



# **Protocolo de Cumplimiento de la Normativa de Defensa de la Competencia**

# Índice

<b>1</b>	<b>Definiciones</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Introducción</b>	<b>3</b>
<b>3</b>	<b>Ámbito de aplicación</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>El derecho de la competencia: finalidad, marco normativo y autoridades encargadas de su aplicación</b>	<b>4</b>
<b>5</b>	<b>Riesgos en las relaciones con competidores</b>	<b>5</b>
	5.1 Cárteles	5
	5.2 Otros acuerdos con competidores	10
	5.3 Otros contactos con competidores	11
	5.4 Asociaciones sectoriales	14
	5.5 Seguimiento de encuentros y contactos con competidores	16
<b>6</b>	<b>Relaciones con clientes y proveedores</b>	<b>18</b>
<b>7</b>	<b>Elaboración de documentos</b>	<b>19</b>
	7.1 Directrices	20
<b>8</b>	<b>Consecuencias de las infracciones de la normativa de competencia</b>	<b>21</b>
<b>9</b>	<b>Comunicación y consultas sobre cuestiones de competencia</b>	<b>23</b>
	<b>Anexo I. Reglas básicas - competencia</b>	<b>27</b>

---

<b>Anexo II. Protocolo sobre constitución de UTEs con competidores</b>	<b>29</b>
<b>Anexo III. ¿Qué hacer ante una inspección sorpresa (“dawn raid”) de competencia?</b>	<b>34</b>
<b>Anexo IV. Formulario para la comunicación de encuentros y contactos profesionalmente relevantes con competidores</b>	<b>38</b>

#### CONTROL DE MODIFICACIONES

VERSIÓN	FECHA	ÓRGANO DE APROBACIÓN	AUTOR	RESUMEN DE CAMBIOS
0	7 de julio de 2021	Administrador único	Cumplimiento normativo	Edición inicial
1	9 de mayo de 2022	Consejo de administración	Cumplimiento normativo	Adaptación de normativa

## 1 Definiciones

- **VINCI:** VINCI, S.A., sociedad matriz del Grupo VINCI.
- **COBRA SCE:** COBRA SERVICIOS, COMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.L.U., sociedad matriz de COBRA IS.
- **COBRA IS o la organización:** incluye a la sociedad matriz, COBRA SCE, y a los distintos subgrupos<sup>1</sup> de esta, así como sus respectivas filiales y las UTEs en las que se encuentren sociedades del Grupo.
- **Miembros de la organización:** órgano de gobierno, directivos, empleados, voluntarios de la organización y el resto de personas bajo subordinación jerárquica de cualquiera de los anteriores.

---

<sup>1</sup> COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.U. (“**COBRA**”), CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI, S.A. (“**CYMI**”), CYMI BRASIL, S.L.U. (“**CYMI BRASIL**”), DRAGADOS OFFSHORE, S.A. (“**DRAGADOS OFFSHORE**”), ELECTRICIDAD ELEIA, S.L.U. (“**ELEIA**”), ENCLAVAMIENTOS Y SEÑALIZACIÓN FERROVIARIA, S.A.U. (“**ENYSE**”), ELECTRONIC TRAFIC, S.A. (“**ETRA**”), IMESAPI, S.A. (“**IMESAPI**”), INITEC ENERGÍA, S.A. (“**INITEC**”), INTECSA INGENIERÍA INDUSTRIAL, S.A. (“**INTECSA**”), MAETEL INSTALACIONES Y SERVICIOS INDUSTRIALES, S.A. (“**MAETEL**”), MAKIBER, S.A. (“**MAKIBER**”), MANTENIMIENTO Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (“**MASA**”), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (“**SEMI**”), SICE TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS, S.A. (“**SICE**”) y SYNEOX RAIL, S.L. (“**SYNEOX**”).

- **Órgano de gobierno:** órgano de administración de la sociedad concreta de COBRA IS (COBRA SCE o alguno de sus subgrupos o respectivas filiales), en la medida que tiene asignada la responsabilidad y autoridad fundamental de las actividades, la gobernabilidad y las políticas de dicha sociedad concreta.
- **Órgano de Cumplimiento Normativo (OCN):** órgano interno de COBRA SCE, dotado de poderes autónomos de iniciativa y control, al que se le confía, entre otros cometidos, la responsabilidad de supervisar el funcionamiento y observancia del Programa de Cumplimiento Corporativo de COBRA SCE. La existencia del OCN responde, entre otras, a las exigencias establecidas en la normativa penal española (artículo 31 bis del Código penal español) en cuanto a la supervisión del Programa de Cumplimiento Corporativo.
- **Responsable de Cumplimiento Corporativo (RCC):** órgano interno de aquellas sociedades (subgrupos y filiales) de COBRA IS, dotado de poderes autónomos de iniciativa y control, al que se le confía, entre otros cometidos, la responsabilidad de supervisar el funcionamiento y observancia del Programa de Cumplimiento Corporativo de la sociedad del Grupo correspondiente.
- **Tercero:** persona física o jurídica u organismo independiente de la organización.

## 2 Introducción

Este Protocolo expone las reglas fundamentales que los empleados de COBRA IS deberán seguir respecto al cumplimiento de la legislación en materia de Defensa de la Competencia en coherencia con la normativa de VINCI.

El Protocolo proporciona una descripción general básica de la legislación de Defensa de la Competencia y su finalidad es facilitar que la actividad comercial de las empresas de COBRA IS se desarrolle cumpliendo con dicha normativa.

Asimismo, el Protocolo facilita la identificación de potenciales comportamientos anticompetitivos por parte de terceros y proporciona directrices de actuación sobre cómo proceder ante ese tipo de situaciones.

### **3    Ámbito de aplicación**

Este Protocolo se aplica a todos los empleados de COBRA IS, independientemente de su posición jerárquica en la organización o de su cualificación profesional.

En particular, cabe advertir que los departamentos de desarrollo de negocio, de ofertas, de compras, así como las delegaciones deben tener especial sensibilidad en lo que se refiere al cumplimiento de estas reglas, asegurando el cumplimiento de las mismas por todos los empleados.

Cualquier duda respecto a una práctica que pudiera entrar en conflicto con la normativa de competencia deberá ser consultada con el RCC, y en su caso, con el departamento de Asesoría Jurídica. Para ello podrá emplearse la plataforma digital de gestión de las comunicaciones del canal ético disponible en la página web <https://cobrais.integrityline.com>, la cual permite realizar denuncias por escrito y de forma verbal, así como mediante la línea telefónica asociada a dicha plataforma y/o el canal de consultas habilitado en materia de cumplimiento normativo.

### **4    El derecho de la competencia: finalidad, marco normativo y autoridades encargadas de su aplicación**

El derecho de la competencia aspira a sostener un modelo de economía de mercado donde la competencia real y efectiva entre las empresas resulte en una asignación lo más eficiente posible de los bienes y servicios, lo que se traduce en precios más bajos, mayor calidad y en un nivel óptimo de innovación tecnológica. Así, el objetivo último de la normativa de competencia es salvaguardar el juego de la competencia, de forma que cada agente económico tome sus decisiones comerciales de forma independiente y las empresas no participen en acuerdos o prácticas que puedan eliminar o restringir la competencia.

Las normas aplicables en el campo del derecho de la competencia son: (i) las normas básicas de la Unión Europea en la materia las encontramos en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”); y (ii) a nivel nacional, los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”). Estas disposiciones deben complementarse con la jurisprudencia que las interpreta, dictada por los Tribunales de la Unión Europea y los tribunales nacionales.

Las autoridades de competencia son las entidades encargadas de velar por el respeto de las normas en materia de competencia, y cuentan con facultades tanto de inspección, como de instrucción y sanción de aquellas conductas que infrinjan la normativa. Existen autoridades de ámbito europeo, nacional y, en el caso de España, también regional. A nivel europeo, la autoridad competente es la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

En España, cabe distinguir:

- Con competencias para actuar a nivel nacional, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”).
- A nivel regional, las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas.

## **5 Riesgos en las relaciones con competidores**

Un principio básico de la normativa de defensa de la competencia es que las empresas deben determinar su conducta en el mercado de forma autónoma e independiente respecto de sus competidores. Este principio no implica que las empresas tengan prohibido adaptarse a las prácticas que puedan observar de sus competidores (de hecho, la inteligencia de mercado puede ser un elemento esencial). Sin embargo, nunca debe acordarse con competidores el modo de comportarse en el mercado o participar en un intercambio de información estratégica o comercialmente sensible.

Los principales comportamientos que están prohibidos se exponen a continuación.

### **5.1 Cárteles**

Se entiende por “cártel” cualquier acuerdo, tácito o expreso, oral o escrito, en virtud del cual dos o más competidores acuerdan no competir entre sí.

La noción de acuerdo para el derecho de la competencia es muy amplia. En concreto, la normativa no prohíbe únicamente los acuerdos formales (contratos), sino cualquier clase de pacto, formal o informal, escrito u oral. Se aplica incluso a acuerdos en los que la concurrencia de voluntades de las partes no se ha articulado formalmente (por ejemplo, colusión a través de herramientas digitales).

Los cárteles pueden tener por objeto:

- Fijación o coordinación de precios.
- Reparto de clientes, proveedores, mercados o territorios (los denominados “pactos de no agresión”).
- No licitar a determinados clientes, no contratar a determinados proveedores (“boicot”) o dificultar conjuntamente de otro modo a un tercero el desarrollo de su actividad en el mercado.
- Intercambio de información sensible entre competidores sobre variables estratégicas como, por ejemplo, precios o cantidades futuras.

Constituye igualmente un cártel un acuerdo entre competidores para coordinar su comportamiento en el marco de un procedimiento de licitación (las denominadas “pujas fraudulentas” o “acuerdos de bid-rigging”).

Cabe destacar que las licitaciones públicas constituyen un mercado competitivo y, como tal, la normativa sobre competencia resulta plenamente aplicable. En ese sentido, existe todo un conjunto de prácticas ilícitas cuyo denominador común es la alteración y/o manipulación del resultado de los concursos públicos. Tales prácticas pueden consistir, por ejemplo, en:

- Acordar con otros licitadores los términos y condiciones de presentación de ofertas o el reparto de los contratos, directamente o mediante subcontratación, puntualmente o de forma sostenida en el tiempo.
- Acordar que determinados competidores no presenten ofertas, hagan ofertas artificialmente elevadas o que no se ajusten a los pliegos que rigen la contratación, a fin de evitar que les sea adjudicado el contrato (“ofertas de acompañamiento o de cobertura”).
- Acordar cualquier clase de compensación a las empresas que no hayan resultado adjudicatarias de los contratos, por ejemplo, a través de su subcontratación para la ejecución parcial del contrato.

- Declinar una invitación a presentar oferta o no concurrir cuando ello responde a un reparto de mercados o clientes o a la compensación de un favor anterior. Por ello, se recomienda documentar internamente las razones económicas o comerciales por las que se decide no presentar oferta a una licitación, especialmente cuando se ha recibido invitación expresa a participar por parte del cliente.

La CNMC ha identificado como indicios de la existencia de una oferta de cobertura o de acompañamiento<sup>2</sup>, entre otros, los siguientes factores:

- Reducido número de licitadores.
- Ofertas incoherentes de un mismo operador en licitaciones similares.
- Similitudes sospechosas entre ofertas, pobreza del contenido y formato.

En relación con los cárteles, debe precisarse que:

- No es necesario que los acuerdos entre competidores sean fruto de acuerdos directos entre las partes. Dichos acuerdos pueden articularse a través de un intermediario, por ejemplo, una consultora, un proveedor o subcontratista común de distintos competidores que sirva de medio para intercambiar la información necesaria para el cártel (“cártel hub & spoke”).
- Los cárteles constituyen infracciones de la normativa de competencia por definición, de manera que no es necesario que el acuerdo anticompetitivo haya llegado a ejecutarse efectivamente ni que haya alcanzado el resultado esperado. Un cártel fallido podrá ser igualmente investigado y sancionado por las autoridades de competencia.
- Debe advertirse que una empresa puede ser considerada responsable de un cártel incluso en el supuesto de que se haya adoptado una actitud meramente pasiva. En este sentido, no son aceptadas por las autoridades de competencia explicaciones o excusas del tipo de “me limité a escuchar lo que los demás discutían”, “nunca contesté al correo electrónico” o “en todo caso no competiríamos en esa licitación”.

---

<sup>2</sup> Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (2011): <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/contratacion-publica>

---



- Por ello, en caso de que haya sospechas de que una empresa de COBRA IS pudiera estar participando directa o indirectamente en un cártel debe informarse inmediatamente al RCC, con la finalidad de evitar el posible riesgo de infracción y garantizar la adopción de las medidas oportunas.
- El hecho de que la coordinación con empresas competidoras para la presentación de las ofertas haya sido propuesto, consensuado o validado con el propio cliente no excluye la responsabilidad de la empresa ante las autoridades de competencia.

PREGUNTA: ¿Supondría una vulneración de la normativa de competencia un acuerdo concluido entre dos filiales del mismo grupo de empresas por que el ambas acuerdan a qué licitaciones se presentarán respectivamente?

RESPUESTA: No, porque el **artículo 101 TFUE (y/o artículo 1 LDC) no es aplicable por regla general a acuerdos entre compañías pertenecientes a un mismo grupo**. Un acuerdo o intercambio de información sensible sobre precios entre dos filiales quedaría también fuera del ámbito de aplicación de la norma y no sería, por tanto, sancionable como acuerdo anticompetitivo. No obstante, el hecho de que se trate de dos filiales del mismo grupo no les exime del cumplimiento, en su caso, de las exigencias derivadas de la normativa de contratación pública.

PREGUNTA: El empleado A recibe en su dirección de correo corporativo un mensaje de un trabajador de la competencia, por el que se reenvía a su vez un correo de la entidad licitante. A puede comprobar que, como afirma el competidor, la entidad licitante preferiría contratar con el competidor, así que agradecería que se presentase una oferta de acompañamiento para asegurar la adjudicación del contrato a éste. ¿La validación de una oferta de acompañamiento por parte de la entidad licitante exoneraría de responsabilidad a las empresas? ¿Y si la entidad licitante fuera una entidad privada?

**RESPUESTA: No, ningún acuerdo entre empresas tendente a la manipulación o alteración del resultado de una licitación, sea ésta pública o privada, puede justificarse por el consentimiento o conocimiento de la conducta por parte de la entidad licitante.**

**PREGUNTA:** La empresa *A* ha presentado una oferta sin un verdadero carácter competitivo con la intención de favorecer la posición de la empresa *B* en la licitación de un contrato de obra pública, pues dicha empresa había hecho lo propio para que *A* resultase adjudicataria de un contrato anterior. No obstante, finalmente *B* queda como segunda clasificada y se ve superada por *C*, empresa que resulta adjudicataria del contrato gracias a una oferta con una bajada económica muy agresiva. El órgano de contratación, al observar indicios de coordinación entre las empresas *A* y *B*, informa de los hechos a la autoridad de competencia correspondiente. Dicha autoridad, ¿podrá sancionar la conducta llevada a cabo por las empresas *A* y *B*, habida cuenta de que su conducta no alteró el resultado de la licitación?

**RESPUESTA: Sí. El acuerdo entre ambas empresas constituye una infracción de la normativa de defensa de la competencia por su objeto, por lo que no se requiere que el acuerdo haya desplegado efectos en el mercado para que la autoridad de competencia pueda sancionar la conducta.**

## 5.2 Otros acuerdos con competidores

Existen otros acuerdos entre competidores que pueden tener un objeto lícito y cuya compatibilidad con la normativa de competencia dependerá de las circunstancias concretas, los términos y condiciones del acuerdo y las cuotas de mercado de las empresas participantes. Por ello, se recomienda consultar al RCC y, en su caso, al departamento de Asesoría Jurídica antes de celebrar dichos acuerdos, en particular los siguientes:

- **Constitución de Uniones Temporales de Empresas (UTEs):** aunque la UTE es una figura lícita, si se constituye entre empresas competidoras podría llegar a considerarse potencialmente problemática desde una perspectiva de competencia.

Una UTE lícita permite que empresas que no se pueden presentar a una licitación, aúnen fuerzas colaborando para la presentación de una oferta en común. Se trata, por tanto, de una alianza con una finalidad pro-competitiva, puesto que permite que se presenten más y mejores ofertas a una licitación.

Para evitar infringir la normativa de competencia en la constitución de una UTE, debiera poder justificarse que la motivación real de su constitución (objetiva, creíble y demostrable) favorece la competencia en la licitación, permitiendo que se presente una oferta que, de otro modo, no se habría presentado o que, en su caso, permita la presentación de una oferta mejor.

Cabe destacar que la validación de la constitución de una UTE por el órgano de contratación no garantiza la compatibilidad de la UTE en cuestión con la normativa de defensa de la competencia. Por ello, es obligatorio trasladar cualquier duda en relación con la constitución de una UTE con competidores al RCC correspondiente o al departamento de Asesoría Jurídica, así como elaborar una memoria justificativa sobre la necesidad de dicha constitución.

Para más información sobre la constitución de las UTEs y su compatibilidad con la normativa de competencia, véase el documento sobre creación de Uniones Temporales de Empresas, incluido como Anexo 2 al presente documento.

- **Subcontratación:** la subcontratación de o por competidores en el marco de licitaciones comporta principalmente dos riesgos desde la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia.

En primer lugar, las subcontrataciones no deben consistir en un mecanismo para compensar a empresas competidoras por no haber concurrido a una licitación o por haber presentado una oferta sin intención real de competir por la adjudicación del contrato (véase el punto 5.1 sobre cárteles y fraude de licitaciones o “bid rigging”).

En segundo lugar, la información que se intercambie con un competidor a raíz de un acuerdo de prestación de servicios deberá ser estrictamente necesaria para realizar la relación de subcontratación.

Como regla general, debieran observarse las siguientes cautelas:

- No solicitar, ni recibir información de la empresa subcontratada (cuando se trata también de un competidor) relativa a otros proyectos.
- No solicitar, ni recibir información del proveedor / competidor relativa a sus costes o capacidad productiva.
- **Compra conjunta:** los acuerdos entre competidores para comprar de forma conjunta materias primas y otros insumos generalmente no constituyen una infracción de la normativa de competencia si la cuota conjunta de las empresas partícipes no excede el 15%. En este sentido, las empresas de COBRA IS podrían asociarse con competidores para la compra de insumos, en particular si no se alcanza dicho porcentaje.

No obstante, cabe advertir que también es necesario adoptar determinadas cautelas en este ámbito, tales como abstenerse de intercambiar información sobre los volúmenes adquiridos por cada competidor.

### 5.3 Otros contactos con competidores

- **Intercambio de información:** la infracción de la normativa de defensa de la competencia frecuentemente conlleva un intercambio de información estratégica o comercialmente sensible entre competidores. En este sentido, los empleados de COBRA IS no deben en ningún caso comunicar este tipo de información sensible a un competidor ni tampoco recibirla de éste.

Se considera “información sensible” la información que una empresa normalmente no compartiría con un tercero ajeno a la organización y, en particular, información que pueda permitir al destinatario conocer o anticipar la conducta de la empresa en el mercado. Por regla general, los datos recientes tienen un carácter más sensible que los datos históricos y los datos detallados o desagregados relativos a una empresa concreta son más sensibles que los datos agregados.

Entre los ejemplos de datos que normalmente se considerarán sensibles desde la perspectiva de competencia cabe destacar:

- La intención de concurrir a una licitación o de presentar ofertas en relación con un contrato determinado;
- Precios actuales o futuros, incluidos descuentos, rebajas y promociones;
- Cifras de ventas, datos de coste o márgenes;
- Cuotas de mercado, datos sobre capacidad;
- Identidad de clientes o proveedores (reales o potenciales);
- Información sobre tecnologías de fabricación, derechos de propiedad intelectual o industrial o conocimientos técnicos;
- Estrategias, presupuestos, planes o políticas de negocio o de marketing;
- Planes de expansión o contratación de negocio, o planes de acceder a nuevos mercados o de retirarse de un mercado existente;
- Previsiones de ofertas futuras, condiciones de demanda o suministro o indicadores financieros.

Con carácter general no debiera compartirse información sensible desde la perspectiva de competencia con ninguna persona ajena a las empresas de COBRA IS, sea o no un competidor, salvo que haya sido autorizado por el RCC.

El **intercambio de información** comercial sensible con competidores **constituye en sí mismo una infracción muy grave de la normativa** de competencia, sin necesidad de que las empresas partícipes en el intercambio hayan hecho un uso efectivo de la información intercambiada.

En el supuesto de que un competidor sugiera intercambiar información sensible, debe manifestarse clara y expresamente la negativa a recibir o intercambiar dicha información y comunicar el incidente a su superior y al RCC. En caso de recibir información de este tipo (por ejemplo, por correo electrónico o durante una reunión), el empleado debe ponerse en contacto con el RCC, que podrá ayudarle a decidir el mejor modo de actuación, por ejemplo, distanciándose de la conducta.

Adoptar una actitud pasiva no es, por lo general, una buena opción, ya que como se ha indicado, el mero hecho de recibir información sensible puede constituir una infracción de la normativa de competencia.

Por tanto, está prohibido intercambiar información estratégica con un competidor o ampliar el alcance de la cooperación (subjeto, objetivo o temporal).

- **Comunicaciones públicas:** las comunicaciones públicas de datos económicos de una empresa de COBRA IS pueden, en ocasiones, resultar necesarias y estar justificadas, o incluso venir exigidas por la normativa aplicable (por ejemplo, el depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales). Sin embargo, determinadas declaraciones públicas podrían, dependiendo del contexto, ser interpretadas por las autoridades de Defensa de la Competencia o los tribunales como una invitación a los competidores a participar en una determinada conducta comercial. En consecuencia, debe consultarse con el RCC antes de realizar cualquier declaración pública sobre información sensible desde la perspectiva de competencia (en particular, relativa a cambios futuros en precios o previsiones de precios) u otras cuestiones que puedan influir en el comportamiento comercial de competidores.
- **Visitas a instalaciones de competidores:** visitar las instalaciones de un competidor o invitar a los competidores a visitar las nuestras puede tener un propósito plenamente lícito. Sin embargo, este tipo de visitas pueden ser malinterpretadas y generar un riesgo de competencia. En caso de dudas sobre la licitud del objeto de dichas visitas y la necesidad de su realización, debe consultarse con anterioridad con el RCC. No obstante, ello no será normalmente necesario en caso de que un empleado de una empresa de COBRA IS pretenda visitar las instalaciones de un competidor en el contexto de la constitución de una UTE, subcontratación o compra lícita. En este sentido, es importante identificar claramente con anterioridad la finalidad lícita a la que responde cualquier visita que se realice.

- **Acuerdos con proveedores:** están prohibidos cuando su objeto directo e indirecto sea la limitación del territorio o de los clientes. Asimismo, se prohíbe alcanzar acuerdos con proveedores que impongan compromisos de no competencia, de no captación de empleados, directivos o de exclusividad.

#### 5.4 Asociaciones sectoriales

Las asociaciones empresariales en el sector tienen un papel relevante como foros de discusión e intercambio de opiniones sobre cuestiones importantes de interés común para el sector. Sus actividades en materias como estándares o normas técnicas, control de calidad y normativa aplicable, leyes y reglamentos de aplicación pueden reportar beneficios sustanciales para sus miembros, así como para otros operadores. Cabe recordar que está permitida la participación en asociaciones sectoriales, previa autorización del OCN.

No obstante, cabe advertir que las asociaciones sectoriales pueden representar también riesgos importantes en materia de competencia, en la medida en que constituyen foros permanentes de contacto entre competidores. Por ello, no deben en ningún caso facilitar el intercambio de información sensible entre sus miembros, tales como precios y estrategia comercial.

En este sentido, debe tenerse presente que una empresa de COBRA IS puede ser declarada responsable de una infracción cometida por una asociación sectorial de la que sea miembro, incluso si no ha participado activamente en la infracción.

La mera asistencia o **presencia en la reunión** en la que se haya producido un intercambio de información sensible contrario a la normativa de competencia se considerará como participación en la conducta anticompetitiva, salvo que se haya hecho constar el distanciamiento de forma pública y expresa.

- Directrices de comportamiento en reuniones de asociaciones sectoriales:
  - Revise detenidamente el orden del día antes de la reunión;
  - Asegúrese de estar informado sobre los distintos puntos del orden del día y de que no existen dudas sobre su licitud; solicite explicaciones en relación con cualquier punto que esté poco claro;
  - No asista si considera que van a abordarse cuestiones inapropiadas;

- Asegúrese de que el contenido de las actas de la reunión es veraz, exacto y responde a lo discutido en ella;
  - En caso de que en el transcurso de una reunión se susciten cuestiones inapropiadas (por ejemplo, discusiones o conversaciones sobre información comercial sensible), distánciese de la conversación y solicite que sus objeciones se hagan constar en el acta de la reunión;
  - Abandone la reunión a menos que se ponga fin a dicha conversación inapropiada;
  - Informe a su superior o al RCC tan pronto como sea posible en caso de cualquier duda acerca de si una conversación pudiera no ser compatible con la normativa de defensa de la competencia.
  - Documentos obtenidos en el marco de una asociación sectorial o a través de contactos informales con competidores que puedan contener indicios de contactos ilegales no deben ser destruidos sino inmediatamente puestos a disposición de los servicios legales de la compañía.
- **Estadísticas y estudios de mercado:** muchas asociaciones sectoriales o consultoras económicas elaboran estadísticas de mercado para sus respectivos sectores. Dichas estadísticas son en muchos casos lícitas y útiles para los miembros de la asociación, así como para otros operadores. Sin embargo, si dichas estadísticas permiten a las empresas identificar datos sensibles de competidores o facilitar una coordinación en el mercado, la conducta puede constituir una infracción de competencia.

Por ello, antes de intercambiar información sobre una empresa de COBRA IS con una asociación sectorial o participar en estudios sectoriales debe consultarlo con el RCC.



Por otra parte, no deben adquirirse, ni recibirse estadísticas de una asociación sectorial o consultora económica que permitan identificar datos individuales de competidores (en lugar de datos agregados) o que se intercambien con una frecuencia superior a la anual, salvo previa consulta con el RCC. A este respecto, mencionar que sólo está permitido realizar y participar en estudios generales de mercado o agregados con información comercial histórica (más de 12 meses de antigüedad).

Los mismos principios debieran ser de aplicación en relación con estudios e informes de mercado elaborados por organizaciones de investigación de mercado y consultores independientes.

### 5.5 Seguimiento de encuentros y contactos con competidores

Este apartado pretende establecer la obligación específica de comunicar de manera detallada cualquier encuentro con competidores en el que se haya podido desarrollar una conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia.

En este sentido, las pautas a seguir por las personas obligadas son:

- **Obligación de informar del encuentro:** cualquier miembro de la organización que asista en representación de COBRA IS a un encuentro con competidores deberá presentar el formulario anexo al presente Protocolo al Órgano de Cumplimiento Normativo competente cuando:
  - En el desarrollo del encuentro se haya participado o se haya valorado participar en una conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia.
  - En el desarrollo del encuentro se haya participado o se haya valorado participar en una conducta que presente dudas razonables acerca de su compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia.
  - En el desarrollo del encuentro se tenga constancia de la existencia de una conducta contraria a la normativa de defensa de la competencia llevada a cabo por terceros y que pudiera llegar a afectar directa o indirectamente a COBRA IS.

Dicha comunicación deberá realizarse en la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo máximo de 7 días naturales a contar desde aquel en que se haya producido el encuentro o contacto con competidores.

El formulario deberá cumplimentarse indicando de forma detallada el contenido del encuentro, las decisiones adoptadas y las dudas, indicios de infracción o irregularidades detectadas. Asimismo, al formulario adjunto deberá acompañarse de toda aquella documentación relevante a efectos del encuentro (notas de la reunión y actas, en caso de haberlas), así como aquellos documentos elaborados con posterioridad al mismo.

El formulario anexo y cualquier otra documentación relevante deberá facilitarse a través de la plataforma digital de gestión de las comunicaciones del canal ético disponible en la página web <https://cobrais.integrityline.com>.

La obligación de comunicar el contenido y circunstancias del encuentro aplicará tanto en el caso de encuentros anticipados como en el caso de encuentros fortuitos o casuales con competidores, todo ello con independencia del contexto en que el encuentro tuvo lugar (asociaciones sectoriales, ferias y eventos u otros foros de carácter informal).

- **Seguimiento por parte del Órgano de Cumplimiento Normativo:** el Órgano de Cumplimiento Normativo competente revisará las comunicaciones o reportes presentados por las personas obligadas y, en su caso, instruirá la correspondiente investigación interna de conformidad con el Protocolo de Activación del Procedimiento de Defensa Corporativa de COBRA SCE.
- **Medidas disciplinarias:** la infracción del presente Protocolo conllevará la sanción correspondiente de acuerdo con la normativa legal y convencional vigente. Se citan a continuación, de manera meramente enunciativa y no exhaustiva, algunas de las conductas que infringen el presente Protocolo:
  - La falta reiterada de presentación del formulario anexo cuando éste sea de obligada presentación bajo lo dispuesto en este Protocolo;
  - La presentación reiterada del formulario anexo una vez transcurrido el plazo máximo de 7 días naturales para la presentación del mismo; y,
  - La omisión voluntaria o falseamiento de información relevante en el formulario anexo que pudiera comprometer a la compañía o que tenga el efecto de frustrar el control eficaz por parte de ésta.

## 6 Relaciones con clientes y proveedores

Los contactos con competidores son comportamientos con un riesgo elevado desde una perspectiva de competencia. Por el contrario, los contactos con clientes y proveedores suelen ser una parte normal de la actividad comercial diaria y generalmente no conllevan riesgos para la competencia. No obstante, ciertas prácticas pueden plantear riesgos, especialmente en mercados en los que una empresa de COBRA IS pudiera tener una posición fuerte ahora o en el futuro.

Destacar que no está permitido disponer de una posición de dominio en sus relaciones con competidores.

Aunque es lícito velar por los intereses de la empresa, no se deben aprovechar las relaciones comerciales y fortalezas para tratar de excluir del mercado a otras empresas u obtener beneficios indebidos. En términos generales, debe respetarse la libertad de clientes y proveedores de determinar su conducta frente a terceros en el mercado.

- **Inteligencia de mercado obtenida de clientes y proveedores:** las empresas de COBRA IS no deben obligar a ningún cliente o proveedor a revelar información sensible de competidores. Sin perjuicio de lo anterior, la comunicación ocasional de dicha información suele ser normal en relaciones comerciales. Por ejemplo, un cliente puede comunicar los precios aplicados por un competidor como parte de su estrategia de negociación de precios. Esto es lícito y las empresas de COBRA IS pueden hacer uso de dicha información internamente. Sin embargo, cuando se obtenga información sensible de un competidor por esta vía lícita, debiera indicarse la fuente de los datos en el propio documento interno que se genere para evitar la posible sospecha de que ha sido recibida de un competidor (por ejemplo, “fuente o recibido de [nombre]” indicando la fecha).

- **Infracción de la normativa de competencia por parte de proveedores o clientes:** por último, debemos estar alerta ante posibles infracciones de la normativa de competencia por parte de nuestros socios comerciales, que están igualmente obligados a su cumplimiento. Las infracciones de competencia (por ejemplo, un cártel de precios entre proveedores de COBRA IS o una cooperación ilícita entre los clientes) pueden causar daños importantes a COBRA IS. Dichas infracciones de competencia podrían, además, involucrar a COBRA IS como intermediario en el intercambio de información sensible o en la organización de una colusión entre competidores, lo que implicaría un riesgo de participar en una infracción muy grave de competencia (cártel “hub & spoke”).

En caso de que haya razones para creer que una empresa de COBRA IS puede estar siendo víctima o ser participante de cualquier infracción de competencia, comunique su sospecha al RCC.

## **7 Elaboración de documentos**

Cualquier documento redactado por un empleado de COBRA IS puede llegar a ser conocido algún día por las autoridades de defensa de la competencia o los tribunales de justicia. En el marco de la investigación de una potencial conducta anticompetitiva, las autoridades disponen de amplios poderes de investigación y pueden llevar a cabo inspecciones domiciliarias sin previo aviso (también conocidas como “dawn raids”). La finalidad de este tipo de inspecciones es buscar pruebas, por ejemplo, de la racionalidad comercial de una determinada conducta, de contactos con competidores, etc.

Las autoridades de competencia están facultadas para acceder a documentación, tanto en papel como en formato electrónico y con independencia del soporte en el que se encuentre almacenada. Ello incluye mensajes en redes sociales, aplicaciones de mensajería (como WhatsApp), chat rooms, etc. Las autoridades disponen de herramientas informáticas avanzadas de búsqueda de documentos electrónicos y restauración de archivos eliminados.

## 7.1 Directrices

Dado que cualquier documento que se redacte puede potencialmente conocerse por una autoridad de competencia, debiera reflexionarse siempre acerca del modo en que dicho documento podría ser interpretado por una persona ajena a la empresa. Una redacción cautelosa no impedirá que se incurra en responsabilidad en caso de que la conducta constituya una infracción de la normativa de competencia, pero evitará que un comportamiento lícito pueda malinterpretarse y considerarse sospechoso.

Deben tenerse siempre presentes las siguientes directrices en la elaboración de documentos:

- Evitar emplear un lenguaje que sugiera que existe algo que ocultar, como “destruir una vez leído / no copiar / extraoficialmente”.
- Evitar emplear un lenguaje que sugiera la existencia de poder de mercado o de una intencionalidad agresiva, como “dominante / monopolio / controlar el mercado / eliminar la competencia / excluirlos del mercado”.
- Evitar emplear un lenguaje que sugiera que la empresa y varios competidores han coordinado su comportamiento en el mercado, como “política sectorial / estabilizar el mercado / esfuerzos conjuntos / los competidores alegan que su objetivo es / deberíamos actuar en línea con los competidores”.
- Ser especialmente cauteloso cuando se haga referencia a competidores y a precios u otra información comercialmente sensible relativa a éstos. En caso de que se necesite mencionar por escrito a dicha información, se debe indicar la fuente lícita de la que procede (por ejemplo, “recibida de [nombre], en el cliente [X], en [fecha] / de conformidad con nuestras estimaciones internas”).
- Indicar de forma clara como “BORRADORES”, las versiones preliminares de los documentos.
- Evitar especular por escrito sobre la licitud o ilicitud de una determinada conducta. Plantee sus dudas a su superior o al RCC.

El **asesoramiento jurídico proporcionado por abogados externos** (o los documentos elaborados a efectos de solicitar dicho asesoramiento) están cubiertos por el **secreto profesional abogado-cliente** y las autoridades de competencia no pueden tener acceso a ellos. No obstante, dicho asesoramiento debe tratarse y archivarse con cautela. En las comunicaciones con abogados externos, se recomienda hacer constar siempre que se trata de una comunicación protegida por el secreto profesional.

## 8 Consecuencias de las infracciones de la normativa de competencia

### **Sanciones administrativas a la empresa**

Las empresas que participan en una infracción muy grave de la normativa pueden ser sancionadas por la autoridad de competencia con multas de hasta el **10% del volumen global de negocios de COBRA IS** del año fiscal inmediatamente anterior. Los acuerdos horizontales constitutivos de cartel, en tanto que suponen las vulneraciones más graves de la normativa de competencia, conllevan las sanciones más elevadas.

### **Sanciones a directivos y representantes legales**

Las autoridades de competencia también pueden sancionar a los miembros de los órganos de dirección o representantes legales de la empresa implicados en la infracción con multas de hasta **60.000 euros**. Las autoridades de competencia pueden imponer estas multas a particulares que, **aunque no ocupen el primer nivel de dirección o no formen parte del órgano de gobierno** de la empresa, tengan capacidad para marcar, condicionar o dirigir la actuación de la empresa en el mercado.

**Responsabilidad social de los administradores**

Si un miembro del órgano de gobierno participa en una conducta contraria a la normativa de competencia, puede ocasionar con ello un perjuicio económico y reputacional a la sociedad a la que representa. Los socios podrán exigirles responsabilidad por dichos daños en la medida en que resulten del incumplimiento de la ley y también, en su caso, de desatender los deberes inherentes a su cargo.

**Indemnizaciones**

Los competidores, socios comerciales y clientes afectados pueden reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las conductas anticompetitivas en las que haya incurrido la compañía.

**Responsabilidad penal y laboral**

Las infracciones de la normativa de competencia pueden acarrear también **responsabilidad penal** tanto para las personas físicas involucradas como para la propia empresa (delitos de manipulación de licitaciones públicas, alteración de los precios, corrupción entre particulares, cohecho, etc.). Por otro lado, dicha conducta puede conllevar para el empleado **consecuencias laborales** de tipo disciplinario, llegando incluso al **despido**.

**Prohibición de contratar con el Sector Público**

Las autoridades de competencia están habilitadas para imponer, junto con la correspondiente sanción pecuniaria a la empresa y/o a sus directivos, la **prohibición de contratar con cualquier Administración Pública** por un período de hasta **3 años**. Esta medida puede adoptarse incluso cuando la conducta ilícita sancionada no guarde relación con la alteración del funcionamiento de licitaciones públicas.

**Nulidad de los acuerdos adoptados**

La normativa prevé la **nulidad radical de los acuerdos contrarios a la** competencia, lo que puede comprometer la relación con terceras empresas y otros operadores presentes en el mercado.

**Costes reputacionales y de defensa**

El haber sido sancionado por la comisión de una infracción de la normativa de defensa de la competencia perjudica sobremanera la **imagen** de la empresa en el mercado, lo que puede conllevar la **pérdida de potenciales inversiones, la resolución de contratos por parte de socios comerciales o la exclusión de procedimientos de licitación**. Por otro lado, la defensa de la empresa en el marco del procedimiento administrativo sancionador y en las posteriores instancias judiciales tiene un gran coste para la empresa a nivel humano (dedicación de personal propio) y económico (defensa legal).

## 9 Comunicación y consultas sobre cuestiones de competencia

### 1. ¿Qué debo hacer si tengo dudas acerca de si un acuerdo u otra práctica comercial es compatible con la normativa de defensa de la competencia?

En caso de que haya dudas acerca de la compatibilidad de un acuerdo o práctica con la normativa de competencia, los consejeros, directivos y empleados de COBRA IS no deben celebrar dicho acuerdo o realizar dicha práctica comercial hasta haberlo consultado con el RCC y con el departamento de Asesoría Jurídica. Para ello podrá emplearse la plataforma digital de gestión de las comunicaciones del Canal Ético disponible en la página web <https://cobrais.integrityline.com>, la cual permite realizar denuncias por escrito y de forma verbal, así como mediante la línea telefónica asociada a dicha plataforma y/o el canal de consultas habilitado en materia de cumplimiento normativo.



**2. ¿Qué debo hacer si creo que una empresa de COBRA IS puede haber infringido la normativa de defensa de la competencia?**

Informe al RCC tan pronto como sea posible, bien a través del Canal Ético correspondiente, de forma presencial o por teléfono. Cualquiera que sea el medio utilizado para informar al RCC, se garantizará la debida confidencialidad o, en su caso, anonimidad del informante.

No destruya documentación (ya sea en papel o en formato electrónico) relativa a una potencial infracción y no informe a nadie salvo al Departamento de Asesoría Jurídica y/o al RCC de cada subgrupo de COBRA IS o al de la sociedad correspondiente.

**3. ¿Qué debo hacer si creo que los competidores de COBRA IS o sus socios comerciales pueden estar infringiendo las normas de Defensa de la Competencia?**

Informe al RCC. En caso de que haya tenido constancia de dicha posible infracción de la normativa a raíz de un contacto o encuentro con competidores, deberá informar detalladamente de las circunstancias y contenido del encuentro por medio del formulario anexo al Protocolo para el seguimiento de contactos y encuentros con competidores de COBRA IS.

Finalmente, el RCC aconsejará y/o decidirá sobre las medidas oportunas a adoptar.

**4. ¿En qué consiste el Programa de Clemencia?**

Las empresas que ponen en conocimiento de la autoridad de competencia su participación en un cártel pueden beneficiarse de una exención completa de la sanción administrativa (cuando se trate de la primera empresa en comunicar a la autoridad la existencia del cártel) o una reducción de hasta la mitad del importe de la multa siempre que su aportación aporte un valor añadido significativo para la labor instructora de la autoridad. Además, el acogimiento al Programa de Clemencia permite optar a la exoneración de la prohibición de contratar con el sector público. Por último, los sujetos beneficiarios de la exención del pago de la multa en el marco de un Programa de Clemencia ven también limitada su responsabilidad a la hora de hacer frente a eventuales reclamaciones de daños (artículo 73.4. LDC).

Para obtener los beneficios anteriores, el solicitante de clemencia debe (i) proporcionar información detallada del cártel; (ii) cesar en su participación en el mismo; y (iii) cooperar de manera plena, continua y diligente con la autoridad de competencia durante su investigación.

El **Programa de Clemencia** permite obtener una exención de hasta el 100% de la sanción administrativa para la empresa o sus directivos, así como una exención de la prohibición de contratar. No obstante, **no protege de las restantes consecuencias** que se derivan de la comisión de una infracción de competencia expuestas anteriormente: reclamaciones privadas de daños (aunque con un grado de responsabilidad limitado), nulidad de los acuerdos y/o contratos o el daño reputacional.

## Anexos

## Anexo I. Reglas básicas - competencia

### 1. Consecuencias graves por incumplimiento de la normativa de competencia

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Multas de hasta el 10% del volumen de negocios global.</li> <li>• Multas individuales para directivos y empleados de hasta 60.000 euros.</li> <li>• Importante daño a la reputación de la/s empresa/s de COBRA IS y relaciones corporativas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Demandas de daños por los perjuicios causados.</li> <li>• Prohibición de contratar con las administraciones públicas por un periodo máximo de 3 años.</li> <li>• Medidas disciplinarias para directivos y empleados.</li> </ul>
--	--

### 2. Relaciones con competidores

<b>NO</b> acordar ningún aspecto de las condiciones comerciales con clientes o proveedores, en particular precios (incluyendo descuentos o bonificaciones).	<b>SÍ</b> decidir unilateralmente los términos y condiciones comerciales con clientes o proveedores.
<b>NO</b> acordar un boicot colectivo a clientes o proveedores.	<b>SÍ</b> decidir unilateralmente con qué clientes y proveedores queremos trabajar.
<b>NO</b> acordar con competidores repartos de mercado, tales como repartos por productos, clientes o zonas geográficas.	<b>SÍ</b> decidir unilateralmente los productos a comercializar, los clientes a quienes servir y las zonas geográficas a cubrir.
<b>NO</b> acordar o informar sobre participación en licitaciones o sobre las ofertas presentadas.	<b>SÍ</b> decidir unilateralmente si se participará en un procedimiento de licitación y las condiciones que se ofertarán.
<b>NO</b> declinar una invitación a presentar oferta o abstenerse de concurrir a una licitación en respuesta a la solicitud de un competidor.	<b>SÍ</b> decidir bajo un criterio propio a qué licitaciones presentarse y qué contratos no resultan de interés para la empresa. Justificar documentalmente las razones por las que se declina la invitación a presentar oferta.
<b>NO</b> constituir una UTE sin analizar la necesidad real de concurrir a una licitación con un competidor.	<b>SÍ</b> constituir una UTE con competidores si permite que ambas empresas se presenten a una licitación en la que de otro modo no se hubieran presentado.

<p><b>NO</b> intercambiar información que permita una coordinación en el mercado o conocer el comportamiento futuro de competidores.</p>	<p><b>SÍ</b> decidir unilateralmente la estrategia de la empresa de COBRA IS y acciones comerciales en el mercado.</p>
<p><b>NO</b> intercambiar información que sea comercialmente sensible, en particular información sobre precios de licitación, costes (incluyendo costes previstos o estimados), descuentos, rebajas, clientes, estrategias de marketing, planes de inversión o decisiones estratégicas.</p>	<p><b>SÍ</b> decidir unilateralmente precios y condiciones comerciales. Si un competidor ofreciera este tipo de información, debiera ser rechazada.</p> <p>Es posible que dicha información no sea sensible si es antigua (más de 1 año), si no puede identificarse con la empresa o si está disponible públicamente.</p>
<p><b>NO</b> participar en valoraciones comparativas (“<i>benchmarking</i>”) sin consultar antes con el RCC, ni en encuestas que requieran revelar información que pueda identificarse con COBRA IS o desvelar su estrategia competitiva.</p>	<p><b>SÍ</b> participar en asociaciones empresariales si hay garantías para evitar el intercambio de información comercialmente sensible.</p>
<p><b>NO</b> permanecer en una reunión, ni formal ni informal, ni continuar una conversación en la que se traten cuestiones sensibles comercialmente, incluso aunque no se participe activamente.</p>	<p><b>SÍ</b> actuar con precaución cuando se esté en contacto con un competidor, aunque se trate de encuentros informales o de naturaleza social.</p>
<p><b>NO</b> recopilar datos de competidores sin identificar, al menos genéricamente, la fuente de información.</p>	<p><b>SÍ</b> obtener información de inteligencia de mercado de clientes, siempre que no se exija ni se incentive económicamente.</p>

### 3. Protocolo en caso de incidencias

<p><b>NO</b> destruir documentos o informar a alguien ajeno a COBRA IS.</p>	<p><b>SÍ</b> informar al RCC por medio del formulario anexo al Protocolo para el seguimiento de contactos y encuentros con competidores de COBRA IS.</p>
---	--

## Anexo II. Protocolo sobre constitución de UTEs con competidores

### 1 Introducción

El objeto de este Protocolo es facilitar una serie de criterios respecto a la elaboración de acuerdos de constitución de una UTE para evaluar su compatibilidad con el derecho de la competencia.

### 2 Principios generales de creación de UTEs

Una UTE es un sistema de colaboración entre empresas por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. No tiene personalidad jurídica propia y sus partícipes, que pueden ser personas físicas o jurídicas, tendrán una responsabilidad solidaria e ilimitada frente a terceros por los actos realizados por la UTE, sin perjuicio del posible derecho de repetición interna entre las partes.

Aunque lícita, la UTE es una figura potencialmente problemática desde una perspectiva del derecho de la competencia<sup>3</sup>. Se trata de un sistema de colaboración entre empresas, en el que frecuentemente las empresas que se alían para presentarse conjuntamente a una licitación son competidoras, por lo que los contactos entre ellas podrían ser contrarios a la competencia.

Sin embargo, una UTE lícita permite que empresas que no se pueden presentar o no se presentarían individualmente a una licitación, aúnen fuerzas con empresas del sector, que tampoco se habrían presentado individualmente, colaborando para la presentación de una oferta en común. Se trata, por tanto, de una alianza con una finalidad pro-competitiva, puesto que permite que se presenten más y mejores ofertas a una licitación.

Pese a ello, la utilización de las UTEs para fines anticompetitivos es contraria al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta infracción de la normativa de competencia podría conllevar la incoación de un expediente sancionador y, en su caso, podría conllevar las siguientes consecuencias:

- La nulidad de pleno derecho del acuerdo de constitución de UTE;

---

<sup>3</sup> Sin perjuicio de ello, la CNMC ha señalado en el Expediente S/0473/13, Postes de Hormigón, de 15 de enero de 2015, que *“la creación de una UTE no constituye per se un acuerdo anticompetitivo, por cuanto en una figura asociativa legalmente admitida y además habitual en el sector empresarial en nuestro país”,* también se ha señalado que *“la valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce”*.

---

- La imposición de sanciones administrativas;
- La prohibición de contratar con las administraciones públicas en el futuro;
- Las acciones de reclamaciones de daños y perjuicios por parte de los perjudicados afectados por el ilícito;
- La posible comisión de un delito penal, tipificado en los artículos 262 y 284 del Código Penal.

Para evitar infringir la normativa de competencia en la constitución de una UTE, debiera poder justificarse que la motivación real de su constitución (que debe ser objetiva, creíble y demostrable) es distinta a la colusión o pacto anticompetitivo y que la participación de varias empresas de forma conjunta favorece la competencia en la licitación, permitiendo que se presente una oferta mejor o una oferta que, de otro modo, no se habría presentado.

### **3 Principios generales de creación de UTEs**

Para que la constitución de una UTE sea compatible con la normativa de competencia, se recomienda seguir los siguientes criterios:

- Idealmente cada UTE debería tener como objeto la realización de una sola obra, servicio o suministro.
- El acuerdo de constitución de una UTE debiera referirse a obras o proyectos concretos (no a obras inciertas, ni a proyectos que no han sido siquiera anunciados por la administración u organización convocante).
- La duración de la UTE debiera coincidir con la duración del proyecto. En cualquier caso, debiera restringirse lo máximo posible el periodo temporal de vigencia de la UTE a lo estrictamente necesario.
- En el acuerdo de constitución de una UTE debería incluirse una redacción que manifieste y motive la necesidad de concurrir conjuntamente a la licitación por cuestiones técnicas, profesionales o económicas. Conviene que dicha redacción sea lo más concreta posible.
- Debiera prepararse siempre una memoria justificativa, siquiera breve, de la necesidad de concurrir en UTE a una licitación por cada obra.

#### 4 Directrices prácticas sobre la constitución de UTEs (“semáforos”)



##### **SITUACIONES EN LAS QUE LA CONSTITUCIÓN DE UNA UTE ES CONTRARIA AL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

- 1. La UTE la constituyen empresas competidoras y su finalidad es evitar la competencia entre ellas en una licitación pública o privada, presentando una sola oferta para que todas ellas consigan al menos una parte de la adjudicación del contrato.**

La motivación, objetivo o finalidad de constituir una UTE no puede ser anticompetitiva, sino que debe atender a requisitos de necesidad objetiva.



##### **SITUACIONES EN LAS QUE DEBEN ANALIZARSE CUIDADOSAMENTE LOS RIESGOS DE CONSTITUIR UNA UTE**

*En todos estos casos es preciso realizar un análisis casuístico de la UTE en función de las empresas que las forman y del contexto en el que se producen.*

- 1. alguna de las empresas que forman parte de la UTE tiene la disponibilidad de recursos materiales y de personal necesaria y la capacidad técnica, profesional y económica requerida para participar individualmente en la licitación.**

Cabe advertir que la autoridad de competencia española ha sido, hasta la fecha, muy restrictiva al respecto. Según los precedentes del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y la CNMC, “sólo cuando las empresas concertadas carecieran de capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia<sup>4</sup>”.

- 2. alguna de las empresas que forma parte de la UTE se ha presentado a licitaciones parecidas de forma individual y se le han adjudicado, demostrando que tenía solvencia técnica, profesional y económica suficiente y exigida por la administración para poder licitar de manera individual a los contratos, y en su caso, ser adjudicataria de los mismos.**

Si una de las empresas que forma parte de la UTE se ha presentado a una licitación similar y se le ha adjudicado, dicha empresa ya ha demostrado que cumple los requisitos exigidos para presentarse individualmente y, por tanto, podría ser sospechoso que se presente junto con otras empresas. Si las circunstancias de la empresa o del mercado no han cambiado significativamente, podría ser difícil justificar la necesidad de concurrir a la licitación con otras empresas.

<sup>4</sup> Resolución de 20 de enero de 2003, Expediente R 504/01, Terapias respiratorias Domiciliarias.



**3. Dos o más empresas han intentado acudir a un concurso mediante UTE previamente, participando finalmente de forma individual.**

Esta situación puede generar sospechas de que las empresas mantengan la intención de actuar de forma coordinada tanto durante la licitación como después de la adjudicación (presentando ofertas de cobertura, subcontratándose entre ellas partes de la obra, etc.).

**4. Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con competidores.**

Podría ser un factor de riesgo si reflejara la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quien gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta.



**SITUACIONES EN LAS QUE SE PUEDE CONSTITUIR UNA UTE, PERO HABRÍA QUE JUSTIFICARLA CON UNA MOTIVACIÓN EMPRESARIAL O ECONÓMICA OBJETIVA**

*En todos estos casos es preciso realizar un análisis casuístico de la UTE en función de las empresas que la forman, las obras a las que se licita y el contexto. Cabe advertir que no hay precedentes claros en este sentido.*

**1. Una o alguna de las empresas que constituyen la UTE podrían licitar de forma individual, pero no lo hubieran hecho teniendo en cuenta ciertos motivos objetivos, lícitos y verificables, tales como los siguientes:**

- Falta de capacidad para presentar una oferta creíble a un precio competitivo;
- Preferencias del cliente;
- Imposibilidad de dedicar recursos a varias licitaciones si fueran adjudicadas, evitándose licitar sólo a unas pocas licitaciones o a licitaciones con mayores posibilidades de adjudicación;
- Exigencias internas de una rentabilidad mínima o de un riesgo máximo;
- Costes para presentar una oferta frente a la posibilidad de conseguir el contrato;
- Otros motivos.

**2. Una o alguna de las empresas que constituyen la UTE podría licitar de forma individual, pero prefieren hacerlo en UTE teniendo en cuenta las eficiencias que se crean como consecuencia de su constitución:**

- Mejor oferta al unir recursos y experiencias;
- Varios responsables por proyecto;
- Menores costes de transacción para el cliente;
- Menores costes totales en la preparación de ofertas;
- Otras eficiencias.



**SITUACIONES EN LAS QUE CONSTITUIR UNA UTE NO ES PROBLEMÁTICO**

**3. Las empresas que constituyen la UTE no se podrían presentar a la licitación individualmente.**

Las UTEs están plenamente justificadas cuando existe una necesidad objetiva de las empresas de asociarse por falta de capacidad de las empresas de participar de manera individual a una licitación.

Para ello debe apreciarse una falta de capacidad (*ability*) productiva, financiera y de inversión suficiente para presentarse individualmente. Se considera entonces que las empresas no son realmente competidoras, ni siquiera potencialmente, de forma que, al aunar sus esfuerzos, no se produce restricción de la competencia entre ellas:

- a) Carencia de capacidad productiva: las empresas no tienen por si solas la tecnología, el *know-how*, la maquinaria, los materiales, las materias primas, los recursos humanos, etc. necesarios para presentarse individualmente a la licitación.
- b) Carencia de capacidad financiera: las empresas no tienen por si solas los recursos suficientes, ni la capacidad de presentar avales financieros o asumir los riesgos que son necesarios para presentarse individualmente a la licitación.
- c) Carencia de capacidad de inversión: las empresas no tienen por si solas la posibilidad de expandir su capacidad en el plazo necesario o considera que la inversión que se debe realizar para presentarse a la licitación no es eficiente.

Todo ello entendido en un contexto dinámico en el que las empresas se presentan a más de una licitación de más de una entidad contratante en la que comprometen sus recursos y su capacidad financiera. Todos estos elementos deben tenerse en cuenta para evaluar la capacidad real de una empresa de presentarse individualmente a una licitación.

### Anexo III. ¿Qué hacer ante una inspección sorpresa (“dawn raid”) de competencia?

#### Al llegar los inspectores

Las autoridades de competencia (Comisión Europea, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) o una autoridad autonómica de Defensa de la Competencia) cuentan con amplias facultades de investigación, pudiendo realizar **inspecciones en la sede de empresas sin previo aviso**. En el transcurso de una inspección, y sujeto a lo dispuesto en la orden de investigación y, en su caso, al auto judicial, los inspectores están autorizados para:

- Inspeccionar libros y otros registros de la empresa.
- Hacer copias o tomar extractos de dichos documentos.
- Realizar entrevistas al personal de la empresa, documentando el contenido de esta.
- Acceder a cualquier habitación o espacio de la empresa, así como a establecimientos comerciales y medios de transporte.
- Precintar cualquier espacio, libro o archivo.

Las inspecciones son ordenadas por la autoridad de competencia que resulte competente según el caso. Si el personal inspector de la autoridad de competencia cuenta con la **preceptiva orden judicial**, la empresa está obligada a permitir la inspección.

Si se presentan en la oficina una o varias personas que se identifican como funcionarios de una autoridad de competencia, observe las siguientes directrices:

#### Debe:

- ✓ Preguntar a los inspectores a quién desean ver y cuál es el objeto de la inspección.
- ✓ Preguntarles cuántos son y de qué autoridad de la competencia provienen (Comisión Europea, CNMC o autoridad autonómica) y solicitar sus acreditaciones.
- ✓ Sugerirles, educadamente, que esperen en una sala de reuniones –en la que no haya ningún documento confidencial ni personas ajenas a la empresa–.
- ✓ Informar inmediatamente al máximo Responsable de la empresa que se encuentre presente y, en su caso, al Responsable del departamento de Asesoría Jurídica.
- ✓ Informar a los inspectores de que la Empresa va a solicitar asistencia letrada durante la inspección.

**Tras ello, debe:**

- ✓ Pedir que los inspectores esperen hasta que lleguen los abogados de la empresa. Tenga en cuenta, sin embargo, que no se les puede negar la entrada y que normalmente no estarán dispuestos a esperar más de 30 minutos.
- ✓ Solicitar a los inspectores que se identifiquen y apuntar los nombres de cada uno de ellos.
- ✓ Dado que suelen presentarse varios inspectores, solicitarles, educadamente, que se pongan etiquetas de identificación que señalen que son inspectores de la autoridad de competencia.
- ✓ Pedir una copia de la Orden de Investigación que autoriza la inspección y preguntar, en caso de que no se facilitase, si la inspección ha sido también autorizada judicialmente.
- ✓ Enviar por fax o por e-mail una copia de la Orden de Investigación y, en su caso, del auto judicial que autoriza la inspección al máximo Responsable de la empresa y al Responsable del departamento de Asesoría Jurídica.

**Durante el desarrollo de la inspección, en ningún caso debe:**

**EVITE**



- Entablar conversación con los inspectores, salvo formalidades de cortesía.
- Impedir que los inspectores entren en las dependencias de la empresa o en alguna de las oficinas.
- Avisar de que está siendo objeto de una inspección a otras empresas o asociaciones.
- Destruir u ocultar cualquier documento físico o electrónico durante el transcurso de la inspección.
- Ser hostil u obstruir la inspección. Existe una obligación legal de colaborar con la inspección.
- Destruir u ocultar documentos, borrar correos o documentos electrónicos de su ordenador o impedir el acceso de los inspectores a algún despacho.
- Facilitar documentos o información que los inspectores no pidan expresamente.
- Responder a preguntas sobre actos realizados por la empresa o sus representantes, cuya respuesta pueda ser auto-inculpatória.
- Facilitar documentos preparados por o para los abogados externos de la Empresa o las comunicaciones mantenidas con éstos. Estos documentos están protegidos por el secreto profesional.
- Facilitar información que no esté relacionada con el objeto de la investigación (definido en la Orden de Investigación que autoriza la inspección).
- Romper los precintos colocados durante la inspección.

**PROCURE**



- Asegurarse de que los inspectores estén acompañados en todo momento por un representante de la Empresa o por un abogado (“*shadowing*”).
- Hacer una copia de todos los documentos (físicos o electrónicos) que se faciliten a los inspectores.
- Tomar notas sobre todo lo que ocurra durante la inspección (oficinas registradas, preguntas realizadas, documentos solicitados, posibles incidentes, etc.).
- Pedir tiempo para consultar con su abogado si los inspectores le exigen explicaciones o información sobre temas potencialmente sensibles y solicitar que su abogado esté presente durante tales entrevistas.
- Solicitar una copia firmada del Acta de Inspección y consultar con su abogado antes de firmarla.
- Consultar con su abogado cualquier duda que le surja sobre los derechos u obligaciones de la empresa.

La **obstrucción** de una inspección de una autoridad de competencia puede conllevar la apertura de un expediente sancionador separado y la imposición de sanciones adicionales a las que puedan resultar de la investigación principal.

A continuación, se exponen algunos de los comportamientos que pueden ser considerados como obstrucción:

- Denegar el acceso a los inspectores cuando cuentan con la debida autorización judicial.
- Proporcionar a la autoridad información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa en el contexto de la investigación.
- Destruir u ocultar documentos, tanto físicos como digitales.
- Romper los precintos colocados por la autoridad.

PREGUNTA: ¿Puede el personal inspector realizar copias de cualquier tipo de documento que se encuentre en el lugar de la inspección?

RESPUESTA: No. Las autoridades de competencia no disponen de poderes ilimitados en relación con la obtención de documentos. Existen tres limitaciones principales que éstas deben respetar:

- **Documentos fuera del ámbito de la investigación.** El ámbito de la inspección debe constar claramente definido en la orden de investigación. (tipo de conducta anticompetitiva y mercado afectado). Así, los documentos que no encajen en el ámbito de la investigación no pueden ser inspeccionados ni copiados. **Documentos personales.** Documentos de índole puramente personal están excluidos de la investigación. No obstante, los inspectores pueden tomar muestras aleatorias al objeto de verificar el carácter privado y personal de los documentos. **Correspondencia con abogados externos.** Las comunicaciones entre la empresa y sus abogados externos están amparadas por el secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente. Para garantizar la confidencialidad de la información, se recomienda que la empresa indique de forma visible que dichas comunicaciones se han realizado en el marco de la relación abogado-cliente, expresando, por ejemplo, el nombre de la firma de abogados en el asunto de los correos.

## Anexo IV. Formulario para la comunicación de encuentros y contactos profesionalmente relevantes con competidores

De conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Cumplimiento de la Normativa de Defensa de la Competencia de COBRA SCE, el presente formulario deberá ser cumplimentado y enviado al Órgano de Cumplimiento Normativo competente según la sociedad de COBRA IS a la que pertenezca el profesional o profesionales que hayan participado en el encuentro con competidores, a la mayor brevedad tras la finalización del encuentro.

El presente formulario deberá ser cumplimentado siempre que en el encuentro se haya producido o se haya planteado la realización de conductas contrarias a la normativa de derecho de la competencia. La obligación de cumplimentación del presente formulario alcanza tanto a encuentros anticipados como aquellos que puedan tener lugar de forma fortuita.

**Importante:** No olvide incluir y adjuntar al presente formulario toda aquella documentación o información relevante a efectos del encuentro de la que se disponga.

### 1. Información relativa a las circunstancias del encuentro

- Fecha del encuentro:
- Hora de inicio y finalización del encuentro:
- Señale si se trató de un encuentro anticipado o fortuito:
- Lugar y contexto del encuentro:
- Asistentes por parte de COBRA IS:

Nombre y apellidos	Cargo o categoría profesional	Fecha aproximada del último encuentro <sup>1</sup> con competidores al que asistió

<sup>1</sup> Incluyendo, en su caso, encuentros casuales o fortuitos

- Asistentes por parte de empresas competidoras de COBRA IS:

Nombre y apellidos	Puesto o categoría profesional	Empresa	Indique si dicha persona acude regularmente a encuentros entre empresas competidoras

## 2. Información relativa al contenido del encuentro

- Objeto del encuentro:
- Orden del día (en su caso):

Señale expresamente si durante el transcurso del encuentro se trataron cuestiones distintas o adicionales a las previstas en el orden del día y, en su caso, si dichas cuestiones fueron reflejadas en el acta de la reunión o documento equivalente.

- Indicios o irregularidades detectadas:
- Otras consideraciones:

Responda, por favor, a las preguntas siguientes si son de aplicación al encuentro sobre el que está informando:

- ¿Se trata de un foro o evento que se celebre de forma recurrente?
- ¿Ha mantenido contacto con los demás asistentes antes o después de la celebración del encuentro?



- ¿Le consta a usted que alguna de las empresas asistentes haya concurrido o tenga intención de concurrir a algún procedimiento de licitación, público o privado, al que también se haya presentado o tenga intención de presentarse COBRA IS? En su caso, trate de identificar dicha licitación con el mayor grado de detalle posible.
- ¿Alguno de los asistentes ha compartido información acerca de la actuación de su empresa en relación con procedimientos de licitación presentes o futuros?
- ¿Alguno de los asistentes se ha interesado acerca de la actuación de COBRA IS en relación con procedimientos de licitación presentes o futuros?
- ¿Se ha valorado durante el encuentro algún aspecto relevante en relación con procedimientos de licitación presentes o futuros?