

LA COLABORACIÓN EN UTE COMO ACUERDO RESTRICTIVO DE LA COMPETENCIA

COOPERATION UNDER THE LEGAL FORM OF «UTE» AS A RESTRICTIVE AGREEMENT ON COMPETITION

Juan ARPIO SANTACRUZ*

RESUMEN

En el presente artículo se estudia la compatibilidad de los acuerdos de colaboración en UTE con las exigencias de la libre competencia, y en particular con los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC. En la elaboración del artículo se han tenido en cuenta las nuevas Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal de 2023 en cuyo capítulo 5, sobre los «acuerdos de comercialización», se dedica un epígrafe específico a los «consorcios de licitadores» con el que se pretende proporcionar un marco analítico que facilite la autoevaluación de este tipo de acuerdos.

Palabras clave: Competencia, acuerdos de cooperación, Unión Temporal de Empresas, restricción, necesidad objetiva, exención.

ABSTRACT

This article analyses the compatibility of cooperation agreements under the legal form of UTE with the requirements of competition, and in particular with those of articles 101 TFEU and 1.1 LDC. It takes into account the new European Commission Guidelines on horizontal cooperation agreements of 2023 and, in particular, its specific section on «bidding consortia» provided for within Chapter 5 on «commercialisation agreements», which aims to provide an analytical framework that facilitates self-assessment of this type of agreements.

Keywords: Competition, cooperation agreements, joint ventures, restriction, objective necessity, exemption.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COLABORACIÓN EN UTE Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.—1. Concepto de UTE, caracterización y régimen jurídico.—2. Las disposiciones de competencia aplicables al acuerdo.—III. LA COLABORACIÓN EN UTE COMO ACUERDO ENTRE EMPRESAS.—1. Planteamiento.—2. El acuerdo de colaboración en UTE y la regla general de prohibición

* Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza. Dirección de correo electrónico: *arpio@unizar.es*. El presente trabajo se realiza dentro del grupo de investigación I+D+i «Jueces y Derecho de la Competencia» (Ref. PID2020-115314GB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Fecha de recepción: 4 de abril de 2024 // Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2024

de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC.—2.1. Preliminar.—2.2. *La incidencia del acuerdo en la competencia cuando la colaboración es objetivamente necesaria para acceder al contrato.*—2.2.1. El criterio de la necesidad objetiva.—2.2.2. La aplicación del criterio de necesidad objetiva.—2.3. *La incidencia del acuerdo en la competencia cuando la colaboración no es objetivamente necesaria para acceder al contrato.*—2.3.1. La necesidad de analizar el riesgo.—2.3.2. Su carácter restrictivo «por el objeto» o «por los efectos». - 3. El acuerdo de colaboración en UTE y la exención de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. COOPERATION UNDER «UTE» AND COMPETITION LAW.—1. Concept of «UTE», characterization and legal regime.—2. Competition rules applicable to the agreement.—III. COOPERATION UNDER «UTE» AS AN AGREEMENT BETWEEN UNDERTAKINGS.—1. Issues raised.—2. The agreement to cooperate under «UTE» and the general rule of prohibition of articles 101.1 TFEU and 1.1 LDC.—2.1. Preliminary.—2.2. *The impact of the agreement on competition when cooperation is objectively necessary to have access to the contract.*—2.2.1 The objective necessity criterion.—2.2.2. The application of the objective necessity criterion.—2.3. *The impact of the agreement on competition when cooperation is not objectively necessary to have access to the contract.*—2.3.1. The need to analyze the risks of restrictions.—2.3.2. Restrictions of competition by object or restrictive effects.—3. The agreement to cooperate under «UTE» and the exemption of articles 101.3 TFEU and 1.3 LDC.—IV. CONCLUSIONS.—V. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

La ejecución de muchos proyectos consistentes en la realización de obras o la prestación de servicios exige o aconseja la colaboración o cooperación de varias empresas. La envergadura, las exigencias económicas, los requisitos técnicos, su localización u otras características de los proyectos, determinan que muchas empresas no puedan acometerlos individualmente, y que algunas valoren la posibilidad de colaborar entre ellas para su ejecución en común. Una forma de articular jurídicamente esta colaboración es a través del establecimiento de una «unión» que agrupe a varias empresas durante el tiempo necesario para desarrollar el proyecto.

Los antecedentes de la actual regulación de las Uniones Temporales de Empresas (UTE) se remontan a la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre asociaciones y uniones de empresas¹, cuya aprobación se produce casi simultáneamente a la de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de competencia². Aunque ambas disposiciones compartían el objetivo de estimular y fortalecer la economía nacional, se inspiraban en principios diferentes. Mientras la primera favorecía la integración y la colaboración entre empresas, la segunda promovía la independencia de comportamiento y la competencia. De ahí que, desde el primer momento, se plantease la difícil e importante tarea de determinar la forma en que ambos principios, de integración y de competencia, debían armonizarse³.

A pesar del tiempo transcurrido, la problemática que rodea a la compatibilidad de esta figura colaborativa con las exigencias de la libre competencia no solo no ha perdido vigencia sino que ha atraído mayor atención de la doctrina especializada, especialmente en los últimos años, dado que la lucha contra la colusión en el ámbito de la contratación pública se ha convertido en una de las prioridades de la política de competencia⁴.

¹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1963.

² BOE núm. 175, de 23 de julio de 1963.

³ BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO (1969), págs. 18-19.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, DOUE de 18

En el presente artículo se estudia la compatibilidad de los acuerdos de colaboración en UTE (o acuerdos de consorcio; o consorcios de licitadores) con las exigencias de la defensa de la competencia y, en particular, de los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC. En la elaboración del trabajo se han tenido en cuenta las nuevas Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, en cuyo capítulo 5, sobre los «acuerdos de comercialización», dedican un epígrafe específico a los «consorcios de licitadores», lo que supone una novedad con respecto a los precedentes Directrices de 2011⁵, con el que se pretende proporcionar un marco analítico que facilite la autoevaluación de este tipo de acuerdos⁶.

II. LA COLABORACIÓN EN UTE Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. Concepto de UTE, caracterización y régimen jurídico

La UTE constituye la forma jurídica que adopta «un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica»⁷.

Los antecedentes de la figura se encuentran en las medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas establecidas por la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, consistentes en fomentar mediante incentivos fiscales la creación de Uniones y agrupaciones de este tipo de empresas, y en promover los vínculos de colaboración entre empresas que resultasen beneficiosos para la economía nacional. Uno de los dos tipos de vínculos o sistemas de colaboración regulados en la Ley eran las «agrupaciones temporales de empresas» para la ejecución de obras y servicios.

La Ley 196/1963, de 28 de diciembre, fue parcialmente derogada por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones

de marzo de 2021, nº C 91, pág. 1. En su Plan de Actuación de 2019, la CNMC se comprometió a centrar sus esfuerzos de promoción de la competencia en la mejora de la eficiencia en la contratación pública, entre otros ámbitos. Como parte de esas actuaciones, la CNMC elaboró un Informe, *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, Informe E/CNMC/004/18, 7 de febrero de 2019, accesible en el Sitio Internet de la CNMC: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/23141146.pdf> y actualizó la Parte primera (planificación) de su Guía sobre contratación pública y competencia (vid. CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, G-2019-02, 16 de diciembre de 2020, accesible en el Sitio Internet de la CNMC: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/333463520.pdf>). Así mismo adoptó el documento, *Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva*, G-2021-01, 7 de julio de 2021, accesible en el enlace <https://www.cnmc.es/sites/default/files/editorcontenidos/Promocion/37350210.pdf>. Las autoridades autonómicas también contribuyeron a este esfuerzo. Véase, por ejemplo, la *Guía para la detección de la colusión en la contratación pública* de la Autoridad Catalana de la Competencia de septiembre de 2010, actualizada en noviembre de 2023, a la que se puede acceder en el Sitio Internet de la Autoridad: https://acco.gencat.cat/web/content/80_accos/documents/arxius/actuacions/guia-colusion-contratacion-publica-ESP.pdf; o la *Guía sobre Contratación pública y Competencia* de la Autoridad Vasca de Competencia de 15 de febrero de 2021, accesible a través del enlace: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf.

⁵ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, *DOUE* 14 de enero de 2011, nº C 11, pág. 1. Corrección de errores en *DOUE* de 2 de febrero de 2011, nº C 33, pág. 20.

⁶ Cfr. Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 2.

⁷ SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª), de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:401, F.D. 6.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 28 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:399, F.D. 5.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 30 de julio de 2018, ECLI:ES:AN:2018:3385, F.D. 4.º. Véase también el artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional⁸, lo que afectó al régimen de las Agrupaciones Temporales de Empresas. A partir de entonces, cambiaron su denominación por la de «Uniones Temporales de Empresas» y pasaron a regularse en los artículos 7-10 de la nueva disposición. Esta será objeto de algunas modificaciones posteriores, pero se mantendrá inalterada la regulación de las UTE.

Uno de los ámbitos en el que es frecuente que las empresas actúen agrupadas en UTE es en el de la contratación pública, ya que la envergadura y complejidad de muchos de los proyectos promovidos por el sector público dificultan que puedan ser asumidos o ejecutados por una sola empresa. De ahí que las propias disposiciones reguladoras de la contratación pública contemplen expresamente la posibilidad de que los empresarios concurren a las licitaciones agrupados bajo esta forma jurídica siempre que cumplan algunos requisitos. En la actualidad, esta posibilidad está prevista en el artículo 69 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁹, que también debe ser tenida en cuenta para conocer el régimen jurídico de esta figura¹⁰.

Los principales rasgos configuradores de las UTE derivan de lo establecido en las dos disposiciones citadas. Se trata de agrupaciones de empresas o de empresarios —ya sean personas físicas o jurídicas, residentes en España o en el extranjero— de origen contractual, ya que se crean por voluntad de las partes. El Tribunal Supremo ha manifestado que su naturaleza jurídica es la de una «figura negocial de tipo asociativo de la que no emerge una persona jurídica»¹¹.

La finalidad de la agrupación consiste, exclusivamente, en la ejecución en común de un proyecto concebido para dar satisfacción a una necesidad extrínseca a las empresas que se asocian, que puede consistir en la realización de una obra, la prestación de un servicio, o ambas cosas, dentro o fuera de España¹². Para ello, cada empresa se obliga a cooperar con las demás y a contribuir con su actividad empresarial y con sus medios o recursos, en los términos convenidos, al buen resultado del mismo. Las prestaciones comprometidas por las partes pueden ser semejantes o ser diferentes pero complementarias para la realización del proyecto.

Puesto que se crean con la finalidad de ejecutar un proyecto, las UTE tienen carácter temporal, y su duración viene determinada por el tiempo requerido para completarlo¹³. Durante la vigencia de la UTE, las partes no pierden su indepen-

⁸ BOE núm. 137, de 9 de junio de 1982.

⁹ BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017. Desde la aprobación del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965) todas las disposiciones reguladoras de la contratación pública que la han sucedido han establecido la posibilidad de que los empresarios presenten sus ofertas en las licitaciones públicas agrupados en UTE.

¹⁰ Sobre los requisitos que derivan del citado artículo 69 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para que las uniones de empresas puedan concurrir a las licitaciones del sector público, véase GUILLÉN CARAMÉS (2020) págs. 6-16.

¹¹ ATS (Civil, Secc. 1.ª), de 6 noviembre 2007, ECLI:ES:TS:2007:13623.ª; STS (Civil, Secc. 1.ª), de 29 de julio de 2004, ECLI:ES:TS:2004:5584.

¹² Cfr. artículo Octavo, letra b), de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

¹³ Según el artículo 8, letra c), de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, tras su modificación por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no

dencia, y es habitual —aunque no indispensable— que continúen desarrollando su actividad económica al margen de ella.

Un importante elemento configurador de las UTE es que carecen de personalidad jurídica propia¹⁴. En consecuencia, no son titulares de un patrimonio propio, lo cual no es óbice para que sus integrantes puedan crear un fondo operativo común del que sean cotitulares en la proporción que determinen, destinado a atender las obligaciones que requiera la ejecución del proyecto.

Las UTE cuentan con un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes¹⁵. De los actos y contratos concertados en beneficio del común por el gerente único en su condición de tal, responden personal, solidaria e ilimitadamente todos los miembros de la UTE¹⁶.

Para beneficiarse del régimen tributario establecido en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, las UTE deben formalizarse en escritura pública, en la que han de hacerse constar las menciones exigidas en el artículo Octavo, letra e), de esa disposición, e inscribirse en el Registro Especial de UTE del Ministerio de Hacienda. Una de las menciones exigidas es la denominación, que estará formada por las razones sociales de una, varias o todas las empresas que la integren, debiéndose añadir la expresión «Unión Temporal de Empresas, Ley 18/1982»¹⁷.

2. Las disposiciones de competencia aplicables al acuerdo

Las UTE son entidades creadas por operadores económicos con la finalidad de colaborar en la realización de actividades económicas. Por consiguiente, tanto la unión temporal como sus miembros se encuentran sometidos a las disposiciones de competencia, con la particularidad de que, al carecer de personalidad jurídica, de las actuaciones realizadas por la UTE a través del gestor responden solidariamente los operadores que la integran conforme al principio de responsabilidad personal¹⁸. Ello plantea la cuestión de determinar las normas con arreglo a las cuales ha de valorarse la conformidad del acuerdo de colaboración en UTE con las exigencias de la libre competencia¹⁹.

Residentes (*BOE* núm. 303 de 19 de diciembre de 2002), «[L]as uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima no podrá exceder de veinticinco años, salvo que se trate de contratos que comprendan la ejecución de obras y explotación de servicios públicos, en cuyo caso, la duración máxima será de cincuenta años». Por su parte, las disposiciones administrativas sobre contratación siempre han mantenido una correspondencia entre la duración de la UTE y la del contrato de adjudicación. No obstante, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, establece en el artículo 69.4 que «la duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente, al menos, con la del contrato hasta su extinción».

¹⁴ Artículo Séptimo, Dos, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

¹⁵ Artículo Octavo, letra d), de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

¹⁶ Artículo Octavo, letra e), Siete, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo. Véase también la STS (Civil, Secc. 1.ª), de 29 julio de 2004, *cit.*, y el comentario de la misma de CURTO POLO (2005).

¹⁷ Artículo octavo, letra e), Uno, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

¹⁸ Aunque las propias uniones temporales se consideran operadores económicos (cfr. considerando nº 9 y artículo 5.2 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, *DOUE* de 28 de marzo de 2014, nº L 94, pág. 1) y son destinatarias de las disposiciones de competencia, el presente trabajo se ocupa del acuerdo de las empresas para colaborar en UTE.

¹⁹ Sobre estos aspectos véase ALONSO SOTO (2010).

La práctica y la jurisprudencia en la materia así como la doctrina especializada coinciden en considerar que los acuerdos de colaboración en UTE constituyen acuerdos en el sentido de los artículos 101 TFUE y 1 LDC²⁰. Y ello aun cuando, a menudo, dichos acuerdos implican un cierto grado de integración de los recursos y las actividades de las partes que, en algunos casos, puede ser significativo. Como se sabe, las normas sobre concentraciones económicas se aplican a las operaciones que dan lugar a un «cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas»²¹. Sin embargo, la integración resultante de los acuerdos para colaborar en UTE no cumple generalmente este requisito, ya que no da lugar a un cambio en el control —pues las empresas continúan teniendo independencia formal y organizativa y autonomía en sus decisiones—, y los cambios que se producen tampoco pueden considerarse estables, pues su duración se encuentra limitada al tiempo necesario para la realización del proyecto²².

Los artículos 101 TFUE y 1 LDC establecen en el apartado primero una regla general de prohibición de todos los acuerdos entre operadores económicos, incluidos los asociativos, que sean susceptibles de afectar a la competencia en todo o en parte del mercado²³. Esta regla general no es absoluta ya que, en virtud de la exención legal instituida en el apartado 3 de ambos preceptos, la prohibición no se aplica a los acuerdos y prácticas que contribuyen a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes o servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que al menos una parte de esas ventajas beneficie a los consumidores, no impongan a las empresas restricciones innecesarias para conseguir esos objetivos, y no consientan a las empresas participantes eliminar totalmente la competencia.

La exención del apartado 3 de los artículos 101 TFUE y 1 LDC se aplica individualmente o mediante exenciones por categorías²⁴. Entre los Reglamentos de exención por categorías, tiene especial interés para el objeto del presente estudio el Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión, de 1 de junio de 2023, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos de especialización (Reglamento de exención por cate-

²⁰ Véase, por todos, ALONSO SOTO (2010), págs. 118 y siguientes.

²¹ Cfr. artículo 7 LDC y artículos 1 y 3 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, *DOUE* de 29 de enero de 2004, n° L 24, págs. 1 y siguientes.

²² La doctrina y la práctica también se han planteado si la creación de una UTE para presentar ofertas en las licitaciones puede suponer un abuso de posición dominante. La Autoridad de competencia valoró la posibilidad de considerar abusiva la creación de una UTE en el expte. Agencias de viaje, *cit.*, F.D. 8.º; en el expte. R 504/01, *Terapias respiratorias domiciliarias*, *cit.*, F.D. 2.º, y en la Resolución del TDC de 31 de mayo de 2005 en el expte. R 614/04, *Terapias respiratorias domiciliarias 2*, F.D. 1.º, pero terminó archivando las actuaciones a ese respecto y evaluando las conductas con arreglo a los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

²³ En el caso del artículo 101 TFUE, la aplicabilidad de la regla general de prohibición del apartado 1 exige, además, que el acuerdo afecte al comercio entre los Estados miembros. Sobre la interpretación del concepto de efecto en el comercio entre los Estados miembros contenido en el artículo 101 TFUE, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DOUE* de 27 de abril de 2004, n° C 101, pág. 81.

²⁴ Como se indica en el apartado 35 de las Directrices generales de la Comisión Europea que se citan posteriormente en este mismo apartado, la aplicación del artículo 101.3 TFUE a categorías de acuerdos por medio de reglamentos de exención se basa en la presunción de que los acuerdos restrictivos contemplados en estas disposiciones cumplen las cuatro condiciones enunciadas en el mencionado precepto del TFUE. La aplicabilidad de los reglamentos de exención por categorías adoptados por la Unión Europea a las conductas comprendidas en el ámbito de la prohibición del artículo 1.1 LDC resulta del artículo 1.4 LDC.

gorías de acuerdos de especialización 2023)²⁵, dado que algunas UTE realizan actividades de producción conjunta y estas actividades se encuentran comprendidas en su ámbito de aplicación.

Para conocer cómo inciden los artículos 101 TFUE y 1 LDC en los acuerdos de colaboración en UTE también es importante tener en cuenta las comunicaciones de la Comisión Europea que establecen orientaciones para interpretar los aspectos más relevantes del artículo 101 TFUE, la mayoría de los cuales se plantean igualmente en el ámbito del artículo 1 LDC, dado el tenor similar de ambos preceptos. En consecuencia, las interpretaciones que proporcionan esas orientaciones también interesan en el ámbito del Derecho nacional, y son tenidas en cuenta por las Autoridades nacionales de competencia y por los Tribunales de Justicia²⁶.

Por la materia tratada en este capítulo, tienen especial relevancia las comunicaciones de la Comisión Europea que establecen Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado²⁷ (Directrices generales) y Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal)²⁸. La versión vigente de estas últimas es de 2023 y, como se ha señalado, incluyen un epígrafe específico dedicado a los «consorcios de licitadores»²⁹ o acuerdos de consorcio, que se aplica a las «situaciones en las que dos o más partes cooperan para presentar una oferta conjunta en una licitación pública o privada»³⁰.

Aparte de las anteriores disposiciones, es importante tener en cuenta la práctica de las Autoridades de defensa de la competencia y la jurisprudencia de los Tribunales que han interpretado y aplicado todas las normas citadas.

III. LA COLABORACIÓN EN UTE COMO ACUERDO ENTRE EMPRESAS

1. Planteamiento

El acuerdo para colaborar en UTE no constituye *per se* un acuerdo anticompetitivo, pues se trata de una figura asociativa legalmente admitida y prevista en los propios procesos de contratación pública, en los que se establece expresamente que las empresas pueden presentar sus ofertas bien de forma individual, bien en UTE³¹. Ello tampoco significa que esta forma de colaboración sea en

²⁵ *DOUE* de 2 de junio de 2023, n° L 143, pág. 20.

²⁶ Véase, por ejemplo, STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 23 de octubre de 2019, ECLI:ES:TJSCAT:2019:11976.

²⁷ *DOUE* de 27 de abril de 2004, n° C 101, pág. 97.

²⁸ Comunicación de la Comisión Europea 2023/C 259/01, *DOUE* de 21 de julio de 2023, n° C 259, pág. 1.

²⁹ Epígrafe 5.4, apartados 347 y siguientes.

³⁰ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 347.

³¹ Resolución de la CNMC de 12 de noviembre de 2019, expte. S/0010/19, *ITV Comerciales en carretera*, F.D. 2.º; Resolución de la CNMC de 30 de junio de 2016, Expte. S/0519/14, *Infraestructuras Ferroviarias*; Resolución del TCDC de la Autoridad Catalana de Competencia de 9 de febrero de 2016, expte. n° 57/2014, *Fisiogestión*; STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª), de 28 de septiembre de 2022, F.D. 3.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª), de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:401, F.D. 6.º; SAN de 27 de diciembre de 2021, ECLI:ES:AN:2021:5847, F.D. 5.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 15 de octubre de 2012, ECLI:ES:AN:2012:4311, F.D. 4.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 15 de octubre de 2012, ECLI:ES:AN:2012:4315, F.D. 5.º.

todo caso compatible con las exigencias de la libre competencia³², pues ha de observar lo establecido en los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

La aplicabilidad de los artículos 101 TFUE y 1 LDC a los acuerdos de consorcio plantea dos cuestiones fundamentales. La primera consiste en determinar en qué circunstancias el acuerdo está comprendido en la regla general de prohibición que establece el apartado 1 de ambos preceptos. Y la segunda, para el supuesto de que esté comprendido en la regla general de prohibición, si el acuerdo puede acogerse a la exención legal del apartado 3 de esos mismos artículos que hace inaplicable la regla general.

2. El acuerdo de colaboración en UTE y la regla general de prohibición de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC

2.1. Preliminar

Los acuerdos entre empresas se encuentran comprendidos en la regla general de prohibición de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC cuando tienen por objeto, producen o pueden producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado. Resultando pacífico que los acuerdos de consorcio son acuerdos entre empresas, la principal cuestión interpretativa se reduce a determinar en qué circunstancias son susceptibles de distorsionar la competencia.

Conforme a la práctica de las autoridades de competencia y la jurisprudencia de los Tribunales es preciso diferenciar los acuerdos en los que la colaboración en UTE es objetivamente necesaria para que las empresas puedan acceder a una obra, proyecto o contrato, de otros en los que esta colaboración no es objetivamente necesaria, ya que cada empresa se encuentra en situación de hacerlo individualmente.

³² En la Resolución 25 de octubre de 2012, expte. SA/CAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, la CNC afirmó que «no puede concluirse que toda UTE por el hecho de adquirir esta fórmula jurídica sea per se respetuosa con las normas de competencia, pues dependerá de la naturaleza de los acuerdos que estén bajo el paraguas de la misma» (F.D. 3.º). En la Resolución de 18 de enero de 2010, expte. S/0014/07, *Gestión de residuos sanitarios*, dos de las empresas sancionadas que impugnaron la Resolución de la CNC ante la Audiencia Nacional invocaron, entre otros motivos, que en virtud del artículo 4 LDC (*Conductas exentas por Ley*), la prohibición del artículo 1 LDC no era aplicable a la conducta supuestamente infractora por encontrarse amparada por la Ley 18/1982, de 28 de mayo, que permite la colaboración en UTE, y por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, reguladora de los contratos del sector público, que reconoce expresamente la aptitud de las UTE para contratar con las entidades pertenecientes al sector público. La Audiencia Nacional consideró que la Ley 18/1982, de 28 de mayo, no tiene por objeto autorizar cualquier conducta con resultados anticompetitivos realizada por una UTE, sino regular los requisitos para que estas entidades puedan acogerse al régimen tributario previsto en la misma. Sobre la Ley 30/2007, de 30 de octubre, el Tribunal manifestó que aun cuando la norma reconocía a las UTE aptitud para contratar con el sector público, también disponía la obligación de que estas entidades cumplieran las normas reguladoras de la libre competencia, e imponía a los órganos de contratación y a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado el deber de notificar a la CNC «cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación» (Disposición adicional vigésimo séptima de la derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre). Por lo tanto, ninguna de las dos disposiciones invocadas daba cobertura legal a la conducta infractora [Vid. SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 15 de octubre de 2012, ECLI:ES:AN:2012:4315, F.D. 5.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 15 de octubre de 2012, ECLI:ES:AN:2012:4311, F.D. 4.º]. Las consideraciones de la Audiencia Nacional fueron confirmadas en casación por el Tribunal Supremo [STS (Cont.-Advo., Secc. 3.ª) de 11 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3705, F.D. 1.º].

2.2. *La incidencia del acuerdo en la competencia cuando la colaboración es objetivamente necesaria para acceder al contrato*

2.2.1. El criterio de la necesidad objetiva

Normalmente, los acuerdos en los que la colaboración es objetivamente necesaria para que las empresas puedan acceder a una obra, proyecto o contrato, no inciden negativamente en la competencia al no existir competencia entre las partes por el contrato. Este criterio, que se viene aplicando para valorar los acuerdos de cooperación horizontal desde los primeros desarrollos del Derecho europeo de la competencia³³, se establece actualmente en el apartado 18 de las Directrices generales y en el apartado 33 de las Directrices de 2023. Según este último,

«En algunos casos, las empresas celebran acuerdos de cooperación horizontal porque, sobre la base de factores objetivos, no podrían llevar a cabo el proyecto o la actividad cubiertos por la cooperación de forma independiente, por ejemplo, debido a sus limitadas capacidades técnicas. Normalmente, tales acuerdos de cooperación horizontal no producirán efectos restrictivos de la competencia a efectos del artículo 101, apartado 1, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos estrictas»³⁴.

Otros enunciados del mismo principio se encuentran en el apartado 227, letra b) de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, aunque referido específicamente a los acuerdos de producción, y en el apartado 326 con relación a los acuerdos de comercialización. En particular, para los acuerdos de consorcio de licitadores, el apartado 352 indica que «Un acuerdo de un consorcio de licitadores, independientemente de su calificación jurídica, no restringirá la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, si permite a las partes participar en proyectos que no podrían emprender individualmente».

2.2.2. La aplicación del criterio de necesidad objetiva.

La necesidad objetiva del acuerdo para colaborar en UTE debe apreciarse a la luz de las normas que rigen la licitación³⁵, de las características de las empresas que se proponen colaborar y del contexto en que se produce la colaboración³⁶. Los factores objetivos que hacen necesaria la colaboración pueden ser de índole económica, técnica, geográfica o de otra naturaleza. Mediante el análisis de estos elementos se trata de determinar si las empresas que se asocian tendrían la capacidad y reunirían las condiciones para ejecutar el contrato por sí solas. Si el resultado del análisis es negativo, hay que deducir que las empresas

³³ Véase la STJUE de 30 de junio de 1966 en el asunto 56/65, *Société Technique Minière (LTM) c. Maschinenbau Ulm*, ECLI:EU:C:1966:38, y la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas de 1968 (*DOCE* de 29 de julio de 1968, n° C 75, pág. 3), en la que afirmó que los acuerdos entre empresas cuyo único objeto fuera la constitución de asociaciones temporales de trabajo para el cumplimiento en común de pedidos no restringían la competencia cuando las empresas participantes no competían por las prestaciones que habían de realizar, o cuando estas empresas no se encontraban, individualmente consideradas, en condiciones de cumplir los pedidos.

³⁴ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 33.

³⁵ Véase, en este sentido, Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 353.

³⁶ Resolución del TDC de 20 de enero de 2003, expte. R 504/01, *Terapias Respiratorias Domiciliarias*.

no son competidoras y que el acuerdo para colaborar en UTE no es susceptible de afectar a la competencia, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de los artículos 101 TFUE y 1 LDC.

Entre las normas reguladoras de la licitación a tener en cuenta, son especialmente relevantes las contenidas en el pliego (o pliegos) de contratación, ya que establecen los requisitos requeridos por la entidad contratante para que las empresas interesadas participen en la licitación. Es habitual que los pliegos fijen exigencias para garantizar que los operadores cuenten con la solvencia económica y financiera necesaria, posean la experiencia y los recursos humanos y técnicos adecuados, dispongan de capacidad de producción actual o futura suficiente y cumplan todas las condiciones necesarias para la correcta ejecución del contrato³⁷. Lógicamente, la posibilidad de competir por el contrato se condiciona al cumplimiento de estas exigencias, por lo que, si una empresa no se encuentra en condiciones de cumplirlas, se justifica que colabore con otras que se encuentren en la misma situación para poder acceder al contrato.

En la Resolución de la CNMC de 12 de noviembre de 2019 en el expte. S/0010/19, *ITV comerciales en carretera*, la Dirección General de Tráfico comunicó a la CNMC la suspensión cautelar del procedimiento de contratación del Servicio de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) en carretera para vehículos comerciales para el periodo 2018-2020, al haberse presentado una única oferta por parte de una UTE formada por las principales empresas que operaban en ese mercado. El contrato se dividía en cuatro lotes que comprendían conjuntamente todo el territorio peninsular excepto Cataluña y País Vasco, y la UTE presentó su oferta por todo el contrato.

La CNMC comprobó que el mercado afectado (Servicio de ITV en carretera para vehículos comerciales realizado con unidades móviles) dependía en gran medida del servicio de ITV prestado en estaciones fijas, cuya adjudicación correspondía a las Comunidades Autónomas. Dado que ninguna de las participantes en la UTE contaba con estaciones fijas en la totalidad del territorio peninsular, la prestación del servicio en carretera suponía unos costes que ninguna de ellas estaría dispuesta a asumir. En consecuencia, consideró acreditado que las empresas integrantes de la UTE carecían de la capacidad real o potencial para prestar individualmente los servicios, y que tenían la necesidad objetiva de concurrir en UTE.

Probablemente, la mayor dificultad que presenta la aplicación del criterio de necesidad objetiva radica en valorar de forma realista las capacidades de las empresas y su suficiencia para cumplir las exigencias de todo tipo que plantean los proyectos. El objetivo de la valoración no es comprobar si una empresa tiene la posibilidad teórica o hipotética de asumir la realización del contrato, sino de evaluar si, verosímelmente, está en situación de presentar una oferta y ejecutarlo por sí sola teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso³⁸.

³⁷ Véase, sobre las exigencias que impone la normativa administrativa, GUILLÉN CARAMÉS (2020) págs. 6-16

³⁸ Como indican las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 353, «la mera posibilidad teórica de llevar a cabo por sí sola la actividad contractual no convierte automáticamente a las partes en competencia: es necesario evaluar si cada parte es capaz de ejecutar el contrato por sí sola de manera realista, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el tamaño y las capacidades de la empresa, el nivel de riesgo financiero inducido por el proyecto, así como el nivel de las inversiones necesarias para el proyecto, y la capacidad actual y futura de la empresa evaluada a la luz de los requisitos contractuales».

La valoración de las Autoridades de competencia sobre la necesidad del acuerdo está sometida al control de los Tribunales de Justicia y no es extraño que se cuestione en el marco de una acción de impugnación de una Resolución sancionadora. Los asuntos más problemáticos suelen ser aquellos en los que las empresas no cumplen las exigencias requeridas en el pliego de contratación en el momento de presentar la oferta —por lo que, aparentemente, la colaboración es objetivamente necesaria— pero cabe constatar que pueden adaptarse sin dificultades para presentar una oferta individualmente, por lo que concluye que la empresa es una competidora potencial que puede asumir individualmente. En estas circunstancias las empresas son competidoras potenciales y la colaboración entre ellas no es necesarias.

En la Resolución de 30 de junio de 2016, expte S/0519/14, *Infraestructuras ferroviarias*, la CNMC declaró responsables a cuatro empresas (Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A., Duro Felguera Rail, S.A.U., Jez Sistemas Ferroviarios, S.L. y Talleres Alegría, S.A.) y a varias personas físicas que desempeñaban en ellas funciones directivas, de una infracción única y continuada de los artículos 101 TFUE y 1 LDC consistente en repartirse el mercado, en fijar precios u otras condiciones comerciales, e intercambiar información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF³⁹. Según la Autoridad estatal, las empresas tenían capacidad suficiente para competir por el contrato individualmente, pero habían optado «...sin justificación y de manera recurrente por presentar ofertas conjuntas en forma de UTE [...] y en los pocos casos en los que ofertaron de forma individual, llegaron a acuerdos sobre la forma de ofertar y el reparto de los trabajos a realizar, con el objetivo evidente de no competir en las licitaciones...».

Durante el procedimiento administrativo, las cuatro empresas alegaron, entre otros motivos, que carecían de la capacidad tecnológica requerida para acceder al mercado individualmente, ya que la tecnología mixta elegida por GIF/ADIF se encontraba protegida por dos patentes propiedad de empresas extranjeras y ninguna de las cuatro disponía de ambas licencias. Sin embargo, con el apoyo de ADIF podían acceder a la tecnología conjuntamente.

La CNMC desestimó el argumento por considerar que las empresas podían acceder a la tecnología sin tener que asociarse, por ejemplo, concluyendo entre ellas acuerdos de licencia mutua para una posterior explotación por separado, o adquiriendo las licencias individualmente, dado que todas contaban con suficiencia económica.

Las sancionadas impugnaron la Resolución ante la Audiencia Nacional, que consideró injustificada la categórica afirmación de la CNMC de que «[p]odían haber acudido por separado» y concluyó que «las circunstancias, particularidades, competidores implicados, necesidades tecnológicas, o el reparto de las licencias para el desarrollo de las infraestructuras, sí constituyen una explicación objetiva razonable de la necesidad de esta forma conjunta de participación empresarial»⁴⁰.

³⁹ Resolución de la CNMC de 30 de junio de 2016, expte. S/0519/14, *Infraestructuras ferroviarias*.

⁴⁰ SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª), de 27 de diciembre de 2021, ECLI:ES:AN:2021:5847, F.D. 6.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª), de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:401, F.D. 8.º; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 28 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:399, F.D. 7.º.

Con relación al argumento invocado por las empresas sobre la falta de solvencia tecnológica, la Audiencia concluyó que el análisis llevado a cabo por la CNMC no había sido adecuado por cuatro motivos. Primero, GIF y ADIF habían propiciado o instado el acuerdo entre las licitantes, lo que constituía una circunstancia a tener en cuenta en cuanto a la prueba de la necesidad objetiva de la UTE⁴¹. Segundo, ninguna de las cuatro empresas disponía de las licencias de las patentes para poder acometer, por sí sola, ninguno de los contratos. Tercero, una de las empresas que formaban parte de la UTE desde 2010 había de aportar elementos requeridos por ADIF de los que las demás empresas carecían. Por último, la CNMC había admitido la necesidad objetiva de los acuerdos y la posible validez de la UTE en algunos de los contratos adjudicados, aunque terminaba manifestando que la decisión de concurrir en UTE obedecía en todos los contratos a la decisión de eliminar la competencia.

Sobre las alternativas propuestas por la CNMC para que las empresas accediesen individualmente a la tecnología patentada, la Audiencia Nacional afirmó que «Lo que presume el acuerdo sancionador son varios escenarios tan hipotéticos como no confirmados, empezando por el hecho de que las demás licenciatarias estaban dispuestas a conceder nuevas licencias, o que no existía ninguna restricción legal o contractual para que esa posibilidad tuviera lugar. Desconocemos estos extremos puesto que nada dice la resolución. No sabemos si las empresas implicadas estaban dispuestas a compartir las licencias o estaban autorizadas para ello»⁴².

El análisis sobre la necesidad objetiva de la colaboración en UTE también se cuestionó en el marco de la Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC) de la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) de 9 de febrero de 2016 en el expte. 57/2014, *Fisiogestión*, que imputó a cuatro empresas una infracción «por objeto» del artículo 1 LDC consistente en haber constituido una UTE para repartirse el mercado en el marco de la licitación de cuatro lotes de un contrato público convocado por el Servicio Catalán de Salud en 2012 relativo a determinados servicios de rehabilitación y logopedia en la modalidad ambulatoria y domiciliaria.

Las empresas sostuvieron ante la ACCO que, en el contexto de crisis económica y de restricción del gasto que se presentaba en 2012, la colaboración les permitía presentar ofertas competitivas, garantizar las prestaciones y cumplir las condiciones técnicas exigidas aprovechando las sinergias de todas ellas en función de su especialización, así como incorporar innovación tecnológica y nuevos criterios de información. El TCDC de la ACCO no aceptó estos argumentos y concluyó que la constitución de la UTE respondía a la voluntad de eliminar los riesgos de la competencia, basándose, entre otros, en los siguientes indicios:

⁴¹ Hay que advertir que los tribunales no siempre han interpretado una posición del órgano de contratación favorable a la agrupación de empresas como un indicio de que la UTE fuera objetivamente necesaria. En la STS (Cont.-Advo., Secc. 3.ª) de 14 de febrero de 2006, ECLI:ES:TS:2006:814, F.D. 3.º, relativa al expte. 476/99, *Agencias de viaje*, el Tribunal Supremo afirmó que «Obviamente ni el Director General del INSERSO, ni la Mesa de Contratación tienen competencia en relación a si una determinada conducta resulta o no restrictiva de la competencia y, por tanto, las empresas no pueden confiar en que dichos órganos se estén pronunciando sobre la legalidad de su actuación en materia de competencia».

⁴² SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 27 de diciembre de 2021, ECLI:ES:AN:2021:5847, F.D. 5.º. En el mismo sentido, la SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 26 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:401, F.D. 7.º; y la SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 28 de enero de 2022, ECLI:ES:AN:2022:399, F.D. 6.º.

— Las empresas sancionadas eran las más grandes, competían en el mercado y cumplían individualmente los requerimientos de equilibrio y solvencia económica y financiera, así como los de solvencia técnica o profesional exigidos por la convocatoria, lo que les permitía concurrir a la licitación por separado.

— Las condiciones requeridas eran semejantes a las de otros concursos anteriores en los que las citadas empresas habían concurrido por separado o en UTEs de dos asociados.

— Aunque la convocatoria exigía disponer de locales autorizados en los respectivos términos territoriales, no se trataba de un obstáculo insoslayable para ninguna de las empresas, ya que podían recurrir al alquiler o a acuerdos de cesión de los inmuebles.

— La búsqueda de sinergias o el objetivo de acceder a un mayor número de lotes no justificaba el acuerdo anticompetitivo.

— La participación de cada empresa en la UTE era similar a la cuota de mercado resultante del concurso de 2006.

— El descuento ofrecido por la UTE respecto a las tarifas de salida había sido más reducido que la media del ofrecido por las demás empresas.

— El número de licitadores en los lotes afectados había sido inferior respecto a la media de los demás lotes.

Cada una de las sancionadas recurrió la Resolución ante el TSJ Cataluña argumentando —como habían hecho previamente ante la ACCO— que la creación de la UTE para concurrir a la licitación estaba justificada por las circunstancias del caso⁴³.

El TSJ Cataluña expresó dudas sobre el análisis efectuado por la ACCO acerca de la necesidad objetiva del acuerdo de colaboración. Para poder presentar ofertas, la convocatoria exigía a los licitantes, entre otros requisitos, que dispusieran de establecimientos con autorización administrativa para desarrollar el servicio de rehabilitación física y de logopedia en determinadas áreas básicas de salud (Badalona, Montgat, Santa Coloma de Gramenet y Sant Adrià del Besòs y sus áreas de influencia), y estar en situación de prestar el servicio contratado tanto en la modalidad ambulatoria como domiciliaria. Según el Tribunal, estas obligaciones hacían difícil la concurrencia en solitario de las entidades que no disponían en ese momento de un establecimiento autorizado específicamente para la actividad contratada, lo que constituía una razón válida para justificar la necesidad de un acuerdo de cooperación horizontal con otras empresas.

Esta y otras consideraciones —la ACCO no había motivado los efectos restrictivos del acuerdo, ni había considerado las sinergias que podía generar la participación en UTE— llevaron al TSJ Cataluña a concluir que los indicios en los que se había basado la imputación no eran suficientemente concluyentes para acreditar una práctica anticompetitiva punible, y que la ACCO no había logrado desvirtuar los motivos y las circunstancias aportados por las imputadas

⁴³ STSJ de Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 23 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:11976; STSJ de Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 16 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:11970; STSJ de Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 15 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:11969; STSJ de Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 14 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:11968.

para justificar la colaboración en UTE como «un comportamiento natural dadas las circunstancias».

Otro factor que puede justificar la necesidad de colaborar en UTE es la falta de capacidad productiva para acometer un proyecto. En el expediente *Infraestructuras Ferroviarias*, las recurrentes invocaron ante la Audiencia Nacional la necesidad de concurrir en UTE para acceder al contrato, no solo por razones tecnológicas, sino también por carecer individualmente de capacidad suficiente para completar el pedido en el plazo establecido. Para apoyar esta alegación cada empresa aportó un informe pericial demostrando la imposibilidad de fabricar todos los desvíos ferroviarios requeridos por GIF/ADIF en el periodo 2000-2014. El argumento fue estimado por el Tribunal.

En la Resolución de 28 de julio de 2011 en el expte. S/252/10, *Lafarge*, el TDC precisó los elementos a tener en cuenta para valorar la necesidad objetiva por razón de la capacidad productiva. El expediente se inició a raíz de una denuncia en la que se indicaba que la constitución de cuatro UTE por parte de dos empresas para el suministro y transporte de hormigones, áridos y morteros en el ámbito de Castilla-La Mancha respondía a una estrategia de reparto de mercado⁴⁴.

Según el TDC las dos empresas que formaban las UTEs eran de tal entidad que podrían considerarse *prima facie* con capacidades suficientes para hacer frente a las cantidades de hormigón solicitadas. Sin embargo, estimó que la empresa Lafarge debía hacer frente con los medios de que disponía en el área de suministro, no sólo a las cantidades exigidas en la licitación, sino también a su demanda habitual de hormigón en la zona. Además, para valorar las capacidades de Lafarge también había que tomar en consideración las garantías y responsabilidades exigidas por la empresa constructora en casos de fallo de suministro. Estos factores, unidos al hecho de que la UTE había sido solicitada expresamente por la empresa adjudicataria de la obra, llevaron al TDC a estimar justificada la necesidad objetiva de las empresas de colaborar entre ellas.

En la Resolución de 25 de octubre de 2000 en el expte. 476/99, *Agencias de Viaje*, el TDC imputó a cuatro empresas que colaboraban para presentar ofertas en los concursos públicos de programas de vacaciones para personas mayores del INSERSO, por acordar la misma oferta económica en la licitación del programa de la temporada 95/96 —pactando que la prestación se ejecutaría conjuntamente cualquiera que fuese el resultado de la licitación— y por suscribir contratos con otras agencias para que se abstuvieran de presentarse al concurso. Las imputadas tenían capacidad suficiente para licitar individualmente, pero, dado el volumen del contrato, carecían de capacidad para comercializar eficientemente las plazas.

El TDC admitió que el elevado número de plazas y el amplio ámbito geográfico en el que debían ofrecerse suponía un reto considerable para que cualquiera de las empresas pudiera gestionar individualmente todas las plazas disponibles, pero consideró que la empresa adjudicataria hubiera podido afrontar

⁴⁴ La denuncia presentada afectaba también a otras dos empresas pero, habiéndose dado traslado de la información a la Comisión Regional de la Competencia de Castilla-La Mancha, se acordó que este órgano asumiría la instrucción de una parte de la denuncia mediante la apertura de otro expediente, de modo que las actuaciones de la CNC se limitaron a las posibles conductas restrictivas de la competencia de dos de las denunciadas.

dicha dificultad concluyendo acuerdos con otras empresas con posterioridad a la licitación para proceder a la comercialización, los cuales no hubieran resultado problemáticos desde el punto de vista de la competencia. Las apreciaciones del TDC fueron confirmadas por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo⁴⁵.

Para que el tamaño y otras circunstancias de los proyectos no constituyan un obstáculo que impida a las empresas participar en las licitaciones, la normativa reguladora de la contratación con el sector público admite la posibilidad de fraccionar los contratos en lotes. Esta posibilidad, que siempre se ha contemplado como una medida más bien extraordinaria⁴⁶, quizá por el temor de que pudiera utilizarse para soslayar los requisitos y cautelas exigidos para la licitación de contratos sujetos a regulación armonizada, se ha convertido en regla general tras la aprobación y transposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014⁴⁷.

Según el artículo 99.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, «Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes...»⁴⁸. Esta regla general puede exceptuarse si existen motivos válidos, «que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras»⁴⁹.

Además, la Guía sobre contratación pública y competencia de la CNC propone a los órganos de contratación que cuando fraccionen los contratos eviten establecer un número de lotes equivalente al número estimado de participantes, a fin de evitar o dificultar que los licitantes se coordinen para presentar las ofertas⁵⁰.

Cuando el pliego dispone la división del contrato en lotes, los licitadores con capacidad suficiente para presentar ofertas por uno o varios lotes, pero posiblemente insuficiente para hacerlo por la totalidad del contrato, no tienen necesidad objetiva de agruparse para acceder al contrato y deben considerarse competidores⁵¹. Una cuestión distinta es que la oferta conjunta por todo el contrato

⁴⁵ SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 19 de diciembre de 2003, ECLI:ES:AN:2003:3784; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 12 de febrero de 2003, ECLI:ES:AN:2003:5581; SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 12 de febrero de 2003, ECLI:ES:AN:2003:232; STS (Cont.-Advo., Secc. 3.ª) de 18 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:8357; STS (Cont.-Advo., Secc. 3.ª) de 24 de octubre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:6551; STS (Cont.-Advo., Secc. 3.ª) de 14 de febrero de 2006, ECLI:ES:TS:2006:814, F.D. 2.º.

⁴⁶ El artículo 86.3 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, contemplaba esta posibilidad de forma más restrictiva y establecía que «Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto».

⁴⁷ *DOUE* de 28 de marzo de 2014, nº L 94, pág. 65.

⁴⁸ Véase, sobre el nuevo enfoque, MIÑO LOPEZ (2019), págs. 160-161.

⁴⁹ Artículo 99.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Según el propio artículo se consideran motivos válidos, en todo caso, el hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia —para cuya apreciación el órgano de contratación debe solicitar informe previo a la Autoridad de defensa de la competencia correspondiente—, así como que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulte la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico u organizativo.

⁵⁰ CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, cit., pág. 32.

⁵¹ Resolución del TDC de 25 de octubre de 2000, expte. 476/99, *Agencias de viaje*. Esta Resolución fue confirmada por la STS (Cont. Advo., Secc. 3.ª) de 14 de febrero de 2006, F.D. 2.º, en la que, al referirse a la división del programa en lotes, el Tribunal Supremo afirmó que se trataba de un factor que impedía hablar de la

pueda generar eficiencias que no se obtengan mediante la ejecución separada. Según las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, las posibles eficiencias que puedan conseguirse con una oferta conjunta por la licitación completa deben evaluarse sobre la base de los principios del artículo 101.3 del TFUE o, en su caso, del artículo 1.3 de la LDC⁵².

Un indicio relevante para demostrar que el acuerdo de colaboración en UTE no es objetivamente necesario para acceder al contrato consiste en que las empresas participantes hayan presentado individualmente ofertas en otras licitaciones semejantes, o que hayan podido hacerlo empresas de menor entidad. La primera circunstancia fue tenida en cuenta por la Autoridad de competencia en el expte. 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*⁵³ y en el expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*⁵⁴.

2.3. *La incidencia del acuerdo en la competencia cuando la colaboración no es objetivamente necesaria para acceder al contrato*

2.3.1. La necesidad de analizar el riesgo

Cuando no es posible excluir que las partes del acuerdo de colaboración en UTE puedan participar individualmente en el procedimiento de licitación —ya sea por todo el contrato o por una parte del mismo si estuviera dividido en lotes— o si el acuerdo contiene más partes de las necesarias, la oferta conjunta puede restringir la competencia en el sentido de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC⁵⁵. El acuerdo, en estas circunstancias, no solo reduce el número de oferentes sino que en muchas ocasiones va a suponer que las empresas participantes pacten los precios y las calidades de los productos e intercambien información. El acuerdo puede ser restrictivo incluso si solo una de las partes es capaz de presentar ofertas individualmente⁵⁶.

En todo caso, el hecho de que el acuerdo no sea objetivamente necesario para acceder a un contrato no libera a las autoridades de competencia europeas y nacionales de analizar la incidencia del acuerdo en la competencia. Y ello, tanto por la necesidad de huir de presunciones generales y de evaluar el riesgo caso por caso, como indica la Comisión Europea en una reciente Comunicación⁵⁷, como por la obligación de motivar si el acuerdo es restrictivo de la competencia por el objeto o por los efectos, tal como resulta de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC⁵⁸.

imposibilidad de su ejecución de manera global, como hacía en todo momento la actora, sin examinar la posible capacidad para ejecutar al menos alguno de los lotes. Véase también, en el mismo sentido, Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 354.

⁵² Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 354.

⁵³ Resolución del TCDC de la ACCO de 23 de diciembre de 2019 en el expte. 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*, F.D. 5.º.

⁵⁴ Resolución de la CNMC de 13 de febrero de 2020 en el expte. S/DC/0626/18, *Radares meteorológicos*, F.D. 4.º, a-partado 4.2.

⁵⁵ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 355.

⁵⁶ *Ibid.* Se trata de una cuestión que suscitaba dudas bajo la versión anterior de las Directrices. El tipo de restricción que, en su caso, se produce —por el objeto o por los efectos— ha de valorarse conforme a los criterios que establece el apartado 357, letra b), de las Directrices 2023.

⁵⁷ *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo, *cit.*, punto 5.6. En el mismo sentido la CNMC en su Resolución en el expte. S/0010/19, *ITV comerciales en carretera*, *cit.*, F.D. 2.º.

⁵⁸ *Vid.* Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 357.

El carácter restrictivo de una conducta por el objeto o por los efectos es relevante por varias razones. En primer lugar, el tipo de análisis que se precisa para demostrar que la conducta es restrictiva difiere en uno y otro caso. En segundo lugar, los acuerdos cuyo objeto es restrictivo no pueden acogerse al beneficio de los acuerdos de menor importancia⁵⁹. En tercer lugar, los acuerdos restrictivos por el objeto no se benefician de las salvaguardias establecidas en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal para los acuerdos entre empresas que carecen de poder de mercado⁶⁰. En cuarto lugar, generalmente las exenciones por categorías no se aplican a los acuerdos que contienen cláusulas restrictivas por el objeto.

La distinción entre ambos tipos de restricción se basa en que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁶¹. Cuando un acuerdo revela un grado de nocividad para la competencia suficiente como para ser calificado de restricción por el objeto, la regla general de prohibición del artículo 101.1 TFUE o, en su caso, del artículo 1.1 LDC es aplicable sin necesidad de examinar sus efectos⁶².

Para determinar si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, se debe atender al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende

⁵⁹ El beneficio de la menor importancia solo alcanza a los acuerdos que producen o pueden producir el efecto de distorsionar la competencia en el sentido de los artículos 101.1 TFUE o 1.1 LDC. Sobre el significado y alcance del beneficio, véase, en el ámbito del Derecho europeo, la STJUE de 13 de diciembre de 2012 en el asunto C-226/11, *Expedia Inc c. Autorité de la Concurrence y otros*, ECLI:EU:C:2012:795, y la Comunicación de *minimis*, *cit.*, punto 2. En el ámbito del Derecho nacional, véase el artículo 5 LDC y los artículos 1-3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, *BOE* núm. 50, de 28 de febrero de 2008. En el expte. S/DC/0626/18, *Radares meteorológicos*, la CNMC excluyó el beneficio de la menor importancia a un acuerdo de precios y reparto de mercados entre competidores que operaban en el mismo mercado y que presentaban sus ofertas a las licitaciones agrupadas en UTE (F.D. 4, apartado 4.3). Otros ejemplos similares se pueden encontrar en la Resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011 en el expte. S/0226/10, *Licitaciones de carreteras*, F.D. 5.º; y en el expte. SA/CAN/0012/112, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, *cit.*

⁶⁰ Estas salvaguardias se establecen en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartados 339-340 (acuerdos de comercialización) y apartados 228-233 (acuerdos de producción). En la Resolución de la CNMC de 6 de noviembre de 2014 en el expte. S/0430/12, *Recogida de papel*, la CNMC rechazó aplicar la salvaguardia establecida en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2011 (apartados 240-241), que beneficiaba a los acuerdos de comercialización, a la constitución de la sociedad UDER, cuyos socios eran empresas recuperadoras de papel y cartón que se presentaban agrupadas a las licitaciones públicas (F.D. 6.º, apartado 6.8).

⁶¹ STJUE de 2 de abril de 2020 en el asunto C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. y otros*, ECLI:EU:C:2020:265, apartado 35; STJUE de 26 de noviembre de 2015 en el asunto C-345/14, *SIA «Maxima Latvija» c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2015:784, apartado 18; STJUE de 11 de septiembre de 2014 en el asunto C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Comisión*, ECLI:EU:C:2014:2204, apartados 49-50; STJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. y otros c. Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160, apartado 35.

⁶² Además de la jurisprudencia citada en el pie de página anterior, *vid.* Directrices generales, *cit.*, apartado 30; Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 23. La consideración de las conductas restrictivas por el objeto como restricciones cualitativamente relevantes ha hecho infructuosos los intentos de algunos expedientados de desvirtuar el carácter restrictivo de sus conductas alegando que los efectos sobre la competencia eran insignificantes. Por ejemplo, en el Expte. S/0226/10, *Licitaciones de carreteras*, *cit.*, F.D. 7.º, la CNC manifestó que «resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes». En el mismo sentido se ha pronunciado la CNMC en el expte. *Radares meteorológicos*, *cit.*, F.D. 4 (apartado 4.3), y en el expte. 476/99, *Agencias de viaje*, *cit.*, F.D. 3 (apartado 3.1).

alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe⁶³. Al apreciar dicho contexto, también hay que tomar en consideración la naturaleza de los bienes o servicios afectados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes.

Cuando el análisis de las cláusulas del acuerdo no revela un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo a fin de verificar si concurren elementos que acreditan que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible⁶⁴.

La aplicación de estos principios a los acuerdos de colaboración en UTE constituye una cuestión problemática que ha suscitado reacciones de una parte de la doctrina⁶⁵. Se ha reprochado a las autoridades de competencia, especialmente a las de ámbito nacional, que consideran sistemáticamente restrictivos por el objeto los acuerdos de colaboración en UTE que no son objetivamente necesarios para acceder a un contrato y se han hecho varias propuestas para flexibilizar los criterios de análisis⁶⁶.

Así, algunos autores han defendido que cuando las normas de la licitación autorizan la presentación de ofertas por empresas agrupadas en UTE, los acuerdos por los que se crean estas entidades deberían evaluarse siempre en función de sus efectos⁶⁷. Esta opinión podría encontrar cierto apoyo en algunas decisiones judiciales recientes. Por ejemplo, el TSJ de Cataluña anuló la Resolución del TCDC de la ACCO en el expte. 57/2014, *Fisiogestión*, al descartar que la constitución de una UTE fuera en sí misma indicativa de un pacto colusorio, esto es, de una infracción por el objeto, y considerar que la Autoridad de competencia debería haber concretado unos efectos significativos sobre el mercado relevante, lo que no había hecho⁶⁸. En la SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 30 de julio de 2018, el Tribunal afirmó que «...una eventual infracción cometida por una UTE que actúa de forma transparente y conocida por la CNMC, constituiría, en su caso, una restricción por efectos, que debe ser objeto de una evaluación autónoma...»⁶⁹.

⁶³ Asunto C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. y otros*, *cit.*, apartado 51; asunto C-67/13P, *Groupement des Cartes bancaires (CB) c. Comisión y otros*, *cit.*, apartado 53; STJUE de 6 de octubre de 2009 en los asuntos acumulados C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P y C519/06 P, *GlaxoSmithKline Services y otros c. Comisión y otros*, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 58; STJUE de 4 de octubre de 2011 en los asuntos acumulados C403/08 y C429/08, *Football Association Premier League y otros c. QC Leisure y otros*, ECLI:EU:C:2011:631, apartado 136. En el asunto C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. y otros*, *cit.*, apartados 76 y 79, el Tribunal de Justicia indicó que las restricciones pueden calificarse de restricciones por el objeto sobre la base de una experiencia fiable y sólida que permita considerar que el acuerdo de que se trata es, por su propia naturaleza, perjudicial para el buen funcionamiento de la competencia.

⁶⁴ Asunto C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. y otros*, *cit.*, apartado 38; asunto C-345/14, *SIA «Maxima Latvija» c. Konkurences padome*, *cit.*, apartado 17; asunto C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Comisión*, *cit.*, apartado 52; asunto C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. y otros c. Gazdasági Versenyhivatal*, *cit.*, apartado 34.

⁶⁵ *Vid.* LÓPEZ RIDRUEJO, PICÓN FRANCO, TRAPET LLAMAS (2020).

⁶⁶ Entre otros, LÓPEZ RIDRUEJO, PICÓN, TRAPET LLAMAS (2020), pág. 2; MIÑO LÓPEZ (2019), pág. 229; IRISSARRY ROBINA (2019), pág. 148.

⁶⁷ MIÑO LÓPEZ (2019), págs. 234-235. Véase también IRISSARRY ROBINA (2019), pág. 149.

⁶⁸ STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 23 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:11976, F.D. 3.º.

⁶⁹ SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 30 de julio de 2018, ECLI:ES:AN:2018:3385, F.D. 4.º. Hay que advertir, no obstante, que la afirmación del Tribunal en esta Sentencia podría estar condicionada por las circunstancias del caso. La Resolución (2016) objeto del recurso se había adoptado en el marco de un expediente

También se ha cuestionado el tratamiento que confieren las autoridades de competencia a las cláusulas de fijación de precios en este tipo de acuerdos. Algunos autores consideran que se trata de cláusulas inherentes a la colaboración en UTE⁷⁰, y que si el acuerdo no produce una coordinación global de los precios aplicados por las partes, sino que afecta exclusivamente a los precios de los productos objeto del contrato, no deberían valorarse como una restricción por el objeto⁷¹.

Finalmente, se ha defendido que el análisis de los efectos positivos del acuerdo debería realizarse bajo la regla general del apartado 1 de los artículos 101 TFUE y 1 LDC⁷².

A estas críticas ha contribuido que las autoridades de competencia y los tribunales no han conseguido transmitir ni reflejar la existencia de un marco analítico claro⁷³. Las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal de 2011 no se referían a los acuerdos de consorcio como una categoría específica de acuerdos de cooperación, y las remisiones que en ellas se hacían a las reglas aplicables a los acuerdos de comercialización o de producción generaban una confusión que la práctica y la jurisprudencia en la materia no han logrado disipar. Como se verá, las nuevas Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal de 2023, que incluyen un apartado específico dedicado a los acuerdos de consorcio, clarifican los criterios para determinar si el acuerdo es restrictivo por el objeto o por los efectos y valorar la licitud de las cláusulas de fijación de precios.

2.3.2. Su carácter restrictivo «por el objeto» o «por los efectos»

Siguiendo las pautas expuestas en el apartado anterior, para comprobar si un acuerdo de colaboración en UTE es restrictivo por el objeto o por los efectos se debe examinar el contenido del acuerdo y las circunstancias específicas de cada caso⁷⁴, entre las que caben destacar la intención de las partes, la finalidad

de vigilancia de otra Resolución (2000) que había sancionado a varias empresas por repartirse el mercado y acordar el precio de una licitación en la temporada 1995-96. Sin embargo, en el expediente de vigilancia la CNMC se había pronunciado sobre los acuerdos de colaboración en UTE suscritos por esas mismas empresas para presentarse a las licitaciones entre 1998 y 2014, sobre los cuales la CNMC no se había pronunciado en la Resolución de 2000 ni habían sido objeto de reproche anteriormente por la Autoridad de competencia. En este sentido, ARMENGOL I GASULL (2019), pág. 63.

⁷⁰ LÓPEZ RIDRUEJO, PICÓN FRANCO, TRAPET LLAMAS (2020), pág. 9; IRISSARRY ROBINA (2019), pág. 148.

⁷¹ Por ejemplo, LÓPEZ RIDRUEJO, PICÓN FRANCO, TRAPET LLAMAS (2020), pág. 9, e IRISSARRY ROBINA (2019), pág. 148. El argumento se basa en las propias Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, las cuales, tras afirmar en el apartado 234 que la fijación de precios en los acuerdos de comercialización entre competidores son restrictivos por el objeto, indican en el apartado siguiente que «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 concluir que este dará lugar a una coordinación global de los precios aplicados por las partes».

⁷² Así, LÓPEZ RIDRUEJO, PICÓN FRANCO, TRAPET LLAMAS (2020), pág. 8.

⁷³ En el mismo sentido, LÓPEZ RIDRUEJO, PICÓN FRANCO, TRAPET LLAMAS (2020), pág. 376.

⁷⁴ Directrices generales, *cit.*, apartado 22; Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartados 26, 27 y 357. En el ámbito doméstico, *vid.* Resolución de la CNMC de 29 de setiembre de 2019 en el expte. S/DC/0614/17, *Seguridad y comunicaciones ferroviarias*, F.D. 4.º; Resolución de la CNMC de 17 de agosto de 2021 en el expte. S/0013/19, *Conservación carreteras*, *cit.*, F.D. 5.º; expte S/0014/07, *Gestión de residuos sanitarios*, *cit.*, F.D. 8.º; Resolución del TDC de 20 de setiembre de 2006 en el expte. 595/05, *Ambulancias conqueses*, F.D. 2.º.

objetiva del acuerdo, el contexto en el que se aplicará y el comportamiento de la partes en el mercado.

Por lo que se refiere al contenido, hay que tener presente que las UTE constituyen un sistema de colaboración entre empresarios en los que el tipo y alcance de la colaboración se establecen en función de las características de la obra, servicio o suministro que constituye su objeto, de las capacidades de las empresas participantes y de otras circunstancias. Puesto que la colaboración se adapta a las necesidades del proyecto, y estas varían de un proyecto a otro, cada acuerdo de consorcio presenta sus propias particularidades, por lo que su análisis debe efectuarse caso por caso.

Generalmente, los acuerdos de consorcio se consideran acuerdos de oferta o venta conjunta⁷⁵. Conforme a los principios establecidos en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023⁷⁶, que siguen en este punto lo dispuesto en la versión anterior de las Directrices⁷⁷, es preciso distinguir los acuerdos de consorcio en los que las partes convienen solamente la comercialización conjunta de bienes y servicios de otros en los que la comercialización se encuentra vinculada a la producción conjunta⁷⁸. Además, cuando se evalúan estos últimos se debe identificar si el centro de gravedad de la cooperación se sitúa en la producción o en la comercialización, ya que el acuerdo tendrá que analizarse conforme a los criterios propios del tipo de cooperación resultante⁷⁹.

Los acuerdos de colaboración en UTE en los que el centro de gravedad de la colaboración se encuentra en la producción conjunta tienen que analizarse conforme a los principios aplicables a los acuerdos de producción establecidos en el Capítulo 3 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023 (apartados 172-272) y, en su caso, en el Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización 2023⁸⁰. En cambio, cuando las partes se limitan a pactar la comercialización en común de los productos o servicios, la valoración ha de efectuarse conforme a los principios aplicables a los acuerdos de comercialización establecidos en el Capítulo 5 de las Directrices (apartados 317-365)⁸¹. La distinción es importante, ya que determinadas cláusulas, como las de fijación de precios, tienen diferente significado y consideración si se insertan en un tipo de contrato o en otro.

⁷⁵ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 347 (véase nota 222).

⁷⁶ *Vid.* Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartados 350 y 351.

⁷⁷ *Vid.* Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2011, *cit.*, apartado 228.

⁷⁸ Según el considerando nº 8 y el artículo 1.1.c) del Reglamento (UE) nº 2023/1067 de la Comisión, anteriormente citado, los acuerdos de producción conjunta o producción en común son aquellos en virtud de los cuales las partes se comprometen a fabricar determinados productos o preparar determinados servicios conjuntamente.

⁷⁹ Según el apartado 6 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, «para evaluar si una determinada conducta se considera una restricción de la competencia por el objeto o por el efecto, la orientación establecida en el capítulo correspondiente a la parte de la cooperación combinada que pueda considerarse su «centro de gravedad» regirá para toda la cooperación». El apartado 7, que ofrece pautas para determinar el centro de gravedad de un acuerdo, indica en la letra c), que «el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que implica la producción en común y la comercialización conjunta de los productos resultantes es generalmente la producción en común, ya que la comercialización conjunta sólo tiene lugar generalmente como consecuencia de la producción en común». Esta misma apreciación se expresa en el apartado 350 de las Directrices.

⁸⁰ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 350.

⁸¹ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 351.

Según resulta de los mencionados principios cuando, en un acuerdo de colaboración en UTE, el centro de gravedad se encuentra en la producción en común, la fijación de los precios para la distribución conjunta de los productos o servicios del contrato no se considera, por lo general, una restricción por el objeto y, en consecuencia, debe evaluarse si da lugar a efectos restrictivos significativos⁸².

Siguiendo lo establecido en el apartado 227 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, es poco probable que dichos acuerdos tengan efectos restrictivos en mercados en los que las partes no tienen poder de mercado y, según las salvaguardias regulatorias de los apartados 231 y siguientes, es improbable que exista poder de mercado si las partes del acuerdo tienen una cuota de mercado combinada que no supera el 20% en los mercados de referencia. Además, el acuerdo será susceptible de acogerse al beneficio de la regla *de minimis* y al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización 2023.

Cuando las partes del acuerdo son competidoras y limitan su colaboración a la comercialización en común, estableciendo los aspectos comerciales relacionados con la venta, incluido el precio, es muy probable que el acuerdo sea restrictivo por el objeto⁸³. En consecuencia, las partes no podrán beneficiarse de la regla *de minimis* ni de las salvaguardias regulatorias establecidas en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023 para los acuerdos de comercialización entre partes que carecen de poder de mercado⁸⁴.

El carácter restrictivo de las cláusulas de intercambio de información contenidas en el acuerdo también depende del tipo de colaboración que hayan pactado las partes. Según indican las Directrices, «la información que compartan las partes del acuerdo tendrá que limitarse a la estrictamente necesaria para la formulación de la oferta y la ejecución del contrato, y el acceso a la misma deberá restringirse al personal pertinente sobre la base de la «necesidad de conocer»»⁸⁵.

La finalidad perseguida por el acuerdo proporciona información sobre el objeto del mismo, por lo que constituye otro elemento a tener en cuenta. Generalmente, la finalidad resulta del contenido del acuerdo y de sus términos o estipulaciones. La intención de las partes también puede aportar indicios sobre la finalidad del acuerdo, aunque no es una información necesaria⁸⁶. No obstante, si la Autoridad dispone de pruebas de que las partes tenían la intención subjetiva de restringir la competencia puede apoyarse en ellas para justificar que el objeto del acuerdo era restrictivo.

En la Resolución del TDC en el expte. 476/99, *Agencias de viaje*, las empresas que concurrían en UTE —o, individualmente, pero con idénticas ofertas— a

⁸² Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartados 223, letra b) y 224.

⁸³ Como indica, refiriéndose a los acuerdos de consorcio, el apartado 357, letra a), de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, «en circunstancias en las que dos (o más) partes puedan presentar ofertas individualmente y no exista un grado significativo de integración de los recursos y actividades de las partes, una oferta conjunta equivaldría, en principio, a una restricción por objeto, ya que implica la fijación de precios entre competidores y esta disposición no parece accesoria a una verdadera cooperación entre las partes». Véase también, en el mismo sentido, el apartado 328 relativo a los acuerdos de comercialización.

⁸⁴ Cfr. Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 339.

⁸⁵ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 357, letra d).

⁸⁶ Directrices generales, *cit.*, apartado 22.

las licitaciones del Programa de vacaciones para personas mayores gestionado por el INSERSO, no ocultaban que, de resultar alguna de ellas adjudicataria, participaría conjuntamente con las demás en la ejecución del Programa en el lote o lotes adjudicados. La CNMC se apoyó en esta información para justificar que el proceso competitivo era una mera ficción. Esta apreciación fue confirmada por la Audiencia Nacional⁸⁷.

En el expte. S/DC/0626/18, *Radares meteorológicos*, cierta documentación interna encontrada en una de las empresas durante una inspección domiciliaria indicaba que la finalidad de concurrir a la licitación agrupadas en UTE era «reducir el entorno competitivo, ya que somos las dos principales empresas del mercado y unidos podemos ganar el contrato a un precio más alto». Estas manifestaciones sirvieron a la CNMC para apoyar su conclusión de que el acuerdo tenía por objeto distorsionar la competencia y no reportaba beneficios que pudieran compensar los efectos negativos que causaba en el mercado⁸⁸.

El contexto en el que se aplica la conducta y el comportamiento efectivo de las partes en el mercado también son relevantes para evaluar si un acuerdo restringe la competencia por el objeto o por los efectos. Por ejemplo, si se comprueba que la creación de la UTE forma parte de una estrategia anticompetitiva más amplia las Autoridades de competencia pueden tenerlo en cuenta.

Así, en el expte. S/0014/07, *Gestión de Residuos Sanitarios*, la CNC consideró que la agrupación de las empresas en UTE constituía un hecho más en la estrategia anticompetitiva que, unido a otras evidencias e indicios, acreditaban el reparto concertado del mercado entre cuatro empresas mediante la distribución entre ellas de zonas y clientes⁸⁹. En el expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*, la CNMC llegó a la conclusión de que las empresas habían acordado una estrategia de reparto de mercado y de fijación de precios que excedía de esa concreta licitación, y que les aportaría unos beneficios que compensaría el tener que compartir el contrato. Estas consideraciones se habrían confirmado tres años más tarde en una nueva licitación en la que las mismas empresas volvieron a repartirse otro contrato de AEMET en porcentajes idénticos a los pactados en el acuerdo de 2014⁹⁰.

En el expte. 476/99, *Agencias de viaje*, la CNC concluyó que el objeto de la conducta era restrictivo a la luz de tres circunstancias. En primer lugar, las

⁸⁷ SAN (Cont.-Advo., Secc. 6.ª) de 12 de febrero de 2003, ECLI:ES:AN:2003:5581, F.D. 3.º.

⁸⁸ Expte. S/DC/0626/18, *Radares meteorológicos*, cit., F.D. 4.º (apartado 4.3) y F.D. 5.º (apartado 5.2). Véase también la Resolución en el expte. 94/2018, *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña*, en la que el TCDC de la ACCO tuvo en cuenta un Memorandum, diversos correos electrónicos y otros documentos encontrados durante una inspección domiciliaria en las sedes de las empresas que atestiguaban que la intención de las empresas que se agrupaban en UTE era acaparar y repartirse las licitaciones promovidas por el Servicio Meteorológico de Cataluña durante un considerable período de tiempo. La Resolución fue confirmada en este punto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 30 de junio de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:5633; STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 28 de septiembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022: 9189; STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 28 de septiembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022: 11361; STSJ Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 28 de septiembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:11639].

⁸⁹ Expte. S/0014/07, *Gestión de Residuos Sanitarios*, cit., F.D. 8.º. Estas mismas circunstancias fueron tenidas en cuenta por el TCDC de la Acco en el expediente nº 57/2014, *Fisiogestión*, cit., F.D. 3.º, cuya Resolución, por las razones que se han indicado en otro apartado, fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; en el expte. S/0013/19, *Conservación carreteras*, cit., F.D. 5.º; y expte. S/DC/0614/17, *Seguridad y comunicaciones ferroviarias*, cit., F.D. 4.

⁹⁰ Expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*, cit., F.D. 4.º (apartado 4.2).

empresas habían acordado fijar los precios y repartirse el contrato con independencia del concurso. En segundo lugar, las empresas poseían una considerable presencia en el mercado como empresas importantes del sector, especialmente si actuaban de manera concertada. En tercer lugar, junto a los acuerdos de colaboración para la ejecución del contrato las partes habían concluido otros acuerdos, a través de la AIE Mundosocial, destinados a disuadir a otros competidores de presentarse al concurso.

3. El acuerdo de colaboración en UTE y la exención de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC

Cuando del análisis efectuado en virtud de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC resulta que el acuerdo de colaboración en UTE es restrictivo de la competencia, todavía puede quedar exento de la prohibición si cumple los requisitos establecidos en los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC ⁹¹.

Según los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, la regla general de prohibición no se aplica, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, a los acuerdos restrictivos que cumplen los cuatro requisitos siguientes: (i) contribuyen a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico (ii) permiten a los consumidores participar de forma equitativa de sus ventajas, (iii) no imponen restricciones no indispensables, y (iv) no eliminan la competencia respecto a una parte sustancial de los productos o servicios contemplados. La carga de probar que el acuerdo cumple todos los requisitos corresponde a las empresas que alegan la exención ⁹².

En primer lugar, el acuerdo ha de producir efectos favorables a la competencia, generalmente en forma de mejoras de eficiencia, que compensen los efectos negativos de la restricción. Las mejoras pueden consistir en precios más bajos, en una mejor calidad del producto, una oferta más amplia, la creación de un nuevo producto o la realización más rápida de los productos o servicios objeto de la licitación ⁹³. Por ejemplo, un incremento de los socios por encima de lo que sería estrictamente indispensable puede permitir a las partes presentar una oferta más competitiva, en términos de precios o de calidad, que las que presentarían individualmente ⁹⁴. La ventaja también puede consistir en una contribución a alcanzar objetivos medioambientales concretos y verificables ⁹⁵. Cuando el acuerdo comporta efectos favorables a la competencia que superan a los restrictivos, puede considerarse beneficioso para la competencia y, en con-

⁹¹ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 358. Una afirmación semejante, pero referida al artículo 1.3 LDC, se puede encontrar en la Resolución de la CNC en el expte. S/0014/07, *Gestión de Residuos Sanitarios*, *cit.*, F.D. 8.º.

⁹² Artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DOUE* de 4 de enero de 2003, n.º L 1, pág. 1; Directrices generales, *cit.*, apartado 41. En el ámbito de la LDC, véase, en el mismo sentido, la Resolución de la CNC en el Expte. S/0014/07, *Gestión de Residuos Sanitarios*, *cit.*, F.D. 8.º.

⁹³ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 358; Directrices generales, *cit.*, apartado 33.

⁹⁴ STSJ de Cataluña (Cont.-Advo., Secc. 5.ª) de 23 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:11976, relativa a la Resolución del TCDC de la ACCO en el expte. n.º 57/2014, *Fisiogestión*; Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 359.

⁹⁵ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 341.

secuencia, ser compatible con los objetivos de la normativa europea y nacional en la materia⁹⁶.

En el expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*, la CNMC consideró insuficientes los supuestos beneficios del acuerdo. Dejando a un lado, por el momento, la mejora de márgenes que permitía el acuerdo, a la que se hará referencia posteriormente, la Autoridad consideró que la disminución de las averías y la reducción del tiempo de respuesta que alegaban las partes no eran fruto de la colaboración entre las empresas, ya que el descenso se había producido con anterioridad a la creación de la UTE, sino de haber puesto mayor énfasis en las actividades de prevención y mantenimiento. La CNMC reconoció la mejora que suponía el haber implantado conjuntamente un sistema automático de vigilancia. Sin embargo, esta prestación no se exigía en el pliego del contrato —aunque se le otorgaba algunos puntos— y no justificaba la colaboración en UTE.

Si las Autoridades de competencia consideran que los efectos favorables del acuerdo no son suficientes para hacerlo merecedor de la exención, deben justificarlo en su Resolución. Precisamente, uno de los motivos que llevó al TSJ Cataluña a estimar la acción de impugnación contra la Resolución del TCDC de la ACCO en el expte. nº 57/2014, *Fisiogestión*, fue que la Autoridad no hubiera tenido en cuenta —ni hubiera desvirtuado— los beneficios derivados las sinergias de las empresas en función de la especialización así como de la innovación tecnológica y de los nuevos criterios de información que podían ofrecer presentándose agrupadas⁹⁷.

En segundo lugar, el acuerdo restrictivo debe permitir a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas⁹⁸. El requisito no se cumple si el acuerdo produce eficiencias pero estas solo benefician a las partes del acuerdo y no se repercuten en los consumidores⁹⁹. Este fue otro motivo que llevó a la CNMC a considerar que la exención del artículo 101.3 TFUE no era aplicable al acuerdo de consorcio examinado en el expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*. Según expuso en su Resolución, la supuesta mejora de márgenes que derivaba de la complementariedad geográfica de las empresas solo beneficiaba a estas¹⁰⁰.

El análisis de este requisito requiere sopesar los efectos positivos y negativos del acuerdo sobre los consumidores¹⁰¹. Se considera que los consumidores participan equitativamente de las ventajas del acuerdo restrictivo cuando las eficiencias generadas por el mismo en un mercado de referencia son suficientes

⁹⁶ Directrices generales, *cit.*, apartados 11, 33.

⁹⁷ Como se explica en la propia Sentencia, IRITEB, SA aportaba la red de centros existente, la unidad de RHB de suelo pélvico, la unidad de fisioterapia respiratoria, el servicio de logopedia, apoyo en cuanto a radiología ambulatoria y en asistencias traumatológicas en Badalona; FISIOTERAPIA, la modernización del software de gestión de rehabilitación domiciliaria y herramientas informáticas; L'EIVAX expertos en logopedia y infraestructura en rehabilitación ambulatoria y logopedia; y CRGRAMANET, complemento de espacios, equipo de radiología y unidad de urgencias en Santa Coloma de Gramenet. Todos estos servicios, que era oportuno ofrecer, no podían ser prestados individualmente por ninguna de las empresas.

⁹⁸ En las licitaciones públicas se entiende que las ventajas generadas por el acuerdo para el órgano de contratación también benefician a los consumidores. A su vez, las eventuales desventajas de un acuerdo, como puede ser un mayor coste, se proyectan sobre todos los contribuyentes. Cfr. expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*, *cit.*, F.D. 4.º (apartado 4.3); expte. S/0226/10, *Licitaciones de carreteras*, *cit.*, F.D. 7.º.

⁹⁹ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 359.

¹⁰⁰ Expte. S/DC/0626/18, *Radares Meteorológicos*, *cit.*, F.D. 5.º (apartado 5.2).

¹⁰¹ Directrices generales, *cit.*, apartado 39.

para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia¹⁰².

Para que el acuerdo pueda acceder a la exención deben evitarse las cláusulas que establecen restricciones de la competencia especialmente graves, ya que difícilmente crean ventajas económicas objetivas ni benefician a los consumidores¹⁰³. No obstante, las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023 establecen algunas orientaciones para valorar, en el contexto de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, las cláusulas de fijación de precios contenidas en los acuerdos de colaboración en UTE, tanto si la colaboración tiene el centro de gravedad en la comercialización común¹⁰⁴, como si lo tiene en la producción común¹⁰⁵.

El tercer requisito exige que el acuerdo no contenga restricciones que no sean indispensables para lograr las mejoras de eficiencia. Si las mejoras se pueden obtener con medios menos restrictivos las partes tienen que optar por aplicar estos.

Finalmente, el cuarto requisito exige que el acuerdo no consienta a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC se aplican tanto a acuerdos individuales como, a través de reglamentos de exención, a categorías de acuerdos. Cuando un acuerdo está contemplado en un Reglamento de exención por categorías, las partes únicamente deben demostrar que el acuerdo restrictivo goza de la exención por categorías y quedan eximidas de demostrar que cumple todas y cada una de las condiciones de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

Los acuerdos de colaboración en UTE que contemplan la producción en común y posterior venta conjunta de los productos fabricados conjuntamente cuyo centro de gravedad se sitúa en la producción en común se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización 2023. Por lo tanto, son susceptibles de acogerse a la exención por categorías siempre que cumplan las condiciones establecidas en esa disposición¹⁰⁶.

La exención por categorías se aplica a condición de que la cuota combinada de mercado de las partes no exceda del 20% de cualquier mercado de referencia a los que pertenezcan los productos objeto del acuerdo¹⁰⁷. Están excluidos de la exención los acuerdos que contienen determinadas restricciones especialmente graves, como la fijación de los precios de venta de los productos a terceras partes, pero se exceptúan «los precios que se cobran a los clientes inmediatos en el

¹⁰² Directrices generales, *cit.*, apartado 43.

¹⁰³ Directrices generales, *cit.*, apartado 46; expte. S/DC/0626/18, *Radars Meteorológicos, cit.*, F.D. 5.º.

¹⁰⁴ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartado 341.

¹⁰⁵ Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, *cit.*, apartados 248 y 249.

¹⁰⁶ Conviene recordar que el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización 2023 comprende también los servicios, de modo que la expresión «producción en común» incluye los acuerdos en virtud de los cuales las partes se comprometen a preparar determinados servicios conjuntamente.

¹⁰⁷ Artículo 3 del Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización 2023.

contexto de la distribución conjunta»¹⁰⁸. Por lo tanto, un acuerdo de colaboración en UTE que tenga su centro de gravedad en la producción conjunta puede quedar exento de la regla general de prohibición del artículo 101.1 TFUE en virtud del Reglamento aun cuando conlleve la fijación del precio de venta de los productos al proponente del proyecto.

IV. CONCLUSIONES

Las UTE constituyen un sistema de colaboración entre empresarios para el desarrollo o ejecución de un proyecto que tienen su origen en un acuerdo o contrato. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, se consideran acuerdos entre empresas sometidos a lo dispuesto en los artículos 101 TFUE y 1 LDC, lo que plantea la cuestión de saber en qué medida están comprendidos en la regla general de prohibición del apartado 1 de esos preceptos y, en su caso, si pueden acogerse a la exención del apartado 3.

Un principio de valoración consolidado establece que el acuerdo de colaboración en UTE carece de aptitud para restringir la competencia cuando es objetivamente necesario para que las partes puedan acceder al contrato, pues no estarían en condiciones de hacerlo individualmente. Para determinar si existe necesidad objetiva de colaborar es preciso evaluar de forma realista las capacidades de las empresas y su suficiencia para cumplir las exigencias de todo tipo que plantean los proyectos. Los asuntos más problemáticos suelen ser aquellos en los que las empresas no cumplen las exigencias requeridas en el momento de presentar la oferta pero están en situación de adaptarse sin dificultad para satisfacerlas y optar individualmente al contrato. Si la adaptación de la empresa resulta factible y realista, habrá que concluir que la colaboración con otras empresas no es objetivamente necesaria y que la empresa es una competidora potencial.

Cuando la UTE se forma por empresas que podrían acceder individualmente al contrato y, por tanto, son competidoras reales o potenciales, el acuerdo es susceptible de restringir la competencia en el sentido de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC. Ello no significa que esté comprendido, necesariamente, en el ámbito de aplicación de la prohibición. En estos casos debe valorarse si el acuerdo es restrictivo por el objeto o por los efectos, para lo cual es preciso examinar el contenido del acuerdo y las circunstancias específicas de cada caso, como la intención de las partes, la finalidad objetiva del acuerdo, el contexto en el que se aplicará y el comportamiento de las partes en el mercado. Este análisis no siempre resulta patente en la práctica y la jurisprudencia examinadas.

Las nuevas Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023, que dedican un epígrafe específico a los «consorcios de licitadores», establecen criterios que ayudan a determinar si el acuerdo es restrictivo por el objeto o por los efectos. Al efectuar la valoración, es importante distinguir los acuerdos de consorcio en los que las partes convienen solamente la comercialización conjunta de aquellos en los que la comercialización está vinculada a la producción conjunta. Al evaluar estos últimos también es preciso identificar donde se si-

¹⁰⁸ Artículo 5.a) del Reglamento de exención por categorías de acuerdos de especialización 2023. Véanse también las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal (2023), *cit.*, apartado 212.

túa el centro de gravedad de la cooperación, para, posteriormente, analizar el acuerdo conforme a los criterios propios del tipo de cooperación resultante. La distinción es importante, ya que determinadas cláusulas, como las de fijación de precios, tienen diferente significado y consideración si se insieren en un tipo de contrato o en otro.

Cuando el centro de gravedad de la colaboración se encuentra en la producción conjunta, la fijación de los precios para la distribución conjunta de los productos o servicios del contrato no se considera, por lo general, una restricción por el objeto, y debe evaluarse si da lugar a efectos restrictivos significativos. Según indican las Directrices es poco probable que dichos acuerdos tengan efectos restrictivos en mercados en los que las partes no tienen poder de mercado. Además, el acuerdo será susceptible de acogerse al beneficio de la regla *de minimis* y al Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de especialización 2023. Sin embargo, si las partes del acuerdo son competidoras y limitan su colaboración a la comercialización en común, estableciendo los aspectos comerciales relacionados con la venta, incluido el precio, es muy probable que el acuerdo sea restrictivo por el objeto.

Cuando del análisis efectuado en virtud de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC resulta que el acuerdo de consorcio restringe la competencia puede quedar exento de la prohibición si comporta beneficios económicos que compensan los efectos negativos de la restricción. Este análisis se efectúa a la luz de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. La exención establecida en estos preceptos se aplica individualmente o mediante exenciones por categorías. Las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal 2023 ofrecen pautas de interpretación de los requisitos exigidos y orientaciones útiles para la evaluación individual de los acuerdos de colaboración en UTE. Entre los Reglamentos de exención por categorías es relevante el Reglamento de acuerdos de especialización 2023, dado que algunas UTE realizan actividades de producción conjunta y estas actividades se encuentran comprendidas en su ámbito de aplicación.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, Ricardo (2010), «Las formas de integración, concentración y cooperación empresarial y el derecho de la competencia», en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., ÓLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.) *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 115-138.
- ARMENGOL I GASULL, Oriol (2019), «Uniones temporales de empresas y derecho de la competencia», *Economía Industrial*, nº 415, págs. 59-67.
- BARRANTES DÍAZ, Begoña, IRISSARRY ROBINA, Belén (2017), «Prohibición de prácticas colusorias (III): acuerdos de cooperación horizontal», en BENEYTO PÉREZ, J.M., y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. (dirs.) *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 Tomos, 2.^a ed., Bosch – Wolters Kluwer, Barcelona, en Tomo II, págs. 331-392.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (1969), «Prólogo», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Asociaciones y Uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia*, Seminario de Derecho Mercantil, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, págs. 15-22.
- CURTO POLO, Mercedes (2005), «STS de 29 de julio de 2004: Uniones Temporales de Empresarios. Responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los empresarios inte-

- grantes de la Unión. Obligación de operar a través de un gerente. Poderes del gerente», *CCJCiv.*, nº 69, septiembre/diciembre, págs. 1019-1033.
- GUILLÉN CARAMÉS, Javier (2020), «Uniones de empresarios y contratación pública: una reforma incompleta e inacabada», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 203, enero-marzo, 40 págs.
- IRISSARRY ROBINA, Belén (2019), «UTES y Derecho de la Competencia: la necesidad de un manual de instrucciones», en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (coord.), *Práctica Mercantil para abogados: los casos más relevantes en 2018 de los grandes despachos*, Colección Anuarios, La Ley – Wolters Kluwer, Madrid, págs. 133-158.
- LÓPEZ RIDRUEJO, María, PICÓN FRANCO, Alexandre, TRAPET LLAMAS, Marie (2020), «A vueltas con las UTES entre competidores y el Derecho de la Competencia. La necesidad de clarificar el test legal aplicable», *Rcd*, núm. 27, julio-septiembre, 24 págs.
- MIÑO LÓPEZ, Antonio (2019), *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor.
- (2021), «La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 212, págs. 329-370.
- WAELEBROECK, Michel, FRIGNANI, Aldo (1998), *Derecho Europeo de la Competencia*, Versión en español por I. SÁENZ CORTABARRÍA y M. MORALES, 2 Tomos, Bosch, Barcelona.
- WARD, Andrew, LÓPEZ RIDRUEJO, María, PICÓN FRANCO, Alexandre (2019), «Las uniones temporales de empresas en la práctica comparada de las autoridades de competencia», en RECUERDA GIRELA, M.A. (dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2019*, Cívitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, págs. 57-81.