

NUEVA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL DERECHO EUROPEO: AVANCES Y RETOS.

*Ingrid S. Ortiz Baquero*¹

El 14 de diciembre de 2010 la Comisión Europea (en adelante Comisión) aprobó dos importantes reglamentos de exención por categoría. En primer lugar, el Reglamento (UE) 1217/2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (I+D) y, en segundo lugar, el Reglamento (UE) 1218/2010 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización. Estas normas sustituyen los Reglamentos que sobre cada uno de estos temas se habían aprobado en el año 2000².

Las nuevas normas de *soft law* comunitario actualizan la regulación de los acuerdos de naturaleza horizontal (acuerdos de I+D y los acuerdos de especialización) atendiendo fundamentalmente los avances de la jurisprudencia comunitaria en estas materias y, en general, los progresos del Derecho Europeo de la Competencia a partir de la aprobación del Reglamento (CE) 1 de 2003, del Consejo, de 16 de diciembre, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (actuales 101 y 102 del TFUE) y las normas del paquete de modernización.

Estos nuevos y más modernos Reglamentos de Exención (en adelante REC) se complementan con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal [Comunicación (2011/C 11/01) de 14 de enero de 2011], cuyos principales aspectos describimos en este comentario de actualidad.

Aspectos Generales de las Directrices:

Con las nuevas directrices la Comisión busca de dar claridad sobre cuáles acuerdos de cooperación se pueden considerar anticompetitivos y cuáles se consideran exceptuados del ámbito del art. 101 del TFUE, en cuanto su desarrollo se estima positivo para la competencia en general y para los consumidores en particular. En este sentido, la Comisión ha precisado que las directrices complementan los REC, al brindar un marco de análisis a las empresas que tienen el deber de autoevaluar sus acuerdos horizontales a efectos de establecer si caen o no dentro de la norma de prohibición 101 del TFUE (arts. 1 y 2 del Reg. 1/2003).

¹ Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho comercial y Magíster en Responsabilidad contractual y extracontractual, civil y del Estado de la misma Universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Doctora en Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

² Reglamento (CE) No 2659/2000 de la Comisión, de de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo y el Reglamento (CE) No 2658/2000 de la Comisión de de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización

Según lo dispuesto en el apdo. 50 de las Directrices, la combinación de actividades, de activos técnicos y de conocimientos en el marco de los acuerdos de I+D y de los acuerdos de especialización, producen por regla general eficiencias que justifican que dichas conductas queden fuera de la prohibición establecida en el art. 101 del TFUE. No obstante, fuera de los casos amparados por los REC, puede haber lugar a la generación de eficiencias en el desarrollo de los acuerdos de cooperación horizontal cuya valoración en consecuencia debe hacerse a luz de las nuevas Directrices de 2011 que remplazan las aprobadas por la Comisión en el año 2001.

Precisa la Comisión que las pautas que se establecen en las Directrices no se aplican cuando resulta permitente que las conductas se rijan por normas especiales como ocurre en el caso de los acuerdos que tiene lugar en el sector de los seguros, del transporte y de la agricultura. Tampoco se aplican las disposiciones de las Directrices a las concentraciones de empresas cuyos efectos no son de naturaleza cooperativa, y que se rigen por lo dispuesto en el Reglamento 139 de 2004.

Cabe destacar que la Comisión siguiendo la tendencia general sobre el análisis y la valoración de los acuerdos anticompetitivos (apdo. 1 y apdo. 3 del art. 101 del TFUE), recuerda una vez más que es necesario en primer lugar establecer si el acuerdo que se examina es contrario a la libre competencia (por su objeto o su efecto) y sólo una vez determinada su naturaleza anticompetitiva procede su valoración a la luz del apdo. 3 del art. 101 del TFUE que supone la realización de un balance concurrencial entre los efectos positivos y los restrictivos que derivan de la conducta.

La determinación de dichos efectos anticompetitivos se debe efectuar a partir de la construcción de un escenario “but for”, esto es, de la hipotética situación que tendría la competencia de no haber existido la conducta anticompetitiva, considerando entre otros factores el poder de mercado de las partes que participan en el acuerdo, la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada y el poder de negociación de los compradores/proveedores y por supuesto los competidores reales actuales y potenciales dentro del mismo.

En este sentido las Directrices destacan la necesidad de valorar caso por caso dada la variedad de acuerdos de naturaleza horizontal y la imposibilidad de que se establezcan reglas y umbrales de orden general.

Tras recordar cómo deben aplicarse los apdos. 1 y 3 del art. 101 del TFUE, la Comisión aborda en las nuevas Directrices el estudio de los acuerdos de intercambios de información, los acuerdos de I+D, los acuerdos de producción (subcontratación y especialización), los acuerdos de compra y los acuerdos de estandarización.

También se precisa que las Directrices son aplicables a los acuerdos de cooperación integrada que son aquellos que abarcan distintos niveles de cooperación y respecto a los cuales se propone un análisis segmentado excepto en los casos en los que claramente puede definirse cuál fase de la cooperación constituye en núcleo del contenido y alcance de la conducta.

Algunos puntos generales sobre los distintos tipos de acuerdos de cooperación horizontal son los siguientes:

ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Aunque ya existían unas normas sobre intercambios de información en las Directrices sobre la aplicación del art. 101 del TFUE al sector del Transporte Marítimo, la Comisión aborda en detalle el estudio de los intercambios de información que pueden considerarse ajustados a las normas de competencia y aquellos que al eliminar la incertidumbre sobre las variables estratégicas de la competencia resultan ilícitos

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia lo primero que se indica es que los intercambios pueden tener lugar en distintos contextos y pueden suscitarse de diferentes formas (apdos. 55 y 56)³. Desde la perspectiva de su licitud o ilicitud, señalan las Directrices que necesario valorar no sólo la estructura y las características del mercado sino además la clase de información intercambiada.

A efectos de determinar si el intercambio de información es anticompetitivo es necesario examinar las condiciones de mercado en el que tiene lugar y determinar en qué medida el intercambio modifica dichas condiciones. En términos concretos, aquellos acuerdos que generan mayor transparencia en los mercados tienen una mayor potencialidad de ser anticompetitivos en la medida en que eliminan la incertidumbre sobre los factores claves de la competencia entre empresarios

En cuanto a las características de la información, la Comisión indica que existe una mayor potencialidad restrictiva en el intercambio de información estratégica. Dicha información puede referirse a precios, listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de Investigación y Desarrollo así como a sus resultados. Adicionalmente es necesario establecer si los datos intercambiados están individualizados o son agregados, la antigüedad de los datos intercambiados, la frecuencia con que las empresas intercambian la información, el carácter público o privado de los datos intercambiados y el carácter público o no del intercambio en sí mismo considerado.

Para que el acuerdo sea objeto de sanción resulta se requiere además que las empresas que participan en el acuerdo cubran una parte considerable del mercado, el cual no puede definirse a priori en la medida en que depende de las de las circunstancias y la estructura propia.

Establecido el carácter anticompetitivo, los apdos 95 a 104 de la Directrices abordan la valoración de los acuerdos de intercambios de información a la luz de lo establecido en el apdo. 3 del art. 101 del TFUE. En estos apartados la Comisión analiza detenidamente las eficiencias que pueden generar este tipo de acuerdos, la necesidad de que se produzca su traslado a los consumidores a efectos de que quienes han contribuido a su ejecución pueden exonerarse y la necesidad de que dichas eficiencias no puedan alcanzarse a través de un medio menos restrictivo.

³ A juicio de la Comisión cuando el intercambio de información constituye *per se* un acuerdo anticompetitivo o es un medio para garantizar la estabilidad del mismo su valoración debe hacerse atendiendo las normas sobre carteles. El intercambio también puede ser empleado para materializar una práctica concertada o bien una exclusión contraria a las normas de libre competencia supuestos en los que también se estará ante conductas ilícitas prohibidas por el art. 101 del TFUE.

ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO (I+D)

Esta clase de acuerdos esta referida a la generación de mejoras en productos o tecnologías existentes o bien a la creación de productos o tecnología completamente nueva. La regulación de los Acuerdos de I+D también comprende la de los acuerdos de subcontratación y los contratos accesorios de fabricación o comercialización de los resultados de la I+D.

A efectos de valorar el carácter anticompetitivo de estos acuerdos, se prevé la necesidad de considerar entre otros aspectos los competidores verosímiles, la afectación del mercado de productos y el cálculo de las cuotas de mercado (tanto si la propuesta es de mejoramiento de un producto ya existente como la elaboración de uno completamente nuevo que sustituirá aquellos presentes en el mercado).

Se indica que los acuerdos de I+D pueden generar problemas de competencia cuando reducen o retrasan el desarrollo y el acceso a productos nuevos, reducen la competencia entre los terceros ajenos al acuerdo o bien incentivan la coordinación de conductas entre competidores. El riesgo de exclusión sólo tiene lugar en estos casos cuando uno de los operadores participantes en la conducta tiene un poder de mercado significativo.

Las Directrices reconocen que junto al riesgo de los efectos anticoncurrenciales, los acuerdos de I+D pueden generar de acuerdo con el apdo. 3 del art. 101 el TFUE una importante serie de eficiencias tales como productos mejorados o nuevos, el desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez, la mayor difusión del conocimiento, la reducción de costos y la innovación.

A efectos de conseguir que el acuerdo quede por fuera del ámbito de la prohibición será necesario demostrar que las eficiencias se trasladan a los consumidores, que son necesarias en la medida que no pueden obtenerse a través de un medio menos restrictivo y que no eliminan la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o tecnologías en cuestión.

ACUERDOS DE PRODUCCIÓN

A través de este tipo de acuerdos una sola de las partes o dos o más partes acuerdan realizar la producción. Es posible conforme lo establece el apdo. 150 de las Directrices que las empresas produzcan a través de una empresa en participación o bien, que lo hagan mediante los acuerdos de subcontratación en los que una parte (el «contratista») encarga a otra (el «subcontratista») la producción de un bien o servicio.

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.

Desde la perspectiva del apdo. 1 del art. 101 del TFUE los acuerdos de producción pueden limitar la competencia entre las partes que a través de su implementación logran alinear su conducta, los precios, intercambiar información relevante y otros factores esenciales de la competencia. Este tipo de acuerdos también puede llevar a comportamientos colusorios en cuanto a la provisión de los productos, permitiendo la reducción de la oferta, la menor calidad y precios más altos. Eventualmente esta clase

de acuerdos pueden generar efectos de exclusión de terceros empresarios cuando por ejemplo el acuerdo de producción les permite a las empresas participantes incrementar el valor de un insumo necesario para las empresas establecidas en los mercados “aguas abajo”.

Los efectos anticompetitivos dependerán como en los otros acuerdos de cooperación que hemos mencionado antes, de las características del mercado en que se aplica, la naturaleza de la cooperación, su cobertura y la naturaleza del producto afectado. También dependerá del poder de mercado que adquieren las empresas partes del acuerdo. En cualquier caso es necesario tener en cuenta que los potenciales efectos restrictivos serán mayores si el acuerdo de producción conlleva adicionalmente actividades de distribución y comercialización conjunta.

A la luz de lo previsto en el apdo 3 el art. 101 del TFUE, los acuerdos de producción pueden generar eficiencias relativas a la reducción de costos y mejoras en los procesos productivos. Como en los casos anteriores la empresa que reclama la exención deberá demostrar que las eficiencias se trasladan a los consumidores, que no existe un medio menos restrictivo de lograrlas y que el acuerdo no elimina completamente la competencia en el mercado de los productos en cuestión.

ACUERDOS DE COMPRA

El apdo. 194 de la Directrices dispone que los acuerdos de compra conjunta tienen como objetivo lograr un poder considerable de negociación que puede dar lugar a unos precios más bajos o mejor calidad de los bienes y servicios. 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 denominados «arreglos de compra conjunta».

Los acuerdos de compra pueden generar sus efectos anticompetitivos tanto en el mercado de compra como en el mercado descendente de la venta. Las restricciones pueden reflejarse en precios mayores, reducción de la producción, calidad, innovación o variedad del producto, problemas en cuanto al reparto del mercado o bien la exclusión de otros posibles compradores.

Así, en efecto, quienes concurren a la celebración del acuerdo de compra tienen mayores incentivos para coordinar sus conductas en el mercado descendente de ventas, pueden exigir además que sus proveedores reduzcan la calidad de los bienes que le suministran, su diversidad y, en general, las innovaciones. El desarrollo de los acuerdos también pueden conllevar los intercambios de información comercial esencial que a su vez pueden facilitar la coordinación en materia de precios y volúmenes de compra.

Los acuerdos de compra pueden excluir además a terceras empresas que desean adquirir un producto determinado y que no disponen del poder de mercado que han adquirido las empresas que han concurrido a la celebración del acuerdo.

En el ámbito del apdo. 3 el art. 101 del TFUE los acuerdos de compra pueden generar según lo señala el apdo. 217 de las Directrices eficiencias que están representadas en ahorros de costes debidos a precios de compra más bajos o menores costes de transacción, transporte y almacenamiento. Adicionalmente estos acuerdos pueden dar

lugar a mejoras cualitativas de eficiencia que incentiven a los proveedores a innovar y lanzar a los mercados productos nuevos o mejorados.

Como en los casos anteriores, la aplicación de la exención exige que quien la invoca tenga que demostrar todos los requisitos dispuestos en el apdo. 3 del art. 101 del TFUE.

ACUERDOS DE COMERCIALIZACIÓN

Al tenor de lo establecido en el apdo. 225 de las Directrices, esta clase de acuerdos se celebran con el objeto de que dos o más empresarios cooperen en la venta, promoción y distribución de sus productos sustitutivos. El alcance de estos acuerdos puede ser mayor en cuanto abarque la totalidad de las actividades de distribución, o puede ser mucho menor si sólo implica por ejemplo la distribución, la publicidad o el servicio postventa.

Esta clase de acuerdos pueden generar entre otros efectos restrictivos la fijación de precios, limitaciones en la producción, el intercambio de información estratégica y la segmentación y reparto de mercados. Los efectos nocivos para la competencia dependerán de la extensión del acuerdo en cuanto a las actividades y el poder de mercado de las partes involucradas dentro de ellos.

Es probable que este tipo de acuerdos no resulten restrictivos de la competencia cuando resulten indispensables para que una de las partes pueda introducirse en un mercado dentro del cual no habría podido ingresar de no ser por el acuerdo.

En cuanto a las eficiencias económicas que podrían dar lugar a la exención del acuerdo si cumple las exigencias del apdo. 3 del art. 101 del TFUE; las Directrices señalan que éstas no pueden consistir sólo en una eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que deben traducirse en ventajas derivadas de la integración de actividades económicas. Se precisa también que la fijación de precios sólo puede justificarse de forma excepcional, en la medida en que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y dicha integración produzca mejoras considerables. Por su parte, señala el apdo. 246 de las Directrices que, los acuerdos de distribución conjunta pueden generar economías de escala y alcance particularmente para productores pequeños.

Como en los supuestos anteriores, las eficiencias deben ser trasladables a los consumidores, deben ser indispensables y que en ningún caso deben permitir que la competencia se elimine completamente dentro del mercado de productos o servicios de que se trate.

ACUERDOS DE ESTANDARIZACIÓN

Las Directrices intentan generar un adecuado balance entre las normas de libre competencia y la adecuada protección de las normas de propiedad intelectual. Las directrices reconocen como regla general que los acuerdos de estandarización y los que involucran Derechos de Propiedad Intelectual, son pro-competitivos y sólo excepcionalmente pueden considerarse incorporadas en el ámbito del artículo 101 del TFUE.

El apdo. 257 de las Directrices señala que *“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”*.

Por su parte el apdo. 259 refiriéndose a las cláusulas estándar señala *“En ciertos sectores, las empresas emplean cláusulas y condiciones estándar de venta o compra 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 de bienes o servicios entre competidores y consumidores (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 estar alineadas. Como ejemplos de sectores en los que las cláusulas estándar desempeñan un papel importante cabe citar el sector bancario (por ejemplo, las condiciones referentes a las cuentas bancarias) y el de los seguros”.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, los acuerdos de estandarización pueden limitar la competencia cuando promueven los acuerdos de precios, limitan o controlan la producción, la innovación y el desarrollo de los mercados técnicos. Igualmente pueden tener efectos restrictivos cuando impiden el ingreso de nuevos competidores en un mercado al limitar su acceso a la tecnología estandarizada, establecen cobros excesivos para dicho acceso o simplemente retrasan injustificadamente el ingreso de nuevos competidores y el desarrollo de nuevos avances tecnológicos.

Dentro del conjunto de los acuerdos de estandarización, las Directrices ponen especial énfasis en los acuerdos que se refieren a Derecho de Propiedad Intelectual distinguiendo en este ámbito tres sectores. El sector de quienes desarrollan y venden tecnología y por lo tanto tiene especial interés en los costos de los DPI; el sector de las empresas que adquieren la tecnología y la venden, cuyo interés es el de reducir los costos que se pagan por los DPI, y el sector de las empresas integradas verticalmente que están presentes tanto en el nivel de la venta de DPI como en el de la distribución de los productos desarrollados con la tecnología derivada de los DPI.

Según lo precisan las Directrices, si sobre el estándar de referencia existen derechos de PI, es posible que se produzcan restricciones injustificadas a la competencia, cuando por ejemplo el titular de los DPI no permite el acceso a la tecnología estándar, no accede a su licenciamiento o bien lo hace a costos excesivos, lo cual no sólo impediría el acceso de los consumidores sino el desarrollo de la libre competencia en el concreto mercado donde el estándar se aplica. Para evitar este tipo de restricciones las Directrices restablecen que a efectos de garantizar el acceso efectivo el estándar, resulta necesario exigir a los titulares de DPI que están interesados en que sus derechos se incluyan en el estándar, que se prometan por escrito y de forma irrevocable a ofrecer licencias de su DPI esencial a todos los terceros en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, acuerdo éstos que se denominan compromiso FRAND regulados detalladamente en los apdos. 287 a 291 de las Directrices.

Tratándose de las cláusulas estándar sus efectos restrictivos pueden tener lugar cuando limitan la gama de productos o bien la innovación, tales efectos sólo son probables si las cláusulas estándar definen el alcance del producto final. En particular este tipo de acuerdos en materia de precios pueden afectar la competencia e

igualmente puede tener este efecto nocivo si las cláusulas estándar que se vuelven frecuentes en un mercado y por tanto pueden restringir el acceso al mismo.

En cuanto a los beneficios que pueden derivar de las cláusulas estándar el apdo. 312 de las Directrices destaca que esta clase de acuerdos puede facilitar a los clientes la comparación de las condiciones ofrecidas y, por ende, el cambio de una empresa a otra. Adicionalmente, pueden dar lugar a mejoras de eficiencia en forma de ahorros en costes de transacción y, pueden facilitar la entrada al mercado en ciertos sectores en los que las formas jurídicas son complejas. En estos casos, la persona que invoca la aplicación del apdo. 3 el art. 101 del TFUE, tiene que probar adicionalmente que las acuerdos son indispensables, es decir, que las eficiencias que se invocan no se podrían obtener a través de un medio menos restrictivo, que las eficiencias obtenidas se pueden trasladar a los consumidores y que los acuerdos no eliminan la competencia por completo respecto a los productos o servicios de que se trate.

Aunque los nuevos REC y las nuevas Directrices llevan aún muy poco tiempo de vigencia, ya han generado una revolución por parte de la doctrina Europea, que ve en estos nuevos instrumentos un paso más dentro del proceso de aproximación e interpretación más económica del Derecho antitrust comunitario.