a las sociedades que no se sometieran a dichos criterios. También parecen haberse propuesto acuerdos de reparto de los partícipes por duplicado contraviniendo el dispositivo establecido por la ley en una reunión de la Asociaţia pentru Pensiile Administrate Privat din România (Asociación para las Pensiones de Jubilación Privadas en Rumanía).

55. Así, las gestoras de fondos de pensiones privados sobre cuyos partícipes figurara que habían firmado varios documentos de adhesión individuales acordaron repartirse bilateralmente los partícipes por duplicado (que eran clientes potenciales de cualquiera de las sociedades de gestión) según la regla del 50/50, a pesar de que estaban obligados a verificar previamente la voluntad real de los partícipes de los que resultara que habían firmado dos documentos de adhesión y, en su caso, a comunicar todo documento de adhesión a la CNPAS, debiéndose invalidar a tales partícipes e incluirlos en el sistema de reparto aleatorio.

56. Si bien, tal como ING Pensii lo invocó en sus observaciones, en cierto modo se podía presumir que dichas personas habían indicado una cierta preferencia por adherirse a uno de los dos fondos en cuestión, no es menos cierto que, tal como se desprende de la legislación nacional pertinente, una persona sólo se convierte en partícipe de un fondo de pensiones al firmar un documento de adhesión individual que a continuación debe ser debidamente registrado ante la institución competente (artículo 32, apartados 1 a 4, de la Ley nº 411/2004).

b) Sobre las finalidades objetivas de los acuerdos controvertidos

57. Parece bastante evidente que el objetivo perseguido mediante la celebración de los acuerdos en cuestión era inaplicar el sistema de reparto aleatorio de los partícipes por duplicado establecido en la legislación aplicable.

58. En efecto, de conformidad con dicha legislación, los partícipes por duplicado debían ser invalidados y repartidos aleatoriamente entre *el conjunto* de las gestoras, que en el período de adhesión inicial eran 18. Al celebrar los acuerdos controvertidos, las gestoras afectadas se aseguraban un reparto a partes iguales entre ellas.

59. Teniendo en cuenta el contenido y las finalidades objetivas de los acuerdos controvertidos, es evidente que estos acuerdos se asemejan a unos acuerdos de reparto de clientes que pueden presentar, por su propia naturaleza, un grado de nocividad suficiente. En efecto, está claro que dichos acuerdos son capaces de falsear la competencia en el mercado de las pensiones privadas obligatorias en una etapa clave de la formación del mercado.

60. En este contexto, me parece importante recalcar que, cuando se celebraron los acuerdos de reparto entre las gestoras, lo que a menudo tuvo lugar antes incluso del comienzo del período de adhesión, no había certeza alguna en cuanto al número de personas que serían mencionadas en el registro de los partícipes por duplicado. Ahora bien, la capacidad de dichos acuerdos para producir efectos significativos en el mercado debe examinarse con respecto a los datos que fueran conocidos cuando se celebraron dichos acuerdos, y no puede tener en cuenta constataciones de hecho posteriores a la celebración de dichos acuerdos.

61. En el presente asunto, es innegable la capacidad de los acuerdos en cuestión para modificar la estructura del mercado, al sustraer a un determinado número de clientes del juego de la competencia. Dicha capacidad existe con independencia de los efectos concretos que se hayan observado o que pudieran haber sido observados.

62. Por lo tanto, en este punto de mi examen, opino que dichos acuerdos tienen, *prima facie*, un carácter restrictivo de la competencia en virtud de su mismo objeto.

63. La toma en consideración del contexto económico y jurídico relevante no me parece que pueda, tal como expondré a continuación, invalidar esta primera conclusión.

c) Sobre la toma en consideración del contexto económico y jurídico en el que se elaboraron los acuerdos controvertidos

64. Tal como he mencionado anteriormente, la necesidad de establecer una clara distinción entre la identificación de una restricción de la competencia «por su objeto» y la de una restricción de la competencia «por su efecto» implica que el examen del contexto en el que se elaboraron los acuerdos en cuestión no puede asimilarse a un examen de los efectos del acuerdo como tales. Aunque el juez nacional debe proceder en todos los casos a una evaluación individual de los acuerdos en el contexto jurídico y económico en que fueron celebrados, dicha evaluación no equivale a un examen específico de sus efectos reales y potenciales y, en su caso, de la importancia de tales efectos.

65. Por lo tanto la consideración del contexto para determinar si el objeto de un acuerdo es contrario a la competencia únicamente puede servir para *corroborar o neutralizar* el examen de los propios términos del presunto acuerdo restrictivo. No podrá en modo alguno paliar la falta de identificación efectiva de un objeto contrario a la competencia mediante la demostración de los efectos potenciales de las medidas examinadas. Me parece que esta conclusión puede deducirse con total naturalidad de la formulación empleada por el Tribunal de Justicia, que indica de forma bastante clara que, en el supuesto de que el análisis del *contenido* del acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, procedería entonces examinar sus efectos y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. [17]

66. Esta puntualización me parece importante en el presente caso, dado que, tras el examen del contenido y las finalidades objetivas de los acuerdos en cuestión, parece que estos tienen, por su propia naturaleza, tal grado de nocividad para la competencia que debe admitirse que, *a priori*, suponen una restricción de la competencia «por su objeto» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

67. Asimismo, el examen del contexto en circunstancias como las de referencia en el asunto principal debe servir para determinar si, a pesar de su carácter *prima facie* contrario a la competencia, se puede disculpar a las sociedades gestoras de los fondos de pensiones privados habida cuenta del contexto económico y jurídico en el que se celebraron los acuerdos de reparto controvertidos o si, por el contrario, el examen de dicho contexto nos lleva a reafirmar la conclusión, alcanzada tras el examen de los términos y los objetivos perseguidos mediante la celebración de dichos acuerdos, de que estos tienen un objeto contrario a la competencia.

68. Ahora bien, en lo referente a los contextos económico y jurídico, que en el presente caso se encuentran muy interrelacionados, se deduce de la información proporcionada tanto por el órgano jurisdiccional remitente como por las partes interesadas que el contexto en el que se elaboraron los acuerdos de reparto controvertidos se caracterizó por las siguientes circunstancias.

69. En primer lugar, los acuerdos se celebraron en el contexto de la aparición de un nuevo mercado («infant market») en Rumanía, esto es, el de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios, cuyo establecimiento comenzó en 2007 con la autorización por la CSSPP de un determinado número de sociedades que tenían dicha gestión como único objeto. En el marco de la formación de dicho mercado, que, según la información proporcionada por el Consejo de la competencia, abarcaba aproximadamente a cuatro millones de personas, el período de adhesión inicial constituía indudablemente una etapa decisiva para la determinación de la estructura de dicho mercado y de las cuotas de cada sociedad gestora autorizada.

17 — Véanse, en particular, las sentencias Société Technique Minière (56/65, EU:C:1966:38), p. 359, y Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartado 135 y jurisprudencia citada.

70. Desde esta perspectiva, la regla aritmética, establecida por la ley, de reparto aleatorio y proporcional de las personas que no se hubieran adherido a un fondo de pensiones o de las que resultara que no habían realizado una elección válida (como los partícipes por duplicado), cuyo número no podía ser conocido, pretendía en particular, en un contexto de fomento de la competencia entre las gestoras, proteger y garantizar una estructura de este nuevo mercado de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios que correspondiera al esfuerzo realizado por cada gestora para atraer al máximo número de partícipes durante la fase de adhesión inicial y a las elecciones real y legalmente manifestadas por los individuos.

71. En segundo lugar, cabe señalar que la constitución del mercado de la gestión privada de los fondos de pensiones obligatorios se materializó en un plazo relativamente corto, de cuatro meses, tras el cual la posición de cada una de las gestoras de fondos tenía potencialmente una influencia decisiva sobre sus futuras cuotas de mercado. La propia naturaleza de este mercado y el hecho de que los partícipes se expusieran a una sanción pecuniaria sustancial (penalizaciones por traspaso establecidas por la Ley nº 411/2004) en caso de modificación de su elección de fondo, implica una movilidad reducida de los consumidores afectados y fija en cierto modo las cuotas de mercado de las sociedades afectadas al término del período de adhesión.

72. En tercer lugar, si bien, tal como señaló ING Pensii, algunas gestoras alegaron que los acuerdos de reparto pretendían paliar las dificultades de orden práctico y la necesidad de adoptar medidas sobre un dispositivo legal de reparto que se consideraba, en la práctica, ineficaz, es preciso señalar que los acuerdos controvertidos, con toda probabilidad, fueron celebrados antes incluso de que se hubiera producido dificultad alguna en lo relativo a la organización del proceso inicial de adhesión.

73. Aun suponiendo que se debiera aceptar la argumentación presentada por la recurrente, según la cual el marco legislativo que acompañó al establecimiento del mercado de la gestión privada de los fondos de pensiones presentaba numerosas lagunas, ésta no podría invalidar la constatación de que dichas gestoras se sustrajeron deliberadamente a las reglas de reparto de los partícipes establecidas por ley, y que lo hicieron en un sentido que podía modificar la estructura del mercado resultante de los esfuerzos que efectivamente realizaron y que se materializaron en adhesiones legalmente válidas.

74. En efecto, quiero recalcar que, según la legislación aplicable, las inscripciones por duplicado de los partícipes debían ser invalidadas y atribuidas de forma aleatoria y proporcional a las cuotas de mercado de cada gestora al término del proceso de validación de las adhesiones. Al concluir de forma bilateral acuerdos relativos al reparto de los partícipes por duplicado entre ellas sin que una elección legalmente válida hubiera recaído claramente en ellas, las gestoras de los fondos se sustrajeron a la aplicación de reglas transparentes, en perjuicio del libre juego de la competencia.

75. De estas consideraciones se desprende que en mi opinión los elementos contextuales del asunto principal no pueden invalidar la conclusión de que los acuerdos de reparto tienen un objeto contrario a la competencia, sino que, muy al contrario, refuerzan dicha conclusión.

76. Me parece que este tipo de acuerdo choca manifiestamente con la concepción inherente a las disposiciones del TFUE relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado y competir libremente por todos los clientes en el mercado. Mediante la celebración de estos acuerdos, las gestoras de fondos se coordinaron para minimizar los riesgos de la competencia. [18]

18 — Véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 34.

77. En consecuencia, opino que los acuerdos de reparto de los partícipes que hubieran firmado varios documentos de adhesión, celebrados entre las gestoras de fondos de pensiones de gestión privada en contravención de las reglas previstas en la ley, cumplen todos los requisitos para ser calificados de restrictivos «por su objeto».

78. Queda por examinar si el número de personas concretamente afectadas por los acuerdos de reparto puede eventualmente resultar pertinente para concluir que existe un perjuicio sensible para la competencia.

B. *Sobre la pertinencia del número de personas concretamente afectadas en el examen de la existencia de un perjuicio significativo o sensible para la competencia*

79. Considerados todos los factores y habida cuenta de las circunstancias del presente caso, la cuestión planteada en este caso equivale a determinar si el efecto concreto de los acuerdos de reparto controvertidos, que de forma clara y evidente parecen tener un objeto contrario a la competencia, puede ser pertinente para considerar que existe una restricción de la competencia.

80. Me parece que procede dar una respuesta negativa a esta cuestión. Desde el momento en que se concluye que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es en absoluto necesario examinar sus efectos concretos.

81. En efecto, una vez se ha demostrado que dichos acuerdos tienen un objeto contrario a la competencia, ya no procede examinar si estos afectan sensiblemente a la competencia en el mercado. En la medida en que los comportamientos contrarios a la competencia están prohibidos por su propia naturaleza, habida cuenta de su grado de nocividad para la competencia, no es en absoluto necesario calificarlos mediante un impacto económico o un ámbito geográfico precisos.

82. También es importante recordar que un acuerdo restrictivo «por su objeto» estará prohibido independientemente de las consecuencias que produzca en última instancia, por el simple hecho del daño potencial que representa para la competencia. Tal como lo señaló en particular el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia Expedia,[19] procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia (apartado 37 de dicha sentencia).

83. Del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que, en circunstancias como las del caso de autos, el número de clientes (partícipes por duplicado) que hayan sido efectivamente repartidos entre las gestoras de los fondos de pensiones privados carece de relevancia, ya que este punto se refiere a los efectos concretos de una práctica colusoria, efectos que no es preciso examinar en el caso de los acuerdos restrictivos por su objeto. El objeto contrario a la competencia de un acuerdo de reparto, más concretamente la capacidad de dicho acuerdo para producir efectos negativos en el mercado, no puede depender del número concreto de clientes efectivamente repartidos, sino únicamente del tenor y de las finalidades objetivas de dicho acuerdo a la luz del contexto económico y jurídico en que fue celebrado.

84. Aunque no sea necesario realizar un análisis completo de los efectos de un acuerdo para determinar si existe una restricción de la competencia «por su objeto», no es menos cierto que el acuerdo en cuestión debe ser objetivamente capaz de producir tal restricción. Dicho de otro modo, el juez no puede de ninguna manera, en el marco del contexto económico y jurídico de los acuerdos, ignorar completamente los efectos potenciales de estos, teniendo en cuenta los datos conocidos a la fecha en que fueran celebrados.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.

85. En efecto, opino que el requisito de que la restricción en cuestión sea sensible no puede ser ignorado en el caso de una restricción de la competencia «por su objeto», sino que en cierto modo queda subsumido en el examen del contexto económico y jurídico que se realiza para confirmar la capacidad real del acuerdo en cuestión para producir tal efecto restrictivo. En el supuesto de que el juez concluyera, tras analizar el contexto económico y jurídico, que los efectos potenciales sobre la competencia del acuerdo en cuestión sólo pueden ser insignificantes, habida cuenta en particular la débil posición que ocupan los interesados en el mercado de los productos de que se trate, dicho juez puede verse obligado a concluir que dicho acuerdo queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1.

86. Por lo que se refiere al presente caso, no parece que las circunstancias jurídicas y económicas mencionadas más arriba, en las que se inscriben los acuerdos, puedan hacer dudar de la existencia de una restricción capaz de afectar sensiblemente a la competencia.

IV. **Conclusión**

87. Habida cuenta del conjunto de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție (Tribunal Supremo) (Rumanía) del siguiente modo:

«El artículo 101 TFUE, apartado 1, letra c), debe interpretarse en el sentido de que, en presencia de un acuerdo de reparto de clientes, como los celebrados entre los fondos de pensiones en el asunto principal, que constituye, por su propia naturaleza, una infracción con un objeto contrario a la competencia, el número definitivo de clientes concretos repartidos no es pertinente en lo que respecta al cumplimiento del requisito relativo a la restricción de la competencia, en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, letra c).»