

ES

ES

ES



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas,  
SEC(2010) 528

Proyecto de

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**

**Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la  
Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal**

Proyecto de

**COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**

**Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la  
Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal**

**(Texto pertinente a efectos del EEE)**

## ÍNDICE

1.	Introducción .....	6
1.1.	Objeto y ámbito de aplicación.....	6
1.2.	Principios fundamentales de la evaluación a tenor del artículo 101 .....	10
1.2.1	Artículo 101, apartado 1 .....	11
1.2.2.	Artículo 101, apartado 3.....	16
1.3.	Estructura de las presentes Directrices.....	18
2.	Principios generales de la evaluación del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia.....	18
2.1.	Definición y ámbito de aplicación .....	18
2.2.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	19
2.2.1.	Principales problemas de competencia .....	19
2.2.2.	Restricción de la competencia por el objeto .....	21
2.2.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	21
2.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	27
2.3.1.	Mejoras de la eficiencia .....	27
2.3.2.	Carácter indispensable .....	28
2.3.3.	Beneficio para los usuarios .....	29
2.3.4.	No eliminación de la competencia .....	29
2.4.	Ejemplos.....	29
3.	Acuerdos de investigación y desarrollo .....	33
3.1.	Definición.....	33
3.2.	Mercados de referencia .....	34
3.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	38
3.3.1.	Principales problemas de competencia .....	38
3.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto .....	38
3.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	38
3.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	41
3.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	41
3.4.2.	Carácter indispensable .....	41
3.4.3.	Beneficio para los usuarios .....	41

3.4.4.	No eliminación de la competencia .....	42
3.4.5.	Momento de la evaluación .....	42
3.5.	Ejemplos.....	43
4.	Acuerdos de producción.....	46
4.1.	Definición y alcance.....	46
4.2.	Mercados de referencia .....	47
4.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	47
4.3.1.	Principales problemas de competencia .....	47
4.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto .....	48
4.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	48
4.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	52
4.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	52
4.4.2.	Carácter indispensable .....	52
4.4.3.	Beneficio para los usuarios .....	53
4.4.4.	No eliminación de la competencia .....	53
4.5.	Ejemplos.....	53
5.	ACUERDOS DE COMPRA.....	58
5.1.	Definición.....	58
5.2.	Mercados de referencia .....	59
5.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	60
5.3.1.	Principales problemas de competencia .....	60
5.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto .....	60
5.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	61
5.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	62
5.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	62
5.4.2.	Carácter indispensable .....	63
5.4.3.	Beneficio para los usuarios .....	63
5.4.4.	No eliminación de la competencia .....	63
5.5.	Ejemplos.....	63
6.	Acuerdos de comercialización .....	65
6.1.	Definición.....	65

6.2.	Mercados de referencia .....	66
6.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	67
6.3.1.	Principales problemas de competencia .....	67
6.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto .....	67
6.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	68
6.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3 .....	69
6.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	69
6.4.2.	Carácter indispensable .....	70
6.4.3.	Beneficio para los usuarios .....	70
6.4.4.	No eliminación de la competencia .....	70
6.5.	Ejemplos.....	70
7.	Acuerdos de estandarización.....	74
7.1.	Definición.....	74
7.2.	Mercados de referencia .....	75
7.3.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1 .....	76
7.3.1.	Principales problemas de competencia .....	76
7.3.2.	Restricciones de la competencia por el objeto .....	77
7.3.3.	Efectos restrictivos de la competencia .....	77
7.4.	Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3.....	83
7.4.1.	Mejoras de eficiencia .....	83
7.4.2.	Carácter indispensable .....	84
7.4.3.	Beneficio para los usuarios .....	85
7.4.4.	No eliminación de la competencia .....	85
7.5.	Ejemplos.....	85

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Objeto y ámbito de aplicación**

1. Las presentes Directrices sientan los principios aplicables a la evaluación de conformidad con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (denominado en lo sucesivo el «artículo 101») de los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (denominados en lo sucesivo colectivamente «los acuerdos») relativos a la cooperación horizontal. Una cooperación tiene «naturaleza horizontal» cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales. Además, las presentes Directrices también abarcan los acuerdos de cooperación horizontal entre no competidores, por ejemplo, entre dos empresas activas en los mismos mercados de productos pero en mercados geográficos diferentes sin ser competidores potenciales.
2. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación.
3. Por otra parte, los acuerdos de cooperación horizontal pueden plantear problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción o repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y sea probable que ello cause efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad y calidad de los productos.
4. Aun admitiendo las ventajas económicas que pueden resultar de los acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión debe sin embargo velar por mantener una competencia efectiva. El artículo 101 establece el marco jurídico para una evaluación equilibrada que tenga en cuenta tanto los efectos restrictivos de la competencia como los beneficios para la misma.
5. El objeto de las presentes Directrices es ofrecer un marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales; abarcan los acuerdos de investigación y desarrollo, los acuerdos de producción, incluidos los de subcontratación y especialización, los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, los acuerdos de estandarización, incluidos los contratos estándar, y el intercambio de información. Este marco se basa fundamentalmente en criterios jurídicos y económicos que ayudan a analizar los acuerdos de cooperación horizontal y su contexto. Ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación puede producir en los mercados y, por consiguiente, para su evaluación a la luz del artículo 101.
6. Las presentes Directrices se aplican a los tipos más habituales de acuerdos de cooperación horizontal con independencia del nivel de integración que impliquen,

con excepción de las operaciones que constituyan una concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento sobre operaciones de concentración<sup>1</sup> (como sería el caso, por ejemplo, de las empresas en participación con plenas funciones<sup>2</sup>).

7. Dada la enorme diversidad de los tipos de cooperación horizontal y de sus combinaciones, así como de las condiciones de mercado imperantes, es difícil formular respuestas concretas a cada situación posible. Las presentes Directrices basadas en criterios jurídicos y económicos pretenden ayudar a las empresas a evaluar la compatibilidad de un acuerdo individual de cooperación con el artículo 101. Estos criterios, sin embargo, no constituyen una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente. Cada caso debe evaluarse en función de sus propios hechos que pueden requerir una aplicación flexible de estas Directrices.
8. Los criterios expuestos en las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación que abarcan tanto los bienes como los servicios (denominados en lo sucesivo colectivamente «productos»). Complementan el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D<sup>3</sup> y el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización<sup>4</sup>.
9. Si bien estas Directrices contienen ciertas referencias a carteles, no pretenden ofrecer orientación alguna en cuanto a lo que constituye o no un cartel según lo definido por la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
10. A efectos de las presentes Directrices, se entiende por «competidores» tanto los competidores reales como los potenciales. Se considera que dos empresas son competidoras reales si operan en el mismo mercado de referencia. Se considera que una empresa es competidora potencial de otra si, de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa realice en un corto período de tiempo las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa. Esta evaluación se debe basar en motivos razonablemente objetivos, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

<sup>2</sup> Véase el artículo 3, apartado 4, del Reglamento de concentraciones; en lo que respecta al concepto de empresas en participación con plenas funciones, es decir, las empresas en participación que realizan con carácter permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma, véase la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales, DO C 95 de 16.4.2008, p. 1, apartados 91 a 109 (la «Comunicación consolidada de la Comisión»).

<sup>3</sup> Reglamento (CE) n° [...] de la Comisión 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 [...] («Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D»).

<sup>4</sup> Reglamento (CE) n° [...] de la Comisión 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 [...] («Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización»).

<sup>5</sup> Véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos del Derecho comunitario de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5, apartado 24) («Comunicación sobre la definición de mercado»); véase también el Decimotercer Informe de la Comisión sobre la



11. Las presentes Directrices consideran que las compañías que formen parte de una misma «empresa» en el sentido del artículo 101, apartado 1, no son competidoras. El artículo 101 solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes. Cuando una empresa (la «sociedad matriz») ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa (la «filial»), forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa<sup>6</sup>. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir, las filiales sobre las cuales la misma sociedad matriz ejerce una influencia decisiva. Por lo tanto, no se considera que son competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia. Dado que una empresa en participación forma parte de una única empresa con cada una de las matrices que ejercen conjuntamente la influencia decisiva y el control efectivo sobre ella<sup>7</sup>, el artículo 101 no se aplica a los acuerdos entre las matrices y la empresa en participación, siempre que la creación de la empresa en participación no infrinja el Derecho de competencia de la UE. Sin embargo, el artículo 101 puede aplicarse a los acuerdos entre las matrices ajenos al ámbito de la empresa en participación y al acuerdo entre las matrices para crear la empresa en participación.
12. Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir los acuerdos verticales, se rigen en principio por el «Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales»<sup>8</sup> y por las Directrices sobre restricciones verticales<sup>9</sup>. No obstante, puesto que los acuerdos verticales, por ejemplo, los de distribución, son concluidos entre competidores, los efectos del acuerdo sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales. Por lo tanto, hay que evaluar los acuerdos verticales entre competidores según los principios descritos en las presentes Directrices<sup>10</sup>. Cuando también sea necesario evaluar tales acuerdos conforme al Reglamento de exención por categorías y a las Directrices sobre restricciones verticales, se indicará específicamente en el capítulo pertinente de las presentes

---

política de competencia, apartado 55, y la Decisión 90/410/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.009, Elopak/Metal Box-Odin, DO L 209 de 8.8.1990, p. 15.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-73/95, Viho, Rec. 1996, p. I-5457, apartado 51. El ejercicio de influencia decisiva por la empresa matriz sobre la conducta de una filial puede presuponerse en caso de filiales al 100 %; véase, por ejemplo, el asunto 107/82, AEG, Rec. 1983, p. 3151, apartado 50; el asunto C-286/98 P, Stora, Rec. 2000, p. I-9925, apartado 29; o el asunto C-97/08 P, Akzo, Rec. 2009, pendiente de publicación, apartados 60 y ss. Cuando haya varias matrices, puede presuponerse que ejercen influencia decisiva si controlan todas las acciones de la empresa en participación, y cuando, basándose en pruebas fácticas, tienen poder de gestión conjunto; véase el asunto T-314/01, Avebe, Rec. 2006, p. II-3085, apartados 138 y 139.

<sup>7</sup> Véase el asunto T-314/01, Avebe, citado en la nota a pie de página 6, apartados 138 y 139. Por lo que respecta al concepto de control, véase la Comunicación consolidada de la Comisión, citada en la nota a pie de página 2, apartados 11 a 82.

<sup>8</sup> Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 102 de 23.4.2010, p. 2.

<sup>9</sup> DO C [...].

<sup>10</sup> Esto no se aplica cuando los competidores concluyen un acuerdo vertical no recíproco y: i) el proveedor es un fabricante y distribuidor de bienes, mientras que el comprador es un distribuidor y no una empresa competidora en la fabricación, o ii) el proveedor es un prestador de servicios en varios niveles comerciales, mientras que el comprador suministra sus bienes o servicios al nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales. Este tipo de acuerdos se evalúa exclusivamente con arreglo al Reglamento de exención por categorías y a las Directrices sobre restricciones verticales (véase el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales, citado en la nota a pie de página 8).

Directrices. Si no existe tal indicación, solo se aplicarán los capítulos siguientes de las presentes Directrices.

13. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden combinar diferentes etapas de la cooperación, por ejemplo la I+D y la producción y/o comercialización de sus resultados. Por lo general tales acuerdos también están cubiertos por estas Directrices. El componente imprescindible situado en la fase más inicial de dicha cooperación integrada determina qué capítulo de las actuales Directrices sirve de punto de partida para la evaluación de todo el acuerdo en cuestión. Generalmente, el capítulo identificado por este procedimiento se ocupa de todas las fases de esta cooperación integrada. Sin embargo, los problemas de competencia y las respectivas explicaciones contempladas en los capítulos referentes a las actividades en sentido descendente de la cooperación integrada también suelen regir la evaluación de estas actividades. Por lo que se refiere a las salvaguardias regulatorias aplicables, solo se aplicarán a toda la cooperación integrada las establecidas en el capítulo referente al «componente imprescindible situado en la fase más inicial».
14. Por ejemplo, el punto de partida del análisis de un acuerdo de cooperación horizontal que abarcase tanto la I+D conjunta como la producción conjunta de los resultados sería por lo general el capítulo sobre los «Acuerdos de investigación y desarrollo», ya que solo habrá producción conjunta si la I+D conjunta tiene éxito. Esto implica que los resultados de la I+D conjunta son decisivos para la posterior producción conjunta. Así pues, el acuerdo de I+D puede considerarse el componente imprescindible situado en la fase más inicial de la cooperación. Esta evaluación cambiaría si las partes se dedicaran a la producción conjunta en cualquier caso, es decir, con independencia de la I+D conjunta. En este caso, los posibles efectos de la cooperación que restringen la competencia y los que son beneficiosos para ella estarían vinculados en gran medida a la producción conjunta, de modo que el acuerdo se examina a la luz de los principios expuestos en la sección relativa a los «Acuerdos de producción».
15. El artículo 101 solo se aplica a los acuerdos de cooperación horizontal que puedan afectar al comercio entre Estados miembros. Por lo tanto, los siguientes principios relativos a la aplicabilidad del artículo 101 se basan en la presunción de que un acuerdo de cooperación horizontal puede afectar al comercio entre los Estados miembros de forma apreciable.
16. La evaluación con arreglo al artículo 101 tal como se describe en las presentes Directrices no será óbice para la posible aplicación paralela del artículo 102 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal<sup>11</sup>.
17. Las presentes Directrices se entienden sin perjuicio de la interpretación que el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puedan dar a la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal.

---

<sup>11</sup> Véase el asunto T-51/89, Tetra Pak I, Rec. 1990, p. II-309, apartados 25 y ss., y las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO C 45 de 24.2.2009, p. 7 («Orientaciones sobre el artículo 82»).

18. Las presentes Directrices sustituirán a las Directrices horizontales publicadas por la Comisión en 2001<sup>12</sup> y no se aplicarán cuando rijan normas sectoriales específicas como puede ser el caso de ciertos acuerdos relativos a la agricultura<sup>13</sup>, el transporte<sup>14</sup> o los seguros<sup>15</sup>. La Comisión continuará controlando el funcionamiento de los Reglamentos de exención por categorías sobre acuerdos de I+D y de especialización<sup>16</sup> así como las presentes Directrices, basándose en información del mercado facilitada por los interesados y por las autoridades nacionales de competencia, y podrá revisarlas en función de la evolución de los acontecimientos y de las perspectivas.
19. Las Directrices Generales<sup>17</sup> contienen orientaciones generales para la interpretación del artículo 101. Por lo tanto, las presentes Directrices deberán entenderse en coherencia con las Directrices Generales.

## 1.2. Principios fundamentales de la evaluación a tenor del artículo 101

20. La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales<sup>18</sup> restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si estos efectos favorables a la competencia sobrepasan los efectos restrictivos de la competencia<sup>19</sup>. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo

---

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 3 de 6.1.2001, p. 2.

<sup>13</sup> Reglamento (CE) n° 1184/2006 del Consejo, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, DO L 214 de 4.8.2006, p. 7.

<sup>14</sup> Reglamento (CE) n° 487/2009 del Consejo, relativo a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo, DO L 148 de 11.6.2009, p. 1; Reglamento (CE) n° 169/2009 del Consejo, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, DO L 61 de 5.3.2009, p. 1; Reglamento (CE) n° 246/2009 del Consejo, sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios), DO L 79 de 25.3.2009, p. 1; Reglamento (CE) n° 823/2000 de la Comisión, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (Texto pertinente a efectos del EEE), DO L 100 de 20.4.2000, p. 24, modificado en último lugar por el Reglamento (CE) n° 611/2005 de la Comisión, DO L 101 de 20.4.2005, p. 10; Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo, DO C 245 de 26.9.2008, p. 2.

<sup>15</sup> Reglamento (UE) n° 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, DO L 83 de 31.3.2010, p. 1.

<sup>16</sup> Citados en las notas a pie de página 3 y 4.

<sup>17</sup> Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, DO C 101 de 27.4.2004, p. 97.

<sup>18</sup> El artículo 101, apartado 1, prohíbe tanto los efectos contrarios a la competencia reales como los potenciales; véase, por ejemplo, el asunto C-7/95 P, John Deere, Rec. 1998, p. I-3111, apartado 77, y el asunto C-238/05, Asnef-Equifax, Rec. 2006, p. I-11125, apartado 50.

<sup>19</sup> Véanse los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, GlaxoSmithKline, Rec. 2009, pendiente de publicación, apartado 95.

101, apartado 3<sup>20</sup>. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho.

21. En ciertos casos, las autoridades estatales incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación. Las normas de competencia se siguen aplicando si la normativa nacional no excluye por completo la posibilidad de que las empresas interesadas desarrollen una conducta competitiva. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades estatales fomenten, apoyen o patrocinen un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101<sup>21</sup>. Sin embargo, los acuerdos no restringen la competencia si la legislación crea un marco jurídico que excluye por completo la posibilidad de que las partes desarrollen una conducta competitiva<sup>22</sup>. Además, las empresas interesadas están amparadas frente a las consecuencias de una infracción del artículo 101 si la legislación nacional les obliga a desarrollar una conducta contraria a la competencia<sup>23</sup> o si las autoridades estatales ejercen una presión irresistible sobre ellas para que lo hagan<sup>24</sup>. Cada asunto debe evaluarse en su contexto fáctico según los principios generales establecidos más adelante.

#### 1.2.1 Artículo 101, apartado 1

22. El artículo 101, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia<sup>25</sup>.

##### *i) Restricciones de la competencia por su objeto*

23. Se entiende por restricciones de la competencia por su objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Las Directrices Generales ofrecen una mayor orientación por lo que se refiere al concepto de restricción de la competencia por su objeto<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> Véase el asunto T-65/98, Van den Bergh Foods, Rec. 2003, p. II-4653, apartado 107; asunto T-112/99, Métropole télévision (M6) y otros, Rec. 2001, p. II-2459, apartado 74; asunto T-328/03, O2, Rec. 2006, p. II-1231, apartados 69 y ss., en los que el Tribunal de Primera Instancia (denominado en la actualidad el Tribunal General) sostuvo que la ponderación de los aspectos de una restricción que sean favorables o contrarios a la competencia solo puede realizarse en el marco preciso del artículo 101, apartado 3.

<sup>21</sup> Véase el asunto C-198/01, CIF, Rec. 2003, p. I-8055, apartados 56 a 58; asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, Carne de vacuno, Rec. 2006, p. II-4987, apartado 92; asunto T-7/92, Asia Motor France II, Rec. 1993, p. II-669, apartado 71; y asunto T-148/89, Tréfilunion, Rec. 1995, p. II-1063, apartado 118.

<sup>22</sup> Esta posibilidad se ha interpretado en sentido estricto; véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 209/78 R a 215/78 R y 218/78 R, van Landewyck, Rec. 1980, p. 3125, apartados 130 a 134; asuntos acumulados 240, 241, 242, 261, 262, 268 y 269/82, Stichting Sigarettindustrie, Rec. 1985, p. 3831, apartados 27 a 29; y asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Rec. 1997, p. I-6265, apartados 33 y ss.

<sup>23</sup> Al menos hasta que se adopte una decisión de no aplicar la legislación nacional y hasta que dicha decisión sea definitiva; véase el asunto C-198/01, CIF, citado en la nota a pie de página 20, apartados 54 y ss.

<sup>24</sup> Asunto C-198/01, CIF, citado en la nota a pie de página 21, apartado 54; asunto T-387/94, *Asia Motor France III*, Rec. 1996, p. II-961, apartado 65.

<sup>25</sup> A efectos de las presentes Directrices, la expresión «restricción de la competencia» abarca tanto la prevención como el falseamiento de la competencia.

<sup>26</sup> Citadas en la nota a pie de página 17.

*ii) Efectos restrictivos de la competencia*

24. Cuando un acuerdo de cooperación horizontal no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos de la competencia sensibles. Hay que tener en cuenta los efectos tanto reales como potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo tiene que tener al menos efectos anticompetitivos probables.
25. Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable, por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación. El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes<sup>27</sup>, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una de las partes o influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos.
26. Es probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en el mercado de referencia cuando, debido al acuerdo, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o la variedad. Esto dependerá de varios factores tales como la naturaleza y contenido del acuerdo, hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo. Para que los efectos restrictivos de la competencia sean probables, se deben esperar con un grado razonable de probabilidad.
27. Para evaluar si un acuerdo de cooperación horizontal tiene efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, debe compararse con el contexto jurídico y económico real en que se daría la competencia sin el acuerdo con todas sus presuntas restricciones (es decir, sin el acuerdo existente (si ya se aplica) o previsto (si todavía no se ejecuta) en el momento de la evaluación). Por lo tanto para probar los efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales, es necesario tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros, en especial la competencia real o potencial que habría existido si no hubiera acuerdo. Esta comparación no tiene en cuenta las eventuales mejoras de eficiencia generadas por el acuerdo pues estas solo se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3.
28. Por lo tanto, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, a menos que el proyecto se pudiera haber llevado a cabo con unas restricciones menos graves.

---

<sup>27</sup> Véase el asunto C-7/95, John Deere, citado en la nota a pie de página 7, apartado 88; asunto C-238/05, Asnef-Equifax, citado en la nota a pie de página 18, apartado 51.

29. Las Directrices Generales ofrecen una orientación general por lo que se refiere al concepto de restricciones de la competencia por el efecto<sup>28</sup>. Los apartados siguientes contiene orientación adicional específica para la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal.

#### Acuerdos de cooperación horizontal y concentraciones horizontales

30. El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos potenciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con funciones plenas, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones<sup>29</sup>, y las que no tienen funciones plenas, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Sin embargo, los efectos de ambas pueden ser muy similares.

#### Naturaleza y contenido del acuerdo

31. La naturaleza y el contenido de un acuerdo guardan relación con elementos tales como el ámbito y el objetivo de la cooperación, la competencia entre las partes y el alcance de la combinación de sus actividades. Estos elementos determinan los tipos de posibles problemas de competencia que pueden derivarse de un acuerdo de cooperación horizontal.
32. Los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede:
- ser exclusivo en el sentido de que limita, por ejemplo en virtud de obligaciones contractuales, la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros como operadores económicos independientes o como partes de otros acuerdos competidores;
  - obligar a las partes a aportar unos activos tales que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente; o
  - afectar a los intereses financieros de las partes de tal manera que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente. Tanto los intereses financieros en el acuerdo como los intereses financieros en otras partes del acuerdo son pertinentes para la evaluación.
33. Estos acuerdos pueden producir el efecto de la pérdida de competencia entre las partes del acuerdo. Los competidores también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante del acuerdo y, por lo tanto, puede resultarles rentable aumentar sus precios. La reducción de esta presión competitiva puede dar lugar a incrementos de precios en el mercado de referencia. Factores tales como las elevadas cuotas de mercado de las partes del acuerdo, el hecho de que sean competidores cercanos, las limitadas posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor, la improbabilidad de que los competidores incrementen la oferta si suben

---

<sup>28</sup> Citadas en la nota a pie de página 17.

<sup>29</sup> Citado en la nota a pie de página 1.

los precios, y la importancia como fuerza competitiva de una de las partes del acuerdo, son pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia.

34. Un acuerdo de cooperación horizontal puede también:
- llevar a la divulgación de información comercialmente sensible, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación; y/o
  - dar lugar a compartir una parte importante de los costes, de tal modo que las partes puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción. Esto puede suceder si el ámbito de cooperación, por ejemplo la producción y compra, representa una parte elevada de los costes variables de las partes en un determinado mercado y si las partes combinan sus actividades en el ámbito de la cooperación en gran medida. Así puede ocurrir, por ejemplo, si fabrican o compran conjuntamente un bien intermedio importante o una parte considerable de su producción total de un producto final.
35. Por consiguiente, un acuerdo horizontal puede disminuir la capacidad decisoria independiente de las partes y como consecuencia aumentar la probabilidad de que las empresas coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio, pero puede también hacer la coordinación más fácil, más estable o más efectiva para las empresas que ya se coordinaban antes, reforzando la coordinación o permitiéndoles alcanzar precios aún más elevados.
36. Algunos acuerdos de cooperación horizontal, por ejemplo los de producción y estandarización, también pueden plantear problemas de exclusión contraria a la competencia.

#### Poder de mercado y otras características del mercado

37. Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia.
38. En los mercados con costes fijos elevados, las empresas deben fijar precios por encima de los costes variables de producción a fin de obtener una rentabilidad competitiva de su inversión. El hecho de que las empresas fijen precios por encima de sus costes variables no es por tanto en sí mismo señal de que la competencia en el mercado no funciona bien y de que las empresas tienen un poder de mercado que les permite fijar precios por encima del nivel competitivo. Cuando la presión competitiva no es suficiente para mantener los precios, la producción, la innovación y la calidad y variedad de productos a niveles competitivos, las empresas tienen poder de mercado a efectos del artículo 101, apartado 1.
39. La creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una disminución de la competencia entre las partes del acuerdo. Puede también serlo de una disminución de la competencia entre cualquiera de las partes y

terceros, por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores o aumentar sus costes y limitar así su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo.

40. El poder de mercado es cuestión de grado. El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe una infracción con arreglo al artículo 101, apartado 1, en el caso de acuerdos que restringen la competencia por el efecto, es inferior al grado que se requiere para determinar que existe una posición dominante a efectos del artículo 102, que exige un considerable grado de poder de mercado.
41. El punto de partida del análisis del poder de mercado es la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación. Para llevar a cabo este análisis, es necesario definir los mercados de referencia utilizando el método descrito en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia<sup>30</sup>. Cuando entren en juego tipos específicos de mercados, como los de compra o tecnología, se podrá encontrar orientación adicional en las presentes Directrices.
42. Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta<sup>31</sup>, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis. Si solo hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado<sup>32</sup>. Dada la diversidad de los acuerdos de cooperación horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, es casi imposible definir un umbral general de cuota de mercado a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos.
43. En función de la posición de las partes en un mercado y del índice de concentración de este, será necesario tener en cuenta también otros factores como la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada, la probabilidad de que se produzcan otras entradas en el mercado y el poder de negociación de los compradores/proveedores.
44. Normalmente, al analizar la competencia, la Comisión utiliza las cuotas de mercado existentes<sup>33</sup>. Sin embargo, cabe razonablemente tener también en cuenta ciertos acontecimientos futuros, por ejemplo, en vista de la salida, entrada o expansión en el mercado de referencia. Pueden utilizarse datos históricos si las cuotas de mercado son volátiles, por ejemplo cuando el mercado se caracteriza por grandes pedidos

---

<sup>30</sup> Véase la Comunicación sobre la definición de mercado, citada en la nota a pie de página 5.

<sup>31</sup> El significado de la expresión «pequeña cuota de mercado conjunta» depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes Directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), DO C 368 de 22.12.2001, p. 13 («Comunicación *de minimis*»).

<sup>32</sup> Si hay más de dos partes, entonces la cuota colectiva de todos los competidores cooperadores tiene que ser significativamente superior a la cuota individual del mayor competidor participante.

<sup>33</sup> En cuanto al cálculo de cuotas de mercado, véase también la Comunicación sobre la definición de mercado, citada en la nota a pie de página 5, apartados 54 y 55.



desiguales. Los cambios de las cuotas de mercado históricas pueden proporcionar información útil sobre la dinámica de la competencia y la probable importancia futura de los diversos competidores, por ejemplo, indicando si las empresas han ganado o perdido cuota de mercado. En cualquier caso, la Comisión interpreta las cuotas de mercado a la luz de las condiciones de mercado probables, por ejemplo, si el mercado es de carácter muy dinámico y si la estructura del mercado es inestable debido a la innovación o al crecimiento.

45. Por lo general, cuando la entrada en un mercado sea bastante fácil se entenderá que un acuerdo no produce efectos restrictivos de la competencia. Para considerar que la entrada ejerce una presión competitiva suficiente sobre las partes de un acuerdo, hay que demostrar que es probable, oportuna y suficiente para disuadir o impedir cualquier efecto restrictivo potencial del acuerdo. La existencia de acuerdos puede afectar al análisis de la entrada. La terminación probable o posible de un acuerdo puede influir en la probabilidad de la entrada.

### 1.2.2. *Artículo 101, apartado 3*

46. La evaluación de las restricciones por objeto y por efecto con arreglo al artículo 101, apartado 1, tan solo constituye uno de los aspectos del análisis. El otro, reflejado en el artículo 101, apartado 3, es la evaluación de los efectos positivos para la competencia que puedan tener los acuerdos restrictivos. Cuando, en un caso concreto, se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3 del mismo. Según el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003<sup>34</sup>, la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta excepción. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es<sup>35</sup>.
47. La aplicación de la excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se supedita a cuatro condiciones acumulativas, dos de ellas positivas y otras dos negativas:
- los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir deben generar mejoras de eficiencia;
  - las restricciones deben ser indispensables para alcanzar estos objetivos, es decir, las mejoras de eficiencia;
  - debe reservarse a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, es decir, las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones indispensables deben procurar un beneficio suficiente a los usuarios. Por lo tanto, no basta con que las eficiencias solo beneficien a las partes del acuerdo. A efectos

---

<sup>34</sup> Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4.1.2003, p. 1 («Reglamento 1/2003»).

<sup>35</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, GlaxoSmithKline, citados en la nota a pie de página 19, apartados 93 a 95.

de las presentes Directrices, el concepto de «usuarios» abarca los clientes, potenciales y/o reales, de las partes del acuerdo; y

- el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

48. Cuando se cumplan estas cuatro condiciones se puede considerar que los efectos restrictivos de la competencia generados por el acuerdo quedan contrarrestados por sus efectos positivos, compensando así a los usuarios por los efectos negativos de las restricciones de la competencia.
49. En el ámbito de los acuerdos de cooperación horizontal existen reglamentos de exención por categorías basados en el artículo 101, apartado 3, relativos a los acuerdos de investigación y desarrollo<sup>36</sup> y a los de especialización<sup>37</sup> (incluida la producción conjunta). Estos Reglamentos de exención por categorías parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser fuente de eficiencias sustanciales en los acuerdos de investigación y desarrollo y de especialización. Esta situación también puede presentarse en otros tipos de acuerdos de cooperación horizontal. Por consiguiente, el análisis de las eficiencias de un acuerdo individual de conformidad con el artículo 101, apartado 3, trata en gran parte de identificar los conocimientos técnicos y los activos complementarios que cada una de las partes aporta al acuerdo y de evaluar si las eficiencias resultantes son tales que se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3.
50. La complementariedad puede surgir de los acuerdos de cooperación horizontal de diferentes maneras. Un acuerdo de investigación y desarrollo puede combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores más económicamente y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de estos productos. Un acuerdo de producción puede permitir a las partes realizar economías de escala o de alcance que no podrían lograr individualmente.
51. Los acuerdos de cooperación horizontal que no implican la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios tienen menos probabilidades de generar mejoras de eficiencia que benefician a los usuarios. Estos acuerdos pueden reducir la duplicación de ciertos costes, por ejemplo porque se pueden eliminar ciertos costes fijos. Sin embargo, por lo general es menos probable que este ahorro de costes fijos dé lugar a beneficios para los usuarios que el ahorro de, por ejemplo, costes variables o marginales.
52. Las Directrices Generales ofrecen más orientación relativa a la aplicación por parte de la Comisión de los criterios del artículo 101, apartado 3<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

<sup>37</sup> Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización, citado en la nota a pie de página 4.

<sup>38</sup> Citadas en la nota a pie de página 17.

### **1.3. Estructura de las presentes Directrices**

53. Los capítulos siguientes establecen en primer lugar algunos principios generales para la evaluación del intercambio de información, que se aplican también a todos los tipos de acuerdos de cooperación horizontal que suponen un intercambio de información. Los capítulos subsiguientes se refieren a los distintos tipos de acuerdos de cooperación horizontal. Cada capítulo aplica al tipo específico de cooperación correspondiente el marco analítico descrito en el punto 1.2, así como los principios generales relativos al intercambio de información.

## **2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA EVALUACIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA**

### **2.1. Definición y ámbito de aplicación**

54. La finalidad de este capítulo es servir de orientación a la hora de evaluar el intercambio de información desde el punto de vista de la competencia. El intercambio de información puede revestir diferentes formas tales como compartir datos entre competidores de forma directa o a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial) o de un tercero<sup>39</sup>, o publicar la información<sup>40</sup>.
55. El artículo 101 solo puede aplicarse al intercambio de información si este establece o forma parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas.
56. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de práctica concertada se refiere a una forma de coordinación entre las empresas mediante la cual éstas, sin haber llegado nunca a la realización de un acuerdo propiamente dicho, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas<sup>41</sup>. Si no existe un acuerdo de intercambio de información, habrá que evaluar en cada caso individual si cabe concluir que hay una práctica concertada o si, por ejemplo, la divulgación periódica de la información de una empresa es una acción verdaderamente unilateral que no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Los intercambios de información a través de terceros pueden consistir, por ejemplo, en el intercambio indirecto de información a través de un organismo de investigación de mercado o mediante los proveedores o los minoristas de las partes.

<sup>40</sup> La publicación consiste en un intercambio de información estratégica entre un grupo de competidores, por ejemplo, en un sitio Internet común, o en publicaciones que implican respuestas estratégicas (y reajustes de anuncios propios) a los anuncios hechos por los competidores, que podrían ser una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands, Rec. 2009, pendiente de publicación, apartado 26; asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 y C-129/85, Wood Pulp, Rec. 1993, p. 1307, apartado 63.

<sup>42</sup> Sin embargo, cuando solo una empresa divulga la información y otra(s) empresa(s) la acepta(n), también puede existir una práctica concertada. Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados T-25/95 y siguientes, Cimenteries CB y otros/Comisión, Rec. 2000, p. II-491, apartado 1849: «[...] el concepto de práctica concertada exige efectivamente la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad [...] Este requisito se cumple cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o, al menos, con su beneplácito, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado».

57. El intercambio de información tiene lugar en diversos contextos. Hay acuerdos, decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas en virtud de los cuales se intercambia información y cuya función económica principal radica en el propio intercambio de información (por ejemplo, intercambiar cuadros de mortalidad). Por otra parte, el intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo horizontal (por ejemplo, las partes de un acuerdo de producción comparten cierta información sobre costes). La evaluación de este último tipo de intercambio de información debe realizarse en combinación con una evaluación del acuerdo de cooperación horizontal correspondiente.
58. Muy frecuentemente, el intercambio de información es beneficioso para la competencia ya que puede dar lugar, por ejemplo, a una intensificación de la competencia o a considerables mejoras de eficiencia. No obstante, cuando el intercambio de información sobre el mercado puede hacer posible que las empresas tengan conocimiento de las estrategias de mercado de sus competidores, puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia<sup>43</sup>. El resultado del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia depende de las características del mercado en el que tenga lugar (tales como la concentración, la transparencia, la estabilidad, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado de referencia haciendo que sea más propicio a la coordinación.
59. La comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar precios o repartirse los mercados o los clientes. Estos tipos de intercambios de información corren el riesgo de ser investigados y, en último término, multados en su condición de carteles<sup>44</sup>. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Estos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel<sup>45</sup>.

## **2.2. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

### *2.2.1. Principales problemas de competencia*

60. Siempre y cuando se haya establecido la existencia de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas, los siguientes apartados exponen los principales problemas de competencia derivados de los intercambios de información.

#### Resultado colusorio

---

<sup>43</sup> Véase el asunto C-7/95 P, John Deere, citado en la nota a pie de página 18, apartado 88.

<sup>44</sup> Téngase en cuenta que para concluir que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia no es necesario que exista un vínculo directo entre dicha práctica y los precios aplicados a los consumidores finales; véase el asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands, citado en la nota a pie de página 41, apartado 39.

<sup>45</sup> Según lo establecido en el apartado 9 de las presentes Directrices, aunque éstas contengan ciertas referencias a carteles, no pretenden ofrecer orientación alguna en cuanto a lo que constituye o no un cartel según lo definido por la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

61. Al aumentar la transparencia en el mercado, el intercambio de información comercialmente sensible (es decir, estratégicamente útil) puede llevar a la coordinación (es decir, alineación) del comportamiento competitivo de las empresas y dar lugar a efectos restrictivos de la competencia. Esto puede ocurrir por distintas vías:
62. Una de ellas consiste en que, a través del intercambio de información, las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, que puede llevar a un resultado colusorio en el mercado. El intercambio de información puede crear expectativas recíprocamente concordantes relativas a las incertidumbres existentes en el mercado. Sobre esta base las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación de su comportamiento competitivo, incluso sin un acuerdo explícito sobre la coordinación. Es muy probable que el intercambio de información sobre sus intenciones de conducta en el futuro permita a las empresas llegar a dicho entendimiento común. Sin embargo, la información sobre la conducta actual que revele las intenciones del comportamiento futuro también puede ser muy útil en este contexto.
63. Otra vía por la que el intercambio de información puede producir efectos restrictivos de la competencia consiste en incrementar la estabilidad interna de un resultado colusorio en el mercado. Concretamente, esto se puede hacer facilitando que las empresas implicadas controlen las desviaciones. Es decir, el intercambio de información puede hacer que el mercado sea suficientemente transparente para permitir a las empresas que intervienen en el resultado colusorio controlar de manera suficiente si otras empresas se están desviando del resultado colusorio, y así saber cuándo tomar represalias. Este mecanismo de supervisión puede consistir tanto en intercambiar datos actuales como datos antiguos. Esto puede o bien permitir que las empresas lleguen a un resultado colusorio en mercados en los que de lo contrario no lo hubieran conseguido, o bien aumentar la estabilidad de un resultado colusorio ya presente en el mercado (véase el ejemplo 3). Sin embargo, según se ha explicado anteriormente, cuando un mecanismo de supervisión forme parte de un cartel, se evaluará como parte de este y se tratará como una restricción de la competencia por el objeto.
64. Una tercera vía por la que el intercambio de información puede llevar a efectos restrictivos de la competencia es aumentando la estabilidad externa de un resultado colusorio en el mercado. Los intercambios de información que hacen que el mercado sea suficientemente transparente pueden permitir a las empresas participantes en el resultado colusorio controlar dónde y cuándo intentan introducirse en el mercado otras empresas, lo que hace posible que aquéllas se centren en éstas. Esto también puede encajar con los problemas de exclusión contraria a la competencia que se exponen a continuación. Este mecanismo de supervisión puede consistir tanto en intercambiar datos actuales como datos antiguos.

#### *Exclusión contraria a la competencia*

65. Un intercambio exclusivo de información puede dar lugar a una exclusión contraria a la competencia en el mismo mercado en el que se produce el intercambio. Esto puede ocurrir cuando el intercambio de información comercial confidencial sitúa a los competidores no participantes en el sistema de intercambio en una situación de desventaja competitiva significativa con respecto a las empresas que sí participan.

Este tipo de exclusión solo es posible si la información intercambiada es muy estratégica para la competencia y abarca una parte importante del mercado de referencia.

66. No cabe descartar que el intercambio de información pueda llevar también a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado. Por ejemplo, al obtener suficiente poder de mercado, las partes que intercambian la información en un mercado ascendente pueden subir el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, podrían incrementar los costes de sus rivales en sentido descendente, lo que podría dar lugar a una exclusión contraria a la competencia.

### 2.2.2. *Restricción de la competencia por el objeto*

67. Es particularmente probable que el intercambio de información sobre las intenciones de la conducta futura relativa a precios o cantidades<sup>46</sup> desemboque en un resultado colusorio. La información recíproca sobre tales intenciones puede permitir a los competidores llegar a un nivel común de precios más elevado sin correr el riesgo de perder cuota de mercado o de desencadenar una guerra de precios durante el período de ajuste a los nuevos precios. Además, es menos probable que este tipo de intercambio de información se haga por razones favorables a la competencia.

68. Por consiguiente, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1<sup>47</sup>. Esto también se aplica a los intercambios de información sobre conductas actuales que revelan las intenciones sobre la conducta futura y a los casos en que la combinación de diversos tipos de datos permite deducir directamente los precios o cantidades previstos en el futuro. Esto no es óbice para que pueda haber otros tipos de intercambios de información (principalmente intercambios privados individualizados entre competidores relativos a precios y cuotas de mercado) cuyo fin sea restringir la competencia en el mercado, que por lo general se considerarán restrictivos por el objeto. Estos tipos de intercambios de información corren el riesgo de ser investigados y, en último término, multados en su condición de carteles<sup>48</sup>.

### 2.2.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

69. Los efectos probables sobre la competencia de un intercambio de información (a excepción del intercambio de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro, o de otros intercambios, que se consideran restricciones de la competencia por el objeto) deben analizarse individualmente ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de factores específicos de cada asunto. La evaluación debe comparar los efectos probables del intercambio de información con

---

<sup>46</sup> La información relativa a las intenciones en cuanto a futuras cantidades puede incluir, por ejemplo, las ventas futuras, las cuotas de mercado, los territorios o las listas de clientes.

<sup>47</sup> El concepto de «precios previstos en el futuro» se ilustra en el Ejemplo 1.

<sup>48</sup> Téngase en cuenta que para concluir que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia no es necesario que exista un vínculo directo entre dicha práctica y los precios aplicados a los consumidores finales; véase el asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands, citado en la nota a pie de página 45, apartado 39.

la situación competitiva que existiría sin el intercambio de información<sup>49</sup>. Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. Los efectos restrictivos de un intercambio de información dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada.

70. Ciertas condiciones de mercado pueden hacer que sea más fácil alcanzar o mantener interna o externamente la coordinación. Los intercambios de información en estos mercados pueden tener efectos más restrictivos que en los mercados con condiciones diferentes. Sin embargo, incluso cuando las condiciones del mercado son tales que pueda ser difícil mantener la coordinación antes del intercambio, éste puede cambiar las condiciones del mercado de tal manera que la coordinación llega a ser posible después del intercambio, por ejemplo, aumentando la transparencia en el mercado, reduciendo su complejidad, limitando la inestabilidad o compensando la asimetría. Por esta razón es importante evaluar los efectos restrictivos del intercambio de información tanto en el contexto de las condiciones iniciales del mercado, como de la forma en que el intercambio de información modifica estas condiciones. Esto incluirá una evaluación de las características específicas del sistema en particular, de su finalidad y de las condiciones de acceso y participación en él, así como de la naturaleza de los datos intercambiados –pues estos pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o detallados, históricos o actuales–, la periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de los precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación<sup>50</sup>. Los siguientes elementos son pertinentes para esta evaluación.

*i) Cobertura del mercado*

71. Para que un intercambio de información tenga probablemente efectos restrictivos de la competencia apreciables, las empresas implicadas en el intercambio tienen que cubrir una parte suficientemente amplia del mercado de referencia. De lo contrario, los competidores que no participan en el intercambio de información podrían limitar cualquier comportamiento anticompetitivo de las empresas implicadas. Por ejemplo, si fijaran los precios por debajo del nivel del precio coordinado, las empresas no participantes en el sistema de intercambio de información podrían amenazar la estabilidad externa de un resultado colusorio.
72. No se puede definir de forma abstracta qué constituye «una parte suficientemente amplia del mercado» y esto dependerá de los hechos concretos de cada caso y del tipo de intercambio de información en cuestión. Sin embargo, cuando un intercambio de información se realiza en el contexto de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal y no va más allá de lo necesario para su aplicación, la cobertura del mercado por debajo de los umbrales de cuota de mercado establecidos en el correspondiente capítulo de estas Directrices, en el Reglamento de exención por categorías o de la Comunicación *de minimis*<sup>51</sup> aplicable al tipo de acuerdo en

---

<sup>49</sup> Asunto C-7/95, John Deere/Comisión, citado en la nota a pie de página , apartado 76.

<sup>50</sup> Asunto C-238/05, Asnef-Equifax, citado en la nota a pie de página 18, apartado 54.

<sup>51</sup> Citada en la nota a pie de página 31.

cuestión, no tendrá por lo general un alcance suficientemente amplio para dar lugar a efectos restrictivos de la competencia.

*ii) Características del mercado*

73. Es más probable que las empresas alcancen un resultado colusorio cuando los mercados son suficientemente transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos. Sin embargo, el intercambio de información puede también permitir que las empresas alcancen un resultado colusorio en otras situaciones de mercado en las que no podrían lograrlo sin el intercambio. De este modo, el intercambio de información puede facilitar un resultado colusorio aumentando la transparencia en el mercado, reduciendo su complejidad, limitando la inestabilidad o compensando la asimetría. En este contexto, el modo en que un intercambio de información puede afectar a la competencia no solo depende de las características iniciales del mercado en que se produce (por ejemplo la concentración, la transparencia, la estabilidad, la complejidad, etc.), sino también de cómo el tipo de información intercambiada puede cambiar esas características<sup>52</sup>.
74. Los resultados colusorios son más probables en los mercados transparentes. La transparencia puede facilitar el resultado colusorio permitiendo a las empresas llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación o aumentando la estabilidad interna y externa del resultado colusorio. El intercambio de información puede aumentar la transparencia y limitar con ello las incertidumbres sobre las variables estratégicas de la competencia (por ejemplo, precios, producción, demanda, costes etc.). Cuanto más bajo sea el nivel preexistente de transparencia en el mercado, más valor podrá tener un intercambio de información de cara a lograr un resultado colusorio. Sin embargo, es menos probable que tenga efectos negativos apreciables un intercambio de información que contribuye poco a la transparencia en un mercado que un intercambio de información que aumente perceptiblemente la transparencia. Por lo tanto, lo que determinará la probabilidad de que la información tenga efectos negativos apreciables es la combinación del nivel preexistente de transparencia y del modo en que el intercambio de información modifica este nivel. El grado preexistente de transparencia depende, entre otras cosas, del número de participantes en el mercado y de la naturaleza de las transacciones, que pueden ir de las transacciones públicas a las negociaciones bilaterales confidenciales entre compradores y vendedores. Al evaluar el cambio del nivel de transparencia en el mercado, el elemento clave estriba en identificar hasta qué punto la información disponible puede ser utilizada por las empresas para determinar las acciones de sus competidores.
75. Los oligopolios restringidos pueden facilitar un resultado colusorio en el mercado pues es más fácil que un pequeño número de empresas llegue a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controle las desviaciones. Del mismo modo, es más probable mantener un resultado colusorio con un número menor de empresas. Con más empresas involucradas en la coordinación, los beneficios de la desviación son mayores porque puede conseguirse una cuota de mercado mayor subcotizando los precios. Al mismo tiempo, los beneficios del

---

<sup>52</sup> Cabe tener en cuenta que lo que se expone a continuación no es una lista completa de las características pertinentes. El mercado puede presentar otras características importantes de cara a implantar ciertos intercambios de información.



resultado colusorio son menores porque cuando hay más empresas la proporción de los beneficios del resultado colusorio disminuye. Es más probable que los intercambios de información en estos mercados causen efectos negativos apreciables ya que, al incrementar la transparencia o modificar el entorno del mercado de otra manera (véase más adelante), pueden facilitar la coordinación y la supervisión entre un número de empresas mayor del que sería posible sin los intercambios.

76. Puede resultar difícil para las empresas llegar a un resultado colusorio en un entorno de mercado complejo. Sin embargo el intercambio de información puede simplificar este entorno. Por lo general, en un entorno de mercado complejo, se necesita un mayor intercambio de información para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controlar las desviaciones. Por ejemplo, puede ser más fácil establecer un resultado colusorio para el precio de un único producto homogéneo, que para centenares de precios en un mercado con muchos productos diferentes. Sin embargo, es posible que, para eludir las dificultades de llegar a un resultado colusorio para un gran número de precios, las empresas puedan intercambiar información para establecer normas simples de fijación de precios (por ejemplo, umbrales de precios).
77. Es más probable llegar a un resultado colusorio si las condiciones de la oferta y la demanda son relativamente estables<sup>53</sup>. En un marco inestable puede ser difícil que una empresa sepa si sus ventas perdidas se deben a un bajo nivel global de la demanda o a que un competidor oferta unos precios particularmente bajos, y por lo tanto es difícil mantener un resultado colusorio. En este contexto, la demanda volátil, el importante crecimiento interno de algunas empresas en el mercado, o la entrada frecuente de nuevas empresas, pueden indicar que la situación actual no es suficientemente estable para que la coordinación sea probable<sup>54</sup>. En algunas situaciones, el intercambio de información puede tener como fin incrementar la estabilidad en el mercado, facilitando así un resultado colusorio en el mercado. Además, en los mercados en los que la innovación es importante, la coordinación puede resultar más difícil puesto que las innovaciones particularmente importantes pueden permitir que una empresa consiga una ventaja importante sobre sus rivales. Para que un resultado colusorio sea sostenible, las reacciones de terceros, tales como los competidores actuales y futuros que no participan en la coordinación, así como de los clientes, no deben poder comprometer los frutos esperados del resultado colusorio. En este contexto, la existencia de obstáculos a la entrada hace más probable que un resultado colusorio en el mercado sea viable y sostenible.
78. Un resultado colusorio es más probable cuando el mercado presenta estructuras simétricas. Cuando las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc., es más probable que lleguen a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación. Sin embargo, el intercambio de información también puede permitir la existencia de un resultado colusorio si el mercado presenta estructuras más heterogéneas. El intercambio de información puede hacer que las empresas sean conscientes de sus

---

<sup>53</sup> Véase el asunto T-35/92, John Deere/Comisión, Rec. 1994, p. II-957, apartado 78.

<sup>54</sup> Véase la Decisión de la Comisión nº 92/157/CEE en el asunto IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, DO L 68 de 13.3.1992, p. 19, considerando 51, y el asunto T-35/92, John Deere/Comisión, citado en la nota a pie de página 53, apartado 78. Téngase en cuenta que no es necesario crear una absoluta estabilidad ni tampoco excluir una competencia intensa.

diferencias y ayudarles a concebir medios para adecuarse a su heterogeneidad en el contexto de la coordinación.

79. La estabilidad de un resultado colusorio también depende del descuento de los beneficios futuros por parte de las empresas. Cuanto más valor concedan las empresas a los beneficios actuales que pueden obtener subcotizando los precios en comparación con los que obtendrían gracias al resultado colusorio, menos probable es que puedan llegar a un resultado colusorio.
80. El resultado colusorio es más probable entre empresas que continuarán operando durante mucho tiempo en el mismo mercado ya que estarán más comprometidas con la coordinación. Si una empresa sabe que interactuará con otras durante mucho tiempo, tendrá más incentivos para alcanzar el resultado colusorio porque el flujo de beneficios futuros del resultado colusorio valdrá más la pena que el beneficio que podría obtener a corto plazo si se desviara.

*iii) Características de la información intercambiada*

Información comercial confidencial

81. El intercambio entre competidores de datos comerciales confidenciales, es decir, estratégicamente útiles, tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otros tipos de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia si reduce la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, planes, inversiones, tecnologías y programas y resultados de la I+D. Generalmente, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda. Sin embargo, si las empresas compiten en I+D, son los datos tecnológicos los que pueden ser más estratégicos para la competencia. La utilidad estratégica de los datos también depende de la manera en que se presentan y de su antigüedad.

Datos públicos/no públicos

82. Por lo general no es probable que los intercambios de información verdaderamente pública constituyan una infracción del artículo 101<sup>55</sup>. La *información verdaderamente pública* es aquella a la que todo el mundo tiene acceso fácilmente (es decir, sin coste). Incluso aunque los datos sean de «dominio público» como se suele decir, no son verdaderamente públicos si los costes que entraña la obtención de los datos desalientan de manera suficiente a otras empresas y compradores de obtenerlos. Para que la información sea verdaderamente pública, su obtención no debe ser más costosa para los compradores y las empresas no participantes en el sistema de intercambio que para las empresas que intercambian la información. La posibilidad de obtener la información en el mercado, por ejemplo, de los clientes, no

---

<sup>55</sup> Asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 y T-214/98, Atlantic Container Line (TACA), Rec. 2003, p. II-3275, apartado 1154. Puede que esto no sea así si el intercambio sirve de base para un cartel.

significa necesariamente que esa información consista en datos comerciales fácilmente accesibles para los competidores<sup>56</sup>.

83. Incluso aunque los datos estén disponibles al público (por ejemplo, información publicada por los reguladores), la existencia de un intercambio de información adicional por los competidores puede restringir la competencia. En este caso, es la información adicional la que es vital para inclinar el equilibrio de mercado hacia el resultado colusorio.

#### Intercambio público/no público de información

84. Un *intercambio de información* es verdaderamente público si los datos intercambiados son igualmente accesibles para todos los competidores y compradores. El hecho de que la información se intercambie en público puede disminuir la probabilidad de un resultado colusorio en el mercado siempre que los competidores no participantes en el intercambio de información, los eventuales nuevos operadores del mercado y los compradores estén en condiciones de limitar el posible efecto restrictivo de la competencia.

#### Datos agregados/individualizados

85. Los intercambios de datos verdaderamente agregados, es decir, aquellos que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa, tienen menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia que los intercambios de datos individuales de cada empresa. El intercambio de datos individualizados facilita un entendimiento común en el mercado y unas estrategias sancionadoras que permitan a las empresas integrantes de la coordinación señalar a las empresas que se desvían o se incorporan al mercado. Sin embargo, el intercambio de datos agregados también puede llevar a un resultado colusorio. Por ejemplo, los miembros de un oligopolio restringido y estable que intercambie datos agregados podrían asumir automáticamente que alguien se ha desviado del resultado colusorio al observar un precio de mercado inferior a un cierto nivel (véase el ejemplo 4).

#### Antigüedad de los datos

86. No es probable que el intercambio de datos históricos dé lugar a un resultado colusorio pues no es probable que estos datos sean indicativos de la conducta futura de los competidores o que faciliten un entendimiento común en el mercado<sup>57</sup>. Además, cuanto más antiguos sean los datos, menos útiles serán para detectar a tiempo las desviaciones y, por lo tanto, como amenaza verosímil de represalia rápida. El que los datos sean verdaderamente históricos depende de las características específicas del mercado de referencia tales como la frecuencia con que se renuevan

---

<sup>56</sup> Véanse los asuntos acumulados T-202/98 etc., Tate & Lyle/Comisión, Rec. 2001, p. II-2035, apartado 60.

<sup>57</sup> Por ejemplo, en casos anteriores, la Comisión ha considerado que el intercambio de datos de antigüedad superior a un año era histórico y no restringía la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, mientras que la información de menor antigüedad se ha considerado reciente; Decisión 92/157/CEE de la Comisión, asunto IV/31.370 — UK Agricultural Tractor Registration Exchange, citado en la nota a pie de página 54, considerando 50; Decisión 98/4/CECA de la Comisión, en el asunto IV/36.069 — Wirtschaftsvereinigung Stahl, DO L 1 de 3.1.1998, p. 10, considerando 17.

los contratos (cuando son indicativos de la frecuencia de las renegociaciones de precios). Por ejemplo, los datos pueden considerarse históricos si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los contratos en el sector (véase el ejemplo 5).

#### Frecuencia del intercambio de información

87. Los intercambios frecuentes de información que facilitan tanto un mejor entendimiento común en el mercado como el control de las desviaciones aumentan los riesgos de resultado colusorio. Así pues, en los mercados con contratos a largo plazo (que son indicativos de una escasa frecuencia de las renegociaciones de precios), un intercambio de información menos frecuente podría normalmente bastar para alcanzar un resultado colusorio, mientras que no bastaría en mercados con contratos a corto plazo y frecuentes renegociaciones de precios. Sin embargo, dependiendo de la estructura del mercado, cabe la posibilidad de que un intercambio aislado pueda bastar para que las empresas participantes en él concierten su comportamiento en el mercado (es decir, lleguen a un entendimiento común de los términos de la coordinación) y lleguen, de este modo, a una cooperación práctica, sustrayéndose a la competencia y a los riesgos que ésta implica<sup>58</sup>.

### **2.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

#### *2.3.1. Mejoras de la eficiencia*

88. El intercambio de información puede dar lugar a mejoras significativas de la eficiencia. La información sobre los costes de los competidores puede hacer que las empresas sean más eficientes si toman como referencia de su rendimiento las buenas prácticas del sector y elaboran sistemas internos de incentivos en esa línea.
89. Por otra parte, en ciertas situaciones el intercambio de información puede ayudar a las empresas a orientar la producción hacia mercados con una elevada demanda (por ejemplo, información sobre la demanda) o hacia empresas con costes bajos (por ejemplo, información sobre costes). La probabilidad de obtener estos tipos de eficiencias depende de las características del mercado (naturaleza de las incertidumbres, variable estratégica de la competencia, etc.). Algunas formas de intercambios de información en este contexto pueden permitir un ahorro de costes sustancial si, por ejemplo, reducen las existencias innecesarias o hacen posible una entrega más rápida de productos perecederos en las zonas con una elevada demanda y su reducción en las zonas de baja demanda (véase el ejemplo 7).
90. También el intercambio de datos sobre clientes entre empresas que operan en mercados con información asimétrica sobre aquellos puede dar lugar a eficiencias. Por ejemplo, el seguimiento de la conducta anterior de los clientes en términos de accidentes o de impago de deudas supone un incentivo para que los clientes limiten su exposición al riesgo. También permite detectar a los usuarios que suponen un menor riesgo y deben beneficiarse de precios más bajos. En este contexto, el intercambio de información también puede reducir la cautividad de clientes, induciendo así una mayor competencia. Esto se debe a que, por lo general, la información es específica de una relación y los usuarios perderían el beneficio de

---

<sup>58</sup> Véase el asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands, citado en la nota a pie de página 41, apartado 59.

esta información si cambiaran a otra empresa. Se encuentran ejemplos de este tipo de eficiencias en los sectores bancario y de seguros, que se caracterizan por intercambios frecuentes de información sobre impagos de clientes y características del riesgo.

91. El intercambio de información antigua y actual sobre cuotas de mercado puede resultar beneficioso tanto para las empresas como para los clientes ya que permite a las primeras anunciarlo a los segundos como indicio de calidad. Cuando la información sobre la calidad del producto es imperfecta, los consumidores suelen utilizar medios indirectos para obtener información sobre las calidades relativas de productos, tales como precios y cuotas de mercado (por ejemplo, los consumidores utilizan las listas de ventas para elegir un libro). Especialmente en los mercados con costes de cambio o externalidades de red, el anuncio de las cuotas de mercado proporciona un indicador serio (fidedigno) del rendimiento futuro. En este contexto un intercambio de información sobre ventas puede beneficiar tanto a las empresas como a los clientes.
92. El intercambio de información verdaderamente pública también puede beneficiar a los usuarios ayudándoles a tomar una decisión más informada (reduciendo sus costes de búsqueda). Sin embargo, para que aparezcan estos beneficios directos para el consumidor, las empresas también deben comprometerse a anunciar sus verdaderas intenciones. Esto puede suceder si las empresas interaccionan repetidamente con los usuarios<sup>59</sup>. Del mismo modo, el intercambio de información sobre precios de los insumos puede reducir los costes de búsqueda para las empresas, lo que en último término podría beneficiar a los usuarios.
93. Según se ha indicado anteriormente, es más probable que genere mejoras de eficiencia el intercambio de datos actuales y antiguos que el intercambio de información sobre las intenciones futuras. Sin embargo, en determinadas circunstancias el hecho de anunciar las intenciones futuras también podría dar lugar a mejoras de eficiencia. Por ejemplo, las empresas que conocieran de antemano quién ganará una carrera de I+D podrían evitar malgastar recursos.

### 2.3.2. *Carácter indispensable*

94. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un intercambio de información no cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3. Para tener carácter indispensable, las partes deberán probar que el tipo de los datos, la agregación, la antigüedad, la confidencialidad y la frecuencia del intercambio son de una índole tal que entraña el mínimo de riesgos indispensables para generar las mejoras de eficiencia alegadas. Por otra parte, el intercambio no debería incluir información que trascienda las variables pertinentes para alcanzar las mejoras de eficiencia. Por ejemplo, a efectos de comparación de prácticas, un intercambio de datos individualizados no sería por lo general imprescindible porque la información agregada en, pongamos por caso, cierto tipo de clasificación industrial también podría generar las mejoras de eficiencia alegadas al tiempo que entrañaría un riesgo menor de llevar a un resultado colusorio (véase el

---

<sup>59</sup> Sin embargo, no debería suponerse que un compromiso de precios con los usuarios siempre es bueno, lo que se demuestra con prácticas tales como las garantías de igualar o mejorar los precios pues estas podrían disuadir a los competidores de reducir su precio.

ejemplo 4). Por último, suele ser poco probable que el intercambio de datos futuros sea imprescindible, especialmente si se refiere a precios y cantidades.

95. Del mismo modo, también es más probable que los intercambios de información que forman parte de acuerdos de cooperación horizontal cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3, si no van más allá de lo que es imprescindible para implementar la finalidad económica del acuerdo (por ejemplo, compartir la tecnología necesaria para un acuerdo de I+D o los datos sobre costes en el contexto de un acuerdo de producción).

### 2.3.3. *Beneficio para los usuarios*

96. Las mejoras de eficiencia obtenidas por las restricciones indispensables deben transmitirse a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un intercambio de información. Cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

### 2.3.4. *No eliminación de la competencia*

97. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no pueden cumplirse si las empresas implicadas en el intercambio de información tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

## 2.4. Ejemplos

98. Intercambio de precios futuros previstos como restricción por el objeto

### Ejemplo 1

**Situación:** Una asociación de empresas de autocares del país X difunde entre sus empresas miembros información individualizada sobre los precios futuros previstos. La información contiene varios elementos, tales como el precio previsto y la ruta a la que se aplica el precio, las posibles restricciones a este precio, tales como qué usuarios pueden comprarlo, si se exige el pago por anticipado o una estancia mínima, el período durante el cual pueden venderse los billetes a ese precio (primer y último día de venta de billetes), y el tiempo durante el cual puede utilizarse para el viaje el billete a ese precio (primera y última fecha de viaje).

**Análisis:** Este intercambio de información, que tiene su origen en una decisión de una asociación de empresas, restringe la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Por otra parte, es probable que sea investigado, y, en definitiva, multado en su condición de cartel. En este caso, el intercambio de información se refiere a las intenciones de los competidores en materia de precios. Este intercambio de información es una herramienta muy eficaz para alcanzar un resultado colusorio y, por lo tanto, restringe la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Esto se debe a que las empresas pueden cambiar libremente en cualquier momento los precios anunciados si se enteran de que sus competidores se proponen aplicar unos precios más altos. Esto permite a las empresas alcanzar un mayor nivel común de precios sin incurrir en el coste que supondría perder cuota de mercado. Por ejemplo, la empresa de autocares A puede

anunciar hoy un incremento de precios en la ruta de la ciudad 1 a la ciudad 2 para los viajes a partir del mes siguiente. Como esta información es accesible a las demás empresas de autocares, la empresa A puede esperar a ver la reacción de sus competidores a este anuncio de precios. Si un competidor en la misma ruta, digamos la empresa B, iguala el incremento de precios, entonces el anuncio de A no se modificaría y probablemente entraría en vigor a continuación. Sin embargo, si la empresa B no iguala el incremento de precios, la empresa A aún podría revisar su precio. Este ajuste continuaría hasta que las empresas convergieran a un nivel de precios anticompetitivo cada vez mayor. Es improbable que este intercambio de información cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3. El intercambio de información se limita únicamente a los competidores, es decir, los clientes de las empresas de autocares no se benefician de él directamente.

99. Intercambio de precios corrientes con mejoras de eficiencia suficientes para los usuarios

#### Ejemplo 2

**Situación:** Una oficina nacional de turismo, junto con las empresas de autocares del país X, acepta difundir información sobre los precios corrientes de billetes de autocar a través de un sitio Internet accesible al público (a diferencia del ejemplo anterior, los usuarios ya pueden comprar billetes con los precios y condiciones objeto del intercambio, por lo que no son precios futuros previstos sino precios corrientes de servicios presentes y futuros). La información contiene varios elementos, tales como el precio y la ruta a los que se aplica el precio, las posibles restricciones a este precio, tales como qué usuarios pueden comprarlo, si se exige el pago por anticipado o una estancia mínima, y el tiempo durante el cual puede utilizarse para el viaje el billete a ese precio (primera y última fecha de viaje). El viaje en autocar en el país X no pertenece al mismo mercado de referencia que el viaje por avión y por tren. El mercado de referencia está concentrado, es estable y no es relativamente complejo.

**Análisis:** Este intercambio de información no constituye una restricción de la competencia por el objeto. Las empresas intercambian datos sobre precios corrientes en vez de precios futuros previstos puesto que ya están vendiendo billetes a estos precios (al contrario de la situación del ejemplo 1). Por lo tanto, no es probable que este intercambio de información constituya un mecanismo eficaz que sirva de punto focal para la coordinación. Sin embargo, dada la estructura del mercado y la naturaleza estratégica de los datos, es probable que este intercambio de información constituya un mecanismo eficaz para controlar las desviaciones de un resultado colusorio. Por lo tanto, este intercambio de información podría generar efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, en la medida en que algunos de dichos efectos pueden resultar de la posibilidad de controlar las desviaciones, es probable que las mejoras de eficiencia que se derivan del intercambio de información se transmitan a los usuarios en una medida tal que compense los probables efectos restrictivos de la competencia. Contrariamente al ejemplo 1, el intercambio de información es público y los usuarios pueden realmente comprar billetes con los precios y condiciones objeto del intercambio. Por lo tanto, es probable que este intercambio de información beneficie directamente a los usuarios al reducir sus costes de búsqueda y mejorar las posibilidades de elección, lo que también fomenta la competencia de precios. Por lo tanto, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101,

apartado 3.

100. Precios corrientes deducidos de la información intercambiada

Ejemplo 3

**Situación:** Los hoteles de lujo de la capital del país A, que constituyen un oligopolio restringido y estable que opera en un mercado no complejo y concentrado, intercambian directamente información individual sobre tasas de ocupación e ingresos reales. En este caso, la información intercambiada permite a las partes deducir directamente cuáles son sus precios corrientes reales.

**Análisis:** A menos que desvele las intenciones de la conducta futura, este intercambio de información no constituye en principio<sup>60</sup> una restricción de la competencia por el objeto porque los hoteles intercambian datos actuales y no información sobre cantidades o precios futuros previstos. Sin embargo, el intercambio de información daría lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, porque sería probable que el hecho de conocer los verdaderos precios corrientes del competidor llevara a la coordinación (es decir, alineación) del comportamiento competitivo de las empresas. Muy probablemente, se utilizaría para controlar las desviaciones del resultado colusorio. El intercambio de información incrementa la transparencia en el mercado ya que, si bien los hoteles suelen publicar sus listas de precios, también ofrecen diversos descuentos sobre la lista de precios como fruto de negociaciones o de reservas con antelación o para grupos, etc. Por lo tanto, la información adicional que no se intercambia públicamente entre los hoteles es confidencial desde el punto de vista comercial, es decir, estratégicamente útil. Es probable que este intercambio lleve a un resultado colusorio porque las partes implicadas constituyen un oligopolio restringido, no complejo y estable, que participa en una relación competitiva a largo plazo (interacciones repetidas). Por otra parte, las estructuras de costes de los hoteles son en gran medida homogéneas. Finalmente, ni los usuarios ni la entrada en el mercado pueden forzar el comportamiento anticompetitivo de los operadores en liza pues los usuarios tienen poco poder de negociación y los obstáculos a la entrada son importantes. No es probable que en este caso las partes puedan demostrar mejora alguna de la eficiencia resultante del intercambio de información que beneficie a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Por lo tanto no es probable que puedan cumplirse las condiciones del artículo 101, apartado 3.

101. Beneficios resultantes de la comparación – incumplimiento de los criterios del artículo 101, apartado 3

Ejemplo 4

**Situación:** Tres grandes empresas con una cuota de mercado combinada del 80 % en un mercado estable, no complejo, concentrado y con importantes obstáculos a la entrada, intercambian directamente entre ellas, de forma no pública y frecuente, información sobre sus costes individuales, con objeto de comparar sus resultados

<sup>60</sup> Esto no es óbice para que, si se considera que este intercambio de información pretende restringir la competencia, constituya por lo general una restricción de la competencia por el objeto.



con los de sus competidores y con ello pretenden llegar a ser más eficaces.

**Análisis:** Este intercambio de información no constituye en principio una restricción de la competencia por el objeto. Por lo tanto, hay que evaluar sus efectos en el mercado. A causa de la estructura del mercado, de la presentación individualizada de los datos y de su amplia cobertura del mercado de referencia, es probable que el intercambio de información lleve a un resultado colusorio, produciendo efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. No es probable que se cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3, porque hay medios menos restrictivos de lograr las mejoras de eficiencia alegadas, por ejemplo agregando los datos en alguna forma de clasificación sectorial. En este contexto, solo debería haberse comunicado la información pertinente para identificar las mejores prácticas en cuanto a resultados. En este caso los datos individualizados pueden ser realmente contraproducentes pues hacen que los sistemas de incentivos sean sensibles a las calidades y a las crisis propias de la empresa. Finalmente, en este caso, dado que las partes forman un oligopolio restringido, no complejo y estable, incluso el intercambio de datos agregados puede llevar a un resultado colusorio si permite a las partes establecer un punto focal de coordinación.

102. Datos históricos

Ejemplo 5

**Situación:** Las empresas de un sector caracterizado por contratos a corto plazo, cuyos precios se renegocian cada tres meses, intercambian directamente datos sobre precios de tres años de antigüedad.

**Análisis:** En un contexto de renovaciones de contratos y renegociaciones de precios cada tres meses, los datos de tres años de antigüedad constituyen información histórica y no sería probable que su intercambio llevara a un resultado colusorio en el mercado que diera lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

103. Información verdaderamente pública

Ejemplo 6

**Situación:** Las cuatro empresas propietarias de todas las gasolineras del país A se comunican por teléfono los precios corrientes de la gasolina. Alegan que este intercambio de información no puede tener efectos restrictivos de la competencia porque la información es pública ya que figura en grandes paneles informativos situados en cada gasolinera.

**Análisis:** Los datos sobre precios intercambiados por teléfono no son verdaderamente públicos pues confieren a las empresas participantes una ventaja informativa mediante ahorros de costes. Los usuarios y los nuevos operadores que quieran obtener esta misma información deberían incurrir en costes sustanciales de tiempo y transporte porque tendrían que obtener la información por sí mismos yendo a las distintas gasolineras a ver los precios anunciados en los paneles. Los costes de esta actividad son potencialmente tan altos que la información solo podría obtenerse mediante el intercambio de información. Por otra parte, el intercambio es sistemático y abarca todo el mercado de referencia, que es un oligopolio restringido, no complejo y estable. Por lo tanto es probable que cree un clima de

certidumbre recíproca en cuanto a la política de fijación de precios de los competidores y por ello es probable que lleve a un resultado colusorio. Así pues, es probable que este intercambio de información dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

104. Mejor satisfacción de la demanda como mejora de la eficiencia

Ejemplo 7

**Situación:** El mercado de referencia cuenta con cinco productores de zumo fresco de zanahoria embotellado. La demanda de este producto es muy inestable y heterogénea. El zumo tiene que venderse y consumirse en el plazo de un día a partir de la fecha de producción. Los productores acuerdan crear una empresa independiente de estudio del mercado que recoja diariamente información sobre el zumo no vendido en cada punto de venta, para publicarla la siguiente semana en su sitio Internet en una forma agregada por punto de venta. Las estadísticas publicadas permiten a los productores y minoristas realizar previsiones de la demanda y colocar mejor el producto. Los productores demuestran que existe una deficiencia clara de mercado en ausencia del sistema de intercambio de información. Es decir, antes de implantar el intercambio, los minoristas perdían grandes cantidades de zumo, por lo que redujeron la cantidad de zumo comprada a los productores. Por lo tanto, debido a la aversión al riesgo de los minoristas, en algunos períodos y zonas era frecuente que la demanda quedara insatisfecha. El sistema de intercambio de información, que permitía pronosticar mejor el exceso o escasez de la oferta, redujo perceptiblemente los casos de insatisfacción de la demanda de los clientes y aumentó la demanda de zumo de los minoristas.

**Análisis:** Si bien este intercambio de información da lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, debido a la estructura concentrada del mercado y a la naturaleza estratégica de la información, es probable que se vean compensados por las mejoras de eficiencia resultantes del incremento del suministro en los lugares con gran demanda y de su disminución en los que la demanda es menor. La información se intercambia de forma pública y agregada, lo que entraña unos riesgos anticompetitivos menores que si se comunicara de forma no pública e individualizada. Por consiguiente, el intercambio de información no va más allá de lo que es necesario para corregir la deficiencia de mercado probada por las partes. Así pues, es probable que este intercambio de información cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

### 3. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

#### 3.1. Definición

105. Los acuerdos de I+D pueden variar, tanto en su forma como en su ámbito de aplicación. Pueden prever la subcontratación de algunas actividades de I+D, la mejora en común de las tecnologías existentes o una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos. Pueden tomar la forma de acuerdos de cooperación o de empresas controladas conjuntamente. Este capítulo se aplica a todas las formas de acuerdos de I+D, incluidos los acuerdos accesorios de fabricación o comercialización de los resultados

de la I+D, siempre que el acuerdo de I+D sea el componente imprescindible situado en la fase más inicial de dicha cooperación.

### 3.2. Mercados de referencia

106. Para definir el mercado de referencia al evaluar los efectos de un acuerdo de I+D es fundamental determinar los productos, las tecnologías o las actividades de I+D que ejercerán la mayor presión competitiva sobre las partes. Entre las distintas situaciones posibles, se encuentran, en un extremo, las innovaciones que pueden desembocar en un producto (o una tecnología) que va a competir en un mercado de productos (o de tecnologías) existente. Este es el caso de las actividades de I+D orientadas a mejoras o ligeras modificaciones como, por ejemplo, nuevos modelos de un producto. En esta situación, los efectos potenciales afectan al mercado de los productos existentes. En el otro extremo se sitúan las innovaciones que pueden desembocar en un producto muy novedoso que creará su propio mercado (por ejemplo, una nueva vacuna para una enfermedad incurable hasta entonces). No obstante, muchos casos se hallan entre estos dos extremos: se trata de situaciones en las cuales las actividades de innovación pueden desembocar en la puesta a punto de productos (o tecnologías) que sustituirán, a largo plazo, a productos (o tecnologías) existentes (por ejemplo, los discos compactos, que sustituyeron a los discos de vinilo). El análisis profundo de estas situaciones podría exigir un estudio de ambas cosas, es decir los mercados existentes y el impacto de los acuerdos sobre la innovación.

#### Mercados de productos existentes

107. Si la cooperación se refiere a actividades de I+D orientadas hacia la mejora de productos existentes, estos últimos, incluidos sus productos sustitutivos aproximados, constituyen el mercado de referencia afectado por la cooperación<sup>61</sup>.
108. Si las actividades de I+D tienen por objeto modificar profundamente un producto existente, o incluso lanzar un nuevo producto que sustituya productos existentes, la sustitución del producto existente puede ser imperfecta o solo producirse a largo plazo. Puede concluirse que los antiguos y los posibles nuevos productos no pertenecen al mismo mercado de referencia<sup>62</sup>. El mercado de los productos existentes puede sin embargo verse afectado si la puesta en común de las actividades de I+D puede implicar una coordinación del comportamiento de las partes como proveedores de productos existentes, por ejemplo debido al intercambio de información confidencial desde el punto de vista de la competencia relativa al mercado de productos existentes.
109. Si la I+D se refiere a un componente importante de un producto final, el mercado de referencia para la evaluación no solo será el mercado de este componente, sino también el mercado del producto final existente. Por ejemplo, si unos fabricantes de automóviles cooperan para la I+D de un nuevo tipo de motor, el mercado del

---

<sup>61</sup> Para la definición de mercado, véase la Comunicación sobre definición del mercado, citada en la nota a pie de página 5.

<sup>62</sup> Véanse también las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, DO C 101 de 27.4.2004, p. 2, apartado 33 (las «Directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología»).

automóvil puede resultar afectado por esta cooperación. Sin embargo, a efectos de la evaluación, el mercado de los productos finales solo será mercado de referencia si el componente a que se refiere la I+D es técnica o económicamente un componente esencial de estos productos finales y si las partes del acuerdo de I+D tienen poder de mercado por lo que respecta a estos productos finales.

#### Mercados de tecnologías existentes

110. La cooperación en I+D puede referirse no solo a productos sino también a tecnologías. Cuando se comercializan derechos de propiedad intelectual independientemente de los productos a los que corresponden, también debe definirse el mercado tecnológico de referencia. Los mercados de tecnologías incluyen los derechos de propiedad intelectual que se conceden bajo licencia así como las tecnologías alternativas similares, es decir, otras tecnologías que los clientes podrían utilizar como alternativa.
111. El método para definir los mercados de tecnologías se inspira en los mismos principios que el de la definición del mercado de productos<sup>63</sup>. Empezando por la tecnología comercializada por las partes, hay que determinar las otras tecnologías a las que los clientes podrían cambiar como respuesta a un aumento pequeño pero constante de los precios relativos. Una vez determinadas las tecnologías, las cuotas de mercado se pueden calcular dividiendo los ingresos por licencias generados por las partes por los ingresos totales de las licencias de todos los licenciadores.
112. La posición de las partes en el mercado de las tecnologías existentes es un criterio de evaluación pertinente cuando la cooperación en I+D pretenda mejorar radicalmente una tecnología existente o poner a punto una nueva tecnología destinada a sustituir una tecnología existente. Sin embargo, la cuota de mercado de las partes solo puede tomarse como punto de partida del análisis. En los mercados de tecnologías, debe ponerse especial énfasis en la competencia potencial. Si empresas que actualmente no dan licencias sobre su tecnología pueden entrar en el mercado de la tecnología, podrían limitar la capacidad de las partes para subir rentablemente los precios de su tecnología. Este aspecto del análisis también puede tenerse directamente en cuenta al calcular las cuotas de mercado basándolas en las ventas de los productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores del producto (véase más adelante la sección sobre el cálculo de las cuotas de mercado).

#### Competencia en la innovación (actividades de I+D)

113. La cooperación en I+D puede no afectar - o no solo - a la competencia en los mercados existentes, sino también en los mercados de la innovación y de los productos nuevos. Tal es el caso cuando la cooperación en I+D se refiere al desarrollo de nuevos productos o nuevas tecnologías que pueden - si se trata de productos o tecnologías nacientes - llegar a sustituir a los productos o tecnologías existentes o que están destinados a un nuevo uso y, por lo tanto, no sustituirán a productos o tecnologías existentes sino que crearán una demanda completamente nueva. Los efectos sobre la competencia en el ámbito de la innovación son

---

<sup>63</sup> Véase la Comunicación sobre definición del mercado, citada en la nota a pie de página 5; véanse también las Directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología, citadas en la nota a pie de página 61, apartados 19 y ss.

importantes en este tipo de situaciones, pero puede suceder que su evaluación sea insuficiente si el análisis se limita a la competencia real o potencial en los mercados de productos o tecnologías existentes. A este respecto, cabe distinguir dos situaciones, en función de la naturaleza del proceso de innovación en un sector de actividad determinado.

114. En la primera situación, existente por ejemplo en la industria farmacéutica, el proceso de innovación está estructurado de tal manera que es posible determinar en una fase inicial los polos competidores de I+D. Se entiende por polos competidores de I+D las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como los sustitutos de esta I+D, es decir la I+D dirigida a desarrollar productos o tecnologías sustitutivos de los que son objeto de la cooperación en cuestión y que sigan un calendario similar. En este caso, puede analizarse si tras el acuerdo quedará suficiente número de polos de I+D. El análisis se inicia por las actividades de I+D de las partes. Es necesario a continuación definir unos polos competidores de I+D verosímiles. Para medir la verosimilitud de los polos competidores deben tenerse en cuenta los aspectos siguientes: la naturaleza, el alcance y la importancia de otras posibles actividades de I+D, su acceso a los recursos financieros y humanos, a los conocimientos técnicos y a las patentes, otros activos específicos, su calendario y su capacidad de explotar los posibles resultados. Un polo de I+D no es un competidor verosímil si no se puede considerar que es un sustituto aproximado de la actividad de I+D de las partes desde el punto de vista, por ejemplo, del acceso a los recursos o de su calendario.
115. Además del efecto directo en la innovación propiamente dicha, la cooperación puede también afectar a un nuevo mercado de productos. A menudo será difícil analizar los efectos en ese mercado directamente ya que, por su propia naturaleza, no existe todavía. Por ello, el análisis de estos mercados estará a menudo incorporado implícitamente en el análisis de la competencia en la innovación. Sin embargo, puede ser necesario considerar directamente los efectos en dicho mercado de los aspectos del acuerdo que van más allá de la fase de I+D. Un acuerdo de I+D que incluya la producción y comercialización conjuntas en el mercado del producto nuevo puede, por ejemplo, evaluarse diferentemente que un acuerdo puro de I+D.
116. En la segunda situación, las actividades de innovación en un sector no están estructuradas de manera suficientemente clara para permitir la definición de polos de I+D. En este caso, salvo que existan circunstancias excepcionales, la Comisión no pretenderá evaluar los efectos sobre la innovación de una cooperación concreta en I+D y limitará su evaluación a los mercados de productos o tecnologías relacionados con la cooperación en cuestión.

#### Cálculo de las cuotas de mercado

117. El cálculo de las cuotas de mercado, tanto a efectos del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D<sup>64</sup> como de las presentes Directrices, debe reflejar la distinción entre los mercados existentes y la competencia en la innovación. Al principio de una cooperación en I+D, el punto de referencia es el mercado de productos que pueden mejorarse o reemplazarse por los productos en preparación. Si

---

<sup>64</sup> Citado en la nota a pie de página 3.

el acuerdo de I+D solo se propone mejorar o perfeccionar productos existentes, este mercado incluye los productos directamente afectados por la I+D. Así, las cuotas de mercado pueden calcularse sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes.

118. Si la I+D se propone sustituir un producto existente, el nuevo producto, si tiene éxito, será un sustituto de los productos existentes. Para valorar la posición competitiva de las partes, es de nuevo posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Por consiguiente, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D basa la exención de estos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia respecto de los productos susceptibles de ser mejorados o sustituidos por los productos considerados en el contrato». Para entrar en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esta cuota de mercado no puede exceder del 25 %<sup>65</sup>.
119. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Sin embargo, con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones, sobre uso gratuito de licencias cruzadas, etc. Un planteamiento alternativo consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de bienes o servicios que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores de productos. Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología licenciada<sup>66</sup>. En este mercado la cuota tampoco puede exceder del 25 % (con independencia del método de cálculo utilizado) para poder acogerse a los beneficios del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.
120. Si la I+D se propone crear un producto que suscite una demanda completamente nueva, no pueden calcularse las cuotas de mercado en función de las ventas. Solo es posible un análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia en la innovación. Por lo tanto, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D trata estos acuerdos como si fueran acuerdos entre no competidores y los exime con independencia de la cuota de mercado durante un período de siete años a partir de la primera comercialización del producto<sup>67</sup>. Sin embargo, si el acuerdo elimina la competencia efectiva en la innovación se le puede privar del beneficio de la exención por categorías<sup>68</sup>. Transcurridos siete años, pueden calcularse las cuotas de mercado

---

<sup>65</sup> Artículo 4, apartado 2, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

<sup>66</sup> Véanse también las Directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología, citadas en la nota a pie de página 62, apartado 23.

<sup>67</sup> Artículo 4, apartado 1, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

<sup>68</sup> Véanse los considerandos 19 y 20 del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

en función del valor de las ventas y se aplica el umbral de cuota de mercado del 25 %<sup>69</sup>.

### **3.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

#### *3.3.1. Principales problemas de competencia*

121. La cooperación en I+D puede restringir la competencia de diferentes maneras. Primero, puede reducir o retrasar la innovación, haciendo que llegue al mercado un número de productos menor o de peor calidad que los que llegarían en caso contrario. En segundo lugar, en los mercados de bienes o de tecnología la cooperación en I+D puede reducir perceptiblemente la competencia entre las partes ajenas al acuerdo o puede hacer que la coordinación anticompetitiva en estos mercados sea probable. Solo puede surgir un problema de exclusión del mercado en el marco de una cooperación en la que participe al menos un operador con un poder de mercado significativo (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante) en una tecnología clave y que dé lugar a una explotación exclusiva de los resultados.

#### *3.3.2. Restricciones de la competencia por el objeto*

122. Los acuerdos de I+D constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren verdaderamente a la I+D conjunta, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, mediante el empleo, por ejemplo, de prácticas prohibidas como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados. Sin embargo, un acuerdo de I+D que incluya la explotación conjunta de los posibles resultados futuros no restringe necesariamente la competencia.

#### *3.3.3. Efectos restrictivos de la competencia*

123. La mayoría de los acuerdos de I+D no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Este es el caso, en primer lugar, de muchos acuerdos de cooperación en I+D en una fase más bien inicial, muy distante de la explotación de sus posibles resultados.
124. Por otra parte, la cooperación en I+D entre no competidores no suele dar lugar a efectos restrictivos de la competencia<sup>70</sup>. Las relaciones de competencia entre las partes deben analizarse en el contexto de los mercados existentes afectados y/o de la innovación. Si las partes no pueden realizar independientemente la I+D necesaria, el acuerdo de I+D no tendrá por lo general ningún efecto restrictivo de la competencia. Esta observación puede aplicarse, por ejemplo, a las empresas que ponen en común conocimientos, tecnologías y otros recursos complementarios. La cuestión de la competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista. Por ejemplo, las partes no podrían considerarse competidoras potenciales por el mero hecho de que la cooperación les permita realizar las actividades de I+D. La cuestión

---

<sup>69</sup> Artículo 4, apartado 3, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

<sup>70</sup> Una cooperación en I+D entre no competidores puede, sin embargo, producir efectos de exclusión de conformidad con el artículo 101, apartado 1, si se refiere a una explotación exclusiva de los resultados y si se concluye entre empresas, de las cuales una tiene un grado significativo de poder de mercado (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante), respecto de una tecnología clave.

determinante consiste en saber si cada parte dispone independientemente de los medios necesarios en términos de activos físicos, conocimientos técnicos u otros recursos.

125. La externalización de la I+D previamente cautiva es una forma específica de cooperación en I+D. En esa situación, suelen realizar la I+D empresas especializadas, institutos de investigación o centros académicos que no se dedican a la explotación de los resultados. Por lo general, este tipo de acuerdos se combinan con una transferencia de conocimientos técnicos y/o una cláusula de suministro exclusivo aplicable a los eventuales resultados, que, debido a la naturaleza complementaria de las partes que cooperan en estas situaciones, no producen efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.
126. La cooperación en I+D que no incluye la explotación conjunta de los posibles resultados mediante la concesión de licencias, la producción y/o la comercialización, no suele producir efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Estos acuerdos puros de I+D solo pueden plantear un problema de competencia si ésta se reduce sensiblemente en cuanto a la innovación, dejando únicamente un número limitado de polos competidores de I+D verosímiles.
127. Solo es probable que los acuerdos de I+D den lugar a efectos restrictivos de la competencia si las partes de la cooperación tienen poder de mercado en los mercados existentes y/o se reduce sensiblemente la competencia en cuanto a la innovación.
128. No hay ningún umbral absoluto por encima del cual quepa suponer que un acuerdo de I+D crea o mantiene poder de mercado y por lo tanto es probable que dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, los acuerdos de I+D entre competidores están amparados por la exención por categorías siempre que su cuota de mercado combinada no exceda del 25 % y que se cumplan las demás condiciones de aplicación del Reglamento de exención por categorías de la I+D.
129. Los acuerdos que no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de la I+D debido a que la cuota de mercado combinada de las partes excede del 25 % no necesariamente dan lugar a efectos restrictivos de la competencia. Sin embargo, cuanto más fuerte es la posición combinada de las partes en los mercados existentes y/o más se restringe la competencia en la innovación, más probable es que el acuerdo de I+D pueda causar efectos restrictivos de la competencia.
130. Si la I+D se destina a mejorar o perfeccionar productos o tecnologías existentes, los posibles efectos derivados se refieren al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. No obstante, los efectos sobre los precios, la producción o la innovación en los mercados existentes solo son probables si las partes tienen conjuntamente una posición de fuerza, si la entrada en estos mercados es difícil y si las actividades de innovación alternativas son escasas. Además si las actividades de I+D solo afectan a un producto intermedio relativamente secundario, incluido en la composición de un producto final, los efectos sobre la competencia en este producto final serán, suponiendo que los haya, muy limitados.



131. Por regla general, debe distinguirse entre los acuerdos puros de I+D y una cooperación más amplia que abarque distintas fases de la explotación de los resultados (es decir, concesión de licencias, producción y comercialización). Según se ha indicado anteriormente, los acuerdos puros de I+D solamente producirán efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, en contadas ocasiones. Esto se aplica muy especialmente a las actividades de I+D destinadas a mejorar ligeramente los productos o tecnologías existentes. Si, en dicho caso, la cooperación en I+D contempla una explotación conjunta limitada a la concesión de licencias a terceros, no es probable que se produzcan efectos restrictivos tales como la exclusión del mercado. En cambio, si la cooperación se extiende a la producción o comercialización conjunta de los productos o tecnologías a los que se incorporarán estas ligeras mejoras, deberá ser objeto de un examen más pormenorizado. Es más probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción en los mercados existentes si en esta situación intervienen competidores potentes.
132. Si las actividades de investigación y desarrollo se consagran a la puesta a punto de un producto (o de una tecnología) totalmente nuevo que originará su propio mercado, es bastante poco probable que produzcan efectos sobre los precios y la producción en los mercados existentes. El análisis debe centrarse en las restricciones que pueden afectar a la innovación y que se refieren, por ejemplo, a la calidad y diversidad de los posibles futuros productos o tecnologías o también a la rapidez de la innovación. Estos efectos restrictivos pueden producirse cuando dos o varias de las escasas empresas que desarrollan este nuevo producto comienzan a cooperar en una fase en la que cada una ellas está a punto de lanzar este producto por su cuenta. Dichos efectos son normalmente resultado directo del acuerdo entre las partes. Incluso un acuerdo puro de I+D puede restringir la innovación. Sin embargo, por lo general es improbable que la cooperación en I+D referente a productos enteramente nuevos dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a menos que solo exista un número limitado de polos alternativos de I+D verosímiles. Este principio sigue siendo válido en gran medida cuando la cooperación abarca la explotación conjunta de los resultados o incluso su comercialización conjunta. En estos casos el problema de la explotación conjunta solo puede producir efectos restrictivos de la competencia cuando entra en juego la exclusión del acceso a tecnologías fundamentales. No obstante, estos problemas no se plantearán si las partes conceden licencias que permitan a los terceros competir de manera efectiva.
133. Muchos acuerdos de I+D se encuentran en algún lugar a medio camino entre las dos situaciones antes descritas. Por lo tanto, pueden producir efectos en la innovación y tener repercusiones en los mercados existentes. Así pues, puede ser útil estudiar tanto el mercado existente como el efecto sobre la innovación para medir las posiciones combinadas de las partes, el grado de concentración de los mercados, el número de empresas e innovadores y las condiciones de entrada en los mercados. En algunos casos puede haber efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción, la innovación, la calidad del producto o de la variedad de mercados existentes y en forma de impacto negativo en la innovación mediante la ralentización del desarrollo. Por ejemplo, si competidores de peso en un mercado tecnológico existente cooperan para desarrollar una nueva tecnología que un día pueda sustituir a productos existentes, esta cooperación puede ralentizar el desarrollo de la nueva tecnología si las partes tienen poder de mercado en el mercado existente y también una posición fuerte en la I+D. Puede producirse un efecto similar

si en un mercado existente el operador principal coopera con un competidor mucho más pequeño o incluso potencial que está a punto de aparecer con un nuevo producto/tecnología que pueda poner en peligro la posición del operador principal.

134. Los acuerdos también pueden quedar fuera del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D independientemente del poder del mercado de las partes. Así sucede, por ejemplo, con los acuerdos que restringen la igualdad de acceso de una parte a los resultados de la cooperación en I+D<sup>71</sup>. El Reglamento de exención por categorías establece una excepción a esta norma general cuando se trata de institutos de investigación, centros académicos o empresas especializadas que prestan la I+D como servicio y que no participan en la explotación industrial de sus resultados<sup>72</sup>. No obstante, conviene tener en cuenta que los acuerdos que establecen derechos de acceso exclusivos, cuando entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, pueden cumplir los criterios de exención formulados en el apartado 3 de dicho artículo, en particular, cuando estos derechos de acceso exclusivos son económicamente indispensables en función del mercado, los riesgos y las considerables inversiones necesarias para poder explotar los resultados de la investigación y el desarrollo.

### **3.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

#### *3.4.1. Mejoras de eficiencia*

135. Muchos acuerdos de I+D, con o sin explotación conjunta de los posibles resultados, obtienen mejoras de eficiencia mediante la combinación de conocimientos y activos complementarios, dando así lugar a productos mejorados o nuevos y al desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez. Los acuerdos de I+D también pueden dar lugar a reducciones de costes.

#### *3.4.2. Carácter indispensable*

136. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de I+D no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Las restricciones enumeradas en el artículo 5 del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D pueden reducir la probabilidad de concluir que se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3, tras una evaluación individual. Por lo tanto será necesario por lo general que las partes de un acuerdo de I+D muestren que esas restricciones son indispensables para la cooperación.

#### *3.4.3. Beneficio para los usuarios*

137. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones indispensables deben beneficiar a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de I+D. En general es más probable que un acuerdo de I+D logre aumentos de eficiencia que beneficien a los usuarios si da lugar a la combinación de conocimientos y activos complementarios. Las partes de un

---

<sup>71</sup> Véase el artículo 3, apartado 3, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

<sup>72</sup> Véase el artículo 3, apartado 3, del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D, citado en la nota a pie de página 3.

acuerdo pueden, por ejemplo, tener distintas capacidades de investigación. Si, por otra parte, las cualificaciones y los activos de las partes son muy similares, el efecto más importante del acuerdo de I+D puede ser la eliminación parcial o total de la I+D de una o varias partes. Esto eliminará costes (fijos) para las partes del acuerdo pero será improbable que dé lugar a beneficios que repercutan en el consumidor. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes menos probable será que las mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 3.4.4. *No eliminación de la competencia*

138. No se cumplirán los criterios del artículo 101, apartado 3, si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos (o tecnologías) en cuestión.

#### 3.4.5. *Momento de la evaluación*

139. La evaluación de los acuerdos restrictivos en relación con el artículo 101, apartado 3, se efectúa en el contexto real en el que se producen y según los hechos de un momento determinado. La evaluación puede variar en función de cambios importantes en los hechos. La excepción contemplada en el artículo 101, apartado 3, se aplica siempre que se cumplan las cuatro condiciones de esta disposición y deja de aplicarse cuando ya no sea así. Al aplicar el artículo 101, apartado 3, de conformidad con estos principios es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 101 no puede aplicarse sin tener en cuenta esas inversiones anteriores. Así, el riesgo a que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo pueden llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del artículo 101, apartado 1, o a que cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, durante el período de tiempo necesario para recuperar la inversión. En caso de que la invención resultante de la inversión se beneficie de cualquier tipo de exclusividad concedida a las partes en virtud de normas específicas de protección de derechos de propiedad intelectual, será poco probable en general que el período de recuperación de tal inversión exceda del período de exclusividad establecido con arreglo a dichas normas.
140. En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado el acuerdo restrictivo, no puede restablecerse la situación anterior. En tales casos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de I+D en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga abandonar los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que finalice su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 101, por ejemplo porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de I+D, el acuerdo de las partes de abandonar sus propios proyectos seguirá siendo compatible con el artículo 101, aun

cuando posteriormente fracasen los proyectos de terceros. No obstante, la prohibición del artículo 101 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la I+D conjunta, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 101 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si este, debido a la posterior evolución del mercado, produce efectos restrictivos de la competencia y (ya) no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irrecuperables efectuadas con anterioridad.

### 3.5. Ejemplos

141. Impacto de la I+D conjunta en mercados de la innovación/nuevo mercado de productos

#### Ejemplo 1

**Situación:** A y B son las dos principales empresas en el mercado europeo de la fabricación de componentes electrónicos existentes. Ambas tienen una cuota de mercado del 30 %. Cada una de ellas ha realizado cuantiosas inversiones en las actividades de I+D necesarias para fabricar componentes electrónicos miniaturizados y ha desarrollado unos primeros prototipos. En un momento dado, acuerdan aunar sus actividades de I+D mediante la creación de una empresa en participación que complete dichas actividades y fabrique los componentes, que se venderán a las matrices para que éstas los comercialicen por separado. El resto del mercado está formado por pequeñas empresas que carecen de los recursos suficientes para llevar a cabo las inversiones necesarias.

**Análisis:** Si bien es probable que compitan con los componentes existentes en algunas áreas, los componentes electrónicos miniaturizados son esencialmente una nueva tecnología y hay que analizar los polos de la investigación orientados hacia este mercado futuro. Si la empresa en participación sigue adelante, solo habrá un camino para la tecnología de fabricación necesaria, mientras que parece probable que A y B puedan introducirse en el mercado individualmente con productos distintos. Así pues, el acuerdo reduce la variedad de productos. También es probable que la producción conjunta limite directamente la competencia entre las partes de los acuerdos y las lleve a acordar niveles de producción o de calidad u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia. Esto limitará la competencia aunque las partes comercialicen independientemente los productos. Por ejemplo, las partes podrán limitar la producción de la empresa en participación en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si hubieran decidido su producción individualmente. Asimismo, la empresa en participación también podrá aplicar a las partes un precio de transferencia más elevado, aumentando así los costes de los insumos de las partes, lo que puede dar lugar a unos precios mayores en sentido descendente. La cuota de mercado combinada de las partes en el mercado en sentido descendente existente es grande y el resto de este mercado está fragmentado. Es probable que esta situación llegue a acentuarse aún más en el nuevo mercado descendente del producto puesto que los competidores más pequeños no pueden invertir en los nuevos componentes. Por lo tanto es muy probable que la producción conjunta restrinja la competencia. Además, en el futuro es probable que el mercado de los componentes electrónicos miniaturizados evolucione hasta ser un duopolio con un alto grado de costes

comunes y un posible intercambio de información comercial confidencial entre las partes. Por lo tanto, también puede haber un grave riesgo de coordinación contraria a la competencia que desemboque en un resultado colusorio en este mercado. Así pues, es probable que el acuerdo de I+D dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Si bien el acuerdo puede dar lugar a mejoras de eficiencia consistentes en la mayor rapidez de desarrollo de una nueva tecnología, por otro lado las partes no se enfrentarán a ninguna competencia a nivel de I+D, por lo que sus incentivos para desarrollar rápidamente la nueva tecnología pueden reducirse seriamente. A pesar de que algunos de estos problemas podrían resolverse si las partes se comprometiesen a conceder a terceros en condiciones razonables licencias de los conocimientos técnicos esenciales para la fabricación de componentes miniaturizados, parece poco probable que esto solucionase todos los problemas y cumplierse las condiciones del artículo 101, apartado 3.

## Ejemplo 2

**Situación:** Una pequeña empresa A dedicada a la investigación que carece de organización propia de comercialización ha descubierto y patentado una sustancia farmacéutica basada en una nueva tecnología que revolucionará el tratamiento de una enfermedad. La empresa A celebra un acuerdo de I+D con B, gran fabricante de productos farmacéuticos que hasta el momento se han empleado en el tratamiento de esa misma enfermedad. La empresa B no tiene ninguna experiencia ni programa de I+D similares y no podría adquirir esa experiencia en el plazo adecuado. Por lo que se refiere a los productos ya existentes, la empresa B posee una cuota de mercado aproximada del 75 % en todos los Estados miembros, pero las patentes expirarán a lo largo de los cinco próximos años. Existen otros dos polos de investigación que se encuentran más o menos en la misma fase de desarrollo empleando la misma nueva tecnología básica. La empresa B realizará una inversión considerable y aportará conocimientos técnicos para el desarrollo del producto, así como acceso futuro al mercado. Se concede a la empresa B una licencia para la producción y distribución exclusivas del producto resultante durante la vigencia de la patente. Se espera que el producto pueda estar en el mercado en un plazo de cinco a siete años.

**Análisis:** Es probable que el producto pertenezca a un nuevo mercado de referencia. Las partes aportan a la cooperación recursos y capacidades complementarios, con lo que aumenta de forma sustancial la probabilidad de que el producto se comercialice. Aunque es probable que la empresa B tenga un considerable poder de mercado en el mercado existente, este poder disminuirá dentro de poco. El acuerdo no supondrá una pérdida de I+D por parte de B, pues no tiene ninguna experiencia en este ámbito de investigación, y es probable que la existencia de otros polos de investigación elimine cualquier incentivo para reducir las actividades de I+D. Es probable que los derechos de explotación durante el período restante de vigencia de la patente sean necesarios para que la empresa B lleve a cabo las inversiones considerables que se necesitan y la empresa A carece de recursos de comercialización propios. Por lo tanto, no es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Incluso si los hubiera, es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

142. Riesgo de exclusión

Ejemplo 3

**Situación:** Una pequeña empresa A dedicada a la investigación que carece de organización propia de comercialización ha descubierto y patentado una nueva tecnología que revolucionará el mercado de cierto producto para el cual hay un productor B monopolístico en todo el mundo pues ningún competidor puede competir con la tecnología actual de B. Existen otros dos polos de investigación que se encuentran más o menos en la misma fase de desarrollo empleando la misma nueva tecnología básica. La empresa B realizará una inversión considerable y aportará conocimientos técnicos para el desarrollo del producto, así como acceso futuro al mercado. Se concede a la empresa B una licencia para el uso de la tecnología durante la vigencia de la patente y dicha empresa se compromete a financiar solamente el desarrollo de la tecnología de la empresa A.

**Análisis:** Es probable que el producto pertenezca a un nuevo mercado de referencia. Las partes aportan a la cooperación recursos y conocimientos complementarios, con lo que aumenta de forma sustancial la probabilidad de que el producto se comercialice. Sin embargo, es probable que el hecho de que la empresa B se comprometa con la nueva tecnología de la empresa A pueda dar lugar a que los dos polos de investigación competidores abandonen sus proyectos pues puede ser difícil recibir financiación permanente si pierden el cliente potencial más probable para su tecnología. En esta situación, ningún competidor potencial podrá enfrentarse a la posición de monopolio de B en el futuro. Así, es probable que se considere que el efecto de exclusión del acuerdo produce efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Para beneficiarse del artículo 101, apartado 3, las partes tendrán que mostrar que la exclusividad concedida es imprescindible para lanzar la nueva tecnología al mercado.

143. Impacto de la cooperación en I+D en mercados dinámicos de productos y tecnologías

Ejemplo 4

**Situación:** Dos empresas de ingeniería que producen componentes de vehículos acuerdan crear una empresa en participación para combinar sus actividades de I+D con objeto de mejorar la producción y el rendimiento de un componente existente. Además, aúnan sus actuales divisiones de concesión de licencias de tecnología en este ámbito, si bien continuarán fabricando y vendiendo los componentes por separado. Las dos empresas poseen en el mercado europeo de fabricantes de equipos originales («OEM») unas cuotas de mercado del 15 % y el 20 %. En este mercado existen otros dos grandes competidores, además de varios programas internos de investigación llevados a cabo por grandes fabricantes de automóviles. En el mercado mundial de concesión de licencias de tecnología para estos productos, las partes poseen cuotas del 20 % y el 25 %, en términos de ingresos generados, y existen otras dos tecnologías importantes. Por lo general, el ciclo del producto para este componente es de dos a tres años. En cada uno de los cinco últimos años una de las empresas principales ha introducido una nueva versión o mejora.

**Análisis:** Habida cuenta de que ninguna de las actividades de I+D de estas empresas está destinada a la fabricación de un producto completamente nuevo, los

mercados de referencia son los de componentes ya existentes y los de concesión de licencias de la tecnología pertinente. La cuota de mercado combinada de las partes tanto en el mercado OEM (35 %) como, en especial, en el mercado tecnológico (45 %) es muy alta. Sin embargo, las partes seguirán fabricando y vendiendo por separado los componentes. Además, hay varias tecnologías competidoras que son objeto de mejoras periódicas. Por otra parte, los fabricantes de vehículos, que actualmente no conceden licencias de su tecnología, también pueden introducirse en este mercado con lo que restringirán la capacidad de las partes para elevar los precios. En el supuesto, poco probable, de que la empresa en participación restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, es probable que, en cualquier caso, cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

#### **4. ACUERDOS DE PRODUCCIÓN**

##### **4.1. Definición y alcance**

144. Los acuerdos de producción pueden variar en forma y alcance. Pueden prever que solo una de las partes o dos o más partes realicen la producción. Las empresas pueden producir conjuntamente mediante una empresa en participación, es decir, una empresa controlada conjuntamente que opera una o varias instalaciones de producción, o mediante una forma menos rígida de cooperación para la producción tal como los acuerdos de subcontratación en los que una parte (el «contratista») encarga a otra (el «subcontratista») la producción de un bien.
145. Hay diversos tipos de acuerdos de subcontratación. Los acuerdos horizontales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en el mismo mercado de producto con independencia de si son competidores reales o potenciales. Los acuerdos verticales de subcontratación se celebran entre empresas que operan en niveles diferentes del mercado.
146. Los acuerdos horizontales de subcontratación abarcan los acuerdos de especialización unilaterales y recíprocos así como los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción. Los acuerdos unilaterales de especialización son acuerdos entre dos partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales una de ellas acuerda cesar total o parcialmente la producción de ciertos bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte, que acepta producir y suministrar esos productos. Los acuerdos de especialización recíproca, son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a cesar o abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a suministrárselos. En el caso de los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción el contratista encarga al subcontratista la producción de un bien, mientras que el contratista no cesa o no limita al mismo tiempo su propia producción del bien.
147. Las presentes Directrices se aplican a todas las formas de acuerdos de producción conjunta y a los acuerdos horizontales de subcontratación. Si se cumplen ciertas condiciones, los acuerdos de producción conjunta así como los acuerdos de

especialización unilaterales y recíprocos pueden acogerse al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización<sup>73</sup>

148. Los acuerdos verticales de subcontratación no están cubiertos por las presentes Directrices sino que entran en el ámbito de aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales<sup>74</sup> y, si se cumplen ciertas condiciones, pueden acogerse al Reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales<sup>75</sup>. Además, pueden entrar en el ámbito de aplicación de la Comunicación sobre subcontratación<sup>76</sup>.

#### **4.2. Mercados de referencia**

149. Para evaluar la relación de competencia entre las partes que cooperan, hay que definir en primer lugar el mercado o mercados de referencia afectados directamente por la cooperación para la producción, es decir, los mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo de producción.
150. Un acuerdo de producción también puede tener efectos indirectos en mercados adyacentes del mercado afectado directamente por la cooperación, por ejemplo en mercados ascendentes o descendentes (los llamados «mercados afectados indirectamente»)<sup>77</sup>. Es probable que los mercados afectados indirectamente sean mercados de referencia si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en el mercado afectado indirectamente.

#### **4.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

##### *4.3.1. Principales problemas de competencia*

151. Los acuerdos de producción, y en especial las empresas en participación para la producción, pueden llevar a las partes a acordar directamente los niveles y la calidad de la producción, el precio al que la empresa en participación vende sus productos u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia. Esto puede restringir la competencia incluso si las partes comercializan los productos independientemente y, por lo tanto, compiten en el mercado en sentido descendente.
152. Los acuerdos de producción también pueden dar lugar a que las partes coordinen su comportamiento competitivo como proveedores, lo que llevaría a precios más altos y a una menor producción, innovación, calidad o variedad de productos, es decir, a un resultado colusorio. Esto puede suceder si el acuerdo de producción incrementa los costes comunes de las partes en un grado tal que les permite llegar a un resultado colusorio, o si el acuerdo entraña un intercambio de información comercial confidencial que pueda llevar a un resultado colusorio.

---

<sup>73</sup> Citado en la nota a pie de página 4.

<sup>74</sup> Citadas en la nota a pie de página 9.

<sup>75</sup> Citado en la nota a pie de página 8.

<sup>76</sup> Comunicación sobre el examen de determinados acuerdos de subcontratación en relación con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE (DO C 1 de 3.1.1979, p. 2).

<sup>77</sup> Según se menciona también en el artículo 2, apartado 4, del Reglamento de concentraciones, citado en la nota a pie de página 1.



153. Los acuerdos de producción pueden además llevar a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado (por ejemplo, el mercado en sentido descendente que se basa en insumos procedentes del mercado en el que está vigente el acuerdo de producción). Por ejemplo, al lograr un poder de mercado suficiente, las partes que se dedican a la producción conjunta en un nivel superior del mercado pueden subir el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, pueden aumentar los costes de sus rivales en sentido descendente y, en último término, expulsarlos del mercado. Esto a su vez aumentará el poder del mercado de las partes en sentido descendente, lo que podrá permitirles mantener unos precios superiores al nivel competitivo o perjudicar a los clientes de algún otro modo. Estos problemas de competencia pueden materializarse independientemente de que las partes del acuerdo sean competidoras en el mercado en el que tiene lugar la cooperación. Sin embargo, para que esta clase de exclusión produzca efectos contrarios a la competencia, al menos una de las partes debe tener una posición de mercado sólida en el mercado donde se evalúan los riesgos de exclusión.

#### 4.3.2. *Restricciones de la competencia por el objeto*

154. Los acuerdos de producción constituyen una restricción de la competencia por el objeto cuando no se refieren verdaderamente a la producción conjunta o a la subcontratación horizontal, sino que sirven de instrumento para incurrir en un cartel encubierto, es decir, para fijar ilegalmente los precios, limitar la producción o repartirse el mercado.
155. Generalmente, los acuerdos que implican fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado o los clientes tienen el objeto de restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Sin embargo, en el contexto de los acuerdos de producción, esto no se aplica cuando:
- las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), o
  - un acuerdo de producción que también contempla la distribución conjunta de los productos fabricados prevé la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, siempre que esto sea necesario para integrar las funciones de producción y distribución del acuerdo.

En estos dos casos es necesario evaluar si es probable que el acuerdo dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. En ambos supuestos, el acuerdo relativo a la producción o los precios no será evaluado separadamente, sino a la luz de los efectos globales del acuerdo de producción sobre el mercado.

#### 4.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

156. La probabilidad de que los posibles problemas de competencia que pueden plantear los acuerdos de producción llegue a materializarse en un caso determinado depende de las características del mercado en que se aplica el acuerdo, de la naturaleza de la cooperación y de su cobertura del mercado, así como del producto afectado. Estas

variables determinan los efectos probables de un acuerdo de producción sobre la competencia y, por ende, la aplicabilidad del artículo 101, apartado 1.

157. La probabilidad de que un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos de la competencia depende de la situación contrafactual correspondiente, es decir, la que existiría a falta del acuerdo con todas sus supuestas restricciones. Por lo tanto, no es probable que los acuerdos de producción entre empresas que compiten en los mercados en los que se registra la cooperación tengan efectos restrictivos de la competencia si la cooperación da lugar a un nuevo mercado, es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo bien o servicio, que de lo contrario no podrían haber lanzado.
158. Un acuerdo de producción puede limitar directamente la competencia entre las partes, dar lugar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia si aumenta el poder del mercado de las empresas o sus costes comunes y/o si conlleva el intercambio de información comercial confidencial. Por otra parte, no es probable que se produzca una limitación directa de la competencia entre las partes, un resultado colusorio o una exclusión contraria a la competencia si las partes del acuerdo no tienen poder de mercado en el mercado en que se evalúan los principales problemas de competencia. El poder de mercado es lo único que les puede permitir mantener rentablemente los precios por encima del nivel competitivo, o mantener rentablemente la producción, la calidad del producto o su variedad por debajo de lo que exigiría la competencia.
159. Cuando una empresa con poder de mercado coopera con un posible nuevo operador, por ejemplo, con un proveedor del mismo producto en un mercado adyacente, ya sea geográfico o de producto, el acuerdo puede aumentar potencialmente el poder de mercado de la primera. Esto puede llevar a efectos restrictivos de la competencia si la competencia real en el mercado de la primera empresa ya es escasa y la amenaza de una entrada es una fuente importante de presión competitiva.
160. Los acuerdos de producción que también implican funciones de comercialización, tales como la distribución y/o mercadotecnia conjuntas, entrañan un mayor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia que los meros acuerdos de producción conjunta. La comercialización conjunta acerca la cooperación al consumidor y generalmente implica la fijación conjunta de precios y ventas, es decir, unas prácticas que conllevan los mayores riesgos para la competencia.
161. Sin embargo, por lo general los acuerdos de comercialización que forman parte de un acuerdo de producción conjunta tienen menos probabilidades de restringir la competencia que los acuerdos que solo se refieren a la comercialización. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo integrado de producción y comercialización conjuntas, la fijación de precios de venta para los productos sujetos al acuerdo no restringe necesariamente la competencia, siempre que la fijación de precios por la empresa en participación sea necesaria para integrar las funciones de producción y comercialización del acuerdo de cooperación. Del mismo modo, cuando las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), el acuerdo no es necesariamente restrictivo de la competencia y

tendrá que analizarse a la luz de sus efectos globales en el mercado para determinar la aplicabilidad del artículo 101, apartado 1.

#### Poder de mercado

162. No es probable que un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos de la competencia si las partes del acuerdo no tienen poder de mercado en el mercado en el que se evalúa una restricción de la competencia. El punto de partida para el análisis del poder de mercado es la cuota de mercado de las partes. A continuación, se analizará por lo general el coeficiente de concentración y el número de operadores así como otros factores dinámicos tales como el acceso potencial al mercado y la evolución de las cuotas de mercado.
163. Es improbable que las empresas tengan poder de mercado por debajo de cierto nivel de cuota de mercado. Por lo tanto, los acuerdos de especialización unilaterales o recíprocos y los acuerdos de producción conjunta que incluyan algunas funciones de comercialización integradas tales como la distribución conjunta, están amparados por la exención por categorías si se concluyen entre partes cuya cuota de mercado conjunta no exceda del 20 % en el mercado o mercados de referencia, siempre que se cumplan las demás condiciones para la aplicación del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización<sup>78</sup>. Sin embargo, si la cuota de mercado conjunta de las partes excede del 20 %, hay que analizar los efectos restrictivos pues el acuerdo no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías.
164. Una cuota de mercado moderadamente más elevada que la permitida en el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización no implica necesariamente un mercado altamente concentrado, que constituye un factor importante de la evaluación. Una cuota de mercado conjunta de las partes ligeramente superior al 20 % puede existir en un mercado con una concentración moderada. En general, la probabilidad de que un acuerdo de producción ocasione efectos restrictivos de la competencia en un mercado concentrado es mayor que en un mercado que no lo está. Del mismo modo, un acuerdo de producción en un mercado concentrado puede aumentar el riesgo de resultado colusorio incluso si las partes solo tienen una cuota de mercado conjunta moderada.
165. Aun cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo y la concentración del mercado sean elevadas, los riesgos de efectos restrictivos de la competencia pueden seguir siendo bajos si el mercado es dinámico, es decir, si el acceso al mercado y las posiciones en el mismo cambian frecuentemente.
166. Al analizar si las partes de un acuerdo de producción tienen poder de mercado, es importante tener en cuenta el número y la intensidad de las relaciones (por ejemplo, otros acuerdos de cooperación) entre los competidores presentes en el mercado.
167. Factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una

---

<sup>78</sup> Citado en la nota a pie de página 4.

fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia

Limitación directa de la competencia entre las partes

168. La competencia entre las partes de un acuerdo de producción puede limitarse directamente de diferentes maneras. Las partes de una empresa en participación de producción pueden, por ejemplo, limitar la producción de dicha empresa en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente. Otro ejemplo sería el de una empresa en participación que aplique a las partes un precio de transferencia elevado, aumentando así los costes de entrada para las partes, lo que puede dar lugar a unos precios más altos en sentido descendente. Puede que resulte rentable para los competidores aumentar sus precios como respuesta, lo que contribuirá a incrementar los precios en el mercado de referencia.

Costes comunes

169. Es probable que un acuerdo de producción entre partes que tengan poder de mercado produzca efectos restrictivos de la competencia si aumenta sus costes comunes (es decir, la proporción de los costes en común) a un nivel tal que les permita incurrir en un resultado colusorio. Los costes pertinentes son los costes variables del producto con el que compiten las partes del acuerdo de producción.
170. Es más probable que un acuerdo de producción lleve a un resultado colusorio si antes del acuerdo las partes ya tenían en común una proporción elevada de los costes variables, pues el incremento adicional (es decir, los costes de producción del bien objeto del acuerdo) puede inclinar la balanza hacia un resultado colusorio. Por el contrario, si el incremento es amplio, el riesgo de resultado colusorio puede ser elevado incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes fuera bajo.
171. Los costes comunes aumentan el riesgo de resultado colusorio solamente cuando los costes de producción representan una proporción importante de los costes variables afectados. Este no es el caso, por ejemplo, cuando la cooperación se refiere a productos cuya comercialización es costosa. Un ejemplo serían los productos nuevos o heterogéneos cuya comercialización es costosa o con altos costes de transporte.
172. Otra situación en la que los costes comunes pueden llevar a un resultado colusorio se presenta cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente. Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente. Esto debilitaría la competencia descendente y probablemente llevaría a unos precios finales más altos. El beneficio se trasladaría de la fase descendente a la ascendente para compartirlo a continuación en cooperación mediante la empresa en participación.
173. Del mismo modo, los costes comunes incrementan los riesgos para la competencia derivados de un acuerdo horizontal de subcontratación cuando el insumo que el contratista compra al subcontratista supone una gran proporción de los costes variables del producto final con el que compiten las partes.

## Intercambio de información

174. Los efectos negativos resultantes del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo. Un acuerdo de producción puede generar efectos restrictivos de la competencia si implica un intercambio de información comercial estratégica que pueda llevar a un resultado colusorio o a una exclusión contraria a la competencia. La probabilidad de que el intercambio de información en el contexto de un acuerdo de producción produzca efectos restrictivos de la competencia debe evaluarse según la orientación que figura en el capítulo sobre los principios generales para la evaluación del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia.
175. Si el intercambio de información no va más allá del intercambio de datos necesarios para la producción conjunta de los bienes objeto del acuerdo de producción, incluso aunque el intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, las probabilidades de que el acuerdo cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, serán mayores que si el intercambio va más allá de lo necesario para la producción conjunta. En este caso es probable que las mejoras de eficiencia derivadas de la producción conjunta compensen los efectos restrictivos producidos por la coordinación de la conducta de las partes. Inversamente, en el contexto de un acuerdo de producción es menos probable que el intercambio de datos que no son necesarios para la producción conjunta, por ejemplo el intercambio de información sobre precios y ventas, cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

### **4.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

#### *4.4.1. Mejoras de eficiencia*

176. Los acuerdos de producción pueden ser beneficiosos para la competencia si procuran mejoras de eficiencia en forma de ahorro de costes o de mejores tecnologías de producción. Mediante la producción conjunta, las empresas pueden ahorrar costes que de lo contrario deberían soportar dos veces. Asimismo, pueden producir a menor coste si la cooperación les permite aumentar la producción en caso de que los costes marginales disminuyan con la producción, es decir, mediante economías de escala. La producción conjunta también puede ayudar a que las empresas mejoren la calidad del producto si aúnan sus capacitaciones y conocimientos técnicos complementarios. La cooperación puede además hacer posible que las empresas aumenten su gama de productos de una manera tal que no habrían podido permitirse o lograr si aquella no hubiera existido. Si bien la producción conjunta posibilita a las partes aumentar el número de tipos diferentes de productos, también les puede proporcionar un ahorro de costes mediante economías de alcance.

#### *4.4.2. Carácter indispensable*

177. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de producción no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Por ejemplo, por lo general no se considerarán indispensables las restricciones de la conducta competitiva de las partes por lo que se refiere a la producción fuera de la cooperación impuestas en un acuerdo de producción. Del mismo modo, no se considerará que la fijación conjunta de precios

es indispensable si el acuerdo de producción tampoco implica la comercialización conjunta.

#### 4.4.3. *Beneficio para los usuarios*

178. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los usuarios en forma de precios menores o de mejor calidad o variedad del producto en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de los criterios del artículo 101, apartado 3. Si las partes del acuerdo de producción logran un ahorro de sus costes variables es más probable que los transmitan a los usuarios que si reducen sus costes fijos. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 4.4.4. *No eliminación de la competencia*

179. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si se ofrece a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

### 4.5. Ejemplos

180. Creación de un nuevo mercado – análisis contrafactual

#### Ejemplo 1

**Situación:** Dos empresas A y B producen y comercializan conjuntamente un producto que ninguna de ellas podría haber producido y comercializado individualmente.

**Análisis:** Aunque fijen la cantidad y/o el precio del nuevo producto, no hay ninguna restricción de la competencia porque el mercado no existiría sin la cooperación.

181. Costes comunes y resultado colusorio

#### Ejemplo 2

**Situación:** Dos proveedores A y B de un producto X deciden cerrar sus antiguas instalaciones de producción existentes y construir una instalación de producción mayor, moderna y más eficaz dirigida por una empresa en participación, que tendrá una capacidad superior a la capacidad total de las viejas plantas de A y B. Los competidores, que utilizan sus instalaciones a plena capacidad, no planean ninguna inversión semejante. A y B tienen unas cuotas de mercado del 20 % y el 25 % respectivamente. Sus productos son los sustitutos más aproximados en un segmento específico del mercado, que está concentrado. El mercado está bastante estancado, no hay ninguna entrada y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo de los años. Los costes de producción constituyen la parte principal de los costes variables de A y B correspondientes a X, es decir, los costes de comercialización de

X son pequeños (los costes de comercialización son bajos ya que el producto es homogéneo y está asentado, los costes de transporte no son significativos).

**Análisis:** Es probable que la empresa en participación de producción de A y B dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, en el mercado de X debido al poder de mercado de A y B existente con anterioridad, a la estrecha sustituibilidad de sus productos y a los costes comunes. Sin embargo, la sustitución de dos antiguas instalaciones de producción más pequeñas por una mayor, moderna y más eficaz puede llevar a la empresa en participación a aumentar la producción a precios más bajos en beneficio de los usuarios. No obstante, el acuerdo de producción solo podrá cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3, si las partes proporcionan pruebas justificadas de que las mejoras de eficiencia beneficiarán a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

182. Relaciones entre competidores y resultado colusorio

Ejemplo 3

**Situación:** Dos proveedores, A y B, forman una empresa en participación de producción del producto Y. En el mercado de Y, la cuota de mercado tanto de A como de B es del 15 %. Hay otros 3 operadores en el mercado: C con una cuota de mercado del 30 %, D con un 25 % y E con el 15 %. B ya posee una planta de producción conjunta con D.

**Análisis:** El mercado se caracteriza por la presencia de muy pocos operadores y unas estructuras bastante simétricas. La cooperación entre A y B añadirá una relación adicional en el mercado, aumentando de hecho la concentración en él, pues también vinculará a D con A y B. Es probable que esta cooperación aumente el riesgo de resultado colusorio y con ello la probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Los criterios del artículo 101, apartado 3, solo podrán cumplirse si existen mejoras de eficiencia importantes.

183. Exclusión contraria a la competencia en un mercado descendente

Ejemplo 4

**Situación:** A y B crean una empresa en participación para la producción íntegra del producto intermedio X. Los costes de producción de X suponen un 70 % de los costes variables del producto final Y con el que A y B compiten en sentido descendente. Tanto A como B tienen una cuota del 20 % en el mercado de Y, el acceso al mismo es limitado y las cuotas de mercado se han mantenido estables a lo largo de los años. Además de abarcar su propia demanda de X, tanto A como B tienen una cuota de mercado del 40 % en el mercado comercial de X. Hay importantes obstáculos a la entrada en el mercado de X y los productores existentes están operando prácticamente a su capacidad máxima. En el mercado de Y hay otros dos proveedores importantes, cada uno con una cuota de mercado del 15 %, y varios competidores más pequeños. Este acuerdo genera economías de escala.

**Análisis:** En virtud de la empresa en participación de producción, A y B podrán controlar en gran parte los suministros del insumo esencial X a sus competidores en el mercado de Y. Esto dará a A y a B la capacidad de aumentar los costes de sus

rivales artificialmente, incrementando el precio de X o reduciendo la producción. Esto puede excluir a los competidores de A y B en el mercado de Y. Debido a la probable exclusión contraria a la competencia en sentido descendente, es probable que este acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Es improbable que las economías de escala generadas por la empresa en participación de producción compensen los efectos restrictivos de la competencia y por lo tanto lo más probable es que este acuerdo no cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

184. Acuerdo de especialización como reparto del mercado

Ejemplo 5

**Situación:** A y B fabrican los dos productos X e Y. La cuota de mercado que A posee del producto X es del 30 % y la del producto Y es del 10 %. La cuota de mercado que B posee del producto X es del 10 % y la del producto Y es del 30 %. Para obtener economías de escala celebran un acuerdo recíproco de especialización conforme al cual A solamente producirá X y B únicamente Y. No realizan suministros cruzados del producto entre ellos, de tal modo que A solo vende X y B vende únicamente Y. Las partes alegan que con esta especialización ahorran costes gracias a las economías de escala y que, al centrarse solamente en un producto, mejorarán sus tecnologías de producción, lo que redundará en una mejor calidad de los productos.

**Análisis:** Por lo que se refiere a sus efectos sobre la competencia en el mercado, este acuerdo de especialización es casi un cartel especialmente grave por el que las partes se reparten el mercado. Así pues, este acuerdo restringe la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Como las eficiencias alegadas, consistentes en economías de escala y mejora de la tecnología de producción, dependen únicamente del reparto del mercado, es improbable que compensen los efectos restrictivos, y por lo tanto el acuerdo no cumplirá los criterios del artículo 101, apartado 3. En cualquier caso, si A o B creen que es más eficaz centrarse solamente en un producto, pueden limitarse a tomar la decisión unilateral de producir solo X o Y sin acordar al mismo tiempo que la otra empresa se centre en fabricar el otro producto.

El análisis sería diferente si A y B se suministraran recíprocamente el producto en el que se centran de tal modo que ambas sigan vendiendo X e Y. En tal caso A y B aún podrían competir en el precio en ambos mercados, especialmente si los costes de producción (que pasan a ser comunes debido al acuerdo de producción) no constituyeran una parte importante de los costes variables de sus productos. En este contexto, los costes pertinentes son los de comercialización. Por lo tanto, no sería probable que el acuerdo de especialización restringiera la competencia si X e Y fueran en buena medida productos heterogéneos cuyos costes de comercialización y distribución representaran una proporción elevada de los costes totales (por ejemplo, el 65-70 % o más). En ese supuesto, los riesgos de resultado colusorio no serían altos y los criterios del artículo 101, apartado 3, podrían cumplirse, siempre que las mejoras de eficiencia beneficiaran a los usuarios en una medida que compensara los efectos restrictivos de la competencia producidos por el acuerdo.

185. Competidores potenciales

Ejemplo 6



**Situación:** A fabrica el producto final X y B el producto final Y. X e Y constituyen dos mercados de producto separados, en los que A y B tienen respectivamente un fuerte poder de mercado. Ambas empresas utilizan Z como insumo para su producción de X e Y, y ambas producen Z solamente para una utilización interna. X es un producto de bajo valor añadido para el cual Z es un insumo esencial (X es una transformación bastante sencilla de Z). Y es un producto de alto valor añadido, para el cual Z es uno de los múltiples insumos (Z representa una pequeña parte de los costes variables de Y). A y B acuerdan producir conjuntamente Z, lo que genera unas economías de escala modestas.

**Análisis:** A y B no son competidores reales por lo que se refiere a X, Y o Z. Sin embargo, puesto que X es una transformación sencilla del insumo Z, es probable que B pudiera acceder fácilmente al mercado de X, compitiendo por lo tanto con la posición de A en ese mercado. El acuerdo de producción conjunta de Z podría reducir los incentivos de B para acceder a ese mercado pues la producción conjunta podría utilizarse para pagos marginales y limitar la probabilidad de que B venda el producto X (pues es probable que A controle la cantidad de Z comprada por B a la empresa en participación). Sin embargo, la probabilidad de que B entre en el mercado de X a falta del acuerdo depende de la rentabilidad que espere obtener de su entrada. Como X es un producto de escaso valor añadido, la entrada podría no ser rentable por lo que la entrada de B sería poco probable si no existiera el acuerdo. Dado que A y B ya tienen poder de mercado, es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, si el acuerdo disminuye realmente la probabilidad de que B se introduzca en el mercado de A, es decir, en el mercado del producto X. Las mejoras de eficiencia consistentes en las economías de escala generadas por el acuerdo son pequeñas y por lo tanto no es probable que compensen los efectos restrictivos de la competencia.

186. Intercambio de información en un acuerdo de producción

Ejemplo 7

**Situación:** Las empresas A y B, que tienen un elevado poder de mercado, deciden producir conjuntamente para ser más eficaces. En el marco de este acuerdo intercambian secretamente información sobre sus precios futuros. El acuerdo no contempla la distribución conjunta.

**Análisis:** Este intercambio de información hace que el resultado colusorio sea probable y por lo tanto es probable que restrinja la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. No es probable que cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, porque el intercambio de información sobre los precios futuros de las partes no es imprescindible para producir conjuntamente y lograr el ahorro de costes correspondientes.

187. Acuerdo de intercambio e intercambio de información

Ejemplo 8

**Situación:** A y B producen Z, un producto químico básico homogéneo que se fabrica según una norma europea que no permite ninguna variación del mismo. Los costes de producción son un factor significativo del coste de Z. A tiene una cuota de mercado del 20 % y B del 25 % en el mercado comunitario de Z. Hay otros cuatro

fabricantes en este mercado, con unas cuotas de mercado respectivas del 20 %, 15 %, 10 % y 10 %. La instalación de producción de A está situada en el Estado miembro X en el norte de Europa mientras que la instalación de producción de B está situada en el Estado miembro Y en el sur de Europa. Aunque la mayoría de los clientes de A están situados en el norte de Europa, también tiene varios clientes en el sur de Europa. Lo mismo le sucede a B, que tiene varios clientes en Europa del norte. Actualmente, A suministra a sus clientes del sur de Europa el Z fabricado en su instalación sita en X y lo transporta al norte de Europa en camión. A su vez, B suministra a sus clientes del norte de Europa el Z producido en Y, y lo transporta al sur de Europa también por camión. Los costes de transporte son muy altos, pero no tan altos como para que las entregas de A en el sur de Europa y las de B en el norte de Europa no sean rentables. Los costes de transporte de X al sur de Europa son más bajos que los de Y al norte del continente.

A y B deciden que sería más eficaz que A dejara de transportar Z desde X al sur de Europa y que B dejara de hacerlo desde Y al norte de Europa pero, al mismo tiempo, insisten en conservar sus clientes. Para ello, A y B se proponen firmar un acuerdo de intercambio que les permita comprar una cantidad anual acordada de Z de la planta de la otra parte con objeto de vender Z a sus clientes situados más cerca de dicha planta. Para calcular un precio de compra que no beneficie a una parte más que a la otra y que tenga debidamente en cuenta los diferentes costes de producción de las partes y los diversos ahorros en costes de transporte, y para asegurarse de que ambas partes puedan obtener un margen apropiado, acuerdan comunicarse recíprocamente sus costes principales correspondientes a Z (es decir, los costes de producción y de transporte).

**Análisis:** El hecho de que A y B, que son competidoras, intercambien ciertas partes de la producción no plantea en sí mismo problemas de competencia. Sin embargo, el acuerdo de intercambio previsto entre A y B contempla el intercambio de los costes de producción y de transporte de ambas partes por lo que se refiere a Z. Además, A y B tienen una sólida posición conjunta en el mercado bastante concentrado de un producto básico homogéneo. Por lo tanto, debido al amplio intercambio de información sobre un parámetro clave de la competencia por lo que se refiere a Z, es probable que el acuerdo de intercambio entre A y B produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, pues puede llevar a un resultado colusorio. Aunque el acuerdo dará lugar a mejoras significativas de la eficiencia en forma de ahorro de costes para las partes, las restricciones de la competencia resultantes del acuerdo no son imprescindibles para su consecución. Las partes pueden lograr un ahorro de costes similares si acuerdan una fórmula de precios que no conlleve la revelación de sus costes de producción y transporte. Por lo tanto, en su forma actual el acuerdo de intercambio no cumple los criterios del artículo 101, apartado 3.

188. Poder de mercado con cuotas de mercado bajas – no aplicación del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización

#### Ejemplo 9

**Situación:** A y B acuerdan crear una empresa en participación de producción por lo que se refiere al producto básico X, que no implica ninguna comercialización conjunta. Con este fin, A y B cerrarán sus instalaciones de producción existentes y construirán una nueva instalación de producción con más capacidad que sus plantas

existentes, reduciendo así sus costes de producción. Sin embargo, A y B podrían por sí solas construir una instalación de producción nueva, moderna y eficaz. Tanto A como B poseen una cuota de mercado del 9 %. Existe un gran número de productores más pequeños de X, cada uno con cuotas de mercado que oscilan entre el 1 % y el 5 %. Las instalaciones de todos estos productores operan a plena capacidad y no es probable que amplíen sus plantas o construyan otras nuevas en el futuro próximo a pesar de que la demanda está en aumento. Debido a la empresa en participación de producción, alrededor del 80 % de los costes pertinentes de A y B serán comunes. La clientela está fragmentada y carece de poder de negociación.

**Análisis:** A pesar de que la cuota de mercado conjunta es simplemente del 18 %, es probable que la empresa en participación de producción prevista entre A y B produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Debido a los importantes costes comunes resultantes de la empresa en participación de producción es probable que el resultado colusorio se vea facilitado. Como los demás productores son bastante pequeños y su capacidad es limitada, no podrían enfrentarse a un incremento de precios por parte de A y B. Lo mismo cabe decir de los clientes, pues la demanda carece de poder de negociación. Sin embargo, la empresa en participación de producción cumple los criterios del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización ya que, concretamente, la cuota de mercado combinada de las partes no excede del 20 %. Sin embargo en este caso la Comisión retiraría el amparo del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización pues es improbable que la empresa en participación de producción cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3. Aunque la empresa en participación de producción dé lugar a un ahorro de costes para las partes, teniendo en cuenta su poder de mercado conjunto no es probable que estas mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

## 5. ACUERDOS DE COMPRA

### 5.1. Definición

189. Este capítulo trata de los acuerdos relativos a la compra conjunta de productos. La compra conjunta puede ser realizada por una empresa controlada conjuntamente, por una empresa en la que muchas otras empresas tengan participaciones minoritarias, mediante un arreglo contractual o incluso mediante formas menos rígidas de cooperación («arreglos de compra conjunta»). Los arreglos de compra conjunta suelen tener la finalidad de crear un poder de negociación que puede dar lugar a unos precios más bajos para los usuarios. No obstante, en ciertas circunstancias, el poder de negociación también puede plantear problemas de competencia.
190. Los arreglos de compra conjunta pueden entrañar tanto acuerdos horizontales como verticales. En estos casos es necesario un análisis en dos fases. Primero, hay que evaluar los acuerdos horizontales entre las empresas que realizan compras conjuntas con arreglo a los principios descritos en las presentes Directrices. Si esta evaluación lleva a la conclusión de que el acuerdo de compra conjunta no suscita problemas de competencia, será necesaria otra evaluación para examinar los acuerdos verticales celebrados posteriormente. Esta última evaluación seguirá las normas del

Reglamento de exención por categorías y las Directrices sobre restricciones verticales<sup>79</sup>.

191. Una forma habitual de arreglos de compra conjunta es una «alianza», es decir una asociación de empresas formada por un grupo de minoristas para la compra conjunta de productos. Los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la alianza o las decisiones adoptadas por la alianza tienen que evaluarse primero como acuerdo de cooperación horizontal con arreglo a las presentes Directrices. Solo procede evaluar los acuerdos verticales subsiguientes, entre la alianza y uno de sus miembros y entre la alianza y los proveedores, en caso de que la primera evaluación no revele ningún problema de competencia. Estos acuerdos están cubiertos –si se cumplen ciertas condiciones– por el Reglamento de exención por categorías sobre restricciones verticales. No se presume que los acuerdos verticales no cubiertos por este Reglamento de exención por categorías sean ilegales sino que deben examinarse individualmente.

## **5.2. Mercados de referencia**

192. Dos son los mercados que pueden verse afectados por los arreglos de compra conjunta. En primer lugar, el mercado o mercados directamente afectados por el arreglo de compra conjunta, es decir, el mercado o mercados de compra de referencia. En segundo lugar, los mercados de venta, es decir, el mercado o mercados descendentes en los que las partes del arreglo de compra conjunta operan como vendedores.
193. La definición de mercados de compra de referencia se ajusta a los principios que figuran en la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia<sup>80</sup> y se basa en el concepto de posibilidad de sustitución, con el fin de definir las presiones competitivas. La única diferencia con relación a la definición de los «mercados de venta» es que la posibilidad de sustitución debe definirse desde el punto de vista de la oferta, y no de la demanda. Dicho de otro modo, las alternativas de los proveedores son esenciales a la hora de definir las presiones competitivas que se ejercen sobre los compradores. Estas podrían analizarse, por ejemplo, examinando la reacción de los proveedores frente a una pequeña, aunque no transitoria, disminución de los precios. Una vez definido el mercado, la cuota que en él se posea será igual al porcentaje que las compras de las partes interesadas representan con relación a las ventas totales del producto o productos comprados en el mercado en cuestión.
194. Si las partes compiten, además, en uno o varios mercados de venta, tales mercados también serán pertinentes para la evaluación. Hay que definir los mercados de venta aplicando la metodología descrita en la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia.

---

<sup>79</sup> Citados en las notas a pie de página 8 y 9.

<sup>80</sup> Citada en la nota a pie de página 5.

### **5.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

#### *5.3.1. Principales problemas de competencia*

195. Los arreglos de compra conjunta pueden producir en el mercado de la compra y/o en el mercado descendente de la venta efectos restrictivos de la competencia tales como precios mayores, reducción de la producción, calidad o variedad del producto, reparto del mercado o exclusión de otros posibles compradores contraria a la competencia.
196. Si los competidores en sentido descendente compran una parte importante de sus productos conjuntamente, sus incentivos para competir con los precios en el mercado de la venta pueden reducirse considerablemente. En caso de que las partes tengan un grado considerable de poder de mercado (que no necesariamente tiene que ser equivalente a una posición dominante) en el mercado de la venta, es probable que los menores precios de compra logrados gracias al arreglo de compra conjunta no beneficien a los usuarios.
197. Si las partes tienen un grado considerable de poder de mercado en el mercado de la compra (poder de negociación) existe un riesgo de que puedan obligar a los proveedores a reducir la gama o la calidad de los productos que producen, lo que puede producir efectos restrictivos de la competencia tales como un descenso de la calidad, un recorte de las actividades de innovación o, en último término, un suministro por debajo del nivel óptimo.
198. El poder de negociación de las partes del arreglo de compra conjunta podría utilizarse para excluir a los compradores competidores, limitando su acceso a proveedores eficientes. Esto solo es posible si hay un número limitado de proveedores y si existen obstáculos a la entrada en el mercado del suministro ascendente.
199. Sin embargo, por lo general es menos probable que los arreglos de compra conjunta planteen problemas de competencia si las partes carecen de poder de mercado en el mercado o mercados de venta.

#### *5.3.2. Restricciones de la competencia por el objeto*

200. Los acuerdos de compra constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren realmente a compras conjuntas, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, es decir, para incurrir en actividades que por lo general están prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados.
201. Los acuerdos que entrañan la fijación de precios de compra pueden tener por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1<sup>81</sup>. Sin embargo, en el contexto de los arreglos de compra, esto no es así cuando las partes de un arreglo de compra conjunta acuerdan los precios de compra que dicho acuerdo puede pagar a

---

<sup>81</sup> Véase el artículo 101, apartado 1, letra a); asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, Carne de vacuno, citado anteriormente en la nota a pie de página 21, apartados 83 y ss.; asunto C-8/08, T-Mobile Netherlands, citado en la nota a pie de página 41, apartado 37.

sus proveedores por los productos objeto del contrato de suministro. En este caso se debe evaluar si el acuerdo produce probablemente efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. En ambas situaciones el acuerdo sobre precios de compra no se evaluará por separado, sino a la luz de los efectos globales del acuerdo de compra sobre el mercado.

### 5.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

202. Los acuerdos de compra que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia. El análisis de los efectos restrictivos de la competencia generados por un acuerdo de compra debe incluir los efectos negativos en los mercados tanto de la compra como de la venta.

#### Poder de mercado

203. No existe un límite máximo absoluto por encima del cual pueda suponerse que un acuerdo de compra crea poder de mercado y es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. No obstante, en muchos casos, no es probable que exista poder de mercado si las partes del acuerdo de compra tienen una cuota de mercado conjunta inferior al 15 % en los mercados de compra y además una cuota de mercado conjunta inferior al 15 % en los mercados de venta. En cualquier caso, si las cuotas de mercado conjuntas de las partes no exceden del 15 % tanto en el mercado de las compras como en el de las ventas, es probable que el acuerdo de compra cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.
204. Una cuota de mercado que supere uno o ambos umbrales no indica automáticamente que sea probable que el acuerdo de compra produzca efectos restrictivos de la competencia. Cuando un acuerdo de compra no esté amparado por esta salvaguardia regulatoria, será necesario evaluar con detalle sus efectos en el mercado abarcando, entre otros, factores tales como la concentración del mercado y el posible poder de negociación de los proveedores fuertes.
205. En ciertas circunstancias, el poder de negociación puede causar efectos restrictivos de la competencia. Es probable que exista un poder de negociación contrario a la competencia si un acuerdo de compra abarca una proporción del volumen total de un mercado de compra suficientemente amplia para poder excluir del acceso al mercado a los compradores competidores. Un alto grado de poder de negociación puede afectar indirectamente a la producción, calidad y variedad de los productos en el mercado de la venta.
206. Al analizar si las partes de un arreglo de compra conjunta tienen poder de negociación, es importante tener en cuenta el número y la intensidad de las relaciones (por ejemplo, otros acuerdos de compra) entre los competidores presentes en el mercado.
207. No obstante, si quienes cooperan son compradores competidores que no operan en el mismo mercado de referencia de las ventas (por ejemplo, minoristas activos en diferentes mercados geográficos que por este motivo no pueden considerarse competidores potenciales), es improbable que el acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a menos que las partes tengan en los mercados de compra una

posición que probablemente puedan utilizar para causar un perjuicio a la posición de competencia de otros operadores en sus respectivos mercados de venta.

#### Costes comunes

208. Los acuerdos de compra pueden llevar a un resultado colusorio si facilitan la coordinación del comportamiento de las partes en el mercado de la venta, lo que puede suceder si éstas llegan a tener un alto grado de costes comunes gracias a la compra conjunta.
209. Los efectos restrictivos de la competencia son más probables si las partes del acuerdo de compra tienen en común una proporción significativa de sus costes variables en el mercado descendente de referencia. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando minoristas que operan en los mismos mercados al detalle de referencia compran conjuntamente cantidades importantes de los productos que ofrecen a la reventa. Otro tanto puede suceder si fabricantes y vendedores de un producto final que compiten entre sí adquieren conjuntamente una proporción importante de sus insumos.

#### Intercambio de información

210. La aplicación de un acuerdo de compra puede requerir el intercambio de información comercial confidencial tal como los precios de compra y los volúmenes. El intercambio de este tipo de información puede facilitar la coordinación por lo que se refiere a los precios de venta y a la producción y llevar por lo tanto a un resultado colusorio en los mercados de la venta. Los efectos indirectos del intercambio de información comercial confidencial pueden reducirse al mínimo si los datos son recopilados por una organización de compra conjunta que no transmita la información a sus miembros.
211. Cualesquiera efectos negativos resultantes del intercambio de información no se evaluarán por separado sino habida cuenta de los efectos globales del acuerdo. La probabilidad de que el intercambio de información en el contexto de un acuerdo de compra produzca efectos restrictivos de la competencia debe evaluarse según la orientación que figura en el capítulo sobre los principios generales para la evaluación del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia. Si el intercambio de información no va más allá del intercambio de datos necesarios para la compra conjunta de los productos objeto del acuerdo de compra, incluso aunque el intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, la probabilidad de que el acuerdo cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3, es mayor que si el intercambio va más allá de lo necesario para la compra conjunta.

### **5.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

#### *5.4.1. Mejoras de eficiencia*

212. Los acuerdos de compra pueden dar lugar a mejoras significativas de la eficiencia. En particular, los acuerdos de compra pueden generar ahorros de costes tales como precios de compra más bajos o menores costes de transacción, transporte y almacenamiento, lo que hace posible obtener economías de escala.

#### 5.4.2. *Carácter indispensable*

213. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de compra no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. En determinados casos, la obligación de comprar exclusivamente en el marco de la cooperación puede ser indispensable para llegar al volumen necesario para conseguir las economías de escala. No obstante, tal obligación debe evaluarse en el contexto preciso de cada asunto concreto.

#### 5.4.3. *Beneficio para los usuarios*

214. Las mejoras de eficiencia generadas por las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de compra. Por lo tanto, los ahorros de costes que solo beneficien a las partes del acuerdo de compra no bastarán. Los ahorros de costes deben beneficiar a los usuarios, es decir, a los clientes de las partes, por ejemplo, en forma de precios más bajos en los mercados de venta. No es probable que los precios más bajos de compra que resultan del simple ejercicio del poder de negociación beneficien a los usuarios si los compradores tienen conjuntamente poder de mercado en los mercados de la venta, y por lo tanto no se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Por otra parte, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes en el mercado de la venta, menor es la probabilidad de que las mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

#### 5.4.4. *No eliminación de la competencia*

215. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se pueden cumplir si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esta evaluación ha de abarcar los mercados de compra y de venta.

### 5.5. **Ejemplos**

216. Compra conjunta por pequeñas empresas con cuotas de mercado conjuntas moderadas

#### Ejemplo 1

**Situación:** Ciento cincuenta pequeños minoristas celebran un acuerdo para crear una organización de compra conjunta. Están obligados a comprar un volumen mínimo a través de la organización, que supone aproximadamente el 50 % de los costes totales de cada minorista. Los minoristas pueden adquirir una cantidad superior al volumen mínimo a través de la organización y también pueden abastecerse al margen de ella. Poseen una cuota conjunta del 20 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. A y B son sus competidores principales. A tiene una cuota del 25 % tanto en el mercado de compra como en el de venta, mientras que la cuota de B es del 35 %. No hay obstáculos que impidan que los competidores más pequeños restantes creen también un grupo de compra. Los ciento cincuenta minoristas logran ahorros de costes sustanciales gracias a la compra conjunta a través de la organización de compra.



**Análisis:** Los minoristas tienen en los mercados de la compra y de la venta una posición moderada. Además, la cooperación logra algunas economías de escala. Aunque los minoristas logren un alto grado de costes comunes, no es probable que tengan poder de mercado en el mercado de la venta debido a la posición de mercado de A y B, ambos mayores que la organización de compra conjunta. Por lo tanto, no es probable que los minoristas coordinen su comportamiento y lleguen a un resultado colusorio. Así pues, no es probable que la formación de la organización de compra conjunta produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

217. Costes comunes y poder de mercado en el mercado de venta

Ejemplo 2

**Situación:** Dos cadenas de supermercados celebran un acuerdo para comprar conjuntamente unos productos que suponen cerca del 80 % de sus costes variables. En los mercados de referencia de la compra de las distintas categorías de productos, las partes tienen unas cuotas de mercado conjuntas que oscilan entre el 25 % y el 40 %. En el mercado de referencia de la venta tienen una cuota de mercado conjunta del 60 %. Existen otros cuatro minoristas importantes en el mercado, cada uno de los cuales con una cuota de mercado del 10 %. Es poco probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado.

**Análisis:** Es probable que este acuerdo de compra dé a las partes la capacidad de coordinar su comportamiento en el mercado de la venta, lo que llevaría a un resultado colusorio. Las partes tienen poder de mercado en el mercado de la venta y el acuerdo de compra da lugar a un grado considerable de costes comunes. Por otra parte, no es probable que se produzcan nuevas entradas en el mercado. Si las estructuras de costes de las partes ya son similares antes de celebrar el acuerdo, el incentivo para que coordinen su comportamiento es mayor. Además, si los márgenes de las partes son similares, aumenta aún más el riesgo de resultado colusorio. Este acuerdo también presenta el riesgo de que las partes refrenen la demanda y de que, debido a la consiguiente reducción de cantidades, se produzca un aumento de los precios de venta en el mercado descendente. Por lo tanto, es probable que el acuerdo de compra produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Aunque es muy probable que el acuerdo dé lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros de costes, debido al considerable poder de mercado de las partes en el mercado de venta, no es probable que aquellas beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Así pues, no es probable que el acuerdo de compra cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3.

218. Partes activas en mercados geográficos distintos

Ejemplo 3

**Situación:** Seis grandes minoristas, radicados cada uno en un Estado miembro diferente, forman una alianza de compra para comprar conjuntamente varios productos de marca a base de harina de trigo duro. Las partes pueden comprar al margen de la cooperación otros productos de marca similares. Por otra parte, cinco de ellos también ofertan productos similares de marcas blancas. Los miembros de la alianza de compra tienen una cuota de mercado combinada de aproximadamente el 20 % en el mercado de referencia de la compra, que es de dimensión europea. En el

mercado de la compra hay otros tres grandes operadores de tamaño similar. Cada una de las partes de la alianza de compra tiene una cuota de mercado que oscila entre el 20 % y el 40 % en los mercados nacionales de venta en los que operan. Ninguna de ellas opera en un Estado miembro en el que opere otro miembro de la alianza. Las partes no son nuevos operadores potenciales en los respectivos mercados de las demás.

**Análisis:** La alianza de compra podrá competir con los otros operadores principales existentes en el mercado de la compra. Los mercados de venta son mucho más pequeños (en volumen de negocios y dimensión geográfica) que el mercado de la compra, de dimensión europea, y en esos mercados algunos miembros de la alianza pueden tener poder de mercado. Incluso aunque los miembros de la alianza de compra tengan una cuota de mercado conjunta superior al 15 % en el mercado de la compra, no es probable que las partes coordinen su conducta y lleguen a un resultado colusorio en los mercados de la venta puesto que no son competidores reales ni potenciales en los mercados descendentes.

## 219. Intercambio de información

### Ejemplo 4

**Situación:** Tres fabricantes competidores A, B y C encargan a una organización independiente de compra conjunta la adquisición del producto intermedio Z, utilizado por las tres partes para su fabricación del producto final X. Los costes de Z no son un factor de coste significativo para la producción de X. La organización de compra conjunta no compite con las partes en el mercado de la venta de X. Toda la información necesaria para las compras (por ejemplo especificaciones de calidad, cantidades, fechas de entrega, precios máximos de compra) solo se comunica a la organización de compra conjunta y no a las demás partes. La organización de compra conjunta acuerda los precios de compra con los proveedores. A, B y C poseen una cuota conjunta del 30 % tanto en el mercado de compra como en el de venta. Tienen seis competidores en los mercados de la compra y de la venta, dos de los cuales tienen una cuota de mercado del 20 %.

**Análisis:** Puesto que no hay ningún intercambio de información directo entre las partes, no es probable que la comunicación de la información necesaria para las compras a la organización de compra conjunta lleve a un resultado colusorio. Por lo tanto, no es probable que el intercambio de información produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

## 6. ACUERDOS DE COMERCIALIZACIÓN

### 6.1. Definición

220. Los acuerdos de comercialización implican la cooperación entre competidores para la venta, distribución o promoción de sus productos sustitutivos. Este tipo de acuerdos puede tener un alcance muy diferente, en función de los elementos de comercialización a los que se refiera la cooperación. En un extremo del espectro se encuentra la venta conjunta que conduce al establecimiento conjunto de todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. En el otro extremo se encuentran los acuerdos menos ambiciosos que solo afectan a un

elemento de comercialización específico, tal como la distribución, el servicio posventa o la publicidad.

221. Una categoría importante de estos acuerdos menos ambiciosos es la de los acuerdos de distribución. El Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales<sup>82</sup> y las Directrices sobre restricciones verticales<sup>83</sup> abarcan con carácter general los acuerdos de distribución a menos que las partes del acuerdo sean competidoras reales o potenciales. Si las partes son competidoras, el Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales solo abarca los acuerdos verticales no recíprocos entre competidores, cuando a) el proveedor fabrica y distribuye los productos mientras que el comprador distribuye y no compite en la fabricación, o b) el proveedor es un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministra sus bienes y servicios en el nivel minorista y no presta servicios competidores en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales<sup>84</sup>.
222. Si los competidores acuerdan distribuir sus productos de forma recíproca (en mercados geográficos diferentes), puede que, en algunos casos, los acuerdos tengan por objeto o efecto la compartimentación de mercados en beneficio de las partes o que conduzcan a un resultado colusorio. Esto mismo es válido para los acuerdos no recíprocos entre competidores que superen un determinado tamaño. Por consiguiente, hay que evaluar primero, según los principios establecidos más adelante, los acuerdos recíprocos y los acuerdos no recíprocos entre competidores que superen un determinado tamaño. Si esta evaluación permite concluir que la cooperación entre competidores en el área de la distribución sería aceptable en principio, será necesaria otra evaluación para examinar las restricciones verticales contenidas en dichos acuerdos. Esta segunda etapa de la evaluación deberá basarse en los principios establecidos en las Directrices sobre restricciones verticales<sup>85</sup>.
223. Convendría también establecer una distinción entre los acuerdos en los que las partes solo acuerdan la comercialización conjunta y aquellos otros en los que la comercialización está vinculada a otra forma de cooperación ascendente, por ejemplo la producción o la compra conjuntas. El análisis de los acuerdos de comercialización que combinan diferentes etapas de la cooperación debería empezar basándose en el capítulo de las presentes Directrices que trata del «componente imprescindible situado en la fase más inicial» de la cooperación<sup>86</sup>.

## 6.2. Mercados de referencia

224. Para evaluar la relación de competencia entre las partes hay que definir los mercados de productos y geográficos de referencia afectados directamente por la cooperación (es decir, los mercados a los que pertenecen los productos objeto del acuerdo). Dado que un acuerdo de comercialización en un mercado puede también afectar al comportamiento competitivo de las partes en un mercado adyacente que está

---

<sup>82</sup> Citado en la nota a pie de página 8.

<sup>83</sup> Citadas en la nota a pie de página 9.

<sup>84</sup> Artículo 2, apartado 4, del Reglamento de exención por categorías de las restricciones verticales, citado en la nota a pie de página 8.

<sup>85</sup> Citadas en la nota a pie de página 9.

<sup>86</sup> Véanse los apartados 13 y 14 de las presentes Directrices.

estrechamente relacionado con el mercado afectado directamente por la cooperación, hay que definir también el mercado adyacente –en caso de que exista–. Este mercado adyacente puede estar relacionado horizontal o verticalmente con el mercado en el que tiene lugar la cooperación.

### **6.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1**

#### *6.3.1. Principales problemas de competencia*

225. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a restricciones de la competencia de varias maneras. Primero, la fijación de precios es la restricción más obvia que pueden conllevar los acuerdos de comercialización, dado que para comercializar conjuntamente un producto, un precio común suele ser un elemento inherente de la comercialización, lo que exigiría una evaluación pormenorizada de la competencia.
226. En segundo lugar, los acuerdos de comercialización también pueden facilitar la limitación de la producción, puesto que mediante el acuerdo las partes pueden decidir el volumen de productos que se pondrá en el mercado, restringiendo así la oferta.
227. En tercer lugar, los acuerdos de comercialización pueden convertirse en un medio para que las partes dividan los mercados o se repartan los pedidos o los clientes, en especial cuando las instalaciones de producción de las partes están situadas en mercados geográficos diferentes o cuando los acuerdos son recíprocos.
228. Finalmente, los acuerdos de comercialización también pueden dar lugar a un intercambio de información relativa a aspectos internos o externos a la cooperación, o a costes comunes –en especial los acuerdos que no contemplan la fijación de precios– lo que puede dar lugar a un resultado colusorio.

#### *6.3.2. Restricciones de la competencia por el objeto*

229. Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos que se limitan a la venta conjunta suelen tener el objeto de coordinar la política de fijación de precios de fabricantes o prestadores de servicios competidores. En este caso no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además restringen el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos tengan por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.
230. Esta evaluación no cambia si el acuerdo no es exclusivo, es decir, si las partes tienen libertad para vender individualmente al margen del acuerdo, siempre que se pueda suponer que este dará lugar a una coordinación global de los precios aplicados por las partes.
231. Otro problema específico de competencia relacionado con los arreglos de distribución entre partes que operan en mercados geográficos diferentes es que pueden servir de instrumento para compartimentar el mercado. Si las partes utilizan un acuerdo recíproco de distribución de sus respectivos productos para repartirse deliberadamente los mercados o los clientes y eliminar la competencia entre ellos, es probable que el acuerdo tenga por objeto restringir la competencia. Si el acuerdo no

es recíproco, el riesgo de compartimentación es menor. Sin embargo, hay que evaluar si el acuerdo no recíproco constituye la base de un entendimiento mutuo para evitar la entrada en los respectivos mercados.

### 6.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

232. Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.
233. Del mismo modo, no todos los acuerdos de distribución recíproca tienen por objeto restringir la competencia. Sin embargo, en función de las circunstancias de hecho del asunto, algunos acuerdos de distribución recíproca pueden tener efectos restrictivos de la competencia. El aspecto clave a la hora de evaluar un acuerdo de estas características es si dicho acuerdo resulta objetivamente necesario para que cada una de las partes acceda al mercado de la otra. En caso afirmativo, el acuerdo no crea problemas de competencia de naturaleza horizontal. No obstante, si el acuerdo reduce la independencia decisoria de una de las partes por lo que se refiere al acceso al mercado de otras partes, limitando sus incentivos para su entrada, es probable que produzca efectos restrictivos de la competencia. Este mismo razonamiento se aplica a los acuerdos no recíprocos, que presentan un menor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia.
234. Por otra parte, el acuerdo de distribución puede tener efectos restrictivos de la competencia si contiene restricciones verticales, tales como restricciones de ventas pasivas, mantenimiento del precio de reventa, etc.

#### Poder de mercado

235. Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15 % es probable que el acuerdo en cuestión cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, expuestas más adelante.
236. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 15 %, no está amparado por la salvaguardia regulatoria y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta.

#### Costes comunes

237. Asimismo, es probable que un acuerdo de comercialización conjunta que no implica la fijación de precios dé lugar a efectos restrictivos de la competencia si incrementa los costes variables comunes de las partes en una medida que pueda llevar a un

resultado colusorio. Es probable que esto ocurra en el caso de un acuerdo de comercialización conjunta si ya antes del acuerdo las partes tienen una proporción elevada de sus costes variables en común pues el incremento adicional (es decir, los costes de comercialización del producto objeto del acuerdo) puede desequilibrar la balanza y facilitar el resultado colusorio. No obstante, si el incremento es grande el riesgo de resultado colusorio puede ser alto incluso aunque el nivel inicial de los costes comunes sea bajo.

238. Los costes comunes solo aumentan el riesgo de resultado colusorio si las partes tienen poder de mercado y si los costes de comercialización representan una proporción importante de los costes variables correspondientes a los productos afectados. Esto no ocurre, por ejemplo, en el caso de productos homogéneos cuyo mayor factor de coste es la producción. Sin embargo, los costes comunes de comercialización aumentan el riesgo de resultado colusorio si el acuerdo de comercialización se refiere a productos cuya comercialización es costosa, por ejemplo, con costes de distribución o comercialización elevados. Por lo tanto, los acuerdos de publicidad o de promoción conjuntas también pueden producir efectos restrictivos de la competencia si estos costes constituyen un factor de coste importante.

#### Intercambio de información

239. La comercialización conjunta implica en general el intercambio de información comercial confidencial relativa, en particular, a la estrategia de comercialización y a los precios. En la mayor parte de los acuerdos de comercialización, es necesario un cierto grado de intercambio de información para aplicar el acuerdo. Por lo tanto, es necesario comprobar si el intercambio de información puede dar lugar a un resultado colusorio por lo que se refiere a las actividades de las partes dentro y fuera de la cooperación. Cualesquiera efectos negativos que resulten del intercambio de información no se evaluarán por separado sino teniendo en cuenta los efectos globales del acuerdo.
240. Por ejemplo, el intercambio de información sobre precios entre las partes de un acuerdo conjunto de publicidad puede llevar a un resultado colusorio por lo que se refiere a la venta de los productos anunciados conjuntamente. En cualquier caso, el intercambio de este tipo de información en el contexto de un acuerdo conjunto de publicidad va más allá de lo que sería necesario para aplicar este acuerdo. Los probables efectos restrictivos de la competencia resultantes del intercambio de información en el contexto de los acuerdos de comercialización dependerán de las características del mercado y de los datos compartidos, y deben evaluarse conforme a la orientación que figura en el capítulo sobre el intercambio de información.

### **6.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

#### *6.4.1. Mejoras de eficiencia*

241. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la

integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias considerables, derivadas de las economías de escala o de alcance, especialmente para los productores más pequeños.

242. Además, las mejoras de eficiencia no deben consistir en un ahorro meramente resultante de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que han de derivarse de la integración de actividades económicas. Por tanto, una reducción de los costes de transporte que no sea más que el resultado del reparto de la clientela sin que se produzca ningún tipo de integración del sistema logístico no puede considerarse una mejora de eficiencia en el sentido del artículo 101, apartado 3.

243. Las mejoras de eficiencia deben demostrarse. Un elemento importante en este sentido sería una aportación significativa de capital, tecnología u otros activos por las partes. También puede aceptarse el ahorro de costes mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones. No obstante, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, probablemente se trate de un cartel encubierto que no es probable que cumpla los requisitos del artículo 101, apartado 3.

#### 6.4.2. *Carácter indispensable*

244. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de comercialización no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3. Este aspecto es especialmente importante para aquellos acuerdos que implican la fijación de precios o el reparto del mercado, que solo pueden considerarse indispensables en circunstancias excepcionales.

#### 6.4.3. *Beneficio para los usuarios*

245. Las mejoras de eficiencia logradas por las restricciones indispensables deben beneficiar a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el acuerdo de comercialización. Esto puede consistir en menores precios o mejor calidad o variedad del producto. Sin embargo, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia. Cuando las partes tengan una cuota de mercado conjunta inferior al 15 %, es probable que cualesquiera mejoras de eficiencia demostradas resultantes del acuerdo beneficien suficientemente a los usuarios.

#### 6.4.4. *No eliminación de la competencia*

246. Los criterios del artículo 101, apartado 3, no se cumplirán si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión. Esto debe analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la cooperación y en los posibles mercados afectados indirectamente.

### 6.5. **Ejemplos**

247. Comercialización conjunta necesaria para acceder a un mercado

### Ejemplo 1

**Situación:** Cuatro empresas que prestan servicios de lavandería, cada una con una cuota de mercado del 3 % en el mercado general de las lavanderías de una ciudad, acuerdan crear una entidad de comercialización conjunta para la venta del servicio de lavandería a clientes institucionales (es decir, hoteles, hospitales y oficinas), al tiempo que conservan su independencia y libertad de competir por los clientes particulares locales. Teniendo en cuenta el nuevo segmento de la demanda (los clientes institucionales), establecen una marca común, un precio común y unas condiciones estándar comunes que incluyen, entre otras cosas, un plazo máximo de veinticuatro horas para las entregas y unos horarios de entrega. Crean una central telefónica conjunta a la que los clientes institucionales pueden pedir su servicio de recogida y/o entrega. Contratan un telefonista (para la central telefónica) y varios conductores. Invierten además en furgonetas para las entregas y en la promoción de la marca para aumentar su visibilidad. El acuerdo no reduce totalmente sus costes individuales de infraestructura (puesto que conservan sus propios locales y aún compiten entre sí por los clientes particulares locales), sino que incrementa sus economías de escala y les permite ofrecer un servicio más completo a otros tipos de clientes, lo que incluye más horas de apertura y el envío a una mayor cobertura geográfica. Para asegurar la viabilidad del proyecto es imprescindible que las cuatro empresas firmen el acuerdo. El mercado está muy fragmentado, sin que ningún competidor individual tenga una cuota de mercado superior al 15 %.

**Análisis:** Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios significa que podría aplicarse el artículo 101, apartado 1. Sin embargo, las partes no hubieran podido acceder al mercado de la prestación de servicios de lavandería a clientes institucionales ni individualmente ni en cooperación con un número de partes inferior a las cuatro que participan actualmente en el acuerdo. De este modo, el acuerdo no suscitaría problemas de competencia, con independencia de la restricción de la fijación de precios, que en este caso puede considerarse imprescindible para la promoción de la marca común y el éxito del proyecto.

248. Acuerdo de comercialización con más partes de las necesarias para acceder a un mercado

### Ejemplo 2

**Situación:** Igual que la del ejemplo 1 pero con una diferencia principal: para garantizar la viabilidad del proyecto, el acuerdo podía haber sido aplicado solo por tres de las partes (en vez de las cuatro que participan realmente en la cooperación).

**Análisis:** Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes sea inferior al 15 %, el hecho de que el acuerdo implique la fijación de precios y que podría llevarse a cabo con un menor número de partes, significa que se aplica el artículo 101, apartado 1. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. El acuerdo da lugar a mejoras de eficiencia pues las partes pueden ahora ofrecer mejores servicios a una nueva categoría de clientes a una mayor escala (que no habrían podido prestar individualmente sin el acuerdo). Teniendo en cuenta que la cuota de mercado conjunta de las partes es inferior al 15 %, es probable que cualquier mejora de eficiencia beneficie suficientemente a los usuarios. Hay que considerar además si las restricciones impuestas por el acuerdo son indispensables



para lograr las eficiencias y si el acuerdo elimina la competencia. Dado que el objetivo del acuerdo es prestar un servicio más completo (incluido el envío, que no se ofrecía antes) a una categoría adicional de clientes, bajo una marca única y con unas condiciones estándar comunes, la fijación de precios puede considerarse indispensable para la promoción de la marca común y, por lo tanto, para el éxito del proyecto y de las eficiencias resultantes. Además, teniendo en cuenta la fragmentación del mercado, el acuerdo no eliminará la competencia. El hecho de que el acuerdo tenga cuatro partes (en vez de las tres que habrían sido estrictamente necesarias) permite incrementar la capacidad y contribuye a satisfacer simultáneamente la demanda de varios clientes institucionales ateniéndose a las condiciones estándar (es decir, respetar los plazos máximos de entrega). En esta situación, es probable que las mejoras de eficiencia compensen los efectos restrictivos resultantes de la reducción de la competencia entre las partes y es probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3.

249. Plataforma de internet conjunta

Ejemplo 3

**Situación:** Un gran número de tiendas especializadas de un país se suman a una plataforma electrónica de Internet para la promoción, venta y entrega de cestas de fruta para regalo. Mediante una cuota mensual, comparten los costes de funcionamiento de la plataforma e invierten conjuntamente en la promoción de la marca. A través de la página web, que ofrece varios tipos diferentes de cestas para regalo, los clientes encargan (y pagan) el tipo de cesta para regalo que quieren. A continuación se asigna el pedido a la tienda especializada más cercana a la dirección de la entrega. La tienda corre individualmente con los costes de composición y de entrega de la cesta al cliente. La tienda se queda con el 90 % del precio final, que se fija mediante la plataforma de Internet y se aplica uniformemente a todas las tiendas especializadas participantes, mientras que el 10 % restante se dedica a la promoción común y a los costes de funcionamiento de la plataforma. Aparte del pago de la cuota mensual, no hay ninguna otra restricción para que las tiendas especializadas de todo el territorio nacional se sumen a la plataforma. Por otra parte, las tiendas especializadas que tienen su propio sitio Internet también pueden vender cestas de fruta para regalo en internet con su propio nombre y por lo tanto aún pueden competir entre sí fuera de la cooperación en la plataforma de Internet.

**Análisis:** Aunque el acuerdo sea de naturaleza limitada, como solo cubre la venta conjunta de un determinado tipo de producto a través de un canal específico de comercialización (la plataforma de Internet) y dado que implica la fijación de precios, es probable que restrinja la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Así pues, hay que evaluar el acuerdo de conformidad con el artículo 101, apartado 3. El acuerdo produce mejoras de eficiencia tales como mayor posibilidad de elección y un servicio de mayor calidad. Esta eficiencia beneficia a los usuarios y es probable que compense los efectos restrictivos de la competencia resultantes del acuerdo. Dado que las tiendas especializadas que participan en la cooperación aún pueden operar individualmente y competir entre sí, tanto en sus tiendas como en internet, la restricción de la fijación de precios puede considerarse imprescindible para la promoción del producto (ya que al comprar a través de la plataforma de Internet los usuarios no saben a quién están comprando la cesta de regalo) y para las consiguientes mejoras de eficiencia. Al no haber otras restricciones, el acuerdo cumple los criterios del artículo 101, apartado 3.

250. Empresa en participación de venta

Ejemplo 4

**Situación:** Las empresas A y B, situadas en dos países distintos, fabrican neumáticos para bicicletas. Tienen una cuota de mercado conjunta del 14 % en el mercado comunitario de los neumáticos para bicicletas. Deciden crear una empresa en participación de venta (sin funciones plenas) para comercializar los neumáticos a los fabricantes de bicicletas y acuerdan vender toda su producción a través de la empresa en participación. La infraestructura de producción y transporte de cada parte sigue estando separada. Las partes alegan que el acuerdo les ofrece unas mejoras de eficiencia considerables que consisten principalmente en mayores economías de escala, la posibilidad de satisfacer los pedidos de sus clientes existentes y de los nuevos potenciales y de competir mejor con los neumáticos importados producidos en terceros países. La empresa en participación negocia los precios y asigna los pedidos a la instalación de producción más cercana, como manera de racionalizar los costes de transporte a la hora de entregar el pedido al cliente.

**Análisis:** Aunque la cuota de mercado conjunta de las partes es inferior al 15 %, el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. Restringe la competencia por el objeto puesto que implica la asignación de clientes y la fijación de precios por la empresa en participación. Las eficiencias resultantes del acuerdo alegadas no son fruto de la integración de las actividades económicas o de la inversión conjunta. La empresa en participación tendrá un alcance muy limitado y solo servirá de interfaz para asignar los pedidos a las instalaciones de producción. Por lo tanto, es poco probable que las mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia derivados del acuerdo. Así pues, no se cumplirán las condiciones del artículo 101, apartado 3.

251. Cláusula de respeto de la clientela en un acuerdo de externalización de servicios

Ejemplo 5

**Situación:** A y B son competidores que prestan servicios de limpieza en locales comerciales. Ambos tienen una cuota de mercado del 15 %. Hay varios competidores más con cuotas de mercado que oscilan entre el 10 % y el 15 %. A ha decidido (unilateralmente) centrarse en lo sucesivo únicamente en clientes grandes ya que para prestar servicio a clientes grandes y pequeños se necesita una organización del trabajo algo diferente. Por lo tanto, A ha decidido no firmar ya contratos con nuevos pequeños clientes. Además, A y B firman un acuerdo de externalización por el que B prestará directamente los servicios de limpieza a los pequeños clientes existentes de A (que representan un tercio de su base de clientes). Al mismo tiempo, A insiste en no perder la relación con estos pequeños clientes. Por lo tanto, A continuará manteniendo sus relaciones contractuales con los pequeños clientes pero será B quien preste directamente los servicios de limpieza. Para aplicar el acuerdo de externalización, A tendrá necesariamente que comunicar a B las identidades de los pequeños clientes de A contemplados en el acuerdo. Como teme que B pueda intentar hurtarle estos clientes puenteándola y ofreciendo servicios directos más baratos, A insiste en que el acuerdo de externalización contenga una «cláusula de respeto de la clientela». Según esta cláusula, B no puede ponerse en contacto con los pequeños clientes objeto de los acuerdos de externalización para

prestarles servicios directos. Además, A y B acuerdan que B ni siquiera puede prestar servicios directos a estos clientes si son ellos quienes se dirigen a B. Sin la «cláusula de respeto de la clientela» A no firmaría un acuerdo de externalización con B ni con ninguna otra empresa.

**Análisis:** El acuerdo de externalización elimina a B como prestador independiente de servicios de limpieza para los pequeños clientes de A pues éstos ya no podrán contratar directamente con B. Sin embargo, estos clientes solo representan un tercio de la base de clientes de A, es decir, el 5 % del mercado. Aún podrán dirigirse a los competidores de A y B, que representan el 70 % del mercado. Por lo tanto, el acuerdo de externalización no permitirá que A suba rentablemente los precios aplicados a los clientes contemplados en el acuerdo de externalización. Además, no es probable que el acuerdo de externalización dé lugar a un resultado colusorio pues la cuota de mercado conjunta de A y B solo es del 30 % y se enfrentan con varios competidores que tienen cuotas de mercado similares a las cuotas de mercado individuales de A y B. Por otra parte, el hecho de que la prestación del servicio a los clientes grandes y pequeños sea algo diferente minimiza el riesgo de que el acuerdo de externalización produzca efectos indirectos en el comportamiento de A y B en su competencia por los clientes grandes. Por lo tanto, no es probable que el acuerdo de externalización dé lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

## 7. ACUERDOS DE ESTANDARIZACIÓN

### 7.1. Definición

Acuerdos de estandarización

252. El objetivo primordial de los acuerdos de estandarización es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos o procedimientos y métodos de producción actuales y futuros<sup>87</sup>. Los acuerdos de estandarización pueden abarcar distintos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas. También pueden considerarse como estándares las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador. Los acuerdos que establecen estándares sobre el rendimiento medioambiental de los productos o de los procedimientos de producción también entran en el ámbito de aplicación del presente capítulo.
253. La preparación y elaboración de estándares técnicos que forman parte del ejercicio del poder público no están cubiertas por las presentes Directrices<sup>88</sup>. Los organismos europeos de normalización reconocidos conforme a la Directiva 98/34/CE<sup>89</sup> están

---

<sup>87</sup> La estandarización puede revestir distintas formas que van desde la adopción de estándares consensuados por los organismos de normalización europeos o nacionales reconocidos, hasta los acuerdos entre empresas independientes, pasando por los consorcios y foros.

<sup>88</sup> Véase el asunto C-113/07, SELEX, Rec. 2009, pendiente de publicación, apartado 92.

<sup>89</sup> Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, DO L 204 de 21.7.1998, p. 37.

sujetos al Derecho de competencia en tanto en cuanto se pueda considerar que son una empresa o una asociación de empresas en el sentido de los artículos 101 y 102. Los estándares relativos a la prestación de servicios profesionales, como las normas de admisión a una profesión liberal, no están cubiertas por estas Directrices.

#### Cláusulas estándar

254. En ciertas industrias las empresas emplean cláusulas y condiciones estándar de venta o compra<sup>90</sup> elaboradas por una asociación comercial o directamente por las empresas competidoras («cláusulas estándar»). Estas cláusulas estándar están cubiertas por las presentes Directrices siempre que establezcan condiciones estándar de venta o de compra entre competidores y usuarios (y no las condiciones de venta o compra entre competidores) para productos sustitutivos. Cuando el uso de estas cláusulas estándar esté extendido en un sector, las condiciones de compra o venta utilizadas en ese sector pueden de hecho llegar a ser en buena medida estándares. Como ejemplos de sectores en los que las cláusulas estándar desempeñan un papel importante cabe citar el sector bancario (por ejemplo, los contratos relativos a la emisión de tarjetas, uso de cajeros automáticos y condiciones referentes a las cuentas) y el de los seguros.
255. No obstante, las cláusulas y condiciones estándar elaboradas individualmente por una determinada empresa únicamente para su uso exclusivo en sus contratos con sus proveedores o clientes no constituyen acuerdos horizontales y por lo tanto no entran en el ámbito de aplicación de las presentes Directrices.

## 7.2. Mercados de referencia

256. Los acuerdos de estandarización pueden surtir sus efectos en cuatro mercados posibles, que se definirán con arreglo a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado<sup>91</sup>. En primer lugar, la determinación de estándares puede repercutir en los mercados de productos o servicios a los que se refieren los estándares. En segundo lugar, cuando la determinación de estándares implica la selección de una tecnología y cuando los derechos de propiedad intelectual se comercializan por separado de los productos a los que corresponden, el estándar puede producir efectos en el mercado tecnológico de referencia<sup>92</sup>. En tercer lugar el mercado de servicios de determinación de estándares puede verse afectado, en caso de que existan varios organismos o acuerdos de determinación de estándares. En cuarto lugar, la determinación de estándares puede afectar al mercado separado de los ensayos y la certificación.
257. Por lo que se refiere a las cláusulas estándar, sus efectos no se suelen notar en el mercado descendente en el que las empresas que usan las cláusulas estándar compiten mediante la venta de su producto a sus clientes.

---

<sup>90</sup> Estas cláusulas estándar pueden incluir tan solo una mínima parte de las cláusulas contenidas en el contrato final o una gran parte de ellas.

<sup>91</sup> Citada en la nota a pie de página 5.

<sup>92</sup> Véase el capítulo sobre acuerdos de I+D.

### 7.3. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 1

#### 7.3.1. Principales problemas de competencia

##### Acuerdos de estandarización

258. Los acuerdos de estandarización tienen por lo general un efecto económico positivo, por ejemplo, fomentando la interpenetración económica en el mercado interior y el desarrollo de nuevos mercados y de mejores condiciones de suministro. Los estándares pueden aumentar la competencia y reducir los costes de producción y de venta, beneficiando a la economía en su conjunto. Los estándares pueden mantener y aumentan la calidad, proporcionar información y asegurar la interoperatividad (incrementando así el valor para los usuarios).
259. Sin embargo, la determinación de estándares puede producir efectos restrictivos de la competencia al restringir en potencia la competencia de precios y limitar o controlar la producción, los mercados, la innovación o el desarrollo técnico. Los tratos en el marco de la determinación de estándares, al igual que todas las reuniones entre competidores, pueden dar la oportunidad de reducir o eliminar la competencia de precios en los mercados correspondientes, lo que facilita un resultado colusorio en el mercado.
260. Además, los estándares que fijan especificaciones técnicas detalladas para un producto o un servicio pueden limitar el desarrollo técnico y la innovación. Mientras se está desarrollando un estándar, las tecnologías alternativas pueden competir por su inclusión en él. Una vez se ha elegido una tecnología y establecido el estándar, las tecnologías competidoras se enfrentan a un obstáculo a la entrada y están potencialmente excluidas del mercado.
261. La determinación de estándares también puede producir efectos restrictivos de la competencia mediante la exclusión del mercado o la limitación de la innovación cuando el proceso de selección de las tecnologías del estándar está controlado de hecho por uno o más interesados o cuando el proceso de determinación del estándar es proclive a uno o más participantes.
262. Dado que un estándar puede constituir un obstáculo a la entrada, una empresa (o potencialmente más de una empresa) que detente unos derechos de propiedad intelectual (DPI) esenciales para un estándar puede controlar su uso y con ello el mercado del producto o servicio al que se refiere el estándar. Esto a su vez puede hacer posible que la empresa en cuestión abuse de su posición dominante al obtener unos ingresos excesivos de resultados del bloqueo de los usuarios tras la adopción del estándar. Teniendo en cuenta los riesgos especiales que se plantean en este contexto, el presente capítulo se centra en los acuerdos de estandarización que se refieren a DPI, pero las normas se aplican a todos los acuerdos de estandarización<sup>93</sup>.

##### Cláusulas estándar

---

<sup>93</sup> Por lo general, los organismos de determinación de estándares cuentan con una política en materia de DPI que establece los procedimientos aplicables en dicho ámbito. Las normas establecidas en estas políticas de DPI son de especial importancia en el presente contexto.

263. Las cláusulas estándar pueden producir efectos restrictivos de la competencia limitando la gama de productos y la innovación. Si una parte importante de un sector adopta las cláusulas estándar y opta por no apartarse de ellas en casos individuales (o solo se aparta en casos excepcionales de fuerte poder de negociación), puede que los clientes no tengan más opción que aceptar las condiciones de las cláusulas estándar. Sin embargo, la limitación de la gama de productos y la innovación solo es probable si las cláusulas estándar definen el alcance del producto final como, por ejemplo, en los contratos de seguro. Por lo que se refiere a los bienes de consumo clásicos, las cláusulas estándar de venta no suelen limitar la innovación ni la calidad y la variedad del producto.
264. Además, según sea su contenido, las cláusulas estándar pueden entrañar el riesgo de afectar a las condiciones comerciales del producto final. En particular, existe un riesgo grave de que las cláusulas estándar relativas al precio restrinjan la competencia de precios.
265. Por otra parte, si las cláusulas estándar se convierten en práctica sectorial, el acceso a las puede ser crucial para la entrada en el mercado. En estos casos, la denegación del acceso a las cláusulas estándar puede entrañar un peligro de causar una exclusión contraria a la competencia. Mientras las cláusulas estándar sigan realmente abiertas para su uso por cualquier persona que desee acceder a las, no es probable que causen una exclusión contraria a la competencia.

### 7.3.2. *Restricciones de la competencia por el objeto*

266. Los acuerdos en los que se hace uso de un estándar o de cláusulas estándar como parte de un acuerdo restrictivo más amplio, cuyo objetivo sea excluir a competidores reales o potenciales, restringen la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Por ejemplo, un acuerdo por el que una asociación nacional de fabricantes establece un estándar y ejerce presión sobre terceros para que no comercialicen productos que no se atengan al mismo, forma parte de esta categoría. Otro ejemplo es el de una asociación comercial que no permita a un nuevo operador el acceso a sus cláusulas estándar, cuyo uso es crucial para entrar en el mercado.
267. Cualesquiera intentos de reducir la competencia empleando la revelación de DPI esenciales o condiciones muy restrictivas de concesión de licencias antes de la adopción de un estándar como forma encubierta de fijar conjuntamente los precios de productos, constituirán restricciones de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Antes de la adopción de un estándar, los acuerdos de titulares de DPI relativos a las condiciones de concesión de licencias que harán públicas también constituirán restricciones de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1.
268. Cualquier cláusula estándar que contenga disposiciones que influyan en los precios aplicados a los clientes (es decir, precios recomendados, descuentos, etc.) constituirá una restricción de la competencia por el objeto.

### 7.3.3. *Efectos restrictivos de la competencia*

Acuerdos de estandarización

269. Por lo general, la evaluación de cada acuerdo de estandarización debe tener en cuenta la naturaleza del estándar y sus efectos probables en los mercados correspondientes. El hecho de que los acuerdos de estandarización puedan producir efectos restrictivos de la competencia depende, entre otros factores, de hasta qué punto los miembros siguen teniendo libertad para desarrollar estándares o productos alternativos que no cumplan el estándar acordado.
270. Es inevitable que exista una cierta tensión en el proceso de determinación de estándares, pues cada empresa desea promocionar sus propias soluciones como parte del estándar. Al mismo tiempo, cada empresa debe trabajar también junto con otros miembros del organismo de determinación de estándares para desarrollar, establecer y promocionar el estándar.
271. Las tensiones que pueden surgir en el proceso de determinación de estándares se magnifican porque el alcance de las actividades económicas, las fuentes de ingresos y, por lo tanto, los incentivos de las empresas implicadas en dicho proceso puede diferir.
272. Las empresas que son activas únicamente en sentido ascendente solo desarrollan y comercializan tecnologías. Por lo general, su única fuente de ingresos es la concesión de licencias y, por lo tanto, lo que les interesa es rentabilizar al máximo sus derechos.
273. Por el contrario, las empresas que son activas únicamente en sentido descendente, solo fabrican productos basados en tecnologías desarrolladas por terceros y no detentan ningún DPI importante. Como los derechos representan un coste para ellas y no una fuente de ingresos, lo que les interesa es reducirlos.
274. Las empresas integradas verticalmente que desarrollan tecnologías y venden productos tiene una mezcla de intereses. Por una parte, pueden obtener ingresos de sus DPI si optan por ello. Por otra parte, pueden tener que pagar derechos a otras empresas que detentan DPI esenciales para el estándar de los productos que fabrican. Cuando la mayor parte de los ingresos (y de los beneficios) de estas empresas se genera en sentido descendente, dependen menos de los ingresos que pueden obtener de la concesión de licencias de sus DPI esenciales que las empresas que son activas únicamente en sentido ascendente. Por lo tanto, en vez de percibir derechos de sus DPI pueden tener un mayor incentivo para conceder licencias cruzadas de sus DPI esenciales propios a cambio de los DPI esenciales de otras empresas.
275. Sin embargo, con independencia de la posición de mercado de los distintos titulares de DPI, el establecimiento de estándares, que puede durar años, puede crear o aumentar el poder de mercado de esos titulares de DPI y, en ciertos casos, dar lugar a abusos de posición dominante. Durante el desarrollo del estándar, las diferentes tecnologías patentadas puede competir entre sí para su inclusión en el estándar. Hasta que se adopte un estándar, la industria puede tener flexibilidad en cuanto a las características técnicas exactas de los estándares y puede así ajustar el estándar para evitar que se base en determinadas patentes. Sin embargo, una vez que una tecnología patentada específica se incluye en un estándar (y se rechazan las alternativas), el sector puede quedar atado a aquella, entre otras cosas, debido a los costes que conlleva el rediseño o el cambio de estándar.

276. Teniendo en cuenta lo anterior, los apartados siguientes establecen las condiciones en virtud de las cuales los acuerdos de determinación de estándares quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. No es necesario que esos acuerdos cumplan estas condiciones pero por lo general bastarán para evitar que se aplique el artículo 101, apartado 1. Si un acuerdo de determinación de estándares no cumple estas condiciones, será necesaria una evaluación individual para determinar si el acuerdo entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, y en caso afirmativo, si se cumplen las condiciones del artículo 103, apartado 1, de tal modo que el acuerdo esté amparado por la excepción legal a la prohibición del artículo 101, apartado 1.
277. Cuando la participación en la determinación de estándares y en el procedimiento de adopción del estándar sea abierta y transparente, los acuerdos de estandarización que no fijan ninguna obligación de cumplir el estándar y proporcionan acceso a este en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, no restringen la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.
278. En primer lugar, por lo que respecta a la participación sin restricciones en el procedimiento de adopción del estándar, las normas del organismo de determinación de estándares y en particular su política de DPI deben garantizar que todos los operadores pertinentes puedan participar en el procedimiento que da lugar a la selección del estándar. Concretamente, las normas aplicables no deben excluir ni discriminar a ningún grupo concreto de titulares de DPI. No debe haber proclividad a favor ni en contra de estándares exentos de derechos en función de los beneficios relativos de estos últimos en comparación con otras alternativas. Los organismos de determinación de estándares tienen que tener también unos procedimientos objetivos y no discriminatorios de asignación de derechos de voto.
279. En segundo lugar, por lo que respecta a la transparencia, el organismo de determinación de estándares debe tener procedimientos que permitan a los interesados informarse de las actividades de estandarización futuras, en curso y finalizadas.
280. En tercer lugar, las normas del organismo de determinación de estándares deben evitar que se haga un uso incorrecto del proceso de estandarización mediante demoras y el cobro de derechos abusivos por los titulares de DPI. Estos objetivos del organismo de determinación de estándares deben garantizarse mediante normas vinculantes para los miembros del organismo.
281. Para esto se necesita una política clara y equilibrada en materia de DPI que proteja contra las empresas que abusan de su poder de mercado con respecto a un estándar. Así, la política de DPI debe exigir antes de que se acuerde un estándar la divulgación de buena fe de los derechos de propiedad intelectual<sup>94</sup> que puedan ser esenciales para la implantación de un estándar en desarrollo. Para ello es necesario que los titulares de DPI realicen esfuerzos razonables para identificar los DPI existentes y pendientes relativos al posible estándar.
282. La política de DPI también debe requerir que todos los titulares de DPI esenciales para una tecnología que puede adoptarse como parte de un estándar se comprometan

---

<sup>94</sup> Estos incluyen, por ejemplo, las patentes y las solicitudes de patente.



por escrito de forma irrevocable a conceder licencias de su DPI a todos los terceros en condiciones justas, razonables y no discriminatorias («compromiso FRAND»).

283. El objetivo del compromiso FRAND en el contexto de la determinación de estándares es garantizar que la tecnología patentada incorporada en un estándar sea accesible a los usuarios de ese estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En especial, el compromisos FRAND debe en principio impedir que los titulares de DPI dificulten la aplicación de un estándar denegando una licencia o exigiendo unos cánones injustos o injustificados (es decir, excesivos) una vez que el sector esté cautivo del estándar, y/o cobrando unos derechos discriminatorios.
284. El abuso del poder de mercado obtenido gracias a la inclusión de un DPI en un estándar constituye una infracción del artículo 102. En este contexto y en caso de litigio, para evaluar si los cánones impuestos por las patentes en el contexto de la determinación de estándares son justos o están justificados, habrá que determinar si dichos derechos guardan una relación razonable con el valor económico de las patentes<sup>95</sup> Existen varios métodos para hacer esta evaluación. En principio, los métodos basados en el coste no se adaptan bien en este contexto ya que es difícil evaluar los costes imputables al desarrollo de una determinada patente o de grupos de patentes. En cambio, cabe la posibilidad de comparar los derechos de concesión aplicados por la empresa en cuestión a las patentes pertinentes en un entorno competitivo antes de que el sector quede cautivo del estándar (*a priori*) con los aplicados después de que el sector quede cautivo (*a posteriori*). Para ello, se parte de la base de que es posible hacer la comparación de forma homogénea y fiable<sup>96</sup>.
285. Otro método de evaluar la relación de los cánones del DPI con el valor económico de las patentes puede consistir en obtener una evaluación realizada por expertos independientes de la calidad objetiva y de la importancia fundamental de la cartera de DPI pertinente para el estándar correspondiente. También cabe la posibilidad de basarse en anteriores divulgaciones unilaterales *a priori* de las condiciones más restrictivas de concesión de la patente. Esto parte de la presunción de que la comparación puede hacerse de forma homogénea y fiable. Las presentes Directrices no pretenden elaborar una lista exhaustiva de los métodos adecuados para evaluar si los derechos son excesivos.
286. Para asegurar la eficacia del compromiso FRAND, también se debería exigir a todos los titulares de DPI que asuman dicho compromiso que tomen todas las medidas necesarias para garantizar que cualquier empresa a la que el titular del DPI transfiera este último (incluido el derecho a conceder licencias de ese DPI), esté vinculada por el citado compromiso.
287. Además de cumplir las condiciones que bastarán por lo general para evitar que se produzcan efectos restrictivos de la competencia, los acuerdos de determinación de estándares pueden contener normas adicionales que pueden o no dar lugar a una

---

<sup>95</sup> Véase el asunto 27/76, United Brands/Comisión, Rec. 1978, p. 207, apartado 250. Véase también el asunto C-385/07 P, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH, Rec. 2009, pendiente de publicación, apartado 142.

<sup>96</sup> Véase el asunto 395/87, Ministère Public/Jean-Louis Tournier, Rec. 1989, p. 2521, apartado 38; asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, François Lucazeau/SACEM, Rec. 1989, p. 2811, apartado 33.

probable restricción de la competencia. Por citar un ejemplo destacado, si los organismos de determinación de estándares establecen la divulgación unilateral *a priori* de las condiciones más restrictivas de concesión de la patente, esto no dará lugar (con la salvedad formulada anteriormente) a una restricción de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. En este orden de cosas, es importante que las partes implicadas en la selección de un estándar estén plenamente informadas no solo de las opciones técnicas disponibles y del DPI asociado, sino también del coste probable de ese DPI. Por lo tanto, si las políticas en materia de DPI de un organismo de determinación de estándares exigen o permiten a los titulares de DPI comunicar individualmente antes de la adopción del estándar sus condiciones más restrictivas de concesión de la patente, incluidos los derechos máximos que aplicarán, esto no dará lugar a una restricción de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, siempre que las normas no permitan negociar o tratar conjuntamente las condiciones de concesión de la patente y en particular los derechos de esta. Estas comunicaciones unilaterales *a priori* de la mayor parte de las condiciones más restrictivas de concesión de la patente son una manera de hacer posible que el organismo de determinación de estándares adopte una decisión fundada y basada en las desventajas y ventajas de las distintas tecnologías alternativas, no solo desde una perspectiva técnica sino también desde el punto de vista de los precios.

288. La inclusión en un estándar de tecnologías sustitutivas (es decir, tecnologías que los usuarios/licenciatarios consideran permutables o sustituibles por otra tecnología, en virtud de las características tecnológicas y del uso previsto y que podrían, en el actual contexto, adoptarse en un estándar alternativo) puede limitar la competencia entre las tecnologías. Cuando un estándar esté compuesto por tecnologías sustitutivas, el arreglo puede equivaler en la práctica a la exclusión de los competidores al impedir que una tecnología alternativa potencialmente competidora se incluya en un estándar diferente. Como norma general, es probable que la inclusión de tecnologías sustitutivas en un estándar produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.
289. Por otra parte, los estándares que no son accesibles para terceros (es decir, los que no son miembros del organismo de determinación de estándares pertinente) pueden suponer la discriminación o exclusión de terceros o de segmentos de mercado en función de su ámbito geográfico de aplicación. Por tanto, la evaluación destinada a comprobar si el acuerdo restringe la competencia se ha de centrar en estos elementos.
290. Como la eficacia de los acuerdos de estandarización suele ser proporcional a la parte del sector implicada en la determinación y/o aplicación del estándar, el hecho de que los operadores del mercado o mercados afectados tengan una cuota de mercado elevada no llevará necesariamente a la conclusión de que es probable que la norma dé lugar a efectos restrictivos de la competencia.

#### Cláusulas estándar

291. El establecimiento y uso de cláusulas estándar deben evaluarse en el contexto económico adecuado y habida cuenta de la situación en el mercado de referencia para determinar si es probable que las cláusulas estándar en cuestión produzcan efectos restrictivos de la competencia.

292. La probabilidad de que el establecimiento y el uso de cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, depende, entre otros factores, del grado de libertad de las partes para emplear otras cláusulas al vender su producto al consumidor. Dicho de otro modo, es importante evaluar si las cláusulas estándar no son vinculantes.
293. Siempre que la participación en el establecimiento de cláusulas estándar no esté sujeta a restricciones (ya sea participando en la asociación comercial o directamente) y sea transparente, y que las cláusulas estándar establecidas no sean vinculantes y que cualquiera tenga realmente acceso a las, estos acuerdos no producirán por lo general (con las salvedades formuladas en los apartados 295y 297-298) efectos restrictivos de la competencia.
294. Si el uso de cláusulas estándar es obligatorio, es necesario evaluar su impacto en la calidad y variedad del producto y en la innovación (en especial si las cláusulas estándar son obligatorias en todo el mercado).
295. Por otra parte, si las cláusulas estándar (sean o no vinculantes) contienen alguna condición que produzca probablemente un efecto negativo sobre la competencia en cuanto a los precios, los descuentos, los intereses u otros parámetros que influyen en el precio de venta real (incluso aunque no fijen directamente el precio), producirán efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.
296. De este modo, las cláusulas estándar verdaderamente accesibles y no vinculantes relativas a la venta de servicios o de bienes de consumo (siempre que no tengan ningún efecto en el precio) no suelen producir efectos restrictivos de la competencia puesto que no es probable que produzcan efectos negativos en la calidad y variedad del producto o en la innovación. Sin embargo, existen dos excepciones generales que requieren realizar una evaluación más detallada.
297. En primer lugar, las cláusulas estándar para la venta de bienes de consumo o de servicios que definen el alcance del producto vendido al cliente y que, por lo tanto, suponen un mayor riesgo de limitar las posibilidades de elección de productos, pueden producir efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Esto puede ocurrir cuando el uso extendido de las cláusulas estándar lleva de hecho a una limitación de la innovación y de la variedad de productos. Por ejemplo, esta situación se puede plantear si las cláusulas estándar de los contratos de seguro limitan en la práctica la elección del cliente de elementos clave del contrato tales como los riesgos estándar cubiertos. Incluso si el uso de las cláusulas estándar no es obligatorio, pueden menoscabar los incentivos de los rivales para competir en la diversificación de productos.
298. En segundo lugar, incluso aunque las cláusulas estándar no definan el alcance real del producto final pueden ser una parte decisiva de la transacción con el cliente por otras razones, lo que suscitará los mismos problemas que se plantean en el apartado anterior. Un ejemplo pueden ser las compras en línea en las que la confianza del cliente es esencial (por ejemplo, en el uso de sistemas de pago seguros, la descripción adecuada de los productos, la claridad y transparencia de las normas sobre precios, la flexibilidad de la política de devoluciones, etc.). Como a los clientes les resulta difícil valorar claramente todos estos elementos, tienden a preferir las prácticas más extendidas. Así pues, las cláusulas estándar relativas a estos elementos

pueden propagarse rápidamente en el sector y convertirse en una norma de facto ya que cuantos más clientes compran ateniéndose a estas cláusulas estándar, más se confiará en ellas y más serán utilizadas luego por otros clientes. De resultados de ello, cada vez más empresas emplearán estas cláusulas estándar y su cumplimiento podrá llegar a ser necesario para vender en el mercado. Aunque no sean vinculantes, estas cláusulas estándar se convertirán en un estándar de hecho, cuyos efectos se aproximan mucho a los de una norma vinculante y deben ser analizados como corresponde.

299. Cuanto mayor es la cuota común de mercado de los competidores que aplican las cláusulas estándar, más probable es que existan efectos restrictivos de la competencia en forma de limitación de la variedad de productos.

#### **7.4. Evaluación con arreglo al artículo 101, apartado 3**

##### *7.4.1. Mejoras de eficiencia*

###### Acuerdos de estandarización

300. Los acuerdos de estandarización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Por ejemplo, unos estándares para toda la UE pueden facilitar la integración del mercado y posibilitar que las empresas comercialicen sus bienes y servicios en todos los Estados miembros, dando lugar a una mayor posibilidad de elección para los consumidores y a unos precios menores. Los estándares que establecen la interoperatividad tecnológica fomentan a menudo la competencia basada en los méritos entre tecnologías de diferentes empresas y contribuyen a impedir la cautividad de un determinado proveedor. Además, los estándares pueden reducir los costes de transacción para los vendedores y los compradores. Los estándares relativos a, por ejemplo, la calidad, la seguridad y los aspectos medioambientales de un producto pueden, por otra parte, facilitar la elección de los consumidores y dar lugar a una mayor calidad de los productos. Los estándares también desempeñan un cometido importante de cara a la innovación. Pueden reducir el tiempo necesario para introducir una nueva tecnología en el mercado y facilitar la innovación haciendo posible que las empresas se basen en soluciones acordadas.
301. Para que estas ventajas económicas se hagan efectivas en el caso de los acuerdos de estandarización, la información necesaria para la aplicación de un estándar debe estar realmente al alcance de todos los que deseen acceder al mercado y una parte importante del sector en cuestión ha de participar, de manera transparente, en la determinación del estándar. Las normas de los organismos de determinación de estándares deben contener suficientes salvaguardias para evitar que el proceso de determinación sea proclive a uno o más participantes. Los efectos sobre la innovación deben analizarse de forma individual. Sin embargo, por ejemplo, se considera que es probable que los estándares que crean compatibilidad en un nivel horizontal entre diferentes plataformas tecnológicas den lugar a mejoras de eficiencia.

###### Cláusulas estándar

302. El uso de cláusulas estándar puede conllevar beneficios económicos tales como facilitar a los clientes la comparación de las condiciones ofrecidas y, por ende, el cambio de una empresa a otra. También pueden dar lugar a mejoras de eficiencia en

forma de ahorros en costes de transacción y, en ciertos sectores (en especial si la forma jurídica de los contratos es compleja), facilitar la entrada en el mercado.

#### 7.4.2. *Carácter indispensable*

303. Las restricciones que van más allá de lo que es necesario para lograr las mejoras de eficiencia generadas por un acuerdo de estandarización o por las cláusulas estándar no cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.

##### Acuerdos de estandarización

304. La evaluación de cada acuerdo de estandarización deberá tener en cuenta, por una parte, la naturaleza del estándar y su efecto probable en los mercados de referencia y, por otra, el alcance de las posibles restricciones que excedan el objetivo de obtener eficiencias.
305. Los acuerdos de estandarización que confieran a algunos organismos el derecho exclusivo de practicar pruebas de conformidad con el estándar o que impongan restricciones en las marcas indicativas de la conformidad con los estándares, salvo cuando estas restricciones vengan impuestas por disposiciones reglamentarias, van más allá del objetivo de obtener eficiencias y pueden no ser imprescindibles para lograr estos objetivos.
306. Por su propia naturaleza, los estándares no abarcan, y no deben abarcar, todas las especificaciones o tecnologías posibles. Cuando el hecho de tener una única solución tecnológica beneficie a los usuarios o a la economía en general, este estándar debe establecerse sobre una base no discriminatoria. Se supone que los estándares tecnológicamente neutrales dan lugar a mayores mejoras de eficiencia. En cualquier caso, se ha de poder justificar la elección de un estándar en detrimento de otro.
307. Todos los competidores del mercado o mercados afectados por el estándar deben tener la posibilidad de participar en la determinación de aquel. Por consiguiente, la participación en la determinación de un estándar debe estar abierta a todos ellos, a menos que las partes demuestren que su participación acarrearía desventajas importantes en términos de eficiencia o que se contemplen procedimientos reconocidos para la representación colectiva de los intereses.
308. Como norma general, los acuerdos de estandarización no deberían abarcar más que los elementos estrictamente necesarios para la realización de sus objetivos, ya se trate de la compatibilidad técnica o de un determinado nivel de calidad.
309. En principio, los acuerdos de estandarización en virtud de los cuales un estándar es vinculante y obligatorio para el sector no son imprescindibles.

##### Cláusulas estándar

310. Por lo general no está justificado hacer que las cláusulas estándar sean vinculantes y obligatorias para el sector o para los miembros de la asociación comercial que las estableció. Sin embargo, no cabe excluir que las cláusulas estándar vinculantes puedan, en un caso específico, ser imprescindibles para lograr las mejoras de eficiencia generadas por dichas cláusulas.

### 7.4.3. *Beneficio para los usuarios*

#### Acuerdos de estandarización

311. Las mejoras de eficiencia logradas mediante las restricciones imprescindibles deben beneficiar a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por un acuerdo de estandarización o por las cláusulas estándar. Un elemento importante a la hora de analizar la probabilidad de que se beneficien los usuarios es determinar los procedimientos que se utilizan para garantizar la protección de los intereses de los usuarios de los estándares. Cuando las normas faciliten la interoperatividad y la competencia entre productos, servicios y procedimientos nuevos y ya existentes, y garanticen una pluralidad de fuentes de suministro cabe suponer que el estándar beneficiará a los usuarios.

#### Cláusulas estándar

312. Tanto el riesgo de efectos restrictivos de la competencia como la probabilidad de las mejoras de eficiencia aumentan con las cuotas de mercado de las empresas y con la medida en que se usan las cláusulas estándar. Por lo tanto, no es posible establecer ninguna salvaguardia regulatoria general al amparo de la cual no haya ningún riesgo de que se produzcan efectos restrictivos de la competencia o que permita presumir que las mejoras de eficiencia beneficien a los usuarios en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.
313. Sin embargo, ciertas mejoras de eficiencia generadas por las cláusulas estándar, tales como la mayor comparabilidad de las ofertas presentes en el mercado, benefician necesariamente a los usuarios. Por lo que se refiere a otras posibles mejoras de eficiencia, tales como los menores costes de transacción, deben evaluarse individualmente y en el contexto económico pertinente si es probable que beneficien a los usuarios.

### 7.4.4. *No eliminación de la competencia*

314. El hecho de que un acuerdo de estandarización ofrezca a las partes la posibilidad de eliminar la competencia depende de las diferentes fuentes de competencia existentes en el mercado, del nivel de presión competitiva que dichas fuentes ejercen sobre las partes y del impacto del acuerdo sobre dicha presión. Si bien las cuotas de mercado son pertinentes para este análisis, la magnitud de las demás fuentes de competencia real no puede evaluarse exclusivamente sobre la base de la cuota de mercado a menos que un estándar llegue a ser un estándar de hecho para el sector. En este último caso, se puede eliminar la competencia si se excluye a los terceros del acceso a este estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. Las cláusulas estándar empleadas por una mayoría del sector pueden crear una norma sectorial de hecho y suscitar, por lo tanto, los mismos problemas.

## 7.5. **Ejemplos**

315. Determinar estándares que los competidores no pueden cumplir

Ejemplo 1

**Situación:** Un organismo de determinación de estándares establece y publica las

normas de calidad utilizadas ampliamente por el sector correspondiente. La mayor parte de los miembros del sector participan en la determinación del estándar. Antes de la adopción del estándar, un nuevo operador ha desarrollado un producto que es técnicamente equivalente en términos de rendimiento y requisitos funcionales, reconocido por el comité técnico del organismo de determinación de estándares. Sin embargo, las especificaciones técnicas del estándar de calidad están redactadas de tal manera que no permiten que este producto u otros nuevos cumplan con él.

**Análisis:** Es probable que este acuerdo de estandarización produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, y no es probable que cumpla los criterios del artículo 101, apartado 3. Aunque sea habitual que las normas de calidad no incluyan todas las posibles especificaciones, en este caso los miembros del organismo de desarrollo de estándares han fijado el estándar de tal manera que los productos de sus competidores que están basados en otras soluciones tecnológicas no puedan cumplirlo, aunque su rendimiento sea equivalente. Por lo tanto, este acuerdo, que no se ha establecido de forma no discriminatoria, reducirá o impedirá la innovación y la variedad de productos. No es probable que la forma en que se elabora el estándar produzca mayores mejoras de eficiencia que un estándar neutral.

316. Un organismo de determinación de estándares sin normas claras sobre DPI

Ejemplo 2

**Situación:** Las normas del organismo X de desarrollo de estándares incitan a sus miembros, pero no les obligan, a revelar todos sus DPI (y los DPI pendientes) que sean esenciales para un estándar propuesto. Las normas sobre DPI de X no obligan a sus miembros a comprometerse a conceder licencias del DPI incluido en un estándar.

**Análisis:** Es probable que los acuerdos de estandarización celebrados por X den lugar a efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, y no es probable que cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3. Para no producir efectos restrictivos de la competencia, las partes de un acuerdo de estandarización deben garantizar que las normas sobre DPI obligan a las empresas a declarar durante el proceso de determinación de estándares (es decir, antes de que se acuerde provisionalmente el estándar) que tienen (o creen tener) un DPI esencial (y un DPI pendiente) que puede aplicarse a un estándar propuesto, y que estas empresas identifiquen qué DPI esencial (y DPI pendiente) tienen (o creen tener) antes de que ese estándar se publique formalmente. Aunque no hay ningún requisito general por el que las partes de un acuerdo de estandarización deban declarar que están dispuestas a conceder licencias de su DPI pertinente en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, si no lo hacen pueden restringir la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

317. Estándar no vinculante y transparente que abarca una gran parte del mercado

Ejemplo 3

**Situación:** Varios fabricantes de electrónica de consumo con cuotas de mercado considerables aceptan desarrollar un nuevo estándar para un producto que sustituirá al DVD.

**Análisis:** Siempre que: a) los fabricantes sigan teniendo libertad para producir otros productos nuevos que no se ajustan al nuevo estándar, b) la participación en la determinación del estándar no esté restringida y sea transparente, y c) el acuerdo de estandarización no restrinja la competencia de cualquier otro modo, no se infringe el artículo 101, apartado 1. Si las partes acordaran fabricar únicamente productos que se ajusten al nuevo estándar, el acuerdo limitaría el desarrollo técnico, reduciría la innovación e impediría que las partes vendieran productos diferentes, lo que produciría efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

318. Estándares en el sector de los seguros

Ejemplo 4

**Situación:** Un grupo de empresas de seguros se unen para acordar estándares no vinculantes para la instalación de determinados dispositivos de seguridad (es decir, componentes y equipos diseñados para la prevención y reducción de pérdidas y los sistemas formados a partir de esos elementos) para los que no existe un estándar armonizado en la UE. Estos estándares no vinculantes pueden abarcar uno o varios Estados miembros. Las aseguradoras han comunicado la necesidad específica de tales estándares al organismo de estandarización pertinente de la UE y colaboran con él para establecer una norma armonizada de la UE que contemple esta necesidad. Estos estándares: a) se acuerdan para hacer frente a una necesidad específica y ayudar a las aseguradoras a gestionar el riesgo y a mantener las primas de seguro en un nivel bajo; b) se debaten con la mayoría de instaladores de los Estados miembros afectados y sus opiniones se tienen en cuenta antes de finalizar el estándar; c) son publicados por la asociación o asociaciones de aseguradoras pertinentes en una sección especial de su sitio o sitios Internet de modo que cualquier instalador u otra parte interesada pueda acceder a los fácilmente; y d) caducarán en cuanto se adopte un estándar armonizado de la UE.

**Análisis:** El proceso de determinación de estos estándares es transparente y permite la participación de las partes interesadas. Además, el resultado es fácilmente accesible de forma razonable y no discriminatoria para cualquier persona que desee conocerlo. Siempre que el estándar no produzca efectos negativos en el mercado descendente (por ejemplo excluyendo a algunos instaladores mediante requisitos para las instalaciones muy específicos y no justificados que ciertos instaladores no puedan cumplir) no es probable que produzca un efecto restrictivo de la competencia. Sin embargo, incluso aunque los estándares produzcan un efecto restrictivo de la competencia, pueden cumplirse las condiciones enunciadas en el artículo 101, apartado 3. Los estándares ayudarán a las aseguradoras a analizar hasta qué punto esos sistemas de instalación reducen el riesgo e impiden las pérdidas de tal modo que se puedan reducir las primas. Además, con la salvedad formulada anteriormente respecto del mercado descendente, serán más eficaces para los instaladores y les permitirán cumplir con un conjunto de estándares para todas las aseguradoras de los Estados miembros, en vez de ser probados por separado por cada aseguradora. También pueden facilitar a los usuarios el cambio de aseguradora. Adicionalmente, pueden ser beneficiosos para las aseguradoras más pequeñas que pueden carecer de la capacidad para realizar pruebas por separado. Por lo que se refiere a las demás condiciones del artículo 101, apartado 3, parece que los estándares no vinculantes no van más allá de lo que es necesario para obtener las eficiencias en cuestión; los consumidores se beneficiarán de ellas (en algunos casos



incluso de forma directa) y las restricciones no darán lugar a una eliminación de la competencia. Por lo tanto estos estándares pueden cumplir los criterios del artículo 101, apartado 3, hasta que se implanten las normas armonizadas de la UE para abordar la necesidad específica correspondiente.

319. Estándares medioambientales

Ejemplo 5

**Situación:** Casi todos los fabricantes de lavadoras acuerdan, auspiciados por un organismo público, dejar de fabricar productos que no cumplan ciertos criterios medioambientales (por ejemplo, de eficiencia energética). Las partes poseen conjuntamente el 90 % del mercado. Los productos que desaparecerán progresivamente del mercado con esta medida suponen una proporción significativa de las ventas totales. Dichos productos serán sustituidos por otros más ecológicos, pero también más caros. Además, el acuerdo reduce indirectamente la producción de terceros (por ejemplo, compañías de suministro de electricidad o proveedores de componentes integrados en los productos que irán desapareciendo).

**Análisis:** El acuerdo concede a las partes el control de la producción individual y abarca una proporción considerable de sus ventas y su producción total, mientras que también reduce la producción de terceros. La variedad de productos, que se orienta en parte por las características medioambientales del producto, se ve limitada y es probable que ello traiga consigo un aumento de precios. Por lo tanto, es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. La implicación de un organismo público carece de importancia a efectos de la evaluación de este acuerdo. Sin embargo, los productos más nuevos y más respetuosos del medio ambiente son más avanzados técnicamente y ofrecen eficiencias cualitativas consistentes en que los usuarios pueden utilizar un mayor número de programas en las lavadoras. Además, hay eficiencias económicas para los compradores de lavadoras que son el resultado de los menores costes de funcionamiento debidos al menor consumo de agua, electricidad y detergente. Estas eficiencias económicas se consiguen en mercados diferentes del mercado de referencia del acuerdo. No obstante, estas eficiencias pueden tenerse en cuenta ya que los mercados en los que se producen los efectos restrictivos de la competencia y las mejoras de eficiencia están relacionados y el grupo de usuarios afectados por la restricción y las mejoras de eficiencia es sustancialmente el mismo. Las mejoras de eficiencia compensan los efectos restrictivos de la competencia consistentes en unos costes mayores. Las soluciones alternativas al acuerdo resultan más inciertas y menos rentables para alcanzar los mismos beneficios netos. Las partes disponen de diversos medios técnicos económicamente viables para fabricar productos que se ajusten a las características medioambientales acordadas y se preservará la competencia en lo tocante a otras características de estos productos. Por lo tanto, se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.

320. Estandarización auspiciada por el Gobierno

Ejemplo 6

**Situación:** En respuesta a los resultados de la investigación sobre los niveles recomendados de grasa de ciertos alimentos transformados efectuada por un grupo de reflexión financiado por el Gobierno de un Estado miembro, varios fabricantes

importantes de alimentos transformados de ese Estado miembro acuerdan, mediante reuniones formales en una asociación comercial sectorial, fijar unos niveles recomendados de grasa para esos productos. Las partes representan conjuntamente el 70 % de las ventas de los productos en el Estado miembro. La iniciativa de las partes contará con el apoyo de una campaña publicitaria nacional financiada por el grupo de reflexión que destacará los peligros de los alimentos transformados con alto contenido de grasa.

**Análisis:** Aunque los niveles de grasa sean recomendaciones y por lo tanto voluntarios, debido a la amplia divulgación resultante de la campaña publicitaria nacional, es probable que todos los fabricantes de alimentos transformados del Estado miembro apliquen los niveles de grasa recomendados. Por lo tanto, es probable que se convierta de hecho en un nivel máximo de grasa para los alimentos transformados. De este modo, cabe que se reduzcan las posibilidades de elección de los consumidores en los mercados de productos. Sin embargo, las partes podrán continuar compitiendo por lo que se refiere a varias otras características de los productos, tales como precio, tamaño, calidad, sabor, otro contenido nutricional y de sal, proporción de los ingredientes y marca. Por otra parte, la competencia relativa a los niveles de grasa en la oferta de productos puede aumentar si las partes intentan ofrecer productos con niveles más bajos. Así pues, no es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1.

321. Cláusulas estándar no vinculantes y abiertas usadas en contratos con los usuarios finales

Ejemplo 7

**Situación:** Una asociación comercial de distribuidores de electricidad establece unas cláusulas estándar no vinculantes para el suministro de electricidad a usuarios finales (las «cláusulas estándar para la venta de electricidad»). El establecimiento de estas cláusulas estándar se hace de forma transparente y no discriminatoria. Dichas cláusulas abarcan aspectos como la especificación del punto de consumo, la situación del punto de conexión y el voltaje de conexión, disposiciones sobre la fiabilidad de servicio, así como el procedimiento de liquidación de cuentas entre las partes del contrato (por ejemplo, lo que sucede si el usuario no facilita al distribuidor las lecturas de los dispositivos de medida). Las cláusulas estándar no contemplan ningún aspecto relacionado con los precios, es decir, no contienen ningún precio recomendado u otras cláusulas relacionadas con el precio. Cualquier empresa que opere en el sector tiene libertad para usar las cláusulas estándar según le convenga. Alrededor del 80 % de los contratos concluidos con usuarios finales en el mercado de referencia se basa en estas cláusulas estándar.

**Análisis:** No es probable que estas cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Incluso aunque se convirtieran en práctica sectorial, no parecen tener ningún impacto negativo apreciable en los precios, ni en la calidad o la variedad de los productos.

322. Cláusulas estándar usadas para contratos entre empresas

Ejemplo 8

**Situación:** Las empresas de construcción de un Estado miembro se unen para

establecer unas cláusulas estándar no vinculantes y abiertas para que las utilicen los contratistas cuando oferten un precio a un cliente para un trabajo de construcción. Las cláusulas incluyen un impreso de precios así como las condiciones aplicables a la obra o construcción. El conjunto de estos documentos constituye el contrato de construcción. Las cláusulas cubren aspectos tales como la forma del contrato, las obligaciones generales del contratista y del cliente, condiciones no relacionadas con el precio (por ejemplo, una disposición que especifica el derecho del contratista a anunciar la suspensión de la obra en caso de impago), el seguro, la duración, la entrega y los defectos, la limitación de la responsabilidad, la terminación, etc. A diferencia del ejemplo 7, estas cláusulas estándar se emplearán a menudo entre empresas, una activa en sentido descendente y otra en sentido ascendente.

**Análisis:** No es probable que estas cláusulas estándar produzcan efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1. Por lo general la elección del producto final por el cliente, es decir, la construcción, no sufrirá ninguna limitación significativa. No parece probable que se produzca ningún otro efecto restrictivo de la competencia. De hecho, varias de las cláusulas en cuestión (entrega y defectos, terminación, etc.) se regirán a menudo por el Derecho.

323. Cláusulas estándar que facilitan la comparación de los productos de distintas empresas

#### Ejemplo 9

**Situación:** Una asociación nacional del sector de los seguros difunde unas condiciones estándar no vinculantes para las pólizas de contratos de seguro de hogar. Estas condiciones no dan ninguna indicación del límite de la cobertura del riesgo, del nivel de las primas del seguro o de las franquicias a cargo de los asegurados. Si bien la mayoría de las empresas de seguros utilizan pólizas con condiciones estándar, no todos sus contratos contienen las mismas condiciones ya que estas se adaptan a las necesidades individuales de cada cliente y, por lo tanto, no hay normalización de hecho de los productos de seguro ofrecidos a los usuarios. Las condiciones estándar de la póliza permiten a los usuarios y a sus organizaciones comparar las pólizas ofrecidas por las distintas aseguradoras. Una asociación de usuarios participa en la determinación de las condiciones estándar de la póliza. Los nuevos operadores también pueden usar las condiciones, de forma no discriminatoria.

**Análisis:** Estas condiciones estándar de la póliza se refieren a la composición del producto final de seguro. Es probable que cualquier limitación de la variedad del producto resultante del uso de las condiciones estándar de la póliza por las empresas de seguros quede compensada por eficiencias tales como el hecho de facilitar a los usuarios la comparación de las condiciones ofrecidas por las aseguradoras. A su vez, estas comparaciones facilitan el cambio de aseguradora y, por lo tanto, mejoran la competencia. El hecho de que la asociación de usuarios haya participado en el proceso puede aumentar la probabilidad de que las eficiencias beneficien a los usuarios. Asimismo, es probable que las condiciones estándar de la póliza reduzcan los costes de transacción y faciliten la entrada de las aseguradoras en mercados geográficos y/o de productos diferentes. Además, no parece que las restricciones vayan más allá de lo que es necesario para lograr las eficiencias en cuestión ni que se elimine la competencia. Por lo tanto, es probable que se cumplan los criterios del artículo 101, apartado 3.

