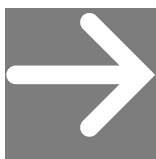


Nuevas normas sobre acuerdos entre competidores



Abril de 2022

Novedades del proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal en lo referido a *joint ventures*, UTEs y acuerdos entre operadores de telecomunicaciones.

¿Hablamos?

Alberto Escudero Puente

Socio responsable del área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
alberto.escudero.puente@pwc.com

Michael Tuit

Abogado en el área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal
michael.tuit@pwc.com

La Comisión Europea ha publicado recientemente tres proyectos de normas de competencia que tendrán un impacto muy relevante en los acuerdos entre competidores. Se trata de los proyectos de (i) Reglamento de exención por categorías de acuerdos de I+D (C(2022) 1161)¹ ; (ii) Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización (C(2022) 1160)² ; y (iii) Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (C(2022)1159)³ . Estas normas moldean las políticas de negocio y cláusulas contractuales de multitud de iniciativas “horizontales” entre competidores, categoría que incluye los acuerdos sobre (i) centrales de compra; (ii) comercialización conjunta; (iii) intercambios de información; (iv) estandarización; (v) sostenibilidad; (vi) I+D en común; (vii) especialización; etc.

Tanto en el marco regulatorio actual como en el futuro, los acuerdos entre competidores que cumplen las condiciones dispuestas en los Reglamentos de exención por categorías sobre I+D en común y especialización tienen asegurada su compatibilidad con las normas de competencia. De lo contrario, todavía podrán resultar compatibles, si las empresas acreditan que sus acuerdos generan suficientes

ventajas para los consumidores y eficiencias, en compensación de sus efectos restrictivos de la competencia. Las Directrices que acompañan al Reglamento de exención por categorías sirven de guía para esta autoevaluación sobre ventajas, eficiencias y compensación de efectos restrictivos. También dan pautas para dirimir sobre la compatibilidad con las normas de competencia del resto de acuerdos entre competidores, distintos de los de I+D en común y especialización.

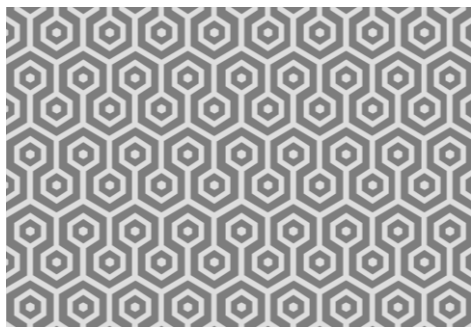
Estos proyectos normativos proporcionan pautas sobre una gran diversidad de temas. En esta nota nos ceñiremos a describir las principales novedades contenidas en el proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, únicamente en lo referido a (i) las relaciones entre las matrices competidoras que comparten una *joint venture*; (ii) uniones temporales de empresas (“UTEs”) y subcontrataciones; y (iii) acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles.

En otras notas aparte nos referiremos a las principales novedades referidas a (i) intercambios de información; y (ii) sostenibilidad.

1. El proyecto de Reglamento se encuentra disponible a través del siguiente [enlace](#).

2. El proyecto de Reglamento se encuentra disponible a través del siguiente [enlace](#).

3. El proyecto de Directrices se encuentra disponible en inglés a través del siguiente [link](#).



1. Relaciones entre las matrices competidoras que comparten una *joint venture*

Cuando dos empresas competidoras crean una empresa en participación es posible que tengan que notificar el proyecto como una concentración ante las autoridades de competencia. En tanto mantengan este vínculo estable de colaboración, deberán vigilar que su relación de partenariado no desencadene infracciones de las normas de competencia. El proyecto de Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal proporciona pautas sobre estas cuestiones.

Al igual que sucede con la relación matriz-filial, el proyecto de Directrices señala que no resultan de aplicación las normas de competencia a las relaciones entre las matrices que ejercen una influencia decisiva sobre la empresa en participación y esta última, en relación con su actividad en el mercado donde opera la empresa en participación.

En cambio, sí que resultarán de aplicación las normas de competencia a los acuerdos: (i) entre las matrices para crear la empresa en participación; (ii) entre las matrices para modificar el alcance de la empresa en participación; (iii) entre las matrices y la empresa en participación fuera del ámbito geográfico y del producto correspondiente a la actividad de la empresa en participación; y (iv) entre las matrices sin la involucración de la empresa en participación, aunque incumba al mercado de referencia en el que opera la empresa en participación.

Por otra parte, si la empresa en participación comete una infracción de las normas de competencia, la responsabilidad del pago de la multa podrá extenderse solidariamente a las matrices, en la medida en que se demuestre que las matrices ejercieron una influencia decisiva sobre la empresa en participación.

2. UTEs y subcontrataciones

En el ámbito de las licitaciones públicas y privadas, las empresas oferentes pueden decidir cooperar a través de una UTE o de un acuerdo de subcontratación. Estos acuerdos no

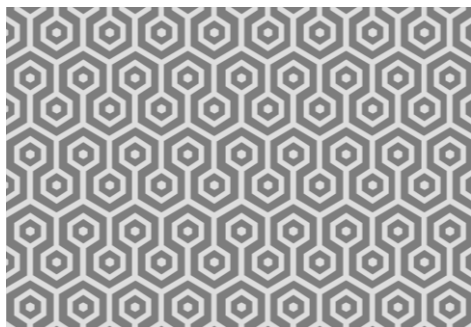
restringen la competencia si permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Éste puede ser el caso de las empresas que producen bienes complementarios. Otra posibilidad es que las empresas parte del acuerdo - aunque operen en los mismos mercados- no puedan ejecutar el contrato individualmente, por ejemplo, debido a su volumen o a su complejidad.

La evaluación de si cada una de las partes puede competir individualmente en una licitación, actuando de ese modo como competidores, depende, en primer lugar, de los requisitos recogidos en los pliegos de la licitación. Sin embargo, la mera posibilidad teórica de llevar a cabo por sí sola la actividad licitada no convierte automáticamente a las partes en competidoras. Debe realizarse una evaluación realista de si una empresa será capaz de ejecutar el contrato por sí sola, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el tamaño y las capacidades de la empresa, y su capacidad actual y futura, evaluada a la luz de la evolución de los requisitos contractuales.

Aun cuando la UTE o la subcontratación sea entre competidores, podrá generar eficiencias en la forma de precios más bajos, pero también de una mejor calidad, una oferta más amplia o una fabricación más rápida de los productos objeto de la licitación. La colaboración puede justificarse si permite a las partes presentar una oferta más competitiva que las ofertas que habrían presentado por sí solas (en términos de precios o calidad) y los beneficios en favor de los consumidores y de la entidad adjudicadora compensan las restricciones a la competencia.

No existe una presunción general de que la subcontratación por parte del adjudicatario a otro licitador del mismo procedimiento constituya una conducta colusoria entre los operadores en cuestión y éstos pueden demostrar lo contrario.

En contraste con lo anterior, un acuerdo de UTE o subcontratación no estará permitido por las normas de competencia cuando resulte de la ejecución de un acuerdo de cártel (reparto de concursos públicos entre competidores).



3. Acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles

Los operadores de telecomunicaciones con redes móviles suelen cooperar para aumentar la rentabilidad del despliegue de sus redes. Pueden compartir (i) su infraestructura básica del emplazamiento (mástiles, casetas, antenas o fuentes de alimentación, conocido como «uso compartido pasivo»); (ii) el equipo de red de acceso de radio («RAN» por sus siglas en inglés) en emplazamientos tales como las estaciones transceptoras de base o nodos controladores («uso compartido activo del RAN»); o (iii) su espectro, como las bandas de frecuencias («uso compartido del espectro»).

La Comisión reconoce los beneficios potenciales de los acuerdos de uso compartido de infraestructuras móviles derivados de reducciones de costes o mejoras de la calidad. Permiten un despliegue más rápido de: (i) nuevas redes y tecnologías; (ii) una cobertura más amplia; o (iii) redes más densas. El proyecto de directrices proporciona las siguientes orientaciones para valorar la compatibilidad con las normas de competencia de estos acuerdos:

- Es poco probable que el uso compartido pasivo produzca efectos restrictivos de la competencia, siempre que los operadores de redes mantengan un grado significativo de independencia y flexibilidad a la hora de definir su estrategia empresarial, las características de sus servicios y las inversiones en red.
- Los acuerdos activos de uso compartido de la RAN pueden tener más probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia puesto que es probable que no solamente afecten a la cobertura sino también al despliegue independiente de capacidad.
- Los acuerdos de uso compartido del espectro son una cooperación más

amplia y pueden restringir la capacidad de las partes para diferenciar aún más sus ofertas minoristas o mayoristas y limitar directamente la competencia entre ellas.

Es improbable que un acuerdo de uso compartido de infraestructuras móviles tenga efectos restrictivos de la competencia si se dan los siguientes requisitos:

- Los operadores controlan y explotan su propia red básica y no existen desincentivos que impidan a los operadores desplegar individualmente su infraestructura, mejorar e innovar si así lo desean.
- Los operadores mantienen operaciones independientes al por menor y al por mayor (independencia técnica, comercial y decisoria de otro tipo). Esto comprende la libertad de los operadores para fijar los precios de sus servicios, determinar los parámetros del producto/paquete, seguir estrategias de espectro independientes y diferenciar sus servicios en función de la calidad y otros parámetros.
- Los operadores no intercambian más información de la estrictamente necesaria para el funcionamiento compartido de infraestructuras móviles y se han establecido mecanismos de cumplimiento para controlar estos intercambios de información.

4. Entrada en vigor

El proyecto de directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal ha sido sometido a consulta pública. Una vez se publique su versión final en el Diario Oficial de la Unión Europea, está previsto que entre en vigor el 1 de enero de 2023. Lo mismo sucederá con los Reglamentos de exención por categorías sobre I+D en común y especialización.