



**Conferencia de las Naciones Unidas
sobre Comercio y Desarrollo**

Distr. limitada
30 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

**Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada
de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios
y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente
para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas**

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

**Ley tipo de defensa de la competencia (2010) –
Capítulo III**

Ley tipo de defensa de la competencia (2010) – Capítulo III

Definiciones y ámbito de aplicación

I. Definiciones

a) Por "empresa" se entiende toda firma, sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía o asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por ella.

b) Por "posición dominante en el mercado" se entiende la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios.

c) Por "fusiones y adquisiciones" se entiende la situación en que mediante una operación jurídica dos o más empresas unifican legalmente la propiedad de sus activos que anteriormente estaban sometidos a un control separado. Quedan incluidas las absorciones, las empresas conjuntas de concentración y otros modos de adquisición de control tales como la vinculación por medio de consejeros comunes.

d) Por "mercado pertinente" se entiende el mercado de referencia donde se dan las condiciones generales en que vendedores y compradores intercambian bienes, e implica la determinación de los límites que identifican a grupos de vendedores y compradores de mercancías donde es probable que se restrinja la competencia. Requiere delimitar el producto y el área geográfica en que respecto de determinados grupos de bienes, compradores y vendedores interactúan para establecer los precios y la producción. Debería incluir todos los productos o servicios razonablemente sustituibles y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso dieran lugar a un aumento no insignificante de los precios.

II. Ámbito de aplicación

a) Se aplica a toda empresa, tal como ha sido definida, con respecto a todos sus convenios, transacciones o actos relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual.

b) Se aplica a toda persona natural que, obrando a título privado como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas.

c) No se aplica a los actos soberanos del propio Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizados bajo su supervisión.

Convenios o acuerdos restrictivos

I. Prohibición de los siguientes convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u oficiosos

a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;

b) La licitación colusoria;

c) El reparto de mercados o clientela;

- d) *Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;*
- e) *La negativa concertada a comprar;*
- f) *La negativa concertada a suministrar;*
- g) *La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.*

II. Autorización o exención

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y se realicen por empresas sujetas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas o declaradas exentas si el servicio de defensa de la competencia llega a la conclusión de que el convenio en general redundará en un beneficio público neto.

Observaciones sobre el capítulo III y distintos criterios seguidos en las leyes existentes

Introducción

1. En el capítulo III de la Ley tipo de defensa de la competencia se recomienda la prohibición de los "convenios o acuerdos restrictivos". El artículo se redactó tomando como base el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas, que dice lo siguiente:

"Las empresas dedicadas en el mercado a actividades rivales o potencialmente rivales, excepto cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras, deberían abstenerse de prácticas como las que se indican a continuación cuando, en virtud de acuerdos formales o no formales, escritos o no escritos, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, y tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre el comercio internacional, especialmente el de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países:

- a) Acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones;
- b) Licitaciones colusorias;
- c) Acuerdos de asignación de mercados o de clientes;
- d) Asignación por cuotas de ventas y producción;
- e) Acción colectiva para la imposición de acuerdos (por ejemplo, mediante la negativa concertada a tratar);
- f) Denegación concertada de suministros a importadores potenciales;
- g) Rechazo colectivo a la participación en un acuerdo, o asociación, que sea vital para la competencia."

2. Los términos utilizados actualmente en el capítulo III, a saber, "convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras", sugieren que la prohibición de los convenios contrarios a la competencia sólo afecta a los acuerdos horizontales. Sin embargo, teniendo en cuenta que muchas legislaciones de defensa de la competencia prohíben tanto los convenios horizontales como los convenios verticales contra la competencia, en los comentarios al capítulo III se considerarán también los acuerdos verticales.

Convenios o acuerdos

3. Lejos de referirse a la conducta de una empresa individual, la prohibición de los convenios contrarios a la competencia se relaciona con el daño que produce a la competencia la colusión o cooperación de dos o más empresas independientes. La interacción entre empresas es lo que pretende reflejar la idea de convenio o acuerdo. El concepto de "convenio" en la legislación de defensa de la competencia no es necesariamente igual al utilizado en el derecho civil de un país y normalmente se interpreta de forma amplia para que incluya todo tipo de comportamiento que tenga trascendencia al respecto.

4. Un convenio puede adoptar distintas formas. Puede ser escrito o verbal, oficial u oficioso. Basta un gesto de asentimiento para establecer un convenio¹. Por consiguiente, algunas leyes de defensa de la competencia están redactadas en términos amplios para que sean aplicables a todo tipo de convenios. Con el mismo enfoque, las leyes de defensa de la competencia se aplican a cualquier tipo de pacto, esté o no destinado a tener fuerza jurídica obligatoria. Con frecuencia se pueden incluir las prácticas concertadas, que son unos pactos más oficiosos, en el ámbito de la prohibición de los convenios contrarios a la competencia.

5. Como reflejo del hecho de que las asociaciones de empresas pueden desempeñar un papel fundamental en la concertación y el mantenimiento de convenios, muchas leyes de defensa de la competencia incluyen las decisiones de estas asociaciones de empresas en la definición de convenio. Como alternativa, hay algunas jurisdicciones, por ejemplo la República de Corea y Malawi, que tipifican los actos ilegales de las asociaciones de empresas en disposiciones independientes.

6. Debe tenerse en cuenta que los convenios entre empresas sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, por lo general no están sometidos a las normas que prohíben los convenios contrarios a la competencia. Las empresas de un mismo propietario o sujetas a un control común se considera que constituyen una sola entidad económica que actúa en el mercado como un solo agente. Esta idea está reflejada en el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas, que establece que los convenios entre empresas contrarios a la competencia están prohibidos, "excepto cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras".

7. En algunas jurisdicciones, en lugar de utilizarse el concepto de convenio contrario a la competencia o el de prácticas concertadas, se utiliza el concepto de dominio colectivo conjunto del mercado. Este concepto supone la intervención de múltiples empresas, pero lo que pretende reflejar es la práctica del oligopolio, es decir, un comportamiento paralelo en una situación de oligopolio², que no se basa en ningún tipo de convenio o entendimiento.

Distintos criterios seguidos en las leyes existentes – Definición de convenio

País

Unión Europea	"Todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas" (párrafo 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).
India	"El término 'convenio' incluye todos los convenios o acuerdos o prácticas concertadas, a) tanto escritos como verbales, oficiales u oficiosos; o b) tanto si están, o no, destinados a tener fuerza jurídica obligatoria" (Ley de la India de 2002 sobre la competencia, art. 2).
Jamaica	"Los convenios, acuerdos o entendimientos, tanto verbales como escritos, tanto si están destinados a ser jurídicamente exigibles, como si no" (Ley de la Comisión de la competencia leal, art. 2).

¹ *Esco Corp. v. United States*, 340 F.2D 1000, 1007 (9th Cir. 1965).

² Whish R (2009), *Competition Law*, Oxford University Press, 6^a ed.

País

Sudáfrica	"Un convenio o práctica concertada entre empresas o una decisión de una asociación de empresas", entendiéndose que el término convenio incluye "todo contrato, acuerdo o entendimiento, destinado, o no, a ser jurídicamente exigible" y que por práctica concertada se entiende "una conducta cooperativa o coordinada entre empresas, lograda por medio de contactos directos o indirectos, que suprime su actuación independiente aunque no equivalga a un convenio" (Ley sobre la competencia, art. 1).
-----------	---

Diferencia entre convenios horizontales y verticales

8. Los convenios entre empresas son fundamentalmente de dos tipos: horizontales y verticales. Los convenios horizontales son los celebrados entre empresas competidoras, entendiéndose que el adjetivo "competidoras" significa que se trata de empresas que operan en el mismo escalón funcional de la cadena de producción o distribución y compiten por los mismos clientes. Un convenio horizontal puede ser también un acuerdo entre empresas potencialmente competidoras. Estas empresas potencialmente competidoras son aquellas que están capacitadas para entrar en el mercado de que se trate, y es probable que lo hagan, y que pueden hacer sentir la presión de la competencia a los actuales competidores.

9. Los convenios verticales son los celebrados entre empresas que se sitúan en distintos escalones funcionales de la cadena de producción y/o distribución. En otras palabras, se trata de acuerdos entre proveedores y sus clientes, por ejemplo, entre fabricantes de componentes y fabricantes de productos que incorporan esos componentes, entre productores y mayoristas o entre mayoristas y minoristas. Algunos convenios pueden ser a la vez horizontales y verticales.

10. La principal diferencia entre estos dos tipos de convenio es que, mientras los horizontales, en especial los que tienen por finalidad hacer subir los precios y limitar la producción, son perjudiciales para la competencia en la mayoría de los casos, los convenios verticales normalmente suponen una amenaza menor para la competencia y a menudo pueden ser beneficiosos desde la perspectiva de la eficiencia. Tomando como base esta constatación, muchas jurisdicciones aplican una normativa distinta para evaluar los convenios horizontales y los verticales, tratando los convenios horizontales por lo general de forma más estricta.

Formulación de la prohibición de los convenios contrarios a la competencia

11. Aunque la mayoría de las leyes de defensa de la competencia prohíben tanto los convenios horizontales contrarios a la competencia como los verticales, esta prohibición la formulan muchas veces con enfoques distintos. En muchos sistemas legales de defensa de la competencia existe una disposición general que abarca tanto los convenios horizontales contrarios a la competencia como los verticales. Por ejemplo, la legislación de defensa de la competencia de los Estados Unidos contiene una prohibición general de los convenios contrarios a la competencia, de modo que la misma prohibición permite impugnar tanto los convenios horizontales como los verticales.

12. En cambio, algunas leyes de defensa de la competencia, por ejemplo, las de Costa Rica, Indonesia y Sudáfrica, dedican disposiciones diferentes a los acuerdos verticales y a los horizontales. Además, las leyes de defensa de la competencia pueden contener algunas disposiciones generales que son aplicables únicamente a los convenios horizontales, aplicando a los convenios verticales un cierto número de disposiciones individuales que hacen referencia, por ejemplo, al mantenimiento del precio de reventa, las ventas en exclusiva, las ventas condicionadas o subordinadas, etc. Debe observarse que la prohibición

del abuso de una posición dominante puede ser aplicable también a los convenios verticales si una de las partes tiene una posición dominante y abusa de esta posición con términos y condiciones contrarios a la competencia.

13. Una cuestión conexas es establecer si deben tipificarse expresamente en la ley las conductas prohibidas o si debe establecerse una prohibición general que abarque los distintos tipos de convenio contrario a la competencia. Como antes se ha indicado, algunas leyes de defensa de la competencia sólo establecen una prohibición general de los convenios contrarios a la competencia, dejando que la aplicación práctica de sus disposiciones determine cuáles son las conductas concretas prohibidas por la ley. Aunque este enfoque permita una aplicación flexible de las normas, es posible que ofrezca poca orientación al público, en especial cuando el régimen de la competencia es reciente y la conciencia pública de la ilicitud de los convenios contrarios a la competencia es relativamente débil.

14. Una alternativa sería incluir en la cláusula de prohibición de los convenios contrarios a la competencia una lista de ejemplos de conductas prohibidas. En muchas jurisdicciones se ha adoptado el enfoque de establecer una prohibición general de los convenios contrarios a la competencia seguida de una lista no exhaustiva de las conductas consideradas infracciones. Este enfoque permite una gran flexibilidad y al mismo tiempo ofrece una orientación sobre las prioridades en la aplicación de la ley.

Distintos criterios seguidos en las leyes existentes – Formulación de la prohibición de los convenios contrarios a la competencia

País

Estados Unidos	"Por la presente ley se declara ilegal cualquier contrato, combinación bajo la forma de consorcio u otra, o conspiración que pretenda limitar el comercio entre los diferentes estados o con otras naciones" (Ley Sherman, art. 1).
Unión Europea	"Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: <ol style="list-style-type: none"> a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

País

Sudáfrica	<p>e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos" (párrafo 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).</p> <p>"Los convenios o las prácticas concertadas entre empresas, o las decisiones de una asociación de empresas, estarán prohibidos si las partes tienen una relación horizontal y si interviene alguna de las siguientes prácticas restrictivas horizontales:</p> <p>i) La fijación directa o indirecta de un precio de compra o de venta o de cualquier otra condición comercial;</p> <p>ii) La división de los mercados mediante el reparto de los clientes, los proveedores, los territorios o tipos específicos de bienes o servicios; o</p> <p>iii) La colusión en las licitaciones."</p> <p>"Los convenios entre partes que tengan una <i>relación vertical</i> estarán prohibidos si su efecto es obstaculizar o reducir la competencia en un mercado de forma sustancial" (Ley sobre la competencia, arts. 4 y 5).</p>
Canadá	<p>La Ley sobre la competencia establece dos prohibiciones de convenios horizontales contrarios a la competencia: el artículo 45 prohíbe expresamente los acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse mercados o limitar la producción, que constituyen de por sí limitaciones de la competencia, mientras que el párrafo 1 del artículo 90 prohíbe los demás tipos de convenio horizontal que es probable que obstaculicen o reduzcan la competencia de forma importante.</p> <p>Además, la ley contiene varias disposiciones que prohíben formas concretas de convenios verticales, por ejemplo, el mantenimiento del precio de reventa (art. 76), las ventas en exclusiva, las restricciones de mercado y las ventas vinculadas (art. 77).</p>

Convenios horizontales contrarios a la competencia

15. Para fijar prioridades en la aplicación de la legislación y establecer qué criterios se utilizarán en el análisis de los casos puede ser útil distinguir los convenios horizontales considerados cárteles puros y los demás tipos de convenios contrarios a la competencia.

16. Los convenios enumerados en el capítulo III de la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD son los que se denominan cárteles puros, que han demostrado ser particularmente perniciosos para la competencia. Por lo general se acepta que estos cárteles puros son siempre contrarios a la competencia y que cabe razonablemente presumir que son ilegales sin más averiguaciones³. Por esta razón, son muy numerosos los regímenes

³ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha afirmado que: "existen ciertos convenios o prácticas de los que, a causa de sus efectos perniciosos sobre la competencia y de la falta de toda ventaja compensatoria, se presume de modo concluyente que no tienen carácter razonable y, por consiguiente,

jurídicos de la competencia que los prohíben sin más, como violaciones *per se* de la legislación o por ser contrarios a la competencia por su objeto.

17. A diferencia de los cárteles puros, hay otros tipos de convenios entre competidores que pueden producir algunos beneficios. Por ejemplo, la comercialización conjunta, que permite que los productos lleguen a los clientes con mayor rapidez y eficacia, puede generar algunas ganancias de eficiencia. Sin embargo, los convenios de este tipo también pueden dañar a la competencia porque reducen la capacidad de las empresas participantes de competir independientemente, o los incentivos para ello, o implican o facilitan los convenios contrarios a la competencia entre ellos. El efecto general sobre la competencia varía en cada caso, dependiendo del carácter de los convenios y de las circunstancias del mercado. Por consiguiente, los convenios de este tipo potencialmente contrarios a la competencia deben ser tratados con mayor cuidado y deben ser evaluados normalmente aplicándoseles el criterio de razonabilidad (*rule of reason*), según el cual las autoridades de defensa de la competencia han de demostrar el daño causado por la supuesta conducta de cártel.

18. La diferencia entre estos dos tipos de convenio horizontal adquiere mayor importancia si cabe si se tiene en cuenta la reciente tendencia a la penalización de los cárteles puros. En algunas jurisdicciones se considera que los cárteles puros constituyen un delito penal que puede ser castigado con penas de prisión, mientras que los demás tipos de colaboración entre competidores son objeto de sanciones civiles o administrativas.

Cárteles puros

19. Como antes se ha indicado, los cárteles puros son convenios entre competidores que no tienen más objetivo ni resultado que hacer subir los precios o disminuir la producción. En términos generales, la definición de cárteles puros abarca cuatro tipos de convenios: los de fijación de precios, limitación de la producción, reparto de mercado y maquinación para alterar las ofertas.

20. Una lista amplia de los cárteles puros también puede incluir los boicoteos de grupo realizados por empresas. El capítulo III de la Ley tipo incluye entre los cárteles puros una subcategoría de boicoteos de grupo: la negativa concertada a comprar o a suministrar y la negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia⁴.

21. Como antes se dijo, los convenios enumerados en el capítulo III de la Ley tipo se consideran en general cárteles puros.

a) Convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional

22. El Conjunto de Principios y Normas requiere en el apartado a) del párrafo 3 de la sección D que se prohíban los "acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones". La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas de cártel y se considera en muchos países ilícita *per se*.

que son ilegales, sin detenerse a indagar el daño concreto que hayan causado ni la razón comercial que excuse su adopción" (*Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958)).

⁴ Normalmente los boicoteos realizados por los clientes no pueden ser condenados al amparo de esta prohibición.

23. La fijación de precios implica un acuerdo entre competidores para subir, determinar o mantener de otro modo el precio de un producto o servicio. La fijación de precios puede incluir convenios para establecer un precio mínimo, suprimir descuentos o adoptar una fórmula común para calcular los precios, etc. La fijación de precios no se limita sólo a éstos sino que puede afectar también a otras condiciones de la venta que influyen en los precios al consumidor, por ejemplo, los fletes, las garantías, los programas de descuento o los tipos aplicados a la financiación.

b) Licitación colusoria

24. Por licitación colusoria se entiende el mecanismo que utilizan los competidores que participan en una trama para hacer subir los precios en caso de que los contratos se adjudiquen a las empresas por medio de la convocatoria de una licitación. Básicamente la situación consiste en que los competidores se ponen de acuerdo con anterioridad a la licitación sobre quién va a ganarla y a qué precio, contradiciendo así la finalidad misma de la convocatoria de la licitación, que no es otra que la adquisición de bienes o servicios a los precios y en las condiciones más favorables.

25. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas. Los competidores pueden ponerse de acuerdo para adjudicarse las licitaciones por turno. Algunos competidores pueden comprometerse a presentar ofertas inaceptables para ocultar la maquinación para alterar las ofertas. En otros casos, los competidores pueden ponerse simplemente de acuerdo en abstenerse de participar en una licitación o en retirar una oferta ya presentada. Estos convenios pueden implicar también la subcontratación de partes del contrato principal con los licitantes perdedores, como compensación, o hacer pagos a los demás miembros del cártel.

26. La licitación colusoria es ilegal en la mayoría de los países. Aun aquellos que no cuentan con una legislación de defensa de la competencia, disponen a menudo de una normativa específica de las licitaciones. Casi todos los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales debido a sus aspectos fraudulentos y, en particular, a los perjuicios para las compras del Estado y el gasto público.

Distintos criterios seguidos en las leyes existentes – Licitación colusoria

País

China	Según el artículo 15 de la Ley de represión de la competencia desleal de la República Popular de China, los participantes en una licitación no podrán presentar sus ofertas en colusión con otros para forzar la subida o la bajada del precio. Además, los participantes en la licitación no colaborarán con la parte que haya invitado a presentar ofertas para excluir una competencia leal entre los competidores.
Alemania	En la legislación de competencia no se encuentra ninguna disposición especial referente a la licitación colusoria. Sin embargo, la legislación penal alemana prohíbe expresamente las maquinaciones para alterar las ofertas. Véase el párrafo 298 del Código Penal.

País

Kenya	La licitación colusoria o la adjudicación colusoria de una subasta se consideran delitos punibles con hasta tres años de cárcel (Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control del comercio, arts. 11 y 12).
-------	--

c) Reparto de mercados o clientela

27. Los convenios de reparto del mercado o de la clientela son acuerdos por los que los competidores se dividen entre sí los mercados. Estos convenios consisten fundamentalmente en un acuerdo para no competir: "yo no venderé en tu parte del mercado si tú no vendes en la mía". A través de estos acuerdos las empresas se dividen el territorio donde realizarán sus ventas con criterios geográficos o reservan determinados clientes o tipos de clientes a miembros concretos del cártel.

28. Los acuerdos de reparto de los clientes pueden producirse tanto en el comercio nacional como en el internacional; en este último caso frecuentemente suponen un reparto del mercado internacional con criterios geográficos que responden a relaciones previamente establecidas entre proveedores y compradores. Las empresas que conciertan tales convenios casi siempre acuerdan no competir en el mercado interior de la otra.

d) Restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas

29. Las restricciones de la producción o las ventas tienen por finalidad influir en los precios mediante una limitación artificial de la oferta.

30. Las restricciones de la producción pueden conseguirse por medio de acuerdos sobre los volúmenes de producción, los volúmenes de ventas o los porcentajes de crecimiento del mercado que se atribuyen. Las restricciones a menudo afectan a sectores en los que hay un exceso de capacidad y en los que las partes en colusión quieren que suban los precios. Para velar por el cumplimiento de ese pacto, es frecuente que se cree un fondo común y se exija a las empresas cuyas ventas sean superiores a su cuota que hagan pagos al mismo para compensar a las empresas cuyas ventas sean inferiores a su cuota.

e) Negativa concertada a comprar

f) Negativa concertada a suministrar

31. Las negativas concertadas a comprar o a suministrar, es decir, los denominados boicoteos de grupo, son convenios entre empresas competidoras para no realizar operaciones con determinadas empresas o personas. Los boicoteos de grupo pueden utilizarse para mantener un comportamiento anticompetitivo ilegal. Por ejemplo, unas empresas competidoras, para asegurar el cumplimiento de un acuerdo de fijación de precios, pueden convenir que no realizarán operaciones con otras empresas salvo en las condiciones convenidas. En otros casos, los boicoteos de grupo se pueden utilizar para impedir que una empresa entre en un mercado o ponga en desventaja a un competidor anterior. También pueden afectar a empresas que ofrecen descuentos del precio y a las que se quiere obligar a cumplir un pacto de mantenimiento de los precios de reventa.

32. Los boicoteos de grupo pueden ser horizontales (es decir, las firmas competidoras pueden convenir entre ellas no vender o no comprar a determinadas empresas o personas) o verticales (los pactos entre partes situadas en escalones diferentes del proceso de producción o distribución, por el que se niegan a tratar con un tercero, normalmente un competidor de las empresas que participan en el pacto).

33. Los boicoteos de grupo se consideran ilegales en varios países, en particular cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos o cuando restringen la competencia y carecen de justificación comercial.

Distintos criterios seguidos en las leyes existentes – Boicoteos

País

Alemania	Además de la prohibición general de los convenios contrarios a la competencia, la Ley contra las restricciones a la competencia incluye una prohibición específica de los boicoteos (art. 21).
Estados Unidos	<p>El Tribunal Supremo ha sostenido que no todas las negativas concertadas a comerciar horizontales justifican por sí mismas un examen. El demandado, una cooperativa de compras, había expulsado a un miembro sin ofrecer una explicación en ese momento o un medio procesal de oponerse a la expulsión. El Tribunal mantuvo que esas cooperativas se caracterizan por estar destinadas a aumentar la eficiencia económica y sostuvo que a menos que la cooperativa tuviera un poder de mercado o un acceso exclusivo a un "elemento esencial para una competencia efectiva", la expulsión del miembro debía juzgarse con el criterio de si era razonable o no (<i>rule of reason</i>) y, por tanto, podía muy bien ser lícita. (<i>Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationary & Printing Co.</i>, 472 U.S. 284 (1985)).</p> <p>En otro caso, el Tribunal Supremo falló que el boicoteo de un grupo con el fin de influir en el precio pagado por los servicios de los miembros de ese grupo era intrínsecamente ilegal con independencia del poder de mercado de los participantes (<i>FTC v. Superior Court Trials Lawyers Ass'n</i>, 493 U.S. 411 (1990)).</p>

g) *Negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia*

34. En la producción y venta de bienes y servicios es corriente ser miembro de asociaciones profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y en circunstancias normales se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, bien creando un "coto cerrado", lo que podría suavizar o dificultar la competencia. No obstante, preocupaciones profesionales válidas, como el incumplimiento de las normas de conducta profesional, pueden justificar la exclusión de las asociaciones profesionales de determinados individuos.

35. La denegación colectiva a que se participe en un acuerdo también puede consistir en la negativa a que se acceda a un servicio necesario para competir eficazmente en el mercado.

Otros tipos de convenios horizontales

36. Aparte de los cárteles puros, hay otros convenios horizontales que con frecuencia se consideran contrarios a la competencia en virtud del criterio de razonabilidad de la prohibición. Por lo general se consideran convenios de este tipo: los de comercialización conjunta, compras conjuntas y empresas conjuntas de I+D, y en ocasiones los de utilización conjunta de información.

37. Como antes se ha indicado, los convenios de este tipo están sometidos en muchas jurisdicciones al criterio de la razonabilidad de su prohibición, para tener en cuenta el hecho de que en ocasiones los competidores necesitan colaborar o cooperar en alianzas estratégicas o empresas conjuntas y que esta colaboración puede no sólo ser poco grave sino llegar a ser favorable a la competencia.

38. No obstante, debe señalarse que no basta con calificar un convenio de "empresa conjunta" para eludir cualquier responsabilidad si los participantes la utilizan como instrumento para subir los precios o limitar la producción.

Comercialización conjunta

39. La comercialización conjunta puede suponer convenios de venta, distribución o promoción conjunta de bienes o servicios. Estos convenios pueden ser favorables a la competencia si la combinación de activos complementarios puede generar ahorros de gastos y otras eficiencias. Sin embargo, las colaboraciones en la comercialización pueden implicar convenios sobre precios, producción u otras variables que influyen considerablemente en la competencia, resultando ésta dañada.

Compras conjuntas

40. Los convenios de compras conjuntas son unos pactos entre empresas para comprar conjuntamente insumos necesarios. Con frecuencia estos convenios son favorables a la competencia ya que las compras conjuntas pueden permitir a los participantes obtener mayores descuentos de los proveedores debido, por ejemplo, al menor coste del suministro, o reducir gastos de distribución y entrega. Sin embargo, los convenios de este tipo pueden disminuir la competencia si facilitan la colusión a través de la uniformización de los gastos de los participantes.

Empresas conjuntas de I+D

41. La posible colaboración entre competidores puede dar lugar a convenios para la realización conjunta de actividades de investigación y desarrollo. La mayoría de las actividades conjuntas de I+D entre competidores son favorables a la competencia y producen beneficios considerables. Por ejemplo, la colaboración en I+D puede permitir a los participantes combinar activos, tecnologías o conocimientos prácticos complementarios, dando paso así al desarrollo de productos innovadores o mejorados. Los convenios de I+D conjunta pueden disminuir o dificultar la competencia si imponen a los participantes restricciones a la explotación de los productos obtenidos gracias a la cooperación.

Utilización conjunta de información

42. Los convenios entre empresas pueden dar lugar a un intercambio considerable de información entre competidores. Compartir información puede ser necesario para lograr una colaboración favorable a la competencia pero a veces incrementa la posibilidad de colusión. En concreto, el intercambio de información sobre precios, costes, cláusulas de las transacciones, estrategias de comercialización u otras variables importantes para la competencia puede suscitar preocupación y considerarse por consiguiente contrario a la competencia *per se* en algunas jurisdicciones. La puesta en común de información importante para la competencia puede facilitar la colusión entre los competidores.

Convenios verticales

43. Los convenios verticales son pactos entre empresas que se encuentran en escalones distintos de la cadena de producción o de distribución, por ejemplo, acuerdos entre un productor y un distribuidor o entre un mayorista y un minorista. El capítulo III de la Ley tipo no contiene ninguna referencia a los convenios verticales pero el capítulo VI, referente al abuso de posición dominante, indica algunos tipos de convenios verticales que pueden ser contrarios a la competencia. Sin embargo, parece más indicado desde una perspectiva sistemática abordar los convenios verticales en el marco de la prohibición de los convenios contrarios a la competencia.

44. En muchas jurisdicciones, las restricciones verticales están sujetas al criterio del carácter razonable o no de la restricción (*rule of reason*), lo que pone de manifiesto que tales restricciones no son siempre perniciosas sino que en realidad pueden ser beneficiosas en determinadas circunstancias de la estructura del mercado. Los organismos de defensa de la competencia raramente se oponen a las restricciones verticales no basadas en el precio.

45. Entre los convenios verticales que normalmente suscitan preocupación por la competencia cabe mencionar: el mantenimiento de precios de reventa, los acuerdos de exclusividad, las restricciones de mercado territorial exclusivo o reservado (geográfico) impuestas a los distribuidores y los acuerdos vinculantes. Aunque la primera de estas prácticas sigue siendo muy discutida por los economistas, las prácticas de exclusividad despiertan menos recelo.

Mantenimiento de los precios de reventa

46. Los convenios para el mantenimiento de los precios de reventa consisten básicamente en un acuerdo entre un proveedor y sus distribuidores en virtud del cual el primero hace que sus distribuidores vendan sus productos a un precio determinado. Por lo general, la práctica del mantenimiento de los precios de reventa se traduce en la fijación de los precios al por menor por el proveedor. Para más información sobre los distintos enfoques del análisis del mantenimiento de los precios de reventa véanse los comentarios al capítulo IV de la Ley tipo.

Acuerdos de exclusividad

47. Los acuerdos de exclusividad consisten en la imposición de una restricción a la elección de compradores o proveedores de una empresa, es decir, el comprador es obligado a comprar todos sus suministros a un solo vendedor, o bien un vendedor es obligado a vender sus productos a una sola empresa. Para más información sobre el análisis de los acuerdos de exclusividad véanse los comentarios al capítulo IV de la Ley tipo.

Restricciones de mercado territorial exclusivo o reservado

48. Se trata de un acuerdo en virtud del cual un proveedor restringe el territorio de venta de que dispone cada uno de sus distribuidores. Para más información sobre los acuerdos de mercado territorial exclusivo véanse los comentarios al capítulo IV de la Ley tipo.

Acuerdos vinculantes

49. Los acuerdos de este tipo se definen como todo acuerdo de una parte para vender un producto pero sólo con la condición de que el comprador también adquiriera un producto diferente (o vinculado) o no compre el producto a ningún otro proveedor⁵.

50. Para más información sobre el análisis de los acuerdos vinculantes véanse los comentarios al capítulo IV de la Ley tipo.

Autorización o exención

51. Casi en todas las jurisdicciones existen exenciones de la prohibición de los convenios contrarios a la competencia. Sin embargo, como cada jurisdicción tiene un régimen de distinto tipo, los sistemas de exención y autorización son también distintos. El párrafo II del presente capítulo de la Ley tipo prevé un sistema de autorizaciones que atribuye a las autoridades nacionales un margen de capacidad discrecional para autorizar los convenios notificados, pero otras legislaciones sólo conceden exenciones para tipos concretos de convenios sin permitir a los servicios de defensa de la competencia ningún margen de discrecionalidad. Por ejemplo, la legislación antimonopolio de los Estados Unidos no reconoce a los servicios de defensa de la competencia estadounidenses ninguna posibilidad de conceder exenciones o autorizaciones y, por consiguiente, no prevé tampoco un sistema de notificación de los convenios contrarios a la competencia. Sin embargo, las exenciones legales y jurisprudenciales a la legislación antimonopolio de los Estados Unidos son numerosas.

52. Las observaciones que figuran a continuación se refieren a las distintas formas de autorización que pueden conceder los servicios de defensa de la competencia, y no a las exenciones establecidas por ley.

Exenciones en bloque e individuales

53. En muchas jurisdicciones existen mecanismos de exención en bloque y/o individual. Cuando se establece una exención en bloque, un tipo determinado de convenios queda exento sin necesidad de un examen individual. Cabe presuponer que los tipos de convenios que se detallan cumplen los criterios exigidos para obtener la exención. Como ejemplo cabe citar las exenciones en bloque de los convenios de I+D y de especialización, que presuponen que la combinación de conocimientos o activos complementarios puede producir ganancias sustanciales de eficiencia.

54. Por otro lado, pueden concederse exenciones en favor de convenios individuales. Las empresas que tengan previsto establecer un convenio que potencialmente sea contrario a la competencia tendrán que notificar a los servicios de defensa de la competencia, en consecuencia, todos los datos sobre el contenido del convenio para obtener su autorización. El capítulo V de la Ley tipo de defensa de la competencia está dedicado a las cuestiones de procedimiento de este sistema de notificación.

⁵ *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6 (1958).

55. Como se explicó con más detalle en los comentarios al capítulo V de la Ley tipo, el sistema de notificación previa y autorización administrativa puede provocar una acumulación de notificaciones que obligue a consumir de forma innecesaria una parte muy importante de los recursos de que disponen los servicios antimonopolio, y no transmite a las partes afectadas ninguna certidumbre jurídica. Ese es el motivo de que la legislación de defensa de la competencia de la UE eliminara el sistema de notificación de los convenios potencialmente contrarios a la competencia.

Criterios para conceder exenciones

56. Los servicios de defensa de la competencia pueden autorizar ciertas prácticas si las empresas que las llevan a cabo están sujetas a una competencia efectiva y redundan en "un beneficio público neto". Este beneficio público neto ha de entenderse condicionado a los objetivos y fines de las leyes de defensa de la competencia e interpretarse de forma preferente como beneficio económico o ganancia de eficiencia económica. El artículo 101 3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece unos criterios para la concesión de exenciones que pueden utilizarse como referencia. La disposición establece cuatro condiciones para que pueda autorizarse un convenio: a) el acuerdo tiene que contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, es decir, lo que se denomina ganancias de eficiencia; y al mismo tiempo b) reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; y sin que c) el convenio imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; o d) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Varios países han adoptado el enfoque de la UE, por ejemplo, Suiza.

57. Muchos servicios de defensa de la competencia, incluida la Comisión Europea, se resisten a autorizar los convenios que caigan dentro de la categoría de cárteles puros.

Exenciones de minimis y otros tipos de exención

58. Muchos servicios de defensa de la competencia conceden exenciones *de minimis* de la prohibición de los convenios contrarios a la competencia en favor de empresas cuya cuota combinada de mercado no supere un determinado porcentaje (normalmente del 10% al 25%) del mercado de que se trate o cuya cifra de negocios combinada anual sea inferior a un nivel determinado. Por lo general, sin embargo, este tipo de exención no es aplicable a los cárteles puros.

59. En otros casos la exención *de minimis* se concede por ley. Por ejemplo, la legislación alemana de defensa de la competencia no es aplicable a la cooperación entre pequeñas y medianas empresas si esta cooperación racionaliza procesos económicos.

60. Además, algunas leyes de defensa de la competencia prevén la posibilidad de autorizar, en determinados supuestos y durante cierto plazo, los cárteles de crisis (denominados en ocasiones cárteles de depresión) y los cárteles de racionalización.

61. Como ejemplo cabe citar los antiguos regímenes antimonopolio del Japón y Alemania, en virtud de los cuales los servicios de defensa de la competencia podían autorizar cárteles de crisis y de racionalización si lo solicitaban las partes. En ambos países, las exenciones en favor de los cárteles de depresión y racionalización fueron suprimidas en 1999 y 2005, respectivamente. Cabe señalar que en las demás jurisdicciones que todavía mantienen disposiciones de este tipo apenas hay exenciones en vigor en los últimos años.

Distintos criterios seguidos en las leyes existentes – Autorización o exención

País

Viet Nam	<p>Puede concederse una exención si un convenio cumple uno de los siguientes criterios, que tienen por finalidad reducir los costes primarios y beneficiar a los consumidores:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Si racionaliza una estructura organizativa o la escala de un negocio, o aumenta la eficiencia comercial; b) Si promueve el progreso técnico o tecnológico o mejora la calidad de bienes y servicios; c) Si promueve la aplicación uniforme de las normas de calidad y las calificaciones técnicas de los tipos de productos; d) Si unifica las condiciones del comercio, de la entrega de mercancías y del pago, pero no hace referencia al precio ni a factores del precio; e) Si aumenta la competitividad de las pequeñas y medianas empresas; f) Si aumenta la competitividad de empresas vietnamitas en el mercado internacional (Ley sobre la competencia, art. 10).
Japón	<p>Se podían conceder exenciones en favor de los cárteles de crisis y de racionalización en determinados supuestos y durante cierto plazo. En el curso del proceso de desregulación que se produjo a finales de los años noventa se suprimió esta exención.</p>
Unión Europea	<p>El párrafo 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe los convenios contrarios a la competencia, mientras que el párrafo 3 del mismo artículo establece que las disposiciones del párrafo 1 pueden ser declaradas inaplicables si estos convenios o decisiones contribuyen a "mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante", y siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> "a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."
China	<p>Según el artículo 15 de la Ley antimonopolio de la República Popular de China si los empresarios pueden demostrar que en un acuerdo de monopolio concluido entre ellos concurren las circunstancias que se enumeran a continuación, quedará exento de la aplicación de los artículos 13 y 14 de esta ley: 1) si su finalidad es mejorar las tecnologías, la investigación y el desarrollo de nuevos productos; 2) si su finalidad es mejorar la calidad del producto, reducir costes, mejorar la eficiencia, unificar las especificaciones de los productos o las normas, o aplicar una división profesional del trabajo; 3) si su finalidad es mejorar la eficiencia operacional y reforzar la competitividad de empresas pequeñas y medianas; 4) si su finalidad es satisfacer intereses</p>

País

públicos como la conservación de la energía, la protección del medio ambiente y la prestación de ayuda en caso de desastres, etc.; 5) si su finalidad es mitigar la grave disminución de los volúmenes de venta o el exceso evidente de producción durante las etapas de recesión económica; 6) si su finalidad es proteger los intereses legítimos del comercio exterior o de la cooperación económica exterior; 7) si concurren otras circunstancias previstas en la ley o que establezca el Consejo de Estado.

Si en un convenio de monopolio concurre alguna de las circunstancias indicadas en los apartados 1) a 5) y por tanto está exento de la aplicación de los artículos 13 y 14 de la ley, los empresarios tendrán que demostrar también que ese convenio no limita sustancialmente la competencia en el mercado pertinente y permiten que los consumidores participen en los beneficios resultantes.

Australia

La Ley de prácticas comerciales establece cuándo puede autorizar un convenio la Comisión de Defensa de la Competencia y del Consumidor de Australia. En términos generales, esa práctica se puede autorizar si el beneficio público supera cualquier perjuicio público.

La ley establece varias condiciones para autorizar distintos tipos de conducta. Las dos condiciones son las siguientes:

La Comisión no puede autorizar la realización de contratos, acuerdos o entendimientos que contengan disposiciones de cártel, reduzcan sustancialmente la competencia o impongan cláusulas de exclusividad (distintas de los pactos de compra a terceros), ni dar efecto a los ya existentes, salvo que se cerciore de que el convenio o práctica es probable que en todas las circunstancias produzca un beneficio público que supere el probable perjuicio público que representa la disminución de la competencia (primera condición).

La Comisión tampoco puede autorizar las propuestas de disposiciones excluyentes (boicoteos primarios), los boicoteos secundarios, los compromisos de compras a terceros y los acuerdos de mantenimiento de los precios de reventa salvo si se cerciora de que la disposición o práctica propuesta es probable que en cualquier circunstancia produzca un beneficio tal al público que deba permitirse la disposición o la práctica (segunda condición).