



## Aprobación de las nuevas normas europeas de competencia sobre cooperación eficiente entre competidores



Junio 2023

### ¿Hablamos?

**Alberto Escudero Puente**  
Socio responsable del área de  
Derecho de la Competencia en  
PwC Tax & Legal  
[alberto.escudero.puente@pwc.com](mailto:alberto.escudero.puente@pwc.com)

**Michael Tuit**  
Abogado en el área de  
Derecho de la Competencia en  
PwC Tax & Legal  
[michael.tuit@pwc.com](mailto:michael.tuit@pwc.com)

La Comisión Europea ha aprobado el 1 de junio las nuevas normas de competencia aplicables a los acuerdos de cooperación entre competidores. Esta regulación describe las formas de colaboración entre competidores susceptibles de ser consideradas compatibles con las normas de competencia, por generar eficiencias y ventajas para los consumidores.

Se trata del Reglamento de exención por categorías de acuerdos de I+D; Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización<sup>1</sup>; y las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (las “Directrices”)<sup>2</sup>.

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 a los Reglamentos 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 categorías de acuerdos entre competidores, distintos de los de I+D en común y especialización.

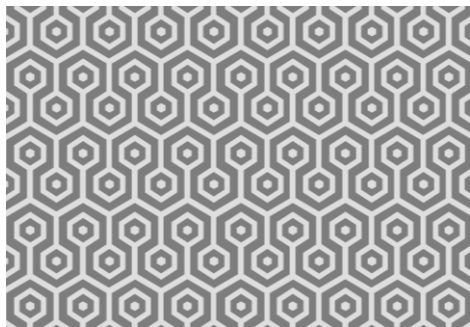
En las Directrices se regulan las categorías de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores relativas a las siguientes materias: sostenibilidad; intercambios de información; UTEs y subcontrataciones; producción conjunta y especialización (si no encajan en el Reglamento de exención por categorías, por ejemplo, porque la cuota conjunta de las partes excede el 20%); centrales de compras; comercialización conjunta; I+D

[1] El 2 de junio de 2023 se publicaron el Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (C/2023/3448, DOUE L 143, 2.6.2023, p. 20–26, disponible a través del siguiente [enlace](#)) y el Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (C/2023/3443, DOUE L 143, 2.6.2023, p. 9–19, disponible a través del siguiente [enlace](#)). Los nuevos reglamentos sustituyen al (i) Reglamento (UE) n° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 335 de 18.12.2010, p. 43); y (ii) Reglamento (UE) n° 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 335 de 18.12.2010, p. 36).

[2] Se puede descargar la nueva versión de las Directrices a través del siguiente [enlace](#). Se encuentran pendientes de publicar en el DOUE. Sustituyen a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 11 de 14.1.2011, p. 1).



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”.



(si no encajan en el Reglamento de exención por categorías, por ejemplo, porque la cuota conjunta de las partes excede el 25%); estandarización; y compartición de infraestructuras de telecomunicaciones. También se clarifica en qué medida podrá aplicarse la normativa de competencia en las relaciones entre una joint venture y sus empresas matrices.

Esta nueva normativa no supone un cambio revolucionario con respecto a la regulación de competencia previamente vigente. Es de destacar la inclusión en las nuevas Directrices de apartados específicos sobre sostenibilidad, compartición de infraestructuras de telecomunicaciones y las relaciones entre joint ventures y sus matrices. También se detalla en mayor profundidad la interpretación de la Comisión Europea sobre cómo se aplican las normas de competencia a los intercambios de información, las UTEs y las subcontrataciones.

En relación con todos los apartados, las Directrices actualizan la interpretación de las normas de competencia tomando en consideración la práctica decisional reciente de la Comisión Europea y la jurisprudencia de los tribunales europeos; buscan que estas normas europeas de competencia se apliquen de manera uniforme por las autoridades nacionales de competencia; aportan mayor claridad en la redacción de algunos apartados; toman en consideración las innovaciones derivadas del comercio electrónico y de la digitalización; y se orientan a que puedan ser de utilidad no sólo para las grandes corporaciones, sino también para las PYMEs.

Las Directrices constituyen un documento extenso de 167 páginas. Esta nota de análisis se limita a resaltar las principales novedades derivadas de esta normativa referidos a sostenibilidad; intercambios de información sensible; UTEs y subcontrataciones; acuerdos de

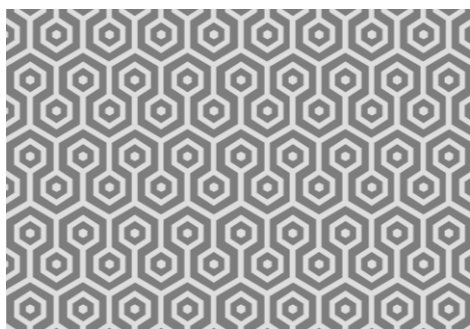
compartición de infraestructuras de telecomunicaciones; y las relaciones entre las matrices y la empresa en participación.

### 1.Sostenibilidad / ESG.

Constituye la principal novedad de las Directrices. Los acuerdos entre competidores en favor del desarrollo sostenible (ESG) pueden tener por objetivo la lucha contra el cambio climático, el respeto de los derechos humanos, el fomento de las infraestructuras resilientes, la minoración del desperdicio de alimentos, el fomento de los alimentos saludables o la mejora del bienestar animal. La Comisión Europea da pautas en sus Directrices para que varios competidores puedan llevar a cabo estas iniciativas sectoriales en favor de la sostenibilidad, sin riesgos de cometer una infracción de competencia.

Las Directrices señalan que, en primer lugar, son compatibles los acuerdos entre competidores en favor de la sostenibilidad que no afecten a los parámetros de competencia. En esta categoría entran los acuerdos referidos a la conducta interna de las empresas (como un acuerdo entre competidores por el cual, en sus respectivas oficinas, la temperatura no excederá de X grados en invierno, no se usarán plásticos de un solo uso y se limitará el uso de las impresoras). También las bases de datos con información sobre los proveedores y distribuidores que se guían por criterios de sostenibilidad. Entran igualmente en esta categoría las campañas sufragadas por varios competidores para sensibilizar a los consumidores sobre la huella ambiental derivada del consumo de sus productos.

En segundo lugar, cumplen con las normas de competencia los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad que se fundamenten en principios de transparencia y libertad de acceso. Serán compatibles mientras no vinculen



a terceros ajenos al proyecto y se establezcan protocolos para limitar los intercambios de información sensible. Los participantes deberán seguir teniendo libertad para adoptar individualmente estándares de sostenibilidad más elevados. Se admite que el estándar conjunto de sostenibilidad desencadene un incremento de precios (sin pactos al respecto entre las empresas). El incremento no debería ser significativo cuando la cuota de mercado conjunta de las partes supere el 20%.

En tercer lugar, otros acuerdos de sostenibilidad entre competidores podrán ser compatibles con las normas de competencia, aun cuando presenten efectos restrictivos de la competencia, si se justifican una serie de parámetros (eficiencias, indispensabilidad y ventajas). El acuerdo de sostenibilidad deberá generar eficiencias, como reducciones de los costes de producción y distribución, aumentos de la variedad y la calidad de los productos, mejoras en los procesos de producción o distribución, o un aumento de la innovación. También podría reducir el tiempo necesario para lanzar los productos sostenibles al mercado.

La condición de indispensabilidad estará especialmente justificada cuando los consumidores no sean capaces de valorar los beneficios futuros que se derivarán del acuerdo de sostenibilidad. Por ejemplo, los fabricantes de un producto de consumo podrán pactar reducir a la vez el empaquetado porque, en ausencia de este acuerdo, sería inevitable que los consumidores siguieran eligiendo los productos presentados en paquetes mayores (aun cuando dentro tengan el mismo contenido que los presentados en paquetes más pequeños).

La tercera condición es la generación de ventajas para los consumidores. Por ejemplo, porque la colaboración permite el lanzamiento de productos que mejoran la experiencia de los consumidores

(incrementos de la calidad del producto). Otros beneficios podrán derivarse de que el consumidor se sienta mejor por elegir un nuevo producto sostenible (aun cuando su calidad no mejore o el precio suba). También se valoran positivamente los beneficios colectivos generados por las externalidades positivas del acuerdo, en favor de la sociedad en su conjunto. Estos beneficios colectivos son relevantes cuando los consumidores no están inicialmente dispuestos a pagar un precio más elevado por un producto fabricado con una tecnología ecológica, pero cara. No obstante, para aceptarse el cumplimiento de esta condición, los consumidores deberán constituir una parte sustancial del conjunto de beneficiarios.

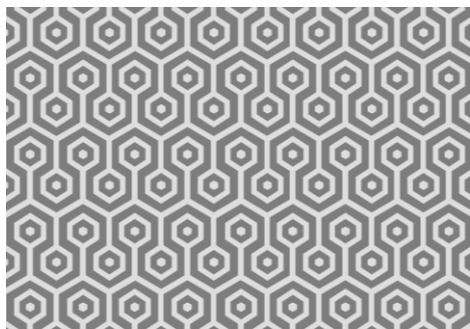
La Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia se muestran dispuestas a ofrecer asesoramiento a las empresas para ayudarles en la valoración de la compatibilidad de estas iniciativas sectoriales en favor de la sostenibilidad.

## **2. Intercambios de información sensible.**

Las Directrices señalan que los competidores no deben intercambiar información sobre las siguientes materias: precios actuales y futuros; capacidades de producción actuales y futuras; estrategias comerciales actuales y futuras; pronósticos sobre la evolución de la demanda y de las ventas en la actualidad y en el futuro; y futuras características de los productos que son relevantes para los consumidores.

También pueden correr riesgo de incompatibilidad los intercambios de información entre competidores sobre: costes; cantidades producidas / vendidas; cuotas de mercado; clientes; o planes de entrada o salida del mercado.

Por el contrario, serán compatibles con las normas de competencia los intercambios de información entre



competidores que se refieran a datos que carezcan de relevancia para determinar su comportamiento en el mercado; públicos; históricos; agregados; o anonimizados. Estos datos se pueden referir al funcionamiento general del sector, cuestiones regulatorias, o a información no estratégica de carácter técnico, científico o académico. Los consumidores también se pueden beneficiar de listas de productos más vendidos y de comparadores de precios.

Los competidores podrán intercambiar informaciones que persigan una finalidad legítima no anticompetitiva, en contextos como los siguientes: benchmarking, compraventa de empresas, solventar una situación de escasez de materias primas, puesta en común de información sobre riesgos de clientes (o de otro tipo) relevante para entidades financieras / aseguradoras, iniciativas en favor de la sostenibilidad o para combatir la piratería. Deberían aplicar medidas de cumplimiento tales como creación de clean teams (grupo limitado de trabajadores sin responsabilidades comerciales vinculados por compromisos de confidencialidad) o recurrir a consultoras independientes para la gestión de los datos sensibles; limitarse a compartir la información imprescindible; creación de repositorios de información, pudiendo acceder las empresas sólo a sus datos propios y a las medias de mercado o datos agregados de las demás; establecer un orden del día para las reuniones, asistencia de abogados de competencia en las mismas y elaboración de actas; dejar documentados los intercambios que se producen; y limitar en el tiempo la iniciativa.

En relación con el uso de algoritmos, se aplicarán los criterios de compatibilidad con las normas de competencia análogos a los de los intercambios de información en el ámbito off-line. Las empresas serán igualmente responsables de la infracción aunque tenga su origen en el uso de algoritmos.

De esta manera, si varios competidores acuerdan coordinar su comportamiento en el mercado por mediación de un algoritmo cometerán una infracción denominada “colusión por código”. Por ejemplo, si varios competidores comparten una aplicación informática de determinación de precios basada en un algoritmo y esta aplicación se basa en una misma fórmula (como aplicar una rebaja de un X % respecto del precio del competidor Y) estarán probablemente cometiendo una infracción de competencia. Igualmente problemática será la cesión por varios competidores de su información comercial sensible a una misma empresa informática para que cree una aplicación sobre la base de un algoritmo, que les ayude a la toma de decisiones comerciales (por ejemplo, relativas a tarifas).

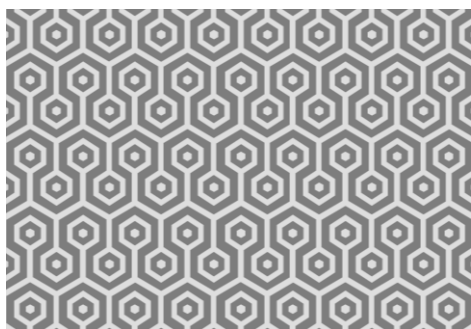
Otras cuestiones relevantes analizadas por este apartado de las Directrices se refieren a los anuncios públicos unilaterales sobre la futura política comercial de una empresa y las conductas hub & spoke.

### **3. 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 cada una de 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 cada lote de 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, el riesgo financiero del proyecto, el nivel de inversiones exigido y su capacidad actual y futura, evaluada a la luz de los requisitos contractuales.

En este análisis de compatibilidad también será relevante: la cuota de mercado conjunta de las partes; la probabilidad de que se presenten ofertas competidoras; la complementariedad de las partes e integración de sus recursos / actividades por la colaboración; las razones por las que se incorpora cada una de las partes; el escenario alternativo a la colaboración (posibilidades de éxito de las ofertas individuales); el resultado de licitaciones previas comparables; y los protocolos de cumplimiento implantados.

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.

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).

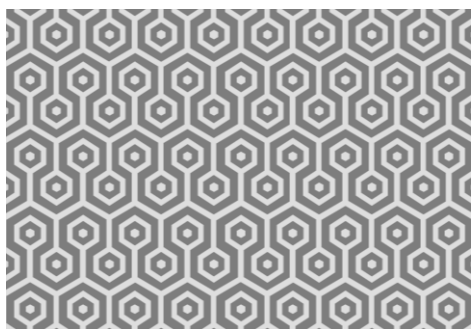
#### **4. Acuerdos de compartición de infraestructuras de telecomunicaciones.**

Los operadores de telecomunicaciones con redes móviles suelen cooperar para aumentar la rentabilidad del despliegue de sus redes. Pueden compartir su infraestructura básica del emplazamiento (mástiles, casetas, antenas o fuentes de alimentación, conocido como «uso compartido pasivo»); 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 su espectro, como las bandas de frecuencias («uso compartido del espectro»). Estos acuerdos pueden conllevar una asignación geográfica de los territorios en los que cada operador desplegará su red.

La Comisión reconoce los beneficios potenciales de los acuerdos de uso compartido de estas infraestructuras derivados de reducciones de costes o mejoras de la calidad. Permiten un despliegue más rápido de: nuevas redes y tecnologías; una cobertura más amplia; o redes más densas.

Las Directrices proporcionan 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. El acceso a la infraestructura pasiva no debe estar restringido.
- Los acuerdos activos de uso compartido pueden tener más probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia puesto



que es posible que no solamente afecten a la cobertura, sino también al despliegue independiente de capacidad.

- Los acuerdos de uso compartido del espectro implican 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 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, mejorarla e innovar si así lo desean.
- Los operadores mantienen unidades de negocio independientes, tanto a escala minorista como mayorista (independencia técnica y comercial). Los operadores han de tener libertad para fijar los precios de sus servicios, determinar los parámetros del producto/ofertas convergentes, 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 las infraestructuras y se han establecido mecanismos de cumplimiento para controlar la compatibilidad de estos intercambios de información.

### **5.Relaciones entre las matrices y la empresa en participación.**

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. Las Directrices proporcionan pautas sobre estas cuestiones.

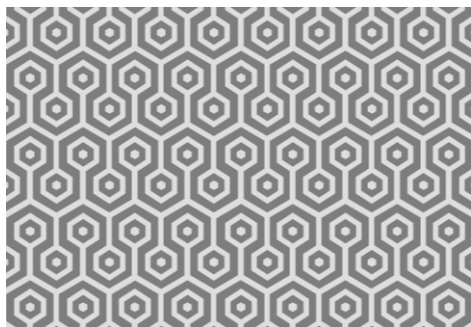
Al igual que sucede con la relación matriz-filial, las Directrices señalan que no resultan de aplicación las normas de competencia a las relaciones entre las matrices que ejercen una influencia decisiva sobre la empresa en participación y esta última, en relación con su actividad en el mercado donde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

En cambio, sí que resultarán de aplicación las normas de competencia a los acuerdos: entre las matrices para crear la empresa en participación; entre las matrices para modificar el alcance de la empresa en participación; 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 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.

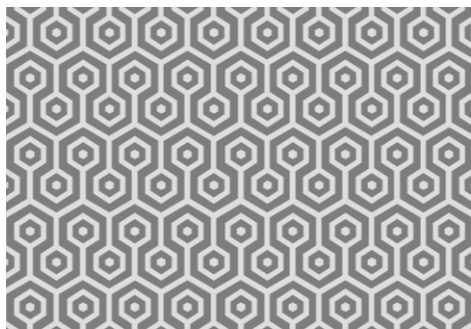
### **6.Otras categorías de acuerdos entre competidores reguladas por la nueva normativa.**

Los dos Reglamentos de exención por categorías y las Directrices también regulan otras categorías de acuerdos de cooperación entre competidores. No



ofrecen grandes novedades respecto a la normativa europea de competencia previamente vigente. Estas formas de cooperación adicionales se refieren a las siguientes materias:

- Producción conjunta y especialización. Se regulan por el Reglamento de exención por categorías sobre especialización y por las Directrices. El nuevo Reglamento amplía los tipos de acuerdos que se considerarán compatibles con las normas de competencia en este ámbito (por ejemplo, si se celebran entre más de dos empresas). El umbral de cuota de mercado conjunta que asegura la compatibilidad en base al Reglamento se sigue situando en el 20%, introduciéndose un método más flexible de cálculo de las cuotas de mercado. También aporta mayor claridad al añadir nuevas definiciones y clarificar la redacción de otras.
- Acuerdos de I+D llevados a cabo entre competidores. Se regulan por el Reglamento de exención por categorías sobre I+D y por las Directrices. El umbral de cuota de mercado conjunta que asegura la compatibilidad en base al reglamento de exención por categorías se sigue situando en el 25%. Se introduce un método más flexible de cálculo de las cuotas de mercado. Se clarifica en qué medida dos operadores pueden ser considerados competidores en la actividad de innovación, previa al lanzamiento al mercado de sus productos.
- Centrales de compras. Las Directrices señalan las diferencias que existen entre un cártel de compra (prohibido por las normas de competencia) y una central de compras compatible por generar eficiencias y ventajas para los consumidores. Se amplían los tipos de acuerdos que serán considerados compatibles con las normas de competencia (incluye la cooperación para negociar conjuntamente condiciones de compra ventajosas, aunque luego las órdenes de compra las realicen cada parte por separado). Otras novedades consisten en la clarificación de los efectos negativos que este tipo de acuerdos pueden generar para los proveedores (por ejemplo, para que tengan margen para seguir invirtiendo); análisis de las tácticas de cese temporal de compras; y mayor detalle en la valoración de la transmisión de los beneficios a los consumidores (por ejemplo, mediante precios minoristas más bajos).
- Estandarización sectorial, regulada por las Directrices. Aclaran las circunstancias en las que se requiere una participación abierta para la determinación del estándar sectorial. Se añade flexibilidad en esta materia, al ponerse de manifiesto que pueden excluirse, en determinadas circunstancias, a algunos competidores de la estandarización (por ejemplo, si existe competencia entre diversos estándares, o si la limitación es temporal e incrementa la rapidez para desplegar el estándar en cuestión). También se facilitan explicaciones sobre la necesidad de que las empresas participantes en el estándar se desvelen en qué medida disponen de derechos de propiedad intelectual esenciales sobre la tecnología incluida en el estándar.
- Acuerdos de comercialización conjunta entre competidores. Las Directrices explican en mayor detalle los riesgos derivados de la limitación de la producción, así como cuáles son los mercados afectados por estos acuerdos y sus posibles efectos restrictivos de la competencia.



### **7. Entrada en vigor y periodo de vigencia.**

Los dos Reglamentos de exención por categorías (sobre I+D y especialización) entrarán en vigor el 1 de julio y las Directrices durante el mes de julio (al día siguiente de su publicación en el DOUE). Está previsto que permanezcan en vigor

durante los siguientes 12 años. Las empresas cuyos acuerdos de producción conjunta / especialización / I+D en común encuentren amparo en los reglamentos de exención categorías previamente vigentes dispondrán de un plazo transitorio de dos años para adaptarlos a las nuevas normas.